

CAPITOLO II

IL DIRITTO PRIVATO EUROPEO TRA STRATEGIA DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE ED ATTIVISMO DELLA DOTTRINA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le fasi “istituzionali” del processo di uniformazione: le Risoluzioni del Parlamento europeo e la prima Comunicazione sul diritto contrattuale europeo. – 3. La strategia della Commissione per una maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo: Action Plan del 2003 ed aspetti problematici dell’uniformazione. – 4. La combinazione di misure normative e non normative. – 5. L’evoluzione della Comunicazione del 2004: il rapporto tra diritto contrattuale europeo e l’opera di revisione dell’acquis. - 6. Il progetto di Common Frame of Reference – DCFR. Cenni sui Principles of European Contract Law (PECL). - 7. La riformulazione degli obiettivi nel Libro Verde sulle possibili opzioni per un diritto contrattuale “fruibile” da consumatori ed imprese. - 8. Le iniziative della dottrina: il tentativo dei Principles of european contract law e dei Principi UNIDROIT.- 9. Segue. Il Code Européen des Contrats

1. Premessa

L’analisi svolta nel precedente capitolo circa l’individuazione della effettiva *ratio* della disciplina europea in materia di contratti del consumatore, permette di effettuare una duplice constatazione: la prima concerne l’incidenza esercitata dalla normativa di provenienza comunitaria sull’inquadramento delle fonti nazionali in materia di diritto dei contratti; la seconda riguarda l’esistenza di movimenti tesi ad uniformare le regole del contratto in generale, oltreché le regole dei singoli contratti.

Il problema dell’inquadramento delle fonti è basato sulla esigenza di individuare, con riguardo alla specifica fattispecie contrattuale, la provenienza delle discipline vigenti nel territorio nazionale ed applicate alla fattispecie stessa.

Molteplici fattispecie contrattuali, in gran parte riconducibili al diritto dei consumatori, sono regolate da provvedimenti adottati dagli organi della UE, in attuazione dell’art. 2 e dell’art. 3 lett. h) del Trattato CE, sulla cui base vengono fondati i vari interventi del legislatore europeo in ambito contrattuale.

Norme di matrice comunitaria e relative norme interne di attuazione interagiscono nella definizione dei contorni dell'istituto "contratto di diritto europeo", come è stato efficacemente definito dalla dottrina¹.

La questione dell'inquadramento delle fonti reca in sé la ulteriore questione dell'analisi dei movimenti di uniformazione delle norme europee in materia di contratto ai fini del corretto andamento del mercato comune.

È stato evidenziato come le differenze esistenti tra le normative degli Stati membri dell'UE in materia di contratto abbiano ostacolato l'attuazione di scambi commerciali nel mercato interno. L'attuazione, da parte degli Stati membri, della normativa di fonte comunitaria in materia di consumatore ha permesso solo in parte un ravvicinamento, rivelatosi, però, insufficiente al superamento delle barriere presenti.

La normativa di fonte comunitaria, infatti, si è inserita negli ordinamenti dei singoli Paesi, lasciando liberi i legislatori nazionali nelle modalità di attuazione ed adeguamento di essa. Di qui la necessità di elaborare un paradigma normativo unitario in termini di ricostruzione, interpretazione e controllo operativo dei principi generali vigenti in materia di contratto².

Deve essere segnalato che la percezione di tale necessità è stata inizialmente avvertita dal mondo accademico e dagli operatori del diritto, i quali hanno tentato di superare il percorso, senza effettivo traguardo, tracciato dalla armonizzazione dei singoli diritti contrattuali nazionali con specifiche proposte nel senso della unificazione normativa.

Solo in un secondo momento il segnale, già colto dall'accademia, è stato percepito e debitamente valutato dagli Organi comunitari. È dall'analisi dell'attività di questi ultimi che conviene partire nell'indagine del processo teso alla eliminazione delle distorsioni derivanti dal processo normativo comunitario³.

¹ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012. Trattasi di un contratto disciplinato da norme in tutto o in parte elaborate dal legislatore comunitario, tuttavia vigenti su territorio nazionale. La duplice caratteristica disciplinare fa sì che la materia del diritto europeo dei contratti identifichi l'insieme di norme di rango comunitario regolante fattispecie specifiche contrattuali applicate sul territorio nazionale.

² L'armonizzazione del diritto privato, soprattutto in materia contrattuale, è stata la prima opzione accolta dalla comunità di giuristi europei per fronteggiare le difficoltà create dalle differenze nazionali. Essa si è posta come diretta conseguenza degli interventi della Comunità, sia di ordine economico – politico che tecnico – giuridico, collegati all'esigenza di armonizzare le regole vigenti negli ordinamenti degli Stati membri, per assicurare ai consumatori e agli altri operatori economici un livello di protezione omogeneo, o quantomeno minimo.

³ La dottrina ha opportunamente distinto i concetti di unificazione, uniformazione ed armonizzazione. Con unificazione si intende il processo che garantisce l'unicità della norma riservando ad un organo legislativo unitario la competenza a variare suddetta norma e ad un solo ufficio giudiziario, gerarchicamente organizzato, il potere di applicarla. L'uniformazione è, invece, il processo tramite cui i testi legislativi di diversi paesi sono ridotti ad un unico contenuto, consentendo, però, ai diversi paesi di interpretarli e/o riformarli. Si parla, in particolare, di armonizzazione del diritto quando i testi sono solo tendenzialmente omologati, dando la

2. Le fasi “istituzionali” del processo di uniformazione: le Risoluzioni del Parlamento europeo e la prima Comunicazione sul diritto contrattuale europeo.

Tale processo può essere scandito in diverse tappe, coincidenti con l'adozione, da parte degli organismi della Comunità, di significativi documenti ufficiali.

Già nel 1989, infatti, il Parlamento europeo, con la Risoluzione relativa ad un'«azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri»⁴ ha proposto alla Commissione europea l'avvio di lavori preparatori necessari alla stesura di un codice comune europeo di diritto privato per una progressiva armonizzazione funzionale alla realizzazione del mercato.

Con una seconda Risoluzione del 1994⁵, ancora il Parlamento europeo, riaffermando la necessità di avviare i lavori per l'elaborazione di un Codice comune europeo di diritto privato, chiedeva l'insediamento di una commissione di studiosi per la presentazione di proposte in ordine alle priorità di un'armonizzazione parziale, a breve termine, e di un'armonizzazione più completa a lungo termine⁶.

La richiesta di effettuare uno studio nel settore veniva ulteriormente avanzata nelle conclusioni del Consiglio di Tampere, dove si evidenziava la necessità di procedere ad uno studio globale per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia civile e l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili⁷, e con la Risoluzione parlamentare del 16 marzo 2000⁸.

possibilità di apportare varianti al modello di partenza. È l'ipotesi contemplata dall'art. 3 lett. h del Trattato CE, che pone l'armonizzazione tra gli obiettivi delle Istituzioni comunitarie. Cfr. G. ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, (cit.), p. 234; S. FERRERI, *Tipologia*, in *Tratt. Sacco*, 1, Torino, p.225

⁴ In G.U. C 158 26.5.1989 p. 400

⁵ In G.U. C 206 25.7.1994 p. 518, Risoluzione del Parlamento europeo «Sull'armonizzazione di taluni settori del diritto privato degli Stati membri».

⁶ Si tratta di documenti nei quali l'utilizzo di concetti come «ravvicinamento», «armonizzazione» ed «unificazione», è ancora approssimativo, così come confusi risultano essere i settori rispetto ai quali l'intervento, dato il riferimento indistinto a «numeroso branche del diritto privato», al «diritto delle obbligazioni», all'espressione generica «diritto privato comune europeo», «diritto contrattuale europeo». Appare, invece, evidente l'intenzione del Parlamento di giungere alla redazione di un codice europeo di diritto privato, benché siano solo genericamente indicate le modalità per realizzare l'obiettivo, e cioè la redazione di principi comuni in materia contrattuale effettuata dalla Commissione Lando, i diversi progetti di unificazione sorti in ambito accademico, le ricerche di diritto comparato. Cfr. G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, in AA.VV., *Diritto Privato Comparato – istituti e problemi*, Roma – Bari, 2009, p. 265.

⁷ Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere, 15 - 16 ottobre 1999, SI (1999) 800.

⁸ Risoluzione B5-0228, 0229-0230/2000, in G.U. C 377 del 29.12.2000, il cui punto 29 così recita « ritiene che una maggiore armonizzazione nel settore del diritto civile sia essenziale nel mercato interno, il che risulta sempre più necessario per quanto riguarda il diritto comune in materia di obbligazioni, contratti, consumi e famiglia, e chiede alla Commissione di effettuare uno studio in tale settore, con la partecipazione degli ambienti accademici interessati;»

L'intensificarsi del dibattito sull'armonizzazione del diritto privato sostanziale, oltre che di studi specifici condotti da esponenti della comunità accademica, hanno indotto la Commissione ad adottare, nel 2001, una Comunicazione sullo specifico settore del diritto europeo dei contratti⁹.

Tale documento si poneva lo specifico obiettivo di allargare il dibattito, inizialmente sorto tra le Istituzioni comunitarie, anche ad altre parti interessate, quali associazioni di consumatori, aziende, accademici ed esponenti delle professioni legali.

La Commissione sottolineava in esso che il ravvicinamento di determinate aree del diritto contrattuale europeo ha interessato diversi settori, in considerazione dell'approccio selettivo del legislatore comunitario con l'adozione di direttive su specifiche fattispecie contrattuali o su specifiche tecniche di contrattazione rispetto alle quali è stata avvertita la necessità di procedere ad armonizzazione.

L'ampliamento del dibattito in materia rendeva dunque necessaria la predisposizione di un questionario con la finalità di raccogliere osservazioni e suggerimenti, da parte dei soggetti istituzionali e non, sul diritto europeo dei contratti.

Per definire le possibili soluzioni, la Commissione formula quattro opzioni in vista della futura armonizzazione: a) l'assenza di un'azione comunitaria in termini di interventi e di ulteriori provvedimenti; b) la promozione di un complesso di principi comuni in materia di diritto contrattuale per arrivare ad una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali; c) l'intervento mirato a livello normativo per un miglioramento qualitativo della legislazione già esistente; d) l'adozione di «una nuova ed esaustiva legislazione a livello comunitario».

La Comunicazione del 2001 avviava, così, una consultazione ottenendo decisivi riscontri soprattutto da parte dei Governi degli Stati membri e dal mondo professionale ed accademico. I contributi giunti come risposta alle questioni sollevate dalla Commissione hanno evidenziato l'enorme insoddisfazione per la qualità dei testi normativi e per le tecniche legislative adottate a livello europeo e soprattutto le divergenti opinioni in ordine all'opportunità di una riorganizzazione sistematica del complesso normativo esistente ed alle modalità di tale intervento¹⁰.

Tra le opzioni formulate, quelle maggiormente condivise sono la promozione di un complesso di principi comuni in materia di diritto dei contratti finalizzata ad una

⁹ Comunicazione della Commissione n. 398 dell'11.7.2001 «sul diritto contrattuale europeo».

¹⁰Cfr. http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_en.pdf, dove sono sintetizzate le reazioni dei diversi interlocutori coinvolti dalla Commissione nella consultazione.

maggior convergenza degli ordinamenti nazionali, ed il miglioramento qualitativo della legislazione già esistente.

Molte riserve sono state invece espresse sulla opzione relativa alla adozione di una legislazione nuova ed esaustiva a livello comunitario.

Questa infatti implica anzitutto una uniformazione della terminologia giuridica, nonché l'enucleazione di principi comuni in materia di contratti, di diritto di famiglia e di procedimenti civili.

Scarso entusiasmo ha sollevato l'opzione relativa all'assenza di un'azione comunitaria, volta a lasciare al mercato la soluzione dei problemi, essendo ritenuta, dalla maggior parte dei Governi coinvolti nella consultazione, incompatibile al mercato stesso e suscettibile di frammentare ulteriormente il diritto contrattuale, con il rischio di totale mancanza di chiarezza e trasparenza per gli operatori economici¹¹.

Reazione negativa è stata espressa dalle associazioni consumeristiche e dagli operatori del diritto che hanno sottolineato l'impossibilità di fare affidamento sui mercati e dunque la necessità di un intervento legislativo per la protezione delle parti più deboli.

Tra le reazioni particolarmente significative alla consultazione della Commissione rientra la Risoluzione del Parlamento Europeo del 15.11.2001 sul «ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri»¹², dove la convergenza delle tradizioni giuridiche europee, spesso contestata¹³, viene posta a sostegno dell'uniformazione.

Il documento si caratterizza per la divergenza di posizioni tra il Parlamento e la Commissione: il primo deplora infatti che la seconda abbia limitato l'oggetto della sua comunicazione al solo diritto contrattuale sebbene il mandato del Consiglio di Tampere avesse prospettato più ampie possibilità ed spera che le misure per il ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri comprendano anche altre materie quali la responsabilità extracontrattuale, l'arricchimento senza causa, la disciplina dei diritti reali.

Le argomentazioni sostenute dal Parlamento quanto alla pratica possibilità di un ravvicinamento fanno leva anzitutto sull'esistenza dell'acquis comunitario, il cui nucleo

¹¹ Solo il Governo inglese si è espresso in termini in parte contrari, ritenendo che lo sviluppo di soluzioni parziali possa costituire un'importante opportunità per il mercato.

¹² Risoluzione A5-0384/2001, in G.U. C 140 E del 13 giugno 2002.

¹³ Sono innegabili le differenze di natura storica, ideologica, pratica e formale che separano i diversi modelli giuridici e che potrebbero ostacolare la convivenza all'interno di uno stesso sistema G. ALPA *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo* in NGCC, 2003, p.169. L'autore sottolinea come alcuni studiosi abbiano evidenziato ragioni di carattere formale che differenziano i sistemi giuridici in base alla presenza di una codificazione o alla presenza di un tipo di normazione fondata sulla case law. Sottolinea altresì come, secondo altri studiosi, l'influenza di regole e categorie derivanti dal diritto romano e dal diritto canonico o l'appartenenza di un sistema giuridico ai fattori che compongono la identità nazionale di uno Stato neoghino in partenza la possibilità di un avvicinamento.

si identifica con la disciplina protezionistica del consumatore e del risparmiatore, del controllo amministrativo e giudiziale sulle clausole di esonero da responsabilità e altre clausole vessatorie, della risoluzione giudiziale di questioni attinenti la sopravvenienza di circostanze che alterano l'economia dell'affare.

Sono posti in evidenza gli scopi del ravvicinamento, come l'agevolazione delle operazioni transfrontaliere del mercato interno, una miglior tutela dei consumatori, l'ampliamento dei mercati per le piccole e medie imprese.

Nel medesimo documento, il Parlamento evidenzia la necessità di un coordinamento tra le direttive ed i regolamenti vigenti in materia contrattuale, fonte di notevole incertezza circa la disciplina applicabile ai rapporti tra i privati, oltre che sul piano di diritto sostanziale, anche su quello di diritto processuale¹⁴.

Il mero coordinamento tra gli atti normativi, tuttavia, non basta, occorrendo piuttosto provvedere anche al ravvicinamento dei provvedimenti nazionali di attuazione, operazione realizzabile con l'utilizzo di termini, nozioni e definizioni comuni. La necessità di un tale coordinamento comporta, quindi, l'ulteriore esigenza di realizzare un quadro di principi uniformi o, meglio ancora, di regole uniformi di diritto sostanziale e processuale.

Il Parlamento esprime, dunque, parere favorevole all'adozione di uno strumento opzionale, ed invita la Commissione a presentare un piano d'azione comprendente soprattutto «la elaborazione e adozione di un corpus di norme di diritto contrattuale dell'Unione Europea che tenga conto delle nozioni e soluzioni giuridiche comuni stabilite nelle iniziative precedenti»¹⁵.

Viene, dunque, auspicata la realizzazione graduale di una legislazione europea che permetta l'applicazione di principi giuridici comuni e di una terminologia giuridica comune per le relazioni contrattuali transfrontaliere o interne e che la contempo lasci intatta la possibilità di un sistema giuridico differente.

¹⁴ In particolare la direttiva sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (98/27/CE), e il regolamento sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (44/2001/CE).

¹⁵ Cfr. il punto j) della Risoluzione del Parlamento europeo sul «ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri». Le medesime argomentazioni del Parlamento vengono sostenute dalla Relazione del Consiglio del 16 novembre 2001, che auspica un approccio orizzontale ai problemi posti dall'armonizzazione, mediante l'elaborazione di regole di diritto privato comuni ed il coordinamento costante degli Stati membri nelle fasi che precedono l'attuazione delle direttive. Il Comitato economico e sociale, con Parere del 17 luglio 2002, sottolinea la necessità di procedere alla creazione di un diritto contrattuale europeo mediante lo strumento del regolamento, giungendo prima ad una soluzione opt-in (vincolante solo se e quando venga scelto dalle parti) e solo in un secondo momento ad una soluzione opt-out (da ritenersi vincolante solo quando le parti non abbiano manifestato la propria volontà di non applicare lo strumento).

La divergenza di idee tra Parlamento e Commissione dimostra che il dibattito sul diritto europeo dei contratti si sia, fin dall'inizio, caratterizzato per l'assenza di un essenziale coordinamento nell'elaborazione di proposte in materia unificazione.

3. La strategia della Commissione per una maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo: Action Plan del 2003 ed aspetti problematici dell'uniformazione

Le risposte giunte a Bruxelles dopo la Comunicazione del luglio 2001 hanno ulteriormente arricchito il dibattito sul futuro del diritto contrattuale.

Con una seconda Comunicazione del 12 febbraio 2003¹⁶, la Commissione decide di dar seguito alla consultazione lanciando un «Piano d'azione», attraverso il quale essa si dimostra profondamente consapevole dell'opportunità di sfruttare strumenti normativi alternativi a quelli tradizionali (come l'autoregolamentazione tra le parti, i metodi di coordinamento aperto, gli accordi settoriali volontari, etc.) per la realizzazione del diritto uniforme del diritto contrattuale.

Tale documento conferma l'intenzione di non abbandonare l'approccio settoriale scelto, sintetizzando le questioni principali relative alla necessità di un'azione uniforme nel diritto contrattuale europeo ed al buon funzionamento del mercato interno.

La Commissione, quindi, propone un approccio specifico, fondato sulla combinazione di misure normative e non normative volte ad aumentare la coerenza dell'acquis communautaire, a promuovere l'elaborazione di clausole standard applicabili in tutta l'Unione e a verificare la possibile elaborazione di uno strumento opzionale quale misura non settoriale.

Sono stati preliminarmente identificati gli aspetti problematici che ostacolano il processo di uniformazione.

Nella prima parte della Comunicazione sono, infatti, individuate le complicazioni generate dalla applicazione difforme della normativa comunitaria in campo contrattuale.

Quest'ultima, se da un lato ha implicato che fattispecie simili venissero trattate diversamente¹⁷, dall'altro ha ammesso l'applicazione di molteplici atti comunitari alle medesime circostanze, originando soluzioni normative contrastanti¹⁸.

¹⁶ Comunicazione della Commissione n. 68 del 12.2.2003 «Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo», COM (2003)68 def.

¹⁷ Sono evidenziate, ad esempio, divergenze nei requisiti e nelle conseguenze di alcune direttive applicabili alla stessa realtà economica come le differenti modalità riguardanti il diritto di recesso nelle direttive sulle vendite porta a porta o sulla multiproprietà o ancora sulle vendite a distanza.

¹⁸ È il caso della limitazione di responsabilità prevista nella direttiva sui viaggi tutto compreso (Dir. 90/314/CEE) in relazione alla Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale da una parte ed al regolamento sulla responsabilità del vettore aereo in caso di incidenti dall'altra.

Vengono evidenziate ulteriori categorie di problemi, quali la coesistenza di approcci legislativi differenti alla stessa direttiva - fonte di incoerenze nel sistema della stessa direttiva e degli strumenti nazionali di recepimento¹⁹ - e le incongruenze presenti negli strumenti nazionali di recepimento per l'introduzione di concetti estranei alla legislazione esistente²⁰.

Molti legislatori nazionali, infatti, lasciando inalterata la legislazione interna esistente in fase di attuazione delle direttive, hanno creato una situazione di incertezza giuridica, ulteriormente acuita dal confronto tra gli ordinamenti degli Stati membri²¹.

Gli ostacoli descritti avrebbero avuto, nell'analisi svolta dalla Commissione, l'effetto di disincentivare lo svolgimento delle transazioni transfrontaliere, rallentando lo sviluppo del mercato interno.

Alcuni problemi in materia contrattuale potrebbero essere evitati con la scelta della legge applicabile adeguata. Tale soluzione, però, non sempre appare realistica o vantaggiosa nella pratica commerciale in quanto non aiuta la parte contraente debole, sprovvista di adeguato bargaining power, che non può dunque imporre nella negoziazione la propria scelta di diritto applicabile. Il riferimento è a soggetti di mercato quali consumatori e PMI.

Nella maggior parte dei casi il diritto nazionale del contraente debole non è quello applicato al contratto, e la mancata conoscenza della legge straniera richiede un'attività di consulenza in fase di trattative²².

Altro ordine di problemi riguarda la differenza tra disposizioni imperative e non, che, nell'analisi condotta dalla Commissione, non risulterebbe sempre chiara dal punto di vista pratico.

¹⁹ La Comunicazione in commento cita l'esempio del diverso approccio seguito nella direttiva sul commercio elettronico per quanto concerne da una parte la legge applicabile ai contratti e dall'altra la legge applicabile alle attività di marketing

²⁰ Cfr. punto 23 della COM (2003)68 def. «Un'altra categoria di problemi riguarda incoerenze riscontrate nell'applicazione degli strumenti nazionali di recepimento in conseguenza dell'introduzione, ad opera di direttive, di concetti estranei alla legislazione nazionale esistente. Si è menzionato il caso di quei legislatori nazionali che, all'atto di recepire una direttiva, mantengono in vigore la legislazione nazionale esistente, creando così una situazione d'incertezza giuridica. Un esempio è dato dalla coesistenza nello stesso Stato membro di due leggi sulle clausole vessatorie. Alcuni legislatori hanno anche determinato una situazione d'incertezza con gli atti di recepimento di disposizioni, contenute in certe direttive, basate su concetti non familiari, come ad esempio il termine "riparazione" nella direttiva sugli agenti commerciali allorché questa è stata recepita nel diritto di uno Stato membro».

²¹ Ad es. le differenze, tra uno Stato membro ed un altro, quanto ai termini di recesso nel contesto delle direttive sulle vendite porta a porta, sulla multiproprietà e sulle vendite a distanza o nei concetti usati all'atto del recepimento dell'allegato alla direttiva sulle clausole abusive.

²² Cfr. punto 30 della COM (2003)68 def. «Ciò vale in particolare per le PMI poiché i costi di assistenza legale sono per esse proporzionalmente più elevati. Ne consegue che le PMI verrebbero del tutto scoraggiate da attività transfrontaliere o si troverebbero in un chiaro svantaggio competitivo rispetto agli operatori locali».

Molti contratti, infatti, non contengono clausole specificatamente negoziate per risolvere un determinato problema e con l'effetto di escludere l'applicazione di norme dispositive di contenuto contrario. Nella realtà commerciale esaminata dalla Commissione, altri contratti non indicherebbero neanche la legge applicabile.

L'esistenza di queste lacune non sarebbe dovuta ad una mancata consapevolezza del problema da parte dei contraenti né tantomeno ad una mancanza di interesse nella scelta del proprio diritto nazionale quale legge applicabile al contratto. Essa sarebbe piuttosto il risultato di una decisione ponderata, dettata dall'esigenza di scegliere tra la chiarezza derivante dalla negoziazione di nuove clausole per colmare tali lacune e i costi transattivi legati a tale negoziazione.

Nella lettura della Commissione, le parti del contratto «possono ragionevolmente decidere che lo sforzo di negoziazione non vale semplicemente il vantaggio economico o il rischio commerciale di perdere il cliente e sperano che il problema paventato non si manifesti. Accade così che le norme dispositive del diritto applicabile divengano di fatto “imperative”»²³.

Altro genere di problemi riguarda le disposizioni circa l'applicazione e l'efficacia delle condizioni generali di contratto.

In alcuni ordinamenti è sufficiente rinviare a tali condizioni, mentre in altri esse devono essere allegate al contratto o firmate separatamente²⁴.

Inoltre, tra gli Stati membri vi sono notevoli differenze nella concezione di quali clausole contrattuali sono ritenute inammissibili (e perciò non valide) dai tribunali, originando uno stato di incertezza per le aziende che ricorrono a clausole contrattuali standard ed ostacolando l'impiego di contratti tipo per il mercato europeo²⁵.

Queste differenze genera uno stato di incertezza per quelle imprese che ricorrono a tali clausole e dunque ostacola l'utilizzo di contratti tipo predisposti per facilitare gli scambi transfrontalieri.

²³ Cfr. Punto 32 della COM (2003)68 def.

²⁴ In taluni ordinamenti europei – come quello italiano – è previsto che le condizioni generali di contratto debbano essere specificamente approvate per iscritto per essere efficaci (art. 1341 c.c.) Tali norme possono applicarsi indipendentemente dalla scelta del diritto effettuata dalle parti contraenti.

²⁵ I tribunali di alcuni Stati membri, come la Germania o nei paesi nordici, esercitano un severo controllo sull'equità delle clausole contrattuali anche nei contratti tra imprese. Altri Stati membri prevedono una forma limitata di controllo, esercitata al momento dell'interpretazione delle clausole, o consentono soltanto di considerare determinate clausole come non efficaci se incluse in un contratto commerciale.

Peraltro esistono tra gli Stati membri anche differenze quanto al riconoscimento di queste clausole da parte dei tribunali e quanto alle disposizioni nazionali applicabili alle stesse che escludono o limitano la responsabilità contrattuale.²⁶

Si segnalano problemi per quanto riguarda la relazione tra le diverse norme nazionali in materia di diritto contrattuale da un lato e le disposizioni in materia di trasferimento della proprietà e di garanzie reali in caso di trasferimento di beni mobili, dall'altro.

Le disposizioni nazionali sul trasferimento della proprietà differiscono, risultando perciò diverso il momento del passaggio della proprietà. Tale aspetto può, inoltre, dipendere dalla natura del contratto, anch'essa differente nei diversi ordinamenti giuridici.

La possibilità, inoltre, di scegliere contrattualmente la legge applicabile riguarda soltanto le regole contrattuali e non quelle applicabili ai diritti *in rem*, vale a dire il passaggio di proprietà, per i quali il diritto applicabile è la *lex rei sitae*. Molte imprese non conoscono tale limitazione, acuendo così le difficoltà degli scambi nel mercato unico.

Si è ammesso che il diritto comunitario ha risolto parzialmente il problema stabilendo solo in merito alla validità delle clausole di riserva di proprietà, senza andare oltre²⁷.

Divergenze vengono, infatti, ulteriormente individuate in merito alla riserva di proprietà, disciplinata in maniera diversa nei diversi ordinamenti: tali divergenze comportano che le garanzie, previste nei contratti di vendita di beni con riserva di proprietà, vengano meno nel momento in cui il bene sia trasferito in un altro Stato creando difficoltà notevoli agli operatori di mercato che saranno costretti a cercare garanzie differenti e più costose, e proprio per questo difficilmente ottenibili.

Nella comunicazione sono menzionati problemi simili anche nel settore dei servizi finanziari, con riguardo particolare ai contratti di cessione di crediti transfrontalieri, possibili solo se si offrono le stesse garanzie previste dalle normative nazionali.

Le diversità dei regimi nazionali sembrano acuirsi nelle norme poste a protezione dei consumatori benché le relative direttive comunitarie si fondino sul principio dell'armonizzazione minima.

²⁶ Proprio in materia di responsabilità contrattuale, diversi contributi hanno sottolineato che l'ignoranza di determinati requisiti giuridici imposti dal diritto contrattuale applicabile è causa di costi imprevisi, come ad esempio l'obbligo di prima notifica in caso di consegna di merci difettose, pena la decadenza dal diritto alla riparazione, previsto dal codice commerciale tedesco.

²⁷ Cfr. punto 42 della COM (2003)68 def. «La riserva di proprietà è disciplinata in modo diverso da un ordinamento all'altro e l'efficacia delle pertinenti clausole contrattuali varia di conseguenza. Ciò vale ancor di più per le eventuali estensioni della riserva laddove la riserva di proprietà copra anche, ad esempio, un credito sul prezzo ricavato dalla rivendita dei beni oggetto della riserva ad opera dell'acquirente o sul prodotto della vendita dei beni. Queste estensioni possono anche coprire diritti futuri e talvolta non solo il prezzo d'acquisto dei beni specifici oggetto del contratto di compravendita, bensì l'insieme delle obbligazioni dell'acquirente».

Gli Stati membri, infatti, per agevolare le imprese nello sviluppo di strategie di distribuzione da applicare sull'intero mercato, hanno adottato regole che vanno ben oltre gli standard comuni richiesti dalle direttive e questo crea grandi ostacoli per le transazioni oltre frontiera.

Una volta esposte le problematiche generate da un'inadeguata applicazione della normativa comunitaria, la comunicazione descrive il piano d'azione della Commissione.

Due strategie essenziali sono proposte: il miglioramento dell'acquis communautaire e la realizzazione di un quadro comune di riferimento.

Le due azioni sembrano correlate tra loro in termini di funzionalità: la creazione di un quadro comune di riferimento è espressamente definito quale «passo intermedio» verso il miglioramento della qualità dell'acquis communautaire in materia di diritto contrattuale. Il primo, quindi, come premessa del secondo.

La consequenzialità tra le misure descritte, però, solo apparentemente può definirsi logica.

4. La combinazione di misure normative e non normative

La prima misura considerata dalla Commissione è l'avanzamento dell'acquis per raggiungere un grado elevato di coesione sul piano della redazione, del recepimento e dell'applicazione delle direttive e dei regolamenti comunitari.

La Commissione propone un miglioramento qualitativo dell'acquis normativamente inteso, avendo come fine di elaborare un complesso di principi di diritto contrattuale europeo sufficientemente coerente sul piano della redazione, del recepimento e dell'applicazione.

Un acquis maggiormente coerente ed omogeneo assicurerebbe l'applicazione uniforme della normativa comunitaria agevolando il buon funzionamento delle transazioni transfrontaliere ed il completamento del mercato interno.

La misura dovrebbe evitare che situazioni analoghe siano trattate in modo diverso senza una ragione adeguata. Dovrebbero, altresì, essere evitati risultati conflittuali ed essere definiti i termini giuridici astratti in modo coerente consentendo l'uso dello stesso termine astratto con lo stesso significato ai fini di diverse direttive.

Si porrebbe, in tal modo, rimedio alla frammentazione dei diritti contrattuali nazionali, promuovendo una loro applicazione coerente e rispondendo alle esigenze di un'applicazione uniforme della normativa comunitaria, come anche affermato dalla Corte di Giustizia europea²⁸.

²⁸ L'organo giurisdizionale di vertice dell'UE ha, infatti, stabilito che "tanto l'applicazione uniforme del diritto comunitario, quanto il principio d'uguaglianza esigono che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme". Cfr. punto 34 della COM (2001)398 def. e causa C-357/98 *The Queen contro Secretary of State for the Home Department*, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom [2000] Racc. 9256, paragrafo 26. Cfr. anche causa C-287/98 *Lussemburgo contro Linster* [2000] Racc. 6917, paragrafo 43; causa C-387/97 *Commissione contro Grecia* [2000] Racc. 5047; causa C-327/82 *Ekro contro Produktschap voor Vee en Vlees* [1984] Racc. I - 107, paragrafo 11. Il miglioramento qualitativo della legislazione esistente costituisce, ormai, una delle priorità della politica comunitaria. In tale contesto, la COM (2001)428 def., Libro Bianco sulla Governance Europea, assieme alla COM(2002)728 def., Piano d'azione per il miglioramento della regolamentazione, rappresentano la volontà politica di riformare il contesto normativo. Il Libro bianco sulla governance manifesta la necessità che l'Unione europea si adoperi per "migliorare la qualità, l'efficacia e la semplicità degli atti normativi". Il piano d'azione per il miglioramento della regolamentazione intende, inoltre, migliorare la qualità delle proposte legislative. Esso menziona, nella sua introduzione, che «la semplificazione e il miglioramento del quadro normativo mirano a garantire[...]che la legislazione comunitaria sia più adattata ai problemi esistenti, alla sfida dell'allargamento e alle condizioni tecniche e locali. Semplificandone la redazione, la legislazione comunitaria dovrebbe essere più facile da applicare da parte degli Stati membri, degli operatori interessati oltre ad essere più leggibile e accessibile per tutti. L'obiettivo finale è di mantenere una grande sicurezza del diritto sul territorio di un'Unione di imminente allargamento, consentire un maggiore dinamismo degli operatori economici e sociali e contribuire così a rafforzare la credibilità dell'azione della Comunità tra i suoi cittadini»

Funzionale alla revisione dell'acquis è l'elaborazione di un quadro comune di riferimento (Common Frame of Reference – CFR) che stabilisca i principi ed una terminologia comuni nel campo del diritto contrattuale europeo²⁹.

Il CFR dovrebbe avere il compito di disciplinare diverse fattispecie contrattuali transfrontaliere, comprendendo norme generali inerenti a diverse materie (conclusione, validità, interpretazione, esecuzione e inadempimento del contratto, i rimedi, e l'arricchimento indebito).

Nel documento del 2003 la Commissione ha precisato anche gli obiettivi della misura proposta.

In primo luogo esso costituisce il punto di partenza, oltre che per la revisione dell'acquis, anche per la proposta di altre misure. Esso dovrebbe fornire le soluzioni ideali quanto a regole e terminologia comuni, e cioè la definizione di concetti fondamentali e termini come “contratto” o “danno” e delle regole che si applicano, ad esempio, in caso d'inadempimento del contratto.

In secondo luogo, il CFR permetterebbe di raggiungere un più alto grado di convergenza tra i diritti contrattuali degli Stati membri dell'Unione e, eventualmente, di determinati paesi terzi.

In questo senso la Commissione intende elaborare un documento cui possano accedere gli operatori economici, i legislatori degli Stati membri e di paesi terzi per una maggiore condivisione, pratica e teorica, di principi e concetti in vista della riduzione delle divergenze giuridiche che impediscono la realizzazione del mercato interno.

In terzo luogo, la Commissione fonderebbe su tale quadro comune di riferimento le sue riflessioni circa l'adozione di misure non settoriali, come uno strumento opzionale, per risolvere i problemi rilevati nell'ambito del diritto contrattuale europeo.

Tra le fonti essenziali contemplate per la creazione del quadro comune di riferimento rientrano gli ordinamenti giuridici nazionali, la giurisprudenza dei tribunali nazionali nonché l'acquis comunitario esistente ed i pertinenti strumenti internazionali vincolanti.

Il Piano d'azione propone un'ulteriore misura: la redazione di clausole standard, il cui utilizzo, su scala europea, verrebbe promossa anche mediante la pubblicazione in internet,

²⁹Cfr. COM(2003)68 def. «Un quadro comune di riferimento che stabilisca principi e una terminologia comuni nel campo del diritto contrattuale europeo è ritenuto un passo importante per il miglioramento dell'acquis nel campo del diritto contrattuale. Questo quadro comune di riferimento sarà un documento pubblicamente accessibile che dovrebbe aiutare le istituzioni comunitarie ad assicurare una maggiore coerenza dell'acquis attuale e futuro in materia di diritto contrattuale europeo. Esso dovrebbe venire incontro ai bisogni e alle aspettative degli operatori economici in un mercato interno che intende diventare l'economia più dinamica al mondo»

sempre nel rispetto della normativa comunitaria in materia di consumatore ed in ossequio al principio della libertà contrattuale.

Il punto 4.2 del documento riferisce espressamente che «Il principio della libertà contrattuale, che è al centro del diritto contrattuale in tutti gli Stati membri, consente alle parti contraenti di concludere il contratto che meglio soddisfi i loro bisogni specifici. Tale libertà è limitata da certe disposizioni imperative del diritto contrattuale o da prescrizioni risultanti da altri comparti del diritto.

Tuttavia, le disposizioni imperative sono in numero limitato e le parti contraenti usufruiscono di un notevole grado di libertà allorché negoziano le clausole contrattuali e le condizioni che desiderano. Ciò è particolarmente importante nel caso in cui le parti vogliano concludere un contratto con caratteristiche particolari o destinato a regolare una situazione complessa³⁰».

La redazione di clausole standard uniformi avrebbe il vantaggio di uniformare i rapporti negoziali. Le parti, ad eccezione delle modifiche da introdurre nei propri contratti, non sarebbero, in questo modo, sottoposte alla varietà delle tipologie contrattuali, comprendendo subito i contenuti e le condizioni economiche del contratto ed evitando che questo possa contenere clausole di natura controversa o oscura. La loro elaborazione permetterebbe alle parti di risparmiare sui costi nella fase delle trattative, agevolando le operazioni nel mercato interno.

L'ultima misura proposta dall'Action Plan del 2003 è l'adozione di una misura non settoriale. La Commissione per la prima volta parla di “strumento opzionale” nel campo del diritto contrattuale europeo, che darebbe alle parti contraenti la possibilità di ricorrere ad un corpus moderno di regole, adatte ai contratti transfrontalieri: esse potrebbero limitarsi a fare riferimento a questo strumento per individuare il diritto applicabile.

Tale strumento offrirebbe sia alla parte economicamente più forte che a quella più debole una soluzione accettabile e sarebbe praticabile oltre che da consumatori, anche da piccole e medie imprese³¹.

³⁰Cfr. http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/. Non tutte le parti coinvolte nella consultazione della Commissione hanno espresso opinione favorevole in merito alla proposta. In particolare i professionisti hanno evidenziato la preesistenza di clausole uniformi nel commercio internazionale. Successivamente si è rilevata la difficoltà di un utilizzo indistinto di tali clausole per tutte le categorie di soggetti, rendendosi necessaria una differenziazione tra regole concernenti i rapporti tra professionisti e quelle invece riguardanti i contratti con i consumatori. Parere favorevole è stato invece espresso dai Governi e dalle associazioni dei consumatori. Queste ultime, soprattutto, hanno appoggiato l'utilizzo di clausole standard che elevino il livello di tutela dei consumatori, siano fair e preservino la libertà di negoziare e di accedere al giudice naturale.

³¹ Cfr. COM(2003)68 def., 91, punto 4.3, «Col passare del tempo gli operatori economici acquisterebbero un grado di familiarità con tali regole equivalente a quello acquisito con il loro diritto contrattuale nazionale

La Commissione non si esprime chiaramente circa il contenuto e l'ambito applicativo di questo strumento opzionale, supponendo che questo possa interessare tutta l'area interessata dal CFR e comunque non escludendo che possa invece riguardare solo una parte del diritto contrattuale, o addirittura solo la parte del contratto in generale.

Non di scarsa rilevanza, poi, la questione del rapporto tra le regole dello strumento opzionale e quelle della Convenzione di Vienna del 1980, rispetto al quale la Commissione prefigura una possibile non interferenza tra i due sistemi e l'eventualità che lo strumento opzionale dia luogo ad una disciplina onnicomprensiva.

Diverse sono le riserve in merito all'opportunità di tale strumento proposto nel 2003. La Commissione, soprattutto, non ha espressamente chiarito se e quale correlazione debba esistere tra le misure proposte, limitandosi solo a qualificare il Quadro Comune di Riferimento come possibile punto di partenza³² sia per l'attività di revisione dell'acquis che per la elaborazione dello strumento opzionale³³.

vigente. Ciò sarebbe importante per tutte le parti di un contratto, comprese in particolare le PMI e i consumatori, e agevolerebbe la loro partecipazione attiva nel mercato interno. Un simile strumento faciliterebbe in modo notevole lo scambio transfrontaliero di beni e servizi". Con riguardo alla natura giuridica dello strumento, nel medesimo documento la Commissione afferma "Quanto alla forma, si potrebbe pensare a delle disposizioni di diritto contrattuale, valide per tutta l'Unione, adottate in forma di regolamento o di raccomandazione, che esisterebbero in parallelo, senza sostituirvisi, con i diritti contrattuali nazionali. Questo nuovo strumento esisterebbe in tutte le lingue comunitarie. Esso potrebbe applicarsi a tutti i contratti riguardanti transazioni transfrontaliere, oppure soltanto a quelli che le parti decidano di assoggettarvi tramite una clausola di scelta della legge applicabile. In quest'ultimo caso le parti avrebbero il massimo grado di libertà contrattuale. Esse sceglierebbero il nuovo strumento soltanto se questo rispondesse ai loro bisogni economici o giuridici più appropriatamente che il diritto nazionale che sarebbe stato definito, sulla base delle regole del diritto internazionale privato, quale legge applicabile al contratto».

³² Cfr. COM(2003)68 def., 95, punto 4.3, «È chiaro che all'atto di riflettere su uno strumento non settoriale la Commissione terrà conto del quadro comune di riferimento. Il contenuto del quadro comune di riferimento dovrebbe di norma fungere da base per lo sviluppo del nuovo strumento opzionale. Se il nuovo strumento debba coprire tutte le materie che saranno riprese dal quadro comune di riferimento o solo una parte di esse, oppure se debba comprendere soltanto regole di diritto contrattuale aventi portata generale oppure anche regole afferenti a contratti specifici è una questione che attualmente rimane aperta».

³³ L'Action Plan del 2003 ha sollevato diverse reazioni e commenti. Il Parlamento Europeo, con Risoluzione del 2 settembre 2003, ha invitato la Commissione a completare il quadro comune di riferimento e promuoverne l'impiego anche nei procedimenti arbitrali. Ha inoltre sollecitato la raccolta di clausole contrattuali standard da rendere accessibili ai professionisti legali e la predisposizione di un testo di principi, come legge opzionale, cui si possa ricorrere nel settore dei rapporti tra professionisti e consumatori. Il Consiglio ha evidenziato l'importanza della proposta dello strumento opzionale, auspicando il raggiungimento di un'intesa sulla predisposizione di regole generali applicabili in materia contrattuale e conformemente alla Convenzione di Roma del 1980 e la Convenzione di Vienna del 1980. Nel complesso positive sono state le reazioni dei Governi che hanno accolto con favore le iniziative proposte dall'Esecutivo dell'UE. Soprattutto il Governo inglese ha ritenuto che la elaborazione di un Quadro comune di riferimento non si limiti ad una mera compilazione frutto di lavoro accademico ma tenda a risolvere problemi concreti, tenendo conto anche e soprattutto delle esperienze nazionali. Gli operatori economici hanno evidenziato l'importanza di una maggiore coerenza dell'acquis communautaire, esprimendo, tuttavia, pareri favorevoli circa uno strumento opzionale che raccolga e fissi i principi generali in materia di consumo. Proprio le associazioni dei consumatori hanno ancora una volta sottolineato le lacune che contraddistinguono le direttive comunitarie che regolano l'area consumeristica, suggerendo che il quadro comune di riferimento contenga una definizione univoca e ultima del termine consumatore. Anche i professionisti hanno consigliato la redazione di un vocabolario univoco contenente termini e definizioni, sempre nel rispetto delle varie tradizioni giuridiche. Non omogenee sono state le posizioni degli accademici. In particolare la Commissione

Il principio ispiratore della misura resta, secondo la Commissione, la libertà contrattuale. Limitazioni all'autonomia negoziale sono possibili solo se motivate.

Le parti, a seconda delle loro esigenze, potrebbero quindi adattare le regole specifiche del nuovo strumento una volta che questo sia stato da loro scelto quale legge applicabile al loro contratto. Soltanto un numero limitato di regole nell'ambito di questo *corpus* normativo, come le regole volte a tutelare i consumatori, dovrebbe rivestire carattere imperativo nel caso in cui il nuovo strumento si applichi al contratto.

La riflessione dovrebbe comprendere, tra l'altro, la questione se lo strumento opzionale (qualora vincolante) possa escludere l'applicazione di disposizioni nazionali imperative confliggenti per le materie da esso coperte.

Tale strumento assicurerebbe quindi la libertà contrattuale in un duplice modo: in primo luogo, in quanto le parti saranno libere di scegliere tale strumento quale diritto applicabile e, in secondo luogo, per il fatto che, in linea di principio, le parti saranno in grado di modificare le disposizioni relative.

Lando ha consigliato di proseguire il cammino verso l'unificazione del diritto contrattuale articolandolo per fasi: in una prima fase, l'adozione di un codice potrebbe permettere alle parti di usufruire di uno strumento opzionale nella conclusione delle negoziazioni transnazionali. In un secondo momento tale strumento potrebbe diventare vincolante, salvo deroga pattizia, ed in ultimo potrebbe essere applicato, in maniera vincolante, a tutte le operazioni chiuse all'interno dell'Unione Europea. Dubbi sono sorti quanto alle modalità tramite cui redigere il quadro comune di riferimento, e quanto alla sua portata innovativa. Ci si è infatti chiesti se con la sua realizzazione si debba solo registrare l'acquis già esistente o se sia invece possibile andare oltre questo. Il problema, avvertito ed affrontato soprattutto dallo Study Group diretto da Von Bar, è stato risolto nel senso della capacità innovativa di tale quadro e dei principi che lo formeranno, perché solo in questo modo sarà possibile risolvere le antinomie e rendere maggiormente fruibili le norme che regolano i rapporti tra i privati. In dottrina è stata altresì evidenziata l'incoerenza che caratterizza la sequenza nella quale le tre opzioni sono presentate dalla Commissione. Questa infatti qualifica la creazione del quadro comune di riferimento come il primo, fondamentale passo da compiere allo scopo di migliorare la coerenza del diritto contrattuale e di realizzare le clausole standard da inserire nei contratti stipulati nel territorio dell'UE. L'attuazione di tali clausole, così come l'attuazione di uno strumento opzionale, non potrebbe avvenire senza la preliminare elaborazione del quadro. Tuttavia le espressioni utilizzate dalla Commissione sembrano quasi indicare tali opzioni come antecedenti al quadro. Anche se sotteso e latente, è ugualmente percepibile l'intento della Commissione di dare vita ad un insieme di regole, principi e nozioni che traducendosi in uno strumento capace di regolare l'area contrattuale e quella dei fatti illeciti all'interno dell'UE, sarebbe riduttivo definire semplicemente "quadro". Le parti interessate hanno espresso la propria opinione anche in riferimento all'altra strada proposta dalla Commissione per la maggiore coerenza tra le regole del contratto: la redazione di clausole contrattuali standard per specifici tipi contrattuali. Se i Governi hanno ben visto anche questa iniziativa, più caute sono state le risposte dei professionisti, i quali hanno avvertito la necessità di tenere ben distinte le clausole concernenti i contratti dei professionisti da quelle relative ai contratti dei consumatori. Posizione opposta è stata invece presa a questo proposito dalle associazioni dei consumatori, le quali tendono a favorire l'impiego di clausole standard che rendano maggiormente chiari i rapporti contrattuali, che elevino il livello di protezione dei diritti dei consumatori e siano conformi alla direttiva sulle clausole vessatorie. In ogni caso la redazione di tali clausole dovrebbe essere effettuata solo dopo un'ampia consultazione degli operatori interessati. Per un quadro completo delle risposte al Piano d'Azione, cfr. http://ec.europa.eu/consumers/rights/actionplan_en.htm.

5. L'evoluzione della Comunicazione del 2004: il rapporto tra diritto contrattuale europeo e l'opera di revisione dell'acquis

Nell'ottobre 2004, sulla scorta dei contributi pervenuti in seguito alla consultazione aperta dal Piano d'azione, la Commissione ha predisposto una nuova Comunicazione intitolata «Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro»³⁴.

La Commissione, oltre a constatare il sostegno delle parti interessate alla proposta di revisione dell'acquis, individua specifiche categorie di problemi che riguardano quest'ultimo. L'utilizzo, nelle direttive, di termini giuridici astratti di cui non viene fornita alcuna definizione o che sono definiti in maniera troppo generale; l'esistenza di settori in cui l'applicazione delle direttive non risolve in concreto i problemi; l'esistenza di differenze tra le norme nazionali di recepimento riconducibili al fatto che le direttive in materia di protezione dei consumatori si fondano sull'armonizzazione minima, generano un'incoerenza nel sistema di diritto europeo dei contratti.

Occorre, dunque, preliminarmente alla vera e propria fase di riassetto dell'acquis, effettuare una scelta politica per valutare l'esigenza di modificare le direttive vigenti per risolvere i suddetti problemi.

Solo dopo aver operato tale scelta, se opportuno, la Commissione utilizzerà, come strumento, il quadro comune di riferimento all'atto della presentazione di proposte per migliorare la coerenza e la qualità dell'acquis esistente e di futuri strumenti giuridici nel settore del diritto contrattuale.

Nel contempo il quadro comune di riferimento servirà alla semplificazione dell'acquis. Tale quadro comune di riferimento, ispirandosi all'acquis comunitario e alle migliori soluzioni reperite negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, conterrà definizioni chiare di termini giuridici, principi fondamentali e modelli coerenti di regole di diritto contrattuale.

Le iniziative per il completamento della revisione sono state molteplici. Tra esse si annoverano la realizzazione di una banca dati pubblica dell'acquis; l'istituzione di un forum per lo scambio delle informazioni ed opinioni circa la concretizzazione dell'acquis; relazioni sull'attuazione delle direttive concernenti l'indicazione dei prezzi, i contratti a distanza, la vendita dei beni di consumo e i provvedimenti inibitori. Resta, però, confermato il ruolo strategico giocato dal CFR, adottato primariamente come strumento

³⁴ COM(2004)651 def. dell'11.10.2004

per la formulazione di proposte di semplificazione e miglioramento della qualità della produzione normativa comunitaria esistente³⁵.

In questo senso, il titolo della comunicazione appare estremamente significativo. Da esso si evince, infatti, che lo scopo del riassetto delle norme dell'acquis resta, nelle intenzioni della Commissione, ancora direttamente vincolato alla elaborazione di una cornice di principi ed alla composizione di una terminologia giuridica comune.

La categoria degli accademici e quella degli studiosi del diritto in generale viene, di fatto, investita della predisposizione del CFR: essi sono invitati ad avanzare proposte in materia, nel quadro di uno specifico progetto finanziato dalla Commissione³⁶.

Viene, dunque, creato un Joint Network on European Private Law – Network of Excellence, guidato dallo Study Group on European Civil Code e dall'Acquis Group³⁷, con il compito di elaborare del CFR.

Nell'ambito del suddetto CFR – network sono stati realizzati incontri di studio e seminari, con la partecipazione di ricercatori, esperti e rappresentanti delle parti interessate, che si sono interrogati circa la struttura ed i contenuti da includere nel quadro comune di riferimento.

³⁵ Molteplici, poi, le funzioni che il CFR può essere chiamato a svolgere: potrebbe essere utilizzato dai legislatori nazionali al momento del recepimento, nell'ordinamento interno, delle direttive UE in materia di diritto contrattuale. Essi potrebbero, ancora, fare riferimento al quadro comune di riferimento al momento dell'adozione di norme di diritto contrattuale in settori non disciplinati a livello comunitario. Gli arbitri, anche, potrebbero avvalersi del quadro comune di riferimento per risolvere in modo equilibrato ed equo le controversie nate tra le parti di un contratto. Il quadro comune di riferimento può essere utile anche in rapporto allo sviluppo delle altre misure indicate nel piano d'azione.

³⁶ La COM(2004)651 def. esplicitamente ha previsto che «Per garantire l'elevata qualità del quadro comune di riferimento, la Commissione finanzia una ricerca triennale nell'ambito del sesto programma quadro di ricerca e sviluppo tecnologico. La valutazione delle proposte di ricerca è già avvenuta e i lavori dovrebbero iniziare tra breve. Entro il 2007 i ricercatori dovrebbero presentare una relazione finale che conterrà tutti gli elementi necessari per l'elaborazione, da parte della Commissione, di un quadro comune di riferimento. La relazione dovrà comprendere pertanto un progetto di quadro comune di riferimento rispondente, secondo i ricercatori, alle finalità delineate nel piano d'azione». La proposta avrebbe dovuto essere presentata, nella forma di Common Principles of European Contract Law - CoPECL, dal CoPECL Network of Excellence, fondata nel maggio 2005 e composta da varie Università, Istituzioni e altre organizzazioni, così come più di 150 ricercatori operanti in tutti gli Stati membri dell'UE.

³⁷ La Rete è stata incaricata di fornire proposte per il quadro comune di riferimento (CFR) di diritto contrattuale europeo, come descritto sia nel piano d'azione della Commissione, COM (2003)68 def., che nella comunicazione dell'ottobre 2004, COM (2004)651 def. La proposta avrebbe dovuto essere presentata, nella forma di Common Principles of European Contract Law - CoPECL, dal CoPECL Network of Excellence, fondata nel maggio 2005 e composta da varie Università, Istituzioni e altre organizzazioni, così come più di 150 ricercatori operanti in tutti gli Stati membri dell'UE. La Rete comprende diversi gruppi, oltre ai due principali, Study Group ed Acquis Group. Essi sono: The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law, o Insurance Group; l' Association Henri Capitant assieme alla Société de Législation Comparée ed il Conseil Supérieur du Notariat; il Common Core Group; il Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, o Economic Impact Group (TILEC - Tilburg Law and Economics Center); il Database Group; e l' Academy of European Law (ERA).

Il problema centrale ha riguardato la capacità innovativa del progetto, o meglio la necessità di inglobare solo l'acquis esistente piuttosto che la possibilità di allargare l'ambito applicativo oltre il quadro delle soluzioni comuni già esistenti.

La questione, non di scarso conto, probabilmente ha dato origine ad una rivisitazione degli obiettivi della Commissione europea³⁸.

6. Il progetto di Common Frame of Reference – DCFR. Cenni sui Principles of European Contract Law (PECL)

Nonostante la centralità della creazione del quadro comune di riferimento fosse stata più volte ribadita anche nelle comunicazioni successive³⁹, la rete di accademici, incaricata nel 2004, è andata ben oltre le richieste formulate dalla Commissione, pubblicando nel 2009 un testo, il Draft Common Frame of Reference - DCFR, contenente definizioni, concetti generali e regole specifiche inerenti la materia contrattuale ma anche quella delle obbligazioni⁴⁰.

Il DCFR, risultato della intensa e prolungata collaborazione tra gli esponenti della comunità scientifica internazionale, è stato più precisamente predisposto dallo SGECC - Study Group on European Civil Code e dall'Acquis Group – European Research Group on Existing EC Private Law⁴¹.

Il DCFR ha, nelle intenzioni dei suoi redattori, una matrice accademica, tentando di distinguersi per l'assenza di connotazioni politiche.

Gli autori hanno inteso realizzare un'opera che fungesse da modello per l'elaborazione del CFR, e creasse un insieme di regole comuni per la divulgazione, a

³⁸ Il problema è stata più volte discusso nell'ambito delle riunioni dello Study Group coordinato da Christian Von Bar ed è stata risolta nel senso di elaborare principi normativi in forma innovativa rispetto agli enunciati comunemente accolti, risolvendo le contraddizioni esistenti e fornendo regole chiare e trasparenti per la disciplina dei rapporti privatistici, Cfr. G. ALPA, in AA.VV., *Diritto Privato Comparato – istituti e problemi*, Roma – Bari, 2009, p. 283.

³⁹ Cfr. COM(2005)456 def. «Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis»; COM(2007)447 def. «Seconda relazione sullo stato di avanzamento relativo Common Frame of Reference».

⁴⁰ La prima e provvisoria edizione del lavoro del Joint Network on European Law è stata presentata alla Commissione alla fine del 2007 e pubblicata nel 2008. La versione definitiva è stata, poi, pubblicata nel 2009, differenziandosi dalla prima per la presenza di commenti (che spiegano ogni regola, illustrandone l'applicazione attraverso esempi concreti) e note (riflettendo la posizione giuridica nei sistemi giuridici nazionali e, se del caso, in diritto comunitario vigente).

⁴¹ Il progetto ed i testi sono stati precisamente il frutto dell'attività di tre gruppi: lo Study Group on European Civil Code, coordinato da Christian von Bar, l'European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), coordinato da Hans Schulte Nölke, ed il Project Group «Restatement of European Insurance Contract Law», coordinato da Fritz Reichert Facilides. Il lavoro di questi gruppi è stato successivamente sottoposto alla valutazione di esperti e dei rappresentanti degli stakeholders.

livello europeo, di concetti e terminologie uniformi in materia di contratti ed obbligazioni.

La rielaborazione, la riorganizzazione e l'interpretazione in chiave di ricerca e di comparazione della normativa comunitaria esistente in materia di contratti ha permesso, secondo i coordinatori dello SGECC e dell'Acquis Group, di formare la struttura essenziale su cui edificare il diritto contrattuale europeo.

L'edificazione di una disciplina contrattuale uniforme viene realizzata mediante un *modus operandi* singolare dal punto di vista organizzativo.

Lo SGECC e l'Acquis Group hanno infatti lavorato in maniera parallela ma autonoma, modalità favorita dalla presenza di sottocommissioni cui è stata demandata la concreta attività di studio, di comparazione giuridica e terminologica, di progettazione, di confronto a partecipazione plenaria ed infine di redazione.

Ciò non ha tuttavia impedito una particolare sinergia tra i due gruppi, i cui sottoprogetti sono stati coordinati ed uniformazione da una specifica Commissione, la Compilation and Redaction Team.

Come si evince dalla sua denominazione, la finalità principale del DCFR è quella di fungere da modello ispiratore del quadro comune di riferimento proposto dalla Commissione Europea.

Le scelte redazionali dei due gruppi hanno, tuttavia, inteso raggiungere scopi ulteriori, oltre la realizzazione del CFR.

Infatti, avendo natura accademica, il DCFR intende promuovere la conoscenza e lo sviluppo del diritto contrattuale europeo, mediante l'analisi della interazione dei diversi sistemi giuridici coinvolti, delle casistiche e delle relative soluzioni che in essi si manifestano, rivelandosi quindi un punto essenziale di riferimento nella risoluzione delle problematiche in materia contrattuale⁴².

La funzione del DCFR resterebbe allora indipendente da quella del CFR: costituendo il risultato di un progetto di ricerca, esso contribuisce a rinsaldare la necessità di una disciplina contrattuale comune, sostenendone l'applicabilità da parte dei giudici interni e favorendo il riavvicinamento dei singoli sistemi nazionali⁴³.

⁴² Va ribadito che il DCFR non contiene soltanto regole ed istituti relativi al contratto in generale, ma comprende norme su specifiche fattispecie contrattuali e settori disciplinari essenziali in una prospettiva transfrontaliere, come la compravendita, l'assicurazione, i contratti di prestazione di servizi, le garanzie del credito e l'arricchimento senza causa. Cfr. G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, cit., p. 285.

⁴³ Cfr. N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, "A European Civil Code in all but name": *discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference*, in *Cambridge Law Journal*, 1 / 2010, p. 98. «The DCFR, obviously, is a comprehensive body of rules systematically covering a central field of private law and

Ciò implica, ovviamente, che il DCFR debba rispondere in maniera concreta ai bisogni della libera circolazione delle merci e della integrazione dei servizi, rappresentandosi quale schema normativo di semplificazione della complessa impalcatura legislativa che ha finora regolato gli scambi interni alla Comunità.

Concluso a fine 2007 ed aggiornato nel 2009, il DCFR si compone di dieci libri, che ricalcano in parte la struttura organizzativa dei Principles of European Contract Law (PECL), redatti dalla Commissione Lando⁴⁴.

Il campo del DCFR risulta, però, notevolmente più esteso rispetto a quello dei PECL: il primo si sostanzia in un complesso di regole giuridiche che formano la piattaforma sostanziale non solo del diritto contrattuale, ma del diritto delle obbligazioni⁴⁵.

Tale intento è evidenziato dall'art. I.-1:101, che traccia il campo di applicazione del DCFR in apertura dell'opera: l'ambito applicativo delle norme in analisi è costituito dai diritti e dalle obbligazioni di fonte contrattuale, ma anche di fonte non contrattuale⁴⁶.

intended to be applicable to transnational disputes.(...) Hans Schulte-Nolke, has argued that those who refer to the DCFR as a draft code are labouring under a “popular mistake”. The DCFR, he writes, is intended to be nothing more than “a point of reference for a European discussion concerning contract law and patrimonial law which, above all, attempts to draw a picture of the existing legal systems in all their beauty and diversity, nothing more and nothing less”, an “academic project producing insights”. It is designed “to increase our knowledge in the field of comparative law” rather than to be a political document shaping the future course of private law in Europe».

⁴⁴ La Commissione di diritto europeo dei contratti ha cominciato i suoi lavori agli inizi degli anni 80. I PECL che si compongono di tre Parti: la prima versione del PECL coincide con la pubblicazione della Part I, ed è stata pubblicata nel 1995. La Part II viene pubblicata nel 1999, mentre la Part III è del 2003. Essi comprendono anche Note e Commenti aventi la sostanziale di fornire un'interpretazione autentica delle norme/principi pubblicate. In particolare, i commenti tendono a fornire la spiegazione della regola o delle regole contenute nel singolo articolo, con una sorta di interpretazione autentica, spesso arricchita di esempi applicativi. Le note, invece, contengono un panorama delle derivazioni dei singoli articoli dagli ordinamenti nazionali di riferimento, ovvero le regole che nella medesima materia si rinvencono negli ordinamenti nazionali, perché ciascuno possa operare confronti apprezzandone identità e differenze.

⁴⁵ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, (DCFR)*, Outline Edition, prepared by the Study Group on European Contract Law and the Research Group on EC Private Law, Munchen, 2009, p. 23 «The coverage of the PECL was already quite wide. They had rules not only on the formation, validity, interpretation and contents of contracts and, by analogy, other juridical acts, but also on the performance of obligations resulting from them and on the remedies for non-performance of such obligations. Indeed the later Chapters had many rules applying to private law rights and obligations in general – for example, rules on a plurality of parties, on the assignment of rights to performance, on set-off and on prescription. To this extent the Principles went well beyond the law on contracts as such. The DCFR continues this coverage but it goes further».

⁴⁶ Art. I. – 1:101, DCFR: «Intended field of application (1) These rules are intended to be used primarily in relation to contracts and other juridical acts, contractual and non-contractual rights and obligations and related property matters. (2) They are not intended to be used, or used without modification or supplementation, in relation to rights and obligations of a public law nature or, except where otherwise provided, in relation to: (a) the status or legal capacity of natural persons; (b) wills and succession; (c) family relationships, including matrimonial and similar relationships; (d) bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments; (e) employment relationships; (f) the ownership of, or rights in security over, immovable property; (g) the creation, capacity, internal organisation, regulation or dissolution of companies and other bodies corporate or unincorporated; (h) matters relating primarily to procedure or enforcement. (3) Further restrictions on intended fields of application are contained in later Books».

I redattori hanno inserito nella disciplina del DCFR anche le obbligazioni nascenti dalla gestione di affari altrui (regolata dal Libro V), le obbligazioni nascenti da fatto illecito (cui è dedicato il Libro VI), e quelle che sorgono dall'ingiustificato arricchimento (previste dal Libro VII).

Tra le caratteristiche dell'opera, la specificità dei principi essenziali su cui essa si basa, derivata dalla elaborazione finale operata dalla Compilation and Redaction Team, risulta di particolare importanza. Tali principi sono la libertà contrattuale, la certezza del rapporto (security), la giustizia e l'efficienza⁴⁷.

La libertà contrattuale è il principio base in materia contrattuale e nelle obbligazioni nascenti da impegni unilaterali; gli altri principi risultano avere equanime importanza in tutti gli ambiti applicativi del DCFR. In particolare, il richiamo al principio di efficienza potrebbe sembrare inutile se operato da norme diverse da quelle sul contratto. Esso risulta, tuttavia, di estrema importanza in considerazione del carattere pratico di cui la scienza giuridica deve essere dotata, ragione per cui diverse model rules possono essere spiegate solo in relazione al concetto di efficienza.

Sempre avendo riguardo al carattere pratico del diritto, i redattori del DCFR confermano che tali principi spiegano un valore non fine a se stesso ma correlato a finalità peculiari che un complesso di norme di diritto privato deve considerare, quali il welfare e il potenziamento delle capacità dei singoli al raggiungimento dei loro obiettivi.

Resta, in ogni caso, fondamentale operare un continuo bilanciamento tra i principi menzionati. È quanto accade nel caso delle norme sulla prescrizione, dove il principio di giustizia deve far posto a quello di efficienza e sicurezza; oppure nel caso della libertà contrattuale che subisce un ridimensionamento a favore della giustizia contrattuale per evitare forme di discriminazione o ipotesi di abuso di posizione dominante. Anche lo stesso principio può presentare aspetti apparentemente configgenti tra di loro, come l'uguaglianza di trattamento e la tutela di soggetti deboli, entrambi espressione della giustizia. Per tale ragione non è possibile applicare in maniera rigida i principi, occorrendo sempre operare un bilanciamento tra essi, considerato che molte norme si spiegano e possono essere applicate sulla base di più principi.

⁴⁷ Con riguardo alla revisione del DCFR, gli autori spiegano, nell'introduzione della Outline edition del 2009 che la seconda edizione rivisitata contiene una sezione ulteriore in cui è stato deciso l'inserimento di quattro principi fondamentali alla base del DCFR. Questo aspetto ricalca *Principes Directeurs du droit européen du contrat*, e l'oggetto di un progetto di ricerca indipendente, pubblicato nel 2008. Le conclusioni circa l'impatto economico delle norme sono state messe a disposizione per i redattori del DCFR.

Libertà contrattuale, sicurezza, giustizia ed efficienza sottendono le model rules. Ad essi, tuttavia, se ne accompagnano altri, forse ancora più importanti, come la tutela dei diritti umani, la promozione della solidarietà e della responsabilità sociale, la protezione della diversità linguistica e culturale, lo sviluppo del mercato interno⁴⁸.

È soprattutto la tutela dei diritti umani ad essere garantita da specifiche norme, come gli art. II - 2:101 – 2:105; o l’art. III - 1:105, che affermano il diritto di una parte di un contratto o di altro atto giuridico a non subire discriminazioni per ragioni legate alla razza, al sesso, o all’origine etnica. In tali casi è prevista l’applicabilità dei rimedi per l’inadempimento di obbligazioni, stabiliti dal capitolo III del Libro III. Altre disposizioni in materia di diritti fondamentali si rinvencono nelle norme del Book IV sulla responsabilità extracontrattuale, rappresentando, altresì, ulteriori espressioni dei principi di giustizia ed efficienza summenzionati⁴⁹.

Esulano dalla portata del DCFR i diritti e le obbligazioni di natura pubblicistica, così come quelle di fonte privatistica derivanti dallo status o dalla capacità delle persone fisiche, quelle inerenti al diritto successorio o al diritto di famiglia, ai rapporti di lavoro, etc.

⁴⁸ Cfr. O. CHEREDNYCHENCKO, *Fundamental Right and Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 4/2006, p. 489. La crescente influenza dei diritti fondamentali sul diritto contrattuale negli ultimi dieci anni ha reso evidente la necessaria comunicabilità che deve esistere tra il terreno dei diritti fondamentali e quello del diritto dei contratti. La tendenza verso una costituzionalizzazione del diritto contrattuale è stata effettiva per diversi sistemi giuridici europei, dunque una normativa in materia di diritto contrattuale non potrà prescindere da essa. Il potenziale “allineamento” tra diritti fondamentali dell’Unione europea e diritto contrattuale europeo è riscontrabile, come visto, nel DCFR. La questione resta, tuttavia, ancora aperta in ragione dell’assenza specifiche previsioni nel Common European Sales of Law. Il problema, dunque, non è tanto capire se vi sia incidenza quanto, piuttosto, quale sia la misura di tale incidenza. Se, da una parte, nel panorama giuridico tedesco è rinvenibile un approccio orientato all’osservanza di diritti fondamentali, dall’altra, in ordinamenti come quello olandese ed inglese si rinviene una mera complementarità tra i due ambiti. Ciò a dimostrazione che un effettivo accordo sulla necessità di una regolamentazione in materia è ancora lontana. Il compito principale resta quello di stabilire in che misura sia desiderabile una costituzionalizzazione del diritto dei contratti. La questione principale da risolvere resta quello di creare un corpus normativo in grado di definire in maniera sostanziale gli esiti della controversia tra le parti private - legge fondamentale dei diritti e diritto contrattuale. La soluzione di tale questione è di fondamentale importanza per il futuro diritto contrattuale, in quanto consentirà di stabilire se il diritto contrattuale possa o meno essere trasformato in un veicolo di promozione e realizzazione dei diritti fondamentali.

⁴⁹ Quanto al fondamento economico del principio di non discriminazione, cfr. A.S. VANDERBERGHE, *The economics of non discrimination principle in general contract law*, in *European Review of Contract Law*, 4/2007, p. 440. L’A. affronta il problema della discriminazione razziale e sessuale nel contrarre al fine di determinare se l’adozione di una norma in materia non discriminazione nella parte generale del diritto dei contratti contrasti efficacemente il problema. L’intervento normativo nella fase di contrattazione diventa necessario per ridurre la discriminazione laddove i mercati competitivi non siano in grado di penalizzare i venditori che agiscono sulle preferenze discriminatorie. Tuttavia, l’intervento normativo finalizzato a vietare discriminazioni di razza o sesso genera un aumento di costi di informazione per tutti i clienti e porta costose compensazioni redistributive di ricchezza, svantaggiando in qualche modo coloro che dovrebbero beneficiare della politica di non discriminazione. Le norme sulla non discriminazione sono dunque strutturate, in modo ottimale, quale standard che si limita a vietare una discriminazione irragionevole. Con forme sanzionatorie sufficientemente idonee per facilitarne l’applicazione nei casi in cui i danni sono di piccole dimensioni, tali norme - quando comprendente un test di equilibrio economico - dovrebbero scoraggiare ipotesi discriminatorie, sostenendone, tuttavia, in minima parte altre per ragioni di efficienza contrattuale.

Le scelte contenutistiche del DCFR rappresentano il tentativo di dare soluzione a problemi di ordine economico scaturenti da differenze di ordine sociale e culturale. Ecco perché il conseguimento di obiettivi economici si affianca, inevitabilmente, al raggiungimento di finalità come la protezione di soggetti deboli.

Quanto alle scelte strutturali del DCFR, sono sostanzialmente riprese le modalità che hanno condotto alla redazione dei PECL: come nel progetto della Commissione Lando, infatti, anche all'interno del DCFR si procede all'elaborazione di principi di massima che concretizzano all'interno di uno schema richiamante un codice⁵⁰.

Nel DCFR, però, il tenore della parola "principi" è più generale, essendo riferita a concetti quali l'autonomia contrattuale o la buona fede, laddove il ruolo importante viene conferito alle model rules, cioè a regole che non hanno forza di legge, cui le parti possono fare ricorso per la regolamentazione del contratto⁵¹.

Da ciò si evince che gli scopi che caratterizzano i due lavori sono differenti: il tentativo di sviluppare dei concetti ed una terminologia giuridica uniforme, che rispecchi e rispetti quella utilizzata dai diversi sistemi nazionali, attribuisce al DCFR un miglioramento contenutistico, di formulazione e di organizzazione sistematica delle regole, rispetto alle regole dei PECL⁵².

⁵⁰ Sostiene la natura codicistica del DCFR M. HESSELINK, cfr. *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law* in *Tulane Law Review*, 4/2009, p. 919. Il DCFR possiede infatti tutte le caratteristiche di un codice civile che sono familiari agli avvocati in Europa continentale e quali intrighi avvocati inglesi comuni. Si tratta di un'opera completa (trattando tutti i soggetti di diritto patrimoniale all'interno di un codice e rispondendo a tutte le domande generali); ha carattere sistematico (contenendo regole generali, a diversi livelli di astrazione), è coerente (proponendo di trattare casi simili allo stesso modo e facendo uso coerente dei concetti), si trova ad un unico livello di governo ed è dotato di carattere statico (non mirando sostanzialmente ad un cambiamento). Anche se il DCFR non sarà adottato formalmente come un codice civile europeo, avrà tutte le caratteristiche di una codificazione in senso sostanziale. In sostanza, si tratta di un codice civile europeo a tutti gli effetti.

⁵¹ Si tratta di regole specifiche che costituiscono la parte più consistente del DCFR. Esse sono previste in materia di formazione del contratto, di forma, di rappresentanza, di obblighi precontrattuali, di interpretazione e validità, di effetti e contenuto, di adempimento ed inadempimento, prescrizione ed in materia di specifiche fattispecie contrattuali come la vendita e l'assicurazione. È questa la peculiarità del DCFR: la commistione tra regole, principi e definizioni destinato ad avere un ruolo chiave nel sistema di diritto contrattuale

⁵² Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, (DCFR)*, cit., p. 31 «A primary purpose of the DCFR is to try to develop clear and consistent concepts and terminology. In pursuit of this aim the Study Group gave much consideration to the most appropriate way of using terms like 'contract' and 'obligation', taking into account not only national systems, but also prevailing usage in European and international instruments dealing with private law topics. One reason for many of the drafting changes from the PECL is the clearer distinction now drawn (as noted above) between a contract (seen as a type of agreement or juridical act) and the relationship (usually consisting of reciprocal rights and obligations) to which it gives rise. This has a number of consequences throughout the text. For example, under the DCFR it is not the contract which is performed. A contract is concluded; obligations are performed. Similarly, a contract is not terminated. It is the contractual relationship, or particular rights and obligations arising from it, which will be terminated. The new focus on rights and obligations in Book III also made possible the consistent use of 'creditor' and 'debtor' rather than terms like 'aggrieved party' and 'other party', which were commonly used in the PECL. The decision to use 'obligation' consistently as the counterpart of a right to performance also meant some drafting changes. The PECL

Quanto poi, alla figura del consumatore, i PECL non disciplinano specificamente i contratti B2C, optando per una regolamentazione a carattere più generico che tenga conto della posizione negoziale debole (e quindi di svantaggio) in cui possono trovarsi determinati soggetti di mercato, siano essi consumatori o imprese. Non così per il DCFR, dove la figura del consumatore è considerata da diverse norme, contenute in particolare nel Book II (Contracts and other juridical acts), Chapter 3, sui doveri precontrattuali .

Inoltre, il DCFR si distingue anche quanto alla disciplina delle clausole vessatorie. Esso regola la materia sempre nel Book II, Chapter 9, relativo al contenuto ed agli effetti del contratto. Non viene, dunque, preventivamente inquadrata la sanzione scaturente dal giudizio di vessatorietà, venendo, piuttosto, scelta la non- vincolatività per contraente svantaggiato.

Nei PECL, invece, le clausole vessatorie sono regolate dal solo articolo 4:110, nel capitolo relativo alla validità del contratto, rientrando dunque nella disciplina dei vizi di formazione del contratto⁵³.

Il DCFR si compone, nella sua Appendice finale, anche di definizioni, strumento attraverso il quale i suoi redattori mettono a punto una tecnica di stesura che consente la realizzazione di una terminologia giuridica omogenea.

Nella sua versione definitiva il DCFR ha incluso la disciplina delle problematiche inerenti al trasferimento di beni mobili (libro VIII), alle garanzie mobiliari (libro IX) e al trust (X).

Il DCFR ha sollevato non pochi dubbi circa la sua idoneità a costituire un punto di riferimento per i giudici e gli altri operatori del diritto all'interno dell'UE.

sometimes used 'duty' in this sense and sometimes 'obligation'. The need for clear concepts and terminology also meant more frequent references than in the PECL to juridical acts other than contracts. A juridical act is defined in II. – 1:101 as a statement or agreement which is intended to have legal effect as such. All legal systems have to deal with various types of juridical act other than contracts, but not all use such a term and not all have generalised rules. Examples of such juridical acts might be offers, acceptances, notices of termination, authorisations, guarantees, acts of assignment, unilateral promises and so on. The PECL dealt with these by an article (1:107) which applied the Principles to them 'with appropriate modifications'. However, this technique is a short-cut which should only be used with great care and only when the appropriate modifications will be slight and fairly obvious. In this instance what modifications would be appropriate was not always apparent. It was therefore decided, as far back as 2004, to deal separately with other juridical acts. Some commentators on the Interim Outline Edition have ascribed a significance to this modest functional decision which it certainly did not have in the eyes of the drafters».

⁵³ Il DCFR non è soltanto debitore della struttura sistematica del PECL. Esso risulta chiaramente tributario del complesso dei singoli lavori dei gruppi che alla sua redazione hanno maggiormente contribuito. Il riferimento è ai Principles of European Law (PEL), opera dello Study Group, ed agli Acquis Principles, opera del Research Group on the Existing EC Private Law. Questi lavori costituiscono fonti di primaria importanza per il DCFR, i cui redattori, però, vi attingono operando i cambiamenti necessari onde evitare ripetizioni superflue di norme e permettere al sistema rappresentato dall'acquis communautaire di amalgamarsi e fondersi in una struttura concettuale e terminologica a carattere generico. Soprattutto quest'ultimo passaggio è stato agevolato dal lavoro svolto dall'Acquis Group, che ha appunto lavorato sulla eliminazione delle incoerenze attraverso l'elaborazione di principi comuni del diritto privato comunitario esistente.

Sorgono, anzitutto, perplessità sulla lingua inglese, utilizzata per esprimere e formulare la disciplina di istituti tipici del diritto continentale. È stata, questa, una scelta fortemente criticata in dottrina in considerazione del differente significato che un termine può assumere nel contesto giuridico - linguistico del common law piuttosto che in quello del civil law⁵⁴.

Altri dubbi sorgono sulla struttura del DCFR, nella parte in cui la regolamentazione di differenti tipologie contrattuali viene unificata in virtù della presenza di un minimo comun denominatore come l'oggetto, senza, però, tener conto dell'ulteriore complesso di elementi che distingue una fattispecie dall'altra.

⁵⁴ Il problema linguistico è solo una parte del problema. Senza addentrarsi in valutazioni specifiche in materia, è importante evidenziare che la scelta della lingua inglese è legata alla natura flessibile di quest'ultima, che ne ha permesso l'impiego in progetti come il DCFR o il *Common European Sales Law* (CESL). Secondo R. SEFTON – GREEN, *How far can we go when using the English language for private law in the EU*, in *European Review of Contract Law*, 1/2012, p. 30, la natura permeabile della lingua inglese è dimostrata dalla circostanza che molti termini del linguaggio giuridico di common law derivano dal francese antico o dal latino. La lingua diventa veicolo di specifici elementi culturali, come il diritto. In ciò andrebbe individuato il potenziale della lingua inglese per il diritto privato europeo. L'A. individua due categorie terminologiche, che possono fungere da linee guida nella creazione dello specifico linguaggio di diritto europeo. Nella prima categoria (*don'ts*) sono ricomprese sia quelle parole difficilmente traducibili in quanto portatrici di un bagaglio culturale imponente ed identificativo di una specifica cultura giuridica (è il caso del termine *misrepresentation*, da intendersi, nel diritto inglese, come «false statement of fact, not opinion, which materially induces a party to enter into a contract» ed impropriamente usato anche dai redattori del DCFR e del CESL) sia quelle parole che presentano una connotazione ambigua, come l'espressione «*juridical acts*», concetto che appare nuovo al giurista di common law ma non del tutto sconosciuto al giurista di civil law. La seconda categoria (*do's*) individuata dall'A. ricomprende due sottocategorie, comprensive di termini generici e termini più specifici, che possono essere impiegati nella formulazione del linguaggio di diritto privato europeo, in ogni caso utilizzando le dovute attenzioni rispetto allo specifico significato che essi assumono negli ordinamenti di provenienza. Un esempio terminologico appartenente alla categoria in esame è l'espressione «*solidary obligation*», scarsamente utilizzata nel diritto inglese ma estremamente significativa nel contesto *civilian*.

7. La riformulazione degli obiettivi ed il Libro Verde sulle possibili opzioni per un diritto contrattuale “fruibile” da consumatori ed imprese

La proposta del CFR è stata largamente sostenuta e condivisa, oltre che dalle parti interessate, anche dalle altre Istituzioni comunitarie⁵⁵. La stessa Commissione lo ha ricompreso tra le priorità da realizzare nell’ambito del Programma dell’Aia, per il rinnovamento dell’Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia⁵⁶.

Si assiste, tuttavia, in questa fase, a ciò che è stato definito un «ridimensionamento» del progetto iniziale, la cui implicita consapevolezza emerge già nel 2005, con la «Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell’acquis»⁵⁷.

In essa la Commissione intende finalizzare i risultati ottenuti nel corso dell’elaborazione del CFR nel contesto della revisione dell’acquis relativo alla tutela dei consumatori, concentrando, quindi, gli sforzi verso quest’ultimo obiettivo ed assegnando precedenza alle questioni in materia di contratti B2C.

Anche l’attività di redazione del CFR ha, chiaramente, seguito la nuova impostazione decisa dalla Commissione e condivisa dal Parlamento: al centro dei seminari del CFR – Network vengono collocate le questioni inerenti il rapporto di consumo, quali le vendite in cui il consumatore è parte, il diritto di recesso, i doveri di informazione precontrattuale, le clausole abusive⁵⁸.

L’orientamento metodologico tracciato nel 2005, di considerare il CFR quale cassetta degli attrezzi (toolbox) solo funzionale alla rivisitazione dell’acquis in materia di rapporti contrattuali B2C, viene confermato nel 2007 con la seconda relazione sullo stato di avanzamento relativo al quadro comune di riferimento⁵⁹.

⁵⁵ Con il Documento 14292/04 del 5.11.2004, il Consiglio europeo ha adottato il programma dell’Aia inglobando espressamente il CFR; il Parlamento europeo, con Risoluzione sul programma legislativo e di lavoro della Commissione per il 2005, ha esortato la realizzazione dell’iniziativa in materia di diritto contrattuale, manifestando l’intenzione di parteciparvi attivamente.

⁵⁶ COM (2005) 184 def., del 10 maggio 2005.

⁵⁷ COM(2005)456 def. Cfr. punto 2.6 «A sua volta, la revisione di tale *acquis* alimenterà lo sviluppo del più ampio CFR. La Commissione sottolinea la necessità di mettere l’accento sugli aspetti di politica generale, in modo che il processo sia più operativo e più efficace. Pertanto, la Commissione darà la precedenza alle questioni relative all’acquis in materia contrattuale, in particolare nel settore del consumo»

⁵⁸ Questo lavoro di ricerca, studio ed elaborazione ha costituito, poi, il presupposto per il Libro Verde sulla revisione dell’acquis in materia di consumatori, del 7 febbraio 2007, sul quale si rimanda al paragrafo successivo.

⁵⁹ COM (2007) 447 def., il cui punto 2, significativamente intitolato «Nuova priorità sul diritto contrattuale dal punto di vista dei consumatori», afferma il rinnovato intento della Commissione di dare la priorità al lavoro del CFR sui temi riguardanti i contratti dei consumatori al fine di garantire un’introduzione, per tempo, nella revisione dell’*acquis* del consumatore.

Ancora in tale documento, il CFR è considerato strumento per un'efficiente regolamentazione. Esso deve essere utilizzato per una migliore definizione dei termini giuridici, dei principi fondamentali e di norme coerenti del diritto dei contratti, per la revisione della legislazione settoriale esistente e per la preparazione di nuovi testi. Si precisa, tuttavia, che esso non è destinato a garantire un'armonizzazione su vasta scala del diritto privato o a trasformarsi in un codice civile europeo.

È evidente la rivisitazione degli obiettivi iniziali della Commissione, che sposta l'attenzione su finalità politiche e normative più semplicemente concretizzabili nel breve periodo, come il riesame della normativa comunitaria sul rapporto di consumo.

È questa la ragione che indotto la Commissione Europea, nell'aprile 2010, ad istituire un gruppo di esperti - Expert Group on a Common Frame of Reference in the area of European contract law⁶⁰ - per effettuare un ridimensionamento del DCFR, selezionando solo le parti di quest'ultimo relative al contratto affinché il lavoro svolto per il CFR potesse fungere da base per un vero e proprio strumento opzionale.

La proposta di uno strumento opzionale viene lanciata con il Libro Verde della Commissione «Sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese», Comunicazione n. 348 del 1.7.2010.

In esso la Commissione ha posto alcune questioni in vista di una migliore coerenza del diritto contrattuale europeo, chiedendosi sia quale debba essere l'ambito applicativo di tale strumento⁶¹ sia sul contenuto che dovrebbe includere⁶².

La questione più rilevante ha interessato la sua natura giuridica, in merito alla quale la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica (chiusasi nel gennaio 2011) per

⁶⁰ La nomina è avvenuta con decisione del 26 aprile 2010. Il compito del gruppo di esperti è individuato dall'art. 2, che recita «The group's task shall be to assist the Commission in the preparation of a proposal for a Common Frame of Reference in the area of European contract law, including consumer and business contract law, and in particular in: a) selecting those parts of the Draft Common Frame of Reference which are of direct or indirect relevance to contract law; and (b) restructuring, revising and supplementing the selected contents of the Draft Common Frame of Reference, taking also into consideration other research work conducted in this area as well as the Union acquis».

⁶¹ Le nuove norme potrebbero riguardare: a) i contratti B2C, settore nel quale il diritto applicabile è già in parte armonizzato allo scopo di garantire meglio la tutela dei consumatori. Difatti, nel caso in cui vi sia conflitto tra contraenti di due paesi diversi, le imprese saranno tenute ad applicare il diritto del paese di residenza del consumatore, o quantomeno le disposizioni obbligatorie in quel paese; b) i contratti B2b, rispetto ai quali le parti sono libere di scegliere il diritto applicabile. Ancora, l'ambito applicativo potrebbe comprendere tutti i contratti nazionali e transfrontalieri oppure soltanto quelli transfrontalieri.

⁶² Quanto al contenuto, lo strumento potrebbe riguardare: a) le sole norme del diritto dei contratti in generale, soprattutto quelle inerenti alla formazione ed esecuzione del contratto, il diritto di recesso, l'interpretazione, il contenuto, gli effetti, etc.; b) le norme in generale e quelle di tipi specifici di contratto, ad esempio quelle dei contratti più frequenti, come la vendita.

raccogliere le opinioni delle parti interessate circa le possibili opzioni nel campo del diritto contrattuale europeo⁶³.

Tra le opzioni elencate dalla stessa Commissione, alcune concernono norme di carattere obbligatorio, altre invece consistono in soluzioni flessibili, attuabili in base alla volontà dei Paesi membri⁶⁴.

Dalle risposte alla consultazione, è emerso che, tra le opzioni preferenziali, prevale quella relativa ad un regolamento istitutivo di uno strumento facoltativo di diritto europeo dei contratti⁶⁵.

Secondo la Commissione europea, questo strumento darebbe vita ad un complesso autonomo di norme di diritto contrattuale che le parti potrebbero scegliere come legge regolativa.

Ai contraenti verrebbe offerto un sistema alternativo cui ricondurre la disciplina tanto dei contratti transfrontalieri quanto di quelli interni.

I presupposti essenziali per la configurabilità di un siffatto strumento dovranno essere la chiarezza (per garantire la certezza del diritto applicabile) ed un elevato standard di tutela (per garantire la protezione dei contraenti consumatori).

Nell'ottica della Commissione, lo strumento facoltativo rappresenterebbe una soluzione ragionevole ai problemi derivanti dalle divergenze normative solo se dotato di sufficiente chiarezza per l'utente medio, garantendo perciò la certezza del diritto. Sono questi i presupposti grazie ai quali i contraenti acquisterebbero fiducia nello strumento, scegliendolo come base giuridica del contratto. La sua operatività, sul piano del mercato interno, dipenderà anche dall'applicazione delle norme imperative, soprattutto quelle sulla protezione dei consumatori.

⁶³ Terminata la valutazione dei pareri e degli orientamenti pervenuti, la Commissione, entro il 2012, dovrà promuovere ulteriori azioni.

⁶⁴ La consultazione ha riguardato proprio la forma che il nuovo strumento giuridico dovrebbe assumere e in merito alla quale è stata proposta a) la pubblicazione, all'interno di un testo di facile consultazione, dei risultati di un gruppo di esperti, per la creazione di norme e contratti tipo; b) uno «strumentario» per i legislatori, attraverso un atto della Commissione o un accordo interistituzionale (tra la Commissione, il Consiglio e il Parlamento), da usare come riferimento in materia di diritto contrattuale; c) una raccomandazione della Commissione, per la graduale e volontaria adozione, da parte degli Stati membri, di uno strumento europeo. Questa opzione permetterebbe ai Paesi dell'UE sia di modificare il diritto nazionale sia di creare un regime facoltativo ed alternativo al diritto interno; d) un regolamento istitutivo di uno strumento facoltativo, inteso come regime giuridico alternativo adottato da tutti i Paesi, ma che le parti del contratto potrebbero liberamente scegliere; e) una direttiva sul diritto europeo dei contratti, il cui scopo sia l'armonizzazione dei diritti nazionali ed elaborata sulla base di norme minime comuni; f) un regolamento istitutivo di un diritto europeo dei contratti, per la sostituzione delle leggi nazionali; g) un regolamento istitutivo di un codice civile europeo, che andrebbe a sostituire non solo la disciplina contrattuale nazionale ma anche quella di altri tipi di obbligazione (come, ad esempio, la responsabilità extracontrattuale e la gestione di affari).

⁶⁵ In tal senso, ad esempio, il Consiglio degli ordini forensi d'Europa (CCBE) ed il Consiglio Nazionale Forense (CNF).

Proprio questo costituirebbe, per la Commissione, il valore specifico dello strumento rispetto ai regimi facoltativi esistenti, come la Convenzione di Vienna, che non possono limitare l'applicazione di norme imperative nazionali.

Il riferimento costante a un *corpus* unico di norme risparmierebbe a giudici e professionisti legali di dover studiare in alcuni casi le leggi straniere, come accade attualmente in base alle norme di conflitto. Ne conseguirebbe una riduzione non solo dei costi per le imprese, ma anche degli oneri amministrativi che gravano sul sistema giudiziario.

Tale strumento facoltativo favorirebbe il miglioramento del mercato interno senza ulteriori “incursioni” negli ordinamenti nazionali e rappresenterebbe, in ossequio al principio di sussidiarietà, un’alternativa alla completa armonizzazione delle leggi nazionali, offrendo una soluzione proporzionata al problema degli ostacoli al mercato interno indotti dal divergere dei diritti nazionali dei contratti.

La stessa Commissione ha osservato, tuttavia, che, da un lato, l’attuazione di tale opzione potrebbe apportare notevoli vantaggi al mercato interno, senza incidere eccessivamente sugli ordinamenti nazionali; dall’altro tuttavia, costituendo un base alternativa cui il contraente può scegliere di ricorrere, complicherebbe un *corpus* normativo di per sé già abbastanza intricato.

Con riguardo, poi, all’ambito applicativo dello strumento, il Libro Verde intravede la possibilità di un’applicazione binaria, sia ai contratti tra imprese che a quelli tra imprese e consumatori. Alcune disposizioni di diritto dei contratti in generale valgono per tutti i contratti indistintamente, ma lo strumento potrebbe contenere anche disposizioni specifiche la cui applicazione scatterebbe solo per alcuni tipi di contratti, ad esempio norme imperative che assicurano un livello elevato di protezione dei consumatori, come nel caso delle transazioni tra un consumatore e un’impresa⁶⁶.

⁶⁶ La Commissione si interroga circa la possibilità di applicare lo strumento tanto ai contratti transfrontalieri quanto a quelli nazionali. Uno strumento indirizzato solo ai primi, che risolva i problemi di conflitto di legge, fornirebbe un contributo determinante al corretto funzionamento del mercato interno. Nei contratti business to consumer, le imprese potrebbero operare sulla base di due tipologie di norme: una sui contratti transfrontalieri, l'altra sui contratti nazionali. Anche i consumatori sarebbero soggetti a due serie di norme. Uno strumento applicabile a entrambi i contratti dei consumatori, transfrontalieri e nazionali, semplificherebbe il quadro normativo, tuttavia avrebbe un impatto sui consumatori che non vogliono rischiare sul mercato interno e preferiscono mantenere il grado di protezione previsto dal diritto nazionale. D'altro canto, nei contratti business to business, in cui prevale il principio della libertà contrattuale, sarebbe irragionevole precludere alle parti la possibilità di optare per lo strumento europeo nelle transazioni meramente nazionali. Uno strumento relativo ad entrambi i contratti, transfrontalieri e nazionali, costituirebbe incentivo per le imprese a operare all'estero, con l'applicazione di un'unica serie di clausole ed una stessa politica economica. Parere differente è stato espresso dalla Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori del Parlamento europeo. Quest'ultima ha infatti rilevato che si dovrebbero perseguire formulazioni differenziate del diritto dei contratti per contratti B2b e B2C, per un maggiore

Anche l'ambito di applicazione materiale dello strumento è stato esaminato dalla Commissione, che ne ha tracciato la struttura contenutistica essenziale individuando sia le norme da ricomprendere sia le tipologie contrattuali da disciplinare⁶⁷.

Come si vedrà, il progetto dello strumento facoltativo è confluito nella recente «Proposta di Regolamento per un diritto comune della vendita», lanciata con la COM(2010)348 def. della Commissione europea, a cui fondamento è stato posto proprio lo studio di fattibilità (feasibility study) presentato per la prima volta, dal gruppo di esperti, nel maggio 2011⁶⁸.

Oltre ai dubbi scaturenti dalla natura “facoltativa” dello strumento normativo proposto, sorgono evidenti problemi di integrazione tra la Proposta di Regolamento e le altre misure proposte dagli organi comunitari, alcune delle quali già in fase di attuazione, come la Direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/UE precedentemente analizzata.

rispetto delle tradizioni comuni dei sistemi giuridici nazionali ed un'attenzione particolare alla tutela delle parti contrattuali più deboli, ossia i consumatori.

⁶⁷ Cfr. COM(2010) 348 def., punto 4.3, «Uno strumento di diritto europeo dei contratti potrebbe limitarsi a contenere norme riguardanti: la definizione di contratto, la responsabilità precontrattuale, la formazione del contratto, il diritto di recesso, la rappresentanza, i motivi di invalidità, l'interpretazione, il contenuto e gli effetti del contratto, l'adempimento, le tutele per l'inadempimento, la pluralità di debitori e creditori, la modificazione dei soggetti dell'obbligazione, la compensazione e la confusione, la prescrizione estintiva. Si potrebbe restringere il campo alle norme imperative di diritto contrattuale dei consumatori che sono di ostacolo al mercato interno, e alle pratiche che danneggiano i consumatori e le PMI, come le clausole vessatorie. Oltre alle norme di diritto dei contratti in generale, lo strumento potrebbe contenere norme specifiche sui tipi di contratto più frequenti. Dal punto di vista del mercato interno, il più comune e rilevante è il contratto di vendita di merci. Anche i contratti di servizi hanno molta importanza. Tuttavia, il loro carattere eterogeneo renderà necessaria l'elaborazione di norme specifiche per tipi specifici di contratto. Lo strumento potrebbe allora contenere disposizioni per i contratti di servizi simili alla vendita, come il leasing di automobili, o per i contratti di assicurazione. Ci sono poi i contratti nel settore dei servizi finanziari che hanno una natura molto specifica e tecnica, specie se conclusi tra professionisti, e richiedono un approccio prudente dato che il contesto normativo in cui si situano muta rapidamente».

⁶⁸ Il gruppo si è riunito ogni mese e il 3 maggio del 2011 ha presentato le sue relazioni alla Commissione. La prima versione del feasibility study è del maggio 2011, la seconda di luglio 2011, la terza risalente all'agosto 2011.

8. Le iniziative della dottrina: il tentativo dei Principles of european contract law ed i Principi UNIDROIT.

Il legislatore europeo non è giunto impreparato al ruolo cui è stato chiamato, essendo stato in precedenza da studiosi ed accademici nell'esperienza di riassetto normativo del diritto privato europeo.

Uno dei principali progetti in tal senso viene elaborato dalla European Contract Law Commission, costituita agli inizi degli anni ottanta, sotto la guida del professore Ole Lando.

Alla Commissione, composta da esponenti del mondo accademico provenienti da tutti i paesi della Comunità Europea, si deve infatti la redazione dei Principles of European Contract Law (PECL)⁶⁹.

Esito di un complesso lavoro basato sulla comparazione, essi hanno costituito una fondamentale base concettuale per realizzazione di un diritto contrattuale europeo.

La Commissione Lando ha elaborato un testo che si articola in tre Parti.

La prima e la seconda hanno ad oggetto una serie di disposizioni a carattere generale (capitolo 1); della formazione del contratto (capitolo 2); della rappresentanza e del mandato (capitolo 3); della validità e della invalidità del contratto (capitolo 4); dell'interpretazione del contratto (capitolo 5); del suo contenuto e dei suoi effetti (capitolo 6); dell'adempimento (capitolo 7); dell'inadempimento e dei rimedi in generale (capitolo 8); ed infine dei rimedi a carattere particolare (capitolo 9).

La terza Parte disciplina le ipotesi pluralità di soggetti (più debitori o più creditori) nel rapporto (capitolo 10); della cessione del credito (capitolo 11); della sostituzione del debitore e della cessione del contratto (capitolo 12); della compensazione (capitolo 13); della prescrizione (capitolo 14); dell'illiceità (capitolo 15); della condizione (capitolo 16); dell'anatocismo (capitolo 17).

⁶⁹ Nella prefazione dell' opera, è lo stesso Ole Lando a raccontare che nel 1974, nell'ambito di un incontro tenutosi all'interno della Business School di Copenhagen con tema di discussione un Progetto di Convenzione di Diritto internazionale privato sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali, i partecipanti, ed in particolare il Dr. Winfried Hauschild che era membro della Direzione Generale per il Mercato interno della Commissione Europea, erano d'accordo su di un punto, e cioè che le norme volte a regolare i conflitti di legge erano insufficienti e che con esse non si sarebbe mai raggiunta la uniformità giuridica necessaria alla integrazione del Mercato interno. Due anni dopo, nel 1976, si celebrò, questa volta nell'Istituto Universitario Europeo di Firenze, un altro simposio dal tema «Nuove prospettive di un Diritto comune europeo». In quell'occasione Lando si mostrò favorevole alla redazione di quello che chiamò un Codice di commercio uniforme per l'Europa. I lavori cominciarono a Bruxelles nel dicembre del 1980, con la collaborazione del già citato Dr. Hauschild e successivamente con quella del direttore generale del Servizio Giuridico della Commissione, il Dr. Ehlermann. Si formò così la Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti, che non ha mai avuto carattere ufficiale e che si contraddistingue per il suo carattere prettamente accademico.

Il testo elaborato si compone della enunciazione della regola, del commento volto a spiegarne il significato e di una nota che richiama e confronta le norme corrispondenti dei diversi ordinamenti nazionali.

L'approccio scelto ha consentito di assimilare i PECL ai Restatements degli Stati Uniti: lo scopo della Commissione Lando non è stato, infatti, quello di legiferare, quanto piuttosto di offrire un complesso di norme che possano trovare applicazione diretta in ambito europeo per volontà delle parti o, laddove sia possibile, per volontà dei giudici⁷⁰.

Per certi aspetti i PECL possono essere confrontati con il Restatement americano in materia di contratti, pubblicato nella sua seconda edizione nel 1981⁷¹. Come esso, gli articoli dei PECL sono accompagnati da commenti e note. Come esso, si compone di norme non vincolanti (soft law), tuttavia la loro principale finalità è quella di fungere da prima bozza di una parte di un codice civile europeo. Non essendovi alcun sistema giuridico di partenza, i PECL hanno rappresentato l'esito di un processo più radicale.

La Commissione ha prestato attenzione a tutti i sistemi degli Stati membri, ma non tutti hanno esercitato avuto un'influenza sulle questioni trattate.

Alcuni dei principi riflettono idee che non hanno ancora materializzati nella legge di uno Stato. In breve, la Commissione ha cercato di stabilire quei principi che ritenuti la migliore in base alle condizioni economiche e sociali esistenti in Europa: in tal senso i PECL sembrano aver sperimentato una sorta di "riconciliazione" tra le astratte formule codicistiche e la concreta produzione normativa derivante dai case law.

Non sarebbe dunque corretto qualificarne il testo come codice, almeno non nel senso tradizionale del termine: le finalità e gli obiettivi della Commissione vanno inquadrati nel tentativo di creare un "ponte" tra la tradizione giuridica continentale e quella inglese, cercando soluzioni unitarie⁷².

⁷⁰ M. W. HESSENLINK, *The new European Private Law: essays on the future of Private Law in Europe*, The Hague, 2002, ricorda come la stessa Commissione Lando, nell'introduzione dei PECL, evidenzi che il metodo adottato può essere comparato con quello che portò alla pubblicazione dei Restatement americani prima nel 1923 e successivamente nel 1980. Quindi i PECL si pongono nella stessa prospettiva: quella di dare vita ad un insieme di regole volte a creare un *common core* del diritto contrattuale europeo.

⁷¹ L. GATT, *Principles of European Contract Law*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 509. Nell'iniziativa che ha condotto all'elaborazione dei PECL, tra i Restatement americani è stato soprattutto esaminato il Restatement of the Law of Contract del 1981, costituendo un modello per la stesura dei Principi sul piano contenutistico e su quello redazionale.

⁷² Si veda O. LANDO – H. BEALE, *Introduction*, in *Principles of European Contract Law*, part I, part II, The Hague, 2000, p. XIII: «One of the most intractable problems of European legal integration is the reconciliation of the civil law and the common law families. It is, of course, true that there are significant differences even between one civil law system and another; it is also true that in many cases common problems will be solved in much the same way by the various legal system, to whichever they may belong. But there remain major differences between civil law and common law system in relation to legal structure and reasoning, terminology, fundamental concepts and classifications and legal policy. Two examples from

Ciò non toglie, però, che i Principi elaborati dalla Commissione Lando possano costituire la base ideale per un codice propriamente inteso⁷³: la questione circa la concreta realizzabilità di un progetto così importante non si pone più in termini di rinuncia alle tradizioni nazionali, ma in termini di avanzamento e progresso della cultura giuridica europea, possibili grazie all'integrazione, alla cooperazione ed all'interazione tra i singoli ordinamenti⁷⁴.

Con riguardo poi ai propositi dei PECL, essi nascono con l'intento di soddisfare l'attuale esigenza della Unione Europea, quella di fare affidamento su una specifica struttura di diritto contrattuale, all'interno della quale far convergere anche il materiale normativo di origine comunitaria dedicato alla materia contrattuale, al fine di semplificare le logiche del commercio transfrontaliero all'interno dell'Unione.

Questo spiega alcune delle caratteristiche dei PECL.

La prima certamente risiede nel titolo. Gli autori hanno volutamente evitato l'utilizzo del termine "codice". Questo non significa che i PECL non contengano in sé l'idea di regola: l'espressione "principi" deve essere intesa come un corpo di norme di carattere generale, destinato a trovare applicazione laddove le parti abbiano concordato che il contratto sia disciplinato da esso.⁷⁵

the field covered by the Principles suffice to make point. The first is that in civil law systems there is a general and pervasive principle of good faith; in the European common law systems there is no such general principle(...). The second is that the civil law considers it legitimate for a contract to contain penalty clauses designed to deter a party from breaking the contract; the common law regards the imposition of penalties (as opposed to liquidated damages by way of compensation for anticipated loss) as improper and unenforceable».

⁷³ Così C. CASTRONOVO, *Il contratto e l'idea di codificazione nei Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, p. 854, per il quale i PECL non hanno la pretesa di essere un codice, ma "(...)sono una proposta, un tentativo serio di indicare la strada da percorrere per interpretare e concretizzare l'idea di un codice". Proprio i PECL dimostrano che è possibile l'incontro tra diversi sistemi di diritto scritto, quello di common law e quello degli ordinamenti nord europei, ed è grazie ad essi che l'idea di codificazione diventa praticabile. Inoltre, a proposito dei PECL, lo stesso O. LANDO, *Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo*, in CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Il codice civile europeo*, a cura di G. ALPA e A. N. BUCCICO, Milano, 2001, p.39, ha ritenuto che lo scopo principale del lavoro è quello di rappresentare un progetto iniziale per una parte di codice civile europeo.

⁷⁴ Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA TRIAS, A.M. MORALES, *Los Principios de Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, p.77, i PECL pretendono essere il fondamento della futura legislazione europea nonché una formulazione moderna della lex mercatoria. Di conseguenza essi non avanzano alcuna pretesa di imperatività, mirando ad una generale accettazione alla maniera dei Restatement americani.

⁷⁵ Ancora con riguardo all'art. 1:101 dei PECL, L. GATT, *Principles of European Contract Law*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 507, ricorda come la Commissione nel commento di questa norma faccia notare che se le parti non hanno effettuato alcuna scelta nel contratto, l'individuazione della legge regolatrice del contratto avvenga tramite ricorso alle norme di diritto internazionale privato. Ma possono verificarsi dei casi in cui corti internazionali o tribunali arbitrali non hanno nessuna regola specifica cui fare riferimento per scegliere la norma applicabile: in queste ipotesi la Commissione auspica il ricorso ai PECL. I *Principles*, quindi, dovrebbero trovare applicazione ogni volta in cui sorgano delle difficoltà o non sia possibile fare riferimento a norme di diritto privato internazionale che consentano l'individuazione della legge regolatrice del contratto.

Un'ulteriore caratteristica sta nel fatto che la Commissione Lando ha cercato di dare risalto alle similitudini ed alle somiglianze esistenti tra i differenti sistemi giuridici piuttosto che enfatizzarne le differenze.

Essa ha dunque condotto i suoi lavori sulla base di un metodo che può essere qualificato come *praesumptio similitudinis*, metodo considerato scarsamente scientifico, ma che dal punto di vista pratico della ricerca dell'armonizzazione e dell'unificazione risulta di utilità maggiore.

Una volta determinate le somiglianze tra gli ordinamenti giuridici interessati, la Commissione, dunque, ha formulato una serie di regole basandosi su di un criterio di approssimazione funzionale, grazie al quale i principi comuni costituiscono l'espressione di istituti o soluzioni normative frutto di un'armonizzazione tra i diversi sistemi, e non mero un richiamo concettuale e dogmatico delle norme di uno specifico Paese.

Il lavoro della Commissione Lando ha cominciato ad affrontare questioni di ordine teorico – dottrinale di non semplice soluzione.

Nel codice civile tedesco, ad esempio, vengono dedicati al contratto solo dodici paragrafi, compresi nella sezione in cui il BGB disciplina la figura generale del «*rechtsgeschäfte*» o negozio giuridico⁷⁶.

Sulla stessa linea si pongono il Codice civile portoghese e quello olandese.

La critica alla categoria astratta del negozio giuridico è stata a più riprese ribadita, soprattutto nel senso che i problemi posti dal contratto non si identificano con quelli posti da altri istituti pure ricondotti al negozio giuridico, come i testamenti, le promesse unilaterali, o la revoca.

La disciplina della volontà e dei suoi vizi non può essere la stessa per una fattispecie o per un'altra. D'altra parte non può negarsi sotto il profilo comparatistico la figura del negozio giuridico non è riconosciuta in tutti gli ordinamenti.

⁷⁶ La sezione 3 del Libro I del BGB è intitolata alla disciplina del negozio giuridico, al cui interno oltre ad essere inserito il titolo 3, comprensivo di dodici articoli (dal §145 al §157), in materia di contratto (*Vertrag*), si ritrovano il titolo 1 in materia di capacità (*Geschäftsfähigkeit*), il titolo 2 sulla dichiarazione di intenti (*Willenserklärung*), il titolo 4 su condizioni e termini (*Bedingung und Zeitbestimmung*), il titolo 5 sulla rappresentanza (*Vertretung und Vollmacht*) ed il titolo 6 sul consenso (*Einwilligung und Genehmigung*). L. DíEZ-PICAZO, E. ROCA TRIAS, A.M. MORALES, *Los Principios de Derecho europeo de contratos*, cit., p.85 aggiungono sul punto che come è risaputo la categoria del negozio giuridico è frutto delle costruzioni teoriche della pandettistica tedesca del XIX secolo, elaborandola come un sovraconcetto all'interno del quale inglobare tutti quegli atti in cui la volontà umana esplica i suoi effetti. Naturalmente, adottando questo punto di vista, la regolazione del contratto rappresenta solo una limitata categoria rispetto alla quale dovranno individuarsi e stabilirsi differenze e particolarità rispetto alle restanti ipotesi che rientrano nella macrocategoria.

Alcuni, come quello spagnolo o quello italiano, lo adottano solo come categoria dottrinale e scolastica, e non come categoria legislativa; altri, come quello francese o quello belga o gli ordinamenti di common law, cui risulta estraneo.

Si spiega dunque la tendenza che gli autori dei PECL hanno seguito nel costruire un corpo di norme e regole dedicate unicamente alla materia contrattuale, tralasciando ogni questione relativa alla figura del negozio.

Una seconda questione, di ordine dogmatico, riguarda la relazione tra la categoria del contratto e quella delle obbligazioni.

Il diritto delle obbligazioni è sempre stato oggetto di disciplina centrale all'interno dei codici europei: quale il rapporto con la categoria del contratto emerge dal testo dei PECL?⁷⁷.

I due concetti sembrerebbero acquistare una veste nuova, attraverso una riconduzione alla loro essenza che avviene sotto un duplice punto di vista. Da una parte viene tagliato fuori tutto quello che costituiva elemento specifico, soprattutto in termini di struttura contrattuale, dei singoli ordinamenti: è il caso del confinamento del contratto ai soli effetti obbligatori, essendo gli ordinamenti europei divisi tra principio consensualistico e non⁷⁸. Dall'altra, quanto più il contratto nei PECL viene ridotto alla sua essenza fondata sulla libertà oggettivata delle parti, tanto più tale libertà deve essere riconosciuta ad entrambe le parti.

⁷⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 2003, p. 11, introduce il concetto di obbligazione evidenziandone la necessaria correlazione ed integrazione con le sue fonti, in particolare il contratto. La figura dell'obbligazione non può essere pienamente compresa se non studiata in rapporto alle sue diverse fonti, poiché essa è l'effetto di una specifica fattispecie cui occorre avere riguardo sia per determinarne il contenuto, sia per la ricerca della specifica disciplina. È quindi evidente che l'obbligazione contrattuale è disciplinata dalle norme sull'obbligazione ma altresì dalla normativa del contratto in generale, dalla normativa di quel tipo di contratto, e dalle disposizioni delle parti. Si rende perciò necessario il rinvio allo studio di tali fonti, anche se ci sono norme che pur essendo previste nella disciplina delle singole fonti esprimono principi valevoli per l'obbligazione in generale, come ad esempio il rimedio del risarcimento del danno in forma specifica, il quale è previsto dalla normativa dell'illecito, ma si ritiene applicabile anche alle obbligazioni negoziali, così come la disamina dei rimedi contro l'inadempimento deve necessariamente comprendere anche i rimedi contrattuali.

⁷⁸ C.M., BIANCA *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., il sistema formale del nostro codice è fondato sulla figura dell'obbligazione, prevedendo tra le sue fonti il contratto: questo diventa un vero e proprio libro dedicato all'obbligazione. Ma indipendentemente dallo schema formale, il codice mette al centro del diritto privato il contratto, che in questa prospettiva non è più semplicemente una delle fonti produttive di obbligazioni, ma la fonte, e non solo di effetti obbligatori, ma anche di effetti reali. La disciplina dell'obbligazione può essere così intesa come una disciplina che integra quella del rapporto contrattuale: essa è il rapporto attraverso il quale si realizza il programma contrattuale. Adempimento dell'obbligazione significa esecuzione del contratto. Inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione significa inesecuzione o inesatta esecuzione del contratto.

Il contratto, inteso come sola espressione della libertà dei contraenti diventa strumento di autoregolamentazione, non tollera intromissioni eteronome, le quali solo possono essere giustificate laddove l'autonomia non sia stata correttamente esercitata⁷⁹.

Nel 1994 vengono pubblicati per la prima volta (con una seconda edizione nel 2004 ed una terza nel 2010) i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, dal nome della organizzazione che ne ha curato l'elaborazione, l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato Europeo.

Risultano evidenti alcune similitudini tra i PECL ed i Principi UNIDROIT. Anzitutto, sotto il profilo della struttura, della terminologia e dei contenuti. Anche le norme sull'interpretazione risultano abbastanza simili. La problematica viene affrontata dallo stesso Ole Lando, il quale rileva che la sostanziale differenza tra i due lavori vada rintracciata nella circostanza che i principi UNIDROIT si occupano solo dei contratti commerciali e solo di quelli internazionali, laddove i PECL si applicano ai contratti conclusi all'interno della UE e, laddove il diritto internazionale privato lo consenta, anche ai contratti internazionali⁸⁰.

Tali principi⁸¹ hanno la finalità non tanto di costituire uno strumento preparatorio di un possibile diritto uniforme, per il quale sarebbe stata necessaria un'articolata opera di negoziazione internazionale, quanto di fungere, piuttosto, da complesso di regole la cui applicazione sarebbe stata rimandata alla volontà delle parti⁸².

⁷⁹ In tal senso, acquista un rinnovato significato anche il principio di buona fede. La libertà delle parti impone che la logica intrinseca al contratto venga trasposta in tutti gli aspetti in cui il contratto stesso impone un potere ed un dovere. La buona fede presiede, dunque, alla interpretazione ed alla integrazione del contratto, con la precisa funzione di determinare ciò che le parti possono essersi effettivamente volute dire anche nel caso dell'avveramento di una circostanza concreta non prevista, nel rispetto, in ogni caso, del medesimo equilibrio raggiunto relativamente agli aspetti che sono stati, invece, espressamente regolati. Cfr. C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 35.

⁸⁰ O. LANDO, *Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: similarities, differences and perspectives*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 2002.

⁸¹ Il lavoro fu in un primo momento affidato ad un comitato composto da un circoscritto numero di persone quali René David, Clive M. Schmitthoff e Tudor Popescu; alla redazione finale del testo presero poi parte giuristi di particolare rilevanza come Allan Farnsworth, autore di un importante libro sulla materia contrattuale e professore della Columbia University di New York; Arthur S. Hartkamp, avvocato generale nella Corte Suprema dei Paesi Bassi e professore di Utrecht; Ole Lando, professore della Università di Copenhagen; e Denis Tallon, professore dell'Università di Parigi.

⁸² Quanto al rapporto tra PECL e Principi UNIDROIT, cfr. ancora D. P. FERNANDEZ ARROYO, *Certezas, falsedades y horizontes del derecho privado europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p.290, precisa: «En cuanto a la relacion con los Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales, lo primero que puede observarse es que desde el titulo mismo estos parecen señalar un ambito material mas restringido que el de obra europea, cuyas reglas resultan aplicables como reglas generales de Derecho contractual en la CE. Sin embargo, la definicion amplia de los «contratos comerciales» que se hace en el comentario num. 2 a continuacion del Preambulo de la obra de Unidroit, mitiga en parte ese distinto alcance material. En particular, dado que los supuestos de aplicacion previstos para sendos cuerpos han sido fijados en unos terminos bastante similares, dejando un amplio margen de apreciacion al juez o arbitro sobre la cuestion, no

Essi sono redatti in un linguaggio chiaro e semplice, in modo da consentire a qualunque soggetto istruito, anche non esperto, di comprenderne il contenuto. Nella enunciazione delle singole regole, viene evitato deliberatamente l'utilizzo di una terminologia peculiare ad un dato sistema, dando così vita ad una lingua giuridica franca da potersi facilmente utilizzare e comprendere.

I Principi UNIDROIT, suddivisi in 11 capitoli, si compongono di un Preambolo e 185 articoli aventi ad oggetto: disposizioni generali, formazione e rappresentanza, validità, interpretazione, contenuto e contratto a favore di terzi, adempimento, inadempimento, cessione dei crediti, trasferimento delle obbligazioni e cessione dei contratti, prescrizione, pluralità di debitori e creditori⁸³.

Il Preambolo, nell'individuare le specifiche finalità dei principi in analisi, menziona espressamente quella in ordine alla quale essi possono essere applicati allorché «le parti hanno convenuto che il loro contratto sia regolato dai principi generali del diritto, dalla *lex mercatoria* o altro».

Quindi, i Principi UNIDROIT vengono applicati laddove le parti li scelgano espressamente come diritto applicabile attraverso una clausola specifica inserita all'interno dei propri contratti o anche quando ad essi si rimettano i collegi arbitrali istituiti in caso di controversia tra le parti

Il ruolo che essi sono chiamati a svolgere può differire a seconda che la loro applicazione venga invocata di fronte al giudice statale o di fronte ad un collegio arbitrale. Nel primo caso, i giudici nazionali sono tenuti alla applicazione del diritto statale, comprese le norme del diritto internazionale privato, le quali limiterebbero la scelta del diritto applicabile ai contratti internazionali ai soli diritti nazionali e non anche ai sistemi sovranazionali.

Di conseguenza, se anche le parti rinviassero ai Principi UNIDROIT quale legge regolatrice del contratto, vi sarebbe la possibilità che i giudici intendano tale rinvio come meramente negoziale. In tal caso, essi vincolerebbero le parti solo nei limiti consentiti dalla norma imperativa delle legge statale da applicarsi in base alle regole di conflitto.

Nell'ipotesi in cui le controversie scaturenti dal contratto venissero sottoposte alla valutazione degli arbitri, questi ultimi non sarebbero vincolati alla scelta applicativa del

es descartable la producción de situaciones en las cuales la determinación del régimen legal aplicable al contrato concreto aparezca como especialmente confusa o problemática, lo cual podría causar resultados indeseables (por lo imprevisibles) cuando las soluciones consagradas en ambos no sean coincidentes».

⁸³ La terza edizione dei Principi UNIDROIT ha incluso altri 26 articoli relativi alle restituzioni in caso di contratti non eseguiti, contrarietà a norme imperative, condizioni e pluralità di debitori e creditori.

diritto statale: per tale ragione viene consigliato alle parti che scelgano di applicare i principi, di combinare, all'interno del contratto, una clausola compromissoria a quella che individua la legge regolatrice del contratto nei principi UNIDROIT⁸⁴.

Ma anche in assenza di una specifica indicazione delle parti, i Principi UNIDROIT certamente possono configurarsi come fonte dei principi generali della legge, o come *lex mercatoria*, rappresentando essi uno strumento di interpretazione ed integrazione della legge uniforme internazionale e di quella nazionale, nonché un modello per il legislatore interno e per quello comunitario.

Quanto alla relazione tra i PECL ed i Principi UNIDROIT essa emerge piuttosto chiaramente, laddove solo si consideri l'utilizzo di criteri redazionali simili, in aggiunta alla circostanza che diversi esponenti della Commissione Lando hanno fatto parte del gruppo di lavoro che ha curato la realizzazione dei Principi UNIDROIT⁸⁵.

Resta altresì evidente che, come i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, anche i PECL tendono ad una unificazione del diritto con mezzi diversi da quello legislativo e soprattutto sono destinati a trovare applicazione quando le parti abbiano espressamente previsto che il contratto venga da essi regolato⁸⁶. Ambedue i progetti, espressione classica della soft law, esercitando una notevole influenza sui codici e leggi nazionali, vengono universalmente riconosciuti come fondamento della nuova *lex mercatoria*.

⁸⁴ M.J. BONELL, *I Principi UNIDROIT e il diritto transnazionale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive diritto europeo*, cit., p. 61 nota che gli arbitri non sono vincolati a fondare la loro decisione su una particolare legge nazionale, affermazione pacifica quando essi siano stati espressamente autorizzati dalle parti «a decidere *ex aequo et bono* o a risolvere la controversia in via di bonari compositori». Comunque, anche senza tale autorizzazione è sempre consentito, almeno nell'ambito di un arbitrato internazionale, fondare i lodi su norme non appartenenti ad una legge nazionale quando siano le stesse parti a farne richiesta.

⁸⁵ La dottrina richiama la Convenzione di Vienna quale ulteriore modello cui gli autori dei PECL si sono ispirati. Tale Convenzione costituisce il primo testo normativo nel quale si realizza una fusione tra i sistemi di common law e di civil law. Alcune delle regole della Convenzione di Vienna sono confluite nei Principi UNIDROIT e, per questa via, esercitano o hanno esercitato un'influenza sui PECL.

⁸⁶ L'art. 1:101 dei PECL, relativo all'applicazione dei Principi, infatti così recita: «I Principi sono destinati ad essere applicati come norme generali di diritto dei contratti nell'Unione europea. I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto di inserirli nel contenuto del contratto o hanno convenuto che il contratto sia regolato da essi. I Principi possono altresì trovare applicazione quando le parti: a) hanno convenuto che il contratto sia regolato dai principi generali del diritto, o dalla *lex mercatoria* o hanno usato espressione analoga; b) non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto. I Principi possono fornire soluzione alla controversia da decidere quando l'ordinamento o le norme della legge applicabile non vi provvedano».

9. Segue. Il Code European des Contrats

L'Accademia dei Giusprivatisti Europei parte da un'idea differente, quella di redigere un codice dei contratti per l'Unione europea. Il progetto maturato nel corso di una lunga esperienza e di un articolato lavoro di discussione e confronto⁸⁷.

L'intenzione di redigere il progetto di un "Codice europeo dei contratti" venne esternata in un incontro di studio tenutosi a Pavia nell'ottobre del 1990, cui presero parte giuristi provenienti dagli Stati della Comunità Europea, tra cui anche Harvey McGregor di Oxford che, per incarico della Law Commission inglese, aveva redatto il progetto del Contract Code, codice che avrebbe dovuto unire in Gran Bretagna la common law e la civil law, nel tentativo, cioè, di avvicinare il diritto inglese e quello scozzese.⁸⁸

Fin dal 1994 l'Accademia si è dedicata all'esame di vari problemi, di contenuto, di metodo, di stile da affrontare in via preliminare per la redazione del progetto, la quale ha avuto concretamente inizio nel 1995.

Nel 1999 venne completata la stesura in lingua francese del Libro primo, relativo ai contratti in generale, che consta di 173 artt. suddivisi in undici titoli: disposizioni preliminari, formazione del contratto, contenuto del contratto, forma del contratto, interpretazione del contratto, effetti del contratto, esecuzione del contratto, inesecuzione del contratto, cessione del contratto e dei rapporti che nascono da esso, estinzione del contratto e dei rapporti che nascono da esso, altre anomalie del contratto e rimedi.

Il progetto del Libro primo è stato pubblicato nel 2001, con le relazioni del coordinatore⁸⁹.

⁸⁷ L'Accademia dei Giusprivatisti Europei è stata fondata per atto pubblico a Pavia nel novembre del 1992. I soci fondatori furono: Prof. Alberto Trabucchi (Università di Padova), Prof. Franz Wieacker (Università di Gottinga), Prof. André Tunc (Università di Parigi "Sorbonne-Panthéon"), Prof. José Luis de los Mozos (Università di Valladolid), S.E. Prof. Antonio Brancaccio (Primo Presidente della Corte di Cassazione italiana), Prof. Peter Stein (Università di Cambridge), Prof. Giuseppe Gandolfi (Università di Pavia). Nell'art. 1 dello statuto dell'Accademia viene precisato che la stessa "si propone di dare un contributo, attraverso la ricerca scientifica, all'unificazione e alla futura interpretazione e applicazione del diritto privato in Europa, nello spirito delle convenzioni comunitarie", e inoltre "di promuovere lo sviluppo della cultura giuridica europeistica". L'Accademia ha la sua sede ufficiale a Pavia.

⁸⁸ Proprio G. GANDOLFI, *Il "codice europeo dei contratti": ragion d'essere e scelte di fondo*, in *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, a cura di P. PERLINGIERI e F. CASUCCI, Napoli, 2004, p.13, ricorda come l'interrogativo maggiore, nell'ambito di quell'incontro, riguardasse la necessità di redigere un codice dei contratti per il mercato comune europeo e se fosse possibile farlo, considerate le enormi differenze intercorrenti fra i vari ordinamenti. Inoltre la presenza dello stesso McGregor a quell'incontro rendeva evidente come anche per gli inglesi fosse necessaria un'unificazione tra common law e civil law attraverso lo strumento del codice.

⁸⁹ Una seconda edizione dell'avant-project del Libro I, riveduta e corretta, con un ampio indice analitico-alfabetico, nonché le traduzioni integrali del progetto medesimo in inglese, tedesco, spagnolo ed italiano è stata pubblicata nel 2002. Una riedizione, ulteriormente riveduta e corretta, è stata poi pubblicata nel 2004.

Le prerogative del Code possono essere analizzate da più angolature.

Risaltano certamente le modalità di tipo organizzativo ed operativo, nonché le scelte di fondo che hanno permesso la realizzazione del progetto con la sua struttura ed il suo contenuto. Ancora una volta, l'obiettivo perseguito attraverso l'elaborazione del progetto va ricercato nella unificazione del diritto sostanziale «degli affari», vale a dire delle norme dettate in materia di obbligazioni e contratti⁹⁰.

Occorre, tuttavia, precisare che l'intento che ha ispirato e sorretto il percorso redazionale del Code si distingue da quello che ha animato i PECL: a differenza di questi ultimi, infatti, si è scelto di promuovere un testo virtualmente idoneo ad acquisire efficacia formale di legge o di regolamento nei Paesi dell'Unione Europea⁹¹.

L'Accademia ha scelto, dunque, di redigere vere e proprie regole, non principi, in grado di risolvere problemi specifici, facilitandone l'applicazione ed estendendone l'area di influenza a tutti i Paesi europei.

La concretizzazione di quest'obiettivo è stata facilitata da ciò, che non occorre ricercare nuove regole, bastando semplicemente cogliere le linee evolutive della società europea emergenti dall'analisi delle direttive comunitarie e delle convenzioni internazionali.

Nel 2007 è stato pubblicato il progetto preliminare del Libro II, Titolo I sulla vendita, mentre al 2011 risale la pubblicazione il primo volume degli *Annales de droit privé* per celebrare vent'anni di attività accademica.

⁹⁰ Così L. GATT, *Sistema normativo e soluzioni innovative del Code Européen des Contrats*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 359. Gli obiettivi specifici del lavoro dell'Accademia vengono così schematizzati sul sito eurcontrats.com: «stimuler la recherche et la réflexion dans le secteur des études portant sur l'intégration européenne au niveau d'institutions de formation supérieure; améliorer le cadre d'harmonisation du droit des contrats, et plus spécialement l'harmonisation de certaines figures contractuelles parmi les plus répandues dans le marché intérieur (vente, contrats transfrontalières concernant les biens et les services); stimuler les entreprises, et plus spécialement les petites et moyennes entreprises, à faire leur entrée dans le marché intérieur, en leur offrant le moyen de réduire leurs coûts liés aux difficultés d'accès au droit étranger et en outre à la complexité actuelle du droit de production européenne-communautaire; contribuer à éliminer la méfiance des consommateurs à nouer des rapports avec des entreprises étrangères, à cause de leurs doutes actuels en matière de protection qui devrait leur être réservée dans lesdites transactions transfrontalières; contribuer à une amélioration globale des conditions de concurrence qui président au fonctionnement correct du marché intérieur à travers une implication plus marquée des sujets (petites et moyennes entreprises; consommateurs) définis ci-dessus».

⁹¹ G. GANDOLFI, *Il "codice europeo dei contratti": ragion d'essere e scelte di fondo*, in *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, cit., p. 17, conferma che la scelta della via legislativa come mezzo per l'unificazione normativa, nonché la forma del codice per attuarla, è stata determinata dalla consapevolezza che le altre soluzioni proposte dalla COM398(2001) (il conseguimento di una "armonizzazione blanda" affidandosi alle risorse ed alle iniziative dell'autonomia privata; la elaborazione di un complesso di principi comuni per giungere in un secondo momento ad una maggiore convergenza fra i diversi ordinamenti nazionali; la modernizzazione e la semplificazione della legislazione comunitaria) non avrebbero consentito di affrontare il problema dell'unificazione normativa che l'Unione Europea intende risolvere per assicurare la efficienza del mercato interno. La decisione di adottare, con un regolamento, un corpo di norme esaustivo, che sostituisca in materia contrattuale le norme nazionali vigenti non solo costituisce la strada prescelta dagli accordi comunitari, ma è realmente in grado di apportare rilevanti benefici alla società europea.

Ciò spiega come il Libro IV del codice civile italiano (come modello di riferimento intermedio tra il sistema tedesco e quello francese) ed il Contract Code di McGregor abbiano costituito i due modelli normativi base che il Code Européen ha inteso unire⁹².

A questo punto è possibile anche esaminare le differenze strutturali e contenutistiche tra il Code e le altre ipotesi progettuali di riassetto del diritto contrattuale europeo.

Sul punto è doveroso evidenziare in che modo ha operato la diversificazione dei lavori che hanno condotto al Code e quelli da cui sono scaturiti i PECL ed i principi UNIDROIT.

La distinzione va effettuata sul piano metodologico per due ordini di motivi.

In primis, l'ambito operativo dei progetti non combacia perfettamente, coincidendo esso solo in parte: i redattori degli altri progetti hanno scelto di dedicarsi alla sola disciplina del contratto in generale, laddove l'Accademia sceglie di prendere in considerazione le singole figure contrattuali, oltreché degli obblighi extracontrattuali, tenuto conto del frequente concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale nelle fattispecie disciplinate⁹³.

Ai fini dell'unificazione, è chiaro infatti che limitare l'attività di disciplina e coordinamento solo ad alcuni istituti del settore contrattuale significherebbe provocare dei potenziali conflitti tra le norme unificate e quelle preesistenti e non modificate. E si giungerebbe al medesimo risultato se l'unificazione venisse limitata alla sola disciplina del contratto in generale: si avrebbero conflitti analoghi fra queste nuove norme e quelle sui singoli contratti, già in vigore nei vari Stati.

Non solo: esiste un ulteriore connotato di ordine metodologico che differenzia il lavoro del gruppo di studio pavese: la Commissione Lando e l'Istituto UNIDROIT hanno predisposto un complesso di principi la cui attuazione viene rimessa alla volontà delle parti, l'Accademia ha scelto di presentare un corpo di regole codicisticamente strutturate,

⁹² Ma la redazione del *Code* è stata resa possibile anche grazie alla confluenza di altro materiale normativo come Direttive e Regolamenti comunitari, *Restatement*, Convenzioni internazionali, Principi UNIDROIT.

⁹³ Viene, tuttavia, ritenuta possibile la limitazione della disciplina alla sola materia del contratto in generale, in considerazione del fatto che per le diverse fattispecie contrattuali potrebbero essere applicate le norme della Convenzione di Vienna del 1980 sul diritto applicabile alle obbligazioni da contratto, cfr. J.M. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 183. Rileva, tuttavia, G. GANDOLFI, *Il libro secondo («Des contrats en particulier»)* del «Code Européen des Contrats», in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 656, come la suddetta Convenzione sia volta ad individuare il diritto applicabile, non essendo rivolta ad escludere la pluralità degli ordinamenti, e, dunque, ad eliminare gli ostacoli posti al buon funzionamento del mercato interno.

con lo scopo di offrire una compiuta disciplina dei vari istituti, eventualmente destinata ad una adozione in forma legislativa da parte degli ordinamenti europei⁹⁴.

Lo stile normativo contraddistingue il progetto dell'Accademia dai Principi Lando e dai Principi UNIDROIT, essendo questi ultimi degli enunciati generici, volti intenzionalmente a rimettere la valutazione del dettaglio agli organi comunitari ed a quelli nazionali.

L'Accademia sceglie invece di redigere un corpo di regole in grado di fornire tempestivamente, senza la mediazione delle normative nazionali, soluzioni a problemi concreti, senza però andare ad intaccare il ruolo fondamentale della giurisprudenza

Queste le motivazioni del Libro II del Code Européen des Contrats, sui singoli contratti e gli obblighi extracontrattuali⁹⁵. Di quest'ultimo, attualmente risulta pubblicato il Titolo primo su «La vendita e i contratti collaterali», presentato nel 2006 all'UE. Il Titolo I avrebbe dovuto chiudersi con la disciplina sul contratto di permuta, ma la pubblicazione delle norme di quest'ultimo risulta attualmente ancora non completata.

Si è reso dunque necessario il compimento di un passo successivo: la disciplina dei singoli contratti, necessaria per evitare antinomie che possono costringere il giudice a ricorrere al proprio diritto nazionale, col rischio di allontanare il traguardo dell'unificazione.

La redazione del progetto ha seguito un processo suddiviso in diverse tappe, per consentire il libero esplicarsi della cooperazione e per evitare i rischi che possono discendere da un'opera di raccordo effettuata a posteriori.

Ancora una volta sono stati adottati degli schemi base: questi, opportunamente integrati con altre fonti, nazionali e comunitarie, hanno permesso la stesura di «questionari» destinati a raccogliere le proposte degli accademici.

⁹⁴ In ogni caso le norme del *Code*, come le regole dei PECL, presentano carattere dispositivo e non imperativo, così da garantire alle parti la libertà di scegliere in ordine alla loro applicazione.

⁹⁵ Per G. GANDOLFI, *Il "codice europeo dei contratti": ragion d'essere e scelte di fondo*, in *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, cit., non si può parlare di unificazione normativa se non quando essa sia "effettiva". E tale può definirsi l'unificazione in grado di fornire, attraverso norme dotate di un contenuto e di uno stile accettabili nei vari Paesi della Comunità, le soluzioni che rendano il contratto uno strumento realmente efficiente per regolare i rapporti del mercato interno. Tuttavia l'unificazione non può essere effettiva se non comprende l'intero settore della materia contrattuale. In pratica, non si può pensare di unificare le discipline di alcuni istituti e non di altri; e non è possibile limitare la disciplina al solo contratto in generale.

Come per il Libro primo, gli schemi base sono stati il Libro IV del codice civile italiano ed il Code di McGregor, pur non avendo avuto quest'ultimo il medesimo rilievo occupandosi solo dei contratti in generale⁹⁶.

Il progetto dell'Accademia è noto in Europa⁹⁷, ma non solo. Il superamento delle difformità normative, il tentativo di arrivare all'unificazione seppure nel limitato settore dei contratti, è in corso di svolgimento anche in America latina, dove oltre vent'anni fa venne creato il Mercosur, con finalità soltanto analoghe a quelle che hanno ispirato il Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea.

Nel 2011 si è svolto a Tucumán il periodico congresso dei civilisti sudamericani, alcuni dei quali, quelli componenti la commissione in materia di diritto comparato, si sono occupati di una tematica simile a quella in analisi: le basi di un codice dei contratti per il continente sudamericano e relative modalità di redazione.

Alcune delle conclusioni cui la commissione summenzionata è giunta al termine dei lavori richiamano espressamente la raccomandazione di partire, prioritariamente, dai lavori realizzati dall'Accademia di Pavia, soprattutto per le affinità che il progetto redatto dai Giusprivatisti europei presenta con le attuali esperienze legislative.

In tal senso, il Code européen des contrats si colloca al centro di un interscambio scientifico tra i giuristi dei due continenti che può risultare utile anche in Europa, fosse anche solo al fine di una riconsiderazione dei progetti di uniformazione fino ad ora elaborati⁹⁸.

⁹⁶ Dunque, nella sostanza, l'unico schema base adottato nella elaborazione del progetto è stato il Libro IV del nostro codice civile. Ma per la stesura dei «questionari» sono state valutate anche altre esperienze legislative, giurisprudenziali e convenzionali.

⁹⁷ A. LUMINOSO, *Dall'America Latina un messaggio per l'Unione europea sul diritto dei contratti*, in *Contratto e impresa, Europa*, 2012, p. 577, ricorda che in occasione della presentazione ufficiale avvenuta in sede congressuale a Roma nei giorni 19-20 maggio 2006, l'allora Vicepresidente della stessa Commissione europea Franco Frattini abbia considerato il lavoro dell'Accademia uno strumento di facilitazione delle transazioni transfrontaliere ma anche un probabile «simbolo dell'aspirazione di una Comunità dall'identità condivisa, trascendendo esso la sua utilità pratica e favorendo la nascita di una cultura giuridica europea».

⁹⁸ Cfr. anche P. KINDLER, *Von Pavia über Tucumén nach Brüssel - Anregungen aus der Neuen Welt*, in *JuristenZeitung*, 14 - 2012, p. 712; F. TERRÉ, *De Tucuman à Bruxelles: au sujet d'un droit commun des contrats en Amérique latine*, in *La semaine juridique*, 39 - 2012, p. 1710; L. GATT, *Et où en est le «Code des contrats» dans l'Union européenne?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1- 2012, p.337