

Le istituzioni comunitarie europee di fronte al problema dell'unificazione del diritto dei contratti

Maria Letizia Ruffini Gandolfi

SOMMARIO: 1. *Il succedersi di iniziative delle istituzioni comunitarie in materia di armonizzazione del diritto privato e l'opera dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei.* – 2. *Segue: Il piano d'azione prospettato dalla Commissione europea nel 2003 e la codificazione del diritto contrattuale.*

Nel Congresso comparatistico internazionale, che ha avuto luogo qui a Rio de Janeiro nel 1999¹, una intera sessione è stata dedicata all'esame del '*Code européen des contrats*'²: di questo era appena stata ultimata la redazione del Libro primo su 'i contratti in generale', e alcuni membri dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, alla quale è dovuta la redazione del progetto stesso, ne hanno illustrato le varie parti.

Riallacciandosi a quanto allora prospettato, si tratta ora di impostare un'indagine, anzitutto retrospettiva, per considerare i vari interventi che si sono succeduti nel tempo,

1 Un breve resoconto di questo Congresso in M.L. RUFFINI GANDOLFI, *Congresso internazionale di diritto comparato a Rio de Janeiro*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 639 ss.

2 ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS, *Code européen des contrats – Avant-projet*, Coordinateur (G. Gandolfi), Livre I, Milano, Giuffrè, 2002.

sino ad oggi, a livello comunitario, volti ad armonizzare la disciplina di istituti diversi e poi, in particolare, di un interno settore del diritto, quello dei contratti.

Si individueranno così quei nessi che ormai si stanno chiaramente delineando tra le suddette iniziative comunitarie e l'opera del gruppo di lavoro facente capo all'Accademia dei Giusprivatisti Europei.

Va rilevato innanzitutto che già nel 1957, il Trattato di Roma, con il quale veniva istituita la Comunità economica europea, ai fini di una realizzazione effettiva del mercato comune, si era preoccupato di attribuire agli organi comunitari competenti il potere di adottare misure volte "al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri"³ che abbiano ad oggetto detto mercato o comunque abbiano un'incidenza diretta sul suo funzionamento.

Fino all'emanazione di due successive risoluzioni da parte del Parlamento europeo, nel 1989⁴ e nel 1994⁵, gli interventi operati nel diritto civile attraverso direttive (e anche regolamenti), ai fini dell'armonizzazione tra i diritti degli Stati membri, accreditano l'impressione che presso gli organi comunitari non desti preoccupazione una linea di politica legislativa, dagli stessi seguita, cui resta estraneo un disegno coerente ed organico. E gli accennati interventi, come altri successivi in materia, ad esempio, di contratti, pur essendo

3 Si vedano gli attuali artt. 94 e 95 del Trattato di Roma, corrispondenti, rispettivamente, agli originari artt. 100 e 100A del medesimo.

4 *Risoluzione su un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati Membri*, GUCE, 158, 26 giugno 1989, p. 400.

5 *Risoluzione sull'armonizzazione di taluni settori del diritto privato negli Stati membri*, GUCE, 205, 25 luglio 1994, p. 518.

di non poco momento poiché affrontano questioni di grande interesse attuale emerse dalla dinamica dei rapporti mercantili⁶, danno luogo, per il loro carattere frammentario ed episodico, sia a problemi di coordinamento tra le misure che di volta in volta introducono, sia a discrepanze attuative fra i diversi Stati, andandosi ad innestare su substrati concettuali e humus normativi differenti.

Saranno le risoluzioni sopra richiamate ad attestare una prima presa di coscienza, da parte di un'istituzione comunitaria, del fatto che l'armonizzazione parziale nel settore del diritto privato fino ad allora attuata "non basta(va) a far fronte alle esigenze e alle aspettative del mercato unico e senza confini", mentre, sempre secondo il Parlamento, l' "unificazione delle maggiori branche [del diritto privato] ... come ... il diritto

6 Cfr., ad es., le seguenti direttive: 83/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (modificata dalla direttiva 1999/34/CE del 10 maggio 1999); 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo (modificata dalla direttiva 90/88/CEE del 22 febbraio 1990 e dalla direttiva 98/7/CE del 16 febbraio 1998); 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza – dichiarazione del Consiglio e del Parlamento europeo sull'articolo 6, paragrafo 1 – dichiarazione della Connesione sull'articolo 3, paragrafo 1, primo trattino; 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche; 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno; 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

delle obbligazioni” era da considerarsi “la forma di armonizzazione più consona a soddisfare le esigenze di natura giuridica della Comunità”. E ciò, non senza rilevarsi che un “moderno diritto privato comune” avrebbe anche potuto “rinsaldare, direttamente o indirettamente, i legami... [della] Comunità... con paesi terzi e in particolare con i paesi dell’America latina”⁷. Questa posizione del Parlamento, che lo induceva a sollecitare uno studio da parte della Commissione, ai fini di una “progressiva armonizzazione”, a breve termine, di taluni settori e, a lungo termine, del diritto privato⁸, nel 2000 risulterà non solo ribadita da una successiva risoluzione del Parlamento stesso sul programma legislativo annuale della Commissione⁹, ma soprattutto rafforzata da quanto deliberato l’anno precedente, a Tampere, dal Consiglio europeo: organismo che “definisce gli orientamenti politici generali”¹⁰ dell’Unione europea e il cui ruolo è di solito decisivo per la successiva adozione di atti normativi.

Più precisamente, nelle conclusioni della Presidenza di detto Consiglio, al par. 39, dopo essersi rilevato che l’effettiva attuazione di quello spazio di giustizia europeo di cui parla il titolo IV del Trattato CE può essere ostacolata dall’incompatibilità dei diritti degli Stati membri, si sottolineava la necessità di uno studio ad ampio raggio sul

7 Così il ‘considerando’ B, C, D, E della *Risoluzione* del 1989, cit. *supra*, nota 4.

8 Cfr. il considerando D. della *Risoluzione* del 1994, cit. *supra*, nota 5.

9 Vedi *Risoluzione del Parlamento europeo sul programma legislativo annuale della Commissione per il 2000*, GUCE 377, 16 marzo 2000, considerando 28, p. 326.

10 Così l’art. D, par. 1 del Trattato sull’Unione europea (adottato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993). Il Consiglio europeo “riunisce i capi di Stato o di Governo degli Stati membri nonché il presidente della Commissione” (art. D, par. 2 del medesimo Trattato).

bisogno di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia civile, ponendosi in correlazione un tale ravvicinamento sul piano del diritto materiale con l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento di procedimenti civili¹¹ (di cui all'art. 67 del Trattato).

Si pongono così le premesse, anche di ordine politico, per il concreto attivarsi della Commissione delle Comunità europee, e, con esso, per la partecipazione delle altre istituzioni comunitarie competenti ad un discorso corale sull'armonizzazione, incentrato, essenzialmente, in seguito ad una scelta operata dalla Commissione stessa, sul diritto dei contratti. In effetti, con la comunicazione "sul diritto contrattuale europeo" dell'11 luglio 2001¹² indirizzata da quest'ultima al Consiglio e al Parlamento, che darà l'avvio al succedersi, a ritmo serrato, di altri atti e risoluzioni anche ad opera delle altre istituzioni comunitarie, si assiste innanzitutto alla prospettazione di quattro possibili vie o "opzioni", secondo il termine impiegato dalla Commissione, adottabili in futuro da parte della CE nel settore del diritto dei contratti. Secondo la prima di queste opzioni, che non comporterebbe un'azione comunitaria, la soluzione dei problemi del diritto contrattuale nell'UE sarebbe rimessa ad una forma di "armonizzazione blanda", cui potrebbe dar luogo l'autonomo esplicarsi delle forze di mercato¹³. La seconda opzione rimette invece ad una sorta di partenariato tra studiosi e pratici del diritto, promosso dalla Commissione, la redazione di un complesso di principi comuni in materia di

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

12 COM (2001) 398 def.

13 ID., 4.1.

diritto contrattuale. Questi “potrebbero essere seguiti il più possibile dagli Stati membri e dalla CE al momento di promulgare nuove norme...”¹⁴, così da provocarsi una progressiva convergenza degli ordinamenti nazionali. In linea con una politica adottata da tempo dalla Comunità è poi la terza opzione prospettata nel documento in esame, e imperniata sull’idea di un “miglioramento qualitativo della legislazione”¹⁵ comunitaria già emanata, attraverso la sua modernizzazione, semplificazione e un miglior coordinamento tra gli strumenti esistenti.

Particolarmente significativa, anche per evidenziare quei nessi, qui accennati in apertura, tra “codice europeo dei contratti” ed iniziative comunitarie, è soprattutto la quarta opzione. Incentrata espressamente sull’ “adozione di una nuova ed esaustiva legislazione” ... “comprendente disposizioni relative ad aspetti generali di diritto contrattuale e a contratti specifici...”¹⁶, quest’ultima opzione si allontana con decisione dalle linee di politica legislativa finora seguite a livello comunitario ed appare riprendere da vicino la proposta dell’Accademia dei giusprivatisti europei, il cui *avant-projet*, l’unico in Europa ad avere ad oggetto un “codice” dei contratti in senso proprio, era già stato (è) del resto espressamente richiamato e descritto nella prima parte del documento in esame¹⁷.

14 ID., 4.2.53.

15 ID., 4.3.

16 ID., 4.4.61.

17 ID., 1.6, nota 7.

Sempre con riguardo al problema qui specificamente preso in esame, dell'armonizzazione del diritto contrattuale, si porrà poi su una linea assai vicina a quella del documento in esame un altro documento emesso, a pochi mesi di distanza dal primo, dal Consiglio, l'istituzione comunitaria cui spetta il potere normativo di carattere primario¹⁸. Più precisamente, rispondendo alla Commissione con la sua relazione del 16 novembre 2001¹⁹, il Consiglio sviluppa innanzitutto alcune significative osservazioni che la prima aveva già prospettato. Così tra l'altro, con riguardo agli strumenti esistenti per far fronte alle diversità tra i diritti nazionali, vengono rilevate le insufficienze del diritto internazionale privato e delle stesse norme uniformi in materia di conflitti di leggi, stante la presenza di norme imperative nazionali che non solo limitano il potere delle parti quanto alla scelta del diritto applicabile, ma possono dar luogo a conflitti quando divergono da paese a paese. Mentre, e qui la relazione passa ad un altro strumento diretto ad agevolare gli scambi transfrontalieri, quello del reciproco riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale, condizione per l'attuazione di tale misura è quella fiducia sul buon funzionamento delle rispettive istituzioni che gli Stati membri raggiungeranno se i loro diritti materiali arriveranno a convergere e quindi il passaggio da un ordinamento all'altro non comporterà difformità a livello di diritto sostanziale.

Se questi ed altri rilievi inducono il Consiglio a chiedere alla Commissione di allargare le sue indagini anche ad altri settori

18 Il Consiglio che, a differenza del Consiglio europeo, fa parte del quadro istituzionale dell'Unione, vede intervenire alle proprie riunioni "un rappresentante di ciascun Stato membro a livello ministeriale" (art. 203 del Trattato CE). Si tratta, più precisamente dei Ministri degli esteri, per la discussione delle questioni generali, oppure dei ministri competenti per le questioni dell'ordine del giorno.

19 <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st12/12735en.1.pdf> .

del diritto privato, per accertare se le differenze di disciplina tra gli Stati possano concretamente ostacolare il funzionamento del mercato interno (o la libera circolazione delle persone), il Consiglio stesso non manca di prestare, anche nelle sue conclusioni, un'attenzione prioritaria al diritto contrattuale, visto come "la colonna vertebrale dell'attività economica"²⁰. E stimola la Commissione a proseguire il cammino intrapreso attraverso la comunicazione qui più volte menzionata, con la quale era anche stata avviata, sulle opzioni sopra descritte, una consultazione di parti interessate, quali governi, imprese e operatori giuridici diversi. Oltre che di relazionare sui risultati di tale consultazione il Consiglio chiede alla Commissione di tener in conto "la volontà di assicurare la massima coerenza del diritto contrattuale", suggerendo al contempo, come possibile, un approccio a questo settore di tipo "orizzontale"²¹, e dunque non relativo a dati aspetti del medesimo singolarmente considerati.

Molto più precisa nelle linee direttrici che traccia sarà una successiva risoluzione del Parlamento²², emessa a distanza ravvicinatissima dalla relazione del Consiglio appena richiamata. Con essa, nell'invitare la Commissione a procedere ulteriormente sulla via intrapresa per l'armonizzazione, non solo si suggerisce alla medesima, molto concretamente, di "presentare un piano d'azione", ma se ne fissano anche le tappe. Implicitamente operando una prima scelta tra le opzioni che la Commissione aveva configurate,

20 ID., I, 2.

21 ID., V, 28.

22 *Risoluzione del Parlamento europeo sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri* (COM/2001)398-C5-0471)2001) GUC 140E del 13 giugno 2002, p. 538.

la risoluzione del Parlamento omette di prendere in considerazione l'opzione I che, come si è visto, prevedeva da parte delle istituzioni comunitarie una improbabile posizione astensionista ispirata al liberismo. E, dato ancora più interessante, la risoluzione in esame non solo considera come una delle prime tappe cui giungere (entro la fine del 2004) la presentazione, dopo un' "approfondita consultazione scientifica"²³, di proposte legislative per il miglioramento degli strumenti normativi esistenti (opzione III), ma sembra collegare tra loro e la proposta concernente la redazione di principi comuni (opzione II) e quella relativa all'elaborazione di un *corpus* esaustivo ed organico di norme di diritto contrattuale (opzione IV).

Insomma, quelle che originariamente erano state presentate dalla Commissione quali distinte opzioni adesso appaiono come momenti di uno stesso processo che dovrebbe passare, dopo una prima fase diretta al rinvenimento di nozioni e principi comuni a fasi ulteriori quali quella della loro diffusione in varie sedi come le Università e gli ambienti di formazione professionale, per approdare finalmente alla redazione di un "corpo comune di disposizioni a livello europeo di vasta portata"²⁴.

Da segnalare, infine, due dati significativi emergenti dal documento in esame. Il primo concerne lo strumento normativo da adottarsi per questa legislazione europea, che è individuato non nella direttiva (capace di realizzare solo una armonizzazione indiretta, attraverso una pluralità di susseguenti legislazioni nazionali spesso discrepanti) ma in

23 ID., 14 c).

24 Si veda, in particolare, la relazione dell'on. Lehne presentata in Parlamento nella seduta del 13 novembre 2001: <http://www.3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/debats>.

quel provvedimento “direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri” (art. 189 Trattato CE) che è il regolamento²⁵. Quanto al secondo dato, questo attiene all’individuazione dei protagonisti della consultazione scientifica che spetterà alla Commissione di promuovere. A questo riguardo, il Parlamento espressamente nomina, insieme con pochi altri gruppi di studiosi, l’Accademia dei Giusprivatisti Europei (il cui progetto di “codice dei contratti”, del resto, già nel 2000 era stato presentato alla Commissione giuridica del Parlamento su invito della Presidente della stessa).

2. Su una linea analoga, a quella seguita dal Parlamento nella risoluzione sopra richiamata quanto alla necessità dell’apporto della ricerca a quello che più sopra si è definito come un discorso corale sull’armonizzazione del diritto contrattuale, si colloca il più recente documento, del 12 febbraio 2003, emesso dalla Commissione e contenente un “piano d’azione” in vista di una “maggior coerenza del diritto contrattuale europeo”²⁶.

In effetti, con questa ulteriore comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio si decide, tra l’altro, di finanziare un’ampia ricerca sulla cui base – oltre che sugli imput provenienti dagli operatori economici – proseguire il cammino iniziato tenendo conto, naturalmente, sia delle richieste del Consiglio e del Parlamento, che dell’esito della consultazione avviata con la comunicazione del 2001. Da cui era risultato,

25 *Risoluzione*, cit. *supra*, nota 22, 16. Nello stesso senso si è poi espresso il Comitato Economico e Sociale nel suo parere del 17 luglio 2002 sulla Comunicazione della Commissione qui più volte richiamata (2002/C 241/35), GUCE 7.10.2002.

26 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d’azione (2003/C63/01).

come si riconosce, che “una larga parte degli interlocutori (autori di contributi) si era pronunciata a favore della ... Opzione (IV) con riguardo al lungo periodo, possibilmente in combinazione con le Opzioni II e III”²⁷.

Se queste sono le premesse da cui muove tale ultimo documento, il suo contenuto propositivo si concreta in un piano d'azione che, in via immediata, non solo è volto all'elaborazione di “un quadro comune di riferimento che stabilisca principi ed una terminologia comuni nel campo del diritto contrattuale”²⁸, così da migliorare l'*acquis* comunitario in questa materia e al contempo favorire, attraverso la sua utilizzazione dai legislatori nazionali, una maggiore convergenza tra i diritti contrattuali degli Stati membri, ma è anche diretto a promuovere l'elaborazione di clausole contrattuali *standard* su scala europea (e non, com'è accaduto finora, a livello di singoli Stati).

Senza fermarsi su questo secondo momento del piano d'azione, va osservato che l'elaborazione del suddetto “quadro di riferimento” non è soltanto preordinata al raggiungimento delle finalità finora accennate, costituendo, secondo il documento in esame, anche la base da cui muovere per passare alla fase conclusiva del piano d'azione prospettato: destinata ad ulteriori approfondimenti e riflessioni intorno all'opportunità di un intervento comunitario diretto, nel lungo periodo, non più ad un'armonizzazione settoriale, ma all'elaborazione di un *corpus* di regole sulla materia contrattuale, costruito sulla base di tale quadro di riferimento.

27 Così, espressamente, D. STAUDENMAYER (Presidente del gruppo di lavoro della Commissione cui si deve l'elaborazione delle due Commissioni del 2001 e del 2003), *The Commission Action Plan on European Contract Law*, in *European Contract Law – The Action Plan 2003*, Trier 3-4 April 2003, ERA Congress Centro, p. 6.

28 2003/C63/4.1.1.59.

A questo punto, è su tali principi comuni e sulla connessione, prefiguratasi dalla Commissione, tra l'individuazione dei medesimi ed il processo di elaborazione del predetto complesso di norme che conviene portare l'attenzione. E ciò per chiedersi, innanzitutto, se l'attività di ricerca che l'istituzione comunitaria intende affidare *in primis* a studiosi dovrebbe essere volta al rinvenimento di preesistenti principi generalmente riscontrabili nel contesto degli ordinamenti dell'Unione europea, o invece alla costruzione di quei principi che siano ritenuti migliori, anche se in forza di scelte operate tenendo conto di dati soprattutto giurisprudenziali, oltre che legislativi e dottrinali, emergenti dalle diverse esperienze nazionali.

Ora, il documento in esame, che in vari punti non ha certo assunto un andamento netto e deciso, sembra contemplare sia l'una che l'altra impostazione quando attribuisce all'attività di ricerca non solo l'obiettivo "di trovare eventuali denominatori comuni", ma anche quello di "sviluppare principi comuni e, se del caso, identificare le soluzioni ottimali (best practices)"²⁹. Ma dal documento medesimo sono offerte anche indicazioni circa gli oggetti dei suddetti principi. Così, già nel 'sommario' dello stesso si precisa che "questo quadro comune di riferimento dovrebbe offrire... la definizione di concetti fondamentali e di termini astratti come 'contratto' o 'danno'...", soggiungendosi più avanti che nel medesimo quadro "dovrebbero essere trattate le regole generali sulla conclusione, validità e interpretazione dei contratti, quelle in materia di adempimento, inadempimento e le disposizioni che disciplinano i rimedi..."³⁰.

29 2003/C63/4.1.1.63.b)

30 2003/C63/01.

Di fronte a queste precisazioni, viene subito da osservare che non sembrano necessari particolari approfondimenti sulla nozione di “contratto” per riconoscere come, a livello di principi, sussistano tra gli ordinamenti europei sensibili differenze; differenze che non si esauriscono in quella, ben nota, tra diritto inglese, da una parte, ove la nozione di ‘contract’ è imperniata su quella di scambio di utilità (*bargain*), costituendo la “consideration” condizione di esistenza del *contract* stesso e, dall’altra parte, ordinamenti di *civil law*, che invece conoscono la figura del contratto a titolo gratuito. Per la verità, significative distanze sono rinvenibili, all’interno dell’area europea, tra ordinamenti, come quelli italiano e francese, per i quali il contratto può avere oltre ad effetti obbligatori, anche effetti reali, e ordinamenti, come quello inglese ove – e il rilievo vale soprattutto con riguardo al trasferimento di diritti relativi agli immobili – per il passaggio della proprietà è necessario, dopo il *contract*, un’altra manifestazione di volontà e dunque un atto *ad hoc*. E va precisato che, sotto il profilo in esame, non è tanto il caso di parlare di un contrasto ‘*common law – civil law*’, ma piuttosto di differenze tra diversi diritti europei, in quanto la soluzione italo-francese non è condivisa neppure dal diritto tedesco, né da quello spagnolo (che seguono l’impostazione romana, secondo cui il contratto aveva effetti solo obbligatori ed era richiesto, ai fini del trasferimento, l’atto solenne successivo)³¹.

Senza voler qui passare in rassegna tutti i diversi oggetti dei supposti principi comuni quali indicati dalla comunicazione in esame e scegliendo ad esempio la materia, ivi menzionata,

31 Per un quadro comparatistico di base in materia di contratto, vedi per tutti P.G. MONATERI – R. SACCO, *Contratto in diritto comparato, Digesto, (Disc. priv. Sez.civ.)*, IV, UTET, Torino, 1989, p. 138 ss.

dell'interpretazione, non pare, come si vedrà subito, che si possa pervenire a conclusioni diverse da quelle appena raggiunte con riguardo alla nozione generale di contratto³². Collocandoci dunque su questo ulteriore punto nodale della materia del contratto, si deve subito rilevare come in Europa siano riscontrabili, essenzialmente, tre elaborazioni teoriche, che vedremo riflettersi nelle soluzioni normative di vari ordinamenti. Secondo una prima impostazione, o teoria della volontà, l'operazione ermeneutica sarebbe diretta essenzialmente a ricostruire la volontà effettiva comune alle parti del contratto. In altre parole, interpretare significa determinare il contenuto del contratto e il contenuto è la volontà delle parti che l'hanno creato. Si tratta, a ben guardare, di un riflesso di quella teoria dell'autonomia della volontà di impronta giusnaturalistica che non solo traspare dalla disciplina del contratto e dell'interpretazione posta dal Code Napoléon, ma che sopravvive tutt'oggi nel diritto applicato francese. Qui basti ricordare, al riguardo, l'art. 1156 di tale codice: “nelle convenzioni si deve ricercare quale è stata la comune intenzione delle parti contraenti, piuttosto che fermarsi al senso letterale delle parole”. E' questa la norma assolutamente preminente tra quelle che riguardano la materia dell'interpretazione e la sola che non si traduca in mero suggerimento per il giudice, ma ha per lui valore vincolante.

Apparentemente in linea con la impostazione francese sembrerebbe il codice italiano, quando all'art. 1362, I comma, dispone che “nell'interpretare il contratto si deve

32 Sulle diverse impostazioni dei diritti dei Paesi europei in questa materia, cfr. K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II (trad. it. Di E. Cigno), Giuffrè, Milano, 1995, p. 106 ss. Per ulteriori approfondimenti, vedi G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, vol. II; Giuffrè, Milano, 1989 spec. p. 114, 216; ID., *In tema di 'reasonable meaning' (e di direttive ermeneutiche 'sussidiarie')*, in *Studi Grassetti*, Milano, 1980, 2, p. 841 ss.

indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole”. Tuttavia al cpv. si afferma: “Per determinare la comune intenzione delle parti si deve valutare il loro *comportamento complessivo, anche posteriore alla conclusione del contratto*”. Ora, come anche si evince dalla stessa Relazione ministeriale a tale codice³³, qui il riferimento al comportamento delle parti ha lo scopo di escludere prevaricazioni di una parte a danno dell’altra. Il che è conforme a quel canone generale, in materia di interpretazione, costituito dalla buona fede e previsto dall’art. 1366 (“Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede”), che va inteso come criterio di reciproca lealtà di condotta tra le parti. Sicchè trova posto, in questo codice italiano che è del 1942 e che se ancora risente della tradizione francese, accoglie pure varie soluzioni di matrice germanica, anche un’impostazione diversa da quella francese. Si tratta, precisamente, della impostazione che tende a dare maggiore rilevanza all’orizzonte del destinatario e che si fonda su quella teoria dell’affidamento che è accolta dal BGB.

In questo quadro, già variegato, come si colloca l’Inghilterra? In questo Paese è la teoria di stampo oggettivo, c.d. della dichiarazione, a imporsi. In effetti, se si afferma correntemente nella letteratura che scopo dell’interpretazione è scoprire l’intento delle parti, tuttavia si precisa anche che l’operazione ermeneutica deve partire dalla presunzione secondo cui i soggetti hanno voluto ciò che hanno dichiarato. E a questa presunzione fa seguito, a segnare il passaggio ad un tipo di interpretazione che è essenzialmente testuale, l’ulteriore precisazione secondo cui ciò che si deve accertare è il significato delle parole usate, non ciò che uno può supporre

33 Relaz. minist. al cod. civ. it., n. 622.

sia l'intenzione delle parti. Questa preminente importanza attribuita al testo dell'accordo comporta anche – a differenza di quanto si è appena visto per il codice italiano – l'inutilizzabilità, in linea di principio, di dati di natura extratestuale, quali le trattative precontrattuali o il comportamento successivo delle parti.

Per concludere questo discorso esemplificativo sulla impossibilità di reperire principi comuni agli ordinamenti dei Paesi dell'Unione europea su punti nevralgici della disciplina del contratto, basterà accennare alla fase patologica – pure richiamata dalla Comunicazione in esame³⁴ – dell'inadempimento e dei suoi rimedi: risoluzione e risarcimento dei danni da una parte e, dall'altra, esecuzione in forma specifica.

Senza voler dare un quadro compiuto delle differenze che distanziano gli ordinamenti europei anche sotto questi profili, sarà sufficiente ricordare innanzitutto che i criteri di imputazione della responsabilità contrattuale non sono omogenei, essendo ravvisabile tutta una gamma di soluzioni che vanno da quella ispirata, in principio, ai canoni della colpa a quella fondata sull'idea di rischio³⁵, ed inoltre che diverso è il rapporto fra il rimedio del risarcimento danni e quello dell'esecuzione in forma specifica³⁶. In effetti, mentre nel diritto inglese il rimedio primario resta quello

34 2003/C63/4.1.1.62.a).

35 Sul tema, vedi per tutti, G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 7.

36 Per un quadro comparatistico generale in materia, si vedano K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 158; G.H. TREITEL, *Remedies*, cit., p. 47 ss.; A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, Digesto (*Disc. priv., sez. civ.*), XVII, UTET, Torino 1998, p. 57.

dell'azione di danni e il *decree of specific performance* mantiene il suo carattere discrezionale e secondario, se non eccezionale, negli altri ordinamenti non può parlarsi di discrezionalità del giudice nell'accordare l'esecuzione in forma specifica, che appare come rimedio generale e primario (così nell'ordinamento tedesco) o comunque previsto in via alternativa a quello dei danni (così in Italia). E ciò anche se, sul piano della pratica applicazione della *specific performance*, da un lato sembra notarsi una disponibilità a concederla da parte del giudice inglese maggiore che in passato, col ritenere più spesso inadeguato il risarcimento dei danni, e, dall'altro, si rileva una serie di eccezioni all'applicabilità del rimedio corrispondente nell'area di *civil law* che sembra ridurne, entro certi limiti, l'operatività e così rendere meno profonde le distanze rispetto alla prassi inglese. Tuttavia, se ci si colloca a livello di principi e dunque di concetti generali in questa materia, sarebbe per lo meno forzato enuclearne di comuni ai diversi ordinamenti dell'Unione europea.

E' questa una conclusione di ordine comparatistico che del resto non dovrebbe apparire sorprendente neppure a chi opera nelle istituzioni comunitarie. Basti pensare alla sorte, certo nota a tali operatori, che, con riguardo questa volta alla materia dell'illecito extracontrattuale, ha avuto il richiamo ai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri" compiuto dall'art. 288, 2° comma, del Trattato, nel disciplinare la responsabilità della Comunità per i danni cagionati dalle sue istituzioni e dai suoi agenti. Qui, in assenza di tali principi comuni, la Corte di giustizia delle Comunità europee, competente in via esclusiva per le azioni proposte contro la Comunità in questa materia, ha compiuto un'opera creativa, sicchè la relativa disciplina è

oggi, sostanzialmente, a carattere giurisprudenziale³⁷. Ma di notevole interesse, in relazione a quanto si sta osservando, appare anche una rilevazione compiuta dagli specialisti di diritto comunitario con riguardo a decisioni della Corte di giustizia relative a materie per le quali non è previsto nel Trattato il richiamo ai principi comuni in discorso. Ebbene, come è stato osservato, “il riferimento” anche qui operato da tale organo “ai principi generali di diritto assolve essenzialmente la funzione di rendere meno trasparente, con l’utilizzazione di un parametro che può sembrare obiettivo, il ruolo creativo di regole giuridiche che la Corte di giustizia svolge”³⁸.

Dalle osservazioni che precedono e dai dati fin qui esposti sembra possa allora discendere la conclusione che se si vogliono formulare per l’area europea dei principi in materia di contratti, questi debbano scaturire da una nuova disciplina, distinta (anche se, naturalmente, ispirata sotto vari profili) da quelle, non riducibili ad unità, offerte dagli ordinamenti nazionali.

Per tornare all’impostazione che sembra suggerita dalla Commissione, va però osservato che, secondo la stessa, l’elaborazione dei principi comuni rappresenterebbe, come si è visto, un *prius* rispetto alla fase conclusiva del piano d’azione concretatesi nella redazione di un corpo esaustivo di regole. Impostazione questa, difficilmente conciliabile con la concezione comunemente condivisa dei principi, quali risultanti di un processo di generalizzazione e di astrazione progressiva che deve muovere da regole più

37 V. G. GAIA, voce *Principi generali del diritto (dir. internaz.)*, *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 542.

38 Così G. GAIA, *Principi*, cit., p. 543.

specifiche e particolari, rispetto alle quali i principi stessi rappresentano dunque una sorta di tessuto connettivo o comunque una base comune.

Sicchè, la pretesa di formulare i principi prima di avere di fronte l'intero panorama delle norme da cui dovrebbero derivare parrebbe implicare, stando alla predetta configurazione dei principi da cui la Commissione non sembra discostarsi, una sorta di inversione logica in tale processo di elaborazione.

Ma anche a non condividere questo tipo di rilievi, con riguardo all'ordine e alla consecuzione delle fasi della ricerca che la Commissione sembra prospettare, vi è comunque da fare un'osservazione, che attiene ad un dato di esperienza messo in rilievo da più istituzioni comunitarie, Commissione compresa, in alcuni degli atti sopra visti. Si intende far riferimento agli inconvenienti provocati da norme comunitarie tutte le volte che sono espresse in termini astratti, se non vaghi - inconvenienti che dunque potrebbero derivare anche da principi formulati senza un substrato di regole - divenendo perciò stesso "interpretabili", come è stato efficacemente osservato, "secondo una geometria variabile nei diritti interni, col rischio di andarsi in senso opposto all'armonizzazione che si vuol attuare"³⁹.

Sempre tenendo conto dei caratteri dei principi, ci si può anche chiedere come mai il Parlamento, nell'ultima risoluzione più sopra richiamata, proponesse, come una tappa preliminare immediatamente precedente a quella della redazione di un *corpus* organico ed esaustivo di norme, una legislazione comunitaria che disponesse una sorta di

39 Così il parere del Comitato Economico e Sociale, cit. supra, nota 25 (2002/C.241/2.3.2.). Nello stesso senso, la Comunicazione della Commissione dell'11 luglio 2001: COM(2001)398 def. 3.3.36.

applicazione sperimentale dei principi comuni direttamente alle relazioni contrattuali transfrontaliere o interne. E ciò col risultato molto probabile di provocare nei vari ordinamenti, in sede di coordinamento tra i principi introdotti e l'assetto della preesistente normativa contrattuale, in cui i primi andrebbero a trapiantarsi, problemi spesso di difficile soluzione e comunque di portata ben più vasta, per il grado di generalità proprio dei principi rispetto a quelli scaturiti dall'introduzione di singole norme (che, di fronte ad altre del diritto interno, potrebbero configurarsi come mere eccezioni, operanti in un ambito limitato).

Di un simile esperimento non vi è però traccia nel documento della Commissione, che pure resta ispirato, come in parte è già emerso e come vedremo, ad una strategia di cauta gradualità del suo piano d'azione.

La Commissione, in effetti, dopo aver delineato i contenuti del quadro comune di riferimento da elaborare, prospetta direttamente, nella parte conclusiva della sua comunicazione, la questione dell'adottabilità di quello che il Parlamento aveva chiamato un "corpus" di norme di diritto contrattuale⁴⁰ e che, con più prudenza ancora, la Commissione stessa qualifica come uno "strumento opzionale" concretantesi in una "misura non settoriale" comprendente, secondo un'alternativa che non viene risolta, o "soltanto regole di diritto contrattuale aventi portata generale, oppure anche regole afferenti a contratti specifici"⁴¹.

Per concludere anche sulle questioni che la Commissione lascia allo stato di dubbio, va poi rilevato come la stessa non intenda decidere se lo strumento opzionale debba intendersi

40 Vedasi la *Risoluzione* del 2001 cit. *supra*, nota 22 (n. 14j).

41 2003/C63/4.3.95.

come automaticamente applicabile salvo espressa volontà contraria delle parti diretta all'applicazione di una data normativa nazionale (c.d. *opt-out solution*), oppure diventi applicabile solo come modello del tutto volontario rimesso alla scelta delle parti (*opt-in solution*).

Quando, a questo punto, si voglia esprimere una valutazione complessiva del documento in esame e, in particolare, del suo spirito e del suo significato *lato sensu* politico, oltre che degli altri interventi comunitari e, in specie, di quelli del Parlamento, si può osservare quanto segue. Sembra innanzitutto che oggi, dopo un percorso inizialmente a tappe molto distanziate nel tempo e successivamente ben più accelerato, sia generalmente acquisita presso le istituzioni comunitarie la consapevolezza dell'insufficienza delle misure finora adottate sul piano dell'armonizzazione; così come sembra condivisa anche l'esigenza di un intervento unificatore a livello comunitario, quanto meno nella materia contrattuale. Tuttavia non si può non tener conto, come si è appena visto, del succedersi di interrogativi e di questioni lasciate irrisolte dalla Commissione, come anche di una certa contraddittorietà tra il lamentare gli inconvenienti applicativi di certe norme comunitarie dai contorni non ben definiti e il porre, poi, delle priorità tra le tappe del piano d'azione che antepongono la costruzione e la definizione di concetti astratti alla precisa enucleazione delle componenti di tali concetti. Ma l'insistenza della Commissione, oltre che del Parlamento, sull'idea di principi comuni agli Stati membri nella materia contrattuale sembra mal conciliarsi anche con la generale esperienza negativa, a livello comunitario, in materia di principi comuni quale attestata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

D'altra parte, ci si può anche chiedere come mai lo stesso Parlamento, apparso fin dall'inizio del percorso qui ricostruito

come l'istituzione particolarmente impegnata in vista di una codificazione dal medesimo rimessa dapprima anche a negoziati con gli Stati⁴², e successivamente collocata *tout court* a livello comunitario⁴³, abbia ritenuto, nell'ultima sua risoluzione in materia, di frammentare il percorso verso l'armonizzazione. In effetti come si è visto, in tale documento vi sono prospettate varie tappe volte al raggiungimento di obiettivi che appaiono, per buona parte di detto percorso, meno ambiziosi e impegnativi rispetto all'elaborazione di un codice, che adesso si omette di nominare espressamente, preferendosi parlare, come si è visto, di un *corpus* di norme. Eppure non è pensabile che alla base di questa sorta di reticenza vi sia l'idea che il *nomen* codice evochi soltanto quei modelli imponenti dell'inizio dell'Ottocento o del concludersi dello stesso secolo – quali il *Code civil* o il BGB – contornati da un valore di assoluto prestigio e quasi di intangibilità, nei quali veniva ravvisata l'espressione più alta di ben diverse identità e culture giuridiche nazionali. Attualmente, l'espressione “codice” riferita ad una disciplina europea dei contratti indicherebbe, come è evidente, più sommessamente uno strumento tecnico non solo di oggetto più limitato ma pure privo, stante anche il tipo di materia regolata, dei significati pregnanti appena accennati, per essere volto, concretamente, a far fronte alle necessità e alle aspettative di un mercato unico che si avvia ad acquistare dimensioni continentali. Si tratta, a ben guardare, di esigenze non molto dissimili da quelle che nel secolo scorso hanno indotto ad accogliere nella stessa area di *common law* e precisamente in America, sia pure dopo un processo di elaborazione e di un recepimento da parte degli *States*

42 V. la *Risoluzione*, del 1989, cit. *supra*, nota 4, p. 401.

43 V. la *Risoluzione*, del 1994, cit. *supra*, nota 5, p. 519.

abbastanza lungo e complesso, quello *Uniform Commercial Code* cui si deve il raggiungimento di un “*tolerable degree of uniformity*”⁴⁴, nella disciplina dei principali scambi e rapporti interessanti l’unico mercato statunitense. Ora, non si può certo dire che tale dati e circostanze siano ignorate in Europa, ove sono adesso note anche attività codificatorie provenienti dall’area inglese (come quella che nell’ottocento portò alla redazione, da parte di illustri giudici e giuristi inglesi, di un *Indian Contract Act*⁴⁵, ove fu fatta confluire la *common law* inglese in materia, e quella che, per decisione della *Law Commission* inglese, seguita da quella scozzese, si tradusse nella seconda metà del secolo scorso nell’elaborazione di un progetto di *contract code* diretto ad attuare l’unificazione dei due diritti, inglese e scozzese, appunto, in detto settore)⁴⁶.

Sicchè, in conclusione, i sopra rilevati atteggiamenti assunti dalla Commissione e dal Parlamento con riguardo alla futura disciplina europea dei contratti, sembrano non tanto riflettere l’esistenza di reali problemi tecnici e dubbi di fondo di fronte all’obiettivo di un’unificazione *via codice* – del resto già condiviso, sia pure nel lungo periodo, dalla maggior parte delle risposte alla prima Comunicazione della Commissione

44 Così R.B. SCHLESINGER, *The Uniform Commercial Code in the Light of Comparative Law*, 1, *Inter-Am.L.Rev.* 11, 12 (1959). Sullo UCC come strumento di uniformazione della *law of contracts* negli Stati Uniti, mi permetto rinviare al mio *Uniformazione (e unificazione) legislativa nell’esperienza americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 483, *passim*.

45 Su questo e altri codici elaborati dagli inglesi per l’India, si veda, di recente, M. ARDEN, *Time for an English Commercial Code?* 1997 C.L.J 516.

46 Il progetto di cui sopra, nel testo è stato pubblicato in una collana dell’Università di Pavia: H. MCGREGOR, *Contract Code (Drawn up on Behalf of the English Law Commission)*, Giuffrè, Milano, 1993.

– quanto piuttosto denotare la volontà politica di procedere, ottenendo un consenso il più possibile allargato. Consenso che, evidentemente, si ritiene raggiungibile solo in via graduale attraverso delle tappe, che ci si può chiedere se non costituiscano dei meri espedienti dietro i quali dissimulare un processo codificatorio già in atto: soprattutto attraverso l’opera della dottrina che la Commissione e il Parlamento considerano un punto di partenza irrinunciabile.