

LA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO NELLA PROSPETTIVA DELL'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO IN EUROPA E AMERICA LATINA.

Spunti tratti dal progetto argentino di riforma del codice civile del 2012.

Carlos de Cores

Introduzione

L'oggetto di studio di questo convegno - convocato in proposito di recenti provvedimenti comunitari europei sul contratto di vendita e sui contratti dei consumatori - è il presente e il futuro prossimo del diritto dei contratti.

L'attenzione s'incentrerà piuttosto sulle novità concrete costituite dalla Proposta di Regolamento sul contratto di vendita formulata dalla Commissione Europea¹, e dalla Direttiva sul diritto dei consumatori approvata dal Parlamento Europeo e il Consiglio, alla fine dell'anno scorso².

Ma – sicuramente - l'interesse di fondo risalerà alla questione del diritto generale dei contratti, cioè, della convenienza o meno di un diritto comune generale dei contratti a livello della Unione Europea. Altrimenti detto: alla questione di accertare se gli esiti di una più perfetta integrazione del mercato comune (cioè, un mercato più efficiente); e del raggiungimento di elevati livelli di tutela del consumatore, ed in generale, della parte debole nella contrattazione (cioè, un mercato più giusto), possano essere ottenuti più agevolmente tramite un diritto specializzato e frazionato - come fino ad oggi accade nel ambito del diritto comunitario europeo, quello delle Direttive e Regolamenti europei - o se invece sarebbero preferibili testi generali, come ad. es. un codice europeo dei contratti.

Il mio compito in questo convegno è di contribuire alla riflessione con informazione sul modo in cui si affronta il problema in America Latina, con cenno particolare alle iniziative nel senso di avviare un processo di codificazione comune sul tema del contratto.

Come è noto, l'organizzazione del mercato in America Latina è ben diversa di quella europea.

In Europa, malgrado i corsi e ricorsi di cui si occuperanno sicuramente i successivi oratori, si può parlare di un autentico processo di integrazione, dove si trova in piedi un ordine giuridico che garantisce la libera circolazione di persone e di beni e servizi; creando la necessità dell'armonizzazione e anche dell'uniformazione del diritto dei contratti, in modo che le piccole e medie imprese ed i consumatori superino gli inconvenienti - derivati della diversità legislativa - che ostacolano la sua entrata sui mercati stranieri e, reciprocamente, provocano il mancato accesso dei consumatori alle offerte di queste imprese³.

Infatti, già nel 2001, la Comunicazione COM (2001) 398 finale, della Commissione Europea al Consiglio e al Parlamento, recante un diritto contrattuale europeo, illustrava la proposta di incorporare a livello europeo "un diritto generale sui contratti"⁴. In più, nel anno 2004, la Commissione ha

¹ COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD), Bruxelles, 11.10.2011.

² Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, Strasburgo, 25.10. 2011.

³ BALLARINO, Tito, *Verso una disciplina europea della vendita*, in Riv. Dir. Priv., 2012, p. 350.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul diritto contrattuale europeo, Bruxelles, 11.07.2001 com(2001) 398 finale.

proposto la revisione delle norme in materia di rapporti di consumo, cercando di semplificare e completare l'insieme delle provvedimenti comunitari, "in modo di approdare a un reale mercato interiore dove i rapporti fra imprese e consumatori si svolgano oltre le frontiere nazionali assicurando un elevato livello di tutela e simultaneamente il vigore del principio di sussidiarietà", alludendo al c.d. "acquis" comunitario sul diritto del contratto⁵.

Fino ad oggi, questa armonizzazione è avvenuta principalmente tramite diverse Direttive emanate dagli organi dell'Unione Europea, trasposte ai diritti nazionali, in anche regolamenti di applicazione diretta, coprendo parecchi aspetti del diritto contrattuale e generando dunque propriamente un diritto contrattuale europeo, consumato anche nella sua sfera applicativa tramite il lavoro giurisprudenziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Il movimento verso la unificazione del diritto dei contratti in America Latina

In America Latina, invece, malgrado l'esistenza di un certo livello di integrazione - casomai, soltanto economica, tradotta, al meglio, in unioni doganali ed accordi amministrativi regionali - non esiste un mercato comune, nel senso tecnico di spazio di libera circolazione di persone e di merce, nemmeno ci sono norme giuridiche a livello continentale, neanche regionale, che ne consentano il libero passaggio attraverso le frontiere nazionali. Questa assenza di un ambito di libera circolazione giuridica fa che non esista quella pressione sugli operatori del diritto in ordine alla creazione di norme materiali recante contratti transnazionali che è chiaramente osservabile nel ambito europeo.

Le iniziative sull'elaborazione di una cornice giuridica comune sul contratto hanno preso le mosse esclusivamente dagli ambiti universitari. I contributi rilevanti sono stati esclusivamente saggi teorici, e discutono sull'esistenza o meno delle basi di un sistema giuridico latinoamericano, sulla sua originalità per quanto riguarda il sistema europeo, e sull'accertamento delle situazione e le tendenze attuale.

Questo coacervo teorico si deve – anzitutto - al lodevole lavoro del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del Consiglio Nazionale delle Ricerche e del Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, che hanno spinto l'iniziativa della pubblicazione della Rivista "Roma e America. Diritto Romano e comune", che per circa venti anni ha promosso in maniera perseverante gli studi sull'unificazione del diritto latinoamericano, e in modo particolare sull'argomento del contratto⁶.

⁵ COM (2004) 651 finale, Bruxelles, 11.10.2004.

⁶ Ecco una selezione – parziale e incompleta - di alcuni articoli pubblicati relativi al tema dell'unificazione del diritto dei contratti in America Latina.

CAUMONT A., *La teoría general del negocio jurídico: un puente abstracto entre Roma y América*, n. 26/2008, p. 131

CIURO CALDANI M., *Bases iusfilosóficas para la armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, n. 26/2008, p. 37.

CORRAL TALCIANI H., *La cláusula penal: análisis del Derecho comparado con miras a la armonización del Derecho privado latinoamericano*, n. 26/2008, p. 117

DE LOS MOZOS, J. L. *Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho*, n. 1/1996, p. 29.

DI PIETRO A., *El régimen de los contratos en el Derecho Romano. Perspectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa latinoamericana*, n. 7/99, p. 61.

La prima riunione scientifica prese luogo in Bogotá, nell'Università del Externado de Colombia, dove si svolge, nel 1996, un primo colloquio sul contratto nel sistema giuridico latinoamericano. Come esito di questo convegno, apparve nel 1998, un primo volume intitolato "*El contrato en el sistema jurídico latinoamericano, Bases para un código latinoamericano tipo, Volumen I*"⁷.

Nel 1998 venne svolta una seconda edizione di questo convegno, sempre nell'Università del Externado de Colombia. I contributi presentati sono stati pubblicati nel anno 2001⁸.

ESBORRAZ D.F., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, n. 3/02, p. 299.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J. *Notas sobre los desafíos a la unificación jurídica en América Latina*, n. 3/1997, p. 91.

GUZMÁN BRITO, A., *La contribución de las revistas histórico-jurídicas a la consciencia sobre la unidad del sistema jurídico latinoamericano*, n. 4/1997, p. 187.

GUZMÁN BRITO, A., *Mos Latinoamericanus iura legendi*, n. 1/1996, p. 15.

HINESTROSA, F., *Codici, Università, scienza giuridica: una strategia per l'unificazione del diritto in America Latina*, n. 1/1996, p. 21.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Adecuación de los Principios de los contratos de UNIDROIT para la armonización del régimen interno de los contratos en un Código Latinoamericano tipo*, n. 7/99, p. 231.

MÁRQUEZ ROMERO, R., *Breve reseña de las revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y su relación con la unificación del derecho*, n. 4/1997 p. 217.

MASCARO NASCIMENTO, A., *A contribuição das revistas jurídicas para a unidade do sistema jurídico latinoamericano*, n. 4/1997 p. 173.

NICOLAU, N., *La armonización del Derecho en América Latina: posibilidad de un marco normativo de principios en materia de obligaciones y contratos*, n. 26/2008, p. 65.

NICOLAU, N., *Los principios generales del derecho latinoamericano de las obligaciones*, n. 30/2010, p. 77.

PALMERO, J.C., *Aportes del derecho argentino al Sistema Latinoamericano en materia de la teoría general de la obligación*, n. 26/2008, p. 75

RESCIGNO P., *L'unificazione del diritto in materia di contratti nel sistema giuridico romanistico*, n. 7/99, p.167

RESCIGNO, P., *Gli 'Atti' di un Seminario su un 'Codice tipo' in materia di persona nel diritto latinoamericano*, n. 1/1996, p. 145.

Si può anche fare cenno a l'opera *Principios para un Derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, degli professori ORDOQUI, G. e MARTIN-CASALS, M*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2010.

⁷ Il volume I contiene le seguenti articoli:

El vocabulario de la negociabilidad jurídica. Las codificaciones americanas, por Alejandro Guzmán Brito.

El papel de la "doctrina" en la elaboración del "sistema": el ejemplo de la "responsabilidad contractual", por Ricardo Cardilli.

El contrato en el sistema jurídico Latinoamericano, por Sandro Schipani.

Aspectos de la formación de los contratos obligatorios en las fuentes Romanas y en algunos países Latinoamericanos, por José Carlos Moreira Alves.

Una visión a la evolución Iberoamericana del contrato, por José Mélich Orsini

Causa y contrato, por Antonio Gambado.

Validez e invalidez del contrato en el derecho Latinoamericano, por Fernando Hinestrosa.

⁸ Gli articoli pubblicati nel Volumen II sono i seguenti:

Presentación. Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano, por Sandro Schipani.

El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para la redacción de un código tipo en materia de contratos, por Giovanna Visintini.

Apuntes sobre la autonomía negocial, por Pietro Rescigno.

Problemas de derecho de obligaciones moderno considerados a la luz de la experiencia jurídica romana, por Rolf Knütel.

Precaución entre las presentaciones: recurso a la cogitatio, por Sebastiano Tafaro.

De la representación, por Fernando Hinestrosa.

Speciale importanza riveste la “*Declaración constitutiva del grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*”, fatta in occasione del “*Coloquio de iusprivatistas Roma e America, para la armonización del derecho privado latinoamericano*”, organizzato dal Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, sempre col supporto del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell’Università di Roma “Tor Vergata”, tenuto a Rosario, Argentina, il 22 e 23 settembre del 2008, dove si decise formare un gruppo di lavoro ed emanare un apposito regolamento.

Dal 25 al 27 di novembre del 2010, si svolge a Lima, Perù, il primo convegno latinoamericano di diritto civile, convocato dall’Istituto Peruano de Arbitraje e dal Instituto de Derecho Privado Latinoamericano, cercando anche di stabilire fondamenti per il disegno di un codice latinoamericano de contratti. In questo convegno, prese luogo una iniziativa del prof. Ricardo Luis Lorenzetti, attuale Presidente della Corte Suprema Argentina, nel senso di concretare le Basi per un Codice Latinoamericano dei Contratti. Secondo le notizie delle riviste, in questo convegno si andò avanti nella coscienza della necessità e dell’intenzione di armonizzare le legislazioni vincolati ai contratti, col fine di potenziare gli scambi economici nella regione.

L’ultimo evento di questa serie, vincolata alle proposte per la costruzione di un diritto comune latinoamericano dei contratti, fu la Giornata Nazionale di diritto civile - che riunisce ogni due anni i professori di diritto civile, Internazionale Privato e Romano di tutta l’Argentina - tenutasi dal 29 di settembre al 1 di ottobre del 2011, nella città di Tucuman, nel nord dell’Argentina,

La Commissione No. 11 di questo convegno, condotta dal Prof. Luis Leiva Fernández, scelse il tema “Bases para un código de contratos latinoamericano”⁹.

Ecco un riassunto delle conclusioni assunte.

È necessario intraprendere senza indugi i lavori necessari per giungere all’integrazione giuridica nel settore del diritto dei contratti attraverso la via della codificazione.

Per la redazione del futuro codice è necessario procedere avvalendosi delle fonti esistenti e dei lavori già condotti in questo settore. È stata espressa la raccomandazione di muovere in via prioritaria, come base di partenza, dai lavori effettuati dall’Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia: e ciò – è stato affermato – “per il prestigio scientifico che i suoi membri hanno acquistato nel campo dell’armonizzazione del diritto”, oltre che per le affinità che il progetto redatto dall’Accademia medesima presenta con le legislazioni vigenti e le

Nuevas reflexiones críticas sobre la causa de los contratos, por José Luis De los Mozos.

Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico, por Ricardo Cardilli.

La contratación masiva, por Manuel de la Puente y Lavalle.

Las particularidades del contrato con consumidores, por José Mélich Orsini

Incluye Addenda: *Los orígenes históricos de la teoría general del contrato*, por Alejandro Guzmán Brito.

⁹ L’informazione su questo Convegno venne pubblicata in un articolo steso dal prof. Luis Leiva Fernández intitolato *Le Congrès des civilistes latino-américains à Tucuman. Les Bases d’un “Code des Contrats” sur le continent sud-américain*, pubblicato nella RIDC num. 1, 2012.

giurisprudenze attuali, e anche in quanto esso è il risultato di un interscambio scientifico fra giuristi dei due continenti; come anche il *Common Frame of Reference*, e l'esperienza accumulata tramite l'applicazione della Convenzione di Vienna e i Trattati di Montevideo (convenzioni sul diritto internazionale privato).

Un'altra conclusione fu che si deve promuovere la conformazione di una rete di ricerca ed elaborazione integrata tra università ed istituti giuridici iberoamericani, chiedendo opinione agli organi internazionali che vincolano i paesi dell'area.

Si promuove l'incorporazione del rispetto per l'autonomia della volontà e del principio ampio di buona fede.

Si raccomanda siano considerate le nuove tecnologie nella formazione del contratto.

E finalmente si propone l'incorporazione di nuove categorie contrattuali nel rispetto delle sue differenze secondo il procedimento di negoziazione, accennando, evidentemente, alla questione del contratto di adesione.

Tuttavia, dopo questo convegno, non si è passato oltre. Sicuramente, la ragione è stata l'apparizione, nel mese di marzo di 2012, di un audace progetto di riforma del codice civile vigente in Argentina¹⁰, che attrasse subito l'attenzione del mondo accademico e politico argentino, soprattutto tenendo conto che il Prof. Ricardo Lorenzetti, anche lui noto promotore dell'idea del codice latinoamericano dei contratti, è altresì uno degli autori del progetto di riforma. Questo progetto di nuovo codice civile, che si trova adesso allo studio del Parlamento, sarà discusso sicuramente nella prima metà del anno prossimo.

Le prospettive della sua sanzione sono incerte, per quanto sottoposte – come dappertutto – alle vicende politiche; ciononostante, indipendentemente della sua riuscita, i valori dogmatici del progetto - per quanto riguarda la concezione della Parte Generale del diritto dei contratti - sono da lodare e da prendere in conto nel disegno di un modello codicistico latinoamericano unificato.

Dopo questa breve introduzione informativa si può concludere, in primo luogo, che l'idea di approdare ad un codice dei contratti per l'America del Sud non è strana al pensiero degli accademici latinoamericani.

Secondo, che questa idea non è andata oltre le conclusioni di Convegni accademici ed articoli e saggi di dottrina.

Terzo, che in questo momento, nell'ambito latinoamericano, il centro di attenzione degli studiosi del diritto dei contratti si trova nella nuova formulazione del progetto argentino di riforma del codice civile e commerciale.

Nondimeno, i lavori della Commissioni di riforma del codice civile argentino rivestono, secondo me, un grande interesse ai fini del processo di integrazione, e di armonizzazione e uniformazione del diritto latinoamericano, ed anche europeo, dei contratti.

In proposito, deve dirsi che gli autori del progetto argentino di nuovo codice civile, hanno presso espressamente in considerazione i lavori europei in materia di uniformazione del diritto dei contratti, come si vede, ad esempio, nell'ambito del contratto di mandato, dove viene espresso testualmente che

¹⁰ L'elaborazione del progetto venne stata coordinata da una Commissione integrata da Riccardo Lorenzetti, Aida Kemelmajer de Carlucci ed Elena Higton.

“se han tenido en cuenta los ... antecedentes ... muy recientes en el campo del derecho comparado que presentan los Principios de UNIDROIT, el Código europeo de los contratos (Pavía, Academia de los privatistas europeos, dirigidos por Gandolfi), y los Principios de derecho europeo de los contratos (comisión dirigida por Lando y Beale) ...”

Ritengo dunque sia di interesse informare i partecipanti di questo convegno, sui tratti principali del disegno della Parte Generale del codice argentino progettato relativa al contratto - e conseguentemente, della teoria generale del contratto ivi contenuta, che viene spiegata in un documento intitolato “Fundamentos” - per quanto questi tratti riaffermano l'importanza di una chiara e solida concezione del contratto in generale, e forse sono utili per ripensare un diritto comune sul contratto, nella prospettiva dell'armonizzazione e dell'unificazione del diritto dei contratti, tanto in America Latina quanto in Europa.

La questione della “frantumazione” del diritto generale dei contratti.

A mio avviso, l' interesse speciale che presenta il progetto argentino si spiega tenendo conto della crisi della teoria generale del contratto, locuzione che si trova ovunque nella letteratura giuridica contemporanea, e particolarmente, nella dottrina italiana, che da oltre 20 anni parla della cd. “frantumazione” o “frammentazione” della teoria generale del contratto.

Infatti, mentre la teoria generale del contratto (e del negozio giuridico) del secolo XIX, fu una teoria unitaria - e nel suo contesto anche il contratto era visto come una figura unitaria - può dirsi che questa visione muta sostanzialmente nella seconda metà del secolo XX.

È ben nota l'impostazione di Francesco Galgano, nel senso che la teoria generale del negozio giuridico sarebbe arrivata al suo “tramonto”. Questa teoria del negozio giuridico, prodotto sublime della pandettistica tedesca, aveva un presupposto: l'unità del soggetto. Al venir meno questa unità, meramente formale, come conseguenza della crescente consapevolezza delle diversità nella società reale, la teoria del negozio giuridico cessa di essere uno strumento teorico utile per capire la realtà.

Dalla sua parte, Giorgio De Nova ha sottolineato questa crisi dell'unità del contratto come concetto generale:

La parte generale sul contratto non potrebbe più essere considerata come disciplina di una figura unitaria, dato che “si è riaperta la forbice tra contratti domestici e contratti internazionali”, sicché “il lineare rapporto tra parte generale su contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tanto meno lo è oggi, di fronte ad una indubbia frammentazione della figura del contratto e ad una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale.

Le differenze tra i contratti tra imprenditori e contratto coi consumatori, tra i contratti tra i privati e contratti colla pubblica amministrazione, sono troppo grandi per poter essere oggetto de trattazione unitaria. Da chi risulta la necessità teorica di articolare la voce “contratto” in varie parti, ciascuna destinata ad una

*categoria contrattuale*¹¹.

Anche Roppo prospetta questa visione parlando degli anni 90 del secolo scorso come dei “dieci anni chi sconvolsero il contratto”¹².

E Pietro Rescigno accenna ad una contrapposizione fra le persone e gruppi depositari del potere economico e i loro contratti, e i contratti della vita quotidiana degli uomini comuni e loro contratti¹³.

Dalla decodificazione alla recodificazione

Questo problema della “frammentazione” del diritto generale del contratto, viene associato al problema della cosiddetta “decodificazione”, secondo la nota espressione di Natalino Irti. Accanto al problema della frantumazione, si parla dunque della decodificazione del diritto dei contratti.

Il problema risulta dell'avvenimento della legislazione settoriale recante materie già trattate dal codice civile, come ad es. il rapporto di lavoro subordinato, le locazioni urbane e rurali, le vendite immobiliari, le operazioni bancarie ed assicurative, e così via dicendo. La decodificazione rappresenta un problema importante per il diritto dei contratti, perché trasloca il centro di attenzione dal codice civile, che avrebbe perso il suo ruolo centrale nel diritto privato, alla legislazione speciale, e questa legislazione settoriale è generalmente difettosa. Non è stata pensata con mentalità di codice, e meno di codice civile, con pretesa di opera sistematica e durabilità. La conseguenza generalmente ammessa è che siamo di fronte ad una perdita di qualità della legislazione.

Questa realtà ha portato – come reazione - una rivalorizzazione dell'idea di codice civile e dell'idea della categoria generale del contratto di fronte alle leggi di settore. È per questo che è subito apparsa l'idea della ricodificazione; in primo luogo, per una necessità sistematica; ma anche perché il contratto, come categoria unitaria, costituisce una garanzia individuale che il soggetto, nei suoi rapporti di diritto privato, rimarrà obbligato soltanto nei termini nei quali abbia consentito. Per esempio, Rescigno afferma che nel diritto del lavoro si ritorna a l'idea del contratto¹⁴.

La tappa che, quaranta anni fa, Irti chiamò “decodificazione”, malgrado la sua persistenza in parte della dottrina civilista, appare oggi superata dalla cd. “ricodificazione”. Secondo il civilista spagnolo Garcia Cantero, oggi possiamo vedere la codificazione in prospettiva storica, e diventiamo più consapevoli che la codificazione non è eterna, e che i codici incominciano a invecchiare lo stesso giorno della sua nascita¹⁵.

Ma il problema non si risolve, semplicemente si sposta: come ricodificare? Come sarà il nuovo diritto contrattuale?

Nell'età della codificazione ottocentesca, il legislatore aveva l'illusione della completezza. Il codice bastava a se stesso; tutti i problemi erano ritenuti risolvibili applicando il sistema codicistico. Adesso, invece, il legislatore è diventato consapevole della complessità e delle lacune del diritto positivo, e

¹¹ DE NOVA G., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 327 ss.

¹² ROPPO V., *Il contratto*, in Tratt. Iudica Zatti, Milano, 2001, p. IX.

¹³ RESCIGNO P. *Premessa*, in *Il contratto in generale, Trattato Rescigno-Gabrielli*, p. LIV.

¹⁴ RESCIGNO P. *Premessa*, cit., p. XLII.

¹⁵ GARCÍA CANTERO G., *Desde Sudamérica recomiendan como modelo el Código Europeo de Contratos, (De Pavía a Tucumán, y regreso)*, en *Revista Jurídica del Notariado*, n. 78, abril-junio 2011, p. 539 ss.

della necessità di fare attenzione a pluralità di fonti. Il CC non è l'unica fonte. Il diritto privato ha dovuto assumere che la Costituzione è anch'essa fonte diretta di regole applicabile ai rapporti fra i privati.

D'altra parte, c'è la presenza di sottosistemi e microsistemi ed è compito del codice dialogare con essi, ciò che porta una maggiore complessità.

La prima grande sfida deriva dunque dal fenomeno conosciuto come dialogo delle fonti.

I nuovi codici civili non potranno più essere ritenuti - come all' inizio della codificazione ottocentesca - sistemi chiusi isolati dal resto dell'ordinamento; il codificatore, nel disegnare una disciplina generale del contratto, dovrà essere consapevole della pluralità delle fonti e della necessità del dialogo, particolarmente tra il codice civile, la costituzione ed il diritto del consumatore come legislazione speciale, e provvedere a una adeguata gestione del problema.

La seconda grande sfida sarà sicuramente affrontare la c.d. frantumazione del diritto dei contratti, prodotta dalla legislazione di settore, particolarmente la legislazione sui consumatori.

Lo sviluppo di un corpo di norme sul consumatore e specialmente sui contratti del consumatore; e la tendenza all'applicazione analogica della legislazione speciale a sua tutela in merito alla sua *ratio*: protezione dei deboli; approdano all'apparizione dell' idea del contratto di consumo "in generale".

Per esempio in Italia, prima, il codice civile del 1942 trattava il problema del contratto asimmetrico negli art. 1341, 1342, 1370. Dopo è stata emanata la Direttiva 93/13/CEE e il suo recepimento in Italia: incorporando la disciplina delle clausole abusive negli art. 1469 bis – *sexies* CC. E alla fine venne approvato il Codice del consumo (D.lgs. 23 ottobre 2005 n.206), dove si parla espressamente del "contratto di consumo in generale". Così, il codice di consumo italiano intenta una sistemazione del diritto dei contratti del consumatori nella cornice del contratto in generale.

Ritengo che la tendenza alla generalizzazione e a l'astrazione del diritto del consumatore sia percepibile chiaramente, inoltre il diritto italiano, in diversi recepimenti legislativi, come il BGB, nella sua riforma del 2001, e il "Texto refundido" spagnolo, del 2007.

Orbene; lo spostamento della disciplina del contratto del consumatore - della legge speciale al codice civile, oppure a un codice particolare ma ordinato e sistemato come un vero codice - ci porta al problema successivo della applicazione della disciplina a tutela dei consumatori oltre che al vaglio della stretta definizione di consumatore.

Come è noto, in Europa, la qualità di consumatore è reperibile soltanto nelle persone fisiche, e la tutela viene respinta se il contraente agisce per scopi professionali, o comunque connessi con l'attività professionale. In America Latina, malgrado si ammetta la figura del consumatore persona giuridica, la questione del cd. "consumo imprenditoriale" solleva sempre dubbi.

Le ingiustizie e le inefficienze connesse all'esclusione della tutela delle piccole e medie imprese, vengono recentemente considerate dalla dottrina sotto il nome del cd. problema del "terzo contratto", inteso come macrocategoria contrattuale, nuovo paradigma contenente la questione della tutela del consumatore e dell'imprenditore più piccolo, per quanto ambedue si trovano in

una posizione di disegualianza di potere negoziale di fronte alle grande imprese¹⁶.

Le scelte del progetto argentino

Dopo questo breve cenno alla discussione in Italia, vediamo adesso l'influenza oltre oceano, delle idee coniate in Italia, focalizzando il modo in cui gli autori del progetto di codice civile argentino hanno affrontato i nuovi problemi del diritto contrattuale.

Il disegno della Parte Generale del diritto sui contratti nel progetto argentino presenta, per noi, maggiore interesse, perché, da un lato, dimostra l'importanza del problema della frantumazione del diritto e della categoria generale del contratto nella cultura civilistica contemporanea, e dall'altro, costituisce un approccio originale alla sua soluzione.

Solleva il documento dei "Fundamentos", che l'aspetto più discusso è l'inclusione della disciplina dei contratti di consumo nel proprio codice civile, ed il suo grado di estensione, ciò che involge la questione dell'applicazione analogica della disciplina delle rapporti di consumo, tramite la generalizzazione del principio "*favor debilis*". Ossia: la legislazione sui rapporti di consumo, una volta portata al codice o trattata in forma di codice, presenta una tendenza espansiva che provoca una crisi nella categoria generale del contratto.

Gli autori del progetto prospettano diverse soluzioni possibili:

1. Una prima opzione sarebbe preservare la separatezza delle due discipline, lasciando la legislazione sul consumatore come legislazione settoriale.

2. Una seconda possibilità consisterebbe nel regolare il contratto classico, discrezionale, aggiungendo taluni articoli relativi ai rapporti di consumo. Questa prospettiva è stata assunta nel progetto anteriore del 1998, ma – secondo la Commissione - l'evoluzione operata nella materia non consente questo approccio. E questo perché l'ampiezza della definizione del rapporto di consumo fa sì che i contratti di consumo passino dall'essere una categoria settoriale, eccezionale, a un tipo generale, inserito nella parte generale del contratto, producendo la sua frammentazione. Si vede, dunque, che gli autori del progetto sono stati mossi da una visione del diritto dei contratti, del tutto nuova, che sarebbe stata sorta dopo la fine del millennio: la visione "frammentata".

3. Un'altra alternativa consiste nel stabilire una regola che preveda l'applicazione del principio di protezione in modo generale, come se tutti i contratti fossero di consumo. Questo diventa – secondo gli autori del progetto – il problema principale, perché si finisce per applicare i principi di protezione, propri della tutela del consumatore, oltre al vaglio della definizione di consumatore, come se tutti i contratti fossero di consumo, con danno della

¹⁶ ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetrie di potere contrattuale*, in *Riv. Dir. Priv.* 2001, p. 787; DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, p. 737; ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratto del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Riv. Dir. Civ.* 2007, 684; GITTI G., VILLA, G. (a.c), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; RUSSO, E. *Imprenditore debole, imprenditore persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contratto e impresa*, 2009, 121; D'AMICO G. nota a sentenza 18.9.2010 della Corte Suprema, in *Contratti*, 2010, 5.

sicurezza giuridica.

Secondo gli autori del progetto, nella dottrina, molti dibattiti sono causati per la mancata divisione dei due tipi nella legislazione. Gli autori più inclini al principio di protezione, generalizzano, mentre quelli più inclini all'autonomia della volontà - principalmente in materia commerciale - ravvisano un pericolo per la sicurezza giuridica. La generalizzazione del principio di protezione si ritiene dunque inconveniente, perché sconvolge gravemente il sistema, lasciando al giudice un potere di controllo sulla contrattazione che lederebbe l'autonomia privata e farebbe venir meno la sicurezza della contrattazione; sembra inadeguato applicare questo regime per la contrattazione fra due imprese, per esempio, per la costruzione di un ponte, o lo sviluppo di tecnologia, o la somministrazione, o qualunque altro rapporto simili. In tutti questi casi, si deve preservare l'autonomia privata come viene ammesso in via maggioritaria nel paese nel diritto comparato.

Formulato il problema, bisogna vedere il modo come gli autori del progetto intendono risolverlo.

A questo punto, la Commissione suggerisce di "frantumare" la disciplina del contratto.

"El problema es que hablan de objetos diferentes".

Di conseguenza, suggeriscono di regolare i contratti di consumo all'interno del codice civile, non come un tipo speciale, ma come una frammentazione del tipo generale, e per questo propongono la sua incorporazione nella parte generale sui contratti.

Il codice, perciò, non parla soltanto del contratto in generale, bensì il sistema rimane così ordinato in questo modo:

Contratti discrezionali: negli stessi c'è totale autonomia privata.

Contratti di adesione; in questo caso, c'è una tutela basata in questo regime, centrata sulla disciplina delle clausole abusive,

Contratti di consumo: in questo caso, si applica una particolare tutela, non essendo rilevante che il consumatore abbia consentito o meno.

I. "CONTRATO DISCRECIONAL"

Il contratto cd. "discrezionale" richiama il modello classico, tradizionale, del contratto, basato nell'autonomia della volontà, limitato soltanto da norme imperative e chiuso agli interventi del giudice¹⁷.

II. "CONTRATO DE ADHESIÓN"

¹⁷ TÍTULO II - De los contratos en general

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

ARTÍCULO 957.- Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

ARTÍCULO 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

ARTÍCULO 959.- Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

ARTÍCULO 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

La regolazione del contratto di adesione, costituita principalmente dalla disciplina delle clausole abusive trova spesso applicazione soltanto quando uno dei contraenti è una impresa, e l'altro un consumatore.

Uno degli aspetti più lodevoli del progetto è costituito dalla netta distinzione fra il contratto di adesione e il contratto de consumo.

In verità, questa distinzione è già nota; ma è anche vero che la legislazione in tema del consumatore ha da sempre vincolato il contratto di adesione e il contratto con il consumatore.

Il progetto argentino, invece, distingue chiaramente la disciplina del contratto di adesione, dal contratto con il consumatore (ammettendo, certo, che tutte le due fattispecie possano apparire insieme). Di conseguenza, la disciplina delle clausole abusive si applicherà anche se il contratto è stato formato fra due imprese, una delle quali impone all'altra l'adesione a clausole predisposte.

La fattispecie viene esclusa ogni volta il contratto sia stato oggetto di trattativa individuale. Il giudice, per altro, non può sollevare di ufficio il carattere abusivo delle clausole.

Il progetto viene così a risolvere il problema del cd. "terzo contratto", categoria che viene indirettamente ammessa nel progetto argentino, e si desume dal fatto che la disciplina del contratto di adesione è applicabile anche tra imprese.

Ma in questo caso la tutela non è così forte come nel caso dei consumatori: il regime delle clausole abusive non si applica di ufficio; la trattativa individuale esclude la tutela (il quale è pericoloso, perché le grandi imprese impongono alle piccole e medie imprese le loro condizioni, come si vede nella disciplina della subfornitura in Italia); non include norme sull'informazione, perché si ritiene che l'imprenditore debba investire in informazione¹⁸.

La separazione fra contratto di adesione e contratto con il consumatore si rivela molto utile, perché implica una soluzione – anche se non sia condivisa – al problema del cd. "terzo contratto". La tutela, in quest'ultima fattispecie, si ricondurrà a la disciplina dei contratti celebrati per adesione.

III. "CONTRATO DE CONSUMO"

Nel documento dei "Fundamentos" si riafferma che la categoria dei contratti di consumo è una frammentazione della categoria generale, e si propone di inserire nel codice taluni principi generali, che attuerebbero una "protezione

¹⁸ SECCIÓN 2ª

Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas

ARTÍCULO 984.- Definición. El contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

ARTÍCULO 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos con cláusulas predisuestas o que sean concluidos por adhesión, se deben tener por no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;
- b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles.

ARTÍCULO 989.- Control judicial de las cláusulas abusivas. Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.

minima”.

In un estremo, dunque, ci sono i contratti di consumo, soggetti ad una disciplina tutelare molto intensa; nel altro estremo, ci sono i contratti discrezionali, e si incorpora quale parte di questa categoria, il contratto per adesione¹⁹.

Si portano norme sulle pratiche abusive, sul tratto degno al consumatore, sul divieto di discriminazione, sull'informazione e la pubblicità. Si regolano quelle modalità speciali dei contratti coi consumatori che si ripetono dappertutto: contratti celebrati fuori dei locali commerciali, contratti a distanza e contratti celebrati tramite mezzi elettronici, e la loro conseguenza: il diritto di recesso o di revoca.

Riassunto

Evidentemente, gli autori del progetto hanno dovuto affrontare un conflitto tra due principi o valori: da un lato, la libertà e responsabilità (disciplina del mercato), cioè il rispetto per l'autonomia privata, e dall'altro, la tutela del debole (paternalismo).

Il modo di superare questo conflitto è stato quello di disegnare un limite fra due spazi, che distingue chiaramente l'area del contratto paritario, per preservarne la sicurezza, dall'area del contratto di consumo, dove la volontà gioca un ruolo molto minore. È questo il senso della frammentazione: la distinzione fra due categorie non omogenee.

Però, a mio avviso, la netta separazione fra diversi ambiti contrattuali, ad es. l'ambito dei contratti B2B e l'ambito dei contratti B2C, non implica la perdita dell'unità della categoria generale del contratto. Penso che sia più giusto e anche più efficiente, riconoscere la validità teorica della categoria generale del contratto, non frammentato, ma diviso in settori (speciali) di un genere comune.

Ritengo che sia necessario riconoscere la volontà e la responsabilità del consumatore, dunque parliamo di contratti, atti - come diceva il Vassalli - liberi per antonomasia.

Anche in questo senso, non si deve dimenticare che neanche nell'area del contratto del consumatore nel progetto argentino, dove la tutela si porta a estremi, si ammette l'intervento statale in tema di opzione sul rapporto qualità-prezzo.

La disciplina di protezione può ridurre o comprimere, ma non escludere l'autonomia privata e l'autoresponsabilità. Questo si vede nel controllo di incorporazione delle condizioni generali, nel controllo di vessatorietà anche delle clausole negoziate (nullità di protezione), nell'applicazione di ufficio della disciplina di protezione (Corte di Giustizia della Comunità Europea, caso Océano-Salvat); e nel fatto che il consumatore

¹⁹ TÍTULO III

De los contratos de consumo

ARTÍCULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

ARTÍCULO 1095.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

non è reputato obbligato ad investire in informazione, come invece l'imprenditore, nell'integrazione della pubblicità al contratto nel diritto di recesso, nei casi particolari dove viene ammesso.

Non pare dunque giustificato l'atteggiamento di prescindere della categoria generale del contratto. Si parla di una frantumazione, ma si denominano ambedue i contratti, il contratto discrezionale e il contratto di consumo.

Come dice Giuggioli nel suo recente libro sul contratto del consumatore²⁰, il diritto del consumatore è "un diritto a la ricerca di se stesso"; e – aggiungo io – fino a che il diritto del consumatore abbia trovato a se stesso, sarà il diritto contrattuale ad essere alla ricerca di se stesso.

Spunti di riflessione forse utili anche per il processo europeo

In questo contesto, quali idee possiamo prendere del processo argentino, che siano utili nell'attuale situazione europea?

Evidentemente, pare conveniente, anche necessario, superare la frammentazione dell'attuale diritto contrattuale europeo.

È, dunque, naturale, che dall'ambiente accademico sia stato sorto, già a partire dall'inizio degli anni '80, un "grido di allarme" su quanto avvenuto a livello nazionale in materia di diritto dei contratti a causa dei numerosi (e scomposti) interventi di fonte comunitaria. La percezione dell'allarme si traduce adesso in una proposta di superamento del percorso fin qui seguito, vale a dire quello dell'armonizzazione dei singoli diritti contrattuali nazionali, in favore di una prospettiva di unificazione delle regole che andrebbero ad essere uguali per tutti gli Stati membri, senza margini di diversità²¹.

Come dice Luminoso, anche gli organi dell'Unione Europea si sono resi conto progressivamente che il processo di armonizzazione dei diritti nazionali tramite direttive non ha sortito i risultati sperati a causa della frammentarietà, episodicità e specificità delle direttive e per le notevoli differenze che permangono tra le normative statali in materia di contratti, le quali creano ancora notevoli ostacoli agli scambi transfrontalieri²².

Questa dispersione è dunque ritenuta come un male che deve essere combattuto.²³ In questo senso, la Commissione Europea promosse nel anno 2004, una revisione del coacervo giuridico comunitario in materia di consumatori con lo scopo di semplificare e completare il quadro giuridico.

Invece, la Proposta di regolamento per un diritto europeo della vendita rappresenta un "esito minimalista" del processo di uniformazione in cui gli obiettivi della armonizzazione o uniformazione vengono fatti passare tramite la creazione di un sistema legale aggiuntivo²⁴.

²⁰ GIUGGIOLI P., *Il contratto del consumatore*, UTET, Torino, 2012.

²¹ GATT L., *Il diritto contrattuale europeo, dall'armonizzazione all'uniformazione*, in *Manuale di diritto privato*, (a cura di) G. Amadio, C. Scognamiglio, G. Gitti, F. Macario, Bologna, in corso di stampa.

²² LUMINOSO A., *Dall'America Latina un messaggio per l'Unione europea sul diritto dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 577 ss.

²³ BALLARINO T., *Verso una disciplina europea della vendita*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2012, p. 341.

²⁴ Parla di esito minimalista CASTRONOVO C., *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 289 ss.; CAGGIANO, I.A., *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo, American perspectives*, in *Annali*, Università degli studi Orsola Benincasa, 2011-2012

Per porre rimedio a tale stato di cose, ossia per superare queste difformità normative, bisogna arrivare all'unificazione, sia pure nel limitato settore del contratto. E per giungere a questo risultato, non c'è che l'unica strada della codificazione, che la civiltà percorre da secoli: come è avvenuto, ad esempio, fin dai primi dell'Ottocento in Francia, nell'Impero austriaco, in Spagna, in Italia, in Germania, e in seguito anche negli Stati Uniti d'America²⁵.

Come dice Rescigno, l'idea della codificazione implica l'intenzione di ridurre la pluralità di fonti, e garantire attraverso questa costruzione la certezza del diritto.

La decodificazione nasce soprattutto dalla proliferazione di leggi; il fenomeno deve senza dubbio richiamare l'attenzione dei giuristi; prima, per quelli che vogliono presentare nei suoi termini esatti il sistema positivo in cui vive; ma soprattutto per il giurista che presta attenzione anche ai sistemi positivi altrui.

Di fronte a questo invito ad abbandonare i codici, perché considerati una forma superata di legislazione, noi constatiamo che tale forma non solo non è tramontata, ma ha visto negli ultimi anni una notevolissima fioritura. Un esempio sono i paesi socialisti, come Cuba. I codici civili si sono confermati testi irrinunciabili, ineliminabili dall'esperienza e dalla storia in cui siamo immersi, anche se l'oggetto se ne è ristretto. In particolare, gli studiosi italiani hanno guardato con particolare interesse il lavoro del gruppo di Pavia, perché si è ritenuto di poter assumere come base di partenza, su cui lavorare insieme ad altri giuristi europei, il nostro codice vigente²⁶.

E - sostiene Lipari - l'operazione culturale che sottosta al rinnovato auspicio di un codice europeo dei contratti (che l'Accademia pavese ha autorevolmente consegnato ad un progetto ricco di spunti e di indicazioni, non a caso assunto a modello dai colleghi dell'America Latina) va dunque coltivata e riaffermata, al di là di recenti superficialità e disattenzioni, perché può diventare davvero paradigma del più corretto modo di superare la crisi delle fonti della quale - sia pure in termini generali e non sempre del tutto consapevoli - si continua a parlare. Nel momento in cui è ormai venuto meno il modello dell'esclusiva statualità del diritto (sul quale si erano fondate intere generazioni di giuristi) e in cui il contratto (inteso all'un tempo sia come atto principe della autonomia dei privati che come bene) viene riconosciuto come strumento essenziale dell'esperienza giuridica, diventa sempre più opportuno coltivare, proprio in materia contrattuale, forme sovranazionali di unificazione della disciplina, destinate a creare schemi uniformi, la cui forza aggregante avrà sicuramente effetti benefici sull'equilibrio complessivo dei rapporti giuridici, pur riconoscendo la capacità della giurisprudenza di svolgere quella funzione di adattamento dell'enunciato alle peculiarità delle vicende umane che è ormai la cifra essenziale del diritto nell'ora presente.

È per ciò che uno strumento quale quello proposto dalla Commissione Europea non si sostiene, di per sé, nel contesto degli ordinamenti europei già per la sua incompletezza. Così come non potrebbe reggersi - ma è troppo

²⁵ LUMINOSO A., *Dall'America Latina un messaggio per l'Unione europea sul diritto dei contratti*, cit., p. 577 ss.

²⁶ RESCIGNO P., *L'unificazione del diritto in materia di contratti nel sistema giuridico romanistico*, in *Roma e America, Diritto Romano Comune, Diritto dell'integrazione e dell'unificazione del diritto in Europa e America Latina, Unificazione del diritto dei contratti in America Latina*, 1999, p. 167 ss.

facile comprenderlo perché si debba insistere – un corpo di norme relativo ad un singolo contratto che mancasse del supporto delle regole generali (le Direttive dovevano infatti integrarsi nei vari ordinamenti).

Luminoso afferma che l'Unione europea deve necessariamente tornare sui suoi passi, e riconsiderare le prospettive alle quali è stato fatto più di una volta riferimento nelle sue varie comunicazioni e risoluzioni: nel senso di giungere in ultima analisi ad “una nuova ed esaustiva legislazione a livello europeo” (così testualmente nella accennata Comunicazione del 2001)²⁷.

In conclusione, una regolazione adeguata dei contratti deve per forza essere costituita da due parti: una generale, ed una speciale, collegate fra di loro, in un rapporto che, secondo Benedetti²⁸, sarebbe una dialettica feconda, vincolato, anche alle norme procedenti di altre fonti normative: i trattati internazionali, la costituzione, e la legislazione settoriale.

Insistere in una proliferazione di leggi settoriale, senza la cornice sistematica della Parte Generale e la Parte speciale di un codice civile, non sembra una via idonea.

In questo senso, forse sarebbe utile mettere a confronto i principali risultati dei lavori intrapresi per i gruppi di studiosi a livello europeo. Lucilla Gatt e Silvia Diaz Alabart identificano come i più rilevanti, in una prospettiva generale: 1) i PECL (*Principles of European Contract Law*), stesi in lingua inglese e francese, dalla già menzionata *Commission on European Contract Law*, si articolano in tre parti (pubblicate la prima nel 1995 [GATT, 1997, 507]; la seconda nel 1999; la terza nel 2002, pubblicato da Martinus Nijhoff Publishers), che coprono la parte generale sul contratto ed il diritto delle obbligazioni; 2) il CODE EUROPÉEN DES CONTRATS, parte generale (volume I, pubblicato da Giuffrè nel 2001, 2002 e 2004) e parte speciale sul contratto di vendita e fattispecie correlate (volume II, pubblicato in prima edizione nel 2007 per Giuffrè), elaborato dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei coordinati dal Prof. G. Gandolfi, con sede presso l'Università di Pavia. Il progetto è stato redatto in lingua francese e tradotto in inglese, tedesco, italiano, e spagnolo. È stato, altresì, pubblicato da case editrici straniere e di recente preso a modello dai paesi del MERCOSUR per l'elaborazione di un codice del contratto da applicare uniformemente in tutta l'area dei paesi membri; 3) il DCFR (*Draft of Common frame of Reference*), redatto in lingua inglese dai componenti di due *Drafting Groups* (lo *Study Group on a European Civil Code* ed il *Research Group on EC Private Law*, c.d. *Acquis Group*), coordinati dai Proff. Christian von Bar, Eric Clive e Hans Schulte-Nölke, si presenta, nella sua versione definitiva, come un articolato normativo molto esteso (10 Books), che si pone l'ambizioso obiettivo di regolare in modo uniforme non solo la materia contrattuale ma un'area più ampia della materia privatistica, comprensiva anche del diritto delle obbligazioni, dell'illecito civile, dei singoli contratti commerciali, delle donazioni, dei trust, degli arricchimenti senza causa e altro²⁹.

²⁷ LUMINOSO A., *Dall'America Latina un messaggio per l'Unione europea sul diritto dei contratti*, cit., p. 577 ss.

²⁸ BENEDETTI G., *La categoria generale del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, p. 649 ss.

²⁹ GATT L., *Il diritto contrattuale europeo, all'armonizzazione all'uniformazione*, cit.

DÍAZ ALABART S., *La armonización del derecho de contratos en la Unión Europea y en el continente sudamericano*, in *Revista de Derecho Privado*, No. 4, Julio-Agosto de 2012, p. 115 y ss.

Si deve anche prendere in considerazione che la recente Proposta di Regolamento sul contratto di vendita emanata dalla Commissione Europea ³⁰ sopra accennata – ispirata, quale la Convenzione di Vienna sulla compravendita internazionale di merci, dal professore Cesare Massimo Bianca - malgrado la sua denominazione ridotta al contratto di vendita, può essere considerata, *ratione materiae*, una vera proposta di disciplina del contratto in generale.

Forse è arrivato il momento in cui gli autori di queste grande opere generale sul diritto dei contratti a livello europeo, si mettano in contatto per intentare un dialogo, che potrebbe approdare a un esito comune. Nel confronto fra questi grandi opere, si troverebbero differenze, ma anche notevole coincidenze.

Dunque, penso che, *rebus sic stantibus*, siano i latinoamericani ad imparare dagli europei e non viceversa.

Evidentemente, l'America Latina può e deve fornire un contributo sull'argomento dell'unificazione del diritto dei contratti. Quello che da sempre caratterizza l'America sono e sue potenzialità, la sua veste di "Nuovo Mondo", dove tutto è da fare. E lo stato attuale del dibattito in Europa raddoppia le sfide per la dottrina sudamericana, nel senso di continuare e coordinare la produzione accademica, come via per trasformare una cultura contrattuale comune in progetti concreti.

Ritengo che i lavori da intraprendere saranno sicuramente condotti seguendo il "tableau de marche" del Codice di Pavia, o le sue derivazioni.

Infatti, il modello del Codice di Pavia è quello che sembra più sicuro. Oltre le ragioni espresse nelle conclusioni del Convegno di Tucuman, si può aggiungere, in primo luogo, che la via delle norme sembra più adatta che quella dei principi, chi appaiono troppo astratti e non riescono a uniformare le soluzioni applicative a livello giurisprudenziale.

E inoltre, sembra preferibile la uniformazione nel ambito del contratto, e non nel ambito delle obbligazioni, che è stato il modello scelto dagli autori del DCFR. E questo perché – in merito alla integrazione economica del mercato – quello che si richiede è l'unificazione del diritto degli atti di autonomia privata che costituiscono il mercato, cioè, dei contratti. Come ha detto Diez Picazo in Spagna, una regolazione dei contratti deve mettere in testa il principio e la disciplina della libertà; questo fornisce un senso e un contenuto che sfugge se la regolazione prende le mosse dal concetto astratto dell'obbligazione³¹.

Peraltro, tenendo conto che il Codice di Pavia è stato, a sua volta, elaborato sulla stregua del Codice Civile italiano, questo percorso non sarebbe strano alla tradizione di dialogo - già rilevata da Pietro Rescigno - che unisce la dottrina giuridica italiana ed il codice civile italiano con gli studiosi e i legislatori del mondo latinoamericano³².

Mi sia consentito, alla fine di questa relazione, condividere con voi quello che ricordo di un passo di Bertold Brecht, che si trova trascritto all'inizio di una

³⁰ COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD), Bruxelles, 11.10.2011.

³¹ DIEZ PICAZO L., *Reforma de los códigos y derecho europeo*, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, num. 4, 2003, pag. 1570.

³² RESCIGNO P., *L'unificazione del diritto in materia di contratti nel sistema giuridico romanistico*, in *Roma e America, Diritto Romano Comune, Diritto dell'integrazione e de l'unificazione del diritto in Europa e America Latina, Unificazione del diritto dei contratti in America Latina*, 1999, p. 167 ss.

delle opere più belle e significative della civilistica italiana, che tratta sull'insegnamento del diritto privato³³, opera dovuta a uno dei distinti professori chi mi accompagnano in questa tavola e che sarà sicuramente nota a voi; questo passo parla di un uomo chi camminava lungo una stretta valle vicino al mare, e che subito si rese conto che la marea incominciava a salire e l'acqua bagnava i suoi piedi. Cercò una barca, ma non riuscì a trovarla. Continuò a camminare, sempre cercando una barca, fino a che le acque gli arrivarono al collo. In quel momento, si mise a nuotare. E aggiunge Brecht: aveva compreso che lui stesso era una barca.

Forse questo bel passo, che da noi si ripete spesso agli studenti del diritto delle obbligazioni, per far loro comprendere il significato e l'importanza del lavoro personale negli studi del diritto, ci consentirà di arrivare alla convinzione che, di fronte alle difficoltà del attuale diritto dei contratti, non ci sono risposte; non ci sono barche; noi siamo le barche.

³³ LIPARI N., *Diritto privato, una ricerca per l'insegnamento*, Roma, 1974.