

IL DIRITTO ALL'ESATTO ADEMPIMENTO E I SUOI LIMITI NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

Di Michael Stürner

Ordinario di Diritto privato internazionale e comparato dell'Europa-Universität Viadrina di Francoforte

SOMMARIO: *I. Introduzione. – II. Caratteristiche del sistema continentale a partire dall'esempio del BGB. – 1. Il diritto all'esatto adempimento come diritto azionabile. – 2. I limiti dell'obbligo di prestazione in natura. – Considerazioni provvisorie dal punto di vista del diritto comparato. – III. Il concetto di remedy nel Common Law. – 1. Non azionabilità del diritto all'esatto adempimento. – 2. I presupposti di una specific performance. – 3. I limiti all'obbligo della prestazione in natura. – 4. Confronto con il tedesco. – IV. Il sistema del Draft Common Frame of Reference. – 1. Il DCFR come espressione del diritto contrattuale europeo. – 2. La relazione tra adempimento in natura ed il concetto di remedy. – 3. Limiti all'obbligo di prestazione. – V. Conclusioni.*

1. Introduzione.

Il diritto contrattuale europeo prende nuova forma. Poco meno di un anno fa è stata presentata la full edition del cosiddetto “Quadro Comune di Riferimento” (in seguito viene usata la denominazione inglese “Draft Common Frame of Reference”, oppure DCFR), che cerca di ricondurre il cosiddetto *acquis communautaire* e le diverse tradizioni di diritto contrattuale a un insieme coerente, con lo scopo di fornire - nelle intenzioni dei suoi redattori - un modello per il diritto contrattuale europeo¹. Anche

se il futuro politico di questo regolamento è ancora incerto², esso ha comunque grande rilevanza come modello accademico per il successivo sviluppo del diritto contrattuale europeo³.

Nell'ambito di questo modello di standardizzazione del diritto, è di centrale importanza valutare la questione se le diverse tradizioni degli ordinamenti giuridici europei vengono adottate, tenute in consi-

erence (DCFR), Full Edition, München, 2009, Introduction, n. 6.

² Vedi *infra* IV. 1. b).

³ Nello stesso senso T. PFEIFFER, *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 679, 706.

¹ Così C. VON BAR/E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Ref-*



derazione o sacrificate a vantaggio di nuove, innovative soluzioni. Approfondirò questa questione prendendo in considerazione l'esempio del diritto di adempimento contrattuale e dei suoi limiti.

Chi prenda come oggetto di studio i limiti dell'obbligo di adempiere il contratto deve prima di tutto considerare i diversi punti di partenza del *Civil Law* continentale e del *Common Law* anglo-americano. Il diritto alla prestazione contrattuale e la sua risarcibilità in natura appartengono al patrimonio di base dei principi del diritto contrattuale continentale: dall'esistenza dell'obbligo contrattuale ne segue anche l'azionabilità della prestazione accordata, quindi la realizzazione in natura⁴. Diversamente il *Common Law* non prevede la *specific performance* come parte integrante del diritto, bensì come puro rimedio, un *remedy* la cui azionabilità è legata a particolari condizioni, e la cui realizzazione è, inoltre, a discrezione del giudice⁵.

Da questa situazione di base dipende anche il modo in cui vengono posti dei limiti al diritto di adempimento in natura: un sistema come quello continentale, che insiste con forza sul diritto di adempimento in natura deve chiarire a quali condizioni il debitore venga esonerato dal suo obbligo. Diversamente, nel *Common Law*, si pone il problema di stabilire le situazioni eccezionali in cui l'ordinamento può garantire la *specific performance*. Da questo quadro è chiaro che un modello di diritto contrattuale europeo deve prendere posizione, e cioè valutare se l'obbligazione di adempiere il contratto in linea di massima debba essere attuabile oppure no.

Innanzitutto si devono tenere presenti i modelli di *Civil Law* e di *Common Law*, per poter fare, su questa base, una valutazione del modello contrattuale europeo presente nel DCFR. Si mostrerà come i redattori del DCFR, da un lato, abbiano considerato l'adempimento in natura di un diritto come caso previsto *ex lege* e quindi si siano dichiarati chiaramente a favore del progetto continentale, e, dall'altro, abbiano sviluppato questo diritto di adempimento in natura come puro rimedio, un *remedy*, che addirittura ha origine solo con il mancato

⁴ Nel diritto italiano il diritto all'esatto adempimento si basa sull'art. 1453 (1) c.c. Nell'ambito dei contratti di compravendita questo diritto presuppone che le parti abbiano pattuito espressamente in questo senso; altrimenti il creditore, in caso di inadempimento, ha il diritto di risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo secondo l'art. 1492 c.c. Sono eccettuati i casi rientranti nella compravendita dei beni di consumo: la direttiva 1999/44/CE prevede il diritto del consumatore di richiedere la riparazione del bene ovvero la sostituzione e quindi un diritto all'esatto adempimento.

⁵ Sulla nozione di rimedio si vedano i saggi contenuti in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008. Per approfondimenti, sul punto, E. M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010, p. 371 ss.

adempimento degli obblighi contrattuali, integrando, così, anche degli elementi di *Common Law*. I confini del diritto di adempimento in natura sono quindi, in conformità a ciò, concepiti non come semplici eccezioni alla regola dell'adempimento in natura, bensì come caratteristiche negative della fattispecie del rimedio di *specific performance*.

II. Caratteristiche del sistema continentale a partire dall'esempio del BGB

1. Il diritto all'esatto adempimento come diritto azionabile

Dalla stipulazione del contratto derivano per le parti diritti e doveri reciproci. "In forza del rapporto di obbligazione", così si dice nel § 241 (1) BGB, "il creditore è autorizzato a pretendere dal debitore una prestazione". La giustificazione di un rapporto di obbligazione, secondo il BGB, comporta quindi due cose:

da un lato, in questo modo, emerge un diritto attuabile di pretendere dall'altro un'azione o un'omissione. L'azionabilità del diritto le è inerente, ne è parte materiale. Conseguentemente il legislatore ha dovuto creare regole apposite nel § 656 BGB per il contratto di mediazione a scopo matrimoniale oppure nel § 762 BGB per giochi e scommesse, perché a tali atti giuridici non era stato dato un carattere vincolante. Solo in questi casi esplicitamente segnalati, si parla a ragione di vincoli imperfetti o anche di obbligazioni naturali, in quanto al diritto manca l'azionabilità⁶. D'altro canto, oltre alla stipulazione del contratto, non sono necessarie altre condizioni perché possa venir preteso l'adempimento in natura. L'affermazione del diritto all'esatto adempimento non è un rimedio legato a presupposti separati, bensì una regola autonoma. Esso non si origina solamente nel caso del mancato adempimento, bensì a partire dall'obbligazione stesso⁷.

⁶ Si vede diffusamente sul punto G. SCHULZE, *Die Naturalobligation*, Tübingen, 2008, p. 262 ss.

⁷ Ampiamente M.-P. WELLER, *Die Vertragstreue*, Tübingen, 2009, p. 316 ss., 371 ss., 464 ss.; nonché H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, Tübingen, 2007, p. 210 ss. Il lavoro classico è di K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3 ed., Tübingen, 1996, § 35.



2. I limiti dell'obbligo di prestazione in natura

Il qui descritto modello dell'obbligazione contrattuale come diritto azionabile senza ulteriori condizioni ha conseguenze per la definizione dei confini dell'obbligo di prestazione del debitore. Questo modello ha una grande importanza. Dalla modernizzazione del diritto delle obbligazioni il BGB prevede una doppia possibilità di esonero per il debitore: l'esclusione dell'obbligo di prestazione secondo il § 275 BGB, da un lato, e l'adeguamento del contratto per alterazione del fondamento negoziale secondo il § 313 BGB, dall'altro.

a) Sviluppo

Secondo lo schema originario del BGB la categoria dell'impossibilità rappresenta il concetto centrale per la regolamentazione dei limiti degli obblighi di prestazione del negozio giuridico. Il diritto dell'adempimento si estingueva solo quando la prestazione per il debitore o per chiunque fosse divenuta impossibile. In particolare, a seguito del forte *shock* seguito ai cambiamenti legati prima alla guerra e poi all'inflazione, la *Reichsgericht* (corte suprema del *Reich*) fece ricorso alla nozione di impossibilità per risolvere vincoli contrattuali ritenuti inadeguati e per questo conìò il concetto dell'impossibilità economica ("*wirtschaftliche Unmöglichkeit*")⁸. L'istituto dell'impossibilità è stato dunque il rimedio normativo cui si è potuto ricorrere non solo nei casi di vera e propria impossibilità fisica, ma anche come condizione che rendeva inesigibile l'erogazione della prestazione⁹.

Tuttavia, la *Reichsgericht* si servì immediatamente del fondamento negoziale sviluppato sulla base del § 242 BGB da *Oertmann*, che si fondava sulla dottrina della presupposizione di *Windscheid*¹⁰. *Windscheid* aveva avuto ragione quando aveva sostenuto di essere fermamente convinto che la dichiarata premessa sottintesa si sarebbe fatta sempre valere, di modo che se, buttata fuori dalla porta, sarebbe sempre rientrata dalla finestra¹¹.

Con la modernizzazione del diritto delle obbligazioni, nel § 275 BGB venne poi uniformata una triplice ipotesi che evidenziava possibili aggravati della prestazione: impossibilità, prestazione onerosa e inesigibilità della personale erogazione della prestazione. Lo stato di fatto di alterazione del fondamento negoziale ("*Wegfall der Geschäftsgrundlage*") fu codificato nel § 313 BGB.

b) Impossibilità e aggravio della prestazione secondo il § 275 BGB

Mentre l'impossibilità, uniformata nel § 275 (1) BGB, deve d'ora in poi propriamente includere l'impossibilità fisica¹², il legislatore, con l'eccessivo aggravio della prestazione del § 275 (2) BGB è entrato in una terra dogmaticamente inesplorata: la norma descrive non solo un caso di applicazione dell'impossibilità, ma apre anche un autonomo diritto di rifiuto della prestazione, che in ultima analisi si fonda sul divieto di abuso del diritto e quindi rappresenta una coniazione del § 242 BGB¹³.

A definizione dei confini degli obblighi di prestazione del debitore il § 275 (2) BGB non prevede la sussunzione in un concetto di diritto indefinito, ma un processo di bilanciamento che mette in relazione, da un lato, la spesa che il debitore deve fare per l'esecuzione della prestazione, e, dall'altro, l'interesse del creditore a ottenere la prestazione. Sono qui da tenere in considerazione il contenuto concreto del rapporto obbligatorio, i principi di buona fede e anche la possibilità da parte del debitore di dover essere sostituito per un ostacolo che venga a frapporsi alla ordinaria esecuzione della prestazione. Nel caso in cui, in questo bilanciamento, si presenti una grave disparità tra le misure di riferimento, allora al debitore spetta il diritto di rifiuto della prestazione.

Mentre intanto la giurisprudenza sembra del tutto aprirsi all'applicazione del § 275 (2) BGB¹⁴, questa norma è stata fortemente criticata da una parte della dottrina. Il punto centrale della critica risiede nel fatto che la costituzione di limiti agli obblighi legali di prestazione venga accollata al debitore,

8 Si veda *Reichsgericht* in *RGZ* 41, p. 114; *RGZ* 57, p. 116; *RGZ* 94, p. 45, 47; *RGZ* 102, p. 272, 273; cfr. G. KEGEL/H. RUPP/K. ZWEIFERT, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, Berlin, 1941, p. 51 s., 71 ss.; nonché G. KEGEL, *Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag*, Tübingen, 1953, p. 150 ss.

9 Criticamente H. H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, München, 1969, p. 67 ss.

10 P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921. Cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3 ed., München, Berlin, 1963, p. 5 ss.

11 „Es ist meine feste Überzeugung, daß die stillschweigend erklärte Voraussetzung [...] sich immer wieder geltend machen wird. Zur Thüre hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein.“ B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 78 (1892), p. 161, 197.

12 *Bundestags-Drucksache* n. 14/6040, p. 128.

13 Cfr. M. STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, Tübingen, 2010, p. 185 ss.

14 *Bundesgerichtshof*, in *BGHZ* 163, p. 234; cfr. C. HIRSCH, *Schadensersatz wegen eines Mangels der Kaufsache*, in *Juristische Ausbildung*, 2006, p. 120; A. KEILMANN, *Kleiner Fall ganz oben – Das Dackelurteil des BGH*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 2526; M. GUTZEIT, *Gibt es einen kaufrechtlichen Ausbesserungsanspruch?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 956; *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 3284; *Bundesarbeitsgericht*, in *BAGE* 111, p. 191; *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p. 3122, 3123; *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p. 3123, 3125.



mentre riguardo alla entità della sua prestazione contrattuale (debito), gli si impone un maggiore obbligo di esecuzione¹⁵.

I critici vedono nel procedimento di bilanciamento richiesto dal § 275 (2) BGB il mancato rispetto delle valutazioni stabilite dalle parti come espressione di autonomia privata¹⁶. In effetti, la norma prevede di tenere in considerazione l'accordo contrattuale solo nell'ambito del bilanciamento dell'interesse del creditore e dell'onere del debitore. Ma si dovrebbe già capire da sé la necessità di una interpretazione del contratto, per definire quale sia il contenuto della prestazione accordato fra le parti¹⁷. Solo su questa base si può spiegare quanto l'insistenza del creditore sul proprio diritto all'adempimento possa risultare lesiva del diritto.

Il § 275 (2) BGB deve porre un limite all'interno del diritto di prestazione preesistente, poiché la norma *riduce* l'obbligo di prestazione del debitore e non lo estende. D'altra parte, il principio *pacta sunt servanda* non deve essere sostituito. Il legislatore cerca di evitare questo stabilendo una soglia di intervento solo in caso di *gravi disparità*, e che quindi non agisce nel caso in cui il debitore abbia in mente un affare migliore o quando il creditore possa procurarsi altrove l'oggetto del contratto. La rescissione del contratto cosiddetta efficiente (*efficient breach of contract*) non si può giustificare sulla base del § 275 (2) BGB.

Anche se, secondo le direttive del § 275 (2) BGB, non sarebbe sbagliato definire l'esame di proporzionalità da effettuare come un'analisi costi-benefici¹⁸, ciò tuttavia non dovrebbe condurre a porre delle esclusive questioni riguardo all'inefficienza della prestazione, o anche a utilizzarla come direttiva per l'interpretazione. La volontà di adempimento

che contraddice la buona fede è sempre inefficiente, il rapporto contrario invece non vale.

L'attuabilità del diritto all'esatto adempimento può essere considerata efficiente (contro la teoria dell'*efficient breach of contract*) perché dà a chi agisce nel mercato la sicurezza di pianificare i suoi comportamenti, conseguendone una maggiore fiducia nel mercato. In questo modo agisce diminuendo i costi delle transazioni¹⁹. Ne segue che anche dal punto di vista dell'efficienza, il § 275 (2) BGB ha una grande importanza, poiché in esso avviene una definizione che diminuisce i costi delle transazioni della presunta volontà della parte²⁰. Se le parti prima della stipulazione del contratto avessero razionalmente tenuto conto dell'aumento di produzione dei costi, si sarebbero accordate per un obbligo di indennizzo per l'ammontare dell'interesse all'adempimento a un certo limite dell'obbligo di prestazione. Il fatto che il § 275 (2) BGB stabilisca solo nel caso di una *grossolana disparità*, rivaluta giustamente la validità del diritto all'esatto adempimento.

Contrariamente al § 275 (2) BGB, che espressamente pretende una disparità tra l'onere del debitore e l'interesse del creditore, il *terzo comma* di questa norma si ricollega all'inesigibilità dell'erogazione della prestazione. Il diritto di rifiuto riguarda solo quei casi in cui il debitore deve fornire *personalmente* la prestazione e questo gli sarebbe possibile, ma si presenta un motivo di impedimento grave al punto tale che l'adempimento del contratto da parte del debitore non è più esigibile. Questo è il caso ad esempio della cantante d'opera il cui figlio si ammalava gravemente il giorno dello spettacolo²¹.

Quando è data una inesigibilità, come prevede il § 275 (2) BGB, deve essere verificato il bilanciamento – il terzo comma lo statuisce espressamente. Il riferimento è in questo caso, come dispone il secondo comma, l'interesse che il creditore ha all'erogazione della prestazione. A questo tuttavia si contrappongono diverse questioni dal punto di vista del debitore²²: mentre il secondo comma prevede un

15 Vedi la controversia tra PICKER da un lato e CANARIS dall'altro: E. PICKER, *Schuldrecht und Privatautonomie*, in *Juristenzeitung*, 2003, p. 1035; C.-W. CANARIS, *Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf*, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 214; nonché E. PICKER, *Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungserschwerung nach Allgemeinem Schuldrecht und Kaufrecht*, in *Festschrift für Horst Konzen*, a cura di B. DAUNER-LIEB/P. HOMMELHOFF/M. JACOBS/D. KAISER/C. WEBER, Tübingen, 2006, p. 687, 696 s., 700 ss.

16 Cfr. J. WILHELM, *Schuldrechtsreform 2001*, in *Juristenzeitung*, 2001, p. 861, 866 s.; E. PICKER, *Schuldrecht und Privatautonomie*, cit., p. 1035; ID., *Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungserschwerung*, cit., p. 687; T. BERNHARD, *Das grobe Missverhältnis in § 275 Abs. 2 BGB*, in *Juristische Ausbildung*, 2006, p. 801; ampiamente T. LOBINGER, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Tübingen, 2004, p. 238 ss., secondo chi § 275 (2) BGB sarebbe contro la Costituzione.

17 *Bundestags-Drucksache* n. 14/6040, p. 127.

18 Si veda W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5 ed., München, 2007, § 275 n. 69.

19 H.-B. SCHÄFER/C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4 ed., Berlin, Heidelberg, New York, 2005, p. 397 ss.; H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, cit., p. 232 ss.; M.-P. WELLER, *Die Vertragstreue*, cit., p. 366 ss.

20 H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, cit., p. 237 ss., 277 ss.; J. KÖNDGEN, *Die Entlastung des Schuldners wegen Unmöglichkeit der Leistung – Versuch einer Ehrenrettung des § 275 Abs. 2 BGB*, in *Festschrift für Hans-Bernd Schäfer*, a cura di T. EGER/J. BIGUS/C. OTT/G. VON WANGENHEIM, Wiesbaden, 2009, p. 275, 280 ss.

21 Cfr. *Bundestags-Drucksache* n. 14/6040, p. 130.

22 Sul punto C.-W. CANARIS, *Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung in einer Kollisions- oder Konfliktlage nach deutschem Recht*, in *Studi in Onore di Giorgio Cian*, a cura di G. DE CRISTOFARO/M. V. DE GIORGI/S. DELLE MONACHE, Padova, 2010, p. 383, 385 ss.



dispendio economico necessario al superamento dell'impedimento alla prestazione, il terzo comma include solamente ostacoli ideali riferibili alla persona del debitore. Nel quadro del secondo comma questi non sono da tenere presenti. Anche se risulta vero che entrambe le circostanze alla fin fine concretizzano il divieto di abuso del diritto²³, non c'è per questo motivo rapporto di specialità tra i due comma²⁴; essi regolano piuttosto diversi conflitti di interesse²⁵.

c) Alterazione del fondamento negoziale, § 313 BGB

La legge tuttavia prevede una ulteriore possibilità in base alla quale il debitore possa liberarsi secondo il § 313 BGB dai vincoli originariamente concordati, e cioè quando le condizioni contrattuali si siano radicalmente modificate al punto tale che l'attenersi al contratto appare inesigibile²⁶. L'istituto dell'alterazione del fondamento negoziale (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) protegge le parti dal verificarsi di tali rischi, imprevedibili alla stipulazione del contratto, a condizione che questi non debbano necessariamente gravare su una delle parti secondo la struttura del contratto. In questo modo si crea un compromesso tra i legittimi interessi di una parte sulla stabilità e l'adempimento del contratto e quelli dell'altra parte alla riduzione o sospensione dell'impegno divenuto inesigibile, che rappresenterebbe per questi la successiva esecuzione del contratto.

d) Il campo di applicazione del § 275 (2) e del § 313 BGB

Visto che il BGB riformato tiene presente queste diverse norme che fungono da limite all'obbligo di prestazione, si pone quindi la questione del corrispondente campo di applicazione. Considerando le differenti conseguenze giuridiche (da un lato il diritto

di rifiuto della prestazione, dall'altro l'adeguamento del contratto), la delimitazione è di un'assoluta importanza pratica²⁷.

Se sia il § 275 (2) BGB come anche l'istituto per l'alterazione del fondamento negoziale trovano le loro radici nel § 242 BGB e quindi anche nell'equità²⁸, entrambi si collegano a diverse alterazioni del rapporto di scambio contrattuale. La vicinanza sistematica all'impossibilità del § 275 (1) BGB mostra che il § 275 (2) BGB contiene una norma di "sopportazione" del rischio²⁹, che regola il rischio del verificarsi di alcune sopravvenienze *relative al contratto*.

Da distinguere da questo è l'area di regolamentazione delle alterazioni del fondamento negoziale: dal testo stesso del § 313 BGB appare chiaro che qui ci si riferisce a una regolamentazione della ripartizione di *altri rischi*, e cioè quelli che non sono stati espressamente o sono stati solo implicitamente ripresi nel contratto³⁰. Questo emerge dal concetto di fondamento negoziale: quelle condizioni che vengono chiamate fondamento negoziale non sono diventate parte costitutiva del contratto³¹. Esse non indicano le modalità dello scambio di prestazione accordate in base al contratto, ma solamente le loro condizioni generali esteriori, sulla cui esistenza (§ 313 (2) BGB) o sussistenza (§ 313 (1) BGB) una parte ha fatto affidamento o ha potuto fare affidamento.

27 Vedi M. STÜRNER, „Faktische Unmöglichkeit“ (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) – unmöglich abzugrenzen?, in *Juristische Ausbildung*, 2010, p. 761; A. SCHMIDT-RECLA, *Echte, faktische und wirtschaftliche Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage – Abgrenzungsversuche nach der Schuldrechtsreform*, in *Festschrift für Adolf Laufs*, a cura di B.-R. KERN/E. WADLE/K.-P. SCHROEDER/C. KATZENMEIER, Berlin, 2006, p. 641, 659 ss.

28 Per una sintesi dello sviluppo storico M. SCHERMAIER, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, 2007, § 275 n. 42, 62 ss.

29 Vedi sul punto anche C.-W. CANARIS, *Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsfahr im Rahmen von § 243 II BGB und § 275 II BGB*, in *Juristische Schulung*, 2007, p. 793, 794.

30 Cfr. in tal senso anche W. FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, München, 1971, p. 31 ss.; D. MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für Werner Flume*, a cura di H. H. JAKOBS/B. KNOBBE-KEUK/E. PICKER/J. WILHELM, Köln, 1978, p. 629, 630 ss.; W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, 2 ed., Berlin, 1975, § 26, 3; H. KÖHLER, *Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, a cura di K. GEIB/K. NEHM/H. E. BRANDNER, tomo I, München 2000, p. 296, 300 ss. nonché A. STADLER, in *Kommentar zum BGB*, a cura di O. JAUERNIG, 13 ed., München, 2009, § 313 n. 20 ss.

31 Cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht*, 3 ed., Berlin, München, 1963; H. KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971, p. 132 ss.

23 In tal senso recentemente C.-W. CANARIS, *Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung*, cit., p. 386 s.

24 In tal senso W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., § 275 n. 110; B. DAUNER-LIEB, in *Anwaltkommentar zum BGB*, Köln, 2005, § 275 n. 57.

25 Così anche S. GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit*, Berlin, 2004, p. 371 ss., 383 nonché C.-W. CANARIS, *Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung*, cit., p. 386.

26 P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921, p. 37: „Die Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsschluss zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut.“ In tal senso ugualmente *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport*, 2006, p. 1037, 1038.



Coerentemente la legge regola le conseguenze di entrambe le alterazioni in modo differenziato: mentre nell'eccezione dal § 275 (2) BGB viene bloccato solo il diritto all'esatto adempimento, ma è possibile che al debitore, qualora si presenti un impedimento di prestazione, spetti un obbligo di risarcimento dei danni ai sensi dei §§ 275 (4), 280 ss. BGB, nel caso di considerevoli alterazioni del fondamento negoziale, decade del tutto l'obbligo di prestazione originario. Il contratto viene adeguato; nel caso in cui anche l'obbligo di prestazione così modificato fosse inesigibile, ne risulta un diritto di recesso. Nessun obbligo di risarcimento dei danni risulta dalla cessazione del fondamento negoziale.

3. Considerazioni provvisorie dal punto di vista del diritto comparato

Il BGB parte con questo dalla considerazione dell'azionabilità di un diritto. Nei casi in cui non si dia questa ipotesi, come nei vincoli imperfetti, la legge lo dice chiaramente. Un grande significato è quindi assunto dalla standardizzazione dei limiti di questi obblighi di prestazione. Oltre all'impossibilità, il BGB riconosce in particolare l'eccessivo aggravio della prestazione secondo il § 275 (2) BGB e la circostanza di alterazione del fondamento negoziale. Il primo regola la ripartizione dei rischi legati al contratto, non ultimi quelli che sono diventati fondamento negoziale ma non parte costitutiva del contratto. Se l'alterazione è da attribuirsi all'area del contratto o a quella del fondamento negoziale, nel caso concreto deve essere chiarita attraverso l'interpretazione.

Mi sia ora permesso un piccolo confronto con il diritto italiano. In linea di principio esiste una conformità che un obbligo contrattuale possa essere attuabile anche in natura³². Questo sulla base dell'art. 1453 c.c.³³ A seguito della mancata prestazione del debitore, il creditore ha la possibilità di scegliere se pretendere l'adempimento o risolvere il contratto. In linea di massima, manca una richiesta di dilazione del termine come disciplinato dal diritto tedesco nel § 323 (1) BGB³⁴.

I limiti del diritto all'esatto adempimento tuttavia vengono definiti diversamente. Se l'erogazione della prestazione diventa in un secondo tempo im-

possibile, allora il debitore è esonerato (si veda l'art. 1256 c.c.); il creditore non deve nessuna controprestazione, art. 1463 c.c. Qui si intende una impossibilità "naturale"; la semplice difficoltà di effettuare la prestazione non può essere invocata per non adempierla³⁵. Una disposizione corrispondente al § 275 (2) BGB non esiste³⁶.

Tuttavia il codice civile contiene regolamentazioni sull'equa ripartizione dei rischi di circostanze impreviste, che cioè non impossibilitano l'erogazione della prestazione, ma la rendono eccessivamente complicata. Queste portano poi all'esonero del debitore, qualora esse sopraggiungano a conclusione del rapporto obbligatorio (eccessiva onerosità sopravvenuta); secondo l'art. 1467 ss. c.c. esse autorizzano il debitore a risolvere il contratto sotto condizioni molto severe, o meglio danno la possibilità di adeguamento del contratto. Si deve tuttavia trattare di circostanze straordinarie e imprevedibili. Anche se si può parlare in relazione ad esse di una sorta di impossibilità economica³⁷, l'art. 1467 c.c., per via del collegamento al verificarsi dei rischi al di fuori del contratto, dal punto di vista funzionale è più vicino al regolamento per la cessazione del fondamento negoziale nel § 313 BGB che all'aggravio della prestazione nel § 275 (2) BGB³⁸.

III. Il concetto di *remedy* nel Common Law

1. Non azionabilità del diritto all'esatto adempimento

Mentre il BGB parte dal presupposto dell'azionabilità di ogni diritto, secondo il Common Law l'obbligo di un adempimento in natura oltre agli obblighi di pagamento in denaro non è in nessun caso parte costitutiva di un obbligo contrattuale, che sia di per sé azionabile: l'azionabilità di un diritto non viene vista come una questione esclusivamente di merito, ma ha in sé anche elementi di diritto procedurale. Solo la combinazione di presupposti materiali di diritto e il riconoscimento processuale consentono di far valutare se l'adempimento in natura possa essere accordato nel singolo caso.

35 Cass. 79/794; A. ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, 9 ed., Padova, 2009, art. 1256 c.c. n. I.1.

36 Per un punto di vista italiano sul § 275 BGB cfr. E. FERRANTE, in *Contratto impr. / Europa*, 2004, 2, p. 723.

37 Così S. GRUNDMANN, in *Einführung in das italienische Recht*, a cura di S. GRUNDMANN e A. ZACCARIA, 2007, p. 220 ss.

38 Anche S. GRUNDMANN, in *Einführung in das italienische Recht*, cit., p. 220 sottolinea un parallelismo funzionale tra l'art. 1467 c.c. e § 313 BGB.

32 Vedi K. ZWEIFERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., § 35 III.

33 Cfr. ampiamente C. RESCH, *Das italienische Privatrecht im Spannungsfeld von code civil und BGB*, Berlin, 2001, p. 325 ss.

34 Vedi S. LORENZ, *Perspektiven des europäischen Vertragsrechts: Die Pflichtverletzung*, in *Jahrbuch für Italienisches Recht*, a cura di E. JAYME/H. P. MANSEL/T. PFEIFFER, vol. 21 (2008), p. 43, 51 ss.





L'obbligo all'adempimento in natura non risulta nemmeno direttamente dal vincolo contrattuale, bensì viene visto come rimedio, come *remedy*, che si verifica solo nell'adempimento in presenza di precisi presupposti, a cui appartiene il non rispetto della promessa contrattuale. Ma soprattutto i presupposti di questo *remedy* non sono disciplinati astrattamente, bensì la loro concessione risiede nell'apprezzamento del giudice che deve essere nuovamente esercitato in ogni singolo caso. Secondo il concetto del Common Law, la *specific performance* è quindi l'eccezione, non la regola³⁹.

2. I presupposti di una *specific performance*

a) *Specific performance* come istituto di diritto dell'*equity*

Dal punto di vista storico c'è una giustificazione per la necessità di fondazione dell'adempimento specifico nella tradizionale bipartizione della competenza giudiziaria in *Courts of Common Law* e *Courts of Equity*. Il metodo d'azione formato dalle *Courts of Common Law* (le azioni devono essere iniziate unicamente utilizzando una *form of action*) in origine non conosceva nessun tipo di azione giuridica per i rimedi in natura diversi dal pagamento di una somma di denaro. Solo con l'arrivo dell'*equity* come ordinamento sussidiario e le corrispondenti istituzioni processuali si è presentata la possibilità di imporre coercitivamente anche altri diritti.

La forma originaria come *remedy in equity* influenza l'azione legale ancora oggi, ben oltre un secolo dopo all'abolizione formale delle *forms of action* e dalla fusione di *Common Law* e *equity* per mezzo dei *Judicature Acts 1873/75*⁴⁰. Il concetto di *equity* (equità) come ordine giuridico ha certo perso largamente valore giuridico: si chiarisce nel diritto odierno secondo l'apprezzamento del giudice⁴¹. Condizionato dall'origine come strumento dell'*equity*, la discrezione del tribunale quanto alla condanna per l'adempimento in natura, è ancora oggi spinta soprattutto dall'aspirazione a trovare una soluzione leale⁴².

39 Vedi *Sky Petroleum Ltd. v. V.I.P. Petroleum Ltd.* [1974] 1 WLR 576, 578 (ChD); K. ZWEIFERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., § 35; S. A. SMITH, *Contract Theory*, Oxford, 2004, p. 398 ss.

40 Cfr. M. STÜRNER, „...What so exhausts finances, patience, courage, hope...“ – *Zur Reform des englischen Zivilprozessrechts*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 99 (2000), p. 310, 313 ss.

41 Sull'ambito della discrezione del giudice inglese ed il controllo delle Corti di appello M. STÜRNER, *Die Anfechtung von Zivilurteilen*, München, 2002, p. 199 ss.

42 *Shell U.K. Ltd. v. Lostock Garages Ltd.* [1976] 1 WLR 1187.

I motivi della moderazione dei tribunali inglesi nella condanna per la *specific performance* risiedono tuttavia anche nel diritto di esecuzione: se il debitore non dà seguito alla condanna di adempimento sanzionata per via legale, allora si tratta di un *Contempt of Court* che può essere punito con la sua carcerazione fino a due anni⁴³. Sotto questa spada di Damocle⁴⁴ un adempimento del contratto da parte del debitore sembra essere inesigibile. Invece, in relazione a tali obblighi legati al buon esito, come per esempio la costruzione di un'opera, tali incertezze sono presenti in misura minore per via della durata solitamente più breve del rapporto del vincolo contrattuale⁴⁵.

b) Punti di vista discrezionali

Il tribunale che si occupa dell'azione legale del creditore dell'adempimento naturale orienta la sua valutazione in base a una serie di punti di vista. Il diritto inglese contiene solo in parte espliciti regolamenti legislativi sulla *specific performance*. Quindi il sec. 52 (1) *Sale of Goods Act* per il settore del diritto di compravendita prevede l'adempimento naturale come un rimedio nel caso della violazione del contratto⁴⁶. Il tribunale accorda questo diritto tuttavia solo „if it thinks fit“, cioè nel caso in cui esso venga considerato adeguato. È qui decisivo riferirsi fino a che punto sia possibile trovare sul mercato un rimpiazzo per la cosa acquistata. Nel caso di beni disponibili senza difficoltà il diritto alla *specific performance* viene da subito escluso⁴⁷. Se invece si tratta di beni difficili da procurare o beni particolari, come per esempio beni immobili, allora il debitore è condannato a un regolare adempimento in natura⁴⁸.

43 Regolato negli sec. 14 ss. *Contempt of Court Act 1981*; sul punto H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, cit., p. 178.

44 Così LORD HOFFMANN in *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* [1998] AC 1, 13.

45 Vgl. etwa *Jeune v. Queens Cross Properties Ltd.* [1974] Ch. 97, 99 ss., ChD (PENNYCUICK VC).

46 „Sec. 52 *Specific performance*: (1) If any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff's application, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages.“ Nello stesso senso sec. 48E (2) *Sale of Goods Act* chi stabilisce che il consumatore abbia un diritto alla *specific performance* nel caso di vendita di beni di consumo. Sul punto J. STREER, *Die Umsetzung der Verbrauchgüterkaufrichtlinie im englischen Recht durch die Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*, Köln, 2007, p. 179 ss.

47 Vedi G. H. TREITEL/E. PEEL, *The Law of Contract*, 12 ed., London, 2007, n. 21-019. Così anche la soluzione nell'art. 9:201 (2) lit. d PECL. Diversamente il DCFR, cfr. *infra* IV. 3. a).

48 Cfr. G. H. TREITEL, in *Chitty on Contracts*, 30 ed., London, 2008, n. 27-014. In caso di „commercially unique goods“ le Corti sono in grado di assegnare adempimento specifico, cfr. *Behnke v. Bede Shipping Co. Ltd.* [1927] 1 KB 649, 660 ss.,

Con questo il tribunale fa un esame complessivo, orientato alle conseguenze economiche di una condanna all'adempimento in natura. Si tiene soprattutto presente la possibilità di soddisfare il creditore con la condanna alla prestazione di risarcimento dei danni. Anche la considerazione estranea al diritto privato su quanto la condanna all'adempimento specifico sia uno spreco di risorse pubbliche viene apertamente inserita nella decisione discrezionale. Laddove la condanna a un adempimento in natura condurrebbe a un prolungamento artificiale di un rapporto contrattuale fallito, che provocherebbe nuove controversie processuali, il soddisfacimento dell'interesse alla prestazione si fronteggia con il preponderante interesse pubblico al risparmio di risorse giudiziarie e all'idea di pacificazione mediante il diritto (*Rechtsfrieden*).

3. Limiti all'obbligo della prestazione in natura

In un sistema come il *Common Law*, che vede l'adempimento in natura dell'obbligo contrattuale come un puro *remedy*, bisogna attribuire ai limiti dell'obbligo di prestazione un altro significato secondo natura rispetto al *Civil Law* continentale. Se l'adempimento in natura è impossibile, la condanna è da subito esclusa, si tratta quindi di un caso di applicazione del principio di adempimento pecuniario⁴⁹. Se la prestazione non è impossibile, e fosse per il debitore eccessivamente onerosa, non verrà regolarmente emanato nessun decreto dell'autorità giudiziaria sulla *specific performance*, poiché esso non porterebbe con sé una soluzione corretta del contratto alterato⁵⁰. Anche qui il creditore troverà soddisfacimento secondo le regole del risarcimento dei danni per equivalente.

Anche il *Common Law* conosce un equivalente alla regolamentazione dell'alterazione del fondamento negoziale: la dottrina di *frustration of contract*. Essa interviene solo se un avvenimento non

prevedibile⁵¹, al di fuori della sfera di competenza delle parti ha cambiato così profondamente le circostanze dell'espletamento del contratto che si tratta di una prestazione del tutto diversa da quella concordata per contratto⁵², e quindi il debitore può dire: „*It was not this that I promised to do.*“⁵³

La *frustration of contract* conduce a una rescissione del contratto, e quindi un adeguamento non è a discrezione del giudice. Tutto questo è coerente: se si considera fin da principio la mancanza dell'obbligo di adempimento in natura non sarebbe sensato adeguare l'obbligo di prestazione contrattuale. La *frustration of contract* trova la sua funzione essenziale quindi non nell'ambito dell'obbligo di prestazione contrattuale, poiché funge piuttosto come limitazione dell'obbligo di risarcimento dei danni del debitore.

4. Confronto con il diritto tedesco

Sia il diritto tedesco che quello inglese pongono al diritto di adempimento in natura del debitore un limite là dove questo potrebbe condurre a un onere eccessivo. Una differenza fondamentale consiste tuttavia nella dogmatica di questa limitazione del diritto: il diritto inglese, che concede il diritto all'adempimento in natura solo come *remedy*, effettua già qui un bilanciamento. In questo il tribunale deve includere nella decisione discrezionale non solo gli interessi delle parti, ma anche valutazioni di economia del processo. L'onere che risulta dall'adempimento in natura per il debitore è solo un fattore di bilanciamento, che tuttavia conduce regolarmente a eliminare il *remedy* della *specific performance*.

Nel diritto tedesco invece il bilanciamento nel § 275 (2) BGB viene fatto solo eccezionalmente. Le esigenze sono molte; solo nei casi di una disparità evidente interviene l'obiezione. Questo ordinamento simpatizza quindi con il creditore, mentre il diritto inglese tendenzialmente discolpa il debitore.

KBD (WRIGHT J.) (nel caso si trattava di una barca). Le esigenze sono comunque rigide, cfr. *Société des Industries Metallurgiques S.A. v. The Bronx Engineering Co. Ltd.* [1975] 1 *Lloyd's Rep.*, p. 465, 468 s., CA (LORD EDMUND DAVIES).

49 Cfr. *Forrer v. Nash*, 35 *Beav.* 167 = 55 *Eng. Rep.* 858 (1865); *Elliott & Elliott (Builders) Ltd. v. Pierson* [1948] *Ch.* 453; *Watts v. Spence* [1976] *Ch.* 165. Sullo sviluppo storico R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, p. 776 ss.

50 *Tito v. Waddell (No. 2)* [1977] *Ch.* 106, 326; *Handley Page Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise* [1970] 2 *Lloyd's Rep.* 459. Vedi invece *Mountford v. Scott* [1975] *Ch.* 258; *Howard E. Perry & Co. v. British Railways Board* [1980] 1 *WLR* 1375.

51 Cfr. G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, 2 ed., London, 2004, para. 13-011.

52 *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* [1956] A.C. 696 (HL); *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.* [1981] AC 675 (HL), 700 (LORD SIMON); G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., para. 2-044 ss. In sintesi K. ZWIGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., § 37 IV nonché S. A. SMITH, *Contract Theory*, cit., p. 371 ss.

53 Così LORD RADCLIFFE in *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* [1956] A.C. 696, 729; in senso analogo *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* [1964] 2 *QB* 226, 238 (LORD DENNING).



IV. Il sistema del Draft Common Frame of Reference

1. Il DCFR come espressione del diritto contrattuale europeo

Alla luce dei punti di partenza di *Civil Law* e *Common Law* un'armonizzazione del diritto contrattuale su base europea sembra possibile solo a costo di una delle due soluzioni. Il DCFR, come anche il suo strumento predecessore, i *Principles of European Contract Law* (PECL), tende tra l'altro lo scopo di unificare i sistemi di *Common Law* e *Civil Law*⁵⁴. Nell'ambito del diritto all'esatto adempimento questo sforzo ha condotto alla combinazione di due approcci in sé inconciliabili.

a) Significato accademico

Il DCFR contiene parti di disciplina che vanno molto oltre il diritto contrattuale e comprendono essenzialmente l'intero diritto patrimoniale⁵⁵. Esso si nutre di due fonti principali⁵⁶. Da un lato i PECL nella versione rielaborata e vastamente ampliata dallo *Study Group on a European Civil Code*⁵⁷ servono come base per il DCFR, dall'altro, come dimostrato dal lavoro dell'*Acquis Group*⁵⁸, si prende anche atto del diritto comunitario esistente⁵⁹. Nella sua versione definitiva, la cosiddetta *Full Edition*,

54 Per una prospettiva italiana cfr. p.e. B. PASA, *The DCFR, the ACQP and the Reactions of Italian Legal Scholars*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 227.

55 Cfr. H. EIDENMÜLLER/F. FAUST/H. C. GRIGOLEIT/N. JANSEN/G. WAGNER/R. ZIMMERMANN, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, in *Juristenzeitung*, 2008, p. 529; T. PFEIFFER, *Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU – Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 208 (2008), p. 227; W. ERNST, *Der „Common Frame of Reference“ aus juristischer Sicht*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 208 (2008), p. 248; F. GOMEZ, *The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 89; R. SCHULZE/T. WILHELMSSON, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 154; R. ZIMMERMANN, voce „Common Frame of Reference“, in *Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts*, a cura di J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, tomo I, Tübingen, 2009, p. 276 ss. nonché H. BEALE, *European Review of Contract Law*, 2007, p. 257.

56 Vedi H. EIDENMÜLLER e.a., *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, cit., p. 532 s.

57 Il sito web è <http://www.sgecc.net>.

58 Cfr. <http://www.acquis-group.org>.

59 Sul punto cfr. H. SCHULTE-NÖLKE, *Die Acquis Principles (ACQP) und der Gemeinsame Referenzrahmen. Zu den Voraussetzungen einer ertragreichen Diskussion des DCFR*, in *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, a cura di R. SCHULZE/C. VON BAR/H. SCHULTE-NÖLKE, Tübingen, 2009, p. 47.

che è uscita nell'ottobre 2009, il DCFR contiene commenti sullo stile dei PECL e notazioni di diritto comparato sulle singole disposizioni. Esso deve costituire secondo l'intenzione dei suoi autori la base per un possibile “CFR politico”⁶⁰, che serva, indipendentemente dalla modalità di trasformazione da parte degli organi della comunità, come autonomo modello di riferimento “accademico” (“CFR accademico”)⁶¹.

b) Il DCFR come base per un ordinamento europeo del diritto contrattuale?

Il fatto che la Commissione avesse incentivato i lavori al DCFR nell'ambito del Sesto Programma Quadro, ha significato molto per una rapida utilizzazione della legge modello nella creazione di uno strumento per il diritto contrattuale europeo. Negli anni successivi la Commissione sembrò tuttavia distaccarsi da questo progetto.

Dalla sua ultima relazione intermedia del 23 settembre 2005⁶², l'obiettivo di un futuro Codice di Diritto Contrattuale Europeo non ha comunque più trovato formulazione ufficiale⁶³. Il Libro verde “Revisione dell'acquis relativo ai consumatori”⁶⁴, presentato nel 2007, ha fatto pensare che sarebbe stata data priorità alla rielaborazione del diritto contrattuale già esistente. Conferma a questa tesi si ravvisa anche nel fatto che la Commissione, durante i lavori per una bozza di direttiva sui diritti dei consumatori⁶⁵, non ha palesemente tenuto presente in nessuna parte il DCFR, allora già noto⁶⁶.

60 C. VON BAR/E. CLIVE/H. SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, München, 2008, Introduction, n. 6, 60 ss.; C. VON BAR/E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, cit., Introduction, n. 6.

61 Sul punto C. VON BAR, *Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs*, in *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, a cura di M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2009, p. 23; R. SCHULZE, *Der DCFR – Funktionen, Methoden und Struktur*, in *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, cit., p. 1; H. SCHULTE-NÖLKE, *Contract Law or Law of Obligations? – The Draft Common Frame of Reference (DCFR) as a multifunctional tool*, in *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, a cura di R. SCHULZE, München, 2008, p. 47.

62 COM(2005) 456 definitivo.

63 Sullo sviluppo cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, voce „Europäisches Zivilgesetzbuch“, in *Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts*, cit., p. 553 s.

64 Libro verde *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori* del 8 febbraio 2007, COM(2006) 744 definitivo.

65 COM(2008) 614 definitivo.

66 B. JUD/C. WENDEHORST, *Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Position Paper*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)*, 2009, p. 68; M. SCHMIDT-KESSEL, *Die neue Richtlinie im Kontext der Rechtsharmonisie-*



Il progetto di una direttiva per i consumatori e soprattutto l'approccio perseguito di una piena armonizzazione si è però rivelato veramente troppo ambizioso. Consiglio e Parlamento Europeo hanno mostrato nelle loro prese di posizione sulla bozza poca simpatia per l'approccio della Commissione⁶⁷.

Nel Libro verde della Commissione „Opzioni strategiche in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese“⁶⁸ pubblicato il primo luglio 2010, si prende atto in tono piuttosto rassegnato che „due anni di intensi negoziati al Parlamento Europeo e al Consiglio hanno evidenziato i limiti di un approccio basato sulla completa armonizzazione“⁶⁹.

Conseguentemente, la Commissione si concentra ora con maggiore energia su delle alternative. L'attuale commissaria per la giustizia, diritti fondamentali e cittadinanza Viviane Reding ha annunciato per la prima metà del suo periodo di carica ulteriori passi in direzione di un Diritto Contrattuale Europeo⁷⁰. Il Quadro Comune di Riferimento deve essere completato ed entrare in vigore in forma di atto normativo⁷¹. Questo progetto sarà perseguito per lo meno con la stessa importanza dell'approvazione della direttiva sui consumatori in programma.

Che si tratti di una posizione ufficiale della Commissione, lo mostra la comunicazione „EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva“⁷², pubblicata nell'aprile 2010, in cui la Commissione annuncia che parallelamente all'armonizzazione delle regole per i consumatori, aspira anche a fare „progressi verso una legge europea facoltativa in materia di contratti“⁷³.

lung in Europa, in Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, a cura di B. JUD/C. WENDEHORST, Wien, 2009, p. 21, 38 s.

67 Sul punto M. STÜRNER, *Das Konzept der Vollharmonisierung – eine Einführung*, in *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, a cura di M. STÜRNER, München, 2010, p. 3 con ulteriori riferimenti.

68 COM(2010) 348 definitivo.

69 COM(2010) 348 definitivo, p. 6.

70 Cfr. V. REDING, SPEECH/10/91 (15 marzo 2010).

71 V. REDING, CM\800797EN.doc, PE431.139v02-00, p. 7: „I want to make substantial progress in the work towards a European contract law [...]. I therefore intend to complete – with the help of academic expertise from across Europe – the work on the common frame of reference in the course of 2010, and to include it thereafter into a well-publicised legal instrument.“

72 COM(2010) 2020 definitivo.

73 COM(2010) 2020 definitivo, p. 23 s.: „Per eliminare le strozzature esistenti nel mercato unico, la Commissione proporrà misure volte a: [...] agevolare e rendere meno onerosa per imprese e consumatori la conclusione di contratti con partner di altri paesi dell'UE, segnatamente offrendo soluzioni armonizzate per i contratti stipulati con i consumatori, introducendo clau-

Che alla loro conclusione ci sia uno strumento opzionale, fa allusione la designazione di un gruppo competente di esperti attraverso una delibera della Commissione del 26 aprile 2010⁷⁴, il cui compito è quello di sostenere la Commissione nell'elaborazione di un Quadro Comune di Riferimento nell'ambito del diritto contrattuale europeo, e questo significa espressamente sia i rapporti di consumo sia i rapporti tra imprese⁷⁵. Il gruppo di esperti⁷⁶ deve aver concluso i lavori fino al maggio del 2011.

C'è da aspettarsi che il ruolo del DCFR come „toolbox“ (scatola degli arnesi) venga qui preso alla lettera, cioè che da qui parti consistenti vengano trasferite nello Strumento Opzionale. Il suo significato come „ventottesimo regime“ è quindi di massima importanza per il futuro sviluppo del diritto contrattuale europeo.

2. La relazione tra adempimento in natura e il concetto di *remedy*

a) Il carattere di regola del diritto all'adempimento specifico

Il DCFR, collegandosi ai PECL, si dichiara a favore del principio dell'adempimento specifico, seguendo quindi qui la soluzione del *Civil Law*⁷⁷: l'art. III.-3:302 (1) DCFR⁷⁸ riconosce al creditore un diritto all'imposizione di una obbligazione non indirizzata a una prestazione in denaro. Secondo l'art. III.-1:110 (1) DCFR questo vale espressamente anche nel caso in cui l'adempimento è divenuto più oneroso per il debitore perché i costi di adempimento dalla stipulazione del contratto si sono alzati o il valore della controprestazione è diminuito⁷⁹.

b) Lo sviluppo del diritto all'adempimento specifico come semplice *remedy*

Tuttavia il DCFR, ancora una volta collegandosi ai PECL, segue in questo il concetto di *remedy*, come il diritto azionabile a un adempimento in natura

sole contrattuali tipo a livello di UE e facendo progressi verso una legge europea facoltativa in materia di contratti.“

74 Decisione della Commissione del 26 aprile 2010 che istituisce il gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti (2010/233/EU).

75 Art. 2 della decisione 2010/233/EU.

76 Per l'Italia viene nominata il prof. ANNA VENEZIANO dell'Università di Teramo.

77 Cfr. sul punto G. DE VRIES, *Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil- and Common-Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR?*, in *European Review of Private Law*, 2009, p. 581.

78 In tal senso art. 9:102 (1) PECL.

79 Vedi commento A all'art. III.-1:110 DCFR.





non risulta dalla stipulazione del contratto e quindi dalla natura della stessa obbligazione, bensì sono collegati ai requisiti disciplinati nell'art. III.-3:101 (1) DCFR⁸⁰ del non adempimento del vincolo e del mancato esonero di responsabilità⁸¹. Inoltre, vanno aggiunti i requisiti speciali dell'art. III.-3:301 oppure III.-3:302 DCFR, a seconda che si tratti di richieste in denaro o di altro tipo.

Un esonero di responsabilità (*excuse*) è quindi dato se la mancata prestazione è da collegarsi a un ostacolo che si trova al di fuori della sfera di influenza del debitore (art. III.-3:104 (1) DCFR). Con questo il DCFR assume per analogia la nota regola di forza maggiore stabilita dall'art. 79 (1) della Convenzione di Vienna sui Contratti di Compravendita Internazionale di Mercè. Il debitore viene quindi esonerato dal risarcimento danni che spettano al creditore in caso in cui la mancata prestazione dipenda da una causa di forza maggiore⁸².

Strutturalmente il DCFR ha quindi assunto l'approccio del *Common Law*. Questa soluzione privilegia il debitore: infatti, il creditore che non vuole imporre un adempimento in natura deve specificare e dimostrare, oltre alla stipulazione del contratto, anche i fatti costitutivi del diritto relativi al mancato adempimento del vincolo e l'assenza di una causa di esonero (*excuse*). Visto che in questo caso si tratta di fatti negativi, ciò alleggerisce il creditore in causa solo parzialmente.

3. Limiti dell'obbligo di prestazione

Anche i limiti dell'obbligo di prestazione in natura sono disciplinati come caratteristiche negative nella situazione di fatto secondo l'art. III.-3:302 (3) DCFR. Essi riguardano l'impossibilità legale o fisica, l'aggravio della prestazione e l'inesigibilità di una personale erogazione della prestazione. I presupposti relativi ai fatti sono disciplinati in modo generale e astratto. A differenza del *Common Law* in questo caso il giudice non prende quindi nessuna decisione discrezionale.

a) Rifiuto dell'adempimento specifico per via di un onere eccessivo

Secondo l'art. III.-3:302 (3) lit. b DCFR l'adempimento specifico è escluso nel caso in cui

esso sia causa di sforzi o costi troppo elevati. Tuttavia il DCFR, a differenza del diritto tedesco, non fornisce precise indicazioni in proposito su quando la prestazione in natura sia „*unreasonably burdensome or expensive*“. In particolare, nella norma non è previsto alcun adeguamento dell'onere del debitore all'interesse del creditore alla prestazione.

La valenza dell'*unreasonably* dipende dai vari contesti normativi e dalle varie valutazioni di base possibilmente in contrasto tra loro che chi applica il diritto porta a un compromesso nel caso concreto⁸³. Ciò avviene di conseguenza, poiché in Europa non è riconoscibile un concetto unitario di „*reasonable-ness*“, e per esso in tedesco nemmeno esiste una traduzione omogenea.

Questo è evidente soprattutto nella Convenzione di Vienna. Nella (non ufficiale) traduzione tedesca il concetto *reasonable* viene talvolta reso con *vernünftig* (ragionevole), talvolta con *angemessen* (adeguato), *zumutbar* (esigibile), *verhältnismäßig* (proporzionato), o anche con *ungebührlich* (eccessivo)⁸⁴. Questo è avvenuto a seguito di un'attenta riflessione per poter presentare al fruitore tedesco del diritto un insieme di concetti familiari, oppure si è persa l'occasione di introdurre un nuovo concetto di ordinamento? Nel contesto che qui ci interessa l'espressione *reasonableness* serve a valutare, in quanto terza parte neutrale, questioni di equilibrio contrattuale⁸⁵.

Le interpretazioni dell'art. III.-3:302 DCFR escludono espressamente di tener conto della questione se prestazione e controprestazione siano adeguate, se le parti abbiano fatto un affare vantaggioso o svantaggioso⁸⁶. Dall'esempio fornito in quella sede, che riguarda uno yacht affondato mentre veniva trasportato per essere consegnato all'acquirente, si evince che da parte del debitore devono essere preventivate le spese supplementari di impedimento alla prestazione necessarie per l'adempimento del contratto. In questo esempio esse superano quaranta

83 In tal senso espressamente C. VON BAR/E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, cit., Introduction, n. 22.

84 Vgl. J. SCHMIDT, *Zur „reasonable person“ in einem zukünftigen europäischen Privatrecht*, in *Festschrift für Bernhard Großfeld*, a cura di U. HÜBNER/W. F. EBKE, Heidelberg, 1999, p. 1017, 1027. Criticamente S. TROIANO, *Das Konzept der „Reasonableness“ als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystems*, in *New Features in Contract Law*, a cura di R. SCHULZE, München, 2007, p. 375, 377.

85 Cfr. S. TROIANO, *Das Konzept der „Reasonableness*, cit., p. 398 s., 410 ss. Sulla nozione di ragionevolezza ampiamente S. TROIANO, *La „ragionevolezza“ nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

86 Cfr. commento F dell'art. III.-3:302 DCFR.

80 In tal senso anche art. 8:101 (1) PECL.

81 Ugualmente nell'art. 9:101 nonché 9:102 PECL il diritto all'esatto adempimento viene designata come rimedio (*remedy*). Criticamente sul concetto M.-P. WELLER, *Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich*, in *Juristenzeitung*, 2008, p. 764.

82 Cfr. nota I.1. all'art. III.-3:104 DCFR nonché H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, cit., p. 336 ss.

volte il valore dello yacht; l'esecuzione del contratto può quindi venire rifiutata.

Già qui è evidente che l'interesse del creditore all'adempimento in natura non è di importanza decisiva, ove invece l'onere deve essere primariamente accollato al debitore. Tuttavia, il mancato interesse del creditore alla prestazione in natura ha una importanza decisiva se si insiste sulla sua erogazione in modo particolarmente vessatorio⁸⁷.

I PECL avevano escluso il diritto all'adempimento in natura se il creditore „può conseguire la prestazione in altra opportuna maniera“⁸⁸. Il DCFR ha ripreso questa limitazione del diritto di adempimento, estranea a un punto di vista continentale, solo in una forma attenuata (art. III.-3:302 (5) DCFR): qualora il creditore insista in modo irragionevole („*unreasonably*“) sul diritto di prestazione, nonostante gli sia possibile senza considerevoli sforzi e costi („*without significant effort or expense*“) un'adeguata operazione sostitutiva („*reasonable substitute transaction*“), esso non può pretendere il risarcimento dei danni.

Nel caso di inadempimento contrattuale il creditore avrà quindi un grande interesse, se sia possibile un'operazione sostitutiva, a uscire dal contratto prima di richiedere l'adempimento e ad avanzare una pretesa di risarcimento dei danni⁸⁹. Ne risulta, così, ancora una volta, un avvicinamento alla soluzione di *Common Law*.

b) Mutamento delle circostanze essenziali del contratto

Oltre alla citata eccezione del diritto all'adempimento in natura, il DCFR contiene nell'art. III.-1:110 DCFR una disposizione per l'adeguamento del contratto, nel caso in cui l'adempimento dell'obbligo contrattuale sia diventato, a causa di un successivo mutamento delle circostanze, per il debitore così oneroso che sarebbe palesemente ingiusto (*manifestly unjust*) costringerlo all'adempimento⁹⁰.

Singolare è nella fattispecie il parallelo con l'aggravio della prestazione: in entrambi i casi dipende dal fatto se l'erogazione della prestazione sia

diventata per il debitore eccessivamente onerosa. Prendendo in considerazione conseguenze giuridiche diverse (da un lato l'esclusione dell'obbligo di prestazione, dall'altro l'adeguamento del contratto), si pone qui la questione della limitazione di entrambe le circostanze.

Potrebbe essere ovvio concludere che le circostanze dell'adeguamento del contratto sono improduttive nel caso di alterazione del fondamento negoziale, visto che ogni cambiamento delle condizioni qui registrato conduce simultaneamente alla scusa del non influenzabile impedimento alla prestazione, che secondo l'art. III.-3:104 DCFR esclude ancora una volta l'obbligo di prestazione in natura e il diritto al risarcimento dei danni⁹¹.

Ma che non possa essere così, lo si desume dai commenti degli autori di una precedente disposizione dei PECL⁹². In questi viene postulata una priorità dei regolamenti in proposito all'alterazione del fondamento negoziale rispetto all'aggravio della prestazione. In caso di un successivo mutamento delle circostanze essenziali di contratto, il debitore quindi non viene esonerato *eo ipso* dal suo obbligo di prestazione e risarcimento danni. Solo nel caso in cui i presupposti dell'alterazione del fondamento negoziale non vengano dati, allora per il debitore è in questione l'esonero dalla prestazione per via di un impedimento alla prestazione⁹³.

V. Conclusioni.

In tutti gli ordinamenti giuridici esaminati si può riconoscere che il debitore non può essere costretto in ogni caso all'adempimento in natura, se questo è impossibile o siano richiesti al debitore sforzi enormi. Tuttavia i punti di partenza sono molto differenziati. Gli ordinamenti continentali si basano sull'assunzione che l'obbligo di adempimento del debitore risulti dalla stessa obbligazione. Diversa è la soluzione del *Common Law*: qui l'adempimento in natura è un'eccezione che necessita di motivazioni, non è parte dell'obbligazione, ma un *remedy*, un rimedio. In questo risiede una significativa differenza strutturale⁹⁴.

87 L'art. III.-1:103 DCFR contiene un'obbligo di buona fede delle parti.

88 Art. 9:102 (2) lit. d PECL.

89 In senso critico U. HUBER, *Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 708, 722; M. VAN KOGELNBERG, *Article III.3:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-monetary Obligations: An Improvement – Albeit Imperfect – Compared with Article 9:102 PECL*, in *European Review of Private Law*, 2009, p. 599, 616 s.

90 Sul punto A. B. MIKELSEN/K. LILLEHOLT, *The DCFR Rules on Unexpected Difficulties in Performance*, in *European Review of Private Law*, 2009, p. 573.

91 In tal senso M.-P. WELLER, *Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR*, cit., p. 772.

92 Cfr. commento F all'art. 9:102 PECL. In tal senso anche U. HUBER, *Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht*, cit., p. 736.

93 Cfr. A. B. MIKELSEN/K. LILLEHOLT, *The DCFR Rules on Unexpected Difficulties in Performance*, cit., p. 577, chi sono dell'opinione (senza spiegazione) che questa precedenza non vale più nel DCFR.

94 Diffusamente e criticamente sul punto M.-P. WELLER, *Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR*, cit., p. 764.



I redattori del DCFR, come i redattori dei PECL, hanno tentato di trovare un compromesso tra i due approcci, considerando l'adempimento in natura diversamente dal diritto inglese come la regola e non come l'eccezione. Ciononostante entrambi i regolamenti attuano strutturalmente il concetto di *remedy*, che collega il diritto a un adempimento in natura non alla nascita dell'obbligazione, bensì a un mancato adempimento imputabile al debitore. L'approccio *remedy* separa lo sviluppo dell'obbligazione dai diritti da essa risultanti. La violazione del contratto che può consistere nel mancato adempimento porta il diritto a un adempimento in natura come a uno dei possibili rimedi. Questo approccio privilegia il debitore, poiché al creditore non è più sufficiente la prova della stipulazione del contratto come affermazione dell'adempimento in natura.

Lodevole è l'impegno dei redattori del DCFR di fare, con il massimo grado di trasparenza, un elenco dei diritti del creditore. È centrale il concetto della *non-performance*, quindi mancata prestazione (art. III.-3:101 (1) DCFR). Se questa non è scusata, sono a disposizione del creditore una serie di rimedi (*remedies*). La richiesta della prestazione promessa nel contratto (*performance*) è tuttavia solo uno di questi rimedi, anche se il più importante.

Il futuro diritto contrattuale europeo dovrebbe però concedere al principio *pacta sunt servanda* la più alta importanza, anche se questo è possibile solo con la rinuncia del concetto di *remedy* preso a prestito del *Common Law*. A questo dovrebbe accompagnarsi una più precisa standardizzazione dell'eccessivo aggravio della prestazione; dovrebbe inoltre essere chiarito che il debitore ha l'obbligo di allegare prove dei presupposti. Un regolamento contrattuale europeo ha necessariamente un carattere di compromesso. Questo tuttavia non dovrebbe avvenire a spese dell'attuabilità del diritto all'esatto adempimento.