

„La modernizzazione del diritto delle obbligazioni del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB – Codice civile tedesco) sulla base della Legge del 2001 sulla riforma del diritto delle obbligazioni (*Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz*)”

Prof. Dr. Ursula Stein

Lezioni fiorentine 10/11/12 aprile 2017

Technische Universität Dresden, Rechtswissenschaft

Deutsch-Italienisches Institut für Rechtskulturvergleich in Europa



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE
DSG
DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE



**TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
DRESDEN**

Indice

Parte A - La necessità della riforma del BGB e il progetto di riforma	4
<i>I. Storia e struttura del BGB</i>	4
1. La storia del BGB in breve	4
2. La struttura del BGB	5
<i>II. Difetti della concezione originaria</i>	7
<i>III. La storia della riforma in breve</i>	9
<i>IV. Le quattro principali materie di riforma della Legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2001</i>	10
Parte B - L'inserimento nel BGB di istituti giuridici finora extra codicem e delle leggi di attuazione delle Direttive europee per la tutela dei consumatori	12
<i>I. La codificazione di diritto giurisprudenziale</i>	12
1. Culpa in contrahendo – responsabilità pre-contrattuale	12
2. Alterazione del fondamento negoziale	14
3. Responsabilità per violazione di un qualsiasi dovere in un rapporto obbligatorio – "Positive Forderungsverletzung"	16
<i>II. Leggi di attuazione delle Direttive europee per la tutela dei consumatori</i>	20
Parte C - La "ristrutturazione" completa del Diritto della prescrizione	22
<i>I. La confusione nelle norme sulla prescrizione a causa di una prima scelta erronea del legislatore storico</i>	22
<i>II. L'inadeguatezza delle regole sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione, a causa di una seconda scelta erronea del legislatore storico</i>	23
<i>III. La riforma della disciplina della prescrizione</i>	23
1. Riduzione della prescrizione ordinaria da 30 a 3 anni (§ 195 BGB)	23
2. Modificazione dell'inizio del corso della prescrizione (§ 199 BGB)	24
3. Le eccezioni alla prescrizione ordinaria (§§ 196, 197 BGB)	24
4. L'abolizione del divieto di prolungare il corso della prescrizione (§ 202 BGB)	25
5. La sostituzione delle precedenti norme sulla sospensione e interruzione della prescrizione con un sistema più logico e adeguato.	25

Parte D - Alcuni cambiamenti rilevanti nel nuovo Diritto delle obbligazioni in generale e nelle discipline dell'inadempimento e del risarcimento in particolare	27
<i>I. La rinuncia al requisito della colpa</i>	27
1. Liberazione del debitore a causa dell'impossibilità della prestazione anche senza colpa	28
2. L'irrelevanza della questione della colpa del debitore per il diritto del creditore al recesso dal contratto	28
<i>II. Il diritto del debitore di una seconda offerta ed i suoi limiti</i>	29
<i>III. Libera scelta da parte del creditore tra i rimedi nel caso di inadempimento</i>	30
<i>IV. Risarcimento unitamente al recesso</i>	31
<i>V. La modernizzazione della disciplina del risarcimento</i>	31
Parte E - La riforma fondamentale della disciplina della vendita: armonizzazione con il nuovo sistema della parte generale del Diritto delle obbligazioni e adeguamento ai requisiti della Direttiva europea sulla vendita dei beni di consumo	34
<i>I. Introduzione</i>	34
<i>II. I maggiori difetti del Diritto della vendita originario prima della riforma</i>	36
1. Il principio del "tutto o niente" in caso di non-conformità al contratto della cosa venduta	36
2. La disciplina di garanzia di stampo romano nel contratto di vendita: insufficienze, contraddittorietà e lacune	36
3. Gli "interventi" della giurisprudenza come fonte di nuove incertezze e contraddizioni	38
<i>III. La riforma</i>	39
1. La Direttiva europea sulla vendita dei beni di consumo come modello di una codificazione moderna del Diritto della vendita	40
2. La sostituzione del Diritto della vendita del BGB con la Direttiva europea sulla vendita dei beni di consumo	40
3. L'attuazione della direttiva dal punto di vista tecnico-sistematico	41
<i>IV. I risultati della riforma del Diritto della vendita</i>	42
1. L'eliminazione dei maggiori difetti del Diritto della vendita	42
2. I risultati dell'armonizzazione della nuova disciplina della vendita con la parte generale del Diritto delle obbligazioni	44

Parte A - La necessità della riforma del BGB e il progetto di riforma

I. Storia e struttura del BGB

1. La storia del BGB in breve

Il Codice civile tedesco è entrato in vigore il 1° gennaio 1900. Era il primo Codice civile valido per tutta la Germania e ha posto fine alla frantumazione del diritto civile tra dozzine di stati, regni, principati, ducati, arciducati, contee e comuni indipendenti stanziati sul territorio tedesco.

L'unico Codice che già presentava un ambito di applicazione in tutto il regno tedesco era il Codice Generale del Commercio, per motivi ovvi: Il commercio, non essendo limitato entro i confini di un'entità territoriale, necessita di regole uniformi che coprano possibilmente tutto il continente.

Questa frantumazione del diritto civile era basata prevalentemente sull'applicazione di norme di diritto consuetudinario di origine germanica, purtroppo mai codificate e divergenti in ogni unità territoriale. C'era la possibilità infatti che queste risultassero essere diverse anche ogni 20 km entrando in un altro territorio.

Le uniche norme di diritto civile di applicazione generale su tutto il territorio della Germania erano le regole e le istituzioni del diritto romano, il *corpus iuris civilis*, recepito, modernizzato e adattato ai bisogni dell'epoca. Il *corpus iuris civilis* romano, cosiddetto "diritto comune", si applicava però solo in modo sussidiario e residuale; avevano infatti la priorità le norme consuetudinarie di origine germanica appena menzionate. Il diritto comune ha così contribuito a mitigare almeno in parte la frantumazione del diritto civile sul territorio germanico.

Per porre fine a questo status di quasi totale incertezza giuridica, alcuni tra gli stati più estesi sul territorio tedesco, come la Prussia, la Baviera, la Sassonia e altri, avevano uniformato durante il Sette- e Ottocento il diritto civile nel proprio territorio. Tuttavia ogni Stato aveva emanato un proprio codice, diverso dagli altri e valido limitatamente entro i propri confini.

Così è nata, dopo l'unificazione del regno tedesco nel 1871, la convinzione che fosse necessario creare un codice civile uniforme per tutto il regno. Tramite una riforma della Costituzione nel 1873, la competenza legislativa in materia di diritto civile è stata trasferita dai singoli stati membri al parlamento del Regno unificato. Infine, dopo più di vent'anni di lavori preparatori, è nato nel 1900 un codice civile modello non solo per la Germania, ma anche per tanti altri paesi del mondo, come la Svizzera, la Turchia o il Giappone.

2. La struttura del BGB

La struttura del BGB è frutto della pandettistica che in Germania dominava la scienza civilistica del novecento. La pandettistica, come scienza storica del diritto, estraeva dalle fonti del *case law* romano, appunto dalle pandette, le regole ed i principi astratti sottostanti e li ordinava creando in tal modo un sistema con un ordine intrinseco, in sé logico, conseguente e armonioso.

La pandettistica distingueva, nel diritto civile, quattro discipline diverse: il diritto delle obbligazioni (*Schuldrecht*), il diritto delle cose (*Sachenrecht*), il diritto di famiglia (*Familienrecht*) e il diritto delle successioni (*Erbrecht*). Il BGB del 1900 segue fedelmente questa struttura mettendo a capo del codice, come parte generale, come usava fare la pandettistica, un primo libro destinato a raccogliere, oltre alle definizioni di nozioni e concetti giuridici, le regole ed i principi generali del diritto civile. Questi principi erano validi per gli altri quattro libri del codice civile e per tutte le altre materie civilistiche regolate in altre leggi.

Diversamente dalla più antica tradizione del sistema delle istituzioni, il BGB tedesco dunque non distingue tra le due grandi materie diritto delle persone e diritto delle cose, come invece avviene ad esempio per i codici civili francese, italiano o austriaco. Il BGB, a sua volta, è composto da cinque libri nell'ordine indicato prima: parte generale, poi libro delle obbligazioni, terzo libro diritto delle cose e poi, quarto e quinto libro, diritto di famiglia e diritto delle successioni.

Ora mi chiederete in quale libro, allora, si trovano, ad esempio, le norme di diritto commerciale, delle società, del mercato dei capitali, del lavoro e così via. Se fossimo nell'ottocento, direi che potreste trovare quelle norme nel codice

commerciale. In realtà, la codificazione del 1900, in un primo momento, ha rigidamente separato le materie commerciali da quelle civilistiche privando il codice commerciale preesistente di tutte le sue norme di diritto civile e distruggendo in tal modo la sua compattezza sistematica. È rimasta nel codice commerciale una collezione di regole residuali applicabili soltanto nel traffico commerciale.

In un secondo momento sono state create leggi separate riguardanti tutte le materie commerciali “moderne” per le quali mancava un modello di diritto romano, ad esempio leggi sulla S.r.l., sulla S.p.a., sulla disciplina di lavoro, del mercato dei capitali, sulla concorrenza e così via. Questa concentrazione del diritto civile e la sua separazione da tutte le materie commerciali ampiamente intese è una particolarità del BGB, che lo distingue notevolmente dal Codice civile italiano, il quale invece include le classiche discipline commerciali.

Per comprendere le ragioni e il processo della grande riforma del 2001 è necessario che aggiunga un’ultima informazione riguardante la struttura del secondo libro del BGB sulle obbligazioni. Esso si divide in due parti, una parte generale e una parte speciale. La parte speciale, a sua volta, contiene due discipline. Da un lato, le norme sui singoli contratti come la vendita, il contratto di servizio, di locazione e così via; dall’altro lato, le norme sugli istituti giuridici extra-contrattuali come ad esempio il pagamento dell’indebitato e l’arricchimento senza causa, i fatti illeciti, la responsabilità in solido. La parte generale del Libro delle obbligazioni è nuovamente sede delle norme valide per tutti gli istituti giuridici della parte speciale, siano obbligazioni contrattuali o extra-contrattuali oppure, come si chiamano nella terminologia giuridica tedesca, “obbligazioni legali”.

E qui siamo arrivati a un punto delicato della codificazione del 1900: è una vera sfida creare praticamente dal nulla, senza un modello storico, una parte generale del diritto delle obbligazioni valida per tutte le obbligazioni, siano contrattuali o meno, che hanno le loro fonti parzialmente sia nel diritto romano, sia nella tradizione germanica. Nonostante le grandi difficoltà che un tale progetto incorre, il legislatore del 1900 ci ha provato. I risultati, tuttavia, bisogna ammetterlo, non sono stati sempre dei migliori. Lo vedremo subito dopo quando vi presenterò i difetti della concezione originaria.

II. Difetti della concezione originaria

Sin dagli anni 70 del secolo scorso la stragrande maggioranza dei giuristi tedeschi è stata del parere che la disciplina della prescrizione e il diritto delle obbligazioni non fossero più all'altezza dello sviluppo della società, dell'economia e della tecnica e avessero bisogno di una riforma profonda.

I molteplici difetti delle norme sulla prescrizione erano ben noti: la prescrizione regolare di trent'anni era un anacronismo, come lo era anche l'interruzione della prescrizione e il suo nuovo inizio tutte le volte che si realizzava un impedimento alla sua decorrenza.

I difetti del diritto delle obbligazioni erano altrettanto ben noti. Al centro della critica alle norme obsolete stava la disciplina dell'inadempimento di un obbligo. Una famosa critica sosteneva al riguardo: ciò che è scritto nel BGB sulla disciplina dell'inadempimento in gran parte non è più vigente, mentre ciò che è vigente non è scritto nel BGB¹. È stata la giurisprudenza a correggere tramite l'interpretazione delle rispettive norme le discrepanze più gravi e parzialmente assurde conseguente all'applicazione delle stesse.

Un altro punto fonte di critica era il fatto che il legislatore storico avesse messo al centro della disciplina dell'inadempimento l'impossibilità della prestazione con le sue addirittura 32 (!) varianti, che invece aveva un'incidenza pratica decisamente minima. Più spesso si verificano invece violazioni di obblighi di altri tipi come, ad esempio, il ritardo della prestazione, difetti di qualità o di fornitura di cose o errori di quantità, cioè inesattezze della prestazione da un lato, o casi di violazione dei doveri di protezione affiancanti l'obbligo di prestazione dall'altro. Previsto e regolato dal codice in modo generico accanto all'impossibilità, era soltanto il caso del ritardo della prestazione, mentre gli altri possibili difetti o inesattezze della prestazione sono stati tematizzati, come vedremo dopo, soltanto nell'ambito dei singoli contratti, ma non come disciplina generale. Mancava inoltre una norma che, nel caso di violazione di un qualsiasi obbligo verso il contraente, avrebbe potuto servire come base generale del risarcimento per il danno arrecatogli. Un tale istituto, non essendo previsto dal BGB

¹ Wolf AcP 182, 86.

nel diritto delle obbligazioni, doveva per forza essere sviluppato creativamente *extra codicem* dalla giurisprudenza.

La famosa critica citata in precedenza, che lamentava la realtà del diritto non all'interno ma all'esterno del codice civile, potrebbe anche riferirsi ad altre discipline della parte generale del diritto delle obbligazioni nel BGB, in quanto la giurisprudenza ha dovuto colmare numerose lacune lasciate dal legislatore storico. Mancavano infatti nel diritto romano concetti adeguati alla nuova realtà giuridica e mancava il coraggio del legislatore di liberarsi degli istituti ormai obsoleti e di creare qualcosa di nuovo. A volte, come in questo caso, il momento semplicemente non era ancora quello giusto.

Per concludere questa breve sintesi dei maggiori difetti dello storico codice civile tedesco diamo un'occhiata al diritto della vendita e dell'appalto. La disciplina delle garanzie rispetto ai vizi della prestazione, per quei due tipi di contratti, si basava su modelli di diritto romano di una sistematica autonoma rispetto a quella dell'inadempimento che si trova nella parte generale del libro delle obbligazioni. Di conseguenza, la disciplina delle garanzie era regolata nella sua parte speciale, tra le norme specifiche per i due tipi di contratti.

Questa decisione del legislatore storico ha posto tre problemi: primo, le discipline delle garanzie di origine romana già di per sé non erano più all'altezza dei bisogni del traffico giuridico moderno.

Secondo, essendo la loro sistematica decisamente diversa dalle regole generali sull'inadempimento della prestazione, sarebbe stato necessario che il legislatore storico avesse effettuato un'armonizzazione fra le due discipline, la quale però non è avvenuta. Le due discipline sono, al contrario, rimaste fisse come due blocchi di regole autonomi quasi senza punti di convergenza. La relazione fra le due materie quindi era tutt'altro che chiara, il che rendeva difficile l'applicazione delle norme al caso concreto e chiedeva al giudice uno sforzo interpretativo al di sopra dell'usuale.

Terzo, l'affiancamento delle due discipline senza un legame sistematico come tetto comune tra le stesse ha necessariamente portato, nell'applicazione delle rispettive norme al caso concreto, al presentarsi di grosse lacune tra l'una e l'altra disciplina, le quali sono dovute essere colmate, in mancanza di principi comuni alle due discipline, dal giudice in via autonoma.

Come risultato del nostro esame della relazione tra la parte generale e quella speciale del diritto delle obbligazioni nel BGB possiamo constatare anche qui che il diritto creato dalla giurisprudenza *extra codicem* rispecchiava più fedelmente la realtà giuridica di quanto non lo facesse il Codice stesso.

III. La storia della riforma in breve

Il bisogno di una riforma profonda dei concetti arretrati del BGB era fortemente sentito già negli anni 70 del secolo scorso. Anche il Ministero Federale della Giustizia era convinto della necessità di ripulire il BGB dalle norme e discipline obsolete e di reintegrare le norme e gli istituti *extra codicem*, in modo da restituire al codice civile la sua nobile funzione di dare un'immagine fedele del diritto civile in vigore a chi lo apriva per trovarvi consiglio. Così il Ministero incaricò 24 professori di diritto civile di produrre delle proposte per una modernizzazione del BGB; le relative perizie per la riforma sono state pubblicate all'inizio degli anni 80. Sulla base di queste ultime, una commissione per la riforma del diritto delle obbligazioni, sempre nominata dal Ministero Federale della Giustizia, aveva il compito di elaborare fino all'inizio degli anni 90 proposte di riforme in materia di disciplina generale dei vizi dell'adempimento, di disciplina delle garanzie nei contratti di vendita e d'appalto e di diritto della prescrizione. Le proposte della commissione si basavano in gran parte sulla Convenzione dell'ONU sulla vendita internazionale di beni². La relazione finale dei lavori della Commissione di riforma venne approvata con grande maggioranza dal 60. Deutschen Juristentag³. Nonostante la necessità urgente di una tale riforma, la situazione politica, in fin dei conti, rendeva impossibile la sua realizzazione e così il progetto venne congelato.

² Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni (1980).

³ Der Deutsche Juristentag è un ONLUS. Ogni due anni organizza il maggiore convegno di politica di diritto in Europa. Il convegno biennale serve a discutere sviluppi attuali del diritto e tematiche di riforma. L'incontro tra 3.000 giuristi all'incirca è destinato a dare occasione a un cambio di opinioni tra rappresentanti di professioni giuridiche differenti e ad elaborare proposte per la modernizzazione del diritto in materie diverse, ognuna preparata alla discussione e al voto da parte di un relatore principale e più relatori commentatori.

Una nuova spinta alla riattivazione del processo di riforma venne poi dal legislatore europeo. Erano da attuare, entro il 2002, tre direttive europee che richiedevano cambiamenti profondi nel diritto delle obbligazioni: la Direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo; la Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

La ministra della giustizia di quell'epoca era assolutamente decisa a cogliere l'occasione, offertasi con la necessità di trasformare in diritto nazionale tre direttive alla volta, per realizzare la grande riforma rimasta in standby sin dagli anni 90. E alla fine ce l'ha fatta. Contro una forte opposizione, che voleva che il legislatore si limitasse a una piccola riforma volta a recepire soltanto le tre Direttive senza intervenire sul sistema del diritto delle obbligazioni esistente, la ministra riuscì a realizzare finalmente un progetto di riforma radicale di gran parte del diritto delle obbligazioni nel BGB. Tale intervento capovolse completamente il sistema preesistente e lo sostituì con soluzioni più moderne e concordanti allo sviluppo del diritto civile a livello internazionale, europeo e di altri Stati membri dell'Unione europea.

IV. Le quattro principali materie di riforma della Legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2001⁴

La riforma del 2001, in vigore dal 1 gennaio del 2002, ha modificato, solo nel BGB, più di 200 paragrafi, abolendo nelle materie in questione una sistemica non ben riuscita e ormai inadatta a risolvere i problemi giuridici di oggi e sostituendola con una dogmatica più semplice e in sé più logica. È stata la riforma più incisiva avvenuta per gli allora 100 anni di esistenza del Codice.

La Legge di riforma si chiama ufficialmente “per la modernizzazione del Diritto delle obbligazioni”, ma in realtà interviene anche molto oltre. La disciplina della prescrizione, ad esempio, non fa nemmeno parte del diritto delle obbligazioni; è regolata invece, in quanto valida per tutte le pretese di diritto civile anche all'esterno del BGB, nella parte generale nel primo libro del BGB. Come conseguenza alla riforma sistemica del Diritto delle obbligazioni dovevano essere modificate e adattate alla nuova dogmatica innumerevoli paragrafi in altre parti del BGB e in centinaia di altre leggi. Il legislatore

⁴ L. 26 novembre 2001, Bundesgesetzblatt I, p. 3138.

ha approfittato dell'occasione della riforma anche per eliminare dal BGB alcuni anacronismi ed abolire un paio di norme superflue alle esigenze odierne, aggiungendo anche nuove norme relative al risarcimento del danno. Era diventato necessario infatti far fronte all'aumentato rischio di subire danni morali a seguito delle nuove incidenze tecnologiche e dei mass media.

A parte gli aspetti appena presentati, la modernizzazione del BGB riguarda, in linea di massima, quattro campi diversi. Come vedete nella scaletta che avete davanti, il primo campo di intervento della riforma è l'inserimento nel BGB di materie che fanno parte del diritto civile in senso stretto, ma che si trovavano, per vari motivi, all'esterno del BGB. Si tratta, da un lato, della reintegrazione nel BGB di istituti giuridici *extra codicem*, sviluppati dalla giurisprudenza in mancanza di norme idonee all'interno del BGB; dall'altro si tratta della integrazione nel BGB delle discipline di tutela del consumatore di origine europea. In quell'epoca esisteva, per ogni direttiva europea, una propria legge di attuazione separata, in quanto il legislatore tedesco non voleva sovraccaricare il BGB con materie estranee alla struttura del Codice, in sé sistematicamente non logiche e sotto tanti profili contraddittorie. Lo scopo della reintegrazione era quello già menzionato: far trovare in un testo unico tutte le risposte alle domande di chi cercava consiglio.

Il secondo campo di intervento della riforma è la disciplina della prescrizione, che allora si trovava in una situazione di stallo – o addirittura agonia – in quanto messa largamente fuori funzione da norme o leggi speciali e da clausole contrattuali destinate a correggere la sua inadeguatezza nella prassi.

Il terzo campo di grande rilievo è l'adeguamento della parte generale del diritto delle obbligazioni ai requisiti odierni e la "ristrutturazione" delle norme sull'inadempimento contrattuale. Come abbiamo già visto quando ho elencato i difetti della concezione originaria della materia, la sua sistematica era stata mal concepita dal legislatore storico ed era praticamente inapplicabile alle condizioni del traffico giuridico moderno.

Il quarto campo di intervento infine riguarda la riforma fondamentale del diritto della vendita (e anche dell'appalto, di cui non parlo), che era dettata da due aspetti importanti: era necessario, da un lato, armonizzare la disciplina delle garanzie del venditore con il sistema modernizzato dell'inadempimento contrattuale nella parte generale del diritto delle obbligazioni, e, dall'altro, bisognava integrare, nel diritto della

vendita, la direttiva europea sulla vendita dei beni di consumo. Vedremo più avanti che il legislatore tedesco, nella riforma del diritto della vendita, ha scelto una soluzione veramente rivoluzionaria.

Parte B - L'inserimento nel BGB di istituti giuridici finora *extra codicem* e delle leggi di attuazione delle Direttive europee per la tutela dei consumatori

Il primo obiettivo della riforma è stato l'inserimento nel BGB di materie giuridiche che fanno parte del sistema civilistico ma che tuttavia a quel tempo non si trovavano nel codice. Comincio con alcuni esempi della codificazione di diritto giurisprudenziale.

I. La codificazione di diritto giurisprudenziale

1. Culpa in contrahendo – responsabilità pre-contrattuale

Il primo istituto è la "*culpa in contrahendo*", anche chiamata "responsabilità pre-contrattuale". Questo istituto giuridico è stato sviluppato dalla giurisprudenza già dal 1860 in poi, prima dell'entrata in vigore del BGB nel quale però non ha trovato sede, in quanto non era un istituto di origine romana e troppo moderno per quei tempi.

La *culpa in contrahendo* parte dal presupposto che non soltanto la conclusione di un contratto, ma anche l'inizio delle trattative e la presa di contatto con un possibile contraente faccia sorgere un rapporto di fiducia tra le persone coinvolte, simile a quello che si forma in un rapporto contrattuale. Per l'applicazione dei principi della responsabilità pre-contrattuale non importa nemmeno se alla fine si concluda un contratto o meno. D'altro canto non basta il mero contatto sociale per ricorrere a quest'istituto giuridico.

Facciamo un esempio concreto: se vado a una festa di amici e verso, in un momento di distrazione, un bicchiere di vino rosso sulla camicia del mio interlocutore, sono responsabile per il danno sulla base della responsabilità aquiliana, ma non di quella pre-contrattuale, essendo sorto col danneggiato soltanto un contatto sociale e non negoziale.

L'istituto giuridico della *culpa in contrahendo*, in Germania da molto tempo riconosciuto come diritto consuetudinario, ha un significato preciso: chi delle persone coinvolte in maniera colposa disonora la fiducia di cui si è approfittato arrecando un danno alla persona con la quale ha preso contatto, è responsabile per il risarcimento del danno. La fiducia è reciproca e quindi anche la responsabilità, non importa allora chi dei due abbia arrecato il danno all'altro.

Ma perché la giurisprudenza e la dottrina hanno ritenuto necessario sviluppare l'istituto giuridico della *culpa in contrahendo* accanto ed oltre alla responsabilità aquiliana? Esistono tre buoni motivi che giustificano la creazione di una tale responsabilità *praeter legem*:

Primo, nella disciplina tedesca della responsabilità per fatti illeciti, è molto più facile discolarsi dai danni arrecati dai complici, di quanto non lo sia in un rapporto contrattuale o quasi-contrattuale come la *culpa in contrahendo*.

Secondo, la responsabilità aquiliana di diritto tedesco limita il risarcimento dei danni a beni giuridici specifici come la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà e alcuni altri, ma non invece copre danni patrimoniali.

Terzo, la pretesa aquiliana cade in prescrizione dopo tre anni dalla conoscenza da parte del danneggiato del fatto illecito e del responsabile, mentre alla pretesa basata sulla *culpa in contrahendo* si applicava la prescrizione regolare di trent'anni. Soltanto quest'ultimo argomento oggi non è più valido a causa delle modificazioni apportate alla prescrizione effettuate dalla legge di riforma del 2001.

Questa legge allora ha inserito l'istituto della *culpa in contrahendo* nella parte generale del libro delle obbligazioni, essendo valido per qualsiasi tipo di contatto negoziale e non specifico per un singolo contratto. Il § 311 secondo comma BGB oggi recita:

“Un rapporto obbligatorio ... nasce anche da

1. *un avviamento di trattative*
2. *un'attività preliminare volta alla conclusione di un contratto, durante la quale una parte, in considerazione di un'eventuale futuro rapporto negoziale, concede all'altra parte la possibilità di influire sui suoi diritti, beni e interessi oppure glieli affida, oppure (nasce da) simili contatti negoziali ...*

Ciò che sembra mancare nel testo della norma è la conseguenza giuridica della qualificazione di un tale rapporto come obbligatorio, ma in realtà è completo. Un rapporto obbligatorio comporta, sulla base di altre norme, obblighi di diligenza e premura verso i beni e gli interessi dell'altra parte e la violazione di tali obblighi comporta quindi la responsabilità per i danni causati.

È interessante notare che la nuova norma del § 311 BGB non rispecchia affatto la vasta casistica giurisprudenziale rispetto alla *culpa in contrahendo*. L'idea del legislatore della riforma era un'altra: Far entrare nel nuovo diritto delle obbligazioni l'istituto giuridico come tale, in modo da dargli debitamente il riconoscimento di diritto vigente e di lasciare al giudice, anche in futuro, la sua concretizzazione nello sviluppo di una casistica specifica.

2. Alterazione del fondamento negoziale

L'alterazione del fondamento negoziale è il nostro secondo esempio per la codificazione di un istituto giuridico sviluppato dalla giurisprudenza e dottrina *praeter legem*.

Per spiegare di che tipo di figura giuridica si tratti, mi posso servire semplicemente della formulazione normativa del testo del nuovo § 313 BGB, che, diversamente dalla norma sulla *culpa in contrahendo*, rispecchia fedelmente i requisiti e gli effetti giuridici di tal istituto. Il paragrafo si trova sempre nella parte generale del diritto delle obbligazioni, in un sottotitolo chiamato "adeguamento e risoluzione dei contratti".

Il § 313 BGB recita come segue:

1. Se le circostanze, divenute base del contratto, sono alterate dopo la conclusione del contratto in modo talmente rilevante che le parti, se avessero previsto quest'alterazione delle circostanze, non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso, ciascuna parte può chiedere all'altra l'adeguamento del contratto in quanto non può presumersi per una parte di rimanere vincolata al contratto invariato, considerando tutte le circostanze del singolo caso, e in particolar modo la ripartizione del rischio contrattuale o legale.

2. All'alterazione delle circostanze equivale la situazione in cui le idee essenziali delle parti, divenute base del contratto, si rivelino erronee.

3. Nel caso in cui un adeguamento del contratto non sia possibile o non possa essere preteso da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei contratti di lunga durata il diritto di risolvere il contratto sostituisce il diritto al recesso dal contratto stesso.

Dal testo del paragrafo si comprende subito che si tratta di una norma destinata a correggere il principio di *pacta sunt servanda*, per evitare che le parti rimangano vincolate ad un contratto il cui adempimento comporterebbe per una di esse un'ingiustizia insopportabile. I prerequisiti di una tale modifica, tuttavia, sono rigidi. Ci vuole un'alterazione veramente grave e profonda delle condizioni esterne che sono divenute, per ambedue le parti, esplicitamente il fondamento del contratto concluso; e il cambiamento di quelle condizioni deve essere talmente incisivo sull'equilibrio del contratto che sarebbe inconcepibile insistere sull'adempimento del contratto inalterato.

È poi interessante notare come la norma preveda, di regola, non lo scioglimento, ma l'adeguamento del contratto in modo da salvaguardare il più possibile il rapporto creato dalle parti in base alla propria autonomia contrattuale.

Per quanto la codificazione dell'istituto giurisprudenziale sia principalmente fedele e autentica, il legislatore ha, però, previsto una piccola modificazione dogmatica per facilitare l'applicazione della norma nella prassi e per dare alle parti più autonomia e al tempo stesso più sicurezza nell'adeguamento del contratto alle condizioni alterate. Mentre la giurisprudenza aveva concepito l'adeguamento del contratto come un automatismo legale, che richiedeva soltanto la determinazione e la

conferma, da parte del giudice, delle nuove condizioni contrattuali già subentrate per via di legge ma imprevedibili per le parti, nella nuova normativa è invece previsto che siano le parti a decidere in che modo, quanto e in che senso vorrebbero modificare il contratto. Lo strumento dogmatico per arrivare a questo effetto non è più un automatismo di adeguamento. La nuova norma concede invece alla parte svantaggiata la pretesa di chiedere al contraente una modificazione del contratto. Se il contraente si rifiuta di entrare in trattative, la parte svantaggiata ha il diritto di citarlo in giudizio per l'adeguamento del contratto.

Per concludere l'argomento facciamo anche qui un piccolo esempio per l'ambito d'applicazione del secondo comma della nuova norma. Si tratta di un caso avvenuto nell'ambito della riunificazione della Germania. Il compratore aveva acquistato dal proprietario di un immobile, espropriato dal regime comunista, un titolo di restituzione contro la Repubblica Federale. Entrambe le parti davano per scontato, sulla base di informazioni richieste all'istituzione responsabile per la restituzione dell'immobile, che il compratore avrebbe dovuto pagare alla Repubblica Federale, in cambio della restituzione dell'immobile, una somma di quasi un milione di euro. Considerando questo, le parti avevano ridotto in misura corrispondente il prezzo da pagare al venditore del titolo di restituzione. Poi la Repubblica Federale non ha richiesto alcun pagamento per la restituzione e il compratore in fin dei conti ha pagato, per un immobile di grande valore, quasi niente, mentre il venditore ha ceduto un titolo di restituzione valido quasi un milione ad un prezzo irrisorio di poche migliaia di euro. Questo è un caso modello per l'ambito d'applicazione della norma sull'alterazione del fondamento contrattuale nella sua seconda alternativa.

3. Responsabilità per violazione di un qualsiasi dovere in un rapporto obbligatorio – *“Positive Forderungsverletzung”*

Abbiamo visto in precedenza che la codificazione delle discipline dell'inadempimento della prestazione contrattuale e delle garanzie era tutt'altro che ben riuscita al legislatore storico e non corrispondeva più ai bisogni della prassi. La divisione della disciplina in due parti, anzi in due blocchi non convergenti - l'impossibilità e il ritardo della prestazione da un lato, i vizi della prestazione dall'altro – lasciava vaste lacune, che dottrina e giurisprudenza

dovevano colmare. Mancavano, nel BGB, norme che disciplinavano altri tipi di prestazioni inesatte come, ad esempio, il mero inadempimento della prestazione senza un motivo preciso; difetti di quantità; la fornitura di cose non ordinate; costruzioni di ottima qualità, ma erette a base di un disegno di costruzione sbagliato e così via. Mancava anche, e innanzitutto, una normativa di responsabilità per la violazione di doveri accessori alla prestazione o di doveri di protezione verso i beni e interessi del contraente in qualsiasi rapporto obbligatorio.

Per colmare quelle lacune lasciate dal legislatore storico nel diritto delle obbligazioni, dottrina e giurisprudenza hanno dovuto sviluppare, praticamente come terza fattispecie tra la disciplina dell'inadempimento e quella delle garanzie, la figura giuridica della "*Positive Forderungsverletzung*", un termine del linguaggio giuridico tedesco purtroppo intraducibile. Ho cercato di dare una descrizione sintetica della sostanza di quella figura giuridica nel titolo di questo capitolo della mia lezione. Si tratta quindi della responsabilità per violazione di un qualsiasi dovere in un rapporto obbligatorio, così come è scritto nella scaletta che avete davanti.

Bisogna però precisare questa descrizione in due rispetti: primo, l'istituto giuridico della "*Positive Forderungsverletzung*" richiede una violazione colposa di tali doveri. Secondo, la figura si applica in tutti i casi di violazione colposa di doveri nell'ambito di un rapporto obbligatorio, sia contrattuale o extra-contrattuale, salvo che la violazione del dovere non rientri nel campo d'applicazione delle due normative già esistenti nel BGB, quindi a condizione che non conduca all'impossibilità della prestazione o alla mora e che gli effetti giuridici della violazione del dovere non siano contemplati dalla disciplina di garanzia. L'istituto giuridico della "*Positive Forderungsverletzung*" è quindi di carattere meramente sussidiario, appunto per colmare le lacune del codice.

Ma quali erano poi i vantaggi per il creditore, prima della riforma, se basava la sua pretesa di risarcimento sulla "*Positive Forderungsverletzung*" e non sulla responsabilità aquiliana? Le ragioni sono le stesse che abbiamo già conosciuto nel contesto della responsabilità pre-contrattuale: in un rapporto obbligatorio, nel diritto tedesco, è meno facile per il debitore discolparsi per danni arrecati dai

complici, la responsabilità aquiliana non copre danni patrimoniali e anche la prescrizione risulta più conveniente per il creditore.

Contrariamente a quanto è avvenuto agli altri istituti di matrice dottrinal-giurisprudenziale, il legislatore non aveva l'intenzione di reintegrare la "*Positive Forderungsverletzung*" come tale nel libro delle obbligazioni riformato, a causa della sua natura giuridica ben diversa degli altri istituti giurisprudenziali. La "*Positive Forderungsverletzung*" non era affatto un istituto giuridico in senso stretto, ovvero una figura giuridica omogenea, ma era piuttosto una specie di denominazione collettiva per i più vari tipi di turbativa d'adempimento, a causa della grande varietà di possibili doveri e modi di violazione, ad esempio il rifiuto della prestazione senza giusta causa; la provocazione, tramite un pezzo di macchinario difettato, dell'interruzione del ciclo di produzione con l'effetto di notevoli danni realizzatisi nel patrimonio dell'acquirente del macchinario; oppure la lesione della figlia dell'appaltante a causa di misure di sicurezza insufficienti al cantiere nel giardino di casa dell'ultimo. Questa varietà di casi e situazioni di responsabilità dovrebbe mettere in evidenza il fatto che alla "*Positive Forderungsverletzung*" mancava sia una sistematica intrinseca, sia una fattispecie comune, il che rendeva impossibile la sua codificazione come tale.

Se alla fine non è stato possibile, come abbiamo visto, codificare la figura giuridica della "*Positive Forderungsverletzung*", che altro poteva fare il legislatore tedesco per riformare il sistema arretrato d'inadempimento? La risposta è ovvia: sostituirlo con un nuovo sistema! "*Gesagt, getan!*" (Questo è tedesco e significa: come detto, così fatto!) E così è stato.

Il legislatore, con l'approvazione della dottrina, si è deciso ad abolire le tre discipline concorrenti dell'inadempimento, delle garanzie e della "*Positive Forderungsverletzung*", che non erano mai state ben convergenti tra di esse, sostituendole con un nuovo sistema meno lacunoso, più armonico e in sé logico. Le riflessioni del legislatore si ispiravano in parte alla già citata Convenzione dell'ONU sulla vendita internazionale di beni, ma si basavano anche sulle elaborazioni dottrinali secondo cui alla base di tutte le turbative dell'adempimento, delle garanzie e della "*Positive Forderungsverletzung*" in un qualsiasi rapporto obbligatorio si trova la violazione oggettiva di un dovere – colposa o meno – e che

tutte le normative finora distinte tra impossibilità, mora e vizi sono nient'altro che varianti di una violazione dei doveri del debitore. Per questo la dottrina e il legislatore favoreggiavano un modello che avrebbe posto al centro della nuova disciplina di qualunque tipo di turbativa dell'adempimento della prestazione appunto la fattispecie della violazione di un dovere, conforme al modello dell'art. 45 della Convenzione dell'ONU sulla vendita internazionale di beni. La codificazione, quindi, ha scelto questa strada, basandosi, nel § 280 BGB, sulla violazione oggettiva di un dovere tra le parti di un qualsiasi rapporto obbligatorio.

Ora non posso soffermarmi sui particolari della nuova struttura del diritto delle obbligazioni, ma vorrei almeno presentarvi il punto centrale della nuova disciplina dell'inadempimento di una prestazione.

Il § 280 primo comma BGB recita come segue:

Se il debitore viola un dovere derivante da un rapporto obbligatorio, il creditore può chiedere il risarcimento del danno subito. Questo non vale nel caso in cui il debitore non è responsabile per la violazione del dovere.

Il testo della norma mette in luce che nella disciplina riformata non importa più quali dei suoi doveri – obbligazione principale o accessoria - il debitore violi, per quali ragioni lo faccia e quali effetti ne derivino. La nozione di violazione oggettiva di un dovere in un rapporto obbligatorio comprende in sé ogni comportamento del debitore che oggettivamente non corrisponde al o devia dal programma previsto dal rapporto obbligatorio in questione.

È chiaro che ogni violazione di un qualsiasi dovere ha, in linea di massima, la conseguenza che il debitore, se in colpa, deve rispondere per i danni arrecati all'altra parte o alle persone affidate alla sua protezione (come la famiglia, ospiti, impiegati ecc.). Ma è anche ovvio che nel caso concreto possono conseguire dalla violazione di un dovere ulteriori effetti giuridici oltre al risarcimento del danno, a seconda del tipo di dovere, del modo di violazione e degli effetti della violazione. Può darsi che il debitore rimanga obbligato di adempiere il contratto mentre risponde per un danno arrecato ai beni del contraente, ma il debitore può anche essere liberato dall'obbligo di prestazione, ad esempio a causa della sua impossibilità.

La nuova disciplina dell'inadempimento si pronuncia in modo più ordinato e organico su tutti gli aspetti che possono accompagnare la violazione di un dovere nel rapporto obbligatorio ed i suoi effetti giuridici quali i vari tipi di risarcimento, le sue modalità e il suo volume, il diritto di recesso e i suoi prerequisiti e conseguenze, i rimedi in caso di vizi della prestazione oppure il destino della controprestazione con le sue possibili modifiche a seconda del tipo di violazione di doveri rispetto alla prestazione principale.

Alcuni di questi aspetti del nuovo diritto delle obbligazioni tratterò in particolare più avanti nella parte D della mia lezione.

II. Leggi di attuazione delle Direttive europee per la tutela dei consumatori

Finora abbiamo parlato della codificazione di diritto giurisprudenziale, il primo traguardo della grande riforma del diritto delle obbligazioni. Ora vi presento in modo molto sintetico la reintegrazione nel BGB della disciplina di origine europea di tutela del consumatore, il secondo obiettivo della riforma. Allora esisteva un diritto privato particolare di tutela del consumatore, in quanto il legislatore aveva trasformato, per varie ragioni, ogni direttiva europea in una propria legge di attuazione separata. Nel corso delle riflessioni sulla possibile forma di un riordinamento del diritto delle obbligazioni, il legislatore decise di approfittare dell'occasione, che l'attuazione imminente della Direttiva sulla vendita dei beni di consumo gli offriva, per ristabilire l'unità del diritto privato attraverso la reintegrazione di tutte le materie riguardanti la protezione del consumatore.

In un primo momento sono state codificate, nel 2000 in preparazione della grande riforma, le nozioni del consumatore e dell'imprenditore nei §§ 13 e 14 BGB, nel primo libro del codice civile tedesco, con valenza per tutte le materie di diritto civile anche all'esterno del BGB e quindi applicabili anche a tutte le leggi di attuazione delle direttive europee allora non ancora reinserite nel BGB. La codificazione delle due nozioni "consumatore" e "imprenditore" richiedeva inoltre l'uniformazione delle definizioni dei due termini in quanto divergenti da direttiva a direttiva.

In un secondo momento, la legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni stessa ha inserito nel BGB tutte le discipline di tutela del consumatore, con una sola

eccezione: la responsabilità per danno da prodotti difettosi rimane tuttora disciplinata dalla “*Produkthaftungsgesetz*”, una legge separata non integrata nel BGB.

Inserite nella parte generale del libro sulle obbligazioni e omologate nella loro terminologia, in quanto necessario, furono invece le disposizioni sulle condizioni generali, sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali, sui contratti a distanza e sugli obblighi d’informazione nel commercio elettronico. Trovarono sede nella parte generale del libro delle obbligazioni inoltre le disposizioni sul diritto di recesso per tutti i contratti di consumo. Le altre discipline di tutela del consumatore, come i contratti relativi all’acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili o il credito al consumo, furono inserite nella parte speciale del libro sulle obbligazioni tra le normative per i contratti preesistenti. L’attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel BGB tedesco è un caso molto speciale. Perciò gli dedicherò l’intera parte E della mia lezione.

Parte C - La “ristrutturazione” completa del Diritto della prescrizione

Nella disciplina della prescrizione, il secondo settore principale della modernizzazione del diritto delle obbligazioni, il legislatore storico aveva commesso due errori, che, col passare degli anni, hanno fatto cadere in desuetudine quasi completamente il sistema originario della prescrizione: stabilire una prescrizione ordinaria di trent'anni da un lato e, dall'altro, introdurre per tante circostanze la figura dell'interruzione della prescrizione con la conseguenza che la prescrizione ricomincia da zero. Permettetemi qualche breve osservazione sulla prescrizione ordinaria.

I. La confusione nelle norme sulla prescrizione a causa di una prima scelta erronea del legislatore storico

Una prescrizione di trent'anni è decisamente troppo lunga per la maggior parte delle pretese. In Italia la prescrizione ordinaria generale è molto più breve, l'art. 2946 Cc prevede soltanto dieci anni. Di conseguenza, per tante pretese furono man mano introdotte, tramite disposizioni speciali, termini di prescrizioni più brevi. Alla fine si era invertita la relazione di partenza fra regola ed eccezione: I trent'anni erano rimasti la prescrizione ordinaria soltanto sulla carta, mentre in realtà era divenuta residuale, ovvero applicabile soltanto nei pochi casi non disciplinati da norme speciali.

Ma questo fatto di per sé non era l'unica e nemmeno la più incisiva conseguenza della nuova realtà nella disciplina di prescrizione. Come abbiamo già avuto modo di vedere, bastava scegliere un'altra base giuridica della pretesa – ad esempio la “*Positive Forderungsverletzung*” al posto di quella di garanzia, la cui prescrizione era stata abbreviata tramite una disposizione particolare – per avvalersi della prescrizione ordinaria di trent'anni. Era quindi possibile manipolare, con una scelta furba e un piccolo giro della vite regolatrice giuridica, il termine della prescrizione e, di conseguenza, l'esito della causa in tribunale: alla fine una situazione intollerabile e non da giustificare.

Abbiamo già visto come gli istituti giurisprudenziali, non essendo codificati e perciò non sottomessi a regole speciali di prescrizione, godevano del beneficio della prescrizione ordinaria di trent'anni. E questo spiega anche perché la *culpa in*

contrahendo e la “*Positive Forderungsverletzung*” come figure giuridiche *extra codicem* erano, per tutti gli anni, piante giuridiche in pieno fiore.

II. L’inadeguatezza delle regole sull’interruzione e sulla sospensione della prescrizione, a causa di una seconda scelta erronea del legislatore storico

Anche il sistema dell’interruzione e della sospensione era stato mal concepito dal legislatore storico e presentava, quindi, criticità applicative. Erano fin troppi i casi in cui la prescrizione non era soltanto sospesa, con l’effetto di riprendere il suo decorso dopo la rimozione della causa generante, ma addirittura interrotta, con l’effetto di ricominciare da zero. Questo stato giuridico si era dimostrato insoddisfacente in quanto svantaggiava in molti casi il debitore che si trovava esposto alla richiesta del creditore per un periodo eccessivamente lungo. Per proteggere gli interessi del creditore in modo sufficiente basta già sospendere la prescrizione per la durata dell’impedimento, ad esempio per il periodo di trattative transattive fra le parti o per la durata di una procedura in tribunale o del procedimento arbitrale.

III. La riforma della disciplina della prescrizione

Il legislatore tedesco ha quindi assestato e riordinato a fondo l’intera disciplina della prescrizione nel corso della modernizzazione del diritto delle obbligazioni.

1. Riduzione della prescrizione ordinaria da 30 a 3 anni (§ 195 BGB)

Il traguardo principale della riforma era la restituzione del sistema originario di regola ed eccezione, cioè la creazione di una prescrizione ordinaria che veramente meritava il suo nome, e di alcune disposizioni speciali per diritti o pretese particolari. Bisognava allora abbreviare la prescrizione ordinaria di trent’anni in modo tale che la nuova disposizione sarebbe andata bene per la maggior parte delle pretese e diritti. Una prescrizione di tre anni dal momento del sorgere della pretesa, discussa nel corso dei lavori preparatori alla riforma, è stata scartata come inadeguata per il fatto che le pretese, in molti casi, sarebbero cadute in prescrizione prima che il creditore ne avesse preso conoscenza. Il legislatore allora decise di prendere quale modello di riferimento la vecchia

prescrizione per fatti illeciti, ovvero tre anni dal momento in cui il diritto o la pretesa è venuta in esistenza e il creditore ha conoscenza delle circostanze sulle quali si basa la pretesa e della persona del debitore – oppure ne dovrebbe avere conoscenza senza colpa grave, §§ 195 e 199 BGB.

Alla fine la riduzione della prescrizione da trent'anni a tre anni, cioè praticamente un decimo di quella precedente, non ha creato alcun problema nella prassi. Questo non poteva sorprendere perché tutti si erano già abituati ai brevi termini di prescrizione introdotti dalle tante disposizioni speciali in materia destinate ad abbreviare la prescrizione per vari tipi di diritti e pretese a seconda dei bisogni del traffico giuridico.

2. Modificazione dell'inizio del corso della prescrizione (§ 199 BGB)

Il legislatore ha anche risolto il problema che si pone regolarmente tutte le volte che una parte deve provare un elemento soggettivo della fattispecie, realizzatosi nella sfera della controparte, come qui la conoscenza del creditore delle circostanze e del debitore. Come potrebbe mai il debitore dimostrare che il creditore, in un giorno determinato, abbia preso conoscenza di quei fatti o avrebbe dovuto prenderla senza colpa grave? Direi che questa prova, nella maggior parte dei casi, è impossibile. Per facilitare al debitore tale prova il legislatore ha deciso di fissare l'inizio della prescrizione ordinaria all'ultimo dell'anno in cui la fattispecie della prescrizione è stata integrata. Visto che la parola italiana "ultimo" è entrata anche nella terminologia economica e giuridica tedesca, questo modello viene anche chiamato "*Ultimo-Lösung*", soluzione "ultimo (dell'anno)".

3. Le eccezioni alla prescrizione ordinaria (§§ 196, 197 BGB)

Per non annoiarvi con troppi particolari della riforma della prescrizione non mi soffermo sulle eccezioni alla prescrizione ordinaria. Se vi interessa conoscerle, potete trovare il catalogo delle eccezioni nei §§ 196 e 197 del BGB. Quei paragrafi si trovano su internet in lingua tedesca, una traduzione inglese è disponibile sul sito del Ministero Federale della Giustizia sotto il nome *BGB – German civil code*.

4. L'abolizione del divieto di prolungare il corso della prescrizione (§ 202 BGB)

Vorrei invece – molto brevemente – richiamare la vostra attenzione su un aspetto particolarmente interessante della riforma relativo alla prescrizione. Il BGB del 1900 aveva stabilito il divieto di prolungare la prescrizione attraverso una stipulazione contrattuale, ben comprensibile in considerazione del termine già lunghissimo di trent'anni. Al legislatore della riforma invece è apparso inutile mantenere un tale divieto purché sia garantita al debitore la protezione da termini di prescrizione eccessivamente lunghi. Perciò il legislatore abolì il divieto, restituendo in tal modo alle parti la loro autonomia contrattuale, limitando però nel § 202 BGB, per proteggere il debitore, la prescrizione massima stipulabile ai trent'anni di prima della riforma.

L'abolizione del divieto ha risolto una serie di problemi legati all'interpretazione delle norme sulla prescrizione nella luce dell'aggiramento del divieto. La giurisprudenza è sempre stata molto attenta ad interpretare per esempio le disposizioni sull'inizio dell'interruzione e della sospensione della prescrizione in modo restrittivo per prevenire l'abuso di tali istituti al prolungamento illecito dei termini di prescrizione. Dopo l'abolizione del divieto la giurisprudenza ora può interpretare tali norme molto più generosamente non dovendo più temere una frode alla legge.

Col divieto ancora in vigore non era nemmeno possibile rinunciare all'eccezione della prescrizione prima del suo decorso, in quanto anche questa rinuncia poteva servire ad aggirare il divieto di prolungamento del termine. Questa giurisprudenza oggi ha perso la sua giustificazione visto che la nuova normativa non vieta più alle parti di prendere accordi sul prolungamento e su altre modifiche dei termini della prescrizione destinati allo stesso obiettivo.

5. La sostituzione delle precedenti norme sulla sospensione e interruzione della prescrizione con un sistema più logico e adeguato.

Avevo già accennato che, per proteggere il creditore dal decorso del termine della prescrizione, nella maggior parte dei casi non è necessario interrompere la prescrizione, con l'effetto che s'inizia un nuovo periodo di prescrizione, ma che è sufficiente arrestare il decorso del termine per la durata del periodo in cui il creditore cerca di realizzare oppure non è in grado o capace di realizzare il suo diritto. L'interruzione aumenta invece per il creditore spesso il rischio di rimanere esposto alle pretese del creditore per un periodo eccessivamente lungo.

Per questa ragione il legislatore, cercando di stabilire un giusto equilibrio tra gli interessi del creditore e del debitore, ha invertito la sistematica preesistente dando ora la preferenza alla sospensione della prescrizione rispetto alla/nei confronti della sua interruzione. In tal modo ha sostituito il maggior numero di fattispecie di interruzione con quella della sospensione. Alla fine sono rimasti soltanto due casi in cui il legislatore riteneva giustificabile far iniziare un nuovo periodo di prescrizione senza svantaggiare troppo il debitore: quando il debitore ha riconosciuto la pretesa nei confronti del creditore e quando sono stati fatti o domandati atti esecutivi contro il debitore. I due casi hanno in comune – e si distinguono in questo da qualunque altro caso – il fatto che non esistono più dubbi circa l'obbligo del debitore di adempiere la vantata del creditore.

Di conseguenza, per alcuni casi in cui la disciplina italiana prevede l'interruzione della prescrizione le nuove norme del BGB si accontentano della sua sospensione, quali la proposizione di una domanda giudiziale o l'avvio di un procedimento arbitrale oppure tramite atti che costituiscono in mora il debitore.

Parte D - Alcuni cambiamenti rilevanti nel nuovo Diritto delle obbligazioni in generale e nelle discipline dell'inadempimento e del risarcimento in particolare

Nella seconda parte della mia lezione abbiamo visto che il legislatore della riforma si era deciso di abbandonare, nel diritto delle obbligazioni, il vecchio sistema di turbativa dell'adempimento e di garanzie in quanto lacunoso e non più funzionale, e di sostituirlo con un concetto più moderno, al cui centro si trova la violazione oggettiva di un qualsiasi dovere derivante da un rapporto obbligatorio. Alla base del nuovo modello sta l'idea che ogni comportamento delle parti non conforme al programma previsto dal rapporto obbligatorio costituisca una tale violazione oggettiva di un dovere e, chi l'ha commessa, debba principalmente rispondere l'altra parte degli effetti negativi conseguiti.

Quali siano poi le conseguenze giuridiche in particolare, dipende da tanti fattori come il tipo di rapporto, il tipo e modo della violazione e il suo oggetto, la questione di colpa, le implicazioni pratiche e l'impatto di esse sul rapporto obbligatorio e la sua potenziale capacità di essere adempiuto oppure il tipo e l'ammontare di un eventuale danno.

Avevo anche detto che tutti questi aspetti si trovano ora regolati "per bene" nel nuovo diritto tedesco delle obbligazioni ed è ovvio che non posso presentarvi l'intero sistema. Mi limito, dunque, ad alcune questioni della modernizzazione della disciplina che sono significative per il cambio di sistema; potrebbero quindi essere di interesse anche per voi.

I. La rinuncia al requisito della colpa

L'impossibilità della prestazione e il diritto del creditore al recesso dal contratto erano, nel vecchio codice, due normative la cui fattispecie richiedeva il requisito del comportamento colposo del debitore per originare i relativi effetti giuridici delle due disposizioni, ovvero la liberazione del debitore dal suo obbligo di adempimento da un lato e il diritto della controparte al recesso da un contratto sinallagmatico dall'altro.

1. Liberazione del debitore a causa dell'impossibilità della prestazione anche senza colpa

La vecchia versione del codice prevedeva, come appena detto, la liberazione del debitore dall'obbligo dell'adempimento soltanto nel caso in cui non era responsabile dell'impossibilità della prestazione. Le conseguenze di questa norma erano assurde già allora, in quanto il debitore non era liberato dall'obbligo nel caso in cui la prestazione era divenuta impossibile per colpa sua. Tale disposizione comunque non era più compatibile con il nuovo modello di responsabilità del debitore per violazioni oggettive di doveri e quindi il requisito di colpa è stato abolito. Oggi, nel caso di impossibilità della prestazione, il debitore è sempre liberato dal suo obbligo di adempiere la prestazione. La questione di colpa rimane rilevante soltanto per l'obbligo del debitore di risarcire un eventuale danno arrecato al creditore.

2. L'irrelevanza della questione della colpa del debitore per il diritto del creditore al recesso dal contratto

Prima della riforma, il diritto del creditore a recedere da un contratto sinallagmatico presupponeva la violazione colposa di un dovere da parte del debitore. Questo abbinamento del recesso alla responsabilità del debitore non corrispondeva al modello della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, alla quale la modernizzazione del BGB si ispirava. Quindi il legislatore tolse tale requisito dalla normativa.

Oltre a questo motivo piuttosto formale esiste anche un argomento materiale per l'abbandono del requisito della colpa. Il creditore di un contratto reciproco promette la controprestazione – di solito il pagamento – in cambio della prestazione del debitore. Se il debitore non esegue, è comprensibile che anche il creditore, senza badare ai motivi della non-esecuzione da parte del debitore, perda, da parte sua, l'interesse di adempiere e preferisca liberarsi, col recesso, dai suoi obblighi contrattuali. La nuova normativa riconosce, nei §§ 323 ss. BGB, questo interesse del creditore di non rimanere vincolato a un contratto la cui esecuzione appare dubbia, ma rispetta anche il legittimo interesse del debitore di avere una seconda chance di adempiere la sua prestazione. Le disposizioni quindi danno al creditore il diritto di recedere dal contratto nei casi seguenti: (1) il creditore ha concesso al

debitore, invano, un termine per l'adempimento; (2) il debitore rifiuta la prestazione; (3) il debitore non ha adempiuto la prestazione entro il termine fisso stabilito dal contratto; (4) per altri motivi che giustificano un recesso immediato del creditore; (5) il debitore ha violato un'obbligazione accessoria al contratto o di protezione talmente importante o in modo talmente grave che appare irragionevole ritenere il creditore vincolato al contratto; (6 e ultimo) il debitore è liberato dall'obbligo di adempiere la propria prestazione (ad esempio per impossibilità). In tutti questi casi non importa se il debitore abbia agito con colpa o meno.

Entrambe le materie presentate sono quindi buoni esempi per l'obiettivazione della disciplina dell'inadempimento avvenuta attraverso la riforma del 2001.

II. Il diritto del debitore di una seconda offerta ed i suoi limiti

Al diritto del creditore di recedere dal contratto nel caso di inadempimento corrisponde, specularmente, il diritto del debitore di offrire la sua prestazione una seconda volta in caso di mancato adempimento. Essendo quindi questo diritto del debitore praticamente l'altra faccia della medaglia del diritto di recesso del creditore, sono anche identiche le norme che disciplinano il diritto del debitore di recuperare la sua prestazione non ancora eseguita. Possiamo, dunque, far riferimento a quanto detto poco prima relativamente ai casi in cui per il creditore è lecito recedere dal contratto. Sono proprio questi i casi in cui al debitore non spetta il diritto di una seconda offerta.

Ora la Corte suprema federale (il BGH⁵) doveva decidere relativamente a questa tematica un caso molto particolare ed interessante che non si inseriva bene nelle fattispecie e rappresentava per questo un po' il test di funzionalità del principio della seconda offerta e delle relative disposizioni.

Il venditore di una casa aveva consapevolmente e, quindi, dolosamente taciuto l'umidità in cantina, che indubbiamente rappresentava un vizio rilevante dell'oggetto venduto. Di conseguenza, al venditore non era permesso per legge⁶ di invocare la clausola di esonero da responsabilità insita nel contratto. Al compratore era allora

⁵ BGH NJW 2007, 835, 837.

⁶ § 444 BGB.

principalmente concesso⁷ chiedere come risarcimento il rimborso dei costi dovuti per il risanamento della cantina. Questi aveva, però, ommesso di fissare un termine al venditore per l'esecuzione dei lavori di risanamento, come normalmente richiede la disposizione in questione, e il venditore non si era neanche rifiutato di far risanare la cantina su iniziativa sua come seconda offerta. Non spettava allora al venditore ancora il diritto di una seconda offerta della sua prestazione corretta, cioè senza vizi? E quindi il compratore poteva ancora chiedere al venditore il risarcimento?

La Corte suprema federale ha statuito per un'interpretazione restrittiva del diritto del debitore di una seconda offerta. La disposizione presuppone, secondo la Corte, che il creditore si possa ancora fidare della possibilità di ricevere una prestazione conforme al contratto. Nel caso concreto riteneva però che la reticenza dolosa del venditore avesse minato la fiducia del compratore nella capacità e volontà del debitore di adempiere correttamente il contratto così profondamente, che al primo non spettasse più una seconda chance di eseguire la sua prestazione. Quindi non ci voleva, per poter chiedere il risarcimento, né la fissazione di un termine né il rifiuto del venditore di adempiere il contratto.

Con questo giudicato la Corte suprema federale ha, alla fin fine, aggiunto un'ulteriore alternativa giurisprudenziale all'elenco dei casi legali di diniego al debitore del diritto di una seconda offerta.

III. Libera scelta da parte del creditore tra i rimedi nel caso di inadempimento

Un problema della vecchia disciplina risiedeva nel fatto che il creditore, dopo aver posto al debitore un termine per l'adempimento, non potesse più tornare indietro a stabilire un secondo o terzo termine per l'adempimento da parte del debitore ma dovesse accontentarsi del risarcimento. Perciò la fissazione di un termine comportava per il creditore sempre il rischio di perdere il suo diritto alla prestazione. Questo metteva il creditore non poco in difficoltà quando la prestazione gli serviva sempre, quando ne aveva bisogno o quando addirittura necessitava della prestazione proprio da parte del suo debitore, perché si tratta, ad esempio, di uno specialista del suo mestiere non sostituibile o difficile da sostituire con la prestazione altrui.

⁷ Sulla base dei §§ 437 cifra 3, 280 primo e terzo comma, 281 BGB.

È vero che la riforma ha migliorato questo stato legale dando al creditore il cosiddetto “*ius variandi*” che gli offre, ai sensi del § 281 quarto comma BGB, la libera scelta tra i diversi rimedi e esclude il suo diritto alla prestazione solo dal momento in cui si decide di chiedere risarcimento. Oggigiorno si può quindi, almeno teoricamente, continuare a fissare termini per la prestazione da parte del debitore.

Ma come ben sapete, la realtà è un'altra e anche molto più dura. Conoscerete benissimo la situazione quando l'idraulico o il falegname incaricato anche dopo settimane o addirittura mesi non è ancora venuto per risolvere il vostro problema con la cannella gocciolante o la porta che chiude male. È inutile minacciarlo con la fissazione di termini, tanto sa benissimo che non troverete un altro che verrebbe subito a provvedere.

IV. Risarcimento unitamente al recesso

Prima della riforma non era possibile chiedere un risarcimento quando si invocava il recesso dal contratto. Recesso e risarcimento erano, da questo punto di vista, diritti alternativi, ma nessuno si spiegava il perché. Se il creditore, invece, era abbastanza furbo a non invocare il recesso, ma a chiedere soltanto il risarcimento, veniva risarcito per il danno subito e non doveva più adempiere. In tal modo il creditore poteva arrivare esattamente al risultato che non gli era possibile raggiungere con l'altra strada. Con piena ragione, quindi, il legislatore della riforma ha abbandonato, nel § 325 BGB, l'alternatività dei due diritti che aveva prodotto risultati casuali a seconda della istruzione e astuzia del rispettivo consulente legale.

V. La modernizzazione della disciplina del risarcimento

Una materia di grande rilievo economico è il risarcimento dei danni, l'ultima tappa della mia passeggiata attraverso il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni. Il legislatore storico del 1900 guardava la disciplina da una prospettiva molto materialista, come era usuale in quell'epoca ottocentesca del liberalismo economico. Era quindi molto diffidente verso ogni ambizione di coprire danni non strettamente materiali e aveva introdotto nel BGB per questo anche il principio di diritto romano della “*restitutio in integrum*”, ovvero la reintegrazione dello stato di diritto anteriore al verificarsi dell'evento dannoso. Di conseguenza, l'obbligo di risarcimento si limitava alla compensazione di danni materiali alle persone e alle cose, essendo il risarcimento in

entrambi i casi destinato a coprire i costi economici della restituzione dello stato giuridico, economico e dell'integrità del corpo e della salute della persona danneggiata. Quando la "*restitutio in integrum*" non funzionava perché il danno era irreversibile, la disciplina non prevedeva alcun risarcimento, un risultato secco e brusco!

Non essendo però stato il legislatore storico una belva impietosa, aveva previsto, per eccezione almeno in singoli casi, anche la compensazione di un danno morale. Esisteva allora nel BGB, a parte poche norme speciali, una sola disposizione nella disciplina dei fatti illeciti, il § 847 BGB, che dava alla vittima nel caso di una lesione dell'integrità fisica, della libertà e, aggiunto più tardi, dell'autodeterminazione sessuale il diritto di compensazione del danno morale se la pretesa era basata sulla responsabilità aquiliana. Era esclusa però la compensazione di ogni danno morale se l'azione di risarcimento aveva da base una pretesa contrattuale o di responsabilità oggettiva.

Ora il legislatore della riforma, una volta entrato in azione per ristrutturare a fondo il diritto delle obbligazioni, ha deciso di liberarsi dei concetti obsoleti anche nella disciplina del risarcimento dei danni. Con una legge separata, ma sempre nel corso della modernizzazione del diritto delle obbligazioni, ha cancellato il § 847 BGB dalla disciplina dei fatti illeciti e inserito una nuova disposizione nel secondo libro del BGB, quello delle obbligazioni, il § 253 BGB. Questo posizionamento della norma sul risarcimento del danno morale non è casuale: una norma d'eccezione con un ambito d'applicazione limitatissimo doveva risorgere come principio generale del risarcimento del danno morale. In tal modo il legislatore voleva tener conto del cambiamento di valori svoltosi durante il secolo dall'entrata in vigore del BGB, per tornare all'altezza degli sviluppi tecnici, economici, sociali e morali.

Per non perdermi nei particolari delle nuove normative sul risarcimento dei danni materiali, mi limito qui a presentare le novità rispetto al danno morale. Ci sono una brutta e una bella notizia; cominciamo con quella brutta.

Il legislatore non ha osato includere nel catalogo dei beni, la cui lesione dà il diritto di risarcimento del danno morale, oltre all'integrità fisica, la libertà e l'autodeterminazione sessuale, anche il diritto della personalità, col pretesto che tale diritto non sia altro che un istituto giurisprudenziale non codificato e ancora in sviluppo. In realtà esiste come

figura giuridica ormai da più di sessant'anni, si basa sulla Costituzione tedesca ed è dogmaticamente ben sviluppato. Si potrebbe anche dire: se i politici sono troppo vili per prendere decisioni importanti, addossano ai giudici il "nobile" compito e la responsabilità dello sviluppo futuro del diritto che in una democrazia spetta al parlamento.

La bella novità invece è l'estensione dell'ambito d'applicazione della disposizione sul risarcimento del danno morale alle pretese contrattuali e di responsabilità oggettiva in casi della lesione di uno dei beni di cui al § 253 BGB. S'intende da sé che non può chiedere la compensazione del danno morale chi, senza aver subito una lesione dei rispettivi beni, si è soltanto arrabbiato per le sfacciataggini del suo contraente.

Parte E - La riforma fondamentale della disciplina della vendita: armonizzazione con il nuovo sistema della parte generale del Diritto delle obbligazioni e adeguamento ai requisiti della Direttiva europea sulla vendita dei beni di consumo

I. Introduzione

Avevamo detto, nella seconda parte della mia lezione, che nel codice civile tedesco del 1900 il diritto della vendita, compresa la disciplina di garanzia, si basava rigidamente su modelli di diritto romano e aveva quindi una sua sistematica in sé chiusa. Per quanto vetusto e venerando, purtroppo non poteva più soddisfare, duemila anni dopo la sua origine, le esigenze del traffico giuridico di oggi.

Avevamo anche visto che le discipline dell'inadempimento nella parte generale del Libro delle obbligazioni e di garanzia in materia della vendita nella parte speciale dello stesso libro non erano fra loro opportunamente armonizzate, anzi, parlavo di due blocchi di norme distinti e non concordanti, il che creava una serie di problemi applicativi che regolarmente facevano disperare non soltanto le parti, i loro avvocati e i giudici, ma anche gli studenti di giurisprudenza e i loro professori.

Con una disciplina della vendita non più all'altezza delle esigenze odierne, che era lacunosa e non concordava con la disciplina dell'inadempimento, producendo in tal modo risultati, a dir poco, insoddisfacenti e strani, in sé contraddittori e perciò vergognosi per un ordinamento giuridico che si vantava di una sistematica esemplare, il diritto della vendita tedesco, negli anni novanta del secolo scorso, in effetti si trovava, su livello internazionale e nei confronti di altri paesi, in una situazione completamente isolata. Per questo già da tempo esisteva la convinzione comune che il Diritto della vendita avesse bisogno di una riforma fondamentale. L'unico a non

muoversi era il legislatore tedesco che senza la “pedata” da parte del legislatore europeo non avrebbe dato il via alla riforma.

II. I maggiori difetti del Diritto della vendita originario prima della riforma

Ora non vale la pena spiegarvi il vecchio sistema della disciplina tedesca della vendita in dettaglio e non posso nemmeno elencare tutti i suoi difetti. Perciò mi accontento di presentarvi una scelta dei difetti più gravi che hanno dato il maggior contributo alla non-praticabilità della materia.

1. Il principio del “tutto o niente” in caso di non-conformità al contratto della cosa venduta

Il venditore, nella concezione originaria del diritto di vendita, aveva adempiuto i suoi obblighi principali al momento in cui aveva trasferito al compratore il possesso e la proprietà della cosa venduta, sebbene quest'ultima non fosse conforme al contratto, ad esempio perché difettosa. Dal punto di vista dell'adempimento quindi la non-conformità della cosa al contratto non contava, non rappresentava una violazione dell'obbligo principale del venditore, ma dava soltanto spunto all'applicazione della disciplina speciale di garanzia per vizi del bene venduto, regolato separatamente per i soli contratti di vendita e d'appalto.

La conseguenza è ovvia: una volta adempiuto il contratto, seppure “male”, la vecchia disciplina non dava né al venditore né all'acquirente una seconda chance di condurre a buon porto il contratto. Non c'era più spazio né per un secondo tentativo del venditore di rimediare attraverso sostituzione o riparazione, né aveva il compratore il diritto di chiedere questi rimedi al venditore. A tal fine ci voleva un nuovo accordo tra le parti, che, nella realtà cautelare, era quasi sempre previsto per evitare questo effetto giuridico assurdo.

2. La disciplina di garanzia di stampo romano nel contratto di vendita: insufficienze, contraddittorietà e lacune

Ora cerco di darvi un'idea del sistema o meglio della mancanza di struttura della disciplina e delle sue contraddittorietà con esempi concreti, per farvi comprendere

le ragioni dei risultati strani e incomprensibili venuti fuori dall'applicazione di tali disposizioni.

Mettiamo che il venditore abbia trasferito, per adempiere il contratto, la proprietà alla cosa al compratore e la cosa si sia dimostrata in qualche modo non conforme al contratto, allora i diritti di garanzia del compratore dipendono da cinque aspetti diversi di cui ognuno, da parte sua, offre una serie di possibili varianti: appunto "*case law*" romano!

Il primo aspetto era la rispettiva categoria di vizio, cioè giuridico o della cosa. Nel caso di vizi giuridici, ad esempio la mancante fabbricabilità di un immobile, si applicava la disciplina dell'inadempimento, nel caso di vizi della cosa invece la disciplina di garanzia speciale del contratto di vendita. Il problema pratico che si poneva al riguardo era la difficoltà di differenziare tra le due categorie, e perciò le sentenze in materia risultavano spesso sorprendenti e a volte arbitrarie.

In secondo luogo erano da distinguere i vari tipi di vizi e, a seconda della variante presente, variavano anche gli effetti giuridici. Differenze di quantità ad esempio non rientravano nella categoria di vizio ma in quella di inadempimento o di adempimento parziale, mentre invece a quelli di qualità era applicabile la disciplina speciale di garanzia.

Il terzo aspetto da considerare erano le promesse e dichiarazioni del venditore. Quando egli aveva garantito una caratteristica o l'idoneità della cosa a un uso particolare o quando aveva dolosamente taciuto il vizio al compratore, doveva anche risarcire il danno derivante direttamente dal vizio stesso, ad esempio il deprezzamento della cosa oppure il mancato guadagno del compratore a causa del difetto alla macchina acquistata. Bisogna però aggiungere che l'obbligo del venditore di risarcire il danno diretto si limitava strettamente a quei due casi e non includeva ad esempio il caso in cui il venditore era responsabile per il vizio della cosa venduta, mentre un tal caso sarebbe senz'altro stato contemplato dalla disciplina generale d'inadempimento, che invece non era applicabile. Le disposizioni speciali della vendita in quanto alle pretese del compratore rimanevano quindi considerevolmente al di sotto del livello dei diritti del creditore nell'ipotesi di inadempimento, lasciando perciò lacune di responsabilità che i giudici dovevano colmare in qualche modo, come vediamo subito. Comunque, in tutti gli

altri casi di vizi si applicava esclusivamente la disciplina speciale di garanzia della vendita.

La quarta distinzione necessaria nell'applicazione della disciplina speciale di garanzia della vendita riguardava il tipo di danno subito dal compratore. Danni alla cosa stessa e danni derivanti direttamente dal vizio della cosa erano da risarcire dal venditore nei due casi menzionati poco prima, in altri casi invece no.

Mai da risarcire erano invece i danni che la cosa viziata aveva arrecato, come effetto quasi "distante" del vizio, ad altri beni o interessi del venditore ("*Mangelfolgeschaden*"). Danni di questo tipo sono ad esempio la lesione di un utente della cosa difettosa o la distruzione della macchina in cui il pezzo difettoso era stato installato oppure le perdite di fatturato di un imprenditore dovute allo sciopero dei lavoratori in seguito all'esplosione in fabbrica causata dall'impianto difettoso. Il venditore non doveva rispondere di tali danni, sulla base della disciplina di garanzia, nemmeno quando aveva causato il vizio colposamente. Il compratore quindi si doveva accontentare della responsabilità aquiliana del venditore, con i suoi tanti svantaggi che abbiamo già conosciuto.

Il quinto aspetto, infine, erano i termini di prescrizione che variavano considerevolmente a seconda della disposizione sulla quale il compratore basava o poteva basare la sua pretesa di garanzia o risarcimento. Mentre la pretesa di garanzia per un vizio "normale", cioè senza la presenza di circostanze particolari, come per esempio reticenza dolosa, cadeva in prescrizione dopo soltanto sei mesi, c'erano in gioco anche termini di due, tre e trent'anni. Ci si può facilmente immaginare in quale misura tali differenze abbiano influenzato la scelta della pretesa e anche l'interpretazione, se non la manipolazione, dei fatti del singolo caso, da parte del creditore ma anche dei giudici, per produrre risultati almeno minimamente compatibili con ciò che si intende di giustizia.

3. Gli "interventi" della giurisprudenza come fonte di nuove incertezze e contraddizioni

Per migliorare la struttura e praticabilità della disciplina speciale delle garanzie nel Diritto della vendita, per colmare il meglio possibile le sue lacune e per

armonizzarla almeno gradualmente con quella dell'inadempimento, la giurisprudenza era costretta a dedicarsi con creatività allo sviluppo di regole e pretese *praeter legem*, il che, tuttavia e purtroppo, ha dato vita a ulteriori inconsistenze e ingiustizie.

Ricordiamoci che allora esisteva l'istituto giurisprudenziale della "*Positive Forderungsverletzung*", la responsabilità della violazione colposa di qualsiasi dovere derivante da un rapporto obbligatorio. La giurisprudenza allora si serviva di tale istituto per aprire al compratore una strada giuridica per farsi risarcire sia i danni subiti alla cosa stessa, sia quelli subiti, dovuti al vizio della cosa, ad altri suoi beni ed interessi. La disciplina non prevedeva, salvo le due eccezioni di garanzia e reticenza dolosa, una pretesa di risarcimento per tali danni nel caso in cui il venditore era responsabile del vizio.

Forse vi ricordate anche che la prescrizione di una tale pretesa, in mancanza di disposizioni speciali, era quella ordinaria generale di trent'anni. Esisteva allora, nei termini di prescrizione, un vero abisso tra sei mesi e trent'anni che la giurisprudenza, in quanto non legislatore, non era in grado di superare.

Un'altra conseguenza dell'applicazione di tale istituto giuridico era la necessità di distinguere tra i danni diretti e i danni "distanti" causati dal vizio in seguito. Gli ultimi erano risarcibili esclusivamente sulla base della "*Positive Forderungsverletzung*", i primi invece parzialmente su una base legale. Tale distinzione è difficilissima nel caso concreto e ha perciò prodotto una vasta casistica in sé poco consistente, con la tendenza di far rientrare nell'ambito d'applicazione dell'istituto giuridico, a favore del compratore danneggiato, sempre un maggior numero di casi.

III. La riforma

A questo punto era fuori ogni dubbio che non soltanto la parte generale del Diritto delle obbligazioni aveva bisogno di una riforma fondamentale, ma che anche il Diritto tedesco della vendita necessitava di una modernizzazione per non ricadere, a danno dell'economia, ancora di più all'indietro rispetto agli altri paesi sul mercato globalizzato. L'attuazione imminente della Direttiva europea sulla vendita dei beni di

consumo⁸ ha dato al legislatore l'ultima spinta alla modernizzazione più radicale del BGB, specie del Diritto della vendita, nel secolo della sua esistenza.

1. La Direttiva europea sulla vendita dei beni di consumo come modello di una codificazione moderna del Diritto della vendita

La direttiva, per quanto riguarda la disciplina delle garanzie del venditore al compratore, si ispirava fortemente alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci. La direttiva prevede ad esempio nell'art. 2 una definizione di conformità al contratto della prestazione del venditore; l'equivalente si trova nell'art. 35 della Convenzione di Vienna. Altro esempio: l'art. 3 co. 2 della direttiva concede all'acquirente il diritto di chiedere al venditore l'adempimento del contratto nel caso di violazione dei suoi obblighi, conformemente all'art. 46 della Convenzione di Vienna.

La Convenzione di Vienna, da parte sua, rappresentava e rappresenta tutt'ora lo stato attuale, moderno, internazionalmente consentito e largamente accettato del diritto di compravendita. Quindi si può dire che anche la Direttiva europea rispecchia un concetto giuridico moderno delle garanzie nella disciplina della vendita – e non solo nel settore dei beni di consumo, ma in generale. Per quanto questa constatazione sobria/prosaica sia stata contestata in dottrina e in gran parte dell'economia, il legislatore tedesco la condivideva.

2. La sostituzione del Diritto della vendita del BGB con la Direttiva europea sulla vendita dei beni di consumo

È davvero un passo coraggioso prendere una direttiva europea, destinata a regolare la materia speciale del diritto del consumatore, da modello per la riforma del diritto della vendita nel codice civile in generale; ma il legislatore tedesco l'ha proprio fatto, contro la forte resistenza di una corrente in dottrina preoccupata per la purezza concezionale del BGB. È stata una donna forte, la allora Ministra “di Giustizia e di tutela dei consumatori”, come il Ministero si chiama ufficialmente, a dare il congedo al diritto romano, sostituendolo con una codificazione conforme ai

⁸ Direttiva 1999/44/CE.

bisogni del traffico giuridico moderno in generale e allo stesso tempo, in quanto vincolante, idonea alla tutela dei consumatori in particolare. In tal modo il legislatore si risparmiava il doppio sforzo di dover riformare, magari con concetti di propria marca, il diritto della vendita in generale da un lato, e la stessa disciplina per i consumatori ai sulla base concezionale della direttiva dall'altro. Così alla fine la Direttiva sulla vendita dei beni di consumo è stata trasformata come tale nella disciplina generale di vendita del codice civile tedesco. Se vi volete informare sui contenuti e la dogmatica del Diritto della vendita in Germania relativo al sistema di vizi e garanzie, basta quindi leggere gli art. 128 ss. del Codice di consumo italiano dove la Direttiva ha trovato la sua collocazione.

3. L'attuazione della direttiva dal punto di vista tecnico-sistematico

Le regole europee di tutela del consumatore sono sempre e comunque vincolanti, cioè di diritto cogente. Anche il legislatore nazionale, nell'attuazione delle direttive, deve rispettare la natura imperativa di tali norme. Ora la disciplina della vendita consiste, nel diritto tedesco come in tutti i Codici civili, di norme dispositive per rispettare l'autonomia contrattuale delle parti e lasciar spazio ad accordi individuali. Al legislatore della riforma allora si è posto il problema di come rendere giustizia ad entrambi i requisiti e come armonizzare le norme dispositive con quelle speciali vincolanti sui diritti dei consumatori.

La soluzione era piuttosto semplice. Il legislatore ha inserito nel diritto della vendita, nei §§ 433 a 453 BGB le disposizioni della direttiva come norme dispositive applicabili a tutti i contratti di vendita, di beni di consumo o meno. Poi ha aggiunto un sottotitolo speciale sulla vendita dei beni di consumo, dal § 474 fino al § 479 BGB. Qui ha inserito in solo sei paragrafi la definizione del contratto di vendita dei beni di consumo della direttiva e tutte le sue disposizioni vincolanti per tale contratto, oltre le modificazioni per tale contratto delle regole generali della disciplina. In questo sottotitolo quindi troviamo ad esempio la norma sull'inversione dell'onere della prova rispetto alla non-conformità del bene per i vizi manifestatisi entro sei mesi dalla consegna (§ 476 BGB) oppure la norma sul regresso dell'imprenditore commerciale (§ 478 BGB), modificata in confronto alla disposizione generale sul regresso.

Quanto alle norme vincolanti comuni a più direttive, ad esempio sulle informazioni da dare ai consumatori da parte dell'imprenditore commerciale o sul diritto del consumatore al recesso in alcuni tipi di contratti, il legislatore tedesco ha scelto lo stesso approccio del legislatore italiano nel Codice di consumo: ha inserito queste norme nella parte generale del Libro delle obbligazioni.

IV. I risultati della riforma del Diritto della vendita

Riformare allo stesso tempo in un solo atto sia la parte generale del diritto delle obbligazioni sia nella parte speciale le discipline della vendita e dell'appalto, ha prodotto ottimi risultati. Cominciamo con quelli denunciati prima come i maggiori difetti della disciplina di vendita.

1. L'eliminazione dei maggiori difetti del diritto della vendita

Il principio del "tutto o niente" è stato superato in quanto nella disciplina nuova ogni vizio rappresenta una violazione dei doveri del venditore, alla quale deve rispondere, anche con un secondo o terzo tentativo, con l'obiettivo dell'adempimento corretto del contratto. Per l'adempimento del contratto oggi non basta più trasferire al compratore il mero possesso e la mera proprietà della cosa nelle condizioni in cui si trova, difettosa o malridotta che sia. È stato aggiunto, invece, al catalogo degli obblighi del venditore verso il compratore l'obbligo di consegnare al compratore una cosa conforme al contratto. Quindi è stato eliminato il risultato stranissimo, che il venditore può adempiere il contratto trasferendo anche una cosa non conforme al contratto. Oggi la consegna di una cosa viziata non può più essere considerato come adempimento del contratto.

Altrettanto è stato abbandonato la distinzione fra vizio giuridico ("*Rechtsmangel*") e vizio della cosa ("*Sachmangel*"). Il primo paragrafo della disciplina della vendita nel § 433 co. 1 stabilisce esplicitamente:

"Il venditore è obbligato a consegnare al compratore la cosa libera da vizi materiali e giuridici"

Non è più possibile, quindi, applicare al vizio giuridico una disciplina diversa da quella del vizio materiale.

La nozione del “vizio” è stata uniformata conformemente alla direttiva sulla vendita dei beni di consumo, includendo oggi anche divergenze di specie o di quantità che prima non rientravano nella nozione di “vizio” ma in quella di inadempimento. Il rispettivo § 434 BGB corrisponde testualmente alla relativa norma della direttiva.

Una garanzia, data dal venditore, rispetto a caratteristiche specifiche della cosa venduta non rappresenta più, come nel vecchio Codice, soltanto una variante della disciplina di garanzia, ma costituisce, secondo il nuovo § 443 BGB, un obbligo distinto che si aggiunge alla normativa legale della responsabilità del venditore. Se si tratta di una garanzia del produttore o di un terzo, nasce un contratto autonomo di garanzia tra il compratore e il terzo, del quale i terzi rispondono direttamente verso il compratore fatte salve le sue pretese legali verso il venditore. In tal modo si raddoppia il numero dei debitori del compratore.

Nella nuova disciplina non si pone più il problema della necessità di distinguere tra i diversi tipi di danni arrecati al compratore a causa il difetto della cosa venduta, cioè alla cosa stessa o ad altri beni ecc. del compratore. La nuova disciplina della vendita non si pronuncia nemmeno al riguardo, essendo oggi, come abbiamo visto, ogni vizio della cosa venduta di per sé una violazione oggettiva degli obblighi del venditore di cui risponde secondo le regole generali della nuova disciplina dell'inadempimento.

La riforma ha anche eliminato le ingiustizie causate dalle differenze estreme tra i termini di prescrizione, innanzitutto dal termine quasi scandaloso di sei mesi dopo la consegna, che ha fatto sì che la maggior parte delle pretese di garanzia fosse già caduta in prescrizione prima che il vizio si fosse mostrato. Il legislatore ha introdotto, nel § 438 BGB, termini di prescrizione speciali uniformi per tutte le pretese di garanzia, differenziando soltanto a seconda del tipo di bene, immobile o meno, e con poche modifiche per situazioni particolari. La prescrizione ordinaria per pretese di garanzia è ormai di due anni dalla consegna, in concordanza con la direttiva sulla vendita dei beni di consumo.

Una piccola osservazione a margine: la riforma ha anche abolito la disciplina speciale della vendita di bestiame in quanto oggi giorno molto meno frequente che nelle società rurali ai tempi dei romani.

2. I risultati dell'armonizzazione della nuova disciplina della vendita con la parte generale del Diritto delle obbligazioni

Ora, per concludere le mie lezioni, mi pongo una domanda: che fine ha fatto quell'istituto giuridico giurisprudenziale della "*Positive Forderungsverletzung*", di cui una volta, per colmare lacune gravi e attenuare ingiustizie inaccettabili, si sentiva tanto bisogno? La risposta non è difficile. Una volta colmate le lacune nelle discipline riformate e eliminate, tramite la riforma, anche le ingiustizie causate dalle inconsistenze e contraddittorietà della vecchia disciplina della vendita, non c'è più spazio per un tale istituto.

Al di là della neo-codificazione di tantissimi particolari, il legislatore innanzitutto ha stabilito, nella parte generale del diritto delle obbligazioni, due principi che rendono superflua una figura giuridica generale come quella della "*Positive Forderungsverletzung*". Il § 280 BGB, che conosciamo già, ha stabilito la responsabilità del debitore per ogni violazione colposa di un dovere derivante da un rapporto obbligatorio e ha messo in chiaro, nel § 241 co. 2 BGB, che tale responsabilità comprende anche la violazione colposa di obbligazioni accessorie al contratto come quelle di riguardo e protezione.

La risposta alla mia domanda quindi è questa: l'istituto della "*Positive Forderungsverletzung*" ha avuto lo stesso destino di tante altre figure giuridiche giurisprudenziali quando il legislatore interviene – è sparito.