

GIUSTIZIA CIVILE

Anno LII Fasc. 7/8 - 2002

Eleonora Rajneri

**LA RIFORMA DEL CODICE CIVILE
TEDESCO: SPUNTI DI RIFLESSIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

[2556] LA RIFORMA DEL CODICE CIVILE TEDESCO:
SPUNTI DI RIFLESSIONE

SOMMARIO: 1. Il contesto europeo della riforma tedesca: a) il *background* culturale della riforma. — 2. (Segue): b) i metodi di recepimento delle direttive europee. — 3. (Segue): c) principali argomenti e obiettivi della riforma. — 4. La prescrizione riformata. — 5. La riforma del *Leistungsstörungrecht* e la tecnica di redazione del codificatore tedesco: a) il concetto onnicomprensivo di « impossibilità ». — 6. (Segue): b) l'impossibilità di una prestazione di un contratto sinallagmatico. — 7. (Segue): c) l'impossibilità iniziale e la responsabilità (pre)contrattuale. — 8. Il codice civile e la direttiva comunitaria sulla garanzia nel contratto di compravendita dei beni di consumo. Uniformazione della disciplina legislativa: a) ragioni di una disciplina speciale per il consumatore. — 9. (Segue): b) il concetto di « vizio della cosa ». — 10. (Segue): c) i rimedi: il consumatore si trova in una posizione migliore? — 11. (Segue): d) i termini. — 12. (Segue): e) disciplina speciale del consumatore: la scelta del legislatore tedesco. — 13. Le reazioni della dottrina tedesca: prime osservazioni.

1. *Il contesto europeo della riforma tedesca:* a) il *background culturale della riforma*. — Il fatto che uno dei Paesi membri della Comunità europea promulghi la riforma del proprio codice civile non costituisce un'operazione neutra dal punto di vista degli altri Stati: collocata nel contesto europeo di questi anni essa acquista un suo preciso significato. In questo periodo, come è noto, si sta facendo strada con sempre maggiore insistenza l'idea di redigere un codice civile europeo, per lo meno per la parte riguardante le obbligazioni e i contratti: le istituzioni della Comunità già da qualche tempo hanno iniziato un dialogo con il mondo universitario e con il mondo dei pratici al fine di vagliare l'opportunità e le modalità di realizzazione di tale codice (1). Viene manifestata, infatti, la preoccupazione che gli interventi settoriali fino a qui utilizzati al fine di armonizzare i diversi sistemi giuridici non costituiscano più uno strumento sufficiente a raggiungere gli scopi della Comunità. Si moltiplicano i dibattiti e le tavole rotonde sul tema e prendono corpo alcuni progetti di studio (2). Inserita nel quadro di questo dibattito, la promulgazione della riforma del BGB esprime, innanzi tutto, la riaffermazione del valore del codice come strumento principe di regolazione e di sistemizzazione del diritto, proprio quando esso sembrava ormai essere stato soppiantato dalla legislazione

(1) Nel 1989 e nel 1994 il Parlamento europeo ha espresso l'auspicio che si cominciasse a lavorare sulla possibilità di redigere un Codice comune europeo di diritto privato (G.U. C.E. 26 giugno 1989, n. C-158, 400; risoluzione A2-157/89 e G.U. C.E. 25 luglio 1994 n. C-205, 518; risoluzione A3-0329/94). La Commissione europea, con la comunicazione dell'11 luglio 2001, interroga gli stati membri, gli accademici e i pratici sulle modalità e sulle tecniche di redazione di tale codice.

(2) In particolare: LANDO, BEALE, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, in *Kluwer Law International*, The Hague-London-Boston 2000; il progetto elaborato dall'Accademia dei giuristi europei, coordinata da Giuseppe Gandolfi: *Code européen des contrats*, Università di Pavia, 2001; il *Common Core of European Private Law*, organizzato all'Università di Trento da Mauro Bussani e Ugo Mattei; il gruppo di studio per un codice civile europeo coordinato da C. von Bar.

speciale. In secondo luogo, propone all'Europa, in modo più o meno esplicito, un modello di codice moderno e aggiornato alla luce della disciplina dettata dalle direttive europee e si tratta di una proposta di cui l'Europa non potrà non tenere conto.

a) La riforma del codice civile tedesco, approvata dal Bundestag e dal Bundesrat rispettivamente l'11 ottobre e il 9 novembre 2001, è in vigore dal 1° gennaio 2002. La riforma porta la firma di Herta Daubler-Gmelin, Ministro della giustizia del governo Schröder.

Sebbene la dottrina tedesca sembri essere stata colta di sorpresa, quanto meno per la rapidità con la quale il progetto di legge è stato approvato in Parlamento, la riforma del codice civile non è certo il frutto di un lavoro improvvisato. In Germania l'avvio del percorso che ha condotto a questo risultato può dirsi iniziato oltre venti anni fa. In particolare, quando venne promulgata la legge sulle condizioni generali di contratto (AGB-Gesetz del 1976), si decise di non integrare tale disciplina nel codice civile al fine di evitare l'ingresso di valutazioni contraddittorie, ma, nello stesso tempo, si iniziò a riflettere sulle possibili modifiche ed integrazioni del diritto delle obbligazioni. Il Ministero federale della giustizia, negli anni 1979 e 1980, richiese ad alcuni studiosi di elaborare dei pareri su singoli settori e fare proposte per una rielaborazione del codice civile (3). Nel 1984 venne istituita la c.d. *Schuldrechtskommission*. Essa era composta di quindici membri (scelti tra i professori universitari, giudici delle alte corti e funzionari ministeriali con esperienza nel settore legislativo) ed aveva il compito di elaborare un progetto sistematico di riforma del codice civile nelle parti riguardanti la prescrizione, le irregolarità nell'adempimento delle obbligazioni (*Leistungsstörungenrecht*) e la garanzia nel contratto di compravendita e nel contratto d'opera. La *Schuldrechtskommission*, suddivisa in tre gruppi di studio, lavorò per otto anni utilizzando gli strumenti del diritto comparato per confrontare le discipline degli altri sistemi legislativi e le norme contenute nei trattati internazionali (in materia di vendita, in particolare). Essa concluse il suo incarico nel 1992 con la pubblicazione di un progetto di riforma (4). Il progetto non incontrò il consenso unanime della dottrina tedesca (5), venne rapidamente considerato superato alla luce delle direttive europee che man mano andavano a disciplinare quelle stesse materie (6) e, soprattutto, soffrì la mancanza di una volontà politica decisa. Non per questo, tuttavia, può essere considerato un insuccesso. La pubblicazione del progetto di riforma redatto dalla *Schuldrechtskommission*, infatti, servì ad alimentare una vivace discussione generale, dando modo a tutta la dottrina civilistica tedesca di intervenire nel dibattito e di confrontarsi attraverso scambi di articoli, conferenze e tavole rotonde, fino a costruire quel substrato dottrinario comune che costituisce una delle condizioni

(3) Per una valutazione del lavoro compiuto in quegli anni, cfr. BUNTE, *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*, trad. it. di S. PATTI, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 181-206, preceduto dal commento di DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, 167-180.

(4) *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* a cura del Bundesminister der Justiz, Köln 1992.

(5) V. in particolare le critiche mosse da FLUME, in *ACP*, 193 (1993) 89, e ERNST, in *JZ*, 1994, 801.

(6) Le direttive europee in materia di garanzia nei contratti di compravendita seguono sostanzialmente le linee guida già tracciate dal progetto della *Schuldrechtskommission* rendendo così visibile il percorso seguito dalle idee che circolano in Europa.

indispensabili per la realizzazione di un codice civile (e, dunque, anche per la rielaborazione sistematica di una parte importante del codice civile) (7).

Negli anni successivi al rigetto del lavoro della *Schuldrechtskommission*, una nuova spinta alla riforma del codice arrivò dalla pressione esercitata sul sistema giuridico nazionale dagli obblighi di implementazione delle direttive europee.

2. (Segue): b) *i metodi di recepimento delle direttive europee*. — L'oggetto privilegiato di disciplina delle direttive europee è senza dubbio il contratto, in quanto strumento fondamentale per la realizzazione delle transazioni all'interno del mercato unico. In particolare sono andate moltiplicandosi le direttive che, con il proposito di tutelare il consumatore, si preoccupano di regolamentare aspetti peculiari di singoli tipi contrattuali, come il contratto concluso tra il consumatore e il professionista, il contratto concluso a distanza o tramite l'utilizzo di strumenti elettronici (internet, per intenderci), il contratto concluso al di fuori dei locali commerciali, il contratto che offre servizi finanziari e così via. Il problema creato dalle direttive sorge dal fatto che i legislatori nazionali non hanno previsto tutte queste categorie di contratto: essi dispongono di una disciplina generale per i contratti e di discipline più specifiche per il contratto tipico di compravendita. Il recepimento delle direttive in questione frantumò il contratto di compravendita in tante piccole sottocategorie e crea, dunque, dei problemi di coordinamento e di frizione tra norme.

I francesi hanno risolto il problema creando un apposito codice del consumatore (8) nel quale riversano tutta la normativa comunitaria in materia, seguendo quel meccanismo di contrapposizione tra regola generale (il codice civile) e regola d'eccezione (il codice del consumatore) che a loro è assai caro. La soluzione adottata dai francesi ha il merito di salvare il mito dell'intramontabilità del *code Napoléon*, ma non risolve il problema del coordinamento tra le norme giacché esso, semplicemente, è rinviato al livello giurisprudenziale.

Gli italiani adottano lo strumento della legge speciale, senza, allo stato, indagare sui possibili strumenti alternativi.

I tedeschi, invece, prima dell'approvazione della riforma e a seguito del lavoro della *Schuldrechtskommission*, avevano aperto un acceso dibattito che vedeva fronteggiarsi da un lato coloro i quali ritenevano che fosse ormai necessario ed inevitabile riformare il BGB, nella parte riguardante le obbligazioni e i contratti, tentando di uniformare la disciplina europea e il diritto interno (*große Lösung*); dall'altra, coloro i quali avrebbero voluto far salvo il carattere di astrattezza e di sinteticità del codice tedesco, limitandosi ad implementare le direttive europee sotto forma di legge speciale (*kleine Lösung*): questi ultimi, in particolare, esprimevano il timore che l'incorporazione nel codice civile delle direttive europee costringesse il legislatore ad un'opera di continua rivisitazione del codice man mano che nuove materie fossero attratte nell'orbita del legislatore comunitario.

(7) SACCO R., *Introduzione al diritto privato comparato*, Torino 1990, 216. L'autore cita tre condizioni necessarie per la realizzazione di una codificazione originale (e non di imitazione): « un potere deciso a superare le resistenze che si profileranno; una scelta politica rivolta a favore di regole d'insieme di largo respiro, a carattere non casistico, non frammentario e non provvisorio, ovvero una scelta rivolta a condensare nel codice queste regole d'insieme, lasciando che leggi speciali o atti amministrativi generali statuiscono sui dettagli e sul provvisorio; un'avvenuta elaborazione di queste regole di insieme, composte in sistema, ad opera di una dottrina affiatata e prestigiosa (un dottrinario solitario non basterebbe!) ».

(8) BUREAU, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, in *R.D.*, 1994, 291.

alterando inevitabilmente il carattere, le linee guida ed il significato anche simbolico del codice.

Nel corso di questo dibattito si è inserita in Germania una volontà politica determinata a realizzare la riforma del codice, ed a realizzarla in tempi brevi. Il 4 agosto 2000 il Ministero della Giustizia tedesco presentò un primo progetto di riforma (*Diskussionsentwurf*). Esso, tuttavia, venne aspramente criticato dalla dottrina che era stata completamente estromessa dall'opera di redazione (9). Di conseguenza, a gennaio 2001, il Ministero della Giustizia nominò una commissione composta esclusivamente da accademici e le affidò il compito di rielaborare il *Diskussionsentwurf* (10). Il 6 marzo successivo la commissione pubblicò il risultato del proprio lavoro (*Konsolidierte Fassung*), al quale fece seguito, il 14 maggio, il progetto definitivo (*Gesetzentwurf*).

A questo punto, continuando il gioco di spinte incrociate tra politici e accademici, il Ministero della Giustizia, noncurante delle critiche della dottrina che reclamava il tempo per riflettere e per discutere sulla riforma, facendosi scudo delle scadenze ormai prossime per l'implementazione delle direttive europee e mentre l'attenzione dell'opinione pubblica era concentrata sulle operazioni belliche in Afghanistan, ottenne nell'arco di un mese l'approvazione dei due rami del Parlamento per il progetto di riforma.

3. (Segue): c) *principali argomenti e obiettivi della riforma*. — La legge approvata dal Parlamento tedesco rivede il codice civile nelle parti riguardanti la prescrizione, le irregolarità nell'adempimento delle obbligazioni (*Leistungsstörungsgerecht*) e la garanzia nel contratto di compravendita e nel contratto d'opera, ovvero nelle stesse parti che già erano state studiate dalla *Schuldrechtskommission*. Le modifiche di maggior rilievo e di maggior ampiezza sono, dunque, concentrate nel libro secondo, quello dedicato ai rapporti obbligatori. Rimane, invece, intatta, la ben nota parte generale del BGB. Gli obiettivi dichiarati della riforma sono quelli di assicurare la semplificazione, la trasparenza e la sicurezza del diritto (*Vereinfachung, Transparenz, Rechtssicherheit*). Dopo aver esaminato alcune delle principali modifiche apportate dal legislatore tedesco al BGB, sarà possibile esprimere qualche valutazione sulle critiche mosse dalla dottrina tedesca riguardo all'efficacia delle soluzioni adottate rispetto agli obiettivi esposti.

4. *La prescrizione riformata*. — I termini di prescrizione (11) previsti dal

(9) In particolare la tavola rotonda organizzata da Renhard Zimmermann e Wolfgang Ernst a Regensburg il 17-18 novembre 2000 («*Symposium Schuldrechtsmodernisierung 2001*»). Gli atti del Convegno sono raccolti in ERNST, ZIMMERMANN, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen 2001).

(10) La commissione era composta da: Canaris, Rolland, Brambring, Daubler, Ernst, Grunewald, Haas, Heinrichs, Heldrich, Konzen, Medicus, Schlechtriem, Teichmann, Westermann.

(11) L'istituto della *Verjährung* nel codice civile tedesco riguarda solo gli *Ansprüchen*, ovvero le pretese che un soggetto può vantare nei confronti di un altro soggetto affinché quest'ultimo faccia o non faccia qualcosa (§ 194). Rimangono esclusi da questa definizione i diritti potestativi, come l'azione di annullamento o il recesso da un contratto. Per questi ultimi, il legislatore tedesco, invece di richiamare l'istituto della *Verjährung*, utilizza il termine «*Frist*». Ciò significa che non sono applicabili le norme in materia di sospensione e interruzione previste per la *Verjährung*. Il *Frist* pertanto, assomiglia nella sostanza ad un termine di decadenza che molto spesso viene fissato dal giudice e non dal legislatore. Per effetto della *Verjährung*, trascorso un periodo di tempo indicato dal legislatore, il debitore può legittimamente rifiutarsi di eseguire la propria prestazione (§ 214). La *Verjährung* non ha, dunque, effetti estintivi del diritto del creditore, tant'è che se il debitore esegue comunque la sua prestazione, essa non è considerata senza causa e, pertanto, non è ripetibile. Il codice civile italiano adotta la

legislatore del BGB erano in generale lunghi, notoriamente troppo lunghi, tant'è che la giurisprudenza, appellandosi alla norma sulla buona fede (§ 242), aveva inventato la teoria della *Verwirkung*. Secondo questa teoria, è da considerarsi contro la buona fede, e dunque illecito, il comportamento di chi, dopo aver trascurato di esercitare un proprio diritto per un tempo sufficientemente lungo ad ingenerare nei terzi il ragionevole convincimento che egli non aveva più intenzione di esercitarlo, decida all'improvviso di riprendere l'esercizio del diritto in questione. L'illiceità di tale comportamento può dunque scattare prima che il periodo di prescrizione previsto dalla legge abbia compiuto il suo corso. La teoria del *Verwirkung* mette in luce l'insofferenza del sistema per i lunghi termini di prescrizione imposti dal codice del 1900 (12). A ciò si aggiunge il fatto che i termini di prescrizione erano disseminati in un gran numero di leggi speciali che dovevano essere coordinati con le disposizioni generali del codice (13). Con la riforma in esame il legislatore ha rivisto tutto l'istituto assecondando la tendenza esplicitata dalla giurisprudenza, ovvero accorciando i termini e rendendoli il più possibile uniformi.

A tal fine occorreva preliminarmente effettuare una scelta di fondo: è meglio far decorrere il periodo di prescrizione da quando il titolare del diritto in questione sa (o può sapere) di poterlo esercitare, oppure da quando il diritto esiste, a prescindere dalla conoscenza che il suo titolare ne abbia? La scelta non è priva di conseguenze. Infatti, adottata la prima soluzione, è possibile fissare dei termini di prescrizione molto brevi, ma, per altro verso, si sacrifica la certezza del diritto. Adottata la seconda soluzione, invece, diventa necessario fissare dei termini di prescrizione più lunghi per essere sicuri che il titolare del diritto abbia avuto modo di rendersi conto della situazione in cui si trova.

Di fronte a questa scelta il legislatore tedesco ha deciso di modificare la disciplina previgente adottando il criterio soggettivo: il § 199 sancisce come regola generale che il periodo di prescrizione inizia a decorrere dalla fine dell'anno nel quale il titolare del diritto ha conosciuto o, comunque, avrebbe potuto conoscere (se non fosse stato in colpa grave), il fondamento della propria pretesa e il soggetto che gli è debitore (§ 199, n. 1). Conseguentemente, il termine di prescrizione ordinario è stato abbreviato da trent'anni a tre anni (§ 195). In alcune ipotesi, tuttavia, il criterio soggettivo di computo del termine è stato, per così dire, corretto, aggiungendo un tempo limite, oltre il quale il diritto si considera comunque prescritto. Così, ad esempio, nell'ipotesi di atti lesivi della vita, del corpo, della salute o della libertà di una persona, il periodo di prescrizione ordinario inizia a decorrere dal momento della conoscenza della lesione, secondo le regole generali, ma il diritto al risarcimento si estingue comunque nel termine massimo di trent'anni dal momento della commissione dell'atto lesivo (§ 200, n. 2). La *ratio* è evidentemente quella di evitare che possano essere avanzate delle pretese che trovano il loro fondamento in eventi risalenti molto indietro nel tempo, come, in ipotesi, potrebbe avvenire per alcune tipologie di danni alla salute.

Per quanto riguarda il contratto di vendita, la prescrizione del diritto alla

medesima soluzione ricorrendo al concetto di obbligazione naturale (sebbene l'art. 2934 c.c. attribuisca espressamente alla prescrizione effetti estintivi del diritto); infatti, ai sensi dell'art. 2940, non è ripetibile il pagamento di un debito prescritto.

(12) PATTI S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli 1978, 101 ss.

(13) In base a una classificazione del Ministero federale della giustizia, citata da Bunte, in circa 200 leggi e ordinanze si trovavano 2700 prescrizioni (BUNTE, *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*, cit., 184).

garanzia per vizi inizia a decorrere dal momento della consegna (se si tratta di un bene mobile) o dal momento dell'iscrizione nei pubblici registri (se si tratta di un bene immobile).

Il termine di prescrizione ordinario di tre anni patisce, inoltre, numerose eccezioni. Ad esempio, la prescrizione trentennale rimane in vigore per l'azione di rivendicazione (14), per i diritti successori e per i diritti documentati in titoli esecutivi (§ 197). Si prescrivono in dieci anni le pretese relative al trasferimento del diritto di proprietà su un bene immobile o le pretese relative alla costituzione, al trasferimento o all'estinzione di altri diritti su un bene immobile, come pure le pretese relative alle modifiche del contenuto di tali diritti e le pretese che sorgono dalle relative controprestazioni (§ 195) (15). Vi sono poi diritti scaturenti da singoli tipi di contratto che si prescrivono in due anni (la garanzia per la vendita di bene mobile non conforme al contratto) o in cinque anni (la garanzia per vizi dell'opera appaltata).

5. *La riforma del Leistungsstörungsrecht e la tecnica di redazione del codificatore tedesco:* a) il concetto onnicomprensivo di « impossibilità ». — La riforma del codice civile tedesco rivede tutta la disciplina del *Leistungsstörungsrecht*, ovvero dei perturbamenti, delle irregolarità, degli ostacoli che si possono verificare nell'adempimento di un'obbligazione, di qualunque tipo essa sia (16). La tecnica di redazione delle norme è quella tipica del codificatore tedesco: si parte da un concetto generale ed onnicomprensivo, il quale riunisce in sé fattispecie anche eterogenee, accumulate dall'aver almeno un effetto giuridico in comune; dopo di che ci si addentra man mano in sottoinsiemi sempre più definiti e circoscritti, per ognuno dei quali sono previsti effetti giuridici ulteriori. Con questa tecnica il legislatore evita, per quanto possibile, le ripetizioni, ed accresce il livello di sinteticità (17).

In questo caso, il concetto astratto di partenza è quello di « impossibilità » (*Unmöglichkeit*) descritto al § 275 (18). Per impossibilità si intende tanto l'impossibilità oggettiva, quanto quella soggettiva, quella imputabile così come quella non imputabile, quella iniziale, quella sopravvenuta, quella parziaria, quella totale ed anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta (19): in tutti questi casi si verifica sempre

(14) In Germania il diritto di proprietà è imprescrittibile, non lo è, invece, l'azione di rivendicazione.

(15) Il diritto tedesco non conosce i contratti ad effetti reali giacché conserva la distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*, dei quali il primo vale a trasferire un diritto obbligatorio tra le parti, mentre solo il secondo, l'atto materiale di esecuzione del trasferimento, vale a trasferire il diritto di proprietà. In virtù dell'*Abstraktionsprinzip*, i due negozi sono del tutto indipendenti, di modo che l'eventuale nullità del rapporto obbligatorio tra le parti non inficia la validità dell'atto materiale di trasferimento (MATTEI, *Basic principles of property Law*, Westport-London 2000, 104; GENTILE F.S., *La trascrizione immobiliare*, Napoli 1959, 3 ss.).

(16) Il concetto onnicomprensivo di *Leistungsstörungsrecht* elaborato dalla cultura giuridica tedesca ricorda quello di *breach of contract* della *common law*.

(17) MARKENSINIS, *The German Law of Obligations*, Oxford 1997, 15. L'autore non esita ad accostare la tecnica di redazione del BGB allo schema dei gironi danteschi.

(18) CANARIS, *Zur Bedeutung der Kategorie der « Unmöglichkeit » für das Recht des Leistungsstörungen*, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, a cura di SCHULZE, REINER-SCHULTE, NOLKE, HANS, Münster 2001, 43.

(19) La c.d. « *wirtschaftlichen* » *Unmöglichkeit* libera il debitore solo se sussiste una considerevole sproporzione tra il costo che lo stesso debitore deve affrontare per eseguire la sua prestazione e l'interesse che il creditore ha a riceverla. Il metro di misura è dunque l'interesse del creditore. Nel valutare tale sproporzione occorre anche considerare se l'eccessiva onerosità è dovuta ad una causa imputabile al debitore oppure no (§ 275, n. 2).

lo stesso effetto giuridico, ovvero la liberazione del debitore dall'obbligo di adempiere la prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio.

Detto questo, si comincia a distinguere scendendo man mano di livello.

Così, se la causa che ha determinato l'impossibilità è imputabile al debitore (a titolo di dolo o di colpa), allora si verifica un effetto ulteriore: il debitore è tenuto a risarcire i danni. Più precisamente il creditore può scegliere se chiedere il risarcimento dei « danni in luogo della prestazione » ex § 280 (ovvero il c.d. « interesse positivo » o « *Erfüllungschaden* »), oppure la restituzione delle spese affrontate confidando nella corretta esecuzione del contratto ex § 284 (*Vertrauensschadens*).

Rientra nella sfera delle ipotesi che prevedono il risarcimento dei danni anche il caso della prestazione non eseguita nel tempo previsto per causa imputabile al debitore. Qualora si tratti di un'obbligazione pecuniaria, il § 288 quantifica il danno risarcibile sancendo il tasso di interesse legale al cinque per cento in via generale e all'otto per cento nel caso di un rapporto obbligatorio in cui non era coinvolto un consumatore. In tutti i casi, il creditore può provare di aver subito un danno maggiore rispetto a quello coperto dagli interessi legali. La norma che distingue il tasso di interesse a seconda delle categorie di soggetti coinvolti nella relazione obbligatoria modifica il codice previgente che, invece, non faceva distinzioni. D'altro canto, si tratta di distinzioni di cui il giudice, comunque, era abituato a tener conto, pur mancando un'esplicita indicazione legislativa (20).

Il § 281 disciplina un'ipotesi che non era stata esplicitata dai primi redattori del BGB: esso sancisce la responsabilità del debitore anche nel caso di cattiva esecuzione della prestazione. Occorre, infatti, ricordare che il legislatore del 1900, seguendo l'impostazione teorica suggerita da Friedrich Mommsen (21), non aveva menzionato la fattispecie della cattiva esecuzione della prestazione insieme a quella dell'impossibilità e del ritardo. Era, quindi, dovuta intervenire la giurisprudenza per porre rimedio alla lacuna legislativa, seguendo una tecnica che peraltro è stata utilizzata in tutti quei casi in cui il legislatore tedesco si è tenuto ad un tale livello di astrattezza da richiedere un intervento del giudice più di tipo creativo che interpretativo (22). Con la riforma in esame il legislatore afferma espressamente la

(20) Si pensi, ad esempio, alle distinzioni tra le diverse categorie di creditori tracciate dalle sezioni unite della nostra Corte di cassazione: quando il creditore esercita un'attività imprenditoriale la Corte presume automaticamente che il danno patito sia maggiore di quello coperto dall'interesse legale, poiché si fa riferimento al normale impiego del denaro nel ciclo produttivo (Cass. 4 luglio 1979 n. 3776; Cass. 25 ottobre 1979 n. 5572); INZITARI, *Interessi*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino 1993, 566 ss.

(21) MOMMSEN F., *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, Schwetschke, 1853. L'autore suggerisce che tutte le ipotesi di irregolarità nell'adempimento disciplinate dal diritto romano possono essere ricondotte a due casi specifici: quello della impossibilità della prestazione e quello del ritardo dell'esecuzione. Questa impostazione, seguita dal codice promulgato nel 1900, è stata ben presto sottoposta a critiche da chi ha sostenuto che essa non prevede il caso della cattiva esecuzione (STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen. Festschrift für den XXVI Deutschen Juristentag*, 1904, 29).

(22) Il primo caso che si è presentato all'attenzione delle corti risale al 1903 e riguarda un contratto stipulato da due parti ed avente ad oggetto la fornitura del materiale inerte necessario alla costruzione di un tunnel. Il prezzo era stato fissato facendo riferimento non ad una quantità determinata di materiale inerte, ma alla quantità necessaria al completamento dell'opera. Sennonché il fornitore venne a sapere che la sua controparte aveva utilizzato parte del materiale per costruire anche un'altra opera. Il *Reichsgericht*, richiamando espressamente l'opera di Staub (v. *supra* nt. 21), afferma che questa ipotesi non riguarda quelle legislativamente previste perché non integra né la fattispecie dell'impossibilità, né quella del ritardo dell'esecuzione; ciononostante ritiene che le norme dettate per tali ipotesi siano applicabili in via analogica anche ai casi di cattiva esecuzione del contratto, con la conseguenza che la parte non inadempiente può chiedere o la risoluzione del contratto o il risarcimento dei danni (RGZ 54, 98, caso 79); tra i numerosi altri casi v., ad esempio: BGHZ 47, 312, caso 82; RGZ 66, 289, caso 80.

responsabilità del debitore per la cattiva esecuzione della prestazione imponendogli l'obbligo di risarcire il danno subito dal creditore, ai sensi dei §§ 280 ss.

6. (Segue): b) *l'impossibilità di una prestazione di un contratto sinallagmatico.* — Se l'obbligazione diventata impossibile, o non correttamente eseguita, era stata dedotta nell'ambito di un contratto sinallagmatico, allora (e ci stiamo spostando in un altro sottoinsieme) il creditore può avvalersi del rimedio ulteriore della risoluzione contrattuale. La nuova disciplina regolamenta con maggior precisione della precedente le modalità di risoluzione (stabilendo, ad esempio, quali sono i casi in cui la risoluzione opera di diritto, senza che occorra concedere un termine al debitore per il corretto adempimento). In questo sottoinsieme, l'innovazione più rilevante è quella del § 325 che sancisce che « il diritto di chiedere il risarcimento dei danni nel caso di un contratto sinallagmatico non viene escluso dalla domanda di risoluzione ». La norma desta particolare interesse perché il § 326 del codice previgente escludeva la possibilità di cumulare il rimedio della risoluzione contrattuale con la domanda di risarcimento dei danni nell'ipotesi di inadempimento di una delle prestazioni di un contratto sinallagmatico (*Rücktritt und Schadensersatz schließen sich aus*).

Il punto è che il giurista tedesco concepiva il risarcimento dei danni come il sostituto della prestazione (23); se, dunque, la prestazione originaria viene sostituita da qualcos'altro allora il contratto, in qualche modo, esiste ancora. Viceversa, quando un contratto viene dichiarato risolto, esso non esiste più *ab initio*, dunque possono essere avanzate solo quelle domande volte a ottenere la restituzione di quanto prestato in forza del contratto risolto, con esclusione di altre voci di danno. Ovviamente, se la mancata prestazione ha cagionato un danno a persone o a cose integrando la fattispecie del § 823, allora può essere avanzata la domanda di risarcimento relativamente a tali danni, essendo ammesso in diritto tedesco il cumulo tra la responsabilità extracontrattuale e quella contrattuale (24). Ma, esclusa questa ipotesi, la parte non inadempiente, che ha già provveduto ad eseguire la propria prestazione, poteva scegliere solo tra chiedere la restituzione di quanto prestato facendo dichiarare la risoluzione del contratto, oppure chiedere il risarcimento dei danni (25). Il § 325 riformato, dunque, introduce un'innovazione che consente al giudice di fare uso del rimedio risarcitorio in modo più duttile, affiancandolo e combinandolo con gli altri rimedi contrattuali, a seconda delle esigenze del singolo caso di specie.

7. (Segue): c) *l'impossibilità iniziale e la responsabilità (pre)contrattuale.* — Ritornando al concetto di impossibilità, si osserva che esso include anche l'ipotesi dell'impossibilità che si è verificata ancor prima della conclusione del contratto, sia essa oggettiva o soggettiva. Nel sistema giuridico italiano e in quello francese tale ipotesi viene ascritta alla categoria della responsabilità precontrattuale, che, a sua

(23) Infatti il legislatore utilizza l'espressione *Schadensersatz statt der Leistung* (§ 280 ss.).

(24) MONATERI, *Il cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, Padova 1989, 19 ss.

(25) L'unica concessione ammessa dalla giurisprudenza riguardava l'ipotesi del creditore che deve ancora eseguire la sua prestazione quando ormai si è verificato l'inadempimento della sua controparte: in questo caso la giurisprudenza ammetteva che il creditore potesse chiedere il risarcimento dei danni, senza dover preventivamente adempiere alla sua prestazione (i danni, dunque, andavano calcolati solo sulla differenza, ovvero detraendo il valore della prestazione che il creditore avrebbe dovuto prestare). RGZ 50, 255, caso 124.

volta, viene trattata come un caso di responsabilità per fatto illecito (26). Il diritto tedesco previgente, invece, distingueva tra impossibilità oggettiva e impossibilità soggettiva. La prima era espressamente regolata dal BGB, che sanciva innanzitutto la nullità del contratto, giacché *impossibilium nulla obligatio* (§ 306 BGB previgente); dopo di ciò affermava che se una delle due parti contraenti conosceva, o avrebbe potuto conoscere, che la prestazione dedotta contrattualmente era impossibile fin dall'inizio, allora aveva l'obbligo di risarcire i danni patiti dalla parte, che, invece, era rimasta ignara, senza sua colpa, della situazione.

La misura dei danni risarcibili andava calcolata in funzione del solo interesse negativo, ovvero era risarcibile ciò che la parte in buona fede aveva speso confidando nella validità del contratto in questione. Come è noto, la responsabilità contrattuale ha la funzione di soccorrere la parte non inadempiente ponendola nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato realizzato così come programmato: essa, si dice, è un rimedio che guarda al futuro. Viceversa, la responsabilità extracontrattuale guarda al passato giacché ha la funzione di porre la parte danneggiata nella stessa posizione in cui si trovava prima che il danno si fosse verificato (27). Ebbene, alla luce di tale criterio distintivo, è piuttosto evidente che il rimedio approntato dal redattore del BGB per la fattispecie in esame era di tipo extracontrattuale. Tuttavia, poiché in diritto tedesco la responsabilità extracontrattuale è tipizzata, non è possibile farvi rientrare ipotesi che esulano da quelle espressamente previste dai § 823 ss. Per ovviare a questo ostacolo, la dottrina tedesca aveva classificato la responsabilità precontrattuale nell'ambito della categoria della responsabilità contrattuale, con ciò che ne consegue in termini di prescrizione e di onere della prova (28). Va da sé che ciò significava sorvolare su alcune ambiguità di fondo.

L'ipotesi dell'impossibilità soggettiva, invece, mancando una espressa previsione legislativa, era stata diversamente disciplinata dalla giurisprudenza. In questo caso, infatti, il debitore, non importa se consapevole o inconsapevole dell'impossibilità, era tenuto a risarcire alla sua controparte l'intero interesse positivo. Questa soluzione era spiegata con la c.d. « teoria della garanzia », secondo la quale il debitore, nel momento in cui si assume un impegno contrattuale, offre implicitamente al suo creditore una garanzia relativamente all'ottenimento della prestazione principale. Quando emerge che la prestazione principale era soggettivamente impossibile fin dall'inizio, egli è dunque tenuto a corrispondere al creditore l'interesse positivo, a titolo di prestazione dedotta nella predetta garanzia. In altri termini, si riteneva più equo far ricadere il rischio dell'impossibilità sul soggetto nella cui sfera essa si è verificata.

(26) MUSY, *Il dovere di informazione*, Trento 1999, 177 ss.

(27) Sul tema v.: FULLER, PERDUE, *The reliance interest in contract damages*, I, 46, *Yale L.J.*, 1936, II, 46, *Yale L.J.*, 1937, 373; BURROWS, *Contract, Tort and Restitution — A Satisfactory Division or not?*, 99, *L.Q.R.*, 1983, 591-604.

(28) La dottrina spiega la regola affermando che le parti di una trattativa non sono due estranei come nell'ipotesi della responsabilità extracontrattuale, ma sono legate da un rapporto speciale (*Sonderverbindung*); tale rapporto speciale dà origine ad una serie di obblighi reciproci che sono stati man mano implementati dalla giurisprudenza richiamando il più generale obbligo di buona fede (§ 242) e che si giustificano con la necessità di proteggere l'affidamento della parte incolpevole. Cfr. STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, in *JZ*, 1923, 534; LORENZ, *Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtiger Auskunft*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München 1973, 575 e 618; HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig 1941, 9; MEDICUS, *Culpa in contrahendo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, II, 1984, 573. Tali autori sono citati in Musy, *Il dovere di informazione*, Trento 1999, 185 s.

Il legislatore della riforma ha, innanzitutto, unificato le due ipotesi sottoponendole alla medesima disciplina. Il § 311a riformato esordisce con la seguente affermazione: « la validità di un contratto non è messa in discussione dal fatto che il debitore non è tenuto ad eseguire la sua prestazione ai sensi del § 275, abs. 1, 2 e 3, e che l'impedimento si è verificato prima della conclusione del contratto ». Secondo il codice civile tedesco riformato, dunque, un contratto con prestazione impossibile fin dall'origine è valido. Da ciò consegue l'obbligo, per la parte che conosceva o avrebbe potuto conoscere tale impossibilità, di risarcire i danni, dove per danno risarcibile si intende, coerentemente con le premesse, l'interesse positivo. Rispetto alla disciplina previgente, dunque, per ciò che riguarda l'impossibilità oggettiva vengono ampliati gli obblighi di diligenza a carico delle parti che si accingono a concludere un contratto, incentivandole a verificare i termini del contratto prima della sua conclusione e a trasmettere alla rispettiva controparte le informazioni di cui esse dispongano. Per ciò che riguarda l'impossibilità soggettiva, invece, la responsabilità del debitore viene limitata alla sola ipotesi in cui questi conosceva l'impossibilità, o l'avrebbe potuta conoscere se non fosse stato in colpa.

Il brocardo *impossibilium nulla obligatio* e il § 275, si dice, non sono contraddetti perché l'obbligazione originaria è senz'altro estinta. Ciò che capita è che essa viene sostituita da un'altra obbligazione, il cui oggetto è il risarcimento dell'interesse positivo e questa sostituzione, ancora una volta, spiega come mai il contratto non possa dirsi inesistente. Si prova a spiegare la norma dicendo che non vi è motivo di distinguere se l'impossibilità si è verificata poco prima o poco dopo la conclusione del contratto (29). Ma, a questo punto, ci si chiede perché il legislatore debba perdere tempo per stabilire esattamente in quale momento il contratto può dirsi concluso. Inoltre, la norma in questione solleva un problema di coordinamento con il § 122 BGB. Quest'ultimo sancisce che quando un contratto viene annullato perché la dichiarazione di volontà di una delle parti era affetta da errore o non era seria, allora l'altra parte (che non si è resa conto, né poteva rendersi conto, dell'errore o della mancanza di serietà della dichiarazione) può conseguire il risarcimento dei danni nella sola misura dell'interesse negativo (30). Non appare del tutto evidente il motivo per cui il soggetto che ha taciuto l'impossibilità *ab origine* della propria prestazione debba essere considerato più responsabile del soggetto che ha creato l'altrui affidamento con una dichiarazione contrattuale sprovvista dell'intenzione di concludere il contratto. Per altro verso, invece, non si spiega come mai sia liberato il debitore che ha ignorato in modo incolpevole che la propria prestazione era impossibile fin dall'inizio, mentre il contraente che è caduto in errore, per qualunque motivo, deve comunque risarcire i danni patiti dalla sua controparte, se questa non ha avuto modo di avvedersi dell'errore. In altre parole, la nuova norma contenuta nel § 311a dà luogo a incongruenze nel sistema che, allo stato, non paiono adeguatamente giustificate (31).

Si osserva infine che il legislatore della riforma, per amore di sintesi, ha ritenuto di non specificare che il diritto al risarcimento dei danni è escluso quando il creditore conosceva o avrebbe potuto conoscere l'impossibilità, ritenendo, presumibilmente, che tale norma sia comunque deducibile dal sistema; la giurispru-

(29) CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, 506 s.

(30) Ai sensi del § 119 l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale. Se, inoltre, l'errore non è riconoscibile, allora la parte che non è caduta in errore ha diritto ad essere risarcita dei danni patiti in ragione dell'annullamento del contratto, nella misura del solo interesse negativo (sempre che esso non sia maggiore di quello positivo) (§ 122).

(31) CANARIS, *op. cit.*, 507.

denza tedesca provvederà senz'altro ad esplicitare ciò che il legislatore ha dato per scontato.

8. *Il codice civile e la direttiva comunitaria sulla garanzia nel contratto di compravendita dei beni di consumo. Uniformazione della disciplina legislativa:* a) ragioni di una disciplina speciale per il consumatore. — Il legislatore tedesco, a fronte dell'obbligo di recepimento della direttiva comunitaria sulla garanzia nella vendita dei beni di consumo, ha preferito rivedere tutta la disciplina codicistica in materia, invece che affiancare a questa una legge speciale avente il contenuto della direttiva. In questo modo le norme della direttiva sono andate a sostituire integralmente la disciplina prevista dal BGB, diventando applicabili a tutti i contratti di vendita, stipulati da qualunque categoria di soggetti ed aventi ad oggetto qualunque tipo di beni, quindi anche i beni immobili. Anche la definizione di contratto di compravendita viene modificata. Il comma 1 del § 433 recita: « Con il contratto di compravendita il venditore è obbligato a consegnare la cosa all'acquirente e a trasferirgli la proprietà. Il venditore deve consegnare all'acquirente la cosa libera da vizi materiali e di diritto ». La consegna di una cosa esente da vizi diventa, con la disciplina riformata, una delle obbligazioni principali del venditore con la conseguenza che il suo eventuale inadempimento richiama, come si dirà più avanti, la disciplina generale in materia di inadempimento contrattuale. Attraverso tali accorgimenti le norme del legislatore comunitario sono state integrate ed amalgamate con le norme di diritto interno.

L'uniformazione della disciplina comunitaria con quella interna subisce un solo limite: le norme in questione sono inderogabili quando si tratta dell'acquisto di un bene mobile stipulato da un consumatore, derogabili negli altri casi.

Il motivo per cui la particolare protezione del consumatore non è stata estesa anche all'ipotesi di acquisto di bene immobile né dal legislatore comunitario né dal legislatore tedesco lo si deduce chiarendo chi è il consumatore e per quale motivo egli è considerato bisognoso di protezione.

a) Facendo eco alla normativa comunitaria, il legislatore tedesco definisce il consumatore come quella persona fisica che compie un negozio giuridico per ragioni che non attengono alla sua attività professionale (§ 13 BGB) (32). Ciò che caratterizza il consumatore è dunque il fatto di compiere un negozio giuridico in modo estemporaneo, occasionale, per scopo di consumo privato e non di profitto. Stando così le cose, è ovvio che questo soggetto non abbia intenzione di perdere molto tempo per raccogliere tutte le informazioni che gli consentono di concludere la migliore transazione possibile, come invece farebbe colui che con quelle transazioni esercita la propria attività professionale. Quest'ultimo, infatti, ammortizza (o, quanto meno, auspica di ammortizzare) il costo iniziale di raccolta delle informazioni ripartendolo o su un numero molto alto di transazioni, o su transazioni altamente redditizie. In altri termini, il consumatore è colui che non ha interesse ad affrontare i costi necessari a raccogliere il maggior numero di informazioni possibile sulla transazione che sta per compiere (c.d. « ignoranza razionale ») (33). Ciò significa che quando il consumatore conclude un contratto con un

(32) Le pronunce della Corte di giustizia hanno specificato che l'attribuzione della qualità di consumatore deve essere effettuata relativamente al particolare rapporto giuridico in questione, poiché uno stesso soggetto può essere considerato un consumatore nell'ambito di certe operazioni e un operatore economico in altre (C. giust. CE 3 luglio 1997, causa C-269/95; C. giust. CE 19 gennaio 1993, causa C-89/91).

(33) AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in

professionista si verifica un'ipotesi di asimmetria informativa (34); ed è precisamente tale situazione di asimmetria informativa che sollecita l'intervento del legislatore e non un più generico concetto di « debolezza economica » del consumatore (35). L'intervento del legislatore consiste essenzialmente nell'imporre degli obblighi di informazione e nel fissare degli standard minimi di tutela (36).

Se tutto ciò è corretto, è ovvio che il consumatore che compie un acquisto importante come quello di un bene immobile, difficilmente può essere considerato un soggetto che non ha interesse a raccogliere tutte le informazioni possibili. Pertanto, non trattandosi di un'ipotesi in cui è considerato razionale che il consumatore patisca di una situazione di asimmetria informativa, ecco che non occorre che il legislatore venga in suo soccorso.

Con ciò si spiega la decisione del legislatore tedesco di sancire l'inderogabilità della disciplina legislativa che tutela l'acquirente solo nell'ipotesi di acquisto di beni mobili.

9. (Segue): b) il concetto di « vizio della cosa ». — Il legislatore tedesco, nel riformare la disciplina codicistica, ha assunto testualmente la definizione di vizio utilizzata nella direttiva. Tale definizione elimina ogni possibile distinzione tra vizio della cosa ed evizione (37) e tra mancanza delle qualità essenziali ed *aliud pro alio*; si assume, dunque, un concetto unitario di vizio la cui rilevanza viene misurata innanzitutto in funzione della volontà espressa dalle parti nel contratto (38); in secondo luogo, la responsabilità del venditore viene estesa tenendo conto anche, delle dichiarazioni che questi ha reso al momento della vendita, nonché delle dichiarazioni pubbliche rese dallo stesso venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura (salvo che il venditore dimostri di non essere stato a conoscenza e di non poter essere stato ragionevolmente a conoscenza della dichiarazione). Quest'ultima disposizione, in particolare, costituisce una sostanziale innovazione rispetto alla disciplina previgente, soprattutto se si tiene conto del fatto che la giurisprudenza tedesca ha sempre arginato i tentativi di ampliare la responsabilità del venditore anche alle

Quarterly Journal of Economics, 1970, 488; AKERLOF, YELLEN, *Rational Models of Irrational Behavior*, in *The American Economic Review*, 77 (1987), 2, 137-142.

(34) ULEN, *Information in the Market Economy — Cognitive Errors and Legal Correctives*, in *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* a cura di GRUNDMANN, KERBER, WEATHERILL, Berlin-New York 2001, London, 11-13 maggio 2000, 98 ss.; HIRSHLEIFER, RILEY, *The Analytics of Uncertainty and Information*, Cambridge, 1992, 295-329; GREENWALD, STIGLITZ, *Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 101 (1986), 2, 229-264.

(35) Ciò spiega perché non ritengo fondate le critiche di chi invoca l'applicazione delle norme che proteggono il consumatore anche a favore dei piccoli imprenditori, che si trovano economicamente svantaggiati rispetto alle loro controparti contrattuali. Il « piccolo imprenditore », infatti, che stipula il contratto in ragione della sua attività commerciale, ha raccolto tutte le informazioni utili allo svolgimento di quell'attività. Dunque non rientriamo in un'ipotesi di asimmetria informativa giustificabile alla luce della c.d. ignoranza razionale. Egli, semmai, soffre di una situazione di dipendenza economica, la quale richiede un altro genere di rimedi giuridici.

(36) Entrambi i provvedimenti sono volti a diminuire i costi transattivi. Tuttavia, l'abbassamento dei costi transattivi, di per sé non è una giustificazione sufficiente per l'intervento del legislatore giacché comporta inevitabilmente la riduzione dell'autonomia delle parti, la quale costituisce un valore a sé stante. Nel caso del consumatore l'intervento del legislatore, come si è detto, è giustificato dal fatto che l'autonomia delle parti è comunque svuotata dalla situazione di asimmetria informativa.

(37) La disciplina previgente del codice civile tedesco distingueva tra *Sachmangel* e *Rechtsmangel*.

(38) La dottrina tedesca parla in proposito di un *subjektiven Fehlerbegriff*.

dichiarazioni che siano state rese dal produttore o da soggetti diversi dal venditore, attraverso qualunque forma di pubblicità, etichettatura o quant'altro (39).

Conformemente alla direttiva, poi, si tiene conto anche dei difetti che si siano verificati in sede di installazione della cosa, sia che questa sia avvenuta ad opera del venditore o sotto la sua responsabilità, sia che sia stata eseguita dal compratore su istruzioni carenti del venditore (40).

10. (Segue): c) i rimedi: il consumatore si trova in una posizione migliore? — La disciplina normativa della direttiva prevede a favore dell'acquirente due rimedi ulteriori, rispetto a quelli della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo già indicati dal codice civile previgente. Essi sono la domanda di sostituzione della cosa e la domanda di riparazione (41).

Per verificare fino a che punto tale innovazione costituisca un effettivo miglioramento della posizione del consumatore occorre innanzitutto capire quale è il soggetto che, al di là delle affermazioni declamatorie, ha effettivamente il potere di scelta tra i quattro rimedi. La direttiva sancisce l'esistenza di una gerarchia tra i rimedi tale per cui, quando è possibile, e quando ciò non comporta dei costi eccessivi per il venditore, il consumatore deve (e non « può ») chiedere in primo luogo la sostituzione o la riparazione del bene. Quindi, la possibilità di scelta del consumatore è limitata.

Ma ciò che è più importante, è l'insidiosa disposizione contenuta nell'art. 3, n. 5, comma 3, della direttiva. Essa prevede che se il venditore non ha provveduto alla sostituzione o alla riparazione del bene in un tempo ragionevole, il consumatore può ottenere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

Tale norma si presta a due interpretazioni. Secondo la prima, la norma semplicemente afferma che il consumatore che ha chiesto, ad esempio, la sostituzione del bene, è libero di cambiare idea, qualora la sua richiesta non venga soddisfatta in tempo utile, chiedendo in alternativa la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. In questo caso, tuttavia, la norma in questione è di dubbia utilità giacché a fronte di un inadempimento è generalmente possibile chiedere la risoluzione del contratto e, eventualmente, il risarcimento dei danni.

La norma in questione acquista un significato diverso se la si intende nel senso che, qualora il venditore non abbia provveduto a sostituire il bene in tempo utile, allora l'unica cosa che può fare il consumatore è invocare gli altri due rimedi. Ciò significherebbe che il venditore, che per ipotesi riceve una richiesta di sostituzione di un bene non conforme al contratto di vendita, può rifiutare la sostituzione semplicemente astenendosi dal compiere alcunché. Le conseguenze di questo comportamento sarebbero, dunque, che il consumatore può chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, senza che gli sia concessa la possibilità di insistere per ottenere giudizialmente la sostituzione. L'unica soluzione per compensare la frustrazione della scelta del consumatore sarebbe quella di accordargli un diritto al risarcimento dei danni che egli abbia patito in conseguenza del mancato adempimento del venditore in un tempo ragionevole; ma quello dei danni è un argomento che la direttiva non tratta, rinviando così alle diverse scelte dei legislatori nazionali. Se si adotta questa interpretazione della direttiva, il soggetto

(39) Il *leading case* in materia è il caso Trevira: BGHZ 48, 118. Sul tema della pubblicità ingannevole in diritto comparato, cfr. Rossi G., *La pubblicità dannosa*, Milano 2000.

(40) Ciò che i tedeschi definiscono « la clausola IKEA ».

(41) Il BGB disponeva espressamente la possibilità di chiedere la sostituzione della cosa solo nell'ipotesi di compravendita di beni generici.

che alla fine dei conti, al di là delle declamazioni di principio, può scegliere quale rimedio è più conveniente adottare, è il venditore e non il consumatore.

Può essere obiettato che tale interpretazione è senz'altro da scartare perché essa è contraria alla *ratio* di protezione del consumatore perseguita dalla direttiva comunitaria. A tal proposito, però, occorre ricordare come l'intento di proteggere il consumatore soffre inevitabilmente di una certa ambiguità di funzioni. Infatti, è noto che la protezione del consumatore consiste essenzialmente nell'abbassare i costi transattivi (implementando obblighi di informazione); l'abbassamento dei costi transattivi, entro un certo limite, persegue anche gli interessi del venditore, giacché costituisce un incentivo per il consumatore a concludere l'acquisto. D'altro canto, poiché l'abbassamento dei costi transattivi comporta l'ampliamento degli obblighi e della responsabilità del venditore, questi tenderà a compensare l'innalzamento del rischio a suo carico con un proporzionale innalzamento dei prezzi, a scapito dell'acquirente. Ciò significa che la legislazione in materia di protezione del consumatore deve sempre e comunque tendere al raggiungimento di una soluzione di compromesso, che tenga conto degli opposti interessi, giacché questi sono inevitabilmente interdipendenti. Ecco, allora, che la seconda interpretazione dell'art. 3, n. 5, comma 3, della direttiva non è da considerarsi del tutto insostenibile.

Tutto ciò premesso, si osserva che il legislatore tedesco, nel recepire la direttiva in esame, ha ommesso di menzionare l'esistenza di una gerarchia tra i rimedi (§ 437). Tale menzione, d'altro canto, risulta essere superflua per l'ipotesi di domanda di risoluzione. Infatti, poiché con la nuova definizione di contratto di compravendita l'obbligo di consegnare una cosa esente da vizi è diventata una prestazione principale del venditore, il suo eventuale inadempimento consente al legislatore di richiamare la disciplina generale in materia di risoluzione del contratto per inadempimento. Tant'è vero che il codice non utilizza più il termine tecnico « *Wandelung* » (corrispondente alla nostra azione redibitoria), bensì utilizza « *Rücktritt* », ovvero lo stesso termine usato per la risoluzione di tutti gli altri contratti. Ebbene, la disciplina generale per la risoluzione impone l'onere di concedere un termine al debitore inadempiente affinché possa eseguire la sua prestazione. Durante il decorso del termine, dunque, il venditore può scegliere se provvedere alla sostituzione del bene o alla sua riparazione, oppure se far scattare le condizioni per la risoluzione. La disciplina generale ex § 281 richiede la necessità di concedere un termine per l'esatto adempimento anche nell'ipotesi di domanda di risarcimento dei danni. Occorre, dunque, verificare se è possibile considerare inclusa nella categoria del risarcimento dei danni anche la domanda di riduzione del prezzo. Se così non fosse, il consumatore tedesco sarebbe libero di chiedere in prima battuta il rimedio della riduzione del prezzo, senza dover esperire preventivamente il rimedio della sostituzione o della riparazione. Tale scelta del legislatore sarebbe, peraltro, perfettamente legittima dal momento che la direttiva si ripropone di fissare degli standard minimi di tutela, non escludendo la possibilità per gli stati membri di aumentare il livello di protezione del consumatore.

Il legislatore tedesco, inoltre, ha ommesso di riportare anche la disposizione di cui all'art. 3, n. 5, comma 3, della direttiva. Il § 440 si limita ad affermare che una delle ipotesi (oltre a quelle generali ex § 281) in cui non è necessario concedere un termine per l'adempimento al debitore, prima di chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni, è quella del venditore che si rifiuta di provvedere alla sostituzione o alla riparazione della cosa viziata. Con ciò, dunque, si ammette implicitamente che l'acquirente che ha chiesto in primo luogo la sostituzione del bene o la sua riparazione e che non è stato soddisfatto, può, se lo

ritiene, avanzare una domanda di risoluzione. Per ciò che riguarda la domanda di riduzione del prezzo, invece, occorre verificare se essa è da considerarsi inclusa nella categoria delle domande di risarcimento dei danni oppure no, secondo quanto sopra accennato.

A proposito della domanda di risarcimento dei danni, il legislatore della riforma ammette che essa possa essere avanzata cumulativamente agli altri rimedi previsti dalla direttiva (§ 437). Questo significa modificare la disciplina previgente che accordava all'acquirente il diritto al risarcimento dei danni (ma, si badi bene, in alternativa all'azione redibitoria e alla domanda di diminuzione del prezzo) solo a condizione che la cosa non presentasse le qualità espressamente promesse dal venditore, oppure qualora il venditore avesse dolosamente occultato il vizio (§ 463 previgente). Anche in questa materia, dunque, la riforma legislativa introduce il rimedio del risarcimento dei danni senza ulteriori condizioni, in modo tale da munire il giudice di uno strumento che può essere utilizzato in modo flessibile e modulabile caso per caso, combinandolo diversamente con gli altri rimedi.

11. (Segue): d) *i termini*. — L'altra modifica di particolare rilievo rispetto alla disciplina previgente del BGB riguarda il periodo di prescrizione delle predette azioni di tutela del compratore. Prima della riforma, infatti, il diritto alla garanzia legale aveva un termine di prescrizione di sei mesi dalla consegna dei beni mobili e di un anno dalla registrazione dei beni immobili. La brevità dei termini aveva indotto la giurisprudenza ad intervenire travestendo talvolta i vizi della cosa sotto forma di inadempimenti, in modo da ricadere nell'ambito della disciplina generale dell'inadempimento contrattuale che dispone di termini considerevolmente più lunghi (42); in altri casi, sempre con lo stesso intento, la giurisprudenza ravvisava la violazione di obblighi ulteriori e diversi rispetto alla prestazione principale (i c.d. *Nebenpflichten*) (43). La proliferazione dei *Nebenpflichten*, e la disinvoltura con cui il giudice tedesco ha aggirato il principio per cui *lex specialis derogat legi generali*, danno una misura dell'urgenza con la quale era avvertita la necessità di aggirare il breve termine di prescrizione disposto dalla legge.

Gli articoli riformati del codice, seguendo testualmente le norme della direttiva n. 44/99/CE, dispongono un termine generale di prescrizione del diritto di garanzia di due anni; il termine è di trent'anni quando si tratta di un caso di evizione di un bene immobile e di cinque anni quando si tratta del vizio di una costruzione appaltata. Per essere precisi, il legislatore tedesco prevede la prescrizione solo per il diritto alla sostituzione o alla riparazione del bene. Come si è detto (44), infatti, in diritto tedesco l'istituto della prescrizione si applica solo alle pretese che un soggetto vanta nei confronti di un altro affinché quest'ultimo faccia o non faccia qualcosa. Nel caso della risoluzione o della riduzione del prezzo (che, invece, non prevedono la partecipazione attiva dell'altro soggetto) il codice afferma che l'esercizio di tali diritti è inefficace quando il rimedio dell'esatto adempimento è ormai prescritto (§ 438, n. 4 e 5). È comunque fatta salva la possibilità di sollevare l'eccezione di inadempimento per paralizzare l'eventuale domanda del venditore volta ad ottenere il pagamento dell'intero prezzo concordato.

La prescrizione inizia a decorrere dal momento della consegna, nel caso di beni mobili, e dal momento della iscrizione nei pubblici registri, nel caso dei beni

(42) BGHZ 77, 215, 217.

(43) BGHZ 107, 249, 254.

(44) V. *supra*, nt. 11.

immobili. Poiché nel diritto tedesco questo momento coincide con quello del passaggio della proprietà (45), tutto il sistema risulta coerente.

La direttiva europea lascia curiosamente liberi gli Stati membri di scegliere se imporre anche un termine di decadenza per la denuncia dei vizi. A fronte dell'intento di uniformare la disciplina a tutela del consumatore, questa scelta del legislatore comunitario desta qualche perplessità, anche perché l'esistenza di un termine di decadenza per la denuncia dei vizi può costituire una trappola la quale l'ignaro consumatore difficilmente può sottrarsi. Comunque sia, il diritto privato tedesco, che non ha mai previsto un termine di decadenza per la denuncia dei vizi, non lo prevede nemmeno nelle nuove disposizioni normative.

12. (Segue): e) *disciplina speciale del consumatore: la scelta del legislatore tedesco.* — Fedele all'intento di uniformare e semplificare la disciplina normativa, il legislatore tedesco ha trasformato la direttiva comunitaria in disciplina generale applicabile a tutti i contratti di compravendita, limitando le norme applicabili solo nel caso di contratto stipulato tra un professionista e un consumatore ad un numero assai ridotto di disposizioni. La prima, come si è detto, prevede che l'intera disciplina dei vizi della cosa venduta sia inderogabile dalle parti. La seconda limita al solo caso del consumatore la disposizione dell'art. 5, n. 3, della direttiva che dispone che, fino a prova contraria, i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene si presumono esistenti fin da tale data. La terza rafforza la responsabilità del venditore nel caso in cui egli abbia concesso una garanzia. Infine, la quarta disciplina il diritto di regresso del venditore finale nei confronti del produttore o di un venditore o intermediario, così come espressamente previsto dall'art. 4 della direttiva europea.

13. *Le reazioni della dottrina tedesca: prime osservazioni.* — La riforma del codice civile tedesco, come si è detto, riguarda essenzialmente il libro II del BGB e non va a toccare i principi generali del diritto privato, per lo meno non in modo esplicito. Più in dettaglio, si è visto come la modifica del *Leistungsstörungenrecht* e dell'istituto della prescrizione svolgono essenzialmente la funzione di implementare al livello del codice il *Richterrecht*, ovvero quelle regole che già erano state introdotte nel sistema giuridico tedesco dalla giurisprudenza attraverso il ben noto uso delle clausole generali (si pensi in particolare all'uso della clausola sulla buona fede *ex § 242 BGB*), al fine di supplire a quelle lacune o quelle carenze del codice che man mano erano andate emergendo.

Le nuove norme vengono formulate utilizzando la tecnica di redazione caratteristica del legislatore tedesco del 1900: ipotesi molteplici sono accorpate in un unico concetto generale ed astratto che per tutte prevede, quale minimo comun denominatore, un medesimo effetto giuridico; di qui si dipanano e prendono forma, attraverso successive specificazioni, i vari istituti giuridici. L'intento è quello di unificare il più possibile le discipline, non solo per una mera ricerca stilistica di sinteticità, ma anche perché ridurre il frazionamento delle norme dovrebbe servire a diminuire le controversie: se tutte le discipline sono uguali non c'è più motivo di sollevare questioni al fine di invocare la disciplina più favorevole in quella particolare circostanza. A tal fine il legislatore della riforma fa un ampio uso della tecnica del rinvio: la disciplina del contratto d'opera richiama quella del contratto

(45) A proposito del sistema di trasferimento del diritto di proprietà nel sistema giuridico tedesco e della distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*, v. *supra*, nt. 15.

di compravendita, quella del contratto di compravendita, attraverso l'inserimento dell'obbligo di consegnare una cosa esente da vizi tra le prestazioni principali del venditore, rinvia alla disciplina generale sull'inadempimento delle prestazioni dei contratti sinallagmatici, la quale, a sua volta, rinvia all'istituto dell'inadempimento delle obbligazioni in generale.

Va da sé che l'unificazione di discipline destinate a regolare fattispecie diverse comporta, insieme all'innalzamento del livello di astrattezza delle norme, anche la concessione di un maggior spazio di movimento all'interprete, il quale deve poter adattare le norme generali alle specificità del singolo caso concreto. L'impressione è che il legislatore della riforma si sia mosso consapevolmente in questa direzione, tant'è vero che ha superato le rigide barriere poste dal codice del 1900, le quali consentivano l'uso del rimedio del risarcimento dei danni, solo in alternativa ad altri rimedi e solo a certe condizioni: con la riforma, il risarcimento dei danni diventa uno strumento flessibile di cui il giudice può far uso liberamente al fine di modellare la disciplina legislativa al singolo caso di specie.

Questa tecnica legislativa, tuttavia, costituisce uno dei motivi di critica della dottrina tedesca. Gli autori osservano, infatti, come l'elevato grado di astrattezza delle norme e la mancanza di indicazioni precise riguardo al modo in cui l'interprete deve procedere per dedurre da tali norme astratte la disciplina applicabile al singolo caso di specie, abbiano il risultato di diminuire la certezza del diritto, con l'ulteriore conseguenza di aumentare le controversie vertenti su questioni interpretative (46). In altri termini, la dottrina tedesca lamenta che gli obbiettivi di maggiore certezza e trasparenza del diritto che il legislatore della riforma si era espressamente prefissato siano, nella realtà dei fatti, disattesi.

La parte più innovativa della riforma è senz'altro quella riguardante il contratto di compravendita. Ovviamente, ciò che merita attenzione non è tanto il contenuto delle norme (che proviene dal legislatore comunitario), bensì la scelta del legislatore tedesco di attribuire a tali norme il ruolo di disciplina generale, andando a sostituire integralmente quella precedente. La soluzione adottata prevede che tale medesima disciplina sia obbligatoria per il solo caso del contratto di compravendita di beni mobili di consumo concluso con un consumatore e derogabile negli altri casi. Ciò consente, da un lato, di avere un'unica disciplina legislativa per tutte le ipotesi di compravendita, limitando così il fenomeno di frammentazione normativa causato dalle direttive europee; dall'altro lato, per le ipotesi che non rientrano in quelle espressamente considerate dal legislatore comunitario, si tiene aperta la competizione tra le norme codificate e le norme di origine pattizia (47).

La dottrina tedesca, tuttavia, teme che la disciplina comunitaria inserita all'interno del codice civile costituisca una sorta di cavallo di Troia, un corpo estraneo che rischia di infettare tutto il sistema. Il timore è giustificato dal fatto che tale disciplina deve essere interpretata alla luce degli obbiettivi posti dal legislatore

(46) DAUNER-LIEB, *Die geplante Schuldrechtsmodernisierung — Durchbruch oder Schnellschuß?*, in *JZ*, 2001, 16.

(47) La competizione tra norme, là dove non sussistano problemi di acquisizione delle informazioni, incrementa il processo dinamico di apprendimento e di selezione della disciplina più soddisfacente rispetto alle esigenze del momento e del caso concreto (KIRCHNER, *Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market — Mainly Consumer Protection*, in *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., Berlin-New York 2001, 170 s.; KWITT, VOIGT, *Grenzen des institutionellen Wettbewerbs, in Globalisierung, Systemwettbewerb und nationalstaatliche Politik (Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 17)* a cura di SCHENK, SCHMIDTCHEN, STREIT e VANBERG 1998, 313; SINN, *The Selection Principle and Market Failure in Systems Competition* (1997), in *Journal of Public Economics*, 66, 247.

comunitario e tali obbiettivi non sono necessariamente quelli perseguiti dal legislatore nazionale. Basti pensare che il legislatore comunitario impone una serie di obblighi via via crescente a carico del venditore allo scopo di proteggere l'acquirente-consumatore e tale scopo si pone inevitabilmente in conflitto con il principio di autonomia contrattuale sancito dal codice civile tedesco (48). Meglio sarebbe stato, sostiene tale dottrina, relegare le norme comunitarie all'interno di una legge speciale in modo da evitare commistioni nocive (49).

Oltre a ciò, si fa notare come la decisione di incorporare le direttive europee nel codice civile comporta la necessità di rivedere il codice tutte le volte in cui il legislatore comunitario decida nuovamente di intervenire. In questo caso è l'idea stessa di codice (con le sue pretese di immutabilità) che viene messa in discussione.

Ciò che, in generale, la dottrina tedesca lamenta è la mancanza di tempo: del tempo per meditare più a fondo le scelte legislative e, soprattutto, per dare modo a tutti di intervenire nell'opera di redazione (50). Viene in qualche modo sminuito il valore del dibattito che si è svolto negli anni precedenti a proposito del progetto della *Schuldrechtskommission*, perché, si dice, quel progetto è ormai invecchiato e molte delle sue previsioni sono state col tempo modificate, soprattutto a causa degli interventi comunitari: dunque occorre aprire un nuovo dibattito (51).

La mancanza di tempo per sviscerare tutte le questioni coinvolte nella riforma comporterebbe anche un ulteriore inconveniente. Risulterebbero, infatti, alzati i costi che il sistema deve pagare per « assimilare » la riforma. In tale contesto si intendono per costi le spese necessarie a preparare sulla riforma i giudici, gli avvocati, i professori universitari, gli insegnanti di diritto e, in generale, ogni categoria di soggetti che sia tenuta a qualunque titolo a fare uso della nuova disciplina (52). A ciò si aggiungono i costi che i privati devono scontare per il fatto che l'esistenza di una nuova disciplina rende per un certo periodo difficilmente prevedibili gli esiti delle azioni giudiziarie e dunque comporta l'assunzione a carico di una delle parti del rischio dovuto all'incertezza (53). Il fatto che le norme riformate non siano del tutto sconosciute ai soggetti sopra elencati, giacché, per la maggior parte, esse già esistevano nel sistema giuridico, seppur al livello del formante giurisprudenziale, non è ritenuta un'obiezione degna di rilievo, perché si ritiene che la nuova normativa darà luogo a nuovi problemi di interpretazione. Diverso è il discorso per ciò che riguarda la disciplina sulla compravendita: essa è senz'altro innovativa; tuttavia le critiche della dottrina tedesca non paiono aver tenuto conto del fatto che essa deve comunque essere implementata nel sistema giuridico nazionale al fine di ottemperare agli obblighi imposti dalla direttiva

(48) KIRCHNER, *Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market — Mainly Consumer Protection*, cit., 167.

(49) Naturalmente, nell'ottica di tali autori, la scelta di relegare le discipline che tutelano i contraenti deboli in una legge speciale, al fine di non attribuire alle norme codicistiche alcun carattere « sociale », è una scelta di tipo ideologico e non di mera tecnica di redazione.

(50) RANIERI, *Schuldrechtsreform*, in <http://ranieri.jura.uni-sb.de>.

(51) Su questo punto emergono alcune incongruenze di fondo, forse irrisolvibili. Infatti, come si fa a far sì che ci sia abbastanza tempo per far intervenire tutti nel dibattito e contemporaneamente evitare che il progetto dibattuto invecchi? L'idea, probabilmente, è che a forza di discutere si possa trovare quella norma esattamente formulata che ha il carattere della perpetuità, così come si conviene ad ogni norma contenuta in un codice civile. Ma il mito dell'intramontabilità del codice civile esiste solo in Francia e, anche là, esiste solo a costo di finzioni sempre più difficili da sostenere.

(52) DAUNER-LIEB, *Die geplante Schuldrechtsmodernisierung — Durchbruch oder Schnellschuß?*, in *JZ*, 2001, 17.

(53) KIRCHNER, *Europäisches Vertragsrecht*, in *Europäisches Vertragsrecht* a cura di WEYERS, Baden-Baden 1997, 119 s.

europea e deve essere implementata entro il 1° gennaio 2001; in questo caso, dunque, i costi di implementazione esistono, ma non sono in alcun modo evitabili.

Alla richiesta di tempo da parte della dottrina, i politici hanno risposto dapprima facendosi scudo con le scadenze imposte dalla comunità europea per l'implementazione delle direttive, quindi hanno fatto esplicitamente osservare che occorre agire in fretta, prima che si arrivasse alla redazione di quel codice civile europeo di cui si sente parlare con sempre maggiore insistenza. I tedeschi sanno bene, infatti, che il modo migliore per dirigere la realizzazione di un'opera è cominciare a farla. La verità, dunque, è che la Germania, promulgando la riforma del suo codice civile, ha compiuto una perfetta operazione di *marketing*. A questo punto, infatti, il codice civile tedesco risulta essere il più avanzato in Europa e il fatto che esso sia il più avanzato in termini di tempo, unitamente al prestigio di cui gode la scienza giuridica tedesca, crea immediatamente delle presunzioni riguardo al merito dell'opera. Ciò vale con ogni probabilità ad attribuirgli il ruolo di modello dominante per il predetto codice civile europeo (54). Se così dovessero andare le cose, la Germania trarrà un grande vantaggio non solo in termini di prestigio ma anche in termini economici. È evidente, infatti, che i costi per l'implementazione e l'assimilazione del nuovo codice europeo saranno molto più alti in quei paesi che (come l'Italia e la Francia) non sono avvezzi alle tecniche di redazione dei giuristi tedeschi ed al loro impianto sistematico e concettuale.

ELEONORA RANIERI

(54) Questo proposito emerge esplicitamente dai verbali del dibattito che si è svolto al Bundesrat, seduta del 9 novembre 2001, per l'approvazione della riforma. Sui quotidiani d'informazione si legge che la prospettata riforma costituisce « eine große Etappe auf dem Weg zum europäischen Zivilgesetzbuch ». HERIBERT PRANTL, *Jahrhundertreform des Bürgerlichen Gesetzbuches — Verbraucher bekommen mehr Rechte*, *Süddeutsche Zeitung* 20 settembre 2000, 1. La risonanza che le parti politiche hanno voluto attribuire all'opera compiuta emerge anche dalle modifiche apportate alla terminologia: in origine il lavoro della *Schuldrechtskommission* era chiamato semplicemente *Überarbeitung* (rielaborazione); successivamente, venne utilizzato il termine « modernizzazione »; infine, nell'ultimo anno l'opera compiuta, sempre sulle medesime parti del codice, è stata denominata « riforma ».