

# OPINIO JURIS

*in Comparatione*

## Studies in Comparative and National Law

Principles of Latin American Contract Law : General Harmonization Rehearsals

| Special Issue

Alcune note, in parte stonate, nel sistema rimediale  
dei Principi Latinoamericani del Diritto dei Contratti  
Alfredo Ferrante



# Alcune note, in parte stonate, nel sistema rimediale dei Principi Latinoamericani del Diritto dei Contratti

Alfredo Ferrante\*

### ABSTRACT

The contribution analyses some inconsistencies that may be found in the remedial system established by the Latin American Principles of Contract Law, also highlighting the controversial aspects that emerged during the process of their implementation.

Il contributo analizza alcune incongruenze che possono constatarsi nel sistema rimediale stabilito dai Principi Latinoamericani del diritto dei contratti, altresì valorizzando gli aspetti di discussione emersi durante il processo di realizzazione degli stessi.

### KEYWORDS

Latin-American Principles on Contract Law – Remedies – Contractual Liability – Performance

## Indice

### 1. Introduzione

---

\* Professore dell'Universidad Alberto Hurtado, Santiago del Cile. Contatto: aferrante@uahurtado.cl. Il contributo corrisponde alla versione ampliata e con aggiunta di note della relazione al Convegno Internazionale "L'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani", tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia, il 17 di luglio 2018.

2. Adempimento ampliato e nuova concezione oggettiva
3. Contestuale aumento del ventaglio rimedi
4. L'apparente libertà di scelta dei rimedi
5. L'intruso
6. Qualche conclusione

## 1. Introduzione

Durante le varie sessioni del gruppo di lavoro, prima del testo finale dei Principi latinoamericani del diritto dei contratti (PLDC) si sono elaborate varie bozze. La prima è stata resa pubblica nel 2013<sup>1</sup> per poi offrire una versione più completa di 111 disposizioni nel 2014<sup>2</sup>, mentre una di 120 è stata pubblicata nell'ottobre del 2015<sup>3</sup> per poi giungere alla versione definitiva di 123 articoli<sup>4</sup>.

Finalità di queste poche righe è offrire una breve panoramica sul sistema dei mezzi di tutela messi a disposizione dai PLDC, per poi proporre alcune riflessioni critiche alla luce di talune modifiche che si sono venute realizzando nelle ultime due sessioni che precedono l'approvazione del testo finale tenutesi a Santiago del Cile nel 2016 e a Bogotá nel 2017<sup>5</sup>. I PLDC, nati quasi da una “sfida”<sup>6</sup> nell'anno 2010, si propongono di offrire una rivisitazione moderna dei tradizionali impianti codicistici di riferimento, mantenendone conte-

<sup>1</sup> Durante il “Congreso Internacional Derecho de los Contratos (Formación, cumplimiento e incumplimiento)”, 19-20 novembre de 2013, Università Diego Portales, Santiago del Cile, e Pontificia Universidad Católica di Valparaíso. Per una descrizione dell'incontro ed per il testo di tale bozza, v. Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos: un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*, in *Anuario de Derecho civil*, tomo LVVII, fasc. 1, 2014, pp. 227 ss.

<sup>2</sup> Per il testo spagnolo e la sua traduzione in inglese, v. R. Momberg – S. Vogenauer (a cura di), *The future of contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, 2017, pp. 285-312.

<sup>3</sup> Il testo in spagnolo è consultabile in *Anuario de Derecho Civil*, n. 3, 2016, pp. 1012-1038.

<sup>4</sup> Il testo nelle versioni spagnola, francese, inglese e italiana (con qualche refuso) si può consultare in I. De la Maza Gazmuri – C. Pizarro Wilson – C.Á. Vidal Olivares, *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, 2018. A quest'ultimo testo si rinvia anche sull'argomento qui trattato, in particolare pp. 48 e ss.

<sup>5</sup> Rispettivamente nei giorni 9-11 agosto nell'Università Diego Portales e, nell'anno seguente, nei giorni 21-22 agosto nell'Università del Externado. Durante il processo di creazione si sono tenute riunioni essenzialmente annuali a partire dal 2010, eccetto due, tenutesi nell'anno 2014 e nessuna durante l'anno 2012, anno di pubblicazione dei questionari: C. Pizarro Wilson (a cura di), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Universidad Externado y Universidad del Rosario de Colombia e Fundación Fueyo Laneri, 2012. Le altre riunioni si sono tenute in Colombia (Università del Externado e Rosario, Bogotá, 6-7 dicembre 2010), Cile (Università Diego Portales, 3-4 ottobre 2011); Argentina (Università di Buenos Aires, 25-27 marzo 2013), Colombia (Università del Externado e del Rosario, Bogotá, 5-9 novembre de 2013), Colombia (Università del Externado e del Rosario, Bogotá, 26-28 agosto 2014), Cile (Università Diego Portales, 8-10 ottobre de 2014); Colombia (Università del Externado e del Rosario, Bogotá, 27-29 ottobre 2015).

<sup>6</sup> Il progetto era nato in occasione di una conversazione svoltasi a margine di un convegno con sede all'Università di Rennes nel 2009: cfr. C. Pizarro Wilson, *Presentación*, in De la Maza Gazmuri – Iñigo – Pizarro Wilson – Carlos – Vidal

stualmente la tradizione e le radici comuni che li caratterizzano<sup>7</sup>, prendendo atto che già in precedenza e ad oggi si sono verificati ulteriori progetti di armonizzazione del diritto latinoamericano<sup>8</sup>.

Tuttavia, durante questo processo bisogna anche prendere atto che ulteriori evoluzioni e riforme sono state introdotte nel panorama giuridico internazionale, come per esempio il nuovo codice civile e commerciale argentino<sup>9</sup> e la riforma francese<sup>10</sup> nella materia del diritto delle obbligazioni; aspetto che in parte sono venuti indirettamente a incidere sulla redazione dei PLDC<sup>11</sup>.

Benché mantengano alcune linee comuni tradizionali, i PLDC si caratterizzano per taluni aspetti innovatori che in parte rispecchiano anche l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale presente nei paesi coinvolti nel progetto<sup>12</sup>.

---

Olivares – Álvaro (a cura di), *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 15 ss; C. Pizarro Wilson, *The principles of Latin American contract law: a general introduction*, in R. Momborg – S. Vogenauer (a cura di), *The future of contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, 2017, p. 23.

<sup>7</sup> In generale, sulla visione e scopo dei PLDC, v. Carlos Pizarro Wilson, Presentación, in Iñigo De la Maza Gazmuri, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares (a cura di), *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 15 ss; Carlos Pizarro Wilson, *The principles of Latin American contract law: A General Introduction*, in Rodrigo Momborg & Stefan Vogenauer (a cura di), *The future of contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, 2017, pp. 23 ss.

<sup>8</sup> V. ad esempio A. Ferrante, *¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los Principios latinoamericanos de Contratos?*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 22, 2014, 12 e ss; A. Ferrante, *¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos*, in *Revista de Derecho Privado* (Universidad del Externado) n. 30, 2016, pp. 120-122.

<sup>9</sup> V. ad esempio M. Herrera – G. Caramelo – S. Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, 2015; R.L. Lorenzetti – M.F. De Lorenzo – P. Lorenzetti (a cura di) *Código civil y comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, 2015.

<sup>10</sup> V. ad esempio O. Deshayes – T. Genicon – Y.-M. Lathier, *Réforme du droit des contrats du régime général: commentaire article par article*, Legis Nexis, 2019; François Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations, Innovations, Perspectives*, Dalloz, 2018; O. Deshayes – T. Genicon – Y.-M. Lathier, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n. 2018-287 du 20 avril 2018*, in *La Semaine Juridique*, n. 18, 2018, pp. 884 ss.

<sup>11</sup> Si pensi, ad esempio, all'adempimento del terzo ex art 82 PLDC, ispirato all'art. 881 del codice civile e commerciale argentino (anche se questo, a sua volta, deriva da altre influenze) o alla riforma francese in relazione all'unificazione degli effetti restitutori della nullità e della risoluzione, che si rispecchia negli artt. 119-123 PLDC, ed introdotta nell'ultima sessione di Bogotá dell'anno 2017.

<sup>12</sup> Si rinvia in tal punto, per esempio, ai questionari realizzati da: C. Pizarro Wilson (a cura di), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Universidad Externado and Universidad del Rosario de Colombia e Fundación Fueyo Laneri, 2012.

## 2. Adempimento ampliato e nuova concezione oggettiva

Uno dei primi dibattiti del gruppo di studio riguardava l'adozione di un concetto soggettivo o oggettivo di adempimento<sup>13</sup>, punto che ha occupato la prima fase del progetto e che finalmente ha comportato la scelta della seconda modalità; ossia di un concetto di adempimento "neutro"<sup>14</sup>, che parzialmente prescinde della colpa nel momento in cui il caso fortuito non opera come esimente di responsabilità ma serve solo a scongiurare la possibilità del risarcimento del danno (art. 104 (2) PLDC). Il debitore si considera responsabile indipendentemente del suo stato di morosità e, inoltre, risponde a seguito dell'adozione di una nozione di inadempimento molto più ampia del concetto tradizionalmente adottato dai codici latinoamericani; nozione che legittima il creditore ad attivarsi anche in caso di impossibilità oggettiva<sup>15</sup>. È stata regolata l'impossibilità totale o parziale (art. 90 PLDC); se la prima estingue l'obbligazione ed esonera il debitore in caso di caso fortuito, l'impossibilità parziale o temporanea permette al creditore di sospendere la sua prestazione, o ridurla proporzionalmente. In tal senso, si è imboccata una strada controcorrente rispetto all'ottica latinoamericana tradizionale secondo la quale, in virtù della differente visione relativa a una nozione di inadempimento soggettivo, si avrebbe mancanza dell'oggetto e quindi nullità del contratto. Volontà del gruppo di studio è quello di rispecchiare tale sistema definendo, in maniera speculare, adempimento e inadempimento<sup>16</sup> con particolare riferimento all'esecuzione della prestazione<sup>17</sup>.

## 3. Contestuale aumento del ventaglio rimediabile

È stato adottato un concetto ampio di inadempimento<sup>18</sup>, prossimo a quello della Convenzione di Vienna, che contestualmente si associa ad un ventaglio ampio di mezzi di tutela. Ciò provoca inevitabilmente che tutta la struttura sia stata influenzata dalle tendenze eu-

<sup>13</sup> Un sintetico riassunto del dibattito che ha caratterizzato la dottrina italiana in relazione alla struttura dell'obbligazione: M. Giorgianni, *L'obbligazione [la parte generale dell'obbligazione]*, Giuffrè, 2<sup>a</sup> ed., 1968, pp. 7 e ss.

<sup>14</sup> Cfr. C. Pizarro Wilson, *Presentación*, in De la Maza Gazmuri, Iñigo, Pizarro Wilson, Carlos, Vidal Olivares, Álvaro (a cura di), *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 24.

<sup>15</sup> Questa deve intendersi tanto nel senso materiale come giuridico: v. Atti della sessione del 8 novembre 2013, Bogotá.

<sup>16</sup> Viene dedicato a ciascuno un capitolo. L'adempimento viene regolato nel capitolo sette "Adempimento delle obbligazioni contrattuali" (art. 77-85 PLDC), "l'inadempimento del contratto" nel capitolo 8 (art. 86-123 PLDC).

<sup>17</sup> Così "l'adempimento è l'esecuzione della prestazione nei termini in cui fu stabilita" (art. 77 PLDC), "l'inadempimento è la mancanza dell'esecuzione della prestazione nella forma stabilita" (art. 86 (1) PLDC).

<sup>18</sup> I punti (2) e (3) dell'art. 86 PLDC affermano rispettivamente che " (2) L'adempimento inesatto include qualsiasi non conformità tra lo stipulato e l'eseguito da parte del debitore. (3) L'inadempimento del debitore comprende gli atti delle persone di cui si servono per eseguire la sua prestazione".

ropee e internazionali, necessariamente sono affini al mondo giuridico latino americano. Per questo, in parte, nei PLDC non solo si sente l'influenza della Convenzione di Vienna, ma anche quella dei Principi Unidroit e dei Principi di diritto europeo dei Contratti (PECL). Pertanto, i PLDC offrono un ventaglio di mezzi di tutela ampio con la finalità di rinfrescare e rigenerare l'ottica tradizionale rispetto all'adempimento, quali: l'esatto adempimento – che può essere dovuto, in determinati casi, anche al fatto del terzo (art. 82 PLDC<sup>19</sup>); la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto, l'eccezione d'inadempimento<sup>20</sup> e il risarcimento del danno, prevedendosi espressamente che quest'ultimo può essere fatto valere anche in modo indipendente rispetto agli altri (cfr. art. 91 PLDC)<sup>21</sup>. Si abbandona, così, il sistema tradizionale della responsabilità contrattuale che, a sua volta, prevedeva essenzialmente la possibilità di agire per l'esatto adempimento e per la risoluzione del contratto, oltre al risarcimento del danno. Tornando al risarcimento del danno: viene preferito un riferimento essenziale ma esplicito, prevedendosi che il danno comprenda sia quello patrimoniale sia extrapatrimoniale (art. 105 PLDC), adottando la regola della (im) prevedibilità del danno risarcibile, in virtù della quale lo spettro dei danni si estende anche a quelli imprevedibili in caso di dolo. Tale disposizione, affine tendenzialmente al codice di Bello<sup>22</sup>, è comune anche al sistema francese<sup>23</sup> e ai nuovi sistemi di armonizzazione<sup>24</sup>. Nel testo (art. 107 PLDC) si prevede espressamente l'equiparazione della colpa grave al dolo, come già fa il codice cileno (art. 44) ma come non fanno altri codici latinoamericani. Sono state inserite espressamente anche un paio di disposizioni che prendono in considerazione il contributo del creditore alla causazione del danno, nonché la mitigazione delle perdite, che devono essere limitate alla luce della clausola di buona fede (cfr. artt. 108 e 109 PLDC). A tal proposito, l'innovazione rispetto al sistema tradizionale latinoamericano è parziale; infatti, benché questo aspetto caratterizzi recenti movimenti europei<sup>25</sup>; quello che il gruppo di lavoro fa è riproporre in materia di responsabilità contrattuale una norma che Andrés Bello aveva già previsto in sede extracontrattuale<sup>26</sup>. La mitigazione del danno

<sup>19</sup> Questo aspetto viene influenzato dall'attuale art. 881 codice civile e commerciale della nazione argentina.

<sup>20</sup> Il termine nella versione spagnola è "suspensión del cumplimiento". Inizialmente, nei lavori preparatori il gruppo aveva utilizzato l'espressione "excepción de contrato no cumplido", poiché si era discusso se questi due sarebbero dovuti essere trattati in due articoli separati: v. Atti sessione 8 novembre 2013, Bogotá. Negli attuali articoli 102 e 103 PLDC si fa riferimento rispettivamente a una "suspensión del cumplimiento" e a una "suspensión anticipada del cumplimiento".

<sup>21</sup> Per esempio, il riferimento è all'art. 1489 codice civile cileno e alla rivisitazione che la dottrina ha fatto dell'azione di risarcimento: v. P. Verónica López Díaz, *La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 15, 2010, pp. 65-113.

<sup>22</sup> Cfr. art. 1559 codice civile cileno.

<sup>23</sup> Cfr. art. 1150 code napoleon, art. 1231-3 codice civile francese.

<sup>24</sup> Cfr. art. 9:503 PECL, III 3:-702 DCFR. In parte cfr. artt. 7.4.4 con art. 7.4.7 Principi Unidroit.

<sup>25</sup> Cfr. art. 9:504 PECL, III 3:-704 DCFR.

<sup>26</sup> Art. 2330 codice civile cileno, art. 2357 codice civile colombiano. La norma è originaria dell'art. 2199 del codice civile peruviano del 1852: cfr. J. Barrientos Grandon, *El código civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada y anotada*, Thomson Reuters, tomo II, 2016, p. 1095.

non è prevista in molti codici latinoamericani, ma viene spesso implementata attraverso il principio di buona fede o l'abuso del diritto.

Inserendo la riparazione e sostituzione (art. 95 PLDC) all'interno della teoria dell'adempimento, i PLDC non offrono dubbi sulla natura giuridica dei rimedi: viene abbandonato il sistema delle garanzie e si riconducono detti rimedi all'interno dell'obbligazione. Soluzione, questa, non sempre coerente con quella prescelta dal legislatore in molti ordinamenti giuridici.

La non esaustività dei mezzi di tutela, formulata nell'elenco dell'art. 91 PLDC, si riscontra dal fatto che sono presenti altri meccanismi a protezione della relazione negoziale, quali la clausola penale (art. 110 e ss PLDC) la cui compatibilità con gli altri rimedi viene espressamente regolata in una norma *ad hoc* (art. 116 PLDC); o ancora il *commodum representationis* (art. 94 (2-a) PLDC) mediante il quale il creditore può pretendere dal debitore la cessione delle azioni e dei diritti da questi vantati nei confronti di terzi<sup>27</sup>.

È importante, altresì, osservare che viene espressamente regolata la possibilità di scelta tra l'esercizio di un'azione relativa al mezzo di tutela, ovvero la possibilità di chiedere la nullità relativa del contratto (cfr. art. 39 PLDC).

Infine, è opportuno considerare che nella sessione dell'agosto 2016<sup>28</sup> è stata eliminata la possibilità per il creditore di esigere il risarcimento dei danni relativamente all'"accordo sostitutivo"<sup>29</sup>. Infatti, la maggior facilità nei sistemi di *civil law* nel calcolare gli importi previsti dall'effetto restitutorio della risoluzione e dal danno emergente è stata ragione sufficiente per non considerare appropriata l'introduzione di una disposizione che essenzialmente è più utile in differenti ordinamenti.

#### 4. L'apparente libertà di scelta dei rimedi

L'art. 91 PLDC recita che "in caso di adempimento", il creditore può avvalersi, a sua scelta, "se del caso ... di uno dei seguenti mezzi di tutela...". La disposizione parrebbe a prima vista dare la possibilità di libera scelta rispetto a qualsiasi dei rimedi elencati. Tuttavia, l'inciso "se del caso" sembra indurre, in via interpretativa, per la soluzione contraria, poiché

<sup>27</sup> Si viene in parte ad applicare la disposizione di derivazione francese (cfr. art. 1303 code napoléon, attuale art. 1351-1 codice civile francese) presente, con riferimento alla perdita del bene, per esempio, nei codici cileno e colombiano (rispettivamente artt. 1677 e 1736). La norma che nei PLDC viene prevista per le obbligazioni non pecuniarie, però, non si dovrebbe applicare anche alle obbligazioni pecuniarie, visto che - insieme alle redazioni cilene e colombiane - si prevede una facoltà da parte del creditore, e non un preciso obbligo del debitore, come nella disposizione francese.

<sup>28</sup> V. Atti della sessione 9-10 agosto 2016, Santiago del Cile. Inizialmente si rinveniva nell'art. 103 della bozza del 2014 e nell'art. 112 della bozza del 2015.

<sup>29</sup> Per la sua prossimità, si usa qui la terminologia utilizzata nell'art. 9:506 PECL. Nell'ottica della Convenzione di Vienna sarebbe, *mutatis mutandis*, la "vendita di compensazione" prevista dagli artt. 75 e 76.



effettivamente vi sono degli ordini gerarchici che possono desumersi dall'interpretazione coordinata delle disposizioni relativi ai rimedi.

Qui di seguito, si cercherà di evidenziarne i principali, osservando alcune incongruenze generate dall'introduzione della *Nachfrist* nell'ultima sessione dell'agosto 2017 tenutasi a Bogotá.

Due sono i primi segnali di questa gerarchia nascosta che fanno constatare che, sia la risoluzione sia la sostituzione, non possono esercitarsi in caso di qualsiasi inadempimento ma solo laddove questo sia essenziale<sup>30</sup>. Per quel che concerne la risoluzione<sup>31</sup> si segue la tradizionale impostazione del 'diritto vivente' (benché non prevista espressamente nei codici latino americani, con eccezione per esempio dell'art. 724 CC del Paraguay, secondo il quale l'inadempimento non deve essere di scarsa importanza ai fini dell'azione in risoluzione)<sup>32</sup> e che recentemente è stata espressamente ammessa in Argentina<sup>33</sup>. Invece, la scelta relativa alla sostituzione si basa sul presupposto che questa sia più costosa rispetto alla riparazione<sup>34</sup>. Inoltre, si assoggetta l'esercizio di tali rimedi alla previa comunicazione al debitore dell'inesattezza dell'inadempimento, pena l'impossibilità di esercitare il rimedio.

Sulla parziale falsariga della Convenzione di Vienna, tanto per la sostituzione come per la risoluzione si esige la comunicazione del difetto in un termine ragionevole, tutte le volte che l'inadempimento sia inesatto (cfr. artt. 92, 95 PLDC).

Durante l'elaborazione dei PLDC è stato preferito un criterio di ragionevolezza per la determinazione dei termini quando invece, nelle precedenti versioni delle bozze, si prevedevano termini precisi per la comunicazioni della non conformità dell'adempimento. Ad esempio, si prevedeva un termine di due anni dall'esecuzione della prestazione ed il contestuale esercizio dell'azione di risoluzione entro i 15 giorni successivi (bozza del 2013). Il riferimento all'inadempimento inesatto a fronte dei rimedi di riparazione e sostituzione è consentito dall'interpretazione sistematica degli artt. 87, 92, 95 PLDC. In generale, si viene a configurare un inadempimento essenziale, che potrà essere parziale o inesatto. Nonostante il fatto che non esista un espresso riferimento all' inadempimento dovuto a ritardo, non significa che questo sia stato escluso: infatti, per il gruppo di studio il concetto di

---

<sup>30</sup> Cfr. art. 91, art. 95 (1) e art. 97 (1) PLDC.

<sup>31</sup> Importanti innovazioni relative alla risoluzione consistono anche nel prevedere che il reciproco inadempimento non impedisca la risoluzione del contratto, e che questa possa essere giudiziale o di diritto, mediante comunicazione scritta (art. 97 PLDC). Sono questi aspetti interessanti, che però non possono essere trattati in questa sede.

<sup>32</sup> V. questionario Paraguay, in C. Pizarro Wilson (ed), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Universidad Externado and Universidad del Rosario de Colombia e Fundación Fueyo Laneri, 2012, p. 464.

<sup>33</sup> Cfr. art. 1084 codice civile e commerciale della nazione argentina.

<sup>34</sup> Atti riunione 8 novembre 2013, Bogotá.

inadempimento comprende l'inadempimento totale, quello parziale il ritardo nell'adempimento<sup>35</sup>.

L'essenzialità dell'inadempimento viene configurata in una serie di casi contemplati dall'art. 87 PLDC, su cui si ritornerà a breve (v. sezione seguente).

Sotto il profilo del *quantum*, viene coordinato il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo e la clausola penale: essendo la riduzione del prezzo incompatibile con il risarcimento del minor valore ma compatibile con altre tipologie (cfr. 96, punti (2) e (3), PLDC). Per quel che concerne la clausola penale, si sancisce la possibilità di scegliere tra questa ed il risarcimento, ed in generale è compatibile non solo con il termine per la correzione (art. 115 PLDC) ma anche con l'esercizio dei mezzi di tutela, salvo determinati limiti sul *quantum* che dipendono dalla scelta tra l'esatto adempimento, la riduzione del prezzo o la risoluzione (cfr. art. 116 PLDC).

Infine, sono necessarie alcune considerazioni con riferimento all'abolizione della tradizionale classificazione delle obbligazioni di dare, fare non fare, alla quale è stata preferita la distinzione tra obbligazioni pecuniarie e non pecuniarie. Questa nuova classificazione incide sul sistema rimediabile e sull'imposizione di determinati limiti in relazione alle obbligazioni non pecuniarie, essenzialmente derivati dai codici o testi di armonizzazione europei, non sono propri dei sistemi latinoamericani. Così, il debitore potrà sottrarsi all'esatto adempimento qualora questo sia impossibile, o – se possibile – qualora esso si riveli estremamente gravoso anche per la dignità del debitore, mentre il creditore può soddisfare il suo interesse con un altro mezzo di tutela<sup>36</sup>.

Benché, quindi, ispirati a caratteri e tendenze dell'oltreoceano, i PLDC presentano tratti innovativi: proprio nell'ultimo esempio riportato, e come acutamente sottolineato<sup>37</sup>, i PLDC propongono un limite all'adempimento più ampio rispetto ad altri sistemi occidentali, poiché la dignità della persona è considerata con maggior incisività, fino ad includere i diritti fondamentali. In questo senso, la libertà di scelta dei rimedi si rivela ancor più apparente nelle obbligazioni non pecuniarie (cfr. artt. 91 e 94 PLDC).

## 5. L'intruso

È opportuno, ora, mettere in evidenza le conseguenze di una affrettata introduzione del rimedio della *Nachfrist*, voluta nell'ultima sessione poco prima dell'approvazione del testo

<sup>35</sup> Come si constata dagli atti della sessione del 9 agosto del 2016, Santiago del Cile. Una delle prime versioni prevedeva, nel capitolo relativo all'adempimento, anche un riferimento all'"adempimento inesatto" (art. 7.5 bozza non pubblicata).

<sup>36</sup> In tal senso bisogna evidenziare l'importante ricostruzione dei limiti all'esatto adempimento, che nel sistema cileno – si riconduce essenzialmente ad un'applicazione del principio di buona fede e dell'abuso di diritto: C. Bahamondes Oyarzún, *El cumplimiento específico de los contratos*, Der, 2018, pp. 177 ss., in particolare pp. 185 ss e pp. 217 e ss.

<sup>37</sup> Così C. Bahamondes Oyarzún, *El cumplimiento específico de los contratos*, Der, 2018, pp. 220. Cfr. ad esempio § 275(3) codice civile tedesco; art. 7.2.2 Principi Unidroit; art. 9:102 PECL, III.-3:302 DCFR.

finale. Effettivamente, non solo si viene a introdurre *in extremis* un concetto giuridico tradizionalmente alieno alla tradizionale cultura latinoamericana, ma che anche, come si vedrà, si corre il rischio di introdurre una nota stonata nel sistema rimediabile sopra descritto. Come premessa, è utile qui indicare quali erano le ipotesi d'inadempimento essenziale, secondo l'art. 87 PDCL, prima dell'ultima riunione del gruppo di studio. Si prevedono quattro ipotesi, corrispondenti rispettivamente alle lettere a-d, per cui era considerato essenziale: l'inadempimento previsto dalle parti nonché quello doloso; cui si aggiungono: la perdita ragionevole di fiducia, da parte del creditore, nella successiva esecuzione del contratto, in virtù del pregresso comportamento del debitore; o ancora: il venir meno dell'interesse del creditore all'esecuzione della prestazione, con riferimento ad a uno standard di prevedibilità generale (quando il comportamento del debitore "priva sostanzialmente il creditore di ciò che si poteva aspettare in base a quanto previsto dalle parti al momento della conclusione del contratto").

Ciò premesso, occorre sottolineare che la versione finale dell'art. 93 PLDC al numero (1) introduce un termine per la correzione, sì che: "salvo il caso di inadempimento essenziale, il creditore deve concedere un termine supplementare di durata ragionevole al debitore affinché questi possa correggere l'inadempimento".

Altresì e contestualmente, si viene a introdurre una ulteriore lettera (e) al art. 87 PLDC per cui l'inadempimento è anche essenziale quando "il debitore non adempie entro il termine previsto per la correzione di cui all'art. 93".

L'introduzione di un termine per la correzione, non annoverato sin dall'inizio nella struttura rimediabile, crea alcune incongruenze, qual è quella che si evince dalla lettura congiunta delle due nuove norme introdotte, ossia l'art. 93 (1) e la lettera e) dell'art. 87, relativo ai caratteri dell'inadempimento essenziale.

Effettivamente, se per la lettera e) l'inadempimento è essenziale "quando il debitore non adempie entro il termine previsto per la correzione", l'art. 93, invece, impone la possibile applicazione del termine in tutti i casi in cui l'inadempimento non sia essenziale (come si constata dalla lettura dell'*incipit* "salvo i casi di inadempimento essenziale"). E' palese l'incongruenza; intanto, una cosa non può essere al tempo stesso essere quello la cui applicazione esclude. Inoltre, una seconda incongruenza si riscontra in relazione alla valutazione dei rimedi con cui può essere compatibile. A tenore dell'art. 93 (2), una volta concesso il termine, il creditore non può esercitare nessun mezzo di tutela compatibile con l'adempimento, salvo il risarcimento del danno. È chiaro che tale soluzione in parte nasce svuotata, visto che, a parte l'eccezione di adempimento, gli unici rimedi compatibili con *Nachfrist*, ossia la possibilità di sanatoria, potrebbero essere la riparazione e sostituzione. Il fatto di offrire al debitore un termine aggiuntivo per l'esatto adempimento, ed il fatto che per esatto adempimento devono intendersi l'esercizio della riparazione e sostituzione in caso di adempimento imperfetto (art. 95 PLDC), rende quasi superflua l'introduzione dell'art. 93 (2) PLDC. Tale ultima norma verrebbe ad assumere rilevanza solo in caso di inadempimento totale, ossia – per esempio – in una compravendita qualora il bene comprato non sia stato ancora consegnato: in tal caso, la risoluzione dovrebbe essere preceduta da un termine per la correzione. Quanto affermato, tuttavia, viene comunque svilito dall'*incipit*

dell' art. 93 (1) PLDC, per il quale il termine di correzione deve essere concesso solo in caso in cui l'inadempimento non è essenziale, laddove, invece, la risoluzione può essere pretesa nel caso contrario, ossia nel caso in cui l'inadempimento sia essenziale (cfr. art. 97 PLDC). In altri termini, l'art. 93 (2) PLDC non fa altro che rinforzare l'indipendenza dell'azione del risarcimento danni.

L'introduzione del termine di correzione parrebbe, in parte, rafforzare il principio *pacta sunt servanda* e, in un'ottica di conservazione del contratto, il rimedio dell'esatto adempimento. Ciononostante, la non perfetta sincronia nella redazione degli articoli 87 e 93 PLDC svuota questo aspetto (poiché partirebbe dal presupposto che il termine si conceda negli inadempimenti non essenziali) venendo così a collocare il risarcimento dei danni in un piano paritario. Quello che è certo è che detta redazione mina, in parte, l'iniziale scelta di predisporre un sistema tendenzialmente orizzontale di mezzi di tutela: si pensi al ruolo che assumerebbe la riduzione del prezzo in un caso di inadempimento non essenziale. Tale rimedio, benché si potrebbe esercitare senza l'obbligo di notificazione della non conformità della prestazione, richiederebbe sempre la concessione di un termine (cfr. artt. 92 e 93 PLDC): pertanto, non potrebbe più essere liberamente scelto (dopo l'introduzione dell'art. 93 PLDC) quale principale rimedio. In definitiva: l'introduzione dell'art. 93 PLDC cambia, di fatto, l'iniziale assetto previsto in relazione ai rimedi e all'art. 87 PLDC. Ciò è dovuto anche al fatto che la comunicazione, in caso di inadempimenti imperfetti (art. 92 PLDC), era prevista in un articolato pensato quando non vi era la *Nachfrist*.

Poiché le parti possono modificare, revocare o escludere l'applicazione di alcune disposizioni dei PLDC (art. 4 (1) PLDC), è opportuno chiedersi se si possono ricomprendere tra queste disposizioni anche l'esclusione della *Nachfrist* o dell'obbligo di comunicare la non conformità, a norma dell'art. 92 PLDC. Un'esclusione di una di queste disposizioni permetterebbe di offrire un sistema più coerente, alla luce di quanto argomentato innanzi. E' possibile, dunque, escludere l'art 92 PLDC? E inoltre: nonostante la sua esclusione, è possibile far rientrare il termine di correzione dalla finestra – attraverso il principio di buona fede (uno dei tre “principi dei principi” – insieme alla libertà di contrattuale e alla forza obbligatoria del contratto: cfr. artt. 3, 4 e 5 PLDC)? L'interrogativo è intrigante, visto che, dai lavori preparatori, risulta che i PLDC non si applicano ai contratti con consumatori; in tal senso, nei contratti *B2B*, per la natura stessa del contratto, vale la prassi di esaminare il bene ricevuto, e quindi contestualmente, in virtù del principio di buona fede, la prassi di comunicare contestualmente l'eventuale inesattezza dell'adempimento.

## 6. Qualche conclusione

Nonostante i PLDC abbiano voluto offrire una soluzione rivisitata delle tradizioni civilistiche latinoamericane, si sono voluti proporre in questa sede alcuni dubbi sull'influenza dei moderni schemi provenienti da oltreoceano, contenuti del DCFR, nei PECL o nei Principi *Unidroit*. Inoltre, le riforme dei codici francese e argentino hanno contribuito a che il tes-

suto normativo dei PLDC non si sia attenuto solo alle rivisitazioni moderne proposte da dottrina e giurisprudenza<sup>38</sup> negli ordinamenti latinoamericani.

In definitiva, anche se uno dei dibattiti eterei nel gruppo di studio verteva sull'adozione della terminologia "mezzi di tutela", e non "rimedi", perché la prima locuzione è più vicina alla terminologia tradizionale del *civil law* e non a quella della *common law*<sup>39</sup>, si constata l'influenza di istituti introdotti anche se non appartenenti alla tradizione latinoamericana: è il caso, come si è detto, della *Nachfrist*, oppure dell'introduzione del metodo di calcolo della riduzione del prezzo affine a quello della Convenzione di Vienna<sup>40</sup>.

Sicuramente il riferimento nell'art. 87 PLDC alla "...sua scelta" e a "qualsiasi dei seguenti mezzi di tutela" non si può ascrivere alla migliore redazione, poiché un'interpretazione coordinata del testo mostra un'altra realtà.

Anche se il testo dei PLDC è sicuramente migliorabile, esso rappresenta senza dubbio una nuova possibilità interpretativa utile al confronto di molti codici latinoamericani, sedimentati ormai da tempo in una roccia ormai certamente non più granitica, ma forse trasformati in calcarea, avendo bisogno di interventi urgenti e più consoni ai nuovi panorami e paradigmi giuridici.

---

<sup>38</sup> Si riinvia ai questionari redatti per ogni paese: C. Pizarro Wilson (a cura di), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Universidad Externado and Universidad del Rosario de Colombia e Fundación Fueyo Laneri, 2012.

<sup>39</sup> Ipotesi che dovrebbe essere smentita, visto che il termine 'rimedi' non dovrebbe essere di derivazione del common law ma del Law French: v. A. Ferrante *Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía*, in *Revista de derecho privado (Universidad del Externado)*, n. 35, 2018, p. 166, nota n. 1. Sull'introduzione, nella terminologia corrente in Italia, del sostantivo 'rimedi' in Italia v. A. Maniaci, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, ETS, 2018, pp. 42-46 che constata la sua prima utilizzazione per esempio da parte di Ivrea, Carnelutti e Falzea.

<sup>40</sup> V. art. 92 PLDC, nell'ultima sessione di Bogotá del 2017, il gruppo di studio ritornò a votare per l'eventuale abolizione di un metodo di riduzione puro per i problemi che il metodo affine all'art. 50 CISG può provocare. Si mantenne detto calcolo per un solo voto di differenza. Comunque il gruppo di studio ha stabilito che il metodo del calcolo non sarà vincolante, e che il giudice potrà adottare un altro criterio (v. atti della sessione del 22 agosto 2017, Bogotá). Sul punto e la critica del metodo adottato nei PLDC v. A. Ferrante, *¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los Principios latinoamericanos de Contratos?*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 22, 2014, p. 12 y ss; più ampiamente sulla riduzione del prezzo A. Ferrante, *La reducción del precio en la compraventa*, Aranzadi, 2012.

