

SANDRO SCHIPANI

direttore del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani
dell'Università di Roma "Tor Vergata"-Consiglio Nazionale delle
Ricerche

DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD
E L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO IN AMERICA LATINA (*)

Sommario: 1. La nozione di codice e il contributo di D. Vélez Sarsfield: codice dell'indipendenza e della trasfusione del diritto romano; il ruolo della scienza del diritto. 2. Le generali aspirazioni all'unificazione del diritto e i problemi dei processi di integrazione: attualità dell'insegnamento fissato da D. Vélez Sarsfield nel Codice civile argentino sulla permanenza del Diritto Comune dell'America Latina. 3. Il dibattito sull'unificazione del diritto in materia di contratti. 4. Il contributo di D. Vélez Sarsfield per l'unificazione del diritto dei contratti: sintetico esame delle definizioni del contratto nei primi codici del sistema giuridico latinoamericano e della definizione di Vélez. 5. Conclusione: un auspicio che le prossime riforme siano espressione dell'unità del continente.

1. La nozione di Codice e il contributo di D. Vélez Sarsfield: codice dell'indipendenza e della trasfusione del diritto romano; il ruolo della scienza del diritto

In altra occasione, ho affrontato l'esame delle caratteristiche dei codici di Giustiniano e dei codici latinoamericani in generale¹.

¹. Conferencia desarrollada en la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en ocasión de la recepción como miembro correspondiente el 15 de septiembre de 1998.

La Conferencia fue precedida de las siguientes palabras introductorias:za è stata preceduta dalle seguenti parole introduttive:

Illustre Presidente
dell'Accademia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba
Illustri Accademici
Signore e Signori

è per me un onore ed un motivo di emozione parlare in questa occasione in cui vengo integrato quale membro corrispondente di un collegio che ha un così grande prestigio; che riunisce studiosi che hanno dato contributi profondi e originali; che ha tanta storia.

Era stato per me un grandissimo onore poter collaborare con questa Accademia dall'esterno, in occasione della organizzazione di un Congresso, realizzato a Roma nel 1986, per sviluppare in Europa gli studi su, e per rendere omaggio al grande giurista romanista cordobese Dalmacio Vélez Sarsfield, grande

Institutiones, Digesta e Codex, che Giustiniano stesso qualifica unitariamente come i miei "codici"² per indicare che sono tutti e tre ugualmente libri di diritto, si caratterizzano per essere prodotti col concorso di due distinte fonti del diritto romano: la giurisprudenza e la legge (questa nella forma dell'epoca, cioè le Costituzioni), in un sistema che ha la divinità al suo vertice (*adnuente Deo*). Essi sono destinati a cercare la realizzazione della giustizia, e ciò fanno attraverso la formazione dei giuristi³ e il miglioramento degli strumenti per l'applicazione del diritto (con particolare riferimento alla abbreviazione dei processi⁴). Sono opere costituite da pochi libri; sono scritte, brevi, ordinate⁵. Non solo sono il frutto delle due fonti del diritto, legge e scienza giuridica, ma altresì contengono, riunendo sullo stesso piano leggi e scritti dei giuristi, questi con i loro ragionamenti, il loro dialogo ravvicinato o a distanza, le loro discussioni. Si coordinano con le consuetudini⁶. Contengono una esposizione coerente della totalità di tale diritto, considerato nella sua estensione temporale dalle origini della *civitas*, e ne plasmano il concetto tecnico-

giurista argentino, grande giurista latinoamericano, grande giurista del nostro sistema giuridico romanistico. Ora è motivo di emozione essere invitato a far parte di questa Accademia.

E mentre ho ricordato tale iniziativa di Roma, permettetemi di ricordare due collaboratori cordobesi di essa, che mi sono molto cari, e da cui ho appreso moltissimo; molto ho appreso da tutti in quella occasione, ma da loro moltissimo: il romanista Agustín Díaz Biallet ed il civilista Antonio Laquis. Il primo mi ha insegnato la 'transfusión' del diritto romano attraverso l'opera di Vélez, e in generale le codificazioni dell'indipendenza, fornendo alla ricostruzione del sistema giuridico latinoamericano un elemento strategico della ricostruzione della sua essenza, che ha caratterizzato appunto i codici, che mi sono permesso di proporre siano designati, da un punto di vista storico-dommatico, unitariamente 'codici della trasfusione del diritto romano e dell'indipendenza'. Il secondo ha approfondito la riflessione si «independencia y elementos de continuidad y/o revolución y elementos de resistencia e identidad del sistema», offrendo altro elemento strategico del lavoro indicato. Ad essi, e a tutti i membri di questa Accademia l'espressione del mio umile e grato omaggio.

Cfr. S. Schipani, *Los Códigos latinoamericanos de la 'transfusión' del Derecho romano y de la independencia. Hacia Códigos de la 'mezcla' y 'códigos tipo'*, in *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, a cura di A. Levaggi, Buenos Aires, 1992, 15-77 (in it. in S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999).

². Costituzione *Tanta* 11.

³. Costituzioni *Omnem e Imperatoriam*

⁴. Costituzione *Haec quae necessario pr.*

⁵. Sulla brevità, Costituzione *Tanta* 17; sull'ordine, per il Digesto cfr. D. 1,5,2.

⁶. D. 1,3,32-41; J. 1,2,9-10; C. 8,52, e la Costituzione *Deo auctore* 10.

dommatico unitario di diritto romano comune⁷ destinato a tutti gli uomini di tutti i tempi, eliminando la distinzione fra cittadini e stranieri, e tendendo in generale all'unificazione della considerazione giuridica di base delle persone.

Dalmacio Vélez Sarsfield, assecondato dal legislatore argentino, inserisce su questa linea il Codice della Repubblica Argentina che redige: codice che fa proprie le radici del diritto comune latinoamericano che si era formato sulla base della tradizione iberica del diritto romano e del costante dialogo di essa con la totalità del sistema romanista, con il quale l'indipendenza accentua la diretta comunicazione⁸, mentre specifica altresì la dimensione latinoamericana (si pensi soprattutto alla comunicazione fra del lavoro di Vélez con A. Bello, con E. Acevedo, con A. Teixeira de Freitas⁹); e si dirige a tutti gli uomini (art. 53), e che quindi codice che concorre, congiuntamente, sia ad esprimere l'indipendenza, sia a fissare la trasfusione del diritto romano al continente latinoamericano, che diventa nuovo centro propulsore delle vicende del sistema romanistico¹⁰. Codice che di tale diritto comune è espressione, e nel quale rimane inserito; che ai principi di tale diritto comune prevede si faccia ricorso per via di eterointegrazione

⁷. Cfr. P. Catalano, *Diritto e persone*, Torino, 1990, 53 ss.

⁸. Cfr. ad es. il *Catalogo de la Biblioteca Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, 1940; o i molti codici da Vélez tenuti presenti; cfr. ad es. R. Knütel, *Influenza dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794 sul Código Civil argentino del 1869*; A. Levaggi, *Fuentes de la Sección "De las Personas en general" del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield. Influencia de ella en el Código Civil Uruguayo*, in (S. Schipani, curatore), *Dalmacio Vélez Sarsfield cit.*, rispettivamente 79 ss. e 227 ss.

⁹. Dell'approfondita riflessione di Vélez sull'opera di Freitas sono testimonianza le significative adesioni a soluzioni da questi elaborate: cfr. A. Levaggi, *Fuentes cit.*

¹⁰. Sulla 'trasfusione del diritto romano', cfr. A. Díaz Biallet, *La transfusión del Derecho Romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código Civil Argentino (1864-1869)*, in (S. Schipani, curatore), *Diritto romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano. Studi Sassaresi*, 5, 1981, 251 ss.; Idem, *El espíritu de la legislación en la concepción del derecho en Dalmacio Vélez Sarsfield*, in (S. Schipani, curatore), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano*, Padova, 1991, 11 ss. Sulla qualifica di 'codici della trasfusione del diritto romano e dell'indipendenza', cfr. S. Schipani, *Los Códigos latinoamericanos cit.*

in caso di lacune; che da tali principi è informato e alla luce degli stessi principi deve essere globalmente interpretato (art. 16)¹¹.

Giustiniano, nella Costituzione *Tanta*, aveva sottolineato la qualità dei giuristi delle sue commissioni ponendoli in una linea di continuità con i grandi giuristi classici, di cui Pomponio ricorda i nomi e le opere nel noto frammento del titolo II del Libro primo del Digesto: "Sull'origine del diritto e di tutte le magistrature e sulla successione dei giuristi". Egli si era anche preoccupato di formare i nuovi giuristi, con la piena consapevolezza che alla loro scienza i suoi codici venivano affidati; e con la Costituzione *Omnem* aveva regolato la riforma degli studi.

La centralità del lavoro scientifico di Vélez, il significato che questo doveva avere per il testo articolato, viene confermata dal governo argentino chiedendo a Vélez la redazione delle Note che accompagnano il codice¹². E questo così esalta il lavoro del giurista, e integra la regola con il ragionamento che la produce, e con quel complesso di altri elementi costitutivi del diritto, di cui la regola è solo un segmento¹³. Rende manifesta la densità storico-domatica inglobata nei termini concetti dell'articolato normativo, per il dispiegamento della quale da parte degli interpreti ha voluto la illustrazione dei fattori fondamentali di formazione degli stessi, la chiave di lettura. Dalmacio Vélez Sarsfield, e la sua opera costituiscono un momento della continuità e dello sviluppo rispetto ai giuristi classici e con quelli giustiniane.

¹¹. Cfr. Le conclusioni della Commissione delle Jornadas Nacionales (Argentinas) de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987, in *El Derecho Privado de la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, Buenos Aires, 191, 57.

¹². Cfr. L. Moisset de Espanés, *Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino*, in (S. Schipani, curatore), *Diritto romano cit.*, 445 ss.

¹³. Cfr. R. David, *The International Unification of Private Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2, *The Legal Systems of the World*, Tübingen-Paris-New York, 1971, 34: "Law is not only the rules of which it is composed, it is also concepts, standards, and methods - without which the rules would be inapplicable and could not really even be formulated. To separate the law from its 'infrastructures of concepts', to look at it without considering the methods which influence its presentation, is to lose touch with reality".

Diritto comune latinoamericano del sistema giuridico romanistico, e scienza del diritto sono due profili essenziali di tutti i codici dell'America Latina, e il codice di Vélez è il modello nel quale ciò che negli altri codici è implicito, viene esplicitamente indicato, ricordato, insegnato.

2. Le generali aspirazioni all'unificazione del diritto e i problemi dei processi di integrazione: attualità dell'insegnamento fissato da D. Vélez Sarsfield nel Codice civile argentino sulla permanenza del Diritto Comune dell'America Latina

Lo statual-legalismo posteriore ai codici ha dimenticato questa fondamentale convergenza di due fonti del diritto nei codici così come ha dimenticato anche la fondamentale solidarietà fra norme e comprensione del reale dal punto di vista del diritto, discussione giuridica di essa, elaborazione della norma che lo deve regolare alla luce del sistema ecc. In nome del nazionalismo giuridico, più in Europa che in America Latina, lo statual-legalismo ha cercato di isolare il codice dalle sue radici, di nazionalizzare la produzione del diritto e di rendere gli ordinamenti statali autointegrantisi e chiusi; di contrapporsi all'impostazione giustiniana, presente nei codificatori, che coglie il *principium* nel suo significato congiuntamente di inizio in senso forte e di elemento di struttura, di parte fondante ciò che da essa si sviluppa, e che ne viene informato, e ne rende necessario e vivo lo studio per la interpretazione: Gaio, fatto proprio da Giustiniano in D. 1,2,1, ci dice che il principio è la parte che tiene in sé il proprio fondamento e che più delle altre è efficace (*potissima*), e che interpretare senza rifarsi al principio è come farlo "per così dire, senza essersi lavate le mani"¹⁴. Lo statual-legalismo è però oggi in crisi.

¹⁴. Cfr. S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune cit.*; Idem, *Principia Iuris. Principium potissima pars. Principios generales del derecho. (Apuntes para una investigación)*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 3, 1997, 3 ss.

Allo sviluppo dello statual-legalismo isolante i singoli ordinamenti statuali, la scienza giuridica, anche in quegli autori che da esso sono stati catturati, in parte ha reagito resistendo ad esso a diversi livelli, primo dei quali la continua circolazione della letteratura giuridica che non è fermata dai confini degli stati, e secondo dei quali l'avvio di un lavoro teso alla unificazione del diritto (si pensi al dibattito svoltosi nella Conferenza di Lima del 1877-1879, ed alla successiva conferenza di Montevideo 1889, per il Diritto Internazionale Privato-DIP; si pensi a tutte le iniziative, maturate a volte con grande apertura universalistica, di unificazione del diritto materiale di specifici settori, dei trasporti, o della proprietà intellettuale ecc.)¹⁵. Anche in questo movimento si devono fare molte distinzioni: si pensi ai presupposti generali ad es. del Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e contratti del 1927 (Roma, 1928), o alle numerosissime convenzioni volte a fissare diritto uniforme, o ai recenti *Principi dei contratti commerciali internazionali di Unidroit* del 2004, che, per certi aspetti, presuppongono - correttamente - l'esistenza dei principi stessi a prescindere dagli ordinamenti giuridici nazionali.

D'altra parte, alla crisi degli stati nazionali si cerca di rispondere con processi di integrazione regionali o sub-regionali. L'esperienza di integrazione in America Latina è stata assai vivace e ricca di risultati, anche se spesso non duraturi (ALALC, ALADI, SELA, Grupo Sub-Regional Andino, Mercado Común Centro-Americano, CARICOM¹⁶), ed ora, dopo un periodo di crisi, sta delineandosi una ripresa di essa sia in primo luogo in relazione alla particolare cooperazione costituita dal Mercosur, che manifesta anche una notevole capacità attrattiva nei confronti di Paesi non inizialmente

¹⁵. Cfr. R. David, *The International Unification of Private Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2, *The Legal Systems of the World*, Tübingen-Paris- New York, 1971, 123 ss.

¹⁶. Cfr. AA.VV., *Integração na América Latina*, in *Rev. Informação Legislativa*, 81, 1984, Supplemento; (A. Di Stasi, curatore) *Codice dell'integrazione Latinoamericana. Il SELA Sistema Economico Latino-Americano*, Salerno, 1992.

coinvolti (Cile; anche Bolivia, Venezuela)¹⁷, sia in relazione alla reviviscenza del Patto Andino od all'emergere di altri avvicinamenti.

Non è questa la sede per una analisi delle forme di queste cooperazioni, e delle norme specifiche che in relazione ad esse si producono, ma è certo che esse tutte intensificano la circolazione di persone e di beni in aree più estese che il territorio dei singoli Stati e sollecitano a superare, almeno per taluni settori, e per i tipi di rapporti che più frequentemente si verificano, la pluralità di normative.

Per tali rapporti infatti, che sempre più si sviluppano con una serie complessa di fattori di riferimento, le soluzioni risultanti dal DIP, con il loro ricadere nei diritti propri di un singolo Paese, più che essere delle soluzioni dotate di insufficiente certezza, appaiono come non corrispondenti alla reale natura dei rapporti da regolare in tutti i suoi possibili profili e nella sua sostanziale unitarietà. Se si considera poi che l'attuale complesso delle norme del DIP è stato sviluppato e reso funzionale alla logica della pluralità degli ordinamenti statali concepiti come tanti microsistemi isolati l'uno dall'altro ed autosufficienti, e in una prospettiva che prescinde da ogni appartenenza ad uno stesso sistema, si coglie altresì una ragione di dubbio sulla loro applicabilità a rapporti svolgentisi interamente all'interno di gruppi di Paesi fra i quali sia in atto uno dei processi di integrazione citati, alimentata da una profonda comunione di diritto. Per tali rapporti, apparirebbe altresì inadeguata la stessa prospettiva di considerarli rapporti

¹⁷. Cfr. M. Rapoport-A. Musacchio, *La Comunidad Europea y el Mercosur - Una Evaluación Comparada*, Buenos Aires, 1993; *Mercosul - A estratégia legal dos negócios*, a cura di L.O. Baptista, 2 ed., Sao Paulo, 1994; *Mercosul - Das negociações à implantação*, a cura di L.O. Baptista-A. Mercadante-P. Casella, Sao Paulo, 1994 (2 ed. 1998); *Mercosul - Sues efeitos jurídicos, economicos e políticos nos Estados-membros*, a cura di M. Basso, Porto Alegre, 1995; R. Dromi -M. Ekmekdjian - J. Rivera, *Derecho Comunitario - Sistemas de Integración - Régimen del Mercosur*, Buenos Aires, 1995; P.B. Casella, *Mercosul - Exigencias e perspectivas de integração e consolidação de espaço economico integrado*, Sao Paulo, 1996; M.S. Figueiras, *Mercosul no contexto latino-americano*, 2 ed., Sao Paulo, 1996; Roma e America. *Diritto romano comune cit.*, 4, 1997; A. Ferrer, *Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el Mercosur en el sistema internacional*, 1998.

transnazionali, dato che la realtà in cui si collocano tende, rapidamente, ad essere oggettivamente quella di una nuova dimensione unitaria di una nuova società plurinazionale.

Si potrebbe ragionevolmente ritenere che questo tipo di rapporti non fosse contemplato, e che nei riguardi di esso ci si trovi di fronte ad una lacuna della legislazione, per colmare la quale le norme del DIP non risultino neppure utilmente applicabili per analogia. Ne deriva un fondamento per applicare direttamente i principi generali. E ulteriormente ne deriva una spinta a tradurre il diritto dei comuni principi in articolate formulazioni normative comuni¹⁸.

In questo quadro, l'insegnamento sopra richiamato emergente dall'opera di Vélez appare di straordinaria attualità. Esso infatti pone al centro la scienza dei giuristi, e la permanente esistenza del diritto comune dell'America Latina incardinato sui principi del diritto romano comune e particolarmente di quelli del sistema giuridico latinoamericano, sul dialogo con i giuristi degli altri Paesi latinoamericani. I due elementi sono compresenti: profili diversi della struttura del diritto, i principi sostengono, guidano ed integrano la legge, ne colmano le lacune, costituiscono cerniera di esse con il sistema, il nucleo di questo che si accresce e sviluppa con l'apporto di molti. I giuristi con la loro scienza e responsabilità, con la loro possibilità di interferire direttamente e costruttivamente nel processo di integrazione, elaborano unitariamente il diritto di queste specifiche nuove comunità che si vengono formando in connessione con i processi di integrazione predetti, e contestualmente sviluppano il sistema e ponendo le proposte di esso a disposizione di tutti.

¹⁸. R. David, *The International* cit., 4 insiste sul fatto che: "the most important task is ... to revive and develop the old idea of *jus commune*, adapted to the modern world"; e ancora ribadisce (p.36): "if the truth be told, our ambition is rather to reconstruct by this means. at least for international legal relations, the *jus commune* of former time, the disappearance of which has been the cause of all the trouble".

3. Il dibattito sull'unificazione del diritto in materia di contratti

L'unificazione del diritto delle obbligazioni e contratti dei Paesi dell'America Latina è stata all'ordine del giorno già di alcune riunioni scientifiche, fra le quali desidero ricordarne due, di diverso orientamento. Quelle promosse da M. Rotondi, che, come noto, proponeva in modo molto concreto di assumere quale testo comune il già citato *Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti*¹⁹. I I e II Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano (Buenos Aires 1976; Jalapa 1978), che hanno evidenziato la forte base romanistica del diritto codificato latinoamericano in materia²⁰.

Le tendenze all'unificazione del diritto in materia di contratti, in questi ultimissimi anni hanno prodotto in Europa alcuni testi interessanti che pure si pongono sulla via della 'codificazione' di un 'diritto comune'.

¹⁹. Cfr. i contributi di M. Rotondi, I. Winizky, F. Fueyo Laneri, J. Melich Orsini, M. Boffi Boggero, T. Popescu in *Rev. Fac. Derecho (Univ. Central de Venezuela)*, 39,1968, 9ss.; 41,1968, 9ss.; 46,1970, 105 ss. e 149 ss.; 48,1971, 9 ss.; 50,1971, 9 ss., e poi AA.VV., *Inchiesta di diritto comparato*, 8, *Il Progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*, Padova, 1980.

²⁰. Cfr. notizie in *Index*, 6,1976, 146 ss.; 156 ss., ed alcune delle relazioni del congresso di Jalapa in *Externado. Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 8, 1985, *Memoria del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, 125 ss.; qui anche (p.441) il documento conclusivo sul punto, secondo il quale: "*Considerando*: 1. Que el derecho romano es el 'elemento común' de todas las legislaciones de los países latinoamericanos, 2. que el derecho romano es el elemento diferencial del derecho latinoamericano frente a otros sistemas extraños a nuestro ancestro cultural y jurídico, 3. que el derecho romano subsiste dentro del derecho civil latinoamericano, por el paso de fórmulas e instituciones jurídicas netamente romanas al derecho aplicado vigente, 4. que no es la historia solamente lo que le da validez al derecho romano sino la vigencia de sus principios transfundidos en el derecho moderno y que iluminan el derecho comparado, 5. que el derecho romano, como ciencia formativa 'tiene una base trascendente y viviente' en todos los países latinoamericanos que obedecen a una tradición legal romana, 6. que es una necesidad imperiosa la creación de un derecho latinoamericano uniforme en materia obligacional y, 7. que esta unificación jurídica propendería al desarrollo y fortalecimiento de los vínculos que unen a los pueblos latinoamericanos, lo que nos permitiría presentarnos como un bloque de naciones ante otros países poderosos de la tierra, *acuerda*: en el aspecto formativo, propender al desarrollo de una doctrina común en materia obligacional, por medio del estudio del Derecho Romano y del Derecho Comparado, lo que permitiría la unificación de criterios, que más tarde se materializaría en la formación de códigos uniformes."

Con tale obiettivo, sono all'opera due gruppi di lavoro per l'unificazione del diritto dei contratti: la Commission on European Contract Law, coordinata dal collega Lando ed il Gruppo di lavoro dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, che ha la sua sede nell'Università di Pavia, promosso dal collega Gandolfi, che ha come obiettivo l'elaborazione di un progetto di "Codice europeo dei contratti"²¹.

a. La Commissione Lando, istituita nel 1980, si è proposta una rielaborazione di "*general principles of contract law*" presenti nei Paesi della Unione Europea, per proporli "*as recommendations only*" agli organi della Unione stessa ed ai legislatori nazionali quali fonti di ispirazione per interventi normativi nel settore contrattuale, nonché ai collegi arbitrali internazionali²².

b. Il Gruppo di lavoro dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei (presso l'Università di Pavia)²³ si è posto invece esplicitamente

²¹. Cfr. prime presentazioni delle rispettive impostazioni in O. Lando, *European Contract Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1983, 657 ss.; *Principles of European Contract Law*, in *Liber Memorialis F. Laurent*, 1, Bruxelles, 1989, 555 ss.; G. Gandolfi, *Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea*, in *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi*, Padova, 1991, 1037 ss.

In generale, sui termini della discussione in Europa sulle vie dell'unificazione/armonizzazione del diritto in situazione di permanente pluralismo politico, cfr. R. David, *The International Unification of Private Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2,5, Tübingen-The Hage-Paris-New York, 1971, 54 ss.; AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, 2 vol., Milano, 1979; H. Kötz, *Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung. Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium*, in *Rabels Zeitschrift*, 1991, 215 ss. e gli atti del relativo Simposio in *Rabels Zeitschrift*, 1992, 215 ss.; L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*. Roma, 1993. V. anche: *Il diritto privato europeo. Problemi e prospettive*, a cura di L. Moccia, Milano, 1993; *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, a cura di C. Tomuschat-H. Kötz-B. v. Maydell, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995.

²². Il testo da essa elaborato si divide in quattro Capitoli su:

I. Disposizioni generali;
II. Contenuto e esecuzione del contratto;
III. Inadempimento;
IV. Mezzi utilizzabili in caso di inadempimento (1. Diritto all'adempimento; 2. Diritto di sospendere l'adempimento; 3. Risoluzione del contratto; 4. Riduzione del prezzo; 5. Danni e interessi). Cfr. (O. Lando-H. Beale, curatori), *The Principles of European Contract Law*, Dordrecht-Boston-London, 1995.

I lavori che erano stati per un certo tempo sospesi, risulta che da ultimo abbiano ripreso.

²³. Cfr. P. Stein (curatore), *Incontro di studio su Il futuro codice europeo dei contratti*. Pavia 1990, Milano, 1993

sulla strada della redazione di un codice²⁴, scegliendo quindi di compiere un lavoro di rielaborazione del diritto e selezione delle soluzioni da proporre, e di sua articolazione in un ordinato complesso di regole, che costituiscano la normativa comune, completa e coerente di una branca del diritto²⁵, a cui il legislatore dia poi una sanzione²⁶. Il Gruppo di lavoro, che non ha alcun incarico ufficiale, è composto da giuristi, prevalentemente professori universitari e alcuni alti magistrati, di Austria, Francia, Germania, Inghilterra, Italia, Portogallo, Spagna, Svizzera; ma la redazione del testo è affidata esclusivamente al coordinatore: G. Gandolfi²⁷.

c. Sotto il profilo del metodo, entrambi questi lavori si configurano come opera di elaborazione di regole generali e astratte, propria della scienza giuridica, anche se con considerevoli differenze di programma e di risultati, e si delineano sotto tale profilo come coerenti con il sistema romanistico.

²⁴. Esplicita è la contrapposizione al "restatement", ritenuto impossibile, perchè "non è possibile giungere all'unificazione attraverso la via del compromesso" (G. Gandolfi, *Sul progetto di un "codice europeo dei contratti"*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, 107); accentuato è quindi il ruolo della elaborazione da parte della scienza giuridica.

²⁵. Cfr. G. Gandolfi, *Per la redazione di un "Codice europeo dei contratti"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 49, 1995, 1073 ss.

²⁶. Sulla necessità di una legge, cfr. G. Gandolfi, *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa, mediante o senza la legge?*, in *Rivista di Diritto Civile*, 29, 1993, 149 ss.

²⁷. Il testo dell'ante-progetto elaborato si divide in:

- I. Disposizioni generali;
- II. Formazione del contratto (1. Trattative precontrattuali; 2. Conclusione del contratto);
- III. Contenuto del contratto;
- IV. Forma del contratto;
- V. Interpretazione del contratto;
- VI. Effetti del contratto (1. Disposizioni generali; 2. Effetti dovuti ad elementi accidentali; 3. Rappresentanza; 4. Contratto a favore di persona da designare; 5. Contratto a favore di un terzo);
- VII. Adempimento del contratto (1. Disposizioni generali; 2. Adempimento di alcuni tipi particolari di obbligazioni contrattuali);
- VIII. Inadempimento del contratto;
- IX. Cessione del contratto e dei rapporti che nascono dal contratto;
- X. Estinzione del contratto e dei rapporti che nascono dal contratto (cfr. G. Gandolfi, curatore, *Code Europeen des contrats*, Milano 1998).

Il testo è stato concepito sulla base di una "traccia" costituita dal Libro quarto del Cc. it./1942 (si noti: tale libro fu assunto non come "modello", ma come semplice "traccia"), a cui fu affiancata, come ulteriore "traccia" il progetto di *Contract code* elaborato nel 1965 da McGregor, per incarico della Law Commission inglese.

Per entrambi, la difficoltà fondamentale è certo costituita dall'inserirsi nel confronto fra i grandi sistemi giuridici contemporanei, cioè dalla differenza fra sistema romanistico degli ordinamenti dei Paesi dell'Europa continentale e sistema di *common law* dell'Inghilterra. In rapporto a questo problema, l'assunzione da parte del Gruppo dell'Università di Pavia del *Contract Code* di McGregor ha rappresentato uno sforzo di accoglimento di una linea evolutiva endogena alla *common law* inglese verso la codificazione, e con ciò anche verso l'elaborazione di concetti e regole. Ma i problemi rimangono ardui.

Nel momento poi in cui ci si propone non di elaborare norme per il commercio internazionale, ma direttamente norme per le relazioni interne all'Unione Europea ed a ciascuno dei suoi Paesi membri, non solo la differenza fra i due sistemi diventa più rilevante, ma anche le differenze fra i diversi ordinamenti dei Paesi del sistema romanistico nell'Europa continentale sembrerebbero rivelare l'esistenza di solchi profondi²⁸.

B. Con una prospettiva globale, recentemente, Unidroit, Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato che ha sede a Roma, ha presentato i suoi *Principi per i contratti commerciali internazionali*²⁹.

²⁸. Già osservava per altro F.W. v. Rauchhaupt, 141 che sia i diritti commerciali che quelli civili dell'America Latina sono molto più prossimi l'uno all'altro di quelli europei.

²⁹. Si tratta di un testo approvato dal Consiglio di Direzione dell'Unidroit nel 1994, composto da un articolato complesso di "regole generali in materia di contratti commerciali internazionali", che si concludano in qualsiasi parte del pianeta, ordinate in un Preambolo e 7 Capitoli su:

1. Disposizioni generali;
2. Formazione;
3. Validità;
4. Interpretazione;
5. Contenuto;
6. Adempimento" (6.1. In generale"; 6.2. Harschip);
7. Inadempimento (7.1. Inadempimento in generale; 7.2. Diritto all'adempimento; 7.3. Risoluzione; 7.4. Risarcimento del danno).

I 120 articoli hanno numerazione non continua, ma per capitolo; ciascuno è accompagnato da un "Commento", che ne dà una spiegazione per mezzo di esempi, e che è da considerare parte integrante dell'opera. Testo e spiegazione sono frutto del lavoro più che decennale di un Gruppo di lavoro costituito nel 1980, coordinato da M.J. Bonell, e che alla conclusione dei suoi lavori era composto da giuristi di Argentina, Australia, Canada, Cina, Danimarca, Germania,

In rapporto alle differenze fra i grandi sistemi giuridici contemporanei, se da un lato anche i *Principi di Unidroit*, per il riferimento ai 'Principi', sono omogenei al sistema giuridico romanistico, ed al sistema delle sue fonti del diritto³⁰; d'altro lato, sotto il profilo contenutistico, registrano invece una serie di rinunzie del sistema romanistico dell'Europa continentale occidentale a favore della *common law*, spesso Nord-americana, ed una spiccata tendenza a ricevere da quest'ultima numerosi contributi normativi, ed anche terminologico-concettuali; cosa forse dipendente dall'obbiettivo specifico di essi, di "cercare le regole che più si adattano alle particolari esigenze del commercio internazionale"³¹.

4. Il contributo di D. Vélez Sarsfield per l'unificazione del diritto dei contratti: sintetico esame delle definizioni del contratto nei primi codici del sistema giuridico latinoamericano e della definizione di Vélez

In relazione alla materia dei contratti, mi riferisco brevemente alle definizioni dei primi codici latinoamericani fino al contributo di Vélez, non per una analisi di questa modalità di tecnica legislativa, quanto per avviare un primo esame della/e definizioni

Giappone, Inghilterra, Italia, Olanda, Russia, Stati Uniti.

Nel Preambolo, si prevede che a tale testo si possa far rinvio esplicitamente o implicitamente dalle parti nei loro contratti; o che esso possa essere utilizzato in caso di "impossibilità di individuare la regola pertinente", o per "l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme"; o infine, cosa che è direttamente rilevante in relazione al tema propostoci, che esso possa "servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali". Il riferimento ai "contatti commerciali" vale poi ad escludere la destinazione di questo testo per i contratti con i "consumatori".

Su questo testo abbiamo organizzato un convegno i cui atti sono stati pubblicati, cfr. *"Principi per i contratti commerciali internazionali"* e *il sistema giuridico latinoamericano*, a cura di M.J. Bonell-S. Schipani, Padova, 1996; un Congresso è poi stato realizzato a Valencia, i cui atti sono ora pubblicati (F. Mestre, curatore), *"Los Principios de Unidroit: Un derecho común de los contratos para las Américas"*, Roma, 1998.

³⁰. Sul ruolo della scienza del diritto nel sistema giuridico romanistico, cfr. R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 4 ed., Paris, 1971; Idem, *Sources of Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2,3, Tübingen-The Hague-Boston-London, 1984.

³¹. Così M.J. Bonell, *Il Progetto di Unidroit per la elaborazione di Principi per i Contratti Commerciali Internazionali*, in *"Principi per i contratti commerciali internazionali"* e *il sistema giuridico latinoamericano*, cit., 13 ss. Questa intenzione principale limita il valore dell'opera come modello per i legislatori nazionali (p. 15).

di contratto legislativamente elaborate, e quindi dotate di una specifica rilevanza in rapporto al lavoro dell'interprete, senza procedere ad una verifica sistematica di tutte le indicazioni che ciascun codice offra, ma solo per avviare una riflessione preliminare che si proponga di cogliere il formarsi delle coerenze del sistema.

Da questa analisi emerge il ruolo centrale del dialogo fra codice di Vélez e di Bello, ed il contributo di Freitas, ed anche una linea di tendenza del sistema.

A. Le definizioni del Cc Oaxaca, e del Cc Bolivia 1831 e la presenza del Cc Napoléon; e il loro sviluppo fino ai Cgeneral CostaRica 1858, Cc Méx.DF. 1870

Ometto qui la considerazione del codice della Louisiana (1808), direttamente dipendente dal progetto dell'anno VIII del Codice francese (e di quello di Haití del 1825, che non ho potuto vedere!).

Il Codice di Oaxaca, il cui libro III, pertinente per materia ("De los diferentes modos de adquirir la propiedad") è stato promulgato nel 1828, ma è stato assai breve tempo in vigore, e il Codice civile della Bolivia del 1831, rimasto in vigore fino al 1976, definiscono il contratto, come una «convención» fonte di obbligazione (di dare, fare, non fare)³², a contenuto patrimoniale orientato all'acquisto della proprietà, la quale manifesta così anche nei confronti di esso il suo esteso ruolo ordinante (argomento in base all'epigrafe del libro III). L'efficacia dichiarata è obbligatoria; però la disposizione per cui l'obbligazione di dare si perfeziona con il solo consenso delle parti, le affianca indirettamente l'efficacia reale³³. I codici in esame ridefiniscono poi il contratto indicandone

³². Cc Oaxaca, art. 898: «El contrato es una convención por la cual una ó muchas personas se obligan, así á una ó muchas otras á dar, hacer ó no hacer alguna cosa».

Cc Bolivia/1831, art. 692: «El contrato es una convención, por la que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas, a dar, a hacer, o a no hacer cosa alguna».

³³. Oaxaca, art.571 sui modi di acquistare la proprietà, fra cui «el efecto de las obligaciones» e 935 sul perfezionamento dell'obbligazione di dare mediante il solo consenso; Bolivia/1831, art. 437 e 729. Per la vendita, la sua definizione e la precisazione relativa all'efficacia espressamente detta di

le condizioni di validità relative a consenso, capacità, oggetto certo e causa lecita³⁴. Per il consenso, precisano i vizi nell'errore, violenza e dolo³⁵ (in casi circoscritti, la lesione³⁶). Per la causa, precisano i limiti della liceità di essa nella proibizione della legge, contrarietà ai buoni costumi e all'ordine pubblico³⁷. Precisano altresì gli effetti, che sono determinati in base a ciò che è espresso, integrato da ciò che l'equità, gli usi o la legge implicano, e dall'obbligo di esecuzione secondo buona fede³⁸.

Nel Cc Oaxaca e nel Cc Bolivia/1831 è evidente l'assunzione del Cc Napoléon/1804³⁹ come testo di riferimento. Come per questo codice, si deve sottolineare qui la presenza, oltre che della base romana, di alcuni principi che ne sono stati uno degli sviluppi:

- il principio per cui non si distingueva più fra la forma della stipulazione e del patto, come pure fra il 'patto vestito' e il 'patto nudo', e «per una inveterata consuetudine [anche questo] produceva azione»;
- il principio per cui col solo consenso si poteva anche trasferire la proprietà;

trasferimento della proprietà, cfr. rispettivamente Oaxaca, art. 1165 e 1166; Bolivia/1831, art. 1003 e 1004.

³⁴. Cc Oaxaca, art. 906: «Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un contrato.

«El consentimiento de la parte que se obliga.

«Su capacidad de contratar.

«Un objeto cierto que forma la materia del empeño.

«Una causa lícita en la obligación».

Cc Bolivia/1831, art.699: Cuatro requisitos son esenciales para la validez de una convención: 1° el consentimiento de la parte que se obliga; 2° su capacidad de contraer; 3° un objeto cierto, que forma la materia de la obligación; 4° una causa lícita en la obligación.

³⁵. Cc Bolivia/1831, art. 700 ss.

³⁶. CcBolivia/1831, art. 709 e 1086 ss.

³⁷. Oaxaca, art. 930; Cc Bolivia/1831, art. 724.

³⁸. Oaxaca, art.931: «Las convenciones legalmente formadas hacen veces de ley para los que las han hecho.

«Ellas no pueden ser revocadas sino por el consentimiento mutuo de los contratantes ó por las causas que la ley autoriza.

«Ellas deben ser executadas de buena fe».

art. 932: «Las convenciones obligan no solamente á los que se expresa en ellas sino tambien á todos los resultados que la equidad, el uso ó la ley dan á la obligacion según su naturaleza.»

Bolivia/1831, art. 725-726.

³⁹. Cc Napoléon/1804, definizione del contratto come fonte di obbligazione, art. 1101; requisiti essenziali, art. 1108; Cc Napoléon/1804, art. 711 e 1138, sull'obbligazione di dare; Cc Napoléon, art. 1582-1583.

- il principio per cui era «già da lungo tempo presso di noi tolta una tale distinzione [fra contratti di buona fede e contratti di stretto diritto], e tutti i contratti s'interpretavano *ex bono et aequo*, ed obbligavano anche a ciò che in essi non era stato espresso, quando così esigevano l'equità, la consuetudine o il costume»⁴⁰.
- Infine, il carattere di 'codice della proprietà', e dello *ius ad rem*⁴¹.

La definizione espressa nei Cc. di Oaxaca e della Bolivia/1831, si conserva nel CgeneralCostaR/1858⁴². In essa, si introduce poi, col CcMéx.DF./1870, un cambiamento:

- cioè si supera la contraddizione fra enunciazione generale e dato normativo, e l'artificio del perfezionamento per puro consenso della obbligazione di dare, e in essa viene prevista la possibilità di diretta efficacia reale del contratto⁴³.

⁴⁰. Cfr. *Codice Civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane Ad uso delle Università e dei Licei del Regno d'Italia*, 2, Milano, 1811, 744; 829 s.; 826 s.

Cfr. la semplice e chiara constatazione negativa che «en el dia no se conoce la distinción que habia antiguamente entre acciones de buena fe, de riguroso derecho y arbitrarias», in J. M. Alvarez, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, 4, Guatemala, 1820, Lib.IV, tit.VI, par. 3 (rist. México, 1982, 100).

⁴¹. In questo avvio del grande movimento di appropriazione del sistema del diritto romano all'America Latina indipendente, che connota anche questi codici, la scelta era stata fatta, in certo modo, 'in blocco' (è emblematica l'esortazione di Bolívar), senza approfondire la verifica se le singole soluzioni tecniche corrispondessero all'obbiettivo globale. Il modello, in ogni caso, era acquisito, con le sue radici e potenzialità.

⁴². Per la definizione del contratto, Cg Costa Rica/1858, Materia civil, art. 695; per i requisiti, art. 702; per la buona fede, equità ecc. in relazione alla determinazione degli effetti, art. 728-729; per il perfezionamento attraverso il consenso nella obbligazione di dare, art. 732, e art. 449 sui modi di acquisto e trasferimento della proprietà.

V. anche il *Proyecto de Código civil para la República Oriental del Uruguay*/1852, di E. Acevedo, in relazione ai requisiti essenziali, art. 1298; in relazione alla efficacia reale indiretta: art. 817 e 1346. In questo progetto non vi è definizione del contratto, ma, all'inizio del Lib.IV, «De las Obligaciones», alla nota 2, si osserva: «Se echa de ménos la definición y división de los contratos, que hemos creído conveniente omitir, no solo por considerarlas de la competencia de los tratadistas; sino porque hemos entendido que lejos de aclarar se introduciría una confusión que no existe sin eso.»

V. anche il Ccom Arg./1862, cit. infra.

⁴³. Per la definizione del contratto, Cc Mèx.DF./1870, art. 1388: «Contrato es un convenio por el que dos ó mas personas se transfieren algun derecho ó contraen alguna obligación». (Questa definizione è conservata nel CcM éx.DF./1884, art. 1272 e 1436; Cc Méx.DF./1928, art. 1793 e 2014).

La formulazione secondo cui: «en la enajenación de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural ya

B. Le definizioni dei Cc Perú/1852; Cc Bello-Ch./1856 [Col./1858-1887; Ec./1860]; Cc Venezuela/1862; Cc Urug./1868, e il ruolo delle Istituzioni di Giustiniano

Il Cc Perú/1852 introduce fondamentali cambiamenti:

- esso da un lato manifesta l'esigenza di una categoria unitaria al di sopra del contratto, d'altro lato inquadra la «convención» in un sistema complessivo delle fonti di obbligazione⁴⁴;
- in esso, l'efficacia è puramente obbligatoria⁴⁵ (questa novità è accompagnata dalla separazione della materia delle successioni da quella delle obbligazioni e contratti⁴⁶).

Sulla stessa linea, e con ulteriori importanti sviluppi, si pone il CcCh./1856 (codice di Andrés Bello che, con piccole variazioni è stato recepito ed è in vigore anche in Ecuador e Colombia):

simbólica; salvo convenio en contrario», rimane, per altro, all'art. 1552 (=1436=2014), connessa alla obbligazione di dare, quale traccia della precedente prospettiva.

Anche la definizione della compravendita rimane vincolata a schemi obbligatori CcMéx.DF./1884, art. 2939 (=2811=2248).

⁴⁴. Cc Perú/1852, art. 1219: «Las obligaciones provienen ó de la ley, ó del hecho del hombre. Este hecho puede consistir en una promesa, ó en una convención ó en un delito, ó en un cuasidelito».

⁴⁵. Cfr. sulla necessità della «tradición», CcPerú/1852, art. 574; sulla obbligazione di dare, art. 1262; sulla compravendita, art. 1305, 1306, e, sugli obblighi del venditore, art. 1360 ss.

⁴⁶. Vi sono analogie fra questo codice e il *Proyecto de Código civil de la Nueva Granada*, del peruviano [verificare!?] J. Arosemena: così la categoria del 'hecho' che include le diverse fonti di obbligazioni; l'efficacia obbligatoria del contratto e lo spostamento della materia della successione e donazioni nel libro delle cose e proprietà; ma su di esse non mi posso trattenere.

- esso, manifestando analoga esigenza, ma con scelta terminologica diversa, definisce il contratto come un «acto»⁴⁷, che, nel contratto, si specifica perché in questo c'è «concurso real de voluntades»⁴⁸;
- in esso, il contratto stesso poi è inserito nel sistema complessivo delle fonti di obbligazione⁴⁹, con ruolo centrale⁵⁰.
- il contratto ha efficacia esclusivamente obbligatoria⁵¹ (il codice di Bello è diviso in quattro libri, e separa il libro sulle

⁴⁷. Cc Ch. 1856/ art. 1438: «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas».

Certo, non sembra appropriata l'equiparazione di contratto a convenzione, dato che questa ha una significato ben più generale; cfr. ad es. l'art. 1567 in cui la 'convención' è modo attraverso cui può essere estinta l'obbligazione. [non mi pare che però venga usata al di fuori dell'ambito obbligatorio, per atti ad efficacia reale]

Sulla elaborazione di Bello del riferimento all''acto'', e sulla rinuncia ad una parte più generale su di esso imperniata, cfr. A. Guzmán Brito, *Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del "Código Civil de Chile" y de sus proyectos*, e S. Schipani, *Del Derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: la obra de Andrés Bello (Pluralidad de fuentes del Tit. I del lib. IV del 'Código Civil de Chile' y de sus proyectos)*, in *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, rispettivamente 2, 1977, 101 ss e 6, 1981, 165-85.

⁴⁸. Cc Ch./1856, art. 1437: «Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia». Si noti che già nel Pyto.1842, II,1, era precisato: «Todo contrato supone el consentimiento de las partes». Il concorso di due persone è sottolineato da F. Vélez, *Estudio cit.*, 2 s. e 16; L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. 11, Santiago, 19??, 8 s. sottolinea trattarsi di «actos bilaterales», ma si pone poi anche il problema della possibilità di atti unilaterali di volontà che siano fonti di obbligazioni e cita l'art. 632 relativo all'offerta di ricompensa per il ritrovamento di una specie mobile perduta (452 ss.).

⁴⁹. Cc Ch./1856, 1437 cit. e, con qualche problema di coordinamento terminologico, art. 2284: «Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

«Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

«Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

«Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito».

⁵⁰. Il Libro IV si intitola: De las obligaciones en general y de los contratos.

⁵¹. Per l'obbligazione di dare, art. 1548; per la compravendita, art. 1793, per gli obblighi del venditore, art. 1824.

successioni per causa di morte e sulle donazioni sia dal libro sui beni, proprietà ecc. sia da quello sulle obbligazioni⁵²).

- in esso, all'«acto o declaración de voluntad» sono riportanti i requisiti di capacità, consenso, oggetto e causa leciti, ed è dedicato un titolo che li esamina⁵³;

- in esso, un altro sviluppo è quello relativo alla determinazione degli effetti del contratto, che evidenzia il nesso fra esecuzione di buona fede e integrazione di quanto espresso⁵⁴.

All'ambito di questa definizione sono da ricondurre quelle del Cc Venezuela/1862 (codice di R. Viso)⁵⁵, che poi però ha mutato in

⁵². Sui modi di acquisto della proprietà, cfr art. 588; su cui cfr. F. Vélez, *Estudio cit.*, 225, e vol. 3, 103 ss.; L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, 6, Santiago, 484 ss., e, per la contrapposizione al codice francese, 492 ss.

Si noti che l'efficacia solo obbligatoria del contratto, e questa impostazione, risalgono al *Pyto/1841-1842*.

⁵³. "De los actos y declaraciones de voluntad"; si noti che nell'art. 1445, si dice: «acto o declaración de voluntad». Che questo titolo si riferisca anche agli atti di una sola persona, sottolinea F. Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, vol.6, 2 ed., Paris, 19??, 16. L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. 11, Santiago, 19??, 8 s.; 21 s. «El art. 1445 de nuestro Código ha generalizado, refiriéndose a todo acto o declaración de voluntad, la disposición del art. 1108 del Código francés [...] El título II del libro IV de nuestro Código no se refiere únicamente a los contratos o convenciones, sino a todos los actos y declaraciones de voluntad; y aunque aplicables sus preceptos a los contratos particularmente, son generales y contemplan todos los actos jurídicos creadores de obligaciones». Si noti inoltre che, se pure nel titolo in questione considera solo i requisiti «para que una persona se obligue a otra», non afferma che le dichiarazioni di volontà come tali abbiano solo tale efficacia.

Per quanto messo in luce a proposito del Cc Perú, si noti che nel Cc Ch. la illiceità si riferisce anche all'oggetto, e torna a qualificarsi in relazione anche all'ordine pubblico, a cui si aggiunge il diritto pubblico cileno (art. 1461 e 1462; v. anche art. 1465 sulle clausole di esclusione della responsabilità per dolo). Per la lesione, cfr. art.

⁵⁴. Cc Ch. 1546: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. 11, Santiago, 19??, 495 ss.: «No cabe duda de que la extensión que deba darse a los contratos es una obligada consecuencia de la buena fe con que deben ejecutarse [...] La expresión 'de buena fe' está tomada de la antigua distinción romana entre los contratos *bonae fidei* y los contratos *stricti juris* [...] Hoy todos los contratos deben ser interpretados de buena fe». Cfr. anche F. Vélez, *Estudio cit.*, 211. Entrambi gli A. tendono poi a tradurre la buona fede in ciò che le parti hanno voluto, presumendo poi che conforme sia la volontà delle parti stesse.

⁵⁵. Cfr. definizione del «contrato o convención», come «acto», fonte di obbligazione, Lib.IV, Tit. I, art.2; dei requisiti dell'«acto o declaración de voluntad», Tit. II,, art. 1; dell'efficacia (modi di acquistare la proprietà: Lib. II, Tit. II, Ley I, art.6), e della buona fede, Tit. IV, art.2,

dirizzo; del Cc Urug./1868, non modificato nei successivi aggiornamenti del 1893 e del 1914⁵⁶.

Il mutamento rispetto ai primi codici è assai importante:

- si è perfezionata in questi codici una definizione del contratto come atto-fonte di obbligazioni, entro il sistema delle fonti di queste;
- per essi è dominante il ruolo del sistema delle fonti delle obbligazioni delle Istituzioni di Giustiniano, che inquadra il contratto e la sua formazione bilaterale (o plurilaterale)⁵⁷;
- che però altresì sollecita ad approfondimenti e superamenti che vengono tratti, con autonoma capacità critica, dai *Digesta* e dal *Codex*, e dalle interpretazioni di questi di Vinnius, Heineccius, ecc., fino a Savigny. Questi approfondimenti incidono sul significato del 'concorso delle volontà'⁵⁸, o sull'individuazione dell''atto'⁵⁹. Il contratto, come atto, si inserisce fra gli altri tipi di atti di volontà; ma esso, pur con questo inserimento, conserva, rispetto a tale categoria più estesa, il ruolo ordinante per un intero settore di rapporti, che si lega alla sua realtà di istituto concreto con un preciso referente sociale, orientato alla cooperazione nella produzione ed allo scambio⁶⁰.

strettamente ricalcati sul modello del Cc. di A. Bello.

⁵⁶. Sistema delle fonti delle obbligazioni, art. 1207 (=1220=1246); definizione del contratto, come 'convenzione', fonte di obbligazione art. 1208 (=1221=1247); individuazione dei requisiti di validità, art. 1222 (=1235=1261); ruolo della buona fede nella determinazione degli effetti, art.1252 (=1265=1291).

⁵⁷. Il modello delle J. è anche presente nell'ABGB/1811, che sistema il contratto nelle fonti delle obbligazioni, par. 859, e non gli riconosce efficacia reale (per la tradizione della proprietà, cfr. par.424 ss.); ma sono anche da notare le peculiarità del par. (legge, contratto, danno sofferto). In ogni caso, è da ricordare anche il ruolo del St. Joseph nella diffusione in America Latina dei testi dei diversi codici, ma non mi sembra che i cambiamenti rispetto al modello del codice francese siano dipesi dall'influenza dell'ABGB.

⁵⁸. D. 2,14,1,1-4 (Pedio ed Ulpiano).

⁵⁹. D. 50,16,19 (Labeone ed Ulpiano).

Sulle possibili radici dell'elaborazione di Bello del riferimento all''atto', cfr. A. Guzmán Brito, *Estudio sobre* cit.; S. Schipani, *Del Derecho Romano* cit.

⁶⁰. Si noti che esso, pur non producendo il trasferimento della proprietà, ne è un fondamentale presupposto e motore nelle relazioni *inter vivos*, dato che la tradizione richiede un titolo idoneo al trasferimento della proprietà (Cc Perú/1852, art. 571 e 574; Cc Ch., art. 675; Cc Urug. 731,3°= 744,3° =769,3°)

- questa definizione si caratterizza altresì per la più sviluppata comprensione dell'*oportere ex fide bona*, e la sua generalizzazione^{61/62}.

C. Il CcArg./1871: l'apertura verso sviluppi ulteriori e il permanere del ruolo ordinante del contratto quale fonte di obbligazioni

Il CcArg./1871 introduce tre cambiamenti:

- in primo luogo questo codice accentua, nella definizione del contratto, l'attenzione alla 'dichiarazione della volontà', che, con formulazione ampia, è «destinada a reglar sus derechos»; esso, per altro, richiama senza equivoco la necessità di accordo fra le parti⁶³;
- in secondo luogo, il contratto ha poi efficacia esclusivamente di fonte di obbligazioni⁶⁴, ma è accantonata l'elaborazione di uno

⁶¹. Sul superamento della rilevanza della distinzione fra *iudicia stricti iuris* e *bonae fidei*, già ricordata sopra, può aver influito la lettura, certo compiuta da A. Bello, della posizione di F.K. v. Savigny, *System des heutigen römischen Recht*, 5, tr. it. par. 221, che può aver concorso a fargli superare la posizione del diritto romano, da lui esposta in A. Bello, *Insituciones cit.*, Lib. IV, tit.VI, sulle orme di Heineccius, *Elementa cit.*, par. 1138 ss. e A. Vinnius, *Institutionum Imperialium Commentarius*, 2, Venetiis, 1783, 324 ss. (cfr. di quest'ultimo anche la interessante contestazione che compie della posizione di quanti sostenevano il superamento della distinzione in oggetto, loc. cit., ad J.4,6,28 *Commentarius*, par.1).

⁶². Potremmo dire che l'obbiettivo comune di questa fase del processo codificatorio in America Latina, già indicato, di combinare l'indipendenza con l'acquisizione, attraverso i codici, del sistema del diritto romano, fa, con questi codici, un passo avanti nella elaborazione tecnica di risultati criticamente valutati per essere resi propri per il continente.

⁶³. Cc Arg./1871, art. 1137: «Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos».

Pur non volendo - come precisato all'inizio - dedicare una specifica considerazione alle tecniche definitorie, non si può non rilevare, in questa definizione, l'abbandono della forma che inizia con una identificazione ('è').

Anche la dottrina argentina affronta il problema della possibilità di atti unilaterali di volontà ad efficacia obbligatoria, in relazione all'obbligo di non revocare l'offerta a termine e l'offerta irrevocabile (art. 1150), e, nonostante la contraria impostazione di D. Vélez nella nota, alla promessa di ricompensa, art. 1148, argomentando in base all'art. 2533 (cfr. A.A. Alterini-O.J. Ameal-R. López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1995, 678 ss.).

⁶⁴. L'art. 1137 cit. dice in modo generale «reglar sus derechos», ma poi la nota, in cui precisa la differenza fra 'convenzione' e 'contratto' con citazioni di Savigny, Freitas, Aubry-Rau e Durantón, e il dato sistematico costituito dall'epigrafe della Sezione e dalla materia effettivamente trattata, inducono a ritenere che il contratto sia solo quello «generador de obligaciones» (A.A. Alterini-O.J. Ameal-R. López Cabana, *Derecho de obligaciones cit.*, 652).

Cfr. anche art. 577 sulla necessità della tradizione, e 2505 (testo originario) per i beni immobili; 3265, deroga in materia di successioni; ora, per i beni immobili, anche art. 2505 riformato, relativo alla necessità della iscrizione nel registro [che, secondo la lettera mi sembra costitutiva

specifico sistema delle fonti delle obbligazioni stesse. Questa infatti risultano inserite in un più generale sistema di altri presupposti di fatto descritti dalla legge, con cui hanno elementi comuni e rispetto ai quali hanno elementi di specificazione: fatti giuridici, fatti umani volontari e involontari, atti giuridici leciti e illeciti, la cui efficacia non è esclusivamente obbligatoria, anche se tale sistema è collocato all'interno del libro delle obbligazioni, che è diventato il II, precedendo quelli sui diritti reali e sulle successioni: questo intreccio ha un grosso significato in rapporto alla individuazione delle generali categorie ordinanti, e della loro matrice⁶⁵;

- in terzo luogo, gli effetti del contratto sono definiti sulla base di quanto espresso integrato da quanto 'virtualmente' in esso incluso⁶⁶ (dopo la riforma della Legge 17711, si fa riferimento alla buona fede nell'adempimento).

Queste novità, rilevanti per la rielaborazione terminologico-concettuale, e sistematica, che apre anche prospettive diverse, in questo codice rimangono in armonia con l'impostazione dei due codici del Perù e di Bello sopra visti, svolgendo, con diversità di accenti, gli stessi principi e questo punto ritengo vada sottolineato⁶⁷.

In questo complesso movimento noi vediamo che la riflessione che, rispetto al Cc Napoléon/1804, ha ricondotto il Cc Perú/1852 alle

(perfeccionada), ma Alterini cit., 433 qualifica dichiarativa e rilevante per la sola opponibilità ai terzi; da vedere!]

⁶⁵. Cfr. Cc Arg./1871, art. 499, e 896 ss.

È da menzionare, alle spalle del Cc Arg., in modo diretto, anche se non meccanico, l'elaborazione fortemente sistematica di A. Teixeira de Freitas, *Código civil. Esboço*/1864: D. Vélez, a differenza di Freitas, non ha proceduto sulla via della realizzazione di una Parte generale; ciò crea tensione fra elaborazione sistematica, sistema espositivo e talune norme.

⁶⁶. Cc Arg./1871, art. 1198: «Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos».

⁶⁷. È da ricordare che invece, prima del CcArg., era stato approvato nel 1859, e poi nel 1862 per tutta la repubblica, il Ccom. di E. Acevedo-D. Vélez Sarsfield, che non dava una definizione di contratto, ma ne indicava l'elemento costitutivo dell'accordo (art. 199, 203, 206); la causa (art.197); la forma (art. 194; 202); fissava il principio di buona fede per l'effetto delle obbligazioni, art.209; l'efficacia indirettamente reale del contratto, art. 212 (come Acevedo nel suo progetto di CcUrug./1852). Questo codice è stato sostituito nel 1890.

fonti delle Istituzioni giustinianee, in Bello si è misurata con la prospettiva di una sistematica verticale, verso l'atto, che è stata sviluppata da Vélez anche su impulso di Freitas.

5. Conclusione: un auspicio che le prossime riforme siano espressione dell'unità del continente

Questo punto di riferimento di alto livello costituito dal contributo di Vélez deve essere elemento di base per lo sviluppo di un approfondimento che prosegua con una adeguata prospettiva latinoamericanocentrica che ne risulta già confermata nel suo valore euristico⁶⁸. Lo stesso esame iniziato delle definizioni va per altro completato, non solo perché l'ho qui introdotto per cenni assai elementari, ma anche perché, bisogna tener conto in modo più completo della stessa articolata realtà della definizione, in rapporto alla quale la stessa antichità classica, che ha alimentato la scienza dei codificatori, aveva chiaramente presente come, a fianco al definire attraverso l'indicazione del genere prossimo e della differenza specifica, a volte non solo una nozione come quella di contratto venga introdotta attraverso un'altra parola dal senso ritenuto più manifesto, o che indica l'elemento ritenuto più rilevante, e che viene affiancata da una descrizione dei principali connotati, ma viene introdotta anche attraverso l'individuazione esplicita delle parti o elementi costitutivi, di cui viene fatto anche un elenco sintetico, o che comunque sono riunite, a volta senza distinguerle dai requisiti di validità; e/o per divisione in specie⁶⁹.

Questo punto di riferimento, costituito dal contratto, nella sua connessione con altre linee di costruzione sistematica, ma altresì nella sua propria specifica centralità, può costituire la base per

⁶⁸. Ho avviato una più completa rassegna nella relazione che ho svolto a Bogotà, al secondo Seminario sul tema: "El contrato en el sistema jurídico en Latino América. Bases para la redacción de un 'Código tipo' en materia de contratos", atti in corso di pubblicazione.

⁶⁹. Cfr. *Reth. ad Herennium*; Cicerone, *de Inventione*; *de Oratore*; *Orator*; *Part. orat.*; *Topica*; Quintiliano, *Inst. orat.*; e poi Vittorino, Cassiodoro, Boezio ecc.

avviare quel confronto scientifico che porti alla unificazione del diritto ad esso relativo, in una prospettiva latinoamericana, che può anche essere posta in movimento dalla spinta certo intensa latente nella ricca esperienza del Mercosur.

Mi si permetta di esprimere l'auspicio che l'incontro dei testi di Bello e di Freitas con il lavoro di Vélez sia posto come pegno per un lavoro di riforma, che, mentre vuole andare avanti, come i tempi richiedono, non vada indietro sul piano dello sviluppo dei comuni principi e che non vi siano in futuro tante riforme, ma una nuova iniziativa, una sola commissione di giuristi di questi diversi Paesi, che ora sono ancora più vicini che in passato, un progetto unitario di nuovo codice del diritto delle obbligazioni del Cono Sur, che dal Cono Sur abbracci il continente latinoamericano⁷⁰.

⁷⁰ Mi permetto di segnalare che, nel quadro del programma America Latina Formazione Accademica-ALFA, abbiamo costituito due gruppi di Università Latinoamericane ed europee (Rete SUMMA Rete TANTA) che hanno consentito ad un piccolo gruppo di giovani giuristi latinoamericani di lavorare insieme per venti mesi (uno dei gruppi sta ancora lavorando) nella elaborazione di tesine di Magister nelle quali elaborano un 'codice tipo dei contratti per l'America Latina' e un 'codice tipo della responsabilità extracontrattuale per l'America Latina'.