

Anteproyecto do Código Europeu dos Contratos

Livro 1, 2ª Edição, 2004

A Academia dei Giusprivatisti Europei, com sede em Pavia, publicou em 2004 a segunda edição do Livro I do Anteproyecto do Código Europeu dos Contratos, que se elabora sob a coordenação do Prof. Giuseppe Gandolfi.

Essa edição vem enriquecida com trabalhos preliminares dos Profs. José Luis de los Mozos, Jean Carbonnier, Pietro Rescigno, Claus-Wilhelm Canaris, João de Matos Antunes Varela, The Lord Chief Justice of England Lord Woolf, Bill W. Dufwa, André Tunc e Peter Stein, cuja importância justifica a sua publicação nesta revista, para conhecimento dos civilistas e juscomparatistas do nosso país.

Prólogo

a la segunda edición

Después de tantos años, la vida académica me ha deparado, por serlo, con algunos pequeños sinsabores casi del todo olvidados, muchas satisfacciones, en una proporción, incomparablemente, mucho más grande; pero de todas ellas, probablemente la mayor, sea la que me produce ahora poner prólogo a esta edición del presente Anteproyecto de *Code européen des contrats*: sin más título para ello que uno puramente formal, el haber devenido Presidente de la *Academia de iusprivatistas europeos de Pavia*, al reciente fallecimiento del Profesor André Tunc, accediendo a ello por razón de edad, de entre los miembros de la comisión gestora que la constituyó, en 1993, todo lo cual, constituye para mí, sin embargo, un alto honor y una satisfacción inapreciables,

únicamente empañadas por la falta de los que me precedieron, el Profesor André Tunc y, nuestro primer Presidente, el Profesor Alberto Trabucchi, así como de otros colegas, también eminentes, igualmente desaparecidos y que participaron activamente en nuestro común empeño (Henri Mazeaud, Franz Wieacker y el magistrado Antonio Brancaccio), falta que se hace especialmente sensible, en cualquier caso, pero, más aún, en un grupo de trabajo, cuando éste comienza a cobrar la cohesión necesaria para llevar a cabo una tarea común. Menos mal que, a pesar de tan sensibles pérdidas, se mantiene y, se ha mantenido, una efectiva continuidad, siempre alentada por nuestro atento e infatigable coordinador, el Prof. Giuseppe Gandolfi, que, además, es nuestro espléndido anfitrión.

Dicho esto, después de la *presentación* del Profesor André Tunc y del *prefacio* del Profesor Peter Stein, a la edición anterior que en ésta se conservan, y de la *introducción* del Profesor Giuseppe Gandolfi que también los acompaña, poco o nada se puede decir que ya no haya sido dicho, con mayor autoridad, de los objetivos y propósitos de nuestro grupo de trabajo y del camino elegido para llevarlos a cabo, pretendiendo alcanzar: la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, en el ámbito de la Unión Europea, por vía legal. Es por esto que, lo que se hace, es formular una serie de *reglas* articuladas en forma de *código*. Sobre las indudables ventajas de este sistema, para alcanzar la deseada y necesaria unificación, hay una información más que suficiente en la bibliografía que cita el Profesor Peter Stein, al final de su *prefacio*, donde analiza, por otra parte, las cuestiones de método tal y como fueron planteadas y definitivamente resueltas, en tal sentido, por nuestro grupo, inicialmente, durante las primeras sesiones de trabajo antes de comenzar con la redacción de los preceptos formulados. Lo que ha tenido, en todas partes, si no me engaño, bastante difusión, a lo largo de todos estos años, a través de conferencias, congresos y otras actividades académicas, en Europa

y en América¹. Pero lo verdaderamente novedoso ahora, lo que justifica un nuevo prólogo, aparte de las razones antes indicadas, e incluso hasta por encima de ellas, si es que me fuera lícito hablar en estos términos, es que nuestro «grupo de trabajo», la Academia de Pavía, ha concluido, nada más y nada menos, que la *parte general* del Código europeo de contratos, alcanzando, con ello, un objetivo muy importante, desde el que se puede llegar a ver que el final de la obra emprendida es perfectamente posible, sin excesivo optimismo, y, sobre todo, que, con lo hecho, el camino elegido era el acertado.

Efectivamente, esta *parte general*, que es mucho más que, lo que en la dogmática y en la legislación de los países del *Civil law*, se denomina comúnmente *doctrina general del contrato*, por comprender otras cuestiones del Derecho de obligaciones, constituye en nuestro Anteproyecto de Código europeo de contratos, su *Libro primero*, divide en once títulos y comprendiendo un total de ciento setenta y tres artículos, de cuyo contenido aquí no me voy a ocupar, únicamente quiero señalar que la publicación de su texto va acompañada de los *materiales* que sirvieron de base para su redacción, perfectamente agrupados, debido a la mano maestra del Coordinador, Profesor Gandolfi, haciéndolo, por «bloques de materias», tal y como fueron estudiados y debatidos; distinguiendo, por una parte, el *rapport* del propio Coordinador, donde aparecen recogidas las opiniones formuladas por anticipado y que le han sido enviadas por escrito

¹ No voy a referirme aquí a las diversas actividades de este tipo en que he participado, únicamente citaré dos conferencias mías que han sido publicadas: «La propuesta de un Código europeo de contratos del *Convegno di Pavia*, visto desde España», en *Estudios de Derecho europeo privado* (ed. Colegio de Registradores de la Propiedad), Madrid, 1994, págs. 181-216; y «El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», en *La unificación jurídica europea* (ed. Consejo General del Notariado), Madrid, 1999, págs. 253-265; y mi *proemio* a la edición española de Harvey MCGREGOR, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Barcelona, 1997.

por los académicos, y, por otra, de la *discussion* que se refiere a aquéllas que han sido expuestas en las propias sesiones de trabajo. De manera que este volumen da perfecta idea de cómo se desarrollaron los trabajos y también del procedimiento seguido para la redacción de los textos articulados, de lo que ya el Profesor André Tunc, da cuenta, de forma somera, pero exacta, en su *présentation*. Por eso, yo también me he permitido afirmar públicamente, en una de las sesiones del congreso organizado por el *Instituto luso-brasileiro de Direito comparado*, celebrado en Río de Janeiro, en septiembre de 1999, que este Anteproyecto de Código europeo de contratos, elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía, bien se podía denominar *Anteproyecto Gandolfi*, con tantos o más méritos con que denominamos algunos Códigos civiles, por el nombre de los ministros que los refrendaron². Efectivamente, él tuvo la idea de convocarnos en 1990 y de plantear ante nosotros tan ambicioso proyecto, hasta que llegamos, después de bastantes deliberaciones a ponernos de acuerdo en la forma de hacerlo, empezando, luego, poco a poco, a ponernos manos a la obra. Ciertamente que las sugerencias de los académicos, lo mismo que sus aportaciones, han sido muy importantes y que se han tenido siempre en cuenta, tanto del lado de la tradición romanista, como de la parte del *Common law*, pero el que ha tenido siempre la última palabra, pronunciada, diríamos, no arbitrariamente, ni por convicciones personales, sino, tratando de recoger siempre la opinión común o la más autorizada, obrando por *imperio rationis*, ha sido nuestro eximio Coordinador.

² En Iberoamérica se suele hablar, con toda justicia, del Código de Andrés Bello, pero también se habla del Código de Vélez Sarsfield o del Proyecto de Teixeira de Freitas; en Italia es muy frecuente hablar del Código de Pisanelli, para referirse al de 1865 y en España se habla del Proyecto de Garcia Goyena, en relación con el Proyecto de Código civil de 1851.

No puedo decir cual será el destino de este Anteproyeto de Código europeo de contratos, del que ahora se publica el Libro Primero, acompañado de los *materiales* de sus trabajos preparatorios, en la fase que, con ello, ha concluido. Lo que sí puedo decir es que constituye una aportación importantísima, por su propio interés teórico y de una calidad científica indudable, pero también por la utilización que hace del Derecho comparado con finalidades de *unificación*, como hasta ahora no se había intentado nunca, produciendo un acercamiento real y, sobre todo posible, como parece haberse revelado, de las dos grandes *tradiciones jurídicas* europeas. Bien es verdad que el camino ha sido facilitado por la utilización constante del *Contract code* de nuestro Colega McGregor, por la oportunidad de sus observaciones y por su asiduidad a los debates, que merecen también toda nuestra gratitud. Pero por encima de todo, estos años de trabajo, han sido un regalo, una verdadera fiesta que esperamos que continúe hasta poner fin a nuestra obra, si Dios fuere servido, como solía decirse en otro tiempo.

José Luis de los Mozos

Presidente de la Academia de iusprivatistas europeos

Vu le caractère plurinational de cette initiative rédactionnelle, à la suite du Prologo a la segunda edición du Président de los Mozos, et avec les 'préfaces' à la première édition, sont ici publiées d'autres 'présentations' d'Académiciens de diverses Nations (suivant l'ordre d'ancienneté des auteurs dans cette Académie).

Reflexions Marginales

La première fois qu'à Paris j'entendis évoquer une possible réforme du Code Civil - c'était au printemps de la V^e République - je demandai à ceux qui étaient en possession de décider si le droit des contrats figurait au programme. On me répondit que, pour cette partie du droit civil, une intervention trop rapide ne pourrait conduire qu'à une réécriture superficielle; qu'en revanche, d'ici une décennie, des circonstances nouvelles pouvaient être escomptées, qui permettraient toute une restructuration de la matière: notre Code de commerce, continuant à se décomposer, deviendrait mûr pour une fusion avec le Code Civil suivant l'exemple italien; et surtout, la Communauté européenne ayant affirmé de plus en plus son autonomie de système normatif, la légitimité d'une codification transnationale aurait alors gagné en crédibilité.

A cette perspective d'unification j'avoue que j'étais peu prédisposé. La sociologie juridique que j'enseignais m'inclinait à croire avec Herder que le droit est un produit de la culture nationale et qu'il n'est pas sans risque de le déraciner du terreau natal.

En contre-poids, néanmoins, je ne pouvais méconnaître qu'il y avait dans le Code Civil *des Français*, tel qu'issu de la Révolution et de l'Empire, une aspiration à l'universel qui en contredisait le titre. Je ne faisais pas tellement référence à ce que Napoléon lui-même, à Sainte-Hélène, en avait dit dans une sorte de remords impuissant, que, s'il avait remporté une dernière victoire, *son* Code serait devenu la loi de toute l'Europe - mais plutôt à ce que le jeune Bonaparte avait pensé d'enthousiasme lorsque, dans un décret (trop vite oublié) du 6 messidor an XIII, il avait institué une commission chargée de traduire le nouveau Code en latin afin d'en faire le *jus commune* d'un Occident sans frontières. Le détour par le latin aurait pu, à notre époque, sembler anachronique, bien que le *Codex juris*

canonici de 1983 eût montré (en dépit des lourdeurs du style) les vertus persistantes de cette langue pour un dessein unitaire. Mais ce détour n'était pas indispensable. Pourvu que chacun parlât sa propre langue et fût capable de comprendre celles des autres, on pouvait empiriquement espérer que, d'un débat entre intelligences multiculturelles du droit, une même voix finirait par s'exprimer, la voix d'un droit juste.

En ces temps-là, le professeur Giuseppe Gandolfi avait déjà mis au point le schéma de son action, prenant, ainsi qu'il était naturel, pour tremplin du passage à l'Europe le droit des contrats de son pays. Non pas que le Code Civil italien de 1942 dût être le modèle exclusif. Mais par la position médiane qu'il occupait entre les deux grands pôles législatifs, Code Napoléon et BGB, outre plus d'un trait de modernité paisible, il méritait amplement de constituer une base commune pour la recherche et les discussions. Dès que l'éminent maître de Pavie m'eut donné connaissance de son projet, vers 1989, je saluai de grand coeur l'initiative et avant tout le courage de l'initiateur. Car il était clair que cette entreprise scientifique sans précédent allait exiger de lui une quantité et davantage encore une continuité d'efforts impressionnante. Un code transnational n'est pas une simple collection de textes: c'est une oeuvre qui a un esprit. Il faut, pour y réussir, une familiarité prompte avec une foule de droits étrangers, un maniement expert de la méthode comparative - et, dans un plan plus humain, l'aptitude à rassembler, la sensibilité diplomatique à la *comitas gentium*. Au fur et à mesure que, par l'amabilité pavésane, j'ai été tenu informé de la progression de l'ouvrage, mon admiration n'a cessé de croître pour la persévérance et la flexibilité de Giuseppe Gandolfi et du panel exceptionnel de juristes qu'il a su coordonner.

Mais enfin le volume est sous nos yeux: nous avons un code. Non pas de simples linéaments, mais un code avec la complétude qu'implique le mot. Il suffit de parcourir, sur la table des matières, les

rubriques d'articles (dont quelques-unes ont de quoi intriguer) pour se convaincre que, dans le domaine des contrats, il n'est pas de coin ni de recoin que le Code 'Gandolfi' n'ait abordé et éclairé. Ce volume, cependant, renferme encore bien d'autres choses qu'un code: des rapports, des explications, des comptes-rendus des colloques successivement organisés à Pavie, toute une masse de 'travaux préparatoires', dont l'intérêt est avivé par leur caractère multiculturel. Il y a là un trésor d'hypothèses, d'idées, de solutions, où la doctrine, peut-être même la pratique pourront venir puiser à l'avenir.

Ce pourrait être le moment de s'interroger également sur l'avenir de l'œuvre.

Un tome II est annoncé, qui, après la théorie générale des contrats, très logiquement, traitera des différents contrats spéciaux. Mais notre tome I lui-même, quoique apparemment achevé, se présente modestement comme 'provisoire' et convie ses lecteurs à le réexaminer. Des censeurs pourront toujours se découvrir, qui réclameront pour tel ou tel article une rédaction plus lisse, rappelleront que la concordance des idiômes doit être soigneusement vérifiée, préconiseront qu'une place soit réservée pour les troubles que le statut du problématique euro pourra induire dans les contrats monétaires. Et je connais aussi des codificateurs qui ont aimé, en fin de parcours, semer ça et là dans leur travail des sentences de style gnomique en vue de stimuler l'interprétation.

Mais de quel droit ferais-je des suggestions? Ayant conscience de n'avoir pu être, par force majeure, qu'un acteur épisodique, un serviteur par trop inutile dans une vaste cause qui me dépassait, je m'en voudrais de m'abandonner maintenant aux rêves qu'autorise aisément l'irresponsabilité législative, et c'est en toute sérénité que je conclurai en formant pour l'avenir du "Code européen des contrats" les vœux fervents de l'amitié.

Jean Carbonnier

Nota Introduttiva

A compimento di un decennio di lavoro l'Accademia dei Giusprivatisti Europei presenta ai lettori un'opera di sicura importanza e di preziosa utilità. E' il progetto di un codice europeo dei contratti, nella parte - che rimane la più impegnativa per il legislatore come per lo studioso - relativa alla disciplina generale della figura; l'opera sarà integrata col regime dei contratti speciali. Siamo in presenza di un'opera collegiale a cui hanno contribuito personaggi insigni della civilistica del nostro continente; una fatica coordinata da Giuseppe Gandolfi con assiduità e tenacia, con intelligenza e pazienza, in virtù della solidissima formazione storica che possiede e del costante interesse portato alla comparazione dei sistemi.

L'idea di un codice europeo si è accompagnata, nella vicenda intellettuale di Gandolfi, ad una convinzione maturata nella attenta e penetrante lettura del codice civile italiano: ed in questa intuizione risiedono un motivo ed una sollecitazione destinati a suscitare la particolare sensibilità e lo spirito di collaborazione di giuristi radicati nella nostra esperienza o interessati a meglio conoscerla. Il nostro collega ed amico sul finire degli anni ottanta, nel valutare l'opera legislativa realizzata col codice del '42 nella sostanziale estraneità a pressioni e ad ambiguità dell'ideologia politica del tempo, riusciva a metterne in luce le occasioni, frequenti e felici, d'incontro e conciliazione tra le consolidate tradizioni del *code Napoléon* e del BGB, e la possibilità di avvalersi della 'mediazione' così realizzata per aprire un fruttuoso dialogo col mondo di *common law*.

Dobbiamo del resto a Gandolfi, oltre che la proposta di muovere dal codice italiano per un discorso di prospettiva europea, ma sempre usando l'umiltà di chi conosce e sa apprezzare ogni 'alternativo' modello, la diffusione nel nostro ambiente di quel *Contract code* di McGregor, che rimane un documento signifi-

cativo (ancorché non coronato da immediato successo) dell'epoca non remota in cui nella stessa area britannica si è guardato alla 'forma' codice come la più semplice e organica a cui consegnare il generale regime del contratto.

L'idea di approntare un codice che riesca a superare le clausure nazionali e restituisca all'Europa un diritto comune dotato dei pregi e del rigore che non possono attendersi da una *lex mercatoria* affidata soltanto alla prassi degli affari ed alle consuetudini del commercio è oggi largamente condivisa; non a caso nello stesso arco di anni, con talune affinità ma anche con sensibili differenze di approccio e di metodo, iniziative del medesimo genere sono state intraprese e testi dedicati alla disciplina contrattuale hanno visto la luce.

Almeno del '*Restatement*' redatto da Ole Lando e dei 'principi' sui contratti commerciali formulati nell'ambito dell'Unidroit conviene, e sembra anzi doveroso, far menzione, anche perché non sono mancate occasioni (l'autore di questa pagina ha più volte cercato e tuttora crede all'utilità del confronto) di letture 'parallele'. Anche le opere ricordate, nella sostanza nate dalle stesse esigenze ed inquadrare in contesti dominati da finalità analoghe, hanno trovato sulla loro via ed hanno dovuto risolvere problemi non diversi, affrontati tuttavia in una luce e secondo scelte su cui hanno influito il temperamento e l'educazione degli autori: si pensi alla linea che divide la categoria dell'obbligazione (a prescindere dalla fonte da cui trae origine) dalla figura del contratto, o alla distinzione, resa necessaria o raccomandata dalla coesistenza di codici separati, tra contratti civili e commerciali. Nell'introdurre i volumi di apertura di un nuovo *Trattato dei contratti* ho dedicato, di recente, qualche riflessione a questi, come agli altri temi che dominano o attraversano la materia.

Se all'opera dell'Accademia, ed ancora per speciale merito del coordinatore, vogliamo riconoscere un tratto peculiare rispetto alle altre, esso può ravvisarsi, oltre che nell'indole dell'iniziativa

non rivestita di alcuna solenne ufficialità, nell'aver preferito la tecnica di stampo legislativo (dove, intanto, le proposizioni normative sono illustrate e motivate attraverso il dibattito che le ha precedute), mentre 'consolidazioni' e 'principi' sembrano orientati a svolgere il meno ambizioso ruolo di una ricognizione di regole e *standards* generalmente o largamente condivisi, per favorirne l'accoglimento e il rispetto nell'ambito dell'autonomia negoziale, del diritto dei privati, dei giudizi arbitrali.

La via qui adottata, già in larga misura percorsa con puntuale fedeltà al programma e con esiti incoraggianti, è per certo lunga e difficile, ma potrà con efficacia incisiva contribuire alla costruzione dell'unità di un diritto dei contratti che abbia il respiro e la dimensione che si attendono i cittadini europei, ed altresì quanti all'Europa ora approdano da differenti culture e tradizioni ed in essa aspirano ad integrarsi.

Pietro Rescigno

Vorbemerkung

Der Integrationsprozess in der Europäischen Union empfängt seine Impulse keineswegs allein aus dem Bereich der Politik, sondern wird bekanntlich auch durch das Recht vorangetrieben, ja dieses ist sogar zu einem besonders schubkräftigen Motor der Einheit geworden und beweist hier seine - oft unterschätzte - Macht und Eigendynamik in geradezu exemplarischer Weise. Diese Entwicklung macht auch vor den Kernbereichen des Privatrechts nicht halt und dringt damit in ein Herzstück der nationalen Rechtsordnungen vor. Dabei wird der heutige Zustand des geltenden Rechts vor allem durch eine - immer größer werdende - Vielzahl von Richtlinien der Europäischen Union geprägt, die zwar im Gedanken des Verbraucherschutzes ein gewisses Zentrum finden, jedoch gleichwohl hinsichtlich ihres Gegenstandes als allzu punktuell ausgerichtet erscheinen, teilweise untereinander nicht hinreichend abgestimmt sind und insgesamt ein eher zufällig gewachsenes und mitunter inkohärentes Konglomerat bilden.

Dieser Zustand ist häufig und mit guten Gründen kritisiert worden. Daher hat sich in der Rechtswissenschaft eine immer stärker anschwellende Strömung herausgebildet, die von dem Bemühen bestimmt ist, die Voraussetzungen für eine bessere Alternative zu entwickeln - Bestrebungen, denen die Schaffung des gemeinsamen Binnenmarktes naturgemäß zusätzlichen Auftrieb verliehen hat. Zu den Projekten, die diesem Ziel dienen, gehört auch der Vorentwurf zum *Code Européen des Contrats*. Von anderen Vorhaben ähnlicher Art unterscheidet dieser sich in signifikanter Weise vor allem durch dreierlei: Zum ersten entwirft er das Modell einer echten Kodifikation, zum zweiten lehnt er sich verhältnismäßig stark an bestimmte Vorbilder an, und zum dritten ist er entscheidend geprägt durch das Wirken *eines* Mannes: Giuseppe Gandolfi.

Eine Kodifikation wird vor allem dadurch charakterisiert, dass sie ein größeres, in sich zusammenhängendes Rechtsgebiet umfassend und systematisch zu regeln sucht. Die Gruppe, die sich seit 1990 dem vorliegenden Projekt gewidmet und in der *Accademia dei Giusprivatisti Europei* in Pavia einen organisatorischen Zusammenschluss gefunden hat, stand also zunächst vor der Entscheidung, was die sinngebende Mitte des zu schaffenden Entwurfs sein sollte. Da der Versuch, so etwas wie ein "Europäisches Zivilgesetzbuch" zu entwerfen, nicht nur gänzlich unrealistisch gewesen wäre, sondern vor allem auch gar nicht wünschenswert erscheint, weil keineswegs für alle darin enthaltenen Materien ein hinreichendes Vereinheitlichungsbedürfnis besteht, konzentriert sich die Problematik auf den Bereich des Schuldrechts. Hier bestand die Alternative darin, dieses entweder in seiner Gesamtheit zum Gegenstand des Entwurfs zu machen und also die Rechtsfigur des "Schuldverhältnisses" bzw. der "Obligation" als systembildende Kategorie in den Mittelpunkt zu stellen, oder sich auf das Recht der Verträge zu beschränken.

Kontinentaleuropäischer Tradition hätte die erste Variante besser entsprochen, doch haben wir uns aus einer Reihe triftiger Gründe einmütig für die zweite Variante entschieden. Sehr wesentlich war dabei zunächst, dass diese Vorgehensweise den Repräsentanten des common law - dem die Figur des "Schuldverhältnisses" bzw. der "Obligation" bekanntlich fremd ist - weitaus näher lag und ihnen die Mitwirkung erleichtert hat. Außerdem ist das Bedürfnis nach Angleichung oder gar Vereinheitlichung der Rechtsordnungen, das durch den Prozess der europäischen Integration ausgelöst worden ist, auf dem Gebiete des Vertragsrechts zweifellos erheblich größer als in den anderen Teilen des Schuldrechts. Hinzukommt ferner, dass die Anknüpfung an den Vertrag unter kodifikationstechnischen Gesichtspunkten den Vorzug größerer Anschaulichkeit und Lebensnähe aufweist. In systematischer Hinsicht spricht allerdings sehr viel für die Fruchtbarkeit der

Kategorie des "Schuldverhältnisses" bzw. der "Obligation", doch lassen sich die *allgemeinen* Regeln über diese - wie z.B. über die Erfüllung und ihre Surrogate, über die Abtretung von Forderungen, über Gläubiger- und Schuldnerverzug und dgl. - ohne nennenswerten Aufwand gedanklich von Verträgen auf andere Schuldverhältnisse übertragen, so dass in der Sache insoweit keine wesentliche Einbuße an systematischer Klarheit zu befürchten ist. Was aber die *besonderen* Regeln angeht, so hätte die Anknüpfung an das "Schuldverhältnis" oder die "Obligation" bedeutet, dass auch die gesetzlichen Schuldverhältnisse wie vor allem diejenigen aus Delikt, ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag in das Arbeitsprogramm hätten einbezogen werden müssen, und diese Aufgabe in einem einzigen Anlauf in Angriff zu nehmen, hätte eine so herkulische Kraft erfordert, dass dadurch das Gelingen des gesamten Projekts auf das schwerste gefährdet worden wäre - ganz abgesehen von den Schwierigkeiten, die sich bei Materien wie z.B. dem Bereicherungsrecht aus dem unterschiedlichen Entwicklungsstand des *common law* zum einen und der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zum anderen ergeben hätten. Unsere Entscheidung konnte also Beschränkung auf das Vertragsrecht.

Zu einer echten Kodifikation gehört nun freilich desweiteren, dass sie sich nicht in der Entwicklung allgemeiner Prinzipien erschöpft, sondern möglichst präzise und erforderlichenfalls auch detaillierte Vorschriften statuiert, unter die sich möglichst viele Fälle möglichst einfach subsumieren lassen. Im Vordergrund steht dabei zunächst ein bestimmtes Problem und dessen sachgerechte Lösung, doch werden in einem - z.T. komplizierten - Wechselspiel grundsätzlich zugleich übergreifende Gesichtspunkte und leitende Kriterien mitbedacht, weil nur so die mit einer Kodifikation angestrebte systematische Ordnung erreicht werden kann. Ohne die - in der heutigen Rechtstheorie gängige - Unterscheidung zwischen

“Prinzipien” und “Regeln” an dieser Stelle zu vertiefen, kann man doch sagen, dass der vorliegende Vorentwurf vor allem aus “Regeln” besteht und darüber hinaus weitgehend durch das Bestreben geprägt ist, diesen im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit einen möglichst hohen Grad von Subsumtionsfähigkeit zu verleihen. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Vorentwurf signifikant etwa von den “Principles of European Contract Law” der sogenannten Lando-Kommission und von den “Principles of International Commercial Contracts” des International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

Zu diesem besonderen Charakter des Vorentwurfs hat beigetragen, dass als eines seiner Vorbilder oder, wenn man so will, Modelle das IV. Buch des italienischen Codice civile gedient hat. Diese Kodifikation eignet sich besonders gut als brückenschlagende Grundlage - zum einen, weil sie verhältnismäßig jung ist und auf einem sehr hohen gesetzgeberischen Niveau steht, und zum anderen, weil sie Einflüsse sowohl des französischen als auch des deutschen Rechts in sich aufgenommen und zu einer eigenständigen Synthese verarbeitet hat. Ein glücklicher Zufall hat es gefügt, dass schon in einem frühen Stadium der Beratungen ein zweites geeignetes Modell in unser Blickfeld getreten ist: der “*Contract Code*”, den Harvey McGregor im Auftrag der English Law Commission verfasst hat. So wurde ein kontinentaleuropäisches Modell durch ein solches aus dem Vereinigten Königreich ergänzt.

Wie aber kann es gelingen, dass auf der Basis von zwei Modellen, zu denen naturgemäß noch viele weitere Anregungen und Einflüsse hinzukommen, in einem einigermaßen überschaubaren Zeitraum ein Entwurf oder zumindest ein Vorentwurf für eine Kodifikation entsteht? Die übliche Vorgehensweise besteht darin, dass Kommissionen und Unterkommissionen eingesetzt werden, die diese Teilentwürfe erarbeiten, dass mal diesem und mal jenem

Standpunkt der Vorzug gegeben wird oder gegensätzliche Positionen in Kompromisslösungen überbrückt werden, dass zwischenzeitlich bei Bedarf das Plenum eingeschaltet und diesem die abschließende Entscheidung überlassen wird, und dass notfalls auch einmal abgestimmt und mit Mehrheit entschieden wird. Diesen Weg sind wir in Pavia nicht gegangen, sondern haben statt dessen Giuseppe Gandolfi einmütig zum "Koordinator" erkoren. In der Tat ist das Zustandekommen des vorliegenden Werkes ohne ihn völlig unvorstellbar: ohne seine Initiative, sein Organisationstalent, seinen unermüdlichen Einsatz, seine Tatkraft, sein Führungs- und Durchsetzungsvermögen, seinen Einfalls- und Gedankenreichtum, seine Formulierungsfähigkeit würde dieser Vorentwurf zu einem *Code Européen des Contrats* nicht existieren.

Giuseppe Gandolfi hat die Idee zu diesem Projekt gehabt, den ersten Anstoß gegeben, die Treffen in Pavia veranstaltet und dadurch den Zusammenhalt der Gruppe überhaupt erst ermöglicht. Er hat die Veröffentlichung des "*Contract code*" von McGregor erreicht (die bemerkenswerter Weise nicht in einem englischen, sondern in einem italienischen Verlag erfolgt ist) und durch die Ausarbeitung eines der beiden "*Questionnaires*" ein Fundament und eine Struktur für die weitere Arbeit geschaffen - wobei das zweite, ebenfalls ganz vorzügliche "*Questionnaire*", das wir Giorgio Cian verdanken, nicht unerwähnt bleiben soll. Er hat nicht nur die Rolle des "Koordinators" übernommen, sondern ist - was wohl am wichtigsten für das Verständnis des vorliegenden Vorentwurfs ist - alsbald über diese weit hinausgewachsen und zum Redaktor aufgestiegen. Aus seiner Feder also stammen im wesentlichen die Regelungen, die jetzt der Öffentlichkeit vorgelegt werden, seine geistige Kompetenz und seine sprachliche Kraft haben diesen Vorentwurf entscheidend geprägt. In seinen "Rapports" hat er Rechenschaft über die Gründe und Argumente abgelegt, die ihn zu seinen Regelungsvorschlägen geführt haben, und das reiche rechtsvergleichende Material ausgebreitet, das er

dabei herangezogen und bei dessen Auswertung er in besonderem Maße die Beiträge der Mitglieder der *Accademia dei Giusprivatisti Europei* berücksichtigt hat. Die Fülle der Anregungen, die ihm darüber hinaus aus deren Kreis zugekommen sind - insbesondere in den Diskussionen in Pavia - haben ihren Niederschlag in den Materialien gefunden, die imvorliegenden Buch mitabgedruckt sind, so dass diese ein zusätzliches reichhaltiges Arsenal anregender und fruchtbarer Ideen und Vorschläge bilden. Insgesamt aber ist dieser Vorentwurf zu einem *Code Européen des Contrats* in einem solchen Maße durch Giuseppe Gandolfi geprägt, dass man die Leistungen der übrigen Mitwirkenden nicht ungebührlich schmälert, wenn man geradezu von einem "*Codice Gandolfi*" spricht.

Auf dem "Weg von Bologna nach Brüssel", auf dem wir ein essentielles Stück gemeineuropäischer Rechtseinheit zurückzugewinnen hoffen, ist Italien durch Tradition und Kompetenz berufen, eine herausragende Rolle zu spielen. Mit dem vorliegenden Vorentwurf, der wie gesagt in mancher Hinsicht durch das IV. Buch des italienischen Codice civile beeinflusst, in Pavia erarbeitet und durch Giuseppe Gandolfi in seine publikationsfähige Fassung gebracht worden ist, kommt aus Italien - unter vielfältiger internationaler Mitwirkung - eine besonders kräftige und klangvolle Stimme, die im Konzert der Vorarbeiten für eine Angleichung oder gar Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts eine ganz eigenständige Melodie anstimmt. Möge ihr die große Resonanz zuteil werden, die sie zweifellos verdient, und mögen von diesem Vorentwurf - der nicht nur bewährte Regelungen auf einer profunden rechtsvergleichenden Grundlage zu einer Synthese zusammenfasst, sondern darüber hinaus auch ganz neuartige Lösungsvorschläge enthält - reiche Impulse für die weitere Diskussion dieses wohl wichtigsten Themenfeldes ausgehen, mit dem sich die Privatrechtswissenschaftler in Europa derzeit beschäftigen!

Ich kann diese Vorbemerkung nicht abschließen, ohne auch dem liebenswürdigen Freund und wunderbaren Gastgeber Giuseppe Gandolfi ein herzliches Wort des Dankes zu sagen. Auch in dieser Hinsicht hat er den Tagungen in Pavia sein persönliches Gepräge gegeben, und niemand wird daran teilgenommen haben, ohne sich auch in menschlicher Hinsicht reich beschenkt zu fühlen!

Claus-Wilhelm Canaris

Quelques considerations introductives

à l'avant-projet

1. *Les initiatives visant à dépasser le droit civil national sur le continent européen.* Quand au début des années 40 j'ai commencé mes études en sciences juridiques à Coimbra, le grand monument législatif de l'époque, dans le vaste domaine du droit privé, était encore le 'Code Civil Allemand' promulgué à la fin du siècle précédent, sous les auspices de la doctrine des Pandectes de Windscheid dont les racines provenaient des profondeurs de la pensée savignienne qui a illuminé le siècle entier¹.

Mais dans la doctrine se faisait déjà sentir, sous le poids de l'énorme crise économique provoquée par la première guerre mondiale, la carence sur le plan social de la législation, qui a stimulé toute la jurisprudence de cette période, de même que l'influence exercée par l'école de Ph. Heck, résolument opposée à la *Begriffsjurisprudenz*, et qui a eu une forte répercussion sur la jurisprudence de toute l'Europe.

Manuel Andreade, un remarquable civiliste portugais de la première moitié du siècle, a été le grand maître qui, pour la première fois, a souligné devant ses élèves la différence essentielle entre le droit, conçu d'un côté comme un complexe de normes de conduite sociale, distinguées des autres jugements par la nature des liens qu'elles créent entre les sujets, c'est à dire l'ensemble de règles signalées par leur 'empreinte purement formelle', et, de l'autre côté, l'économie, la sociologie du droit, la statistique, la comptabilité, les institutions politiques et toutes les autres sciences auxiliaires des études des juristes, qui peuvent apporter beaucoup à la connaissance des matières étudiées et même au progrès du

¹ Sur les traits fondamentaux, parfois en apparence contradictoires, de la science pandectique germanique, voir A. MAZZACANE, *Pandettistica*, dans *Enc. del Dir.*, XXXI, p. 592 et s.

droit mais qui ne se confondent pas avec l'essence de cette discipline éminemment sociale²

Un des continuateurs de l'enseignement d'Andreade, Ferrer Correia, a publié en 1939 sa dissertation sur «*O error e interpretação na teoria do negócio jurídico*», se mettant en contact direct avec les profondes investigations des auteurs allemands qui ont parcouru minutieusement le complexe domaine des *Willenserklärungen*. Encore séduit par la richesse du sujet des déclarations de volonté j'ai moi-même présenté, en 1950, l'étude sur l'«*Inefficacité du testament et la volonté conjecturale du testateur*», dans laquelle il fut possible d'établir le premier contact de la doctrine portugaise avec la figure de la base contractuelle (selon les doctrines de Ortmann, Locher et de Krückman) en faisant appel, non à la volonté réelle, mais à la volonté conjecturale ou hypothétique des intéressés, dans les cas de résolution ou de modification du négoce juridique, par altération anormale des circonstances prévues au moment de sa conclusion.

Et encore dans la même époque, en satisfaisant de quelque façon un autre intérêt - celui d'une meilleure connaissance entre les systèmes du droit essentiellement normatifs et le système décisionniste de la *common law* - j'ai eu la possibilité de faire,

² La position doctrinaire de Manuel Andreade - ce qui est curieux, mais simplement accidentelle - s'inspire largement de la richesse particulière des moyens de réaction des personnes face aux irrégularités commises par les autres, et face à la discipline exigée de la vie par les plus hautes valeurs de la société: c'est ainsi que l'a définie l'auteur dans sa traduction en portugais de l'œuvre classique de FRANCESCO FERRARA sur *L'interprétation et l'application des lois*.

La vérité est toutefois que la question capitale de la place du droit italien dans le vaste cadre du droit européen n'a été reprise qu'après la publication du code civil de 1942, quand la doctrine de ce pays, à côté de la sage jurisprudence française, et à travers les études fondamentales de ROSARIO NICOLÒ' (*Adempimento*, in *Enc. del dir.*; ID., *Adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1937; et dans le domaine du droit successoral, *La vocazione ereditaria diretta ed indiretta*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano 1980) et de GIORGIO OPPO (*Adempimento e liberalità*, Milano 1947), parmi d'autres, a vraiment recouvré l'ancienne place que le droit romain a eu en vertu du *Corpus iuris civilis*.

dans le *Bulletin de la Faculté de Droit* (n. XXVI, pag. 227 et suiv.), l'annonce de la publication du magnifique texte de Gustav Radbruch sur «*Der Geist des Englischen Rechts*» et de faire une minutieuse analyse de quelques-uns des plus flagrants contrastes des deux grands systèmes du droit européen.

Quelques années plus tard, lorsque j'étais déjà à la tête du Ministère portugais de la Justice, j'ai eu le plaisir d'appuyer la proposition de Mr. Palma Carlos, bâtonnier de l'Ordre des Avocats, d'organiser à Lisbonne, en Mars 1957, la première réunion d'ensemble des deux associations de professionnels du barreau - l'Union Internationale des Avocats, d'un côté, et l'International Bar Association, de l'autre. Cette réunion a largement contribué à la création et au resserrement des liens de coopération entre les avocats des deux grands blocs du droit européen.

A cette époque, les travaux préparatoires du nouveau code civil portugais étaient déjà largement avancés (ils s'achevèrent par sa publication le 25 novembre 1966), travaux auxquels je pris une part très active pendant treize ans. Tout le monde sait que le code est une oeuvre éminemment collective; toutefois personne n'ignore aussi ce que furent les principaux aspects de ma participation personnelle à ces travaux, dans la rédaction du livre II, consacré aux 'Obligations', et dans la conversion des avant-projets des quatre autres parties, systématiquement revus, jusqu'à la publication de la rédaction finale du code.

2. *Les travaux d'élaboration de l'avant-projet du 'Code européen des contrats'*. Bien des années plus tard, exactement pendant le mois de février 1995, après avoir été discrètement pressenti par un éminent civiliste européen, j'ai été invité, en ma qualité de civiliste portugais, par les prestigieux professeurs Giuseppe Gandolfi et Alberto Trabucchi, à participer aux travaux préparatoires de l'avant-projet du code européen des contrats, qui se sont déroulés,

depuis un premier colloque organisé en octobre 1990 par le premier de ces deux auteurs, à l'Université de Pavie, en Italie.

Trois circonstances spéciales m'ont convaincu de ne pas décliner cette honorable invitation.

En premier lieu, cette idée de tenter d'eupéaniser le droit des contrats était arrivée au bon moment; en second lieu, elle était née avec la dimension juste; et en dernier lieu, cette initiative, reposant sur des bases très sûres, avait trouvé l'auteur capable d'assumer cette lourde responsabilité.

Comme l'écrivait Peter Stein dans sa préface à l'«*Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti*», publiée à la suite de la réunion des 20-21 octobre 1990, le nouvel essai d'unification du droit des pays communautaires a été entrepris alors que les Etats étaient sur le point de créer (fin 1992) le Marché unique auquel allait suivre l'instauration de la monnaie unique dans l'espace européen. Les '*grounds for a cautious scepticism*' dont parle Stein dans cette même publication, était aussi une bonne raison pour limiter le mouvement aux besoins pour la satisfaction desquels il se montrait réellement nécessaire; et ces bornes se liaient manifestement à l'espace politique où il était naturel de prévoir l'élargissement de la politique de la libre concurrence des entreprises du marché commun.

En troisième lieu, il était incontestable que la tâche très difficile de créer le nouveau droit européen des contrats avait déjà trouvé son exécuter idéal, lorsque les travaux préparatoires de cette initiative ont commencé en octobre 90 à Pavie. Giuseppe Gandolfi, professeur ordinaire de droit privé et comparé, n'était pas un inconnu dans le monde de la science juridique, ni un investigateur novice dénué des preuves de son aptitude particulière à ce genre de travaux. Tout au contraire, puisque le professeur Gandolfi avait déjà présenté en 1984 (six ans avant la réunion de Pavie),

une oeuvre tout à fait remarquable par l'ampleur de l'examen et la profondeur de l'investigation scientifique qu'elle opérerait sur le délicat problème de la conversion de l'acte nul, du point de vue de la riche perspective germanique et quatre années plus tard, un autre volume paraissait sur la même question envisagée avec la même sens remarquable d'observation critique, dans le droit français, italien et anglais. Et l'auteur a su travailler, comme comparatiste, avec l'esprit d'un vrai constructeur d'un nouveau système législatif valable pour l'espace européen.

Quelques années auparavant le Parlement britannique avait constitué l'*English Law Commission*, qui avait chargé de la rédaction d'un *Contract code* le professeur Harvey McGregor du *New College* d'Oxford. Et c'est sur cette base réaliste du Code civil italien et du *Contract code* de McGregor, qu'ont été jetées les bases du nouveau droit européen des contrats.

Et pendant cette période allant de 1995 à la fin de 1999, si nous avons bien eu la pleine confirmation que les essais d'uniformisation du droit des contrats basés sur la procédure des directives étaient condamnés à l'échec³, nous avons remarqué, tout au contraire, la pleine viabilité de la méthode de construction directe d'un nouveau droit, comme vous pouvez le voir et discuter dans cet avant-projet du premier livre du 'Code européen des contrats', qui vient de paraître en 1999.

João de Matos Antunes Varela

³ Voir le texte de la conférence de Jurgen Basedow, directeur de l'Institut Max Planck pour le droit privé étranger et le droit international privé, publié dans le n° 1 de la *Revue Internationale de Droit comparé*, 1988. Et réfléchissez surtout sur les résultats pratiques issus des modifications introduites dans le Code civil italien, par l'application de la Directive communautaire de 5.IV.1993 (n. 13/93): voir

GUIDO ALPA et SALVATORE PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, 1999, Milano, Giuffrè Editore, pag. XVII et s.

Introductory remarks

Even today a general codification of private law is likely to prove unacceptable in England. But the codification of a single sector, such as contract, could be acceptable. Indeed the first objective the Law Commission set out to achieve in the sixties was precisely the drawing up of a "Contract code" which would achieve the unification of English and Scottish law. This demonstrates that the objective of unification between common law and civil law in the contract sector was already contemplated in England before her entry into the European Union (whose treaty provides for integration among the different national laws).

It is important, for an English jurist, to be aware that the "Contract code" mentioned above, which was drawn up by Harvey McGregor QC, was adopted by the Academy of European Private Lawyers as one of the two models (the other is the Italian civil code) for the preliminary drafting of the European contract code. The McGregor "Contract code" is an intelligent systematic reworking of the English and Scottish contractual laws in their highly advanced stages. Quite a number of the solutions contained in the European preliminary draft are drawn from it.

One of the particularly positive aspects of this European project is its being exclusively based on the "contract", without first of all accepting the abstract concept of *Rechtsgeschäft*. This is a concept (translatable in English as "legal act") which is the pivot of the German code and is accepted in some other codes and in several continental doctrines but which is unknown in the common law or in French law. Also missing in the project - and this is even more significant - is the technical concept of obligation, which is

traditionally one of the hinges of continental laws as a relationship arising both from contract and from tort but which is unknown in English law. However, even if such a technical concept is not provided for in the project, the relevant phenomenon is not absent; in other words, "*obligation*" is very often mentioned but, as in English law, as "effect of the contract".

The style of writing used is very clear which is to be appreciated in a project which embraces common law. Those abstract formulations, typical of the continental codes, but not understood in England, have been avoided. When necessary, cases and illustrations are presented in the commentary to the rules. This makes the interpretation and application of the different rules a more straightforward task, not only in the common law but, in general, in the European Union.

Common lawyers accept the wide and exhaustive discipline of remedies. These are specifically dealt with and co-ordinated in the final part of the European project. The fact that interdicts, injunctions and arbitration are included is welcome. This will be helpful in speeding up the resolution of disputes.

Finally, there is extensive provision for extra judicial resolution of disputes without the need to resort to the courts or arbitration. This is to be encouraged as an essential feature of contemporary contracts.

The Lord Chief Justice of England Lord Woolf

Observations préliminaires

1. Trois étapes du pouvoir politique se découpent sur le fond de l'évolution historique de l'Europe. La première période va jusqu'à la fin du Moyen-Age et se trouve marquée par des divisions et des frontières vagues entre les différents protagonistes: les institutions du monde, les institutions religieuses et les individus de différents milieux. Avec le XIV^e siècle, des Etats-nations commencent à apparaître. Ceux-ci fondent leur pouvoir sur un contrôle exclusif de leur propre territoire. Dans le débat on les a comparés aux «boîtes nationales» et c'est en fonction d'elles que les conflits et les guerres violentes des XVI^e et XVII^e siècles doivent être perçus. Dirigeants, législations et juridictions sont centralisés et la souveraineté étatique se dévoile. Le fondement de cette politique européenne moderne se trouve dans le traité de Paix de Westphalie en 1648 dans lequel on trouve une approbation mutuelle de la souveraineté exclusive de chaque Etat sur son propre territoire.

2. C'est dans ce monde lié à un territoire et avec ses hiérarchies spécifiques que nous demeurons encore aujourd'hui. Mais à l'aube de ce millénaire, nous sommes sur la voie d'une toute nouvelle époque de l'histoire de l'humanité, peut-être la plus intense. Les frontières s'effacent. En Europe, l'Union y contribue. Mais plus important est que la communication globale du net, dite Internet, conquiert, jour après jour, le monde. L'Homme se trouve devant un défi d'un genre tout nouveau. Les structures du pouvoir politique s'effritent. Et les Etats restent sous haute pression. Les flux transnationaux inondent un monde qui a rétréci. On a dit qu'en réalité, les développements des techniques d'information font exploser les «boîtes nationales» de souveraineté. Quoi qu'il en soit le pouvoir politique en Europe a subi un déplacement et se trouve dans une situation toute nouvelle.

3. Cette troisième époque, appelée post-moderne, implique un accroissement de la *liberté*. Il s'agit d'un volontariat qui entraîne le bien-être et la sécurité sociale. L'esprit d'entreprise et le commerce y tiennent une place importante. Chacun peut choisir avec qui il veut contracter. Si les conditions proposées ne sont pas acceptables, on se cherche un autre cocontractant ou un autre endroit qui procure un meilleur profit. Et c'est clair: le développement ne se fait pas par des forces matérielles inexorables.

Dans un tel climat le rôle du *contract* augmente considérablement. Et pour l'Europe il devient encore plus évident que le contrat est une condition fondamentale de la réalisation du marché intérieur de l'Union Européenne, peut-être son nerf le plus profond.

4. Mais pour que le contrat, ce noyau de globalisation, devienne le moyen effectif autour duquel l'Union tourne, il faut que ses règles de droit soient homogènes. Ce n'est pas un hasard si le Parlement Européen le 26 mai 1989 a recommandé d'entreprendre les travaux d'élaboration d'un Code Civil Européen. Un tel code doit évidemment comprendre en premier lieu les règles communes en matière contractuelle.

5. A la faveur du pas franchi par le Parlement, le Professeur Giuseppe Gandolfi prit l'initiative d'une rencontre qui eut lieu en octobre 1990 à l'Université de Pavie et pendant laquelle les participants exprimèrent le souhait de fonder un organe académique permanent; lequel serait devenu en novembre 1992 l'Académie des Privatistes Européens. Au cours d'une rencontre à la fin d'octobre 1993, il fut décidé que le point de départ du travail porterait aussi bien sur le IV^e Livre du Code Civil italien que sur cette proposition d'un Code des Contrats, qu'Harvey McGregor avait été chargé d'écrire par la Commission des Lois anglaise dans les années 1960 mais qui n'avait jamais été publiée.

6. Pour que puisse être dirigé et mené un projet européen de la sorte, il convient d'exiger de grandes compétences en droit comparé. C'est la condition primordiale pour réussir. On ne cherche pas ici à réunir des personnes qui peuvent enseigner ce qui se passe dans d'autres pays. Le dirigeant du projet doit d'abord maîtriser au moins les traits fondamentaux de chacun des systèmes juridiques visés. L'idéal est un civiliste qui est en même temps comparatiste. Ici réside la clé du succès des essais d'harmonisation du droit civil de l'Europe.

7. Cette clé se trouvait déjà dans le bagage de Gandolfi quand le travail commença. Il n'a pas seulement contribué lui-même à l'avant-projet du code; mais il a encore rédigé les rapports introductifs contenant également les contributions des membres de l'Académie. Il connaissait dès le début la structure du droit des contrats des autres pays. Ainsi Gandolfi agit-il comme un jardinier habile qui finit par présenter une fleur offrant une floraison abondante. A l'œuvre on reconnaît l'ouvrier. Sa direction était fondée sur une personnalité harmonieuse, marquée par la modestie et la générosité. Comme André Le Nôtre a réussi à soumettre la nature à une stricte nature, Gandolfi a su ranger les règles de droit du contrat selon un ordre systématique et harmonieux. Mais ce que l'on a pu dire de l'ouvrage de Le Nôtre, on peut aussi le dire de celui de Gandolfi: rien n'aurait été possible sans la collaboration. Il s'agit d'un travail en équipe. Et dans cette manière d'édifier un système, on perçoit une structure de travail comparable à celle que l'on voit dans un monde fondé sur la communication électronique. La volonté devient l'élément le plus important. Le pouvoir ne se trouve pas dans la possibilité de contraindre quelqu'un à faire quelque chose. Le pouvoir se trouve dans le fait que les collaborateurs ne peuvent renoncer à y prendre part de peur de perdre un avantage. Ceci est le pouvoir que la chanteuse italienne Madonna appelle «*the power of goodbye*».

8. Ce code constitue une avancée extrêmement importante pour l'histoire de l'Union. Edifier des principes et édicter des directives dans le domaine du droit des contrats sont une chose. Faire l'avant-projet d'un code «définitif» en est une autre. Ce n'est pas seulement une orientation qui est prise. Ce sont aussi des règles précises et détaillées qui sont établies.

9. Enfin quelques mots sur le contenu de cet avant-projet. Tous les grands systèmes juridiques européens ont apporté leurs contributions à ce système. Peut-être pourrait-on dire qu'en somme il s'agit d'une moyenne de toutes les règles qui existent dans le domaine du droit des contrats en Europe. Mais dans le détail une moyenne devient difficile à créer. Parfois les auteurs de l'avant-projet ont préféré une règle qui a été adoptée dans un pays mais rejetée dans l'autre. Parfois le projet contient une règle qui représente une innovation, une voie dont l'importance fut au cours du travail vivement soulignée par André Tunc. *Grosso modo* le lecteur va trouver dans ce projet des solutions nuancées, dont la naissance fut souvent précédée d'une vive discussion; des règles rigides sont évitées. Ce qui est raisonnable devient souvent le modèle préféré. D'un côté l'avant-projet pourra ainsi être applicable dans des cas qu'on ne peut prévoir aujourd'hui. De l'autre, le projet laisse une grande responsabilité aux tribunaux concernant le développement continu du droit des contrats européens.

10. Cet avant-projet d'un Code Européen des Contrats n'est que le commencement d'un travail plus vaste qui à l'avenir sera réalisé dans le cadre de l'activité de l'Académie des Privatistes Européens. Petit à petit l'oiseau fait son nid.

Bill W. Dufwa

Presentation

de la première édition

Unifier le droit dans un certain domaine, et même simplement à l'échelon d'un continent, est une oeuvre formidable à tous les sens du mot. L'exemple en a été donné par l'unification du droit de la vente internationale. Celle-ci, commencée d'abord à l'échelon européen, a débuté en 1930, avant d'aboutir à la Convention de Vienne de 1980. Dans l'intervalle, de nombreux projets avaient été élaborés, puis discutés et remis en cause. La loi uniforme sur la vente internationale de marchandises (LUVI) élaborée à La Haye en 1964 n'a pas rencontré le succès espéré et le travail a dû, une fois de plus, être repris, pour aboutir à la Convention de Vienne. Les plus grands esprits de l'époque avaient pourtant participé à l'entreprise. Citons les français Henri Capitant et Joseph Hamel, les allemands Rabel et Otto Riese, les scandinaves Bagge, Hellner et Ussing, le hollandais Meijers, à qui avait été confiée la rédaction du code civil de son Pays, l'anglais Benjamin Wortley, le commercialiste belge Louis Frédéricq, l'espagnol Federico Bravo y Castro, et ce juriste universel qu'était Tullio Ascarelli. Unifier le droit demande donc un effort collectif considérable. Que cette difficulté ne nous surprenne pas. Il s'agit de dépasser les habitudes de pensée nationales et les sentiments du juriste français, allemand ou italien, pour ne citer qu'eux, que les solutions données par son code civil sont satisfaisantes et, sinon les seules concevables, du moins les meilleures. Pour le juriste anglais, hostile à toute codification, la tâche est encore plus délicate. Se risquer à une tentative d'unification peut légitimement faire peur: elle est «formidable» au sens étymologique du terme.

C'est dire combien il faut être reconnaissant au Professeur Giuseppe Gandolfi d'avoir eu le courage d'entreprendre l'élaboration d'un Code européen des contrats.

Notre Collègue Peter Stein, dans la *Préface* de cet ouvrage, a décrit de manière exacte et vivante l'histoire du projet, les principaux problèmes de méthode qui se sont posés et la manière dont ils ont été résolus. Je voudrais très simplement, dans un esprit de justice, souligner le rôle prépondérant qu'a joué, dans ce processus, notre éminent Collègue Giuseppe Gandolfi, souvent aidé de son épouse Letizia Gandolfi, Professeur à l'Université de Milan. C'est lui qui avait conçu le projet. Il a pourtant eu la prudence, avant de le lancer définitivement, de réunir une conférence internationale, pour que soient examinées son opportunité et sa faisabilité. Par la suite, il a constamment dirigé, avec compétence et autorité, le difficile travail collectif qui a été nécessaire. Il se qualifiait lui-même de «Coordinateur», voulant souligner que le document qui résulterait de nos travaux devrait être considéré comme une oeuvre collective. Certes, Giuseppe Gandolfi a été un «Coordinateur», mais il a été surtout bien plus que cela: tout en écoutant les uns et les autres, il a été un inspirateur, un guide, un concepteur. Notre travail a été très difficile. Quand se sont posés les délicats problèmes de méthode ou de fond que relève Peter Stein, Giuseppe Gandolfi a toujours eu le mérite de les mettre en lumière, d'en éclairer les éléments, et de nous guider vers les solutions désirables.

De même qu'on lit aujourd'hui la Convention de Vienne sans penser au travail considérable, poursuivi pendant des générations, qui l'a rendu possible, de même, on lira sans doute un jour le Code européen des contrats en oubliant l'énorme travail collectif qui aura permis qu'il voie le jour. Il faut au moins retenir l'enthousiasme de l'équipe réunie et guidée par Giuseppe Gandolfi et la contribution personnelle décisive que celui-ci a apportée à la réalisation de l'oeuvre.

† *André Tunc*

Président de l'Académie des Privatistes Européens

Preface

The project of writing a European Code of Contracts, of which the draft of the first book is now published, was formally begun by the Academy of European Private Lawyers in 1995. But the production of the actual draft text was preceded by five years of preliminary study by a working group, and indeed the idea goes back even further. In June 1989 Giuseppe Gandolfi gave a communication to the congress of Italian civilists at Venice, in which he presented the results of a personal study, conducted over twenty years, into the principles which form the foundation of contract law in the main legal systems of Europe.

Comparison of different national systems led Gandolfi to suggest that Book IV of the Italian Civil Code could form a suitable model for a code of contracts for the European Community. There were two reasons for this suggestion. First, the Italian Code is in an intermediate position between the two principal legal strands which form the basis of continental civil law, i.e., the French and the German. Secondly, as a result of the fusion of civil law and commercial law in the Italian code, its relative modernity and certain features of its regulation of contract, the Italian code is considered to be less distant from modern English law than either the French or the German Code.

With the encouragement of various colleagues, Gandolfi convened a group of jurists from all the EC countries, plus Switzerland and Austria, at the University of Pavia in October 1990. In an introductory paper, he posed the following four questions. Given that the single internal market was due to come into force in 1993, was it necessary, or at least desirable, to have a single code of contracts? Given the differences between the various legal systems, did the conditions exist to achieve such a code? What

essential features should it have and on what legal policy should it be based? As a working hypothesis, was it useful to adopt an existing code as a model? To the first and second questions the jurists attending the Pavia meeting gave an enthusiastic affirmative answer. In regard to the second question, note was taken of the fact that the United Kingdom was part of the European Community and so its judges were already habituated to working with rules expressed in continental form. It was particularly recalled that already in the 1960s the British Parliament had set up two Law Commissions, for English law and Scots law, to simplify the law. The English Law Commission had adopted as one of its first projects the production of a contract code, which it was hoped would be accepted by the Scottish Commission. The third question aroused an intense debate, which continued in the succeeding years. The fourth question resulted in a majority decision to accept as a model Book IV of the Italian Civil Code, although fears were expressed that the adoption of a single national model might be seen as a sort of legal chauvinism.

Such fears were, however, overcome since the draft of the Contract Code, commissioned by the English Law Commission, was brought to the Pavia colloquium in 1990 by its sole author, Harvey McGregor, of Oxford. It aroused great interest from the continental jurists and in particular André Tunc, so much so that soon it was published in the series of the University of Pavia, edited by Giuseppe Gandolfi. At a later meeting the working group decided to adopt this text as an additional model, together with Book IV of the Italian Code. This decision took note of the needs of Britain and Ireland and also responded to an observation of André Tunc that perhaps it required more effort for a common lawyer to become adjusted to the legal orders of continental Europe than for a continental jurist to adapt himself to the typical attitudes of the common law. The working group voted at Pavia in

1990 to acquire an institutional form, and on 9 November 1992 the Academy of European Private Lawyers was formally established by notarial act, with its seat at the University of Pavia. Subsequently it was honoured by the patronage of the President of the Italian Republic. Article 1 of the Statute of the Academy sets out its aims: to contribute, through scientific research, to the unification and the future interpretation and enforcement of private law, in the spirit of the community conventions. Furthermore it intends to promote the development of a common European legal culture.

The founder members in alphabetical order were Antonio Brancaccio, First President of the Italian Supreme Court of Cassation; José Luis de los Mozos, Professor in the University of Valladolid and Judge of the Constitutional Court of Spain; Giuseppe Gandolfi, Professor in the University of Pavia; the undersigned Peter Stein, Professor in the University of Cambridge; Alberto Trabucchi, Emeritus Professor in the University of Padua; André Tunc, Emeritus Professor in the University of Paris I (Sorbonne-Panthéon); Franz Wieacker, Emeritus Professor in the University of Göttingen.

By unanimous vote of the competent body under the Statute, Professor Trabucchi became President of the Academy and remained so until his death on 18 April 1998. Then by similar unanimous vote, the present President, Professor André Tunc, was elected in his place.

Apart from those who participated in the Pavia colloquium in 1990, several other jurists have become members of the Academy, and all the countries of the European Union (Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxemburg, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and United Kingdom), together with Switzerland, are represented. The Statute lays down for each country a maximum number of jurists, based on the formula for calculating the present composition of the European

Parliament, and for an overall total of 149 Effective members, apart from Corresponding, Honorary and Benefactor Members. The full list of members of the Academy, who are University Professors and Presidents of the Supreme Courts of the various states of the European Union, appears at the end of this volume.

The successive stages of the Academy's preparatory work, before it embarked on the draft text of the code, may be summarised. In March 1991, the Max Planck Institute in Hamburg held a symposium on the theme «Alternatives to unification of law by legislation». The discussion centred on the possibility of unifying the law by such ways as agreements between business organizations, legal science in developing a common legal mind, and case-law. The Pavia working group in 1990 had favoured the legislative solution, holding that the other ways mentioned, though significant, could not have more than a complementary role. The working group re-opened the question at its meeting at Pavia in November 1992, and, after hearing papers by Antonio Brancaccio, José Luis de los Mozos, Giuseppe Gandolfi, André Tunc and Alberto Trabucchi, confirmed its earlier decision to choose legislation, and more particularly the code, as the method for creating unified law in Europe, while recognising the necessity of further action by case-law and practice to ensure its success.

«Code» was understood in the sense of a body of rules and solutions, not of principles. Tony Jolowicz correctly pointed out that the objective of unifying the law in Europe may be achieved through the unification of concrete solutions for particular problems, but not through an attempt, which would certainly fail, to unify the logical procedures and conceptual mechanisms by which, in different legal systems, those solutions were reached. In fact the formulation of principles must follow the making of solutions and of rules. It is often said that general principles are «indirect» rules, because they would not be applied if other rules

did not prescribe how they were to be applied. Their function consists in summarising the content of other rules. Principles indicate the basic features of a system; they are deduced from a number of rules through a process of abstraction and generalization, undertaken with proper regard for the way those rules are applied by the courts.

Having opted for a code, the working group had then to deal with a particular problem. Book IV of the Italian Civil code, one of the models, deals not merely with contract but with obligations in general. In fact obligation plays a fundamental role not only in the Italian legal system but in those of continental Europe generally, and has special features in French, German and Spanish law. By contrast, obligation, as a technical concept, is unknown in the common law, in which the effects of the contract are sometimes referred to as the obligations of the parties.

This problem was debated at a group meeting in Pavia in October 1994, and after hearing an introductory paper from Gandolfi, the group considered whether to make a radical choice or adopt an intermediate solution. Was it reasonable to try to introduce into the common law the civil law concept of obligation, which would then have to be contrasted with particular obligations? That would have meant imposing it as an essential category on those who for centuries had never recognised the need for it. Or, alternatively, should the whole notion of obligation, an essential concept for continental lawyers, be abandoned? The consensus of the group favoured a third solution, namely to use the term «obligation» in the sense in which it is used in the English sources, as a duty arising from the contract. That meant leaving to legal theory the task of identifying possible implications of this solution, as happened for the concept of «legal transaction» (*Rechtsgeschäft*), in those countries which had not received such a concept.

It was decided, therefore, not to include a title on obligation in the draft. Instead those topics treated in the opening title of Book

IV of the Italian Code should be dealt with under «effects» and «performance» of the contract, but without any dogmatic superstructure. Earlier, on the advice of Franz Wieacker, it had been agreed not to have a general part, such as the *Allgemeiner Teil* of the BGB, both because such a part belongs rather to teaching and dogmatic study and because in a contract code, it is sufficient to state at the beginning the fundamental rules applicable in that field.

There was much discussion of the style and type of language of the code, especially in view of the differences between those of English and continental statutes. Account had to be taken of both traditions but the essential aim was to adopt a clear and precise style and to avoid doubts at the level of interpretation. Recourse to techniques of definition and of exemplification was encouraged. All matter that was merely implied must be avoided. In municipal systems implied references are acceptable, but they can be disastrous in rules destined to be applied over the whole area of the European Union, with its various legal cultures and different forms of legal education.

To stress the community character of the code, the draft was to be in French (English being assumed to have rather an inter-continental, if not universal, connotation), but the draft will, of course, have to be translated into all the languages of the Community. As regards the method of work, consideration was given to setting up sub-commissions of experts, who could produce initial drafts of the various parts of the whole. The group, however, preferred another idea, which would allow every member of the Academy to make a contribution based on his personal expertise and experience in his own system, so that the code could reflect the practical needs of the whole area of the Community. Each member was invited to state his own observations and proposals in writing and send them to a «coordinator», who would use them as the basis of his draft. This vital function was entrusted to the indefatigable Giuseppe Gandolfi, who thus became editor of the project.

The papers and interventions made at the meetings of the working group have been collected in two volumes, referred to in the bibliography, which concludes this preface. For this method of concerted work to succeed and the proposals of individual members to be collected, questionnaires were used. One was produced by Gandolfi, as editor, on the basis of a comparison of the relevant rules of Book IV of the Italian Civil code and of the (McGregor) Contract code. Another questionnaire was designed by Giorgio Cian, who offered the members a series of questions of legal policy, based on several contract systems.

In 1995 the consideration of the collected proposals for the first draft began, and a suggestion of André Tunc that meetings of national groups should be held proved fruitful. Such meetings were called in Paris, Saragossa, Munich, Pavia and Cambridge and their collective conclusions sent on to the editor. To these reports were added numerous contributions from individual members, some of them members who had participated in the national group meetings, all of which required the closest consideration from the editor. In addition to the recourse to the use of these contributions, his task was to take account of the two model codes and the experience of applying other codes and the relevant case law, not exclusively European.

The editing of the draft text was divided into five stages, each concerned with a part of the law of contract, and the text was immediately submitted for general discussion by the group as a whole. The editor supplied, with each part of the text, an illustrative commentary, in which he reviewed the relevant parts of the two models, other national sources and the proposals of the national groups and individual members and explained his reasons for the rules proposed in the draft text.

The draft texts were discussed at the University of Pavia. By decision of the working group, each participant could speak in any of the official languages of the Academy: German, English,

French, Italian, Spanish. The aim of this rule was to allow members to express themselves in the most appropriate technical language. In certain cases one member translated the contribution of another, so that all participants could take full account of the various points made. The usual language of the discussion, however, as of the text of the draft and the commentary, was French.

Each article, and sometimes each section of an article, was discussed separately and an opportunity was given for members to write subsequently to the editor to confirm or modify what they had said in the discussion. Votes were not taken on the individual rules proposed, partly because the full complement of members of the Academy and of those who had made proposals was never present. All observations were treated as further proposals, which the editor was invited to consider when he was revising the draft. As André Tunc, who chaired several discussions put it: «*Nous ne prenons pas de décision ici; nous exprimons des opinions. Notre coordinateur les note, et il en tiendra compte. C'est ça notre méthode*».

It was felt none the less that the draft text, as prepared by the editor, should be published and disseminated among scholars and legal practitioners, together with his commentary on the different parts and the interventions made by members during the discussions. The result is a mass of proposals and ideas, which would not be known if the draft text were published after it had been corrected by the editor.

As stated, the present volume contains the text of Book I, dealing with «the contract in general». The next volume will contain the text of Book II, dealing with particular types of contract, and it will take account of the Vienna Convention of 1980 and of other international conventions and community directives.

Peter Stein

Vice-President of the Academy of European Private Lawyers

Bibliography

- G. GANDOLFI, Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 217.
- G. GANDOLFI, Per un codice europeo dei contratti, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 781.
- G.B. FERRI, Considerazioni intorno all'ipotesi di un progetto di codice europeo dei contratti, *Quadrimestre*, 1991, p. 366.
- M.L. RUFFINI GANDOLFI, Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi, *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 659.
- F. STURM, Bemühungen um ein einheitliches europäisches Vertragsrecht, *Juristen Zeitung*, 1991, p. 555.
- M. POSCH, Konferenz zu einer europäischen Kodifikation des Vertragsrechts, *Neue Justiz*, 1991, p. 70.
- J.L. DE LOS MOZOS, «Convegno di Pavia» sobre la futura Codificación Europea de Obligaciones y Contratos, *Revista de derecho privado*, 1991, p. 694.
- R. VIGNERON, L'unification du droit privé européen, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 15.
- G. GANDOLFI, Pour un code européen des contrats, *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 707.
- P. STEIN (a cura di), Incontro di studio su 'il futuro codice europeo dei contratti' - Pavia, 20-21 ottobre 1990, Milano 1993, pp. I-VIII, 1-267.
- H. MCGREGOR, Contract Code Drawn Up on Behalf of the English Law Commission, Prefazione by G. GANDOLFI, Milano-London 1993, pp. I-XXVI, 1-318.

G. GANDOLFI, L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza una legge?, *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 149.

J.L. DE LOS MOZOS, La propuesta de un código europeo de contratos vista desde España, in *Congreso internacional sobre la reforma del derecho contractual y la protección de los consumidores, ponencias*, Zaragoza 1993, p. 413 ss.

G. GANDOLFI, L'attualità del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea, *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 415.

A. TUNC, L'unification du droit des contrats en Europe: avec ou sans loi?, *Rev. int. dr. comp.*, 1993, p. 877, and *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 701.

P. RESCIGNO, Recensioni e segnalazioni, H. MCGREGOR, Contract Code, drawn up on behalf of the English Law Commission, *Riv. dir. civ.* 1994, I, p. 817.

G. CORDINI, La redazione di un codice europeo dei contratti nel progetto internazionale dei giuristi del «gruppo di Pavia», *Riv. trim. dir. pub.*, 1994, p. 327.

C. VATTIER FUENZALIDA, Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea, in "*Jornadas sobre la unificación del derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea, Cáceres 1993-1994*", Cáceres 1995, p. 19.

J.M. CABALLERO LOZANO, Los derechos civiles forales y especiales y la unificación del Derecho europeo de las obligaciones, in "*Jornadas sobre la unificación del derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea, Cáceres 1993-1994*", Cáceres 1995, p. 33.

J.L. DE LOS MOZOS, La noción de contrato, in "*Jornadas sobre la unificación del derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea, Cáceres 1993-1994*", Cáceres 1995, p. 51.

G. GANDOLFI, Relazione-introduttiva e relazione conclusiva (1993). Relazione conclusiva (1994), in *“Jornadas sobre la unificación del derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea, Cáceres 1993-1994”*, Cáceres 1995, pp. 37, 89.

G. GANDOLFI, Per la redazione di un «codice europeo dei contratti», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1073.

G. GANDOLFI, Verso il tramonto del concetto di «obbligazione» nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?, *Riv. dir. civ.* 1995, II, p. 203.

P. STEIN (a cura di), Convegni di studio per la redazione del progetto di un codice europeo dei contratti, Pavia 1992-1994, Milano 1996, pp. I-VI, 1-304.

F. STURM/G. STURM, Erste Ansätze gibt es schon. Giuseppe Gandolfi versammelte in Pavia eine Gruppe europäischer Rechtswissenschaftler, in J. VON STAUDINGER/F. STURM/G. STURM, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Einleitung zum IPR*, Berlin 1996, p. 80, Rdnr. 263.

G. GANDOLFI, Sul progetto di un «codice europeo dei contratti», *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 105.

G. GANDOLFI, In tema di rapporto obbligatorio e di «inibitoria» (nel codice e in una prospettiva europea), *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 159.

H. MCGREGOR, Contract Code - Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa, Traducción y Nota preliminar par J. M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA, y Proemio de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Barcelona 1997, pp. 1-245.

P.G. GAGGERO, Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese, *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 113.

G. GANDOLFI, Sulla sorte del contratto con effetti reali (nella prospettiva di una codificazione europea), *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1015.

G. GANDOLFI, La rivalutazione dei crediti pecuniari (nella prospettiva di una codificazione europea), *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 1.

G. GANDOLFI, La 'condizione' nel progetto pavese di un «codice europeo dei contratti», *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 287.

F. STURM, Un codice dei contratti per l'Unione europea. L'iniziativa dell'Accademia dei giusprivatisti europei, in *Studi in memoria di G.B. Impallomeni*, Milano 1999, p. 389.

C.R. BRIZZIO, Anteproyecto de Código europeo de contratos. Estudio preliminar, *La Ley* - Buenos Aires 1999, N° 105 (2.6.99), p. 1.

G. GRISI, Il deposito in funzione di garanzia, Milano 1999, p. 25.

L. VALLE, Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti, *Contratto e impresa/Europa*, 2000, 1, pp. 683, 709.

H.J. SONNENBERGER, Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2001, p. 409.

F. STURM, Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuch, *JuristenZeitung*, 2001, p. 1097.

C.M. BIANCA, Recensioni e segnalazioni, Code européen des contrats, Coordinateur G. Gandolfi, I, *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 309.

P. RESCIGNO, Recensioni, Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant projet, Coordinateur G. Gandolfi, Livre Premier, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1191.

P. MENGOZZI, La determinazione del carattere vessatorio di clausole contenute nei contratti con i consumatori e la conferma che il modo in cui l'Italia ha attuato la direttiva 93/13/CE ha trovato nel codice europeo dei contratti presentato al Parlamento europeo nel dicembre 2000, *Contratto e impresa / Europa*, 2001, 1, pp. 281, 286.

G. GANDOLFI, Il progetto 'pavese' di un codice europeo dei contratti, *Riv. dir. civ.*, I, 2001, p. 455, and in "*Juris vinculum - Studi in onore del Prof. Mario Talamanca*", IV, p. 1.

R. VIGNERON, Le nouveau projet de 'Code européen des contrats', *Actualités du droit - Rev. trim. de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2001.3, p. 683.

S. PATTI, Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti, *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 489.

G. GANDOLFI, Der Vorentwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuchs, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2002, p. 1.

A. SOMMA, "Roma madre delle leggi". L'uso politico del diritto romano, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna 2002, 1, pp. 153, 174.

G. GANDOLFI, La responsabilité contractuelle dans le projet "pavesan" d'un Code européen des contrats, in "*Mélanges Jean-Pierre Sortais*", Lausanne 2002, p. 205.

V. VARANO - V. BARSOTTI, La tradizione giuridica occidentale. I, Testo e materiali per un confronto 'civil law common law', Torino 2002, pp. 6, 45.

G. GANDOLFI, Fra l' 'obligatio' di origine romana e la 'liability' di 'common law' : un problema per il legislatore europeo, in "*Festschrift für Theo Mayer-Maly*", Köln-Weimar-Wien 2002, p. 229.

P. MENGOZZI, La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano, *Contratto e impresa / Europa*, 2002, 1, pp. 54, 74.

G. GANDOLFI, Un Code Européen des Contrats : pourquoi et comment, in “*An Academic Green Paper on European Contract Law*”, The Hague-London 2002, p. 193.

GB. FERRI, Il “Code Européen des Contrats”, *Europa e diritto privato*, 2002, p. 345, and *Contratto e impresa /Europa*, 2002, I, p. 27.

L. GATT, Sistema normativo e soluzioni innovative del “Code Européen des Contrats”, *Europa e diritto privato*, 2002, p. 359.

J.L. DE LOS MOZOS, El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavia, *La Ley* - Madrid 2002, N° 5629 (9.10.02) p. 1.

M.L. RUFFINI GANDOLFI, Problèmes d’unification du droit en Europe et le Code européen des contrats, *Rev. int. dr. comp.*, 2002, p. 1075.

M.E. STORME, Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in P. SCHLECHTRIEM, *Wandlungen des Schuldrechts, Schriften der E.von Caemmerer-Gedächtnisstiftung*, Nr. 5, Nomos, Baden-Baden 2002, p. 11.

E.A. KRAMER, Buchbesprechungen: Code Européen des Contrats, Avant-projet, *RabelsZ*, 2002, p. 781.

G. GARCÍA CANTERO, La traducción española de la parte general del ‘Código europeo de contratos’ – Introducción. Traducción, *Rev. Jur. Notariado*, 2002, p. 299.

G. GANDOLFI, Der “Allgemeine Teil” des BGB und seine Rolle in diesem Jahrhundert, in *I cento anni del Codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova 2002, p. 909.

C.-W. CANARIS, La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle ‘Leistungsstörungen’, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 19 and passim.

T. BALLARINO, *Bibliographie. Livres. Gandolfi (Giuseppe) dir., Code européen des contrats, Avant-Projet, Livre Premier, Rev. crit. dr. int. priv.*, 2003 p. 202.

G. GANDOLFI, *Il contratto a favore di terzi nel "Codice europeo dei contratti"*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 993.

G. GARCÍA CANTERO, *El Anteproyecto de Código europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavia)*, in S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid 2003, p. 205.

G. GANDOLFI, *The Academy of European Private Lawyers and the Pavia Draft of a "European Contract Code"*, "*ERA Forum*", Trier 2003, p. 121.

J.-P. GRIDEL, *Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats: les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie)*, *Gazette du Palais*, 2003, n° 52-53, p. 3.

F. STURM/G. STURM, *Akademie europäischer Privatrechtswissenschaftler*, in J. VON STAUDINGER/F. STURM/G. STURM *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Einleitung zum IPR*, Berlin 2003, p. 141, Rdnr. 347.

C. VATTIER FUENZALIDA, J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, J. M. CABALLERO LOZANO (coordinadores), *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos - colaboradores: J. ARCE FLÓREZ-VALDÉS, J. M. CABALLERO LOZANO, M. T. CARRANCHO HERRERO, G. DE CASTRO VÍTORES, J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, M. FERNÁNDEZ ARROYO, G. GARCÍA CANTERO, J. M. GONZÁLEZ PORRAS, A. GORDILLO CAÑAS, J. M. LOBATO GÓMEZ, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, A. M. MORALES MORENO, E. MUÑIZ ESPADA, P. DE PABLO CONTRERAS,*

M. I. POVEDA BERNAL, J. RAMS ALBESA, C. ROGEL VIDE, A. ROMÁN GARCÍA, C. VATTIER FUENZALIDA, E. VICENTE DOMINGO, A. VIGURI PEREA, M. YZQUIERDO TOLSADA, vol. 1-2, Dykinson S.L. Madrid - Universidad de Burgos, Madrid 2003, pp. 1-648.

F. P. TRAISCI, Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e di common law, Napoli 2003, p. 24.

G. GANDOLFI, Per l'assetto normativo del mercato interno europeo: proposte e prospettive, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 395, and in "*Scritti in onore di C. Massimo Bianca*", in the press.

G. SICCHIERO, Tramonto della causa del contratto?, *Contratto e impresa*, 2003, I, p. 100 and passim.

P. KINDLER, Gli effetti della 'Schuldrechtsreform' sulla mora debitoris, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 691.

C. PRIETO, Une culture contractuelle commune en Europe, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Aix en Provence 2003, p. 42.

B. STANCHI, I due progetti per un codice civile europeo a confronto con particolare riferimento alla figura giuridica del "contratto", *Il Notaro*, 2003 p. 93.

A. SOMMA, Diritto comunitario vs. diritto comune europeo, in *Temi e problemi di diritto comparato*, IV, Torino 2003, p. 79.

G. GANDOLFI, Il "Codice europeo dei contratti": ragion d'essere e scelte di fondo, in "*Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo - Atti convegno Benevento 27.6.02*", E.S.I., Napoli 2003, in the press.

A. LUNA SERRANO, El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto (Bilbao), 2003, 1, p. 307.

G. GANDOLFI, Contratti reali e a favore di terzi nel "Progetto" dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, in *L'uniformazione del diritto contrattuale. Problematiche attuali e tendenze evolutive – Atti degli Incontri di Studio della Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, Collana di Facoltà, Napoli, 2004, in the press.

M.L. RUFFINI GANDOLFI, Le istituzioni comunitarie di fronte al problema dell'unificazione del diritto dei contratti, Congresso internacional de direito comparado, Rio de Janeiro, 3-5 Setembro 2003, *Rev. brasil. dir. comp.*, 25, 2003, in the press.

LORD HOPE OF CRAIGHEAD, Foreword to 'European Contract Code' by the Academy of European Private Lawyers, *Edinburgh Law Review*, 2004 – 8 (2), in the press.

Introduction

La décision adoptée en 1986 par les Etats Membres de la Communauté européenne d'établir avant le 31 décembre 1992 le marché intérieur fut la «cause prochaine» qui conduisit à programmer le colloque qui se déroula à Pavie durant le mois d'octobre 1990. Là, d'éminents juristes, venus de tous les Pays de la Communauté comme de Suisse et d'Autriche, discutèrent en premier lieu de la nécessité, voire de l'opportunité, de promouvoir une éventuelle codification européenne sur les contrats, en tant qu'instruments essentiels pour le déroulement des rapports dans le marché. Mais les juristes s'interrogèrent aussi quant à l'existence dans la réalité des conditions nécessaires à la réalisation d'un tel objectif, étant données les profondes différences intrinsèques distinguant les divers systèmes nationaux. Les réponses fournies à ces deux interrogations préliminaires furent affirmatives et unanimes.

D'autres raisons m'avaient cependant conduit à promouvoir cette rencontre initiale: et sur certaines d'entre elles se prononça surtout André Tunc lors des colloques pavesans qui suivirent. J'en rappellerai quelques-unes.

L'unification du droit dans le secteur des contrats peut constituer une occasion propice pour introduire dans les différents pays un certain nombre d'innovations normatives que la conscience sociale éprouve désormais comme nécessaires. De surcroît, et sur un plan plus strictement technico-juridique, cette unification peut permettre d'apporter à différentes institutions d'inspiration traditionnelle ces mises à jour et ces améliorations dont la jurisprudence et la doctrine, sur le plan des solutions spécifiques, révèlent plus ou moins explicitement l'opportunité.

Introduction

La décision adoptée en 1986 par les Etats Membres de la Communauté européenne d'établir avant le 31 décembre 1992 le marché intérieur fut la «cause prochaine» qui conduisit à programmer le colloque qui se déroula à Pavie durant le mois d'octobre 1990. Là, d'éminents juristes, venus de tous les Pays de la Communauté comme de Suisse et d'Autriche, discutèrent en premier lieu de la nécessité, voire de l'opportunité, de promouvoir une éventuelle codification européenne sur les contrats, en tant qu'instruments essentiels pour le déroulement des rapports dans le marché. Mais les juristes s'interrogèrent aussi quant à l'existence dans la réalité des conditions nécessaires à la réalisation d'un tel objectif, étant données les profondes différences intrinsèques distinguant les divers systèmes nationaux. Les réponses fournies à ces deux interrogations préliminaires furent affirmatives et unanimes.

D'autres raisons m'avaient cependant conduit à promouvoir cette rencontre initiale: et sur certaines d'entre elles se prononça surtout André Tunc lors des colloques pavesans qui suivirent. J'en rappellerai quelques-unes.

L'unification du droit dans le secteur des contrats peut constituer une occasion propice pour introduire dans les différents pays un certain nombre d'innovations normatives que la conscience sociale éprouve désormais comme nécessaires. De surcroît, et sur un plan plus strictement technico-juridique, cette unification peut permettre d'apporter à différentes institutions d'inspiration traditionnelle ces mises à jour et ces améliorations dont la jurisprudence et la doctrine, sur le plan des solutions spécifiques, révèlent plus ou moins explicitement l'opportunité.

Et l'unification du droit dans un secteur - que l'on peut certes considérer comme fondamental dans le droit privé - exercerait sans conteste une importance décisive pour la consolidation d'une conscience européenne, tout en servant également à amplifier la conscience du rôle que «l'Union européenne» - comme l'appelait déjà le préambule de l'Acte unique de 1986, duquel j'extraie aussi les expressions ci-dessous reportées - est susceptible d'exercer pour une défense plus efficace des «intérêts communs» mais également dans la perspective de la «paix et de la sécurité internationales».

Une autre et bien plus profonde motivation s'inscrivait toutefois à la base de l'idée visant à réunir à Pavie un groupe si représentatif de juristes: cette motivation tient à la fonction du «droit» conçu comme un complexe de règles de conduite, et concerne, souhaiterais-je dire, sa propre raison d'être en tant que phénomène social, et qui se trouve conçu selon les différentes conceptions axiologiques du droit lui-même, conceptions que, nécessairement, je ne puis ici qu'esquisser.

Selon un certain courant de pensée le droit, comme il est notoire, constitue une valeur qui trouve sa matrice dans la «nature», donc dans des idéaux de justice, absolus et éternels, auxquels on doit nécessairement recourir pour apporter une solution aux problèmes humains. Une conception différente privilégie l'aspect formel du droit, sa manifestation en délibérations constituant, dans le système auquel elles prêtent vie, une limite que l'interprète ne saurait franchir. Pour d'autres, le droit possède au contraire un contenu essentiellement subjectif, puisqu'il est le produit d'un ordre émanant de qui exerce le pouvoir. Dans une autre optique, le système juridique ne saurait être autre qu'un système de règles conçues pour l'intérêt social réclamé par une expérience et une culture communes: ainsi le juriste, plutôt que se référer au droit naturel, à la signification objective des règles du système ou à la volonté subjective du législateur, doit-il s'inspirer de la réalité sociale actuelle et de ses exigences effectives.

Si, conformément à cette dernière conception, que l'on considère désormais acceptée par la *communis opinio*, on peut soutenir que le droit ne peut être que le résultat d'une culture et d'une expérience communes, visant donc à la satisfaction des intérêts dans les différentes époques, il convient de tirer d'une telle constatation les conséquences qui s'imposent. Si quinze pays ont d'ores et déjà décidé de confluer dans l'Union Européenne, le droit qui y est en vigueur deviendrait un fait anachronique et risquerait de ne pouvoir remplir sa fonction humaine et sociale, s'il demeurait inefficacement fragmenté, continuant de cette manière à diviser, voire même à opposer, ces citoyens qui ont au contraire fermement choisi de vivre dans l'unité, de «parler davantage d'une seule voix et d'agir avec cohésion et solidarité afin de défendre plus efficacement leurs intérêts communs».

Une table ronde fut ensuite consacrée à un approfondissement du problème concernant le rôle que dans l'unification souhaitée allaient pouvoir respectivement exercer la loi, la jurisprudence, la doctrine, ainsi que les initiatives des organisations des entrepreneurs.

La fonction irremplaçable de la jurisprudence, qui vérifie la capacité de chaque règle juridique de satisfaire les intérêts en protection desquels elle a été promulguée, fut soulignée; mais fut également envisagée sa fonction d'adapter l'interprétation et l'application des règles en présence non seulement de formulations imprécises, mais également d'évolutions du système et de la conscience collective.

Certains tendent à attribuer aussi à la jurisprudence la capacité de réaliser l'unification du droit; et il ne fait aucun doute que la formation d'orientations consolidées possèdent un tel effet. Naturellement, on se réfère là à la *common law* due, en tant que système unifié, à l'activité des cours royales; mais - doit-on ajouter aussi - en tant qu'effet de la centralisation de l'administration de la justice. Toutefois apparaît hautement significatif le fait qu'en Grande Bretagne, lorsque

fut ressentie l'exigence de donner cours à l'unification des droits anglais et écossais - dans le cas du secteur contractuel- on ne fit pas appel à la jurisprudence, mais on prit la décision de former une commission législative qui - il faut le souligner - programma la rédaction d'un code.

Sans doute la doctrine serait-elle en mesure de tenter la voie de l'unification, avec cette capacité dont elle est dotée de diffuser les différents «modèles», incidant ainsi sur la préparation, la sensibilité, voire même la *forma mentis* des juristes et sur leur disponibilité à accepter l'uniformisation, mais aussi parce que la science du droit peut se fixer l'objectif d'édifier un système global qui transcende les divers systèmes nationaux. Mais pour la doctrine aussi vaut la remarque de l'existence d'une pluralité de «voix»; et l'on ne pourrait certes envisager l'hypothèse d'un «docteur» de dernière et ultime instance, qui serait appelé à sopeser les différentes opinions - il s'agit là bien entendu d'un discours paradoxal - et à se prononcer en faveur de la solution unifiante.

Bref, le choix de la voie de la loi, et donc d'un code organique, a été consciemment arrêté (et d'ailleurs le traité CEE a adopté la voie de la loi pour l'harmonisation des dispositions législatives des Etats membres afin d'assurer le fonctionnement du marché intérieur). Mais cela, tout en accueillant également, et en l'interprétant d'une manière extensive, la pressante recommandation de Franz Wiaecker, exhortant à ne pas se consacrer à la rédaction de «principes généraux», mais plutôt à des règles susceptibles de résoudre des problèmes bien déterminés. Le fait est que l'élaboration des principes (ou principes généraux) est du ressort de la doctrine mais également de l'enseignement, puisque ceux-ci constituent une synthèse rationnelle, la quintessence d'un système dont ils reflètent les caractères généraux et qui est évidemment supposé soit se trouver en vigueur soit vérifié par sa propre application. Tenter donc de formuler les principes d'un hypothétique système futur apparaît

incongru, et constitue d'abord une contradiction logique avant que d'être une opération impossible à réaliser. Et les rédiger dans le but d'inspirer un hypothétique et futur législateur reviendrait à se consacrer à une tâche largement infructueuse; car les différentes règles de ce futur système devront s'adapter, lorsqu'elles seront rédigées, aux problèmes effectifs à résoudre, aux intérêts en jeu et non pas à des critères abstraits, suggérés a priori sur la base de réflexions de nature logique ou équitable. Il serait tout aussi vain de vouloir contourner le problème en recourant à l'escamotage visant à dire que les «principes» signifient, certes, principes, mais également règles, si par la suite on se met à formuler sous le nom de «*principes*» des règles d'une portée aussi vaste qu'indéterminée; et ceci autant parce que ces dernières sont indiquées par le terme spécifique de *rules*, que parce que ces principes se différencient avant tout des règles par leur contenu, leur structure, origine et fonction, comme nous venons de le préciser.

Une autre raison décisive a toutefois poussé notre groupe de travail à ne pas suivre la voie des «principes». Lors de la réunion du mois de juillet 1995 des juristes anglais faisant partie de notre groupe, convoqués à Cambridge par Peter Stein, Anthony Jolowicz observa - comme le note lui-même dans sa *Preface* Peter Stein - que l'unification du droit entre différents systèmes pourrait sans doute s'accomplir si l'on visait à l'unification des solutions apportées à des problèmes bien déterminés; mais un tel objectif ne saurait certes être considéré comme réalisable si l'on prétend unifier les principes de base, les catégories structurelles et les mécanismes conceptuels sur la base desquels les solutions elles-mêmes sont obtenues.

L'objectif que nous nous sommes proposés a donc été celui de rédiger le projet d'un code de règles affrontant des problèmes bien définis: et non pas celui de réaliser une sorte de *restatement* à partir des systèmes des différents Pays. Je rappelle à cet effet

ce que nous a révélé André Tunc quant à son expérience de membre de la Commission chargée de la rédaction de la Convention de Vienne sur la vente internationale: constatation y fut faite que la voie du compromis est impraticable, vues les différences régnant entre les différents systèmes.

Ainsi nous sommes-nous proposés de rédiger le projet d'un code nouveau, mais qui ne fût pas nécessairement composé de règles nouvelles, c'est à dire différentes de celles en vigueur dans les différents systèmes: notre but était la rédaction d'un code en mesure de satisfaire les exigences de la société européenne du troisième millénaire. Je parle d'un code «nouveau» en ce qu'il ne se réfère pas à un ou plusieurs «modèles» nationaux, mais puise dans l'ensemble des expériences, législatives, jurisprudentielles et doctrinales dignes d'être prises en considération. Le livre IV du Code civil italien et le *Contract code* rédigé par McGregor pour l'*English Law Commission* ont été en effet adoptés comme de simples tableaux de marche, couplés et destinés à rappeler au fur et à mesure notre attention sur les phénoménologies typiques des aires continentales et d'Outre-manche, ainsi que sur leurs problèmes spécifiques.

Mais je dois en outre préciser que nous a guidés l'idée d'un code dont les règles fussent dans la mesure du possible claires et simples, mais également explicites et possiblement exhaustives, aptes à éviter les sous-entendus ou les zones d'ombre qu'impliquent les renvois à des notions traditionnelles ou bien élaborées par la doctrine. Un langage qui renvoie implicitement aux notions traditionnelles pourrait en effet se justifier dans un code s'adressant à une communauté riche de sa propre tradition culturelle et doctrinale, mais certes pas dans un code qui doit opérer dans un contexte aussi vaste que le cadre européen, dans lequel se sont désormais consolidées des cultures différentes à partir desquelles les interprètes se sont formés. Seul un style clair, exhaustif, dénué

de sous-entendus peut éviter le grave danger qui amènerait spontanément les interprètes, en présence d'incertitudes, lacunes ou renvois implicites, à se réclamer de leur propre droit national. Une telle pratique compromettrait fatalement l'unification, donnant lieu à des difformités dans l'interprétation et l'application.

Je précisais il y a peu que l'on a entendu programmer un code qui soit propice à la solution des problèmes ainsi qu'aux intérêts de la société européenne du troisième millénaire. Et la méthode qui a été choisie est conforme à cette fin.

La constitution de différentes commissions, composées de certains juristes experts dans leur discipline et chargées de rédiger les règles des secteurs de leur compétence, s'est avant tout révélée impraticable pour des raisons d'ordre économique et pratique, dont l'évidence est aisément saisissable. Un tel système serait toutefois à conseiller pour la rédaction d'un projet destiné à un seul Pays et réalisée par des juristes lui appartenant, dotés donc d'une même formation de base. S'agissant de la rédaction d'un code européen, s'adressant à un vaste parterre de Pays, une commission composée d'un nombre limité de juristes n'aurait pu garantir que le projet reflétât effectivement les intérêts d'une si vaste communauté; celui-ci, outre qu'à donner lieu à de longues, voire d'infructueuses discussions, n'aurait plutôt constitué que le résultat, sans doute concordant, de réflexions et de cultures indubitablement étendues, mais essentiellement individuelles et toujours liées à des expériences nationales particulières.

Mais l'on a également considéré que si chaque juriste se consacrait d'une manière prédominante à un secteur spécifique du droit, cela ne signifiait nullement qu'il ne puisse avoir mûri dans d'autres secteurs une notable expérience, sur laquelle il était important de pouvoir compter.

C'est en somme pour toutes ces raisons qu'il a été décidé que pour la rédaction du projet toutes les composantes du groupe de travail seraient appelées à donner leur contribution sur chacun des thèmes sur lesquels ils possédaient compétence et expérience.

Deux «questionnaires» ont à cet effet été préparés: le premier, mis au point par mes soins à partir d'une confrontation entre les règles figurant dans le Livre IV du Code italien et celles contenues dans le *Contract code* (prises, comme je le déclarais peu auparavant, sous forme d'une trace couplée, logico-systématique, pour l'activité de rédaction); et l'autre, rédigé par Giorgio Cian et conçu pour soulever toute une série de problèmes préalables et controversés. Les deux questionnaires ont servi à recueillir les propositions et les observations de tous les participants au groupe. Celles-ci m'ont été adressées, puisque l'on m'avait confié le rôle de coordinateur.

Par conséquent, j'ai avant tout nécessairement dû effectuer, pour les différentes thématiques, une confrontation entre les deux schémas de base évoqués ci-dessus, ainsi qu'une évaluation comparative des différentes sources législatives et jurisprudentielles, européennes mais pas uniquement, dignes d'attention; j'ai ensuite examiné l'ensemble des propositions et des observations des participants au groupe. Sur la base de ce matériel, j'ai enfin procédé à la rédaction des différentes règles.

Dans le choix des solutions et des locutions employées pour les exprimer, je n'ai pas toujours donné la primauté aux opinions majoritaires, qui ne se sont d'ailleurs présentées que rarement, s'étant au contraire manifestée une riche et abondante pluralité de vues. J'ai par contre tenu essentiellement compte de la *ratio* des différentes propositions et de leur capacité potentielle à satisfaire les exigences de la société européenne du troisième millénaire: et ceci non seulement à la lumière des directives

communautaires mais également des décisions de principe prises par le groupe de travail lors des précédents colloques.

Et j'ai naturellement dû tenir compte de la nécessité d'assurer une cohérence intrinsèque au corpus de règles dont nous souhaitions l'adoption.

Je suis profondément reconnaissant au Président André Tunc, comme à notre regretté ancien Président Alberto Trabucchi, aux Académiciens José Luis de los Mozos, Peter Stein ainsi qu'à tant d'autres Académiciens, car dans leurs écrits tout comme dans leurs interventions orales, usant d'expressions trop flatteuses et pour moi des plus embarrassantes, ils ont bien voulu observer que, bien que je me qualifie de coordinateur, je suis en réalité le rédacteur de l'avant-projet.

J'ai effectivement rédigé le texte des règles; mais je dois dire qu'il ne pouvait en aller autrement une fois définie la méthode de travail. En certaines occasions, je me suis certes trouvé obligé d'opérer des choix sur la base de critères parfois subjectifs; mais j'en ai déjà rendu compte dans les rapports explicatifs qui accompagnent l'avant-projet et dans lesquels, pour la même raison, j'avais déjà exposé les comparaisons nécessaires à opérer entre les «modèles» sélectionnés, de même que parmi les autres sources, et rendu compte amplement des propositions et observations de tous les Académiciens.

Et je préciserai que le texte des règles a été distribué, avec mes rapports explicatifs, à l'ensemble des Académiciens et soumis à une discussion analytique, dont les interventions sont intégralement publiés dans le deuxième volume. Et au terme de ces séances nombreux sont ceux qui ont répété, motivé ou rectifié leurs observations critiques ou leurs propositions d'amendement, voire y ont renoncé *re melius perpensa*.

A l'issue des discussions conduites sur les différents thèmes n'ont cependant pas été organisés de votes visant à concerter des textes appelés à devenir en quelque sorte «définitifs»; et ceci parce que leur rédaction aurait demandé des réflexions plus longues que celles autorisées par les séances académiques. Ainsi les nombreuses et importantes observations, critiques ou d'adhésion, exprimées durant ces discussions ont-elles dû constituer autant de propositions adressées au coordinateur. A partir de celles-ci, j'aurais sans doute pu élaborer de nouveaux textes. Mais à présent mon intention est de conserver cette moisson considérable d'idées, fort précieuses, que l'avant-projet a suscité au cours de ces passionnants débats. Mais ces débats avaient justement pour objet l'avant-projet, raison pour laquelle il convient de le publier sans aucune altération.

Je conclurai en soulignant que, même si pour les raisons ci-dessus esquissées, j'ai dû rédiger personnellement le texte des règles du projet, il ne s'agit nullement d'une oeuvre individuelle: elle est, comme le précise justement André Tunc, une oeuvre collective, fruit de la collaboration attentive, passionnée et engagée, de tous les participants au groupe de travail. C'est grâce à leur intense coopération, et par leur mérite, que le projet - si j'ose dire - reflète la culture et les exigences du contexte européen.

Quant à mon rapport explicatif, il est ici publié sans altérations et intégralement, et ceci bien que ses différentes parties ne soient pas proportionnellement correspondantes et homogènes, la partie comparative se trouvant dans chacune d'elles plus ou moins développée. La discussion, cependant, s'est aussi déroulée sur la base de ce rapport; il importait donc de ne pas le modifier afin de ne point altérer le contenu de l'apport global issu des débats.

Toujours à propos de mon rapport explicatif, je dois avouer que je suis pleinement conscient du fait que le langage qui y est employé

est loin de répondre aux critères de la perfection stylistique. Il s'agit d'une conséquence inévitable de la méthode adoptée par le groupe de travail. On m'a également confié la tâche de rédiger en langue française, en ma qualité de coordinateur, ce rapport, aussi dois-je donc en assumer la 'paternité'. J'ai naturellement demandé pour ce faire le concours d'un collègue de langue maternelle, afin que le rapport ne comporte pas d'erreurs grammaticales et syntactiques et que soient en outre apportées les retouches essentielles de caractère stylistique en mesure de garantir une forme acceptable au texte et une compréhension adéquate de ma pensée. Le caractère nécessairement limité de cette intervention extérieure explique qu'un certain nombre - peut-être même excessif - d'italianismes soient demeurés dans le texte. Toutefois il convient d'observer qu'avant même que les frontières entre les états s'ouvrent, des mots, locutions et constructions étrangères de provenance diverse avaient déjà largement pénétré dans les idiomes nationaux. Cette évolution s'est certes opérée au détriment de la pureté stylistique, mais s'est également révélée favorable à la communication entre les peuples. Mais il est naturellement indéniable que la langue d'un peuple peut constituer un instrument de création artistique et n'être pas uniquement un moyen de communication. Et quant à ce deuxième aspect, ne pourrait-on pas penser que si le langage que j'ai utilisé peut apparaître plat et hybride, sa compréhension de la part des européens n'en est que plus aisée? Et il conviendrait peut-être aussi de méditer sur l'opportunité d'évaluer positivement le fait que puisse se former dans le domaine juridique un «style européenisé» qui facilite la consultation des règles et des ouvrages destinés aux citoyens des différents états de l'Union européenne.

D'autre part, un profond remaniement du rapport de la part d'un collègue de langue maternelle française qui lui aurait donné une forme parfaite sous l'aspect strictement linguistique, abstraction faite des conséquences évidentes que ceci aurait entraînées en matière de 'paternité', aurait inévitablement, d'une manière plus

ou moins marquée, agi sur son contenu. Et à ce propos je voudrais invoquer la *sententia* du célèbre philosophe chinois Lao Tzû. Il put ainsi affirmer que «souvent les phrases élégantes ne sont pas véridiques et les phrases véridiques ne sont pas élégantes».

Je dois pour conclure préciser que le groupe de travail ne s'est pas expressément posé le problème de la voie par le truchement de laquelle l'avant-projet pourra devenir un code en vigueur pour les citoyens de l'Union européenne. Mieux, des idées avaient été émises à ce propos lors du colloque initial de 1990, à l'occasion de la discussion des problèmes préjudiciels. Mais une fois entreprise la rédaction concrète de l'avant-projet, il nous apparut excessif, voire exagérément prétentieux, de nous occuper à nouveau d'une telle perspective. Et ceci parce qu'il s'agit d'ailleurs d'un problème qui n'incombe pas à notre groupe de travail, mais à qui dispose des moyens nécessaires pour le résoudre après que l'avant-projet ait été examiné et évalué dans ses aspects juridico-économiques et, *lato sensu*, politiques.

Giuseppe Gandolfi

Coordinateur du groupe de travail

Note Additionnelle

Du Coordinateur

Le projet a été rédigé - comme je le précisais déjà dans l'introduction au présent volume - sur la base des critères méthodologiques qui avaient été délibérés collégalement. André Tunc a été l'un de ceux qui en ont recommandé chaudement l'adoption. Il a fait appel entre autres aux enseignements offerts par le parcours long et difficile qui avait marqué les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises.

Ces critères ont été adoptés par notre groupe de travail en fonction des objectifs spécifiques suivants à atteindre: le projet devait être rédigé en tenant compte des expériences et des exigences concrètes de tous les pays de l'Union Européenne de manière à y être accepté, et sur la base d'un tableau de marche qui permît des délais raisonnables et qu'en outre il fût en mesure de favoriser, avec une nécessaire cohérence intrinsèque, l'unité de conception et de style attendue du futur code.

La constitution de commissions sectorielles destinées à s'occuper séparément de chacune des parties du projet fut donc jugée inopportune. On considéra entre autres que de telles commissions auraient pu s'égarer dans des discussions déterminées par des tentatives de faire prévaloir des solutions normatives ou stylistiques appartenant à certains systèmes ou des points de vue de certains Académiciens. Et l'on songea également à de possibles obstacles et risques qui ne sont pas rares dans les opérations de coordination entre parties élaborées par des groupes différents.

L'invitation à formuler des propositions pour les diverses normes à rédiger a été ainsi adressée à tous les Académiciens: des «questionnaires» ont été préparés afin de pouvoir confronter leurs opinions concernant les mêmes problèmes. Les propositions se sont révélées particulièrement nombreuses et nourries; les Académiciens se sont exprimés réunis en groupes nationaux et individuellement. Toutefois, étant donné l'impossibilité et l'inopportunité de constituer une commission permanente chargée de recueillir et d'examiner cette imposante moisson de propositions, il a été décidé que celles-ci seraient adressées à un coordinateur qui serait également chargé de la rédaction du projet. Celui-ci allait donc devoir opérer sur la base d'un examen attentif des susdites propositions à la lumière des critères généraux précédemment concordés, tenant compte des deux 'modèles' adoptés ainsi que des codes et des autres sources dont il fallait tenir compte également dans la rédaction du projet, de manière à l'insérer dans l'actuel contexte culturel européen.

J'avais entre autres entrepris cette initiative en 1990; aussi, lorsqu'il m'a été demandé d'assumer cette tâche de coordinateur, je n'ai pu que l'accepter. Il n'avait d'ailleurs été proposé aucune autre solution.

Le travail de rédaction du Livre premier - portant sur «le contrat en général» - s'est déroulé en cinq étapes annuelles. Et je me suis efforcé de remplir ma tâche en me conformant aux directives qui avaient été arrêtées. Il était d'autre part prévisible que je n'aurais pas dû opter tout court pour les opinions majoritaires éventuellement manifestées sur l'un ou l'autre des problèmes.

Le travail ainsi effectué ressort des cinq rapports introductifs. Ceux-ci ont été soumis, ainsi que les différentes parties auxquelles ils se rapportent, à l'examen collégial qui a eu lieu lors de réunions académiques annuelles qui ont ensuite été consacrées à une analyse des différentes règles. Et les raisons qui avaient alors

empêché - et en même temps déconseillé - la constitution de commissions sectorielles pour la rédaction du projet, ont également empêché et déconseillé de soumettre à un vote pour une approbation collégiale les différentes parties du projet au fur et à mesure de leur examen. André Tunc eut souvent l'occasion de réaffirmer lors des différents colloques académiques, en qualité de président de séance: «Il n'est pas question que nous votions. Nous présentons nos observations, nous ne prenons pas de décision ici; nous exprimons des opinions. Notre coordinateur en prend note et il en tiendra compte. C'est cela notre méthode».

Toutefois, à la lumière des discussions collégiales, le projet, examiné avec une attention particulière article après article, a été approuvé dans son ensemble.

Naturellement, des observations nombreuses et nourries ont été faites. Intégralement enregistrées et transcrites, elles seront - vu leur quantité - recueillies et publiées dans le deuxième volume; j'en trace ici une synthèse nécessairement approximative en les rassemblant en trois groupes distincts.

Tout d'abord nombreuses ont été les propositions visant à introduire, dans le texte des différentes règles, des modifications de nature formelle, surtout en ce qui concerne le langage qui y était employé: de nombreux mots ou locutions ont été jugées inadéquats d'un point de vue stylistique et parfois pas assez compréhensibles, surtout hors de l'aire francophone. Mais dans certains cas il a également été suggéré de scinder certains articles, ou bien de les fondre, voire encore de les déplacer en les plaçant dans un ordre différent ou en les insérant dans un autre titre. Il s'est agi d'observations qui mériteront une considération attentive lors de la phase finale des travaux, consacrée aux opérations de coordination et aux retouches de nature formelle (notons au passage que l'intervention d'un linguiste eut d'ailleurs lieu lors de

la codification italienne dans les années Quarante au terme des travaux préparatoires).

Des remarques ont en outre été formulées concernant le fait que dans certains articles le langage a été considéré trop explicatif, ou bien leur contenu trop articulé, ou bien encore trop caractérisé par des indications de cas ou par des exemples qui pouvaient être considérés comme implicites; des propositions de diction plus succincte ont en outre été avancées et considérées comme suffisantes pour exprimer les diverses solutions. Mais la majeure partie de ces suggestions auraient été tout à fait plausibles si elles s'étaient adressées à des règles destinées à entrer en vigueur dans un seul système juridique, et en tout cas sur le continent, tandis qu'elles se révélaient inadaptées en regard des critères généraux précédemment adoptés par le groupe de travail. Il avait été en effet décidé d'adopter dans la rédaction des différentes règles un langage qui fût le plus explicatif possible et si nécessaire porteur d'exemples, afin d'éviter le moindre sous-entendu; une telle mesure visait à satisfaire surtout une exigence de l'aire de *common law*, mais également il fallait tenir compte du fait qu'il s'agissait de rédiger le projet d'un code destiné à avoir effet dans des pays de cultures et de traditions différentes. Enfin des propositions visant à modifier dans leur contenu certains articles n'ont pas manqué, souvent sous l'influence de solutions de systèmes nationaux donnés. Il s'est agi de suggestions faites à titre individuel par des Académiciens, et qui n'ont parfois pas été confirmées après les éclaircissements apportés par le coordinateur, ou bien n'ont pas été partagées par d'autres Académiciens qui en ont mis en doute les motivations ou les conclusions. Il avait été convenu que les différentes propositions avancées lors de l'examen collégial auraient dû être confirmées ou modifiées par notes écrites à faire parvenir au coordinateur; et il faut constater que de nombreuses suggestions, *re melius perpensa*, ont été abandonnées. Mais une

précision ultérieure s'avère nécessaire quant à la méthode adoptée dans la rédaction de certaines règles, dans le but de rendre acceptable le futur code aux différentes aires juridiques: là où le même effet peut être obtenu dans les différents systèmes moyennant des techniques ou des modalités diverses, tous ces mécanismes - lorsque cela était possible et opportun - ont été prévus comme étant alternativement employables par les sujets. Ces solutions ont en général été acceptées avec faveur. Mais dans certains cas, des Académiciens ont exprimé le souhait - souvent non partagé par d'autres - de renoncer à la dualité ou pluralité et de choisir uniquement une solution «nationale» donnée. Et par rapport à ces dernières propositions, j'ai estimé préférable, suivant l'avis de la majorité des Académiciens, de ne pas effectuer de retouches, évitant ainsi d'accomplir des choix qui, éventuellement, incomberaient à ceux qui ont le pouvoir de les exercer, les imposant ensuite à la communauté européenne. Ces choix, en d'autres termes, étant le plus souvent d'ordre politico-législatif, ne sauraient être éventuellement accomplis que par les Organes communautaires possédant la compétence pour imposer des renonciations aux souverainetés législatives nationales.

En l'état actuel des choses l'avant-projet, sur lequel ont été apportées les indispensables retouches d'ordre terminologique, en tant que résultat de l'activité de l'Académie ne peut donc rester que ce qu'il est aujourd'hui, et comme il apparaît publié dans ce volume: sauf, bien entendu, pour ce qui concerne les développements qu'il pourra connaître.

Giuseppe Gandolfi

Coordinateur du groupe de travail

Une traduction en hongrois de ce *Code Européen des Contrats - Avant-projet - Livre premier*, a été récemment faite par le Dr. Janos Verebicz qui travaille à un projet de recherche de l'Académie Hongroise des Sciences. [G.G.]