

Contratto e impresa/Europa

RIVISTA FONDATA DA F. GALGANO E M. BIN

Diretta da
da Marino Bin e Giammaria Ajani

- Sviluppi del diritto economico europeo
- Convenzione di Vienna e diritto europeo della vendita
- Contratto internazionale d'appalto
- Commercio elettronico in Russia
- Mercato finanziario: direttiva AIFM; UNIDROIT e titoli detenuti da intermediari
- Associazionismo sportivo dilettantistico
- Accordi prematrimoniali di divorzio
- L'arbitrato in Cina
- La riforma del *Code civil* in Francia
- Marchio europeo
- *Privacy*: il caso *Safe Harbour*
- Novità normative in Spagna

 edicolaprofessionale.com/CIE



Wolters Kluwer

Gli ultimi sviluppi della riforma del *Code civil* l'*Ordonnance* n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti

1. – La genesi e gli obiettivi della riforma

L'esigenza di novellare il *Code civil* ha cominciato a prendere forma nel 2004, quando la ricorrenza del bicentenario ha offerto ai giuristi francesi lo spunto per un vivace dibattito sulla sua idoneità a rappresentare ancora, pur in un'epoca di profondi rinnovamenti come quella attuale, insieme la "Costituzione civile" della nazione e la colonna portante del diritto privato comune. Proprio in quel periodo iniziavano ad intravedersi in Germania le prime applicazioni della recente riforma del BGB (la c.d. *Schuldrechtsreform*) e in Francia il *malaise* che, già da tempo, serpeggiava tra i giuristi nei confronti di un codice rimasto praticamente immutato dal 1804 cominciava a tradursi nel ripensamento del diritto successorio, del diritto delle persone e della famiglia e delle garanzie personali e reali del credito ⁽¹⁾. Mancava, invece, un progetto organico in materia di obbligazioni e contratti.

Così, soltanto un anno più tardi, proprio sull'esempio della *Schuldrechtsreform* tedesca, furono presentati al Ministro della Giustizia francese un piano di riforma in materia di obbligazioni, il c.d. "*avant-projet Catala*", e uno sulla responsabilità civile (Viney-Durry) ⁽²⁾. Da allora si

⁽¹⁾ La riforma delle successioni e donazioni è stata promossa dalla *Loi* n. 2006-728, 23 giugno 2006 «*portant réforme des successions et des libéralités*»; la riforma del diritto delle persone e della famiglia è stata scandita da una serie di tappe: nel 2004 è stata modificata la disciplina del divorzio (*Loi* n° 2004-439, 26 mai 2004, *relative au divorce*), nel 2005 e nel 2009 quella della filiazione (*Ordonnance* n. 2005-759, 4 juillet 2005 «*portant réforme de la filiation*» e *Loi* n. 2009-61, 16 janvier 2009 «*ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation*»), nel 2007 quella sulla tutela degli incapaci (*Loi* n. 2007-308, 5 mars 2007 «*portant réforme de la protection juridique des majeurs*»), nel 2013 quella sul matrimonio (*Loi* 2013-404, 17 mai 2013 «*ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*»); le riforme delle garanzie del credito e della prescrizione sono invece intervenute, rispettivamente nel 2006 (*Ordonnance* n. 2006-346, 23 mars 2006, «*relative aux sûretés*») e nel 2008 (*Loi* n. 2008-561, 17 juin 2008, «*portant réforme de la prescription en matière civile*»).

⁽²⁾ Considerata la portata del progetto di riforma «Catala», esso è stato oggetto di un convegno alla Sorbona, i cui atti sono pubblicati nel primo numero della *Revue des Contrats*, 2006.

sono susseguiti diversi progetti che hanno visto profondersi in numerosi gruppi di lavoro gli sforzi congiunti di accademici e pratici e sono stati sottoposti ad un'ampia opera di consultazione pubblica. Nel 2008, nel 2011 e nel 2013 sono state avanzate ulteriori proposte di modifica – rispettivamente con riguardo al diritto dei contratti, alla responsabilità civile e al regime generale delle obbligazioni e della prova del credito – poi culminate nella pubblicazione in Gazzetta Ufficiale il 10 febbraio 2016, dell'*Ordonnance* n. 2016-131 «portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations» ⁽³⁾.

L'*Ordonnance*, salvi pochi articoli d'immediata efficacia, entrerà in vigore in data 1 ottobre 2016, inserendosi così nel più ampio quadro di riforme contemplato dalla *Loi* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015, relativa alla modernizzazione e semplificazione del diritto e delle procedure nell'ambito della giustizia e degli affari interni. Questa legge-delega autorizzava il governo, tra l'altro, a compiere significativi interventi anche in materie disciplinate dal codice civile come l'amministrazione del patrimonio degli incapaci, il testamento dei sordo-muti, la modificazione delle convenzioni matrimoniali in presenza di figli minori, il procedimento di scioglimento del matrimonio e della comunione dei beni, la prova della qualità di erede, e il possesso. Per avere un'idea della portata di tali interventi, basti considerare che uno di essi ha dato il via all'abolizione delle azioni possessorie ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Per una riflessione sulle ragioni che hanno portato a scegliere lo strumento dell'*Ordonnance* e sull'opportunità di tale scelta si veda DEUMIER, *Le Code civil, la loi et l'ordonnance (à propos du projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures du 27 nov. 2013, art. 3)*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 597. Il testo integrale dell'*ordonnance* è disponibile in www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte.

⁽⁴⁾ L'intervento legislativo in materia di possesso risponde alle sollecitazioni della dottrina e della giurisprudenza, concordi sull'esigenza di porre fine all'eccessiva complessità di messa in opera delle azioni possessorie, dovuta vuoi all'ambiguità della distinzione rispetto alle azioni petitorie, vuoi alla regola che impedisce il cumulo tra le due. Alla questione è stata dedicata un'intera sezione, rubricata "*La possession: une notion en mutation?*", del n. 230, novembre 2013, della rivista *Droit et patrimoine*. Al suo interno cfr. in particolare BERGEL, *Protection de la possession: faut-il maintenir une protection spécifique?*, p. 53. Dal canto suo, la giurisprudenza, preso atto di tale complessità, aveva già dal 1996 affiancato alle azioni possessorie tradizionali (la *complainte*, la *dénonciation de nouvel oeuvre*, e la *réintégrande*) il rimedio del *référé*, sostanzialmente corrispondente al procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. italiano. Così Cass., Ass. plén., 28 juin 1996, n. 94-15.935, in *Bulletin civil*, AP, n. 6; in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 497, con conclusioni di WEBER e nota di COULON; in *Actualité juridique: droit immobilier*, 1996, p. 807, con osservazioni di GIRAUDEL; in *Revue de droit immobilier*, 1996, p. 536, con osservazioni di BERGEL; in *Revue trimestrielle de droit*

Il contesto appena descritto consente di chiarire meglio e sin da principio quali sono gli obiettivi avuti di mira dalla riforma. D'altra parte, in questa sede non potrà che darsi rilievo ai **soli obiettivi finali dell'Ordonnance**, anziché alle soluzioni di dettaglio volta a volta prescelte: ci si limiterà pertanto ad alcune riflessioni d'insieme.

Come premesso, motore della riforma è la constatazione che il *Code civil* appare ormai **incapace di rispecchiare la realtà presente**. Le coordinate per interpretare le esigenze di tale realtà si possono individuare, da un lato, in una **crescente attenzione ai valori della persona**, dall'altro, in una sempre **maggiore proiezione dell'ordinamento francese verso una dimensione transnazionale**.

A fronte di tali istanze, lo stesso stile del codice, a dispetto della sua imperitura e proverbiale raffinatezza, è stato considerato da più parti **inadeguato, in relazione sia alle capacità cognitive del cittadino medio, sia a quelle dei giuristi non francesi**: esso sarebbe divenuto il punto di raccolta di **formule desuete, ma più spesso semplicemente complesse o ermetiche** ⁽⁵⁾. L'autocritica – per certi versi sorprendente là dove animata dal proposito di «aprire» il *Code* a pressioni e valori provenienti dall'esterno – si può forse spiegare in termini di **compromesso tra l'attaccamento orgoglioso alle tradizioni e la volontà che il codice si reimpossessi di quella grandeur che l'aveva reso modello per molti ordinamenti stranieri, così da divenire fonte d'ispirazione per un futuro (ma sempre meno imminente) codice civile europeo** ⁽⁶⁾.

civil, 1997, p. 216, con osservazioni di NORMAND; e *ivi*, p. 463, con osservazioni di ZENATI; in *Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)*, 1996, II, 22712, con nota di MÉMETEAU; e in *Procédures*, 1996, n. 334, con nota di PERROT. Le statistiche giudiziarie hanno dimostrato come l'introduzione del rimedio appena accennato abbia ridotto al minimo il ricorso alle azioni possessorie (cfr. *l'étude d'impact* del progetto di legge in esame, p. 82). Ciò, per l'appunto, ha indotto il legislatore ad abrogare *in toto* l'art. 2279 c.c.f. e sostituire definitivamente le azioni possessorie con il rimedio del *référé*.

⁽⁵⁾ Queste considerazioni sono riportate anche nello studio sull'impatto della riforma, elaborato il 9 febbraio 2016. Osservava MAZEAUD, *La réforme du droit des contrats dans le droit français*, in *Curierul Judiciar*, 7, 2014, pp. 363, che il diritto dei contratti non è più nel codice, quest'ultimo non è più il suo rifugio. Al contrario, tale diritto è diritto vivente e la sua evoluzione è scandita dalla giurisprudenza. Cfr., inoltre, PIMONT, *À propos du processus de réforme du droit français des contrats*, in *Revue Juridique Thémis*, 2009, n.s. 439, p. 440. Per un approfondimento sul punto, si veda MESTRE, *Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, *passim*.

⁽⁶⁾ Cfr. FAUVARQUE-COSSON e MAZEAUD, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription*, in *Uniform Law Review/Revue de droit Européen*, 11, n.s. 103, 2006, p. 105. Per una riflessione di più ampio respiro sui nuovi e vecchi orizzonti del diritto europeo dei contratti cfr., per citare i più recenti, ALPA, *Towards a European contract*

Affinché il *Code civil* possa recuperare l'antico splendore – s'è spesso osservato – non è sufficiente che esso rimanga fedele ai propri valori, ma ne occorre anche un profondo rinnovamento; ed in questa prospettiva sembra calzante lo *slogan* coniato dalla dottrina francese per sintetizzare gli obiettivi della riforma: “restaurare, riformare e resistere” (7). “Restaurare” significa anzitutto ricostituire il primato del codice civile sui tanti codici di settore introdotti nell'ordinamento francese, che si sono guadagnati nel tempo l'appellativo di “nuovo diritto delle obbligazioni” (8).

La questione è tutt'altro che nuova: già intorno al 2002, in occasione del *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, i giuristi tedeschi si erano trovati di fronte al fatto che, col tempo, s'era formato gradualmente “un secondo ordinamento privatistico delle leggi speciali e collaterali” e al dilemma se le materie ricomprese in siffatto ordinamento parallelo si prestassero effettivamente ad una codificazione autonoma o fossero, invece, suscettibili di essere recepite dal diritto comune e dunque sottoposte al medesimo trattamento riservato ai soggetti di diritto privato (9).

Analoga alla scelta del legislatore tedesco, che ha optato per un tentativo d'integrazione della disciplina speciale nel BGB, è stata quella del legislatore francese. Da un lato, infatti, egli ha trasfuso nel *Code civil* alcune disposizioni sino ad ora contenute nei codici di settore, elevandole così al rango di regole di diritto comune; dall'altro lato, ha previsto una norma di coordinamento, l'art. 1105 c.c.f., ai sensi della quale deve ricercarsi nel codice civile la disciplina idonea a colmare le lacune delle leggi speciali.

law, in *questa rivista*, 2012, pp. 115 ss.; CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di Regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 4, pp. 837 ss.; FERRANTE, *Diritto privato europeo e Common European Sales Law (CESL). Aurora o crepuscolo del Codice europeo dei contratti?*, in *questa rivista*, 17, 2012, pp. 461 ss.; JANSEN-ZIMMERMANN, *European Civil Code in all but a name: discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 69, 1, 2010, pp. 98 ss.; MICHAELS, *Code vs Code: nationalist and internationalist images of the Code Civil in the French resistance to a European codification*, in *European review of contract law*, 2012, 8, pp. 277-295; REICH, *General Principles of EU Civil Law*, in *Intersentia*, 2015; RUTGERS-SIRENA, *Rules and Principles in European Contract Law*, in *Intersentia*, 2015; VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, *passim*.

(7) “Restaurer, reformer, résister” è lo *slogan* coniato da FAUVARQUE-COSSON e MAZEAUD, *Op. ult. cit.*, loc. ult. cit..

(8) Così ha definito il Codice del commercio, il Codice del consumo e gli altri numerosi codici che si affiancano al *Code civil* CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF, XX ed., specialmente n. 12.

(9) Sul punto si vedano le osservazioni di ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile* (trad. di Ferrante), in *questa rivista*, 2004, pp. 625-664, spec. pp. 638-640.

Il binomio, quasi antitetico, “Riformare e resistere” veicola contemporaneamente il concetto di fedeltà al codice nei suoi principi fondamentali, all'*esprit* del diritto francese dottrinale e giurisprudenziale, e il concetto di innovazione, tanto dal punto di vista formale quanto da quello sostanziale. I commentatori del progetto di riforma ravvisano tale innovazione nella ricerca di un equilibrio tra l'autonomia contrattuale, la «forza di legge del contratto» e il valore emergente della giustizia contrattuale. In simile contesto campeggia la buona fede, ancorché essa, com'è stato sottolineato, non venga eretta a principio fondamentale del diritto dei contratti ⁽¹⁰⁾.

Alla luce di questi obiettivi, cinque sono sostanzialmente le direttrici lungo le quali la riforma si muove. La prima è quella della semplificazione linguistica, nell'ottica di una migliore intelligibilità e accessibilità, quindi certezza, del diritto. La seconda è quella della semplificazione concettuale: talvolta l'oscurità o l'ambiguità non interessano la lettera di una norma, ma il significato stesso di un istituto; per questo la riforma si prefigge di espungere dal codice quelli da tempo abbandonati nella pratica, in considerazione della loro incerta applicazione, e percepiti come retaggio di una *forma mentis* non più condivisa.

La terza è quella della semplificazione sistematica: l'intento del legislatore francese è di riflettere nella struttura interna ai libri del codice i rapporti di genere a specie tra gli istituti e l'ordine cronologico delle vicende che li interessano, da quelle che ne segnano l'origine a quelle che ne comportano l'estinzione. In realtà, più che di una semplificazione si tratta di una vera e propria rivoluzione: sono state infatti aggiunte norme e suddivisioni in sotto-titoli, sotto-sezioni, paragrafi, con il risultato che i numeri degli articoli hanno perso ogni corrispondenza con le materie. Se, come si vedrà tra poco, la sistematica diviene più razionale, il rovescio della medaglia sarà con ogni probabilità un certo disorientamento, soprattutto dei pratici (si pensi a cosa accadrebbe se un operatore italiano, cui viene naturale collegare la responsabilità extracontrattuale all'art. 2043 c.c., si trovasse improvvisamente a dover invocare una norma, magari, con la medesima rubrica, ma con un numero e una collocazione diversi).

Così le obbligazioni e i contratti restano inseriti nel libro terzo, dedicato ai modi di acquisto della proprietà, ma cambiano i titoli: il titolo terzo, prima rubricato «Dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale», sarà rubricato «Delle fonti delle obbligazioni»; il titolo quarto, prima rubricato «i vincoli che si formano senza convenzione», sarà

(10) FAUVARQUE-COSSON e MAZEAUD, *Op. cit.*, p. 106.

dedicato al regime generale delle obbligazioni; infine, il titolo quarto-*bis*, non avrà più ad oggetto la responsabilità per danni da prodotto difettoso, ma la prova delle obbligazioni.

La disciplina del contratto e quella delle obbligazioni in generale non saranno più mescolate. Infatti, muterà significativamente la suddivisione del titolo terzo, attualmente articolato in sette capitoli: disposizioni preliminari; le condizioni essenziali per la validità delle convenzioni; gli effetti delle obbligazioni (si noti, «delle obbligazioni» e non del contratto), tra cui viene ricompresa anche l'interpretazione; le diverse specie di obbligazioni, in cui figura anche la disciplina della condizione e della clausola penale; l'estinzione delle obbligazioni, in cui si ritrovano anche l'azione di nullità e la rescissione; la prova delle obbligazioni e del pagamento; i contratti in forma elettronica.

Detto cambiamento consisterà in una suddivisione del titolo terzo che rispecchia, *mutatis mutandis*, quella del libro quarto del codice civile italiano, seguendo la ripartizione delle fonti dell'obbligazione come delineata tanto dall'art. 1100 c.c.f. quanto dall'art. 1173 c.c.i. Così tre saranno i sotto-titoli: il contratto, la responsabilità extracontrattuale, e le altre fonti di obbligazione. A sua volta, il sotto-titolo dedicato al contratto sarà suddiviso in quattro capitoli: disposizioni preliminari; la formazione del contratto (in cui rientra, oltre ai modi di conclusione, anche l'invalidità); l'interpretazione; gli effetti, in cui sono stati inseriti anche la cessione del contratto (la quale non era istituito di diritto positivo ma di mera elaborazione giurisprudenziale) e l'inadempimento. Da notare, in particolare, che tutta la parte dedicata alla formazione del contratto, dalla fase prenegoziale alla sua conclusione, era, prima della riforma, completamente assente dal codice e dunque rimessa alla giurisprudenza ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Rinviamo al paragrafo terzo per un'esposizione delle novità in tema di obblighi precontrattuali, appare opportuno in questa sede segnalare che la neonata disciplina della conclusione del contratto si presenta, sotto alcuni profili, discordante con la giurisprudenza che le ha dato origine. In primo luogo, il legislatore francese accoglie la regola secondo la quale la morte o l'incapacità del proponente comporta l'inefficacia della proposta (art. 1117 c.c.f.), laddove, invece, la Cassazione soleva distinguere a seconda che quest'ultima fosse o meno sottoposta a termine: nel primo caso questa si sarebbe trasmessa *mortis causa*, mentre nel secondo caso sarebbe divenuta inefficace. Sulla trasmissibilità dell'offerta a termine cfr. Cass., 10 décembre 1997, n. 95-16.461, in *Bulletin civil*, III, n. 223; e in *Recueil Dalloz*, 1999, p. 9, con osservazioni di BRUN; sull'inefficacia dell'offerta non sottoposta a termine cfr. Cass., 25 juin 2014, n. 13-16.529, in *Bulletin civil*, I, n. 117; in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1574, con nota di TADROS; e *ivi*, 1715, I. DARRET-COURGEON e I. GUYON-RENARD; e ancora *ivi*, 2015, p. 529, con osservazioni di MEKKI S.A. e MEKKI M.; in *Actualité juridique: famille*, 2014, p. 509, con osservazioni di VERNIÈRES; e, infine, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 877, con osservazioni di BARBIER. In secondo luogo, il nuovo art. 1124 c.c.f., nel

Il titolo sul regime generale delle obbligazioni sarà ripartito in cinque capitoli: i modi di essere delle obbligazioni (condizionali, a termine, plurisoggettive, eccetera); le operazioni sulle obbligazioni, ovvero le vicende modificative (tra cui, si noti, oltre alla cessione del credito e alla delegazione sono contemplate la «cessione del debito» e la novazione, la prima, così come denominata, ignota all'ordinamento italiano, la seconda annoverata tra le vicende modificative, piuttosto che estintive); le azioni a tutela del credito; l'estinzione dell'obbligazione; le restituzioni. Infine, il titolo relativo alla prova delle obbligazioni sarà suddiviso in un primo capitolo recante disposizioni generali; un secondo capitolo circa l'ammissibilità delle prove; ed un terzo capitolo sui diversi mezzi di prova.

La quarta direttrice lungo la quale si muove la riforma è quella del recepimento di alcuni orientamenti giurisprudenziali consolidati o della presa di posizione su questioni in merito alle quali le risposte dei giudici sono state contrastanti, il tutto sempre nell'ottica di una maggiore certezza del diritto. A dispetto del nobile intento dichiarato dalla riforma, simile tecnica legislativa non manca di suscitare perplessità. Cristallizzare il diritto vivente (o rinnegarlo) nel diritto positivo può forse garantire una maggiore prevedibilità dell'esito delle decisioni giudiziarie, ma può altresì rivelarsi un'operazione, oltre che inutilmente pretenziosa, non priva di rischi significativi. Il principale è quello di frenare l'evoluzione del diritto stesso, dilatando oltremodo lo spazio e soprattutto il tempo che intercorre tra le norme e i cambiamenti della società. Se la giurisprudenza è in costante contatto con la realtà dei casi ed è lo strumento più adatto per coniugarla con la generalità e astrattezza del diritto, non altrettanto può dirsi per la legge. Solo il tempo dirà se il legislatore francese è riuscito con la riforma a trovare quel punto di equilibrio tra stabilità e flessibilità dogmatica su cui già si erano interrogati i compilatori del BGB ⁽¹²⁾.

prevedere che la revoca della proposta in pendenza del termine per l'esercizio dell'opzione non impedisce la formazione del contratto, ribalta un orientamento giurisprudenziale consolidato. Cfr., per tutte, Cass., 15 décembre 1993, n. 91-10.199, in *Bulletin civil*, III, n. 174; in *Recueil Dalloz*, 1994, p. 507, con nota di BÉNAC-SCHMIDT; *ivi*, p. 230, con osservazioni di TOURNAFOND; *ivi*, 1995, p. 87, con osservazioni di AYNÉS; in *Actualité juridique: droit immobilier*, 1994, p. 384; *ivi*, p. 351, con analisi di AZENCOT; *ivi*, 1996, p. 568, con analisi di STAPYLTON-SMITH; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 584, con osservazioni di MESTRE. Per una riflessione più completa sulla disciplina della proposta e dell'accettazione si veda MEKKI M., *Droit des contrats*, gennaio 2015-gennaio 2016, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 566.

⁽¹²⁾ Sul punto cfr. ancora ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, cit., p. 642 ss.

La quinta ed ultima direttrice della riforma è quella dell'**armonizzazione**, da realizzarsi, vuoi **introducendo istituti propri di altri ordinamenti o diffusi nella prassi commerciale internazionale, vuoi allineandosi a direttive europee o testi di diritto uniforme** ⁽¹³⁾. Come più volte si osserverà nel presente contributo, **talvolta l'intento di armonizzazione è effettivo e riflette la felice scelta di comporre il gruppo di esperti incaricato di redigere il progetto di riforma con giuristi che si sono formati in un ambiente favorevole al diritto europeo o che comunque non dimostrano ritrosia nei confronti di una dimensione più ampia rispetto a quella nazionale; altre volte rimane sulla carta o si contraddice, fraintendendo la direzione nella quale si muovono gli altri ordinamenti.**

2. – Nuove definizioni e principi generali del Code civil

In linea con l'attuale tendenza, soprattutto europea, di premettere ai testi normativi la significazione dei concetti più importanti ivi utilizzati, il *restyling* del diritto delle obbligazioni e dei contratti comincia proprio da alcune definizioni chiave della materia. Sotto questo profilo, l'approccio del legislatore francese si discosta da quello del legislatore tedesco: quest'ultimo, anche a seguito della *Schuldrechtsreform*, ha mantenuto l'impronta che il BGB aveva ereditato dalla Pandettistica, ritenendo, come a suo tempo avevano fatto i redattori del codice, che non rientrasse nelle proprie competenze definire concetti fondamentali quali contratto, dichiarazione di volontà o autonomia contrattuale ⁽¹⁴⁾.

All'opposto, il nuovo *Code civil* traccia le coordinate fondamentali del sistema, da un lato **definendo, come farebbe un manuale di teoria generale, la nozione di fatto e di atto giuridico quali fonti di obbligazioni, e stabilendo per ciascuno la disciplina applicabile** (artt. 1100.1 e 1100.2 c.c.f.); dall'altro, **aggiungendo alle definizioni di contratti sinallagmatici e unilaterali, a titolo oneroso e gratuito, aleatori e commutativi, quelle di contratti consensuali, formali, reali, *gré à gré*, di adesione, quadro, e ad esecuzione istantanea o differita** (artt. 1106-1111.1 c.c.f.).

La **definizione stessa di contratto muta**: esso diventa «l'incontro di volontà tra due o più persone, destinato a costituire, modificare, trasferire

⁽¹³⁾ Gli scopi, oltre che desumibili dalla legge stessa, sono espressamente enunciati nella già menzionata «*Fiche d'impact*» della riforma.

⁽¹⁴⁾ Osserva ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, cit., p. 642, con una metafora efficace che «per molti versi il BGB contiene per così dire solo i picchetti, sui quali innalzare la tenda di una dottrina giuridica, ma non appresta i dettagli del piano di costruzione».

o estinguere obbligazioni». Come si può notare da un confronto con la versione precedente, l'attenzione si è spostata dal contenuto delle obbligazioni che il contratto è capace di generare agli effetti che il contratto è suscettibile di produrre sulle obbligazioni stesse. Il contratto non è più, genericamente, quella convenzione con cui le parti si obbligano a dare, fare o non fare qualcosa, ma è quell'accordo che è altresì idoneo a produrre effetti modificativi, estintivi e traslativi, pur sempre, però, di obbligazioni, e non di diritti.

Sotto il profilo della formulazione, la definizione si avvicina in certa misura a quella dell'art. 1321 c.c.i., ma la riforma non ha eliminato un'importante differenza: continua, infatti, ad essere assente dal *Code civil* il requisito della patrimonialità del rapporto.

Inoltre la definizione francese, al pari di quella italiana, non contempla, come si è accennato, l'effetto reale. Questo tuttavia non deve trarre in inganno: proseguendo nella lettura del codice, infatti, si scopre che vi è una sotto-sezione di quella relativa agli effetti del contratto dedicata all'effetto traslativo e che *ivi* l'art. 1196 c.c.f. così dispone: «nei contratti che hanno ad oggetto l'alienazione della proprietà o la cessione di altro diritto, il trasferimento opera al momento della conclusione del contratto».

Viene così, finalmente, rimpiazzata l'ambigua formula del previgente art. 1138 c.c.f., la quale affermava che «l'obbligazione di consegnare la cosa si perfeziona con il solo consenso delle parti contraenti», veicolando l'idea di un consensualismo privo di effetto reale, per poi specificare, invece, che il sorgere dell'obbligazione di consegna rende il creditore proprietario e trasferisce su di lui il rischio del perimento della cosa⁽¹⁵⁾. Siffatta riformulazione rappresenta una novità rispetto all'*avant-projet* «Catala», che aveva preferito non disconoscere l'equivalenza consenso-

(15) Sull'ambiguità della formulazione adottata dall'art. 1138 c.c.f. riflette FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 22, spec. nt. 44. Osserva l'Autore che l'adesione al principio del consensualismo traslativo è stata manifestata più nel corso del dibattito scientifico contestuale alla redazione del progetto definitivo di Codice, che non nelle norme del Codice stesso. Proprio l'imprecisione di queste ultime ha indotto la dottrina, almeno in un primo momento, a salutare con cautela l'avvenuto accoglimento del principio in esame. *Ibidem*, p. 26. Giova considerare che la riforma, se ha modificato la norma generale sull'effetto reale, ha invece lasciato immutate, nella loro formulazione alquanto infelice, le norme che disciplinano tale effetto nella vendita. Così l'art. 1582 c.c.f. continua a non menzionare come oggetto della vendita l'effetto traslativo, ma fa riferimento solo all'obbligazione di consegna del bene e al pagamento del prezzo, e l'art. 1583 c.c.f. dispone sempre che la vendita «è perfetta tra le parti e la proprietà viene acquistata di diritto dal compratore contro il venditore, dal momento in cui si è raggiunto l'accordo circa la cosa e il prezzo, ancorché la prima non sia stata ancora consegnata e il secondo non sia ancora stato pagato».

obbligazione di consegna-trasferimento della proprietà, suscitando così le critiche di parte della dottrina ⁽¹⁶⁾.

È interessante notare che tali critiche avevano quale denominatore comune l'estraneità della predetta equivalenza agli altri ordinamenti europei o extracomunitari. Orbene, alla luce di questa inedita preoccupazione di allineamento al contesto europeo ed internazionale, appare quasi un paradosso ribadire e scolpire a chiare lettere, un principio, quello del consensualismo traslativo, che è invece recessivo in tale contesto. Non solo, infatti, alla maggior parte dei sistemi è ignota la categoria del contratto con effetti reali, ma pur negli ordinamenti che la accolgono – essenzialmente quello italiano e quello francese – il consensualismo traslativo incontra talmente tanti limiti, interni ed esterni, da diventare esso stesso l'eccezione anziché la regola ⁽¹⁷⁾. Per le medesime ragioni, qualora un codice civile europeo dovesse, com'è auspicabile, regolare espressamente il trasferimento della proprietà, superando così i limiti di un approccio meramente funzionale, difficilmente adotterebbe il modello del consensualismo traslativo.

Ulteriore notazione riguarda l'introduzione nel *Code* di una norma, l'art. 1198 c.c.f., che risolve il conflitto tra più aventi causa del medesimo diritto reale immobiliare a favore del primo trascrivente, indipendentemente dal fatto che abbia acquistato il diritto per ultimo, solo a condizione che sia in buona fede ⁽¹⁸⁾. Prima della riforma esisteva soltanto l'art. 1141 c.c.f., il quale prevedeva l'applicazione della regola "possesso di buona fede vale titolo" per risolvere i conflitti tra più aventi causa di un diritto reale mobiliare. Con la riforma si prevede una disciplina anche per i conflitti immobiliari, modellata però sulle regole di circolazione dei beni

⁽¹⁶⁾ Per una critica all'*avant-projet* si veda FAUVARQUE-COSSON E MAZEAUD, *Op. ult. cit.*, p. 125, i quali osservano che ci si può stupire, nella prospettiva di un'internazionalizzazione ed europeizzazione del diritto contrattuale, del fatto che i redattori dell'*avant-projet* non abbiano colto l'occasione per abbandonare il mito dell'obbligazione di dare. Sul fatto che il consensualismo traslativo sia un *acquis* del diritto francese pur nell'ambiguità della formulazione del Codice ante riforma cfr. TERRE-SIMLER-LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, spec. n. 266.

⁽¹⁷⁾ Per un'analisi approfondita e capillare sul punto, cfr. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., *passim*, spec. p. 65 ss.

⁽¹⁸⁾ La regola è tratta da alcune pronunce recenti di legittimità e, precisamente, da Cass., 12 janvier 2011, n. 10-10.667, in *Bulletin civil*, III, n. 5; in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 851, con nota di AYNÉS; *ivi*, p. 2298, con osservazioni di MALLET-BRICOUT e REBOUL-MAUPIN; in *Actualité juridique: droit immobilier*, 2011, p. 238; e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 158, con osservazioni di CROCQ; *ivi*, p. 369, con osservazioni di REVET.

mobili: entra a far parte della struttura della fattispecie l'ignoranza dell'acquirente successivo di ledere il diritto del compratore originario.

Questo fatto, che è passato inosservato ai primi commentatori francesi della riforma – ma d'altro canto non è stata da loro percepita come significativa neppure la rimodulazione dell'effetto reale – si presta invece ad un collegamento con il diritto italiano. L'art. 2644 c.c.i., nel sancire il principio “*prior in tempore, potior in jure*”, tutela il primo trascrivente in ogni caso, senza fare alcun riferimento al suo stato soggettivo. È doveroso ricordare che taluni hanno nondimeno reputato implicito presupposto di operatività di tale regola la buona fede del primo trascrivente, ancorché presunta ⁽¹⁹⁾.

Tornando sul piano delle definizioni, la più importante introdotta dalla riforma è forse quella di **autonomia contrattuale**. Il codice, nel sancire, all'art. 1102 c.c.f., la «libertà di contrarre o non contrarre, di scegliere il proprio contraente e di determinare il contenuto e la forma del contratto nei limiti stabiliti dalla legge», scolpisce per la prima volta nel diritto positivo quello che la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* considerava già da tempo un principio cardine della materia contrattuale ⁽²⁰⁾. Volendo fare un parallelo con il diritto italiano, si noterà immediatamente che la norma sviluppa in sostanza i diversi significati attribuiti dalla dottrina alla più scarna lettera dell'art. 1322 c.c.i., in particolare il concetto dell'autonomia privata “in negativo”. Permane invece il **silenzio del Code**

(19) Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, *La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 1957, p. 260 ss. La tesi non ha tuttavia avuto grande seguito nella dottrina italiana, la quale si è mostrata tradizionalmente restia a discorrere di stati soggettivi nell'operatività dell'istituto pubblicitario. In questo senso, per tutti, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Commentario del Codice civile* fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 1998, p. 34 ss. Per un approfondimento sul punto cfr. FERRANTE, *Consensusalismo e trascrizione*, cit., pp. 173-176.

(20) Cfr. Cons. Const., 13 giugno 2013, n. 2013-672, in *Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz*, il cui testo integrale è reperibile sul sito www.conseil-constitutionnel.fr, il quale, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* (deliberata il 6 marzo 2013 dal Consiglio dei ministri), ha ribadito che l'autonomia contrattuale trova copertura costituzionale nell'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, nella parte in cui afferma che «la libertà consiste nel poter fare ciò che non nuoce agli altri». In questo senso già Cons. const., 19 dicembre 2000, n. 2000-437, in *Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz*, sulla *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*; e Cons. const., 30 marzo 2006, n. 2006-535, ivi, relativa alla *Loi pour l'Égalité des chances (Contrat première embauche, contrat de responsabilité parentale)*. Il legislatore non può derogarvi che per motivi di interesse generale. Così, oltre alle precedenti, Cons. const., 30 novembre 2006, n. 2006-622, ivi, sulla *Loi relative au secteur de l'énergie*.

civil sulla possibilità per le parti di concludere contratti atipici. Interessante notare che l'art. 1102 c.c.f., al comma successivo, detta quale limite imperativo all'autonomia le regole poste a presidio dell'ordine pubblico, mentre non fa più alcuna menzione del buon costume ⁽²¹⁾.

Al di là dell'enunciazione di principio, l'intento del legislatore di favorire l'autonomia contrattuale si esprime – conviene anticiparlo sin d'ora – in numerosi istituti di nuova elaborazione: per tutti la clausola risolutiva espressa, la facoltà di risoluzione unilaterale stragiudiziale del contratto, il recesso *ad nutum* e la rinegoziazione. Tuttavia, taluni osservano che lo strapotere dell'autonomia privata è in realtà solo apparente: l'esigenza, di cui si parlava all'inizio, di conciliarlo con la «forza di legge» del contratto – valore che i commentatori della riforma sembrano percepire come antitetico – ha, infatti, indotto il legislatore, per un verso, a costringere l'esercizio dei predetti rimedi entro una serie di formalismi, per altro verso, a sancire espressamente l'inderogabilità della loro cornice legale ⁽²²⁾.

La compressione dell'autonomia non è comunque giunta fino alla codificazione espressa di un principio generale di «giustizia» del contratto: l'art. 1168 c.c.f. dispone che, in assenza di una previsione legislativa in senso contrario, il difetto di equivalenza tra le prestazioni di un contratto sinallagmatico non è causa di nullità del medesimo. In sostanza, il giudizio di bilanciamento effettuato dal legislatore della riforma – tengono a rimarcarlo i primi commentatori – ha dato come esito la prevalenza del valore della libertà del vincolo su quello dell'equilibrio contrattuale, assumendo a sua ragione giustificatrice la sicurezza dei traffici ⁽²³⁾. Eppure la stessa

⁽²¹⁾ Del resto, il buon costume aveva già da tempo perso la sua rilevanza in giurisprudenza, pur nei settori del diritto privato che ne erano la roccaforte. Un riferimento a tale clausola generale permane però all'art. 6 c.f.c., cosicché il giudice ha ancora il potere, per il tramite di tale norma, di limitare l'autonomia contrattuale sotto questo profilo. Così CHÉNEDÉ, *La réforme du droit des contrats*, in *Actualité juridique: Famille*, 2016 p. 129.

⁽²²⁾ Si veda, ancora una volta, FAUVARQUE-COSSON e MAZEAUD, *Op. ult. cit.*, p. 119, i quali parlano, già con riguardo all'*avant-projet* Catala, di un'autonomia contrattuale inedita, ma pur sempre simbolica. Gli Autori, dopo aver riflettuto sull'opportunità di cristallizzare nel codice un principio come quello in esame, che non ha certo bisogno di una legittimazione dal diritto positivo per manifestare la sua forza nella materia contrattuale, osservano che sono le stesse regole le quali consacrano in apparenza l'autonomia a dettare una serie di disposizioni imperative che la frenano. Spesso la libertà che le parti cercano è invece proprio quella di confezionare le clausole come meglio credono.

⁽²³⁾ Così, ad esempio, FAUVARQUE-COSSON e MAZEAUD, *Op. cit.*, pp. 126-127. Per una riflessione più ampia sul punto e indipendente dalla riforma cfr., innanzitutto, SAVATIER, *Les métamorphoses économiques du droit civil d'aujourd'hui*, 2^e serie, Dalloz, 1950, in particolare n. 12. Più in generale, si vedano FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *L'acte juridique*, in *Droit civil: les obligations*, I, XVI ed., Sirey, 2014, *passim*; MALINVAUD-FENOUILLET-MEKKI, *Droit des obligations*, XIII ed., Litec, 2014, *passim*; MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations*,

norma – che viene individuata come paradigmatica, se non del rifiuto, almeno di una certa prudenza nei confronti della giustizia contrattuale – contiene una clausola di salvaguardia, la quale ammette eventuali previsioni di legge in senso contrario.

Una simile norma manca nel codice italiano, ma la disposizione si può ricavare attraverso un'interpretazione sistematica: le ipotesi in cui è consentito al giudice intervenire sull'equilibrio contrattuale sono considerate eccezionali – si pensi all'impossibilità di estendere in via analogica alla caparra l'art. 1382 c.c. in tema di riduzione della penale manifestamente eccessiva – e sono comunque contenute entro limiti stringenti: basti considerare, a titolo di esempio, i presupposti richiesti ai fini della rescissione per lesione *ex art.* 1448 c.c. ⁽²⁴⁾. Vi è però una differenza non da poco tra l'approccio francese e quello italiano: l'art. 1168 c.c.f., nel consentire alla legge di derogare al principio per cui, di per sé, lo squilibrio contrattuale non inficia la validità del contratto, sancisce in certa misura la tassatività delle eccezioni, ponendo così un ostacolo più netto, o comunque un monito, alla forza creatrice della giurisprudenza.

In ogni caso, va detto che le eccezioni e i temperamenti testuali cui si è fatto riferimento non sono affatto esigui, né di scarsa importanza. Primo fra tutti l'art. 1169 c.c.f., il quale sancisce la nullità del contratto a titolo oneroso ogniqualvolta al momento della sua formazione la controprestazione pattuita sia illusoria o irrisoria. In assenza di una norma analoga, l'ordinamento italiano farebbe probabilmente ricorso all'istituto della causa concreta: ad esempio, un trasferimento di proprietà a fronte di un prezzo non solo sproporzionato rispetto al valore dell'immobile – nel qual caso il contratto sarebbe probabilmente qualificabile come misto –, ma irrisorio in sé, verrebbe considerato nullo in quanto vendita, per mancanza

Théorie générale, Montchrestien, 1998, specialmente n. 210; e SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 1998, n. 29.

⁽²⁴⁾ Sull'impossibilità per il giudice di ridurre la caparra manifestamente eccessiva cfr., per citare la più recente, Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, il cui testo integrale è reperibile in www.italgiure.giustizia.it. La sentenza ha argomentato l'impossibilità di applicazione analogica della disciplina prevista in tema di penale dal carattere eccezionale di quest'ultima, in quanto limitativo dell'autonomia privata. La sentenza sembra ignorare completamente due precedenti pronunce della Corte Costituzionale, le quali hanno in sostanza affermato che la questione di legittimità dell'art. 1385 c.c., nella parte in cui non prevede il potere del giudice di ridurre la caparra manifestamente eccessiva, è infondata, in quanto il giudice ha già a disposizione un rimedio contro tale problema e, precisamente, egli può rilevare d'ufficio la nullità della clausola per contrarietà al principio costituzionale di solidarietà. Corte cost. (ord.), 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2035 ss., con note di SCODITTI, PARDOLESI e LENER; e Corte cost. (ord.), 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 3767 ss., con nota di ASTONE.

di causa, e parimenti nullo in quanto donazione, a meno che sussistano i requisiti della forma solenne e dello spirito liberale.

Vi è poi l'art. 1162 c.c.f., il quale prevede che «il contratto non può derogare all'ordine pubblico né con le sue clausole, né attraverso lo scopo che persegue, sia stato esso noto ad entrambe le parti oppure no». Questa norma è percepita da taluni commentatori della riforma come un richiamo in senso lato alla giustizia contrattuale, ma, in realtà, appare più una prescrizione di liceità del contratto, analoga a quella che si ricava dal combinato disposto degli artt. 1418 e 1343, 1344 c.c.i. Ancora, vi è l'art. 1170 c.c.f., per cui qualunque clausola che privi della propria sostanza l'obbligazione essenziale del debitore si ha per non apposta ⁽²⁵⁾. Detta norma è degna di nota, in quanto vi si può ravvisare un'espressione del divieto del "*pactum ne dolum praestetur*" di cui all'art. 1229 c.c.i., il quale prima d'ora non trovava espresso riconoscimento nel *Code civil* ⁽²⁶⁾.

Prima di esaminare gli altri riferimenti alla giustizia contrattuale introdotti dalla riforma, è doveroso soffermarsi su un altro aspetto. Nelle tre norme appena citate la dottrina francese ravvisa, da un punto di vista funzionale, la declinazione oggettiva e la declinazione soggettiva del principio di causalità del contratto: la prima richiede la liceità della causa concreta che regge il rapporto, le altre impongono l'effettività dello scambio ⁽²⁷⁾. Sin qui niente di eclatante rispetto al passato. Sennonché, a se-

⁽²⁵⁾ La regola era già enunciata dalla giurisprudenza. Cfr., in particolare, Cass. Com., 22 ottobre 1996, in *Bulletin civil*, IV, n. 261.

⁽²⁶⁾ La nozione di «obbligazione essenziale» deriva dalla tesi di DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse ronéotypée, Aix-Marseille, III, 1981, ed è stata accolta dalla giurisprudenza per fondare una serie di arresti che neutralizzavano clausole con cui le parti avevano pattuito un "alleggerimento" dell'obbligazione oppure un esonero o una limitazione della responsabilità, consentendo al debitore di sfuggire alle conseguenze pregiudizievoli del suo inadempimento. Un esempio è fornito dal celebre caso *Chronopost* (Cass. Com., 22 ottobre 1996, in *Contrats, concurrence, consommation*, 1997, n. 24, con osservazioni di LEVENEUR; in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 121, con nota di SÉRIAUX; e p. 175, con osservazioni di DELEBECQUE; in *Defrénois*, 1997, p. 333, con osservazioni di MAZEAUD; in *Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)*, 1997, 1, 4002, con osservazioni di FABRE-MAGNAN; e 4025, con osservazioni di VINEY; e 11, 22881, con osservazioni di COHEN; ed infine in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 418, con osservazioni di MESTRE). Per osservazioni sul punto cfr. FAUVARQUE-COSSON e MAZEAUD, *Op. cit.*, p. 114.

⁽²⁷⁾ In questo senso, FAUVARQUE-COSSON e MAZEAUD, *Op. cit.*, p. 126. Dello stesso avviso CHÉNÉDÉ, *Op. cit.*, p. 129, il quale osserva che la novità più eclatante in tema di invalidità del contratto è la scomparsa formale della causa, le cui funzioni principali sono state nondimeno mantenute. Quali ipotesi di tale conservazione l'Autore aggiunge all'elenco riportato nel corpo del testo la regola secondo cui l'errore determinante sul motivo di una liberalità è causa di nullità del contratto (art. 1135 c.c.f.) e rileva che l'errore sul motivo sostituisce la «fausse cause». Si vedano inoltre BOFFA, *Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le*

guito della riforma, **la causa non è più richiesta quale elemento essenziale del contratto, come si desume a contrario dal nuovo art. 1128 c.c.f.**, il quale non ne annovera più il difetto o l'illiceità tra le ipotesi di nullità assoluta.

Tale **abbandono** della nozione di causa, pur essendo, come si è visto, **solo formale**, rappresenta un passo notevole per la tradizione giuridica francese e soprattutto un inaspettato segno d'apertura nei confronti dello scenario europeo. Si è trattato, in realtà, di una scelta tutt'altro che facile: basti pensare che ancora l'*avant-projet* «Catala» si era dimostrato irremovibile sul mantenimento della definizione di causa ed impermeabile alle pressioni della dottrina in senso opposto. Eppure la versione definitiva della riforma ha accolto le critiche di quanti rilevavano con preoccupazione che la fedeltà alla causa – **concetto di estrema astrattezza e complessità, ignoto alla maggior parte dei diritti stranieri ed ai progetti di armonizzazione** – avrebbe rischiato di isolare la Francia tanto a livello europeo quanto a livello internazionale ⁽²⁸⁾.

A coloro che dovessero auspicare un abbandono anche sostanziale della causa si può replicare che **gli stessi progetti di armonizzazione** cui si è fatto riferimento poc'anzi, pur concordi sull'oscurità della definizione, **non ne trascurano l'utilità pratica**, con il solito approccio funzionale già adottato altre volte, ad esempio con riguardo alla questione del modo di trasferimento della proprietà. In quest'ottica il controllo sul contratto si sposta dalla struttura dell'atto al suo contenuto o alla posizione delle parti al momento della sua conclusione e viene affidato ad istituti del calibro della buona fede ⁽²⁹⁾.

Così l'art. 3.10 dei Principi Unidroit stabilisce che qualora il regolamento pattizio determini ingiustificatamente un eccessivo vantaggio (***gross disparity***) a carico di una parte, l'altra possa invocare l'invalidità del contratto o di singole clausole; l'art. 4.109 dei PECL (e, similmente, l'art. 7.207 DCFR, nonché l'art. 51 CESL, in tema di ***unfair exploitation***) appresta analogo rimedio alla parte che, al momento della conclusione del

projet de réforme du droit des contrats, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 335; e GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots*, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 814.

⁽²⁸⁾ Sul punto cfr. in particolare RÉMY, *Réviser le titre III du livre troisième du Code civil?*, in *Revue de droit civil*, 2004, spec. P. 1182.

⁽²⁹⁾ Riflette sul tema SCOGNAMIGLIO, *La dimensione problematica di una categoria concettuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, *Il regolamento*, vol. II, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 104, il quale osserva che «i Principi Unidroit e i *Principles* contengono previsioni che sembrano accreditare un sindacato sui termini dello scambio contrattuale assai più penetrante di quello che lo strumento della causa avrebbe consentito.

medesimo, versi in uno stato di dissesto economico, bisogno o dipendenza rispetto all'altra, qualora quest'ultima sia a conoscenza di tale condizione e ne abbia approfittato in modo ingiusto per ricavarne un profitto eccessivo⁽³⁰⁾.

E qui si viene all'ulteriore conferma della perdurante vigenza del principio causalistico ed ulteriore eccezione alla scelta del legislatore della riforma di non consacrare la giustizia contrattuale come valore fondamentale: viene inserito per la prima volta nel *Code civil* un divieto generale di abusare della situazione di dipendenza, sia essa economica o morale, in cui versa l'altro contraente⁽³¹⁾. Se prima un divieto di abuso di dipendenza economica esisteva solo nel *Code de commerce* (art. 420-2) – ed era, da un lato, circoscritto ai soli contratti tra imprenditori, dall'altro, soggetto al presupposto che l'abuso fosse idoneo a minare la libera concorrenza –, il nuovo art. 1143 c.c.f. lo estende a tutti i contratti, a prescindere dal tipo o dalle qualità delle parti, e qualifica lo sfruttamento della dipendenza come un'ipotesi di violenza, suscettibile di comportare la nullità relativa del contratto, qualora sia stata tale da indurre la vittima a contrarre un vincolo che altrimenti non avrebbe assunto e da procurare a chi l'ha posta in essere un vantaggio manifestamente eccessivo⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Per una riflessione più ampia sul tema dello squilibrio contrattuale si vedano ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme)*, in Bonell-Bonelli, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 225; BONELL, *Policing the International Commercial Contract against Unfairness under the Unidroit Principles*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, p. 267; GALLAGHAN, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 417 ss.; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 769 ss.; TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 141; VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Rivista di diritto privato*, 2002, 2, p. 303 ss.; ID., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 40 ss.; VOGENAUER, *Commentary on the Unidroit principles of international commercial contracts (Picc)*, Oxford, 2009, *passim*.

⁽³¹⁾ La norma fa riferimento alla dipendenza in generale, senza richiamare espressamente la dipendenza economica. Così il rapporto del Presidente della Repubblica sulla riforma ha chiarito che la nuova fattispecie di violenza non è limitata all'abuso di dipendenza economica, ma mira, più in generale, alla tutela delle «persone vulnerabili». Cfr. CHÉNÉDÉ, *Op. cit.*, p. 129. Per un approfondimento sulla casistica in tema di violenza economica, cfr. MEKKI, *Droit des contrats*, cit., p. 570.

⁽³²⁾ L'introduzione del divieto è frutto del recepimento di un orientamento giurisprudenziale consolidato, che già da tempo riconosceva quale ipotesi di violenza l'abuso di dipendenza economica. Cfr., in particolare, Cass., 30 maggio 2000, n. 98-15.242, in *Bulletin civil*, I, n. 169; e Cass., 3 aprile 2002, n. 00-12.932, *ivi*, I, n. 108, le quali hanno affermato che «solo lo sfruttamento abusivo di una situazione di dipendenza economica posto in

Inutile sottolineare l'importanza di una simile innovazione, che rappresenta un radicale cambiamento di rotta, sia nella prospettiva dell'ordinamento francese, sia in quella dell'ordinamento italiano, il quale conosce il divieto in esame grazie alla legge in materia di subfornitura. Si porrà il problema di delimitare la nozione di abuso, posto che in questa sede essa è sganciata dalle connotazioni oggettive e dalla *ratio* anti-concorrenziale che l'accompagnavano nel codice del consumo. Essendo l'abuso di dipendenza, almeno stando a quanto sembra desumersi dalla lettera del nuovo codice, una forma, a sé stante, di violenza, che non soggiace quindi ai presupposti dettati per la rilevanza della violenza in generale quale causa di nullità relativa del contratto, **il rischio è che la giurisprudenza, per suo tramite, introduca nell'ordinamento francese proprio quel sindacato incontrollato sulla giustizia contrattuale che la riforma aveva inteso evitare.**

Nella medesima direzione si colloca la **generalizzazione a tutti i contratti per adesione della tutela contro le clausole abusive.** Prima della riforma, il codice del consumo accordava siffatta protezione ai soli consumatori e non anche ai professionisti, salvo nel caso in cui il contratto stipulato da questi ultimi non avesse alcun legame diretto con l'attività da loro esercitata⁽³³⁾. Ebbene, preso atto, da un lato, del fatto che tale requisito non veniva mai in concreto riconosciuto sussistente dalla giurisprudenza e, dall'altro, che **i Principi Unidroit non fanno alcuna distinzione, ai fini della tutela, riguardo alla qualità della vittima della clausola abusiva** (art. 4: 110), il nuovo art. 1171 c.c.f. stabilisce quanto segue: **«in un contratto per adesione, qualunque clausola che crei uno squilibrio significativo tra i diritti e le obbligazioni delle parti del contratto si reputa non scritta».**

Il comma secondo tempera la regola precisando che la valutazione di tale squilibrio **non deve vertere né sull'oggetto principale del contratto, né sull'adeguatezza del prezzo pattuito per la prestazione.** In quest'ultimo inciso si legge un tentativo di arginare il rischio, di cui si è detto poc'anzi, che il sindacato sull'abusività delle clausole si trasformi in una valutazione sull'equilibrio contrattuale. Anche qui è superfluo indugiare sull'importanza del passo compiuto dal legislatore francese. Ci si limiti a rilevare che esso rappresenta un progresso verso la restituzione ad unità della nozione

essere per trarre profitto dal timore di un male che minaccia direttamente gli interessi legittimi della persona può viziare il contratto di violenza economica». Da qui la giurisprudenza ha ricavato il requisito del profitto eccessivo.

⁽³³⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 24 janvier 1995, in *Recueil Dalloz*, 1995, p. 327, con nota di PAISANT.

di contratto; unità non ancora realizzata nell'ordinamento italiano, ove è invece di gran moda parlare addirittura di "terzo contratto" per designare quell'autonoma categoria di rapporti contrattuali intercorrenti tra soggetti che sono entrambi imprenditori, ma ciò nondimeno si trovano in una posizione di disparità l'uno rispetto all'altro, senza poter beneficiare di tutela analoga a quella prevista per i consumatori ⁽³⁴⁾.

In ultimo, deve segnalarsi l'espansione del dovere di buona fede dall'ambito dell'esecuzione del contratto, cui era confinato dall'art. 1134 c.c.f., a quelli delle trattative e della formazione del contratto (art. 1104 c.c.f.) e l'espressa affermazione della sua imperatività quale principio di ordine pubblico. Compiendo tale passo, il legislatore ha, ancora una volta, fatto proprio un orientamento giurisprudenziale che era ormai granitico nel promuovere una sempre più pregnante diffusione della clausola generale in parola in tutte le fasi della vita del contratto ⁽³⁵⁾.

3. – Altre novità in tema di contratti

Una specificazione del dovere di buona fede precontrattuale è contenuta negli artt. 1112 e 1112-1 c.c.f., i quali inaugurano l'inedita disciplina della fase di formazione e conclusione del contratto ⁽³⁶⁾. Ai sensi della prima norma, tanto lo svolgimento quanto la rottura delle trattative sono liberi, ma devono nondimeno essere imperativamente conformi a buona fede; la seconda norma pone a carico del contraente che è a conoscenza di un'informazione la cui importanza è determinante per il consenso dell'altra parte il dovere di comunicargliela, qualora quest'ultima la ignori legittimamente o faccia affidamento su di lui ⁽³⁷⁾. Qui si riscontra una differenza

⁽³⁴⁾ Sul tema si vedano i contributi di AMADIO, CARUSI, D'AMICO, GITTI, VILLA, ORLANDI, MACARIO, ZOPPINI, DORIA, FEMIA, CAFAGGI, NAVARRETTA, PARDOLESI, contenuti nel volume, *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008. Cfr. inoltre RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica e "terzo contratto"*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 150 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr., per tutte, Cass. com., 27 février 1996, in *Recueil Dalloz.*, 1996, p. 518, con nota di MALAURI; e in *Juris Classeur périodique (La semaine juridique)*, édition générale, 1996, 11, 22665, con osservazioni di GHESTIN; e Cass., 27 mars 1991, in *Bulletin civil*, III, n. 108, p. 62; e in *Contrat-concurrence-consommation*, juin 1991, n. 133, con osservazioni di LEVE-NEUR.

⁽³⁶⁾ La materia degli obblighi informativi è stata, fino alla riforma, regolata parzialmente dal Codice del consumo (libro primo, titolo primo, capitolo primo, artt. L 111-1 ss.) e la sua estensione ai rapporti contrattuali diversi da quelli *ivi* disciplinati è sempre stata rimessa alla sola elaborazione giurisprudenziale. Cfr., per tutte, Cass., 21 février 1995, n. 92-18394, il cui testo integrale è reperibile sul sito www.juricaf.org.

⁽³⁷⁾ Chiarisce la norma, da un lato che il dovere d'informazione non verte sulla stima del valore della controprestazione, dall'altro che sono d'importanza determinante le infor-

rispetto al diritto italiano, ove non è previsto nel codice un generale obbligo d'informazione, salvo quello concernente l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto (art. 1338 c.c.), ma le singole declinazioni di tale obbligo sono individuate da leggi speciali o vengono fatte discendere in giurisprudenza dal generale dovere di buona fede nelle trattative ex art. 1337 c.c.

Sotto il profilo sanzionatorio, il *Code civil* prevede poi che la violazione dell'obbligo dia luogo a responsabilità e possa altresì comportare l'annullamento del contratto, ove ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1130 ss. c.c.f. Sul danneggiato grava l'onere di provare l'esistenza di un obbligo informativo in capo alla controparte, mentre quest'ultima deve dimostrarne l'adempimento ⁽³⁸⁾.

Quanto sin qui esposto si presta ad alcune brevi osservazioni. Innanzitutto, le prime due norme citate, a differenza di quelle del codice civile italiano, si autoproclamano inderogabili e vietano qualunque limitazione o esclusione dell'obbligo informativo. Questo è suscettibile di rappresentare un ostacolo al potere dell'autonomia privata di pattuire clausole – sul modello delle *merger o entire agreement* diffuse nella prassi commerciale internazionale – formulate in modo da circoscrivere le informazioni dovute a quelle incorporate nel documento contrattuale e dunque precludere la possibilità di far valere in giudizio la mancanza di quelle escluse, indipendentemente dal loro carattere determinante del consenso ⁽³⁹⁾. Conforme alla succitata prassi è invece la norma successiva, l'art. 1112-2, che, pre-

mazioni che hanno un legame diretto e necessario con il contenuto del contratto o la qualità delle parti. Sul principio per cui l'obbligo d'informazione non riguarda il valore del bene cfr. Cass., 3 mai 2000, n. 98-11.381, in *Recueil Dalloz*, 2002, p. 928, con osservazioni di TOURNAFOND; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 566, con osservazioni di MESTRE e FAGES. Nello stesso senso, in tema di vendita di un bene immobile, Cass., 17 janvier 2007, n. 06-10.442, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1051, con nota di MAZEAUD; e p. 1054, con nota di STOFFEL-MUNCK, e p. 2966, con osservazioni di MEKKI S.A.; in *Actualité juridique: droit immobilier*, 2007, p. 416, con osservazioni di BIGOT DE LA TOUANNE; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 335, con osservazioni di MESTRE e FAGES. Da ultimo si veda Cass., 16 settembre 2015, n. 14-11.912, in *Actualité juridique*, 2015, p. 797; in *La gazette du palais*, 5 janvier 2016, p. 32, con osservazioni di HOUTCIEFF; e in *L'essentiel droit des contrats*, novembre 2015, p. 4, con osservazioni di LATINA. L'obbligo informativo in questione deve essere tenuto distinto dall'obbligo d'informazione contrattuale, come si evince da Cass., 9 luglio 2015, n. 14-23.109, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1535; in *Actualité juridique: famille*, 2015, p. 620, con osservazioni di DE BOYSSON; e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 855, con osservazioni di HAUSER.

⁽³⁸⁾ Siffatta ripartizione dell'onere della prova è quella adottata dalla giurisprudenza della Cassazione. Cfr., *inter alia*, Cass., 25 février 1997, in *Bulletin civil*, I, n. 75.

⁽³⁹⁾ Sulle clausole in questione cfr. FONTAINE-DE LY, *Drafting international commercial contracts. An analysis of contract clauses*, New York, 2006, p. 129 ss. Si veda, inoltre, per

vedendo un obbligo di riservatezza circa le informazioni apprese in sede di trattative, codifica le c.d. *confidentiality clauses* d'ispirazione anglo-americana.

In secondo luogo, gli articoli in esame non precisano il titolo su cui si fonda la responsabilità. Tale elemento si può ricavare dall'art. 1116 c.c.f., il quale prevede che chi revoca la proposta giunta a destinazione dell'oblato prima dello scadere del termine di efficacia *ivi* previsto o di un tempo ragionevole, risponde in via extracontrattuale, risarcendo però il solo interesse negativo. Ora, posto che quest'ultima norma disciplina un'ipotesi di violazione precontrattuale e che ciò vale anche per gli artt. 1112 e 1112-1 c.c.f., è ragionevole ritenere, per analogia, che la responsabilità sia aquiliana anche in questi ultimi casi. Si conferma dunque la tendenza del diritto francese a qualificare la responsabilità precontrattuale come *species* di quella aquiliana, anziché di quella contrattuale.

Da ultimo, il rinvio alla disciplina del *dolo omissivo* offre lo spunto per parlare delle novità apportate dalla riforma ai *presupposti dell'invalidità* del contratto. La prima in ordine d'importanza – oltre alla già esaminata inclusione dell'abuso di dipendenza economica nella violenza e all'esclusione della causa dagli elementi essenziali del contratto – è sicuramente la codificazione e definizione di tale istituto, con il nome di *réticence dolosive* (art. 1137 c.c.f.). Altre novità sono l'introduzione del concetto di «qualità essenziali della prestazione» ai fini della nullità relativa del contratto per errore (art. 1133 c.c.f.); l'esclusione della possibilità di invocare quest'ultimo nel caso in cui la parte abbia accettato il rischio della mancanza della qualità in questione (*idem*); la previsione per cui l'errore sui motivi può essere causa di nullità del contratto qualora le parti ne abbiano fatto espressamente un elemento determinante del loro consenso (art. 1135 c.c.f.); la rilevanza dell'errore sul valore della prestazione quando esso sia causato dal dolo dell'altra parte (art. 1139 c.c.f.); la previsione, *ex art. 1141 c.c.f.*, per cui la minaccia di far valere un diritto costituisce violenza quando riguarda un uso distorto dello strumento rispetto alla sua normale finalità o quando è esercitata per ottenere un vantaggio manifestamente eccessivo ⁽⁴⁰⁾.

un'applicazione delle clausole, DAVIS, *Licensing lies: merger clauses, the parol evidence rule and precontractual misrepresentations*, in *Uniform law review*, 33, 1998-1999, p. 485 ss.

⁽⁴⁰⁾ Rispetto alla giurisprudenza rappresenta un'innovazione la riduzione dell'errore di diritto ad errore sulle qualità essenziali, laddove la Cassazione lo riteneva un errore a sé stante e sempre scusabile (Cass., 20 ottobre 2010, n. 09-66.113, in *Bulletin civil*, III, n. 192; in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 279, con nota BINET-GROSCLAUDE, p. 387, con commento di TOURNAFOND, e p. 472, con osservazioni di MEKKI A.S.; in *Actualité juridique: droit immo-*

Quanto alle principali novità in tema di **effetti contrattuali**, si segnala *in primis* la **codificazione**, agli artt. 1216 ss. c.c.f., dell'istituto di origine giurisprudenziale della **cessione del contratto** ⁽⁴¹⁾. In secondo luogo emerge, in tema di rappresentanza, l'opponibilità al rappresentato del contratto concluso dal *falsus procurator* con il terzo che abbia legittimamente confidato nell'esistenza dei poteri rappresentativi, soprattutto in ragione del comportamento o delle dichiarazioni del rappresentato (art. 1156 c.c.f.). In questo caso, il legislatore francese ha risolto il giudizio di bilanciamento tra l'interesse del rappresentato e quello del terzo a favore di quest'ultimo, facendo prevalere sul valore dell'autonomia privata il principio dell'affidamento ed applicando l'istituto della rappresentanza apparente ⁽⁴²⁾. L'art. 1157 c.c.f. stabilisce poi che, nel caso in cui il rappresentante abbia concluso un contratto usando i propri poteri a danno del rappresentato, quest'ultimo possa domandare la nullità del contratto medesimo solo se il terzo conosceva o avrebbe dovuto conoscere detta circostanza.

Ad ulteriore tutela del terzo, l'art. 1158 c.c.f. prevede un'*actio interrogatoria sui generis*, per cui, se egli nutre dei dubbi circa l'estensione dei poteri rappresentativi del suo contraente formale, può chiedere per iscritto al rappresentato di fornire una risposta in merito entro il termine fissato, con l'avvertimento che, allo scadere del medesimo, il rappresentante si reputerà capace di stipulare il contratto. Siffatta possibilità, che costituisce un'altra novità della riforma, è prevista anche in altri ambiti: così in tema di nullità relativa una parte può domandare all'altra – una volta venuta meno la causa di nullità – di convalidare il contratto o di agire in giudizio entro il termine di sei mesi, pena la decadenza dall'azione (art. 1183 c.c.f.); ancora, il terzo con cui sia stato concluso un contratto in violazione di un

bilier, 2010, p. 881, con osservazioni di ROUQUET). Osserva MEKKI, *Droit des contrats*, cit., p. 567, che la nozione di errore inescusabile continua ad alimentare la giurisprudenza attuale, soprattutto in materia di compravendite aventi ad oggetto opere d'arte. Così la Cassazione, con la sentenza 9 aprile 2015, n. 13-24. 772, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 345, con osservazioni di BOULOC, rammenta che, se la qualità di acquirente professionale non è di per sé sufficiente a rendere l'errore inescusabile, essa resta nondimeno un indizio determinante. Sul punto cfr. TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, *Les obligations*, X ed., Dalloz, 2009, n. 223, p. 235; e MALINVAUD-FENOUILLET-MEKKI, *Droit des obligations*, cit., p. 136.

⁽⁴¹⁾ Cfr., ad esempio, Cass. com., 6 mai 1997, in *Contrats, concurrence, consommation*, 1997, comm. n. 146, con osservazioni di LEVENEUR; in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 588, con note di BILLIAU e JAMIN; in *Defrénois*, 1997, p. 977, con osservazioni di MAZEAUD; e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 936, con osservazioni di MESTRE.

⁽⁴²⁾ Salvo il caso della rappresentanza apparente, è stata comunque recepita la regola giurisprudenziale per cui il contratto concluso dal *falsus procurator* non è opponibile al rappresentato. In questo senso cfr. Ass. plén., 13 décembre 1962, n. 57-11569; Ass. plén., 28 mai 1982, n. 79- 13660.

patto di prelazione può porre il prelazionario di fronte all'alternativa se rispondergli entro un certo termine o decadere dalla possibilità di avvalersi del diritto (art. 1123 c.c.f.).

A quest'ultimo proposito, si noti che il **patto di prelazione** (*pacte de préférence*) non era mai stato codificato prima d'ora in Francia, ma era istituito di mera elaborazione giurisprudenziale. Qui i dati di maggiore interesse sono due: l'assenza del requisito della parità di condizioni e la "**quasi realtà**" del **patto** nel caso in cui il terzo contraente fosse a conoscenza del medesimo e dell'intenzione del prelazionario di avvalersi del proprio diritto potestativo. In tale ipotesi il prelazionario ha a disposizione, oltre al rimedio risarcitorio, la possibilità di domandare la nullità del contratto concluso in violazione del suo diritto o la surrogazione nella posizione contrattuale acquistata dal terzo ⁽⁴³⁾.

Una menzione separata merita l'art. 1178 c.c.f., ai sensi del quale «la **nullità deve essere pronunciata dal giudice, a meno che le parti non la accertino di comune accordo**». Rimettere all'autonomia privata la possibilità di porre nel nulla il contratto, con una sorta di negozio di accertamento, appare una soluzione da un lato ragionevole, in quanto conforme al carattere meramente dichiarativo della pronuncia di nullità, dall'altro audace, in quanto affida alle parti un rimedio i cui presupposti richiedono non di rado accertamenti complessi e che è posto a presidio di interessi considerati di ordine pubblico. Questo soprattutto nella prospettiva di un giurista italiano, avvezzo ad operare in un sistema dove la nullità è rigorosamente giudiziale.

Se si ammette la **degradazione della nullità a self-help remedy**, a maggior ragione si dovrebbe aprire la strada alla **risoluzione unilaterale stragiudiziale** del contratto per inadempimento. E, infatti, il *Code civil* prevede all'art. 1226 che «il creditore può, a suo rischio e pericolo, risolvere il contratto a mezzo di una notifica», previa costituzione in mora del debitore, salvo il caso di urgenza, con la precisazione per cui quest'ultimo può sempre adire il giudice per opporsi alla risoluzione ⁽⁴⁴⁾. Solo nell'even-

⁽⁴³⁾ I rimedi della nullità e della surrogazione erano già riconosciuti al prelazionario dalla giurisprudenza. Così, per tutte, Cass., *ch. mixte*, 26 mai 2006, n. 03-19.376, in *Bulletin civil*, n. 4; in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1861, con note di GAUTIER e di MAINGUY; *ivi*, 2638, con osservazioni di MEKKI e FAUVARQUE-COSSON; in *Actualité juridique: droit immobilier*, 2006, p. 667; in *Revue des sociétés*, 2006, p. 808, con nota di BARBIÈRI; e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 550, con osservazioni di MESTRE e FAGES.

⁽⁴⁴⁾ La Cassazione ha ammesso la possibilità di una risoluzione stragiudiziale del contratto gravemente inadempito sin dal 1998. Così Cass., 13 octobre 1998, in *Recueil Dalloz*, 1999, p. 197, con nota di JAMIN; in *Defrénois*, 1999, p. 374, con osservazioni di

tuale fase giudiziale viene in rilievo il requisito della gravità dell'inadempimento, la cui sussistenza deve essere provata dal creditore. Anche la novità in esame allinea l'ordinamento francese rispetto all'evoluzione del diritto contrattuale europeo: si consideri in particolare la somiglianza dell'art. 1226 c.c.f. con l'art. 9.301 dei PECL, ai sensi del quale una parte può risolvere il contratto se l'altra pone in essere un inadempimento essenziale.

La risoluzione unilaterale stragiudiziale si colloca nella più ampia cornice dei rimedi – non più disposti secondo una scala gerarchica, ma alternativi tra loro – contro l'inadempimento del debitore. Di fronte a tale evenienza, il creditore ha a disposizione, *ex art.* 1217 c.c.f., la scelta se rifiutarsi di adempiere a sua volta o sospendere l'esecuzione della prestazione; intraprendere l'esecuzione forzata in natura della prestazione (vale a dire domandare l'esatto adempimento); chiedere una riduzione del prezzo; provocare la risoluzione del contratto; domandare il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'inadempimento. La stessa norma precisa che i rimedi non incompatibili tra loro possono essere cumulati ed è salva in ogni caso la possibilità di far valere maggiori danni e interessi.

Della risoluzione si è già parzialmente detto, ma sia consentito aggiungere alcune notazioni. La prima riguarda l'introduzione *ex novo* nel codice (art. 1225 c.c.f.) dell'istituto della **clausola risolutiva espressa**, il cui avvalimento è peraltro subordinato, salvo diversa convenzione delle parti, alla costituzione in mora del debitore, formalità onnipresente nel sistema dei rimedi delineato dal *Code civil*. La seconda riguarda la **flessibilità del termine di decorrenza degli effetti risolutivi**. Ai sensi dell'art. 1229 c.c.f., tale termine può coincidere con quello previsto dalle parti, assieme alle modalità degli effetti, nella clausola risolutiva espressa; oppure con la data di ricezione da parte del debitore della notifica di risoluzione; oppure ancora con la data fissata dal giudice o, in mancanza, con quella della domanda giudiziale.

Circa il *modus operandi* dell'effetto risolutorio, anche qui si adotta un criterio dotato di una certa adattabilità al caso concreto, là dove si stabilisce che la restituzione integrale di quanto prestato opera solo quando lo

MAZEAUD; in *Juris-classeur périodique (La semaine juridique)*, 1999, 11, p. 10133, con osservazioni di RZEPECKI; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 394, con osservazioni di MESTRE; Cass., 20 février 2001, in *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1568, con nota di JAMIN; in *Deffrénois*, 2001, p. 705, con osservazioni di SAVAUX; in *Revue des contrats*, 2003, p. 149, con osservazioni di LEQUETTE; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 363, con osservazioni di MESTRE e FAGES.

scambio di prestazioni non trova alcuna utilità in un adempimento parziale del contratto; mentre, quando le prestazioni già eseguite hanno trovato causa nelle corrispondenti controprestazioni, queste non vengono travolte dalla risoluzione. In quest'ultimo caso, il rimedio si qualifica non come risoluzione, ma come «*résiliation*».

Vi è poi, all'art. 1230 c.c.f., la precisazione per cui il rimedio non mina l'efficacia delle clausole sulla risoluzione delle controversie, né, più in generale, incide sulle pattuizioni ultrattive per loro natura, quali le clausole di riservatezza o di non concorrenza. La disposizione non è di poco conto, nella misura in cui, sancendo l'espresso riconoscimento dell'ultrattività di alcuni effetti del contratto, apre uno spiraglio sulla possibilità di prevedere clausole che abbiano come scopo quello di regolare proprio la fase patologica del medesimo.

Il sistema dei rimedi contro l'inadempimento non è il solo ad aver subito modifiche e innovazioni. Innanzitutto deve menzionarsi, nell'ambito dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, la degradazione della risoluzione a rimedio sussidiario. Ai sensi dell'art. 1195 c.c.f., infatti, la parte la cui prestazione è resa eccessivamente onerosa da un mutamento di circostanze imprevedibile al momento della conclusione del contratto, purché non se ne sia assunta il rischio, può chiedere alla controparte di procedere ad una rinegoziazione. In caso di rifiuto opposto alla rinegoziazione o di infruttuosità della medesima, le parti hanno di fronte un'alternativa: possono risolvere di comune accordo il contratto alle condizioni da loro previste; oppure domandare congiuntamente una revisione giudiziale del contratto. Quest'ultima domanda – al pari di quella di risoluzione – può essere proposta unilateralmente quando le parti non siano riuscite a trovare un accordo entro un termine ragionevole ⁽⁴⁵⁾.

L'estrema sinteticità della disciplina appena citata, a fronte dei problemi di non poco conto che potrebbe sollevare, suggerisce un confronto con le clausole di *hardship*, già da tempo comuni nella prassi commerciale

⁽⁴⁵⁾ Anche la rinegoziazione convenzionale era già stata fatta rientrare, per via d'integrazione del contratto, tra gli obblighi che discendono dalla buona fede esecutiva, in tutti quei casi nei quali un mutamento delle circostanze minasse profondamente l'equilibrio tra le prestazioni. Così Cass. Com., 3 novembre 1992, in *Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)*, 1993, II, 22164, con osservazioni di VIRASSAMY; e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 124, con osservazioni di MESTRE; Cass. Com., 24 novembre 1998, in *Contrats, concurrence, consommation*, 1999, comm. n. 56, con osservazioni di MALAURIE-VIGNAL; in *Deffrénois*, 1999, p. 371, con osservazioni di MAZEAUD; in *Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)*, 1999, I, 143, con osservazioni di JAMINET; *ivi*, II, 12210, con osservazioni di PICOD; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 98, con osservazioni di MESTRE; e p. 646, con osservazioni di GAUTIER.

internazionale, e con l'art. 6.6.2. dei principi Unidroit ⁽⁴⁶⁾. Tale norma stabilisce requisiti analoghi a quelli previsti dalla riforma francese, salva l'aggiunta della precisazione per cui **l'evento che mina l'equilibrio contrattuale non deve essere ragionevolmente prevedibile al momento della conclusione del contratto**. Per il resto, l'evento deve essere sopravvenuto, in senso oggettivo o soggettivo, alla stipula; deve aver cagionato un'alterazione fondamentale dell'equilibrio contrattuale – presupposto che richiama il carattere «eccessivo» dell'onerosità – giacché ai sensi dell'art. 6.2.2. un qualsiasi *change of circumstances* non è in grado di influire sull'obbligo di adempiere la prestazione; deve essere estraneo alla sfera di controllo di colui che lo subisce e questi non deve esserne assunto il rischio.

Risulta poi opportuno segnalare l'introduzione, come rimedio specifico applicabile alle fattispecie in cui è ravvisabile un collegamento funzionale, della «*caducité*» del contratto, termine che si potrebbe forse tradurre con «inefficacia». Ai sensi dell'art. 1186 c.c.f., data un'operazione economica unitaria che ai fini della sua realizzazione impone la necessaria esecuzione di una pluralità di negozi, un contratto è inefficace quando il suo adempimento è reso impossibile dal venir meno di uno dei contratti ad esso collegati, oppure quando il consenso alla sua conclusione era condizionato in modo determinante al mancato verificarsi di quest'ultimo evento. La predetta regola vale solo se la parte contro la quale l'inefficacia è invocata era a conoscenza dell'unitarietà dell'operazione al momento della stipula del contratto. Ecco che, per questa via, il collegamento negoziale acquista per la prima volta cittadinanza nel *Code civil* ⁽⁴⁷⁾.

4. – Cenni alle principali novità in materia di obbligazioni

Se, come si è appena constatato, la riforma ha apportato significative modifiche al sistema dei rimedi contro l'invalidità, l'inadempimento e l'eccessiva onerosità, altrettanto non può dirsi con riguardo ai rimedi contro l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Assumendo questo tema come punto di partenza di un sintetico *excursus* circa l'impatto della

⁽⁴⁶⁾ Sul tema si vedano, ad esempio, CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *questa rivista*, 1998, p. 758 ss.; FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e Common law*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, I, p. 680 ss.; ID., *Arbitrato ed hardship clause: una prassi internazionale per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1980, p. 76 ss.

⁽⁴⁷⁾ Per una più ampia riflessione sui dubbi sollevati dalla riforma in tema di collegamento negoziale, cfr. BROS, *L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 29.

riforma sul diritto delle obbligazioni, si può convenire che l'unica novità in materia è rappresentata dalla previsione di una **definizione di *force majeure***⁽⁴⁸⁾. Si chiarisce innanzitutto che quest'ultima è un evento, estraneo alla sfera di controllo del debitore e non ragionevolmente prevedibile al momento della conclusione del contratto – i cui effetti non possono essere evitati con misure appropriate – il quale impedisce l'esecuzione della prestazione da parte del debitore. L'art. 1218 c.c.f. prevede che essa dia luogo, se definitiva, alla risoluzione di diritto del contratto ⁽⁴⁹⁾.

La norma va coordinata con l'art. 1231-1 c.c.f., ai sensi del quale il debitore incorre in **responsabilità contrattuale** per inadempimento o ritardo nell'esecuzione della prestazione, **se non prova che questa è stata resa impossibile dalla forza maggiore, intesa nel senso di cui sopra**. La formula è diversa da quella del previgente art. 1147 c.c.f. – il quale richiedeva come oggetto della prova liberatoria la dimostrazione di una causa estranea al debitore e a lui non imputabile – ma è simile nella sostanza. Infatti, la regola continua ad essere attenuata con riguardo all'obbligazione di consegna, nella misura in cui l'art. 1197 ritiene sufficiente, ai fini dell'adempimento, che il debitore adotti gli accorgimenti ragionevolmente necessari per la conservazione del bene. Anche qui la formula non è identica a quella del codice previgente – soprattutto manca l'inciso per cui l'obbligo in parola è più o meno esteso a seconda del tipo di contratto – ma si può ugualmente ravvisarvi, com'era sotto l'egida del vecchio art. 1137 c.c.f., una riconferma della tanto discussa categoria delle obbligazioni di mezzi.

Rappresentano invece una novità in tema di obbligazioni – almeno secondo la sistematica del *Code civil* – la previsione dell'irretroattività della condizione sospensiva, salvo patto contrario (art. 1304-6 c.c.f.) e la possibilità per la parte nel cui interesse esclusivo è stata posta la condizione di rinunciarvi, a patto però che tale rinuncia avvenga prima del verificarsi o del mancato verificarsi dell'evento *ivi* dedotto (art. 1304-4 c.c.f.).

Ulteriore novità è costituita da una semplificazione della disciplina prevista per la cessione del credito: se da un lato viene richiesta la forma scritta (art. 1322 c.c.f.), il trasferimento del diritto avviene, tanto nei confronti delle parti quanto nei riguardi dei terzi, dal giorno della stipula del

⁽⁴⁸⁾ Per una disamina più dettagliata delle novità della riforma in tema di obbligazioni, cfr. MEKKI M., *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Le volet régime des obligations et de la preuve: parfaire un peu et refaire beaucoup*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 608 ss.

⁽⁴⁹⁾ Se, invece, l'impossibilità è solo temporanea, ora si prevede nel Codice che l'esecuzione della prestazione rimanga sospesa, salvo che tale sospensione provochi un ritardo idoneo a giustificare la risoluzione del contratto.

contratto (art. 1323 c.c.f.). Ai fini dell'opponibilità al debitore ceduto, però, ai sensi dell'art. 1324 c.c.f., gli effetti decorreranno dalla notificazione della cessione o dall'adesione del medesimo ⁽⁵⁰⁾.

Infine, come si accennava nel paragrafo iniziale, è stato introdotto tra le vicende modificative delle obbligazioni un istituto peculiarmente denominato «cessione del debito» (art. 1327 c.c.f.). Si tratta del contratto con il quale il debitore, previo accordo del creditore, cede il proprio debito ad un terzo (art. 1327 c.c.f.). Se il creditore ha acconsentito preventivamente alla cessione o comunque non è intervenuto nel contratto, quest'ultimo non può essergli opposto che dal giorno in cui è portato alla sua conoscenza. Salvo patto contrario, il cedente non è liberato, ma è tenuto all'adempimento dell'obbligazione in solido con il cessionario. Dispone poi l'art. 1328 c.c.f. che il nuovo debitore e il debitore originario, ove non sia stato liberato, possono opporre congiuntamente al creditore le eccezioni inerenti al rapporto e individualmente quelle personali. Diversamente rispetto alla cessione del contratto e alla cessione del credito, non è richiesta per il contratto in esame la forma scritta.

Questa essendo, in sintesi, la disciplina della cessione del debito, ci si potrebbe domandare quali siano le differenze funzionali rispetto all'istituto della delegazione, parimenti presente nel *Code civil* (artt. 1336 ss. c.c.f.) e parimenti restaurato, pur senza novità eclatanti, dalla riforma. Anche per questo motivo la dottrina francese ha avanzato, almeno nei primi commenti, consistenti critiche all'istituto e ne ha posto in dubbio tanto la natura quanto la stessa utilità ⁽⁵¹⁾.

D'altra parte non è l'unico segmento della riforma ad aver destato una sensazione di superfluità. Solo un commento più maturo, dentro e fuori la Francia, potrà svelare quanto di sostanziale e quanto invece di grammaticale sia presente in questa, comunque epocale, riforma legislativa.

LETIZIA COPPO

⁽⁵⁰⁾ Per un approfondimento, cfr. DUPICHOT, *Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations*, in *Droit et patrimoine*, avril 2015, p. 20.

⁽⁵¹⁾ Si veda in particolare HOUTCIEFF, *Cession de dette ou délégation: transport de dette ou nouveau débiteur?*, in *Dossier Régime général des obligations*, in *Droit et patrimoine*, juillet-août 2015, p. 75.

Io sottoscritta Letizia Coppo, nata a Vercelli il 25 marzo 1988, consapevole che chiunque rilascia dichiarazioni mendaci è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 47 ss. del D.P.R. 445/2000, sotto la mia responsabilità dichiaro che il presente documento è conforme all'originale.

Torino, lì 12 gennaio 2020

Letizia Coppo