

NOTE SULLA RIFORMA DEL LIBRO III DEL CODICE CIVILE FRANCESE: MOLTO RUMORE PER NULLA**NOTE ON THE REFORM OF BOOK III OF THE FRENCH CIVIL CODE: SO MUCH NOISE FOR NOTHING****NOTA SOBRE A REFORMA DO LIVRO III DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS: MUITO BARULHO POR NADA****Francesca Benatti¹****Sommario**

Questo articolo tratta della riforma del libro III del codice civile francese. La riforma del Libro III del code civil, pur ampiamente e per lungo tempo discussa, non è e non voleva neppure essere rivoluzionaria. Va inquadrata nel contesto del dibattito europeo sulla unificazione del diritto dei contratti, che ne fornisce anche una chiave di interpretazione. Ai valori della borghesia si è ormai sostituita la protezione del soggetto debole, il cittadino diviene consumatore, l'autonomia dei privati è sfumata dalla solidarietà, il codice quale espressione di un ordinamento statale deve confrontarsi con le sfide della globalizzazione e il ruolo anche politico delle imprese multinazionali, che modificano il ruolo stesso dello Stato. L'Europa impone attraverso regolamenti e direttive il suo diritto privato spesso con disinvolta ignoranza delle tradizioni dei paesi cui sono rivolti, fortemente burocratizzati, mentre si discute del suo "deficit democratico". Forse non si poteva fare più che semplificare e modernizzare. Sicuramente si assiste al passaggio da un "mito" come era il code Napoléon ad una riforma non diversa dalle altre: manca l'anima che aveva vivificato il codice ottocentesco e una visione dello Stato e della società che si ha di fronte per consolidare uno strumento che guarda al futuro. Non è facile, dunque, prevedere se le nuove regole avranno la forza di reggere ai mutamenti che già si delineano oppure saranno regole provvisorie di durata limitata come è la moda di questi tempi, in attesa di un orizzonte che non si vede, meglio che oggi non siamo capaci di scorgere.

Parole chiave: Libro III del codice civile francese; Unificazione del diritto dei contratti; Globalizzazione; Ruolo stesso dello Stato; Direttive sul diritto privato.

Abstract

This article deals with the reform of book III of the French civil code. The reform of book III of the civil code, although widely and for a long time discussed, is not and did not want to be revolutionary. It must be seen in the context of the EuropeNote on the reform of book III of the French Civil Code: so much noise for nothing

This article deals with the reform of book III of the French civil code. The reform of book III of the civil code, although widely and for a long time discussed, is not and did not want to be revolutionary. It must be seen in the context of the European debate on the unification of contract law, which also provides a key to interpretation. The bourgeois values are now replaced the protection of the weakest subject, the citizen becomes a consumer, the autonomy

¹ Professora de Direito Privado Comparado da Università degli Studi di Padova – Itália. Doutora em Direito Privado Comparado pela Università degli Studi di Pavia. E-mail: f.benatti@libero.it

of individuals is blurred by solidarity, the code as an expression of a state order to face the challenges of globalization and also the political role of multinationals, which change the proper role of the State. Europe imposes through its regulations and policies, your private law, often with perky ignorance of the traditions of the countries to which they are addressed, heavily bureaucratized, while discussing its "democratic deficit." Maybe we could do no more than simplify and modernize. Certainly we are witnessing the transition from a "myth" as was the Napoleonic Code for a no different reform of the others: lack the soul that quickened the nineteenth century code and a vision of state and society, which is opposite to consolidate an instrument look to the future. It is not easy, therefore, to predict whether the new rules will have the strength to resist changes already outlined or whether they will be temporary rules of limited duration, as is the fashion of these times, in the light of a horizon that is not seen, or rather that today we are not able to see.

Keywords: Book III of French Civil Code; Unification of contract law; Globalization; Proper role of the State; Directives on private law.

Resumo

Este artigo trata da reforma do livro III do código civil francês. A reforma do livro III do código civil, embora amplamente e por muito tempo discutida, não é nem queria ser revolucionária. Deve ser visto no contexto do debate europeu sobre a unificação do direito dos contratos, que também fornece uma chave de interpretação. Aos valores da burguesia se substituíram agora a proteção do sujeito mais fraco, o cidadão se torna um consumidor, a autonomia dos indivíduos é embaçada pela solidariedade, o código como expressão de um ordenamento estatal deve enfrentar os desafios da globalização e também o papel político das empresas multinacionais, que modificam o papel próprio do Estado. A Europa impõe, por meio de seus regulamentos e diretivas, o seu direito privado, muitas vezes com desenvolta ignorância das tradições dos países aos quais se dirigem, fortemente burocratizado, ao mesmo tempo em que discute seu "déficit democrático". Talvez não pudéssemos fazer mais do que simplificar e modernizar. Certamente estamos testemunhando a transição de um "mito" como era o Código Napoleão para uma reforma não diferente das outras: falta a alma que vivificou o código do século XIX e uma visão do Estado e da sociedade, que está defronte para consolidar um instrumento que olhe para o futuro. Não é fácil, portanto, prever se as novas regras terão a força para resistir a mudanças já delineadas ou se serão regras provisórias de duração limitada, como é a moda desses tempos, em atenção de um horizonte que não se vê, ou melhor, que hoje não somos capazes de ver.

Palavras-chave: Livro III do Código Civil francês; Unificação do direito dos contratos; Globalização; Papel próprio do Estado; Diretivas sobre o direito privado.

LA RIFORMA E I SUOI OBIETTIVI

Con l'*ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016,² che dovrà essere ratificata dal Parlamento ed entrerà in vigore il 1 ottobre di quest'anno,³ è introdotta la riforma del

² Il testo dell'*ordonnance* è disponibile presso <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>. In

contratto, delle obbligazioni e del regime della prova contenuti nel libro III del *code civil* francese. Essa è il risultato di un ampio ed effervescente dibattito⁴ durato più di 10 anni, iniziato durante i festeggiamenti del bicentenario del codice Napoleone, sulla esigenza di una modifica e innovazione del libro III per adeguarlo ai cambiamenti sociali, giuridici ed economici. Il susseguirsi di diversi progetti mai recepiti,⁵ nonché esitazioni anche politiche, avevano fatto ritenere che la riforma sarebbe stata l' "Arlesienne du droit".⁶

Nel 2015 è stata, invece, emanata la legge n. 177 che all'art. 8 autorizzava il governo a modificare, semplificare e modernizzare attraverso ordinanza il diritto dei contratti, delle obbligazioni e della prova e, stabilendo i principi generali a cui la riforma doveva attenersi, fissava anche i termini per una consultazione pubblica. L'uso dello strumento dell'*ordonnance* ha sollevato numerose critiche, nonostante fosse già stato impiegato per *le droit de sûreté* e il *Conseil Constitutionnel* chiamato a pronunciarsi sull'art.8 ne abbia affermato la costituzionalità.⁷ Benché le ragioni di velocizzazione possano far ritenere opportuna questa scelta, la quasi totale assenza di un ruolo del Parlamento in un provvedimento così delicato lascia perplessi⁸ e non pare pienamente convincente⁹ la posizione di coloro che avevano già sostenuto con riferimento

questo commento si è utilizzato, come fonte principale di informazione, il Rapport au President de la République disponibile presso. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>.

³ Sul futuro della riforma Francois, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, in Recueil Dalloz, 2016, 506 ss.

⁴ A titolo esemplificativo si veda il dibattito tra Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, in JCP, 2008, I, 190, e Mazeaud, Réforme du droit des contrats: haro, en Héralut, sur le projet!, in Recueil Dalloz, 2008, 2675. Sulla genesi della riforma v. Fauvarque-Cosson, Towards an important reform of the French civil code, in Montesquieu L. Rev., 2015, 1.

⁵ Tra i progetti precedenti si ricordano l'avant-projet Catala del 2007, il progetto Terrè e il progetto della Cancelleria più volte modificato, v., ex multis, Mazeaud, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, in Recueil Dalloz, 2009, 1364, sul progetto della Cancelleria, Ghazi et Lequette, La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la chancellerie, in Recueil Dalloz, 2008 2609; Henry, Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires, in Recueil Dalloz, 2009, 28; Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, in Recueil Dalloz, 2009, 308.

⁶ Mekki, 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 droit des contrats: l'art de refaire sans défaire, in Recueil Dalloz, 2016 494. In tal senso v. anche Rome, Droit des contrats: la réforme maudite?, in Recueil Dalloz, 2014, 1033.

⁷ Sul difficile processo di adozione cfr. Delpech, Un vent de modernité sur le droit des contrats, in AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, 2015, 119.

⁸ Harouel - Terboud - Tournafond, Le droit des contrats réformé par ordonnance?, in Recueil Dalloz, 2014, 1099. Così risponde all'obiezione Terrè, in Le Petit Juriste, avr. 2014, 5: «Le recours à des ordonnances (...) ne doit pas être considéré comme un abandon parlementaire. Au contraire, il s'agit d'une démarche parlementaire et démocratique car il suppose divers processus de contrôle».

⁹ Si condivide l'affermazione secondo cui la Francia rispetto agli altri ordinamenti in cui si è operata una riforma, tra cui Quebec, Romania, Germania e Russia, ha utilizzato un «processus de reforme du droit des

ai progetti di matrice dottrinale che «mieux vaut une compétence technique, qu'une démocratie fatiguée»,¹⁰ soprattutto quando mancano anche dei veri lavori preparatori non sempre suppliti dal Rapporto al Presidente della Repubblica.

La riforma ha tre diversi obiettivi:¹¹ rendere il diritto dei contratti e delle obbligazioni più accessibile e coerente con i cambiamenti incisivi apportati dall'evoluzione dei costumi, della tecnologia e della pratica e dalle soluzioni della giurisprudenza, aumentare la sua attrattività e competitività e migliorare la protezione della parte debole.¹² Essa non intende, dunque, stravolgere il sistema precedente, ma semplicemente modernizzarlo e la decisione è stata generalmente accolta con favore dalla dottrina. L'auspicio è che questa innovazione determini non solo maggiore chiarezza, semplicità e prevedibilità del sistema, ma si accompagni a un

obligations aussi peu démocratique qu'il y a deux siècles», (Boucard, La réforme, de la doctrine à l'ordonnance, in *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journée franco-allemandes, sous la direction de Schulze - Wicker - Masch - Mazeaud*, Paris, 2014, 38).

¹⁰ Terrè, riportato da Rome, *Le droit des contrats à l'Assemblée nationale: du grand n'importe quoi!*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 1961. V. anche Forray, *L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats. Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats*, in *RTDC*, 2012, 249: «Il faut ajouter que la vérité du droit fournit aux projets doctrinaux la légitimité juridique qui leur assure une forme d'autonomie. Elle vient en effet combler le vide créé par l'absence de légitimité démocratique qui limite évidemment la portée des projets. Mais une substitution s'opère. Pour la saisir, il convient de s'intéresser un instant à l'acte législatif. La loi pose une vérité du droit à la mesure du processus formel de sa confection. On dit que la loi est une source formelle du droit, ce qui implique qu'elle produit du droit positif (= vrai). Il se trouve que le processus formel en question peut être qualifié de démocratique. On imagine alors que la loi tire (au moins) une partie de sa force de ce que le processus formel de sa création a reçu, une fois pour toutes, l'adhésion de ceux à qui elle s'adresse. Il existe donc une vérité formelle du droit qui dépend de l'activité de l'appareil démocratique. En sorte que: soit le droit est vrai parce qu'il est produit démocratiquement; soit il est vrai parce qu'il est le produit d'une connaissance scientifique. Dans les projets doctrinaux, cette deuxième vérité du droit est substituée à la première. L'écriture doctrinale du droit des contrats est un projet légitime parce que la connaissance juridique autorise à formuler, autant que possible, la vérité. De cette légitimité procède une force du discours doctrinal qui n'est pas celle de la loi mais qui n'est pas non plus celle d'un simple discours sur le droit».

¹¹ Mekki (nt. 51), 494, aggiunge che: «Au-delà des seuls objectifs, l'ordonnance continue de s'appuyer sur une certaine table des valeurs. La sécurité juridique est au premier rang d'entre elles. L'efficacité économique imprègne également l'ensemble de l'ordonnance. Quant à la justice contractuelle, elle irradie de nombreuses dispositions. Sécurité, efficacité et équité constituent la devise de ce nouveau droit des obligations». L'importanza di questi aspetti è sottolineata da Mazeaud, *Droit des contrats: réforme à l'horizon!*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 291.

¹² Critica sul punto Outin-Adam, *Réforme du droit des contrats: entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires*, in *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2015, 241: «En revanche, face à la perspective d'un «renforcement de la protection de la partie faible», le bât blesse... Concrètement, on relève plusieurs vecteurs de fragilisation des contrats: violence économique, clauses abusives, immixtion du juge dans le contrat... Autant d'évolutions génératrices d'instabilité et de contentieux, à une époque où la pérennisation des liens économiques doit au contraire être favorisée, à tous les échelons, tant au sein des entreprises que dans les politiques publiques... En définitive, pour la CCI Paris Île-de-France, l'objectif d'équilibre contractuel ne peut pas être une guideline absolue dans la vie des affaires et le juge ne saurait se voir reconnaître un droit à l'immixtion et, par là-même, une place dans le contrat concurrente à celle des parties. Il en va de l'attractivité du droit français, annoncée comme un objectif phare de la réforme».

rinnovato prestigio della Francia nel sistema giuridico internazionale¹³ anche per superare i risultati deludenti dei rapporti *Doing Business* della Banca Mondiale degli Investimenti. Sembra poi implicita la volontà di porsi in una posizione preminente e autorevole come modello da seguire,¹⁴ qualora a livello europeo si decida effettivamente di procedere alla redazione di un codice comune dei contratti.

L'esame dell'*ordonnance* permette di rilevare come la riforma sia frammentata e manchi una prospettiva sistematica e una chiara visione della società e dei suoi rapporti.¹⁵ Si tratta di un lavoro di sintesi¹⁶ fra la giurisprudenza consolidata, i progetti precedenti e le tendenze riscontrabili a livello europeo: «le nouveau texte se veut réaliste et pragmatique, partagé entre le libéralisme ... et un socialisme tempéré ...le souci de l'efficacité ... et celui de l'équilibre».¹⁷

Lo stile¹⁸ abbandona l'eleganza, la precisione e la limpidezza del *code Napoléon*, considerato quasi un'espressione di una forma letteraria che aveva incantato fra gli altri Stendhal, per piegarlo ad esigenze di accessibilità e di contemporaneità: si ritiene che il *code* non sia facilmente comprensibile dai cittadini e che certe formule siano ormai desuete. Sono dunque rese più semplici le disposizioni, viene usato un vocabolario moderno, il tono è spesso pedagogico e didattico e sembra ricavato dalla manualistica istituzionale. L'impiego di molte definizioni che ripetono nozioni note, oppure ovvie o di dubbia condivisione dà, però, un senso di rigidità oppure di genericità che potrebbe dar luogo a difficoltà e contrasti nell'applicazione.¹⁹

¹³ Mestre, Le bonheur contractuel!, in *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016,105; Rontchevsky, Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats, in *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, 112.

¹⁴ Remien, Les conditions-Les point des vue allemande (nt.8), 203, si domanda con una ironia che nasconde un fondo di verità sul confronto fra diritto francese e tedesco: «Qui sera le grand gagnant du concours de beauté europeen des obligations? L'avenir le dira».

¹⁵ Revet, Une philosophie generale, in *Réforme du droit de contrats: quelles innovations*, in *Revue des contrats* (2016/Hors série), 2016, 5, ritiene che la riforma segni un "affinement de la philosophie moderne du contrat".

¹⁶ Deshayes, La formation des contrats (nt 8), avverte come si voglia ricondurre nuovamente con questa riforma le droit a la lois.

¹⁷ Un quadro generale della riforma è offerto da Benabent et Aynes, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 434 ss.

¹⁸ L'importanza del linguaggio nella redazione di un codice è evidenziata da Gambaro, voce "Codice civile", in *Dig. Disc. Priv., sez.civ.*, Torino, 1988, 442 ss.

¹⁹ Alcune critiche alla precisione dello stile sono mosse da Grimaldi, *En attendant la loi de ratification...*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 606. Si potrebbero estendere anche alla riforma francese le critiche espresse da Flume sulla ricodificazione tedesca: «il BGB è un monumento di cultura e come tale esige rispetto anche quando lo si modifica», riportato da Portale, *Lezioni di diritto comparato*, Torino, 2007, 107.

L'esperienza ha dimostrato, tuttavia, che il successo di un codice dipende, oltre che dal suo contenuto, dal lavoro dell'interpretazione e messa in pratica, dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

INNOVAZIONI E CONSACRAZIONI NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI

Alcuni aspetti devono essere esaminati.²⁰

È modificata la nozione di contratto rispetto all'*avant projet d'ordonnance*. L'art. 1101 stabilisce che «il contratto è un accordo di volontà tra due o più persone per costituire, modificare, trasferire o estinguere obbligazioni». Va evidenziato che la definizione di questo istituto è sempre complessa,²¹ come dimostrano le critiche mosse fin dall'origine alla formula precedentemente consacrata nel *code civil* e la vaghezza o imprecisione di quelle contenute nei progetti di armonizzazione, che in alcuni casi per ragioni pragmatiche rinunciano addirittura a confrontarsi con il problema. Tuttavia se, da un lato, è abbandonato il riferimento alla "convention" ed è affermata la visione di contratto come accordo che è il genotipo contrattuale²² di *civil law*, dall'altro si ricostituisce un collegamento con le obbligazioni.²³ Questo è riduttivo e poco coerente con lo stesso progetto.

Interessante è la scelta di prevedere tre principi direttivi²⁴ che devono guidare l'opera interpretativa del giudice. Se la forza di legge del contratto era già presente nel modello originario, viene stabilita esplicitamente la libertà contrattuale, che può essere limitata solo dall'ordine pubblico.²⁵ Si assiste alla scomparsa dei buoni costumi già pressoché inutilizzati in giurisprudenza e la cui funzione può essere svolta dall'*ordre public*. Ugualmente non è ripreso il limite espresso nell'*avant projet d'ordonnance* di non «porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché». La scelta sembra condivisibile sia in quanto una lesione dei diritti e delle

²⁰ Benabent et Aynes, Les nouveaux mecanisme (nt. 16), 17.

²¹ Alpa, Il progetto francese di riforma del diritto dei contratti, in Riv. crit. dir. priv., 2015, 196 ss.

²² Sulle nozioni di genotipo e fenotipo contrattuale cfr. Sacco, Genotipi e fenotipi in tema di contratto, in Sacco e De Nova, Il contratto, I, in Trattato Sacco, Torino, 2004, 51 ss.

²³ Sul rapporto fra contratto e obbligazioni nelle esperienze di soft law cfr. Rescigno, Il contratto in generale, in Diritto civile, diretto da Lipari e Rescigno, Milano, 2009, 40 ss.

²⁴ Mekki, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, in Recueil Dalloz, 2015, 816.

²⁵ Peres, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), in Recueil Dalloz, 2009, 381 ss., aveva analizzato questi due aspetti con riguardo al progetto della Cancelleria.

libertà fondamentali potrebbe essere già sanzionabile come violazione dell'ordine pubblico sia perché il riferimento a parametri come la proporzionalità può essere fonte di criticità o vaghezza. Rimangono deluse le aspettative di quell'orientamento che auspicava una espressa costituzionalizzazione del *droit civil*,²⁶ che non pare comunque necessaria.

L'estensione della buona fede dalla fase di esecuzione del contratto a principio direttivo è significativa, anche se non originale. La tendenza, già presente a livello giurisprudenziale, si inserisce in un indirizzo europeo di pervasività di questa clausola generale. Se un suo riconoscimento era, dunque, opportuno, devono essere evitati gli eccessi interpretativi e un suo abuso. Ciò pare tanto più rilevante quanto più è accompagnata da previsioni che sembrano aumentare i poteri del giudice anche a scapito di quella certezza del diritto pur declamata fra gli obiettivi.

Tra gli elementi di validità del contratto non vi sono più la causa²⁷ e l'oggetto (art. 1128), come peraltro prevedibile stante l'influenza dei progetti europei di armonizzazione dei contratti²⁸ e l'esigenza di una semplificazione. Si prevede, invece, la presenza di un contenuto lecito e certo.²⁹ Entrambi i requisiti sono caratterizzanti il modello francese e gli ordinamenti che lo seguono, ma sono di difficile interpretazione e non hanno in giurisprudenza un significato univoco. Neppure trovano accoglimento nella prassi internazionale degli affari.

L'abbandono di questi istituti determina, anche secondo quanto illustrato nella Relazione al Presidente della Repubblica, che le problematiche risolte attraverso essi vengano affrontate specificatamente e senza una teoria unitaria e sono affidati alla dottrina e in particolare alle Corti. Si è prospettato che la funzione della causa possa essere sostituita³⁰ dal controllo della non contrarietà dei fini del contratto all'ordine pubblico come avvenuto in Olanda e da un uso più ampio della buona fede. In parte essa potrebbe essere svolta anche dalla nozione di contenuto. Inoltre, gli artt. 1169 (« *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au*

²⁶ Alpa (nt. 20), 188, affronta il tema della costituzionalizzazione del diritto privato in relazione al modello francese e al diritto europeo.

²⁷ Sulla causa v. le osservazioni critiche di Cousin - Guizou - Leveunr - Azemar - Moron - Puech - Stevignon, *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, in *Recueil Dalloz*, 2015, 1115 ss.

²⁸ L'influenza dei progetti europei emerge anche nella disciplina della rappresentanza, riorganizzata per fornire un quadro generale.

²⁹ Malinvaud, *Le "contenu certain" du contrat dans l'avant-projet "chancellerie" de code des obligations ou le "stoemp" bruxellois aux légumes*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 2551.

³⁰ Efficace il paragone effettuato da Wicker, *Suppression de la cause et solution alternatives* (nt. 8), 137, secondo il quale la causa, pur sparita formalmente, rimarrebbe in concreto: «la rose serait alors devenue comme la rose de Shakespeare, ce que nous appelons rose sous tout autre n'en serait pas moins rose, n'exhalerait pas un parfum moins doux».

*moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire») e 1170 («Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite») sembrano di fatto richiamarsi alla causa. Va constatato, infatti, come nell'art. 1170 sia consacrato un indirizzo giurisprudenziale fondato sulla *cause* per il quale una clausola che priva della sua sostanza l'obbligazione essenziale del debitore debba ritenersi non scritta.³¹ Così anche nella nozione di arricchimento ingiustificato,³² l'adozione del termine *unjustifiée* risente della tradizionale nozione di causa.³³*

Il superamento di questo criterio è però significativo soprattutto alla luce della nostra giurisprudenza che adotta, abusandone, il concetto di causa in concreto proprio mentre in altri ordinamenti, tra cui quello di origine, viene abbandonato. A livello europeo l'elemento della causa non pare oggi più difendibile.

Con riferimento all'oggetto, va sottolineato come il tema sia sempre stato una questione di polisemia e non di teoria, la quale significa un modello ideale di contratto fondato su ragioni economiche, politico-filosofiche o storiche. Se esso non viene, quindi, considerato un requisito immancabile, è generalmente utilizzato il concetto più elastico e vago di contenuto da intendersi nel senso che l'accordo deve avere un contenuto. Tutto ciò dà origine ad una polisemia potenziale del concetto che, osservando la dottrina, la giurisprudenza e la legislazione, si è trasformata in polisemia in atto. Nell'*ordonnance* l'oggetto³⁴ è sostituito dal riferimento al contenuto e anche alla prestazione.³⁵

Sono mantenute le definizioni di tipologie di contratti che sembrano di natura scolastica e perciò di scarsa utilità. È nota la discussione sul significato dell'enunciazione da parte del legislatore e l'obiezione mossa secondo cui esso deve disporre e non svolgere attività scientifica:³⁶ nel nostro caso le norme definitorie si avvicinano a questa seconda ipotesi. Tuttavia si segnala come accanto al contratto sinallagmatico sia regolato il contratto quadro che ha assunto un ruolo rilevante nella realtà economica e sociale. La sua disciplina prevede che il

³¹ V. Lemarchand et Lampe, *Projet de réforme du droit des contrats et contrats informatiques: la portée générale donnée à la jurisprudence Faurecia*, in *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2015, 420, che si riferiscono anche alle decisioni Chronopost e Faurecia, che hanno fondato questo indirizzo. È tuttavia criticata la vaghezza della formula "obligation essentielle".

³² L'arricchimento ingiustificato riconosciuto già dalla giurisprudenza è consacrato nell'art. 1303. Sono invece modernizzate e semplificate le regole sul pagamento dell'indebito e sulla gestione di affari altrui.

³³ Si constata come la relazione specifici di aver utilizzato *unjustifiée* al posto di *sans cause* per evitare una coincidenza. Il legame sembra comunque rimanere.

³⁴ Benatti, *L'oggetto nel DCFR*, in *Il DCFR: lessici, concetti e categorie* (a cura di Marchetti), Torino 2012, 43 ss.

³⁵ Si noti, ad esempio, come l'art. 1163-3 adotti una nozione ampia di determinabilità della prestazione.

³⁶ Belvedere, voce «Definizioni», in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1989, 149.

prezzo possa essere fissato da una delle parti a carico della quale sussiste un obbligo di motivazione in caso di contestazione (art. 1164).³⁷ Nell'ipotesi di abuso al giudice non è attribuito il potere di revisione del prezzo, potendo solo concedere il risarcimento o la risoluzione. Questa disposizione sembra stridere con l'impostazione generale dell'*ordonnance* e in particolare con l'*imprevision*. Il risarcimento può, però, in concreto divenire uno strumento di modulazione del prezzo oppure può essere più elevato, qualora vengano considerati possibili ulteriori pregiudizi. Viene eliminato il riferimento anche al "prix du marché", che era guardato con diffidenza dal mondo economico, ma che potrebbe essere ripreso dalla giurisprudenza, essendo un parametro oggettivo. Tale regime si applica anche ai contratti di prestazione di servizio, qualora manchi l'accordo tra le parti, mentre è abbandonato per i contratti a esecuzione successiva.

L'attenzione alla realtà degli affari³⁸ qui evidenziata è presente nell'*ordonnance* anche con riferimento alla capacità. Come si legge nella relazione al Presidente della Repubblica, «L'article 1145, qui rappelle le principe de capacité des personnes physiques (alinéa 1), a été complété par un nouveau texte sur la capacité des personnes morales (alinéa 2), afin de répondre aux demandes des milieux économique».

Una innovazione significativa è costituita poi dall'introduzione del *contrat d'adhésion* che si contrappone al contratto negoziato. Nel progetto di ordinanza, infatti, la disciplina sulle clausole abusive era prevista per tutti i contratti, mentre è stata mantenuta solo per quelli d'adesione.³⁹ Essa è residuale rispetto al Codice del consumo e del commercio e prevede che in questi contratti tutte le clausole,⁴⁰ che creano uno squilibrio significativo fra diritti e obblighi delle parti, si reputano come non scritte. Tale squilibrio non può riguardare né l'oggetto principale né l'adeguatezza del prezzo.

La volontà di una maggiore certezza e di evitare una giurisprudenza "fluttuante" ha determinato l'introduzione della disciplina relativa alla fase di negoziazione e formazione del contratto che non era dettagliatamente prevista dal codice del 1804 per la diversa realtà

³⁷ Moury, La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre, in AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, 2016, 123.

³⁸ Bensadoun, Réforme du droit des contrats: les préoccupations des entreprises (partiellement) prises en compte, in AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, 2016, 164.

³⁹ Cfr. sul progetto di ordinanza Revet, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, in Recueil Dalloz, 2015, 1217; Chenede, Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, in Recueil Dalloz, 2015, 1226.

⁴⁰ La disciplina delle clausole abusive è esaminata da Gratton, Les clauses abusives en droit commun des contrats, in Recueil Dalloz, 2016, 22.

economica e sociale. Si tratta principalmente di un consolidamento dell'*acquis* giurisprudenziale già adottato nella prassi.

Accanto a un dovere di comportarsi "imperativamente" secondo buona fede nelle trattative (art. 1112), che è affine al nostro art. 1337 c.c. it. (anche se questa norma è redatta con maggiore precisione), viene stabilito espressamente un autonomo dovere di informazione, che non può essere né limitato né escluso. Si tratta di una regola nuova, non prevista neppure nella recente modificazione del *BGB* tedesco (§ 311). Esso sorge nelle ipotesi in cui una parte è a conoscenza di una informazione determinante, connessa con il contenuto o con la qualità delle parti, che l'altra non conosce o per cui fa affidamento nella controparte. Non si estende comunque al valore della prestazione. La disciplina e in particolare la sufficienza della "confiance à son cocontractant" potrebbero portare ad un ampliamento anche gravoso di questo dovere. Si osserva, peraltro, che in Italia il dibattito sui suoi limiti è tuttora aperto stante la sua indeterminatezza e la particolare incidenza che ha sui costi transattivi e sugli equilibri contrattuali e la dottrina e la giurisprudenza non hanno trovato soluzioni soddisfacenti, limitandosi ad indicare criteri che si contraddistinguono per la loro genericità e perciò al fondo sono di scarsa utilità ai fini applicativi. L'art. 1112-1 può andare, pertanto, incontro a difficoltà interpretative e ad un uso che è rimesso alla mera discrezionalità del decisore.

Alla responsabilità precontrattuale la Relazione attribuisce natura extracontrattuale, seguendo un indirizzo giurisprudenziale prevalente. Come da noi, il dibattito dottrinale e gli orientamenti delle Corti non hanno trovato ancora un punto di convergenza se la *culpa in contrahendo* si possa qualificare come aquiliana o contrattuale, sicché sarà la pratica a confermare o meno l'opinione della Relazione. Il risarcimento del danno è limitato al c.d. interesse negativo e sono escluse le perdite dei vantaggi attesi dal contratto non concluso. La mancata stipulazione del contratto non è, infatti, considerata un danno in sé. Le parti sono sempre libere di interrompere le negoziazioni in adesione al principio di *liberté contractuelle*.

Il contratto si conclude nell'incontro fra proposta e accettazione,⁴¹ che devono essere conformi, e viene consacrata la *theorie de la réception*. Si ha responsabilità extracontrattuale se l'offerta viene revocata prima della scadenza del termine fissato o di un tempo ragionevole e il revocante è obbligato a pagare il danno per non avere conseguito le utilità derivanti dal contratto. Sono regolate anche le figure del patto di prelazione e della promessa unilaterale. È disposto che nell'ipotesi di violazione della prelazione il beneficiario possa chiedere il

⁴¹ L'analisi della disciplina dell'offre et acceptation con riferimento ai tre progetti precedenti alla ordinanza si ha in Forray (nt. 9), 231 ss.

risarcimento del pregiudizio subito. Se il terzo era a conoscenza, può essere, invece, domandata la nullità del nuovo contratto o di sostituirsi al terzo.

La promessa unilaterale si configura come «le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire» (art. 1124) e pare vicina al contratto d'opzione. È interessante osservare come in caso di revoca prima del termine concesso al beneficiario sia prevista, in contrasto con la giurisprudenza costante francese, la conclusione del contratto, e non il risarcimento del danno, per assicurare una maggiore stabilità e per disincentivare la revoca. Così il contratto concluso in violazione della promessa unilaterale con un terzo che ne era a conoscenza è nullo.⁴²

La materia dei vizi del consenso⁴³ è modificata con l'adesione ad orientamenti giurisprudenziali, soprattutto relativamente al dolo commesso da terzi, al dolo per reticenza e alla scusabilità dell'errore. Ampiamente commentato è il riconoscimento della violenza economica come causa di annullamento del contratto che si inserisce nell'indirizzo presente nell'*ordonnance* di affermare la giustizia contrattuale.⁴⁴ La definizione muove dall'abuso dello stato di dipendenza che si concretizza sia nell'ottenimento di un impegno che la parte non avrebbe diversamente sottoscritto sia nel vantaggio manifestamente eccessivo, aggiunto rispetto al *projet d'ordonnance* sulla base delle osservazioni dottrinali. Nella Relazione al Presidente della Repubblica è chiarito come l'area di applicazione non sia limitata alla protezione delle persone deboli. Decisiva sarà l'interpretazione giurisprudenziale della nozione di "manifesta eccessività" per valutare la portata, gli effetti della norma e se prevarrà una interpretazione solidaristica meno attenta alla realtà di impresa.

Molto discusso è anche l'art. 1195⁴⁵ che introduce l'istituto della *imprevision*,⁴⁶ già adottato da altri ordinamenti⁴⁷ e previsto dagli strumenti di *soft law* e dai progetti di

⁴² V. Chenedè, La réforme du droit des contrats, in AJ Famille, 2016, 129, che si richiama alla giurisprudenza Cruz: Cass.Civ. 3, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, in Bull. civ. III, n° 174.

⁴³ Sui vizi del consenso anche con riferimento alla giurisprudenza Mekki, Droit des contrats, in Recueil Dalloz, 2016, 566.

⁴⁴ Chagny, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif, in AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, 2016, 115.

⁴⁵ Critico nei confronti dell'imprevision anche prima della sua adozione Genicon, Théorie de l'imprevision... ou de l'imprévoyance?, in Recueil Dalloz, 2010, 2485. Ritiene che la norma avrà una portata limitata Stoffel-Munck, L'imprevision e la réforme des effets de contrats (nt. 14), 30.

armonizzazione europea, abbandonando così la giurisprudenza *Canal de Craponne* risalente al 1876. È infatti stabilito: «Si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe». ⁴⁸

Criticabile è la scelta di non prevedere parametri cui si deve attenere il giudice nella revisione, in ciò discordandosi dal Progetto Terré, in cui veniva stabilito che il giudice doveva avere riguardo alle legittime aspettative delle parti. L'istituto della *imprevision* è strettamente connesso al tema dell'interpretazione. ⁴⁹ Il giudice, invero, può decidere secondo la sua visione e il suo modo di percepire la fattispecie oppure può ricercare la volontà dei contraenti al fine di determinare quale assetto di interessi essi avrebbero voluto. Le indicazioni ricavabili dal Progetto appena menzionato sembrerebbero far propendere per questa seconda soluzione. Va sottolineata la difficoltà nella ricerca di una soluzione corretta nell'ipotesi di contratti complessi, con clausole spesso che sono il risultato di compromessi e con parti di ordinamenti diversi. Essa va collegata ad una modifica delle norme relative alla interpretazione caratterizzata dall'esigenza di semplificazione in adesione alle soluzioni legislative, giurisprudenziali e ai principi Unidroit, PECL e del DCFR. Viene fissato come canone principale la ricerca della comune volontà delle parti; qualora non possa essere accertata, il contratto è interpretato secondo il senso che una persona ragionevole nelle medesime circostanze gli attribuirebbe (art. 1188). ⁵⁰ È

⁴⁶ Un esame secondo criteri economici dell'imprevision è svolta da Deffains et Ferey, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, in RTD Civ., 2010, 719; v. inoltre, Picod, *Le charme discret de l'imprévision à la française*, in AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, 2015, 441.

⁴⁷ Cousin - Guiziou - Leveunr - Azemar - Moron - Puech - Stevignon (nt. 26), 1118: v., però, la scelta del code civil del Québec, Jobin, *L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil au Québec*, in RTD Civ., 2004, 693.

⁴⁸ Nella disciplina degli effetti del contratto si osserva come oltre all'introduzione dell'imprevision e ad una modernizzazione e semplificazione: a) la disciplina dell'effetto traslativo sia chiarita con riguardo alla data e alle conseguenze. Viene poi estesa, ribaltando l'orientamento della giurisprudenza, la regola prior bona fide, potior tempore ai trasferimenti immobiliari; b) le norme sulla durata del contratto siano delineate in modo didattico (art. 1210 s.); c) sia introdotta la cessione del contratto (art. 1216 s.).

⁴⁹ Sulle norme relative all'interpretazione nel projet d'ordonnance, cfr. Witz, *L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats*, in Recueil Dalloz, 2015, 2020 ss.

⁵⁰ Ferrier, *Le renforcement du rôle du juge* (nt. 8), 81, richamandosi a Carbonnier: «La personne raisonnable c'est le juge».

anche affermata la necessità di una coerenza sia interna al documento sia con riferimento all'intera operazione economica nell'ipotesi di contratti collegati.

L'aumento dei poteri del giudice⁵¹ emerge anche nell'istituto della *caducité* (art. 1186),⁵² il quale prevede che il contratto *devient caduc* quando viene a mancare un elemento essenziale oppure, nel caso in cui l'esecuzione di una pluralità di contratti è necessaria per una stessa operazione economica e uno di essi *disparait*, «decadono i contratti la cui esecuzione è resa impossibile da questa sparizione e quelli per i quali l'esecuzione del contratto sparito era condizione essenziale del consenso». L'ordinanza consacra una figura già introdotta dalla giurisprudenza,⁵³ ma non sembra sufficiente a superare tutte le incertezze derivanti dalla sua applicazione. Se è chiaro che la «*caducité met fin au contrat*» (art. 1187), non sono disciplinati in modo chiaro gli effetti. Si può ritenere che, come da giurisprudenza costante, essa non travolga la clausola compromissoria, di attribuzione di giurisdizione e di previsione di una penale, come pure l'obbligo di garantire il cedente dei crediti dalla caducità del *bordereau* derivante dalla scomparsa del debito. Complesso è soprattutto il tema della retroattività che viene lasciato alla decisione del giudice caso per caso, con notevole incertezza e imprevedibilità delle decisioni.

La maggior rilevanza del ruolo del giudice⁵⁴ si evidenzia anche considerando l'incremento delle clausole generali e delle norme aperte: sono frequentemente richiamati sia gli "standards juridiques": la buona fede, la ragionevolezza, i concetti di abusivo, anormale, eccessivo, sia le "qualifications relatives" come: *legitime, grave, substantiel, significatifs, suffisamment grave*. La dottrina si interroga se oggi sia effettivamente impossibile legiferare senza le norme c.d. aperte oppure se siano espressione di un legislatore che, poco sicuro di sé, ritiene preferibile una "soft law"⁵⁵

Questo ruolo della giurisprudenza rende, però, condivisibile l'interrogativo sulla natura della riforma «purement technique selon certains, réforme politique pour d'autres», ma «s'il

⁵¹ Sul ruolo del giudice Masch, *Renforcement du role du juge* (nt. 8) 103, sottolinea come nonostante il BGB sia più restrittivo, le corti hanno comunque assunto un ruolo attivo: «souvent il exist une querelles des mots pas de fonds entre differentes ordres juridiques».

⁵² Sull'istituto della *caducité*, cfr. l'analisi di Aubry, *Retour sur la caducité en matière contractuelle*, in *RTD civ*, 2012, 625.

⁵³ Un aspetto problematico si ha anche con riguardo ai contratti interdipendenti: v. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats, in *Recueil Dalloz*, 2016, 29.

⁵⁴ Pur con qualche riserva pare favorevole a questa estensione Auque, *Retour du juge par la loi?*, in *Ajdi*, 2016, 184.

⁵⁵ Aynes, *Le juge e le contrat: nouveau role?* (nt. 14).

est une chose certaine, c'est que le projet d'ordonnance n'est pas neutre quant à la place laissée au juge dans le contrat. Le juge deviendrait... une troisième partie au contrat?». ⁵⁶ Le perplessità nascono dal fatto che non è assicurata la stabilità delle pattuizioni e con ciò la sicurezza degli affari e l'affidamento dell'autonomia dei privati. ⁵⁷

Profondamente innovata rispetto al testo originario è la Sezione 5 che riguarda l'inadempimento e i rimedi elencati nell'art. 1217 e poi regolati negli articoli successivi. ⁵⁸

L'eccezione d'inadempimento è disciplinata dall'art. 1219 che prevede la sua ammissibilità in caso di inadempimento sufficientemente grave, mentre l'art. 1220 introduce l'*exceptio timoris* ispirata all'art. 9: 201 dei PECL: in tale caso si configurerebbe un'eccezione di inadempimento sollevata a titolo preventivo e come tale sarebbe provvisoria e a "a rischio e pericolo" del creditore.

L'art. 1221 stabilisce che il creditore possa chiedere l'esecuzione in forma specifica della prestazione, purché non sia impossibile o non vi sia una sproporzione manifesta fra il suo interesse e il costo per il debitore, indipendentemente dalla gravità dell'inadempimento o dall'esistenza di un pregiudizio, secondo l'indirizzo della *Cour de Cassation*. È stata criticata la scelta di non specificare se, oltre al rimedio in forma specifica, possa essere domandato anche il risarcimento del danno. ⁵⁹

In caso di esecuzione imperfetta è generalizzata l'azione estimatoria e pertanto il creditore può domandare una riduzione proporzionale del prezzo: l'influenza dei progetti europei è evidente.

Tre sono i modi di risoluzione del contratto per inadempimento: la *clause résolutoire*, la risoluzione unilaterale e quella giudiziale. La risoluzione unilaterale costituisce il mutamento più rilevante: ⁶⁰ già affermata a partire dal 1998 dalla Cassazione, risponde a esigenze di efficienza ed è presente nei progetti europei e di *soft law*. Salvo i casi di urgenza, deve essere preceduta da una notifica contenente i motivi ed è "a rischio e pericolo" del creditore. «La risoluzione mette fine al contratto» e, qualora non siano dovute restituzioni, si sancisce l'espressione "resiliation" correntemente adottata nella prassi. Non travolge, in base ad una scelta già

⁵⁶ Cousin - Guiziou - Leveunr - Azemar - Moron - Puech - Stevignon (nt. 26), 1117.

⁵⁷ Irti, Un diritto incalcolabile, in Riv. dir. civ., I, 2015, 11 ss.

⁵⁸ Fourgoux, La rupture des contrats d'affaires (1): résiliation et résolution du contrat, in AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, 2016, 127; Chantepie, La rupture des contrats d'affaires (2): la gestion contractuelle de la rupture, in AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, 2016, 130.

⁵⁹ Grosser, L'exécution forcée en nature, in AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, 2016, 119.

⁶⁰ Laithier, Les sanctions de l'inexécution du contrats (nt. 14), 41 ss.

effettuata nel Codice Gandolfi e nei PECL, le clausole di giurisdizione, compromissoria, di confidenzialità e di non concorrenza.

Le norme relative al risarcimento del danno sono solo lievemente modificate, perché si prospetta un loro cambiamento insieme a quelle riguardanti la disciplina della responsabilità extracontrattuale.

PROFILI DELLA RIFORMA DELLE OBBLIGAZIONI

Seguendo la stessa logica che per il contratto, l'ordinanza ha previsto anche una parte generale delle obbligazioni che mancava nel *code civil* vigente, cercando di ordinare la loro disciplina sotto il profilo sia razionale che terminologico. Il titolo IV del libro III è stato così rimodulato e in parte riformato per conferire completa autonomia al diritto delle obbligazioni rispetto al contratto: l'obbligazione è considerata non soltanto un vincolo, ma soprattutto un bene, in quanto essenziale allo svolgimento dell'attività economica.

La Relazione indica i modelli considerati nella redazione dell'ordinanza, mostrando nuovamente la sua ambizione di affermarsi in una economia globalizzata. Non sembra possa costituire un riferimento per gli altri legislatori. Desto meraviglia che non si sia tenuto conto del *BGB* tedesco da poco modificato⁶¹ e soprattutto del cod. civ. it. del '42 che — seppure abbia più di settant'anni dalla sua nascita — rappresenta, in tema di obbligazioni, un esempio di codificazione. È vero che tramite la giurisprudenza e la dottrina ha subito alcuni mutamenti di significato rispetto al suo testo e alle originarie letture e in qualche caso avrebbe bisogno di ammodernamento per venire incontro ad esigenze ignote nel '42, ma sarebbe stato utile un confronto fra il modello adottato dall'ordinanza e il nostro modello, non già per accoglierne passivamente le regole (anche se alcune sono state scritte con più accuratezza da noi), ma per capire come si costruisce, partendo da una esposizione autorevole e tecnicamente di alto rango, quale è la nostra, una legislazione moderna. La dottrina francese si è ampiamente soffermata nel commentare la riforma con riguardo al contratto, ma non ha dedicato la stessa profondità di indagine per l'obbligazione forse perché ancora sotto l'influenza della struttura del *code Napoléon*, che ha condizionato, nel passato, gli scritti tradizionali sul modo di studiare l'obbligazione ed ancor oggi non si è liberata da tale influenza.

⁶¹ Un confronto dottrinale fra riforma francese e il *BGB* è contenuta nel volume cit. a nota 8.

Come scrive la Relazione, il titolo IV segue le varie fasi della vita dell'obbligazione,⁶² distinguendo quelle condizionate da quelle a termine, cumulative, alternative, facoltative, solidali e indivisibili; ha modernizzato le norme sul pagamento e ha esplicitato le altre che attengono all'estinzione dell'obbligazione, quali la remissione del debito, la compensazione e la confusione. Ha raggruppato l'insieme delle norme volte a modificare il rapporto obbligatorio e ha inserito, tra le principali azioni concesse al creditore per ottenerne l'esecuzione, quella diretta (art. 1341.3). Sono, infine, rese più agili le regole riguardanti la cessione del credito, la novazione, la delegazione; è stata inserita la cessione del debito (artt. 1327 ss.). Largo spazio è stato poi riservato alla prova.

UN ESAME DEGLI ASPETTI SIGNIFICATIVI

Un esame articolato delle singole disposizioni o dei singoli istituti, da un lato, non è semplice, perché essi costituiscono l'estratto delle tendenze e orientamenti affermatosi in dottrina e in giurisprudenza per cui non è sempre agevole comprendere a fondo le ragioni delle scelte del legislatore, e dall'altro non è neppure utile posto che il problema ormai è di accertare quali siano le più importanti innovazioni, o comprendere quale effetto abbiano nella pratica e di verificare come le semplificazioni apportate, in confronto ad altri ordinamenti, possano risultare di migliore e più agevole applicazione oppure fonte di ulteriori problemi.

Così, l'art. 1342-2, che disciplina il destinatario dell'adempimento, è più sintetico dell'art. 1188 c.c.it., e questa sintetività, forse, non farà nascere problemi rispetto a taluni dei soggetti elencati nella nostra disposizione. Diversamente si deve dire per il pagamento al creditore apparente, essendo più preciso e puntuale l'art. 1189 c.c. it. rispetto all'art. 1342-3. Per la delicatezza di questa fattispecie e guardando all'esperienza pratica, un maggiore dettaglio sarebbe stato opportuno.

Più volte si legge nella Relazione che si è voluto rendere più semplice la disciplina. In questa prospettiva sarebbe stato utile modificare la vecchia regola della necessità dell'intimazione per la costituzione in mora per ogni tipo di obbligazione e introdurre, come nel § 286 BGB, la distinzione tra obbligazioni *portables* e obbligazioni *quérables* e solo per queste ultime richiedere l'intimazione.

⁶² Sulla nozione di obbligazione, cfr. Hage-Chahine, La notion d'obligation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation, in Dalloz actualité, 2015, 7.

Confrontando la riforma con le stesse regole degli ordinamenti italiano e tedesco, si scorgono lacune; sarebbe stato utile un raffronto con la giurisprudenza di questi paesi per individuare se tutte le nuove questioni siano state prese in considerazione e risolte con l'ordinanza.

Alcune disposizioni meritano di essere messe in luce. Si assiste ad una semplificazione della disciplina della condizione rispetto alla precedente.⁶³ Viene affermato il principio della irretroattività della condizione sospensiva, ma la regola ha carattere suppletivo (art. 1304-6).

Nelle obbligazioni solidali non è inserita la norma che regola la transazione tra il creditore e uno dei debitori solidali (cfr. art. 2051 *cod. Nap.*), ma forse l'ipotesi rientra nell'art. 1316. Sarebbe stato opportuno fare più chiarezza su una fattispecie spesso ricorrente.

La cessione del credito che era presente nella vendita, è stata elevata a principio generale riguardante tutti i crediti, presenti e futuri, determinati o determinabili (art. 1321). La cessione deve essere fatta per iscritto a pena di nullità (art. 1322). L'ordinanza introduce — come si è detto — la cessione del debito (art. 1327 ss.), sconosciuta al *code civil*, ma ammessa dalla giurisprudenza francese.⁶⁴ Essa è vicina al nostro accolto. Non è prevista una norma sull'espromissione: potrebbe essere ammessa nella pratica sulla base del principio della libertà contrattuale.

La novazione è disciplinata in forma ordinata e chiara, ed è prevista, per quella soggettiva, la regola per cui quella che prevede il mutamento del debitore opera senza il consenso del primo debitore (e in ciò si differenzia dalla cessione del debito), mentre, per il cambiamento del creditore, occorre il consenso del debitore. Per la validità della novazione è necessario che il titolo novato e quello nuovo siano validi ed efficaci, a meno che le parti abbiano convenuto di sostituire un titolo valido al posto di quello viziato (art. 1331). La regola non è del tutto chiara, preferibile è il nostro art. 1234 c.c.

Il pagamento dell'obbligazione può essere provato con qualunque mezzo (art. 1342-8) ed è onere del debitore (art. 1342-7). L'art. 1348-2 consacra il principio della compensazione volontaria, da noi accolto nel codice civile all'art. 1252. Va sottolineato che la remissione del debito⁶⁵ è costruita come contratto, cioè presuppone l'accordo delle parti. Viene così

⁶³ V. Latina, *Le nouveau regime des obligations conditionnelles* (nt. 8), 181; Remien, *Les conditions: quelques remarques d'un point de vue allemande* (nt. 8), 199.

⁶⁴ Francois, *Les operations sur la dette* (nt. 14), 45, cfr., inoltre, l'analisi svolta da Picod, *La consecration de la cession de la dette* (nt. 8), 207; Lehman, *La reprise de dette: une perspective allemande* (nt. 8) 223.

⁶⁵ Picod, *La remise de dette dans l'avant-projet de réforme* (nt. 8), 235.

abbandonato il meccanismo dell'art. 1236 c.c.it. La scelta è discutibile, potrebbe essere superata dalla pratica.

Le disposizioni sulle obbligazioni terminano con la disciplina delle restituzioni. Si tratta di un aspetto rilevante dell'ordinanza: il *code civil* conteneva qualche regola sparsa su questo istituto e pertanto, in assenza di una puntuale disciplina, la giurisprudenza aveva esteso le norme sulla ripetizione dell'indebito a tutta la materia contrattuale. La definizione di un capitolo separato dedicato alle restituzioni non è solo volto a unificare la materia, ma soprattutto è teso a dettare una regolamentazione che vale per tutte le ipotesi in cui si rende necessario procedere ad una restituzione che sia connessa all'annullamento, alla risoluzione, caducazione e ripetizione dell'indebito.

IL REGIME DELLA PROVA

L'ordinanza si conclude con la disciplina della prova, che non è solo limitata al campo dei contratti e delle obbligazioni, ma pretende di costituire una teoria generale della prova.

Il titolo IV *bis* è composto da tre capitoli dedicati alle disposizioni generali, all'ammissibilità dei mezzi di prova, ai diversi modi di prova (atto pubblico, atto privato, altri atti scritti, atti ricognitivi, prova testimoniale, prova per presunzioni, confessione ed infine giuramento).

Vale la pena segnalare brevemente le seguenti norme:

- a. sono validi i contratti sulla prova relativi ai diritti di cui le parti hanno la libera disponibilità (art. 1356);
- b. è affermata la libertà da prova, tranne nei casi in cui la legge disponga diversamente (art. 1358);
- c. l'atto giuridico il cui oggetto abbia un valore superiore ad una somma fissata per decreto, deve essere provato per iscritto con atto privato o pubblico (art. 1359). La giustificazione sta nella sicurezza giuridica;
- d. «Nul ne peut se constituer de titre à soi-même» (art. 1363). La regola è stata definita più che un principio, una "sentenza";⁶⁶
- e. il valore probatorio delle dichiarazioni di un teste, nel rispetto delle regole del codice di procedura civile, è rimesso all'apprezzamento del giudice (art. 1381);

⁶⁶ Mekki, Le volet régime des obligations e de la preuve: parfaire un peu et refaire beaucoup, in Recueil Dalloz, 2016, 613.

- f. l'art. 1383 definisce la confessione secondo la nozione affermata in giurisprudenza e in dottrina (art. 1383): essa è irrevocabile, salvo il caso di errore di fatto (art. 1383-2).

ALCUNE PROSPETTIVE

La riforma del Libro III del *code civil*, pur ampiamente e per lungo tempo discussa, non è e non voleva neppure essere rivoluzionaria. Va inquadrata nel contesto del dibattito europeo sulla unificazione del diritto dei contratti, che ne fornisce anche una chiave di interpretazione. Se da un lato essa pare pragmaticamente accontentarsi di una modernizzazione e semplificazione della materia, dall'altro si intravede forse la presunzione (anche se ben mascherata) di aver fatto un'opera che abbia la dignità del *code civil* del 1804,⁶⁷ che ha circolato, oltre che per mezzo delle armate di Napoleone, per la qualità di una codificazione, ispirata dalla tradizione del passato e dai grandi scrittori che l'hanno preceduta, la quale aveva individuato il tipo di società che voleva costruire.⁶⁸

Le consacrazioni e le innovazioni sono frammentate e spesso manca una visione unitaria. Sono assenti spinte ideali quali quelle che avevano caratterizzato la codificazione ottocentesca, ma siamo in un clima diverso. Nell'età che tende alla decodificazione, in una società pluralista,⁶⁹ con visioni differenti, spesso contrastanti, sembra di recitare «fuori di un superato contesto un vecchio copione». ⁷⁰ Ai valori della borghesia si è ormai sostituita la protezione del soggetto debole, il cittadino diviene consumatore, l'autonomia dei privati è sfumata dalla solidarietà, il codice quale espressione di un ordinamento statale deve confrontarsi con le sfide della globalizzazione e il ruolo anche politico delle imprese multinazionali, che modificano il ruolo stesso dello Stato. L'Europa impone attraverso regolamenti e direttive il suo diritto privato spesso con disinvolta ignoranza delle tradizioni dei paesi cui sono rivolti, fortemente burocratizzati, mentre si discute del suo "deficit democratico". Forse non si poteva fare più che semplificare e modernizzare. Sicuramente si assiste al

⁶⁷ Così si esprime Meunier, *Droit des contrats: les enjeux d'une réforme*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p.416: «L'importance des contributions, et l'ampleur de la controverse qui à suivi le lancement de nos travaux illustrent non seulement la vitalité de la réflexion juridique en France, mais également et surtout la conscience de chacun du caractère historique de la réforme».

⁶⁸ Nicolò, voce «Codice civile», in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 243, evidenzia le ragioni per cui il codice francese è servito come modello per l'esperienza italiana, individuandole non solo nella comune tradizione romanista, ma anche nella vivacità del code Napoléon e nella sua adesione alla società e ai valori dell'epoca.

⁶⁹ Weber, *Il politeismo dei valori*, Brescia, 2010.

⁷⁰ Così Rescigno, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 250, trattando il tema di un possibile codice europeo dei contratti.

passaggio da un “mito” come era il *code Napoléon* ad una riforma non diversa dalle altre: manca l’anima che aveva vivificato il codice ottocentesco e una visione dello Stato e della società che si ha di fronte per consolidare uno strumento che guarda al futuro. Non è facile, dunque, prevedere⁷¹ se le nuove regole avranno la forza di reggere ai mutamenti che già si delineano oppure saranno regole provvisorie di durata limitata come è la moda di questi tempi, in attesa di un orizzonte che non si vede, meglio che oggi non siamo capaci di scorgere.⁷²

RIFERIMENTI

ALPA, Il progetto francese di riforma del diritto dei contratti, in **Riv. Crit. Dir. Priv.**, 2015.

AUBRY, Retour sur la caducité en matière contractuelle, in **RTD civ**, 2012.

AUQUE, Retour du juge par la loi?, in **Ajdi**, 2016.

BELVEDERE, voce «Definizioni», in **Dig. Disc. Priv., sez. civ.**, Torino, 1989.

BENABENT *et* AYNES, Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général, in **Recueil Dalloz**, 2016.

BENATTI, L’oggetto nel DCFR, in **Il DCFR: lessici, concetti e categorie** (a cura di Marchetti), Torino 2012.

BENSADOUN, Réforme du droit des contrats: les préoccupations des entreprises (partiellement) prises en compte, in **AJ Contrats d’affaires - Concurrence - Distribution**, 2016.

BOUCARD, La réforme, de la doctrine a l’ordonnance, in **La réforme du droit des obligations en France, 5 journée franco-allemandes**, sous la direction de Schulze - Wicker - Masch - Mazeaud, Paris, 2014.

BROS, L’interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats, in **Recueil Dalloz**, 2016.

CABRILLAC, Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, in **JCP**, 2008.

⁷¹ Mazeaud, Observations conclusives (nt. 14), 57, si richiama a Portalis: «Les codes des peuples se font avec le temps mais, à proprement parler, on ne le fait pas».

⁷² Autorevolmente è stato anche rilevato che: «la codificazione di una parte generale imprime al diritto delle obbligazioni una forza espansiva che lo costituisce come diritto comune a tutti gli obblighi aventi ad oggetto una prestazione economica, e dunque non solo ai rapporti obbligatori che nascono nella sfera della circolazione dei beni o della protezione di essi contro i danni prodotti dalla vita di relazione, ma anche agli obblighi patrimoniali connessi ai rapporti di diritto reale, ai rapporti di famiglia o alle successioni per causa di morte» (Mengoni, La parte generale delle obbligazioni, in *Scritti II*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, 297). Non credo che la riforma risponda a questa prospettiva.

CHAGNY, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2016.

CHANTEPIE, La rupture des contrats d'affaires (2): la gestion contractuelle de la rupture, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2016.

CHEMEDÈ, La réforme du droit des contrats, in **AJ Famille**, 2016.

_____Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, in **Recueil Dalloz**, 2015.

COUSIN - GUIZIOU - LEVEUNR - AZEMAR - MORON - PUECH - STEVIGNON (nt. 26), 1118: v., però, la scelta del **code civil** del Québec, Jobin, L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil au Québec, in **RTD Civ.**, 2004.

COUSIN - GUIZIOU - LEVEUNR - AZEMAR - MORON - PUECH - STEVIGNON, Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, in **Recueil Dalloz**, 2015.

DEFFAINS *et* FERREY, Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, in **RTD Civ.**, 2010.

DELPECH, Un vent de modernité sur le droit des contrats, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2015.

FAUVARQUE-COSSON, Towards an important reform of the French civil code, in **Montesquieu L. Rev.**, 2015, 1.

FORRAY, L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats. Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats, in **RTDC**, 2012.

FOURGOUX, La rupture des contrats d'affaires (1): résiliation et résolution du contrat, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2016.

FRANCOIS, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, in **Recueil Dalloz**, 2016.

GAMBARO, voce "Codice civile", in **Dig. Disc. Priv., sez.civ.**, Torino, 1988.

GENICON, Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance?, in **Recueil Dalloz**, 2010.

GHOZI *et* LEQUETTE, La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la chancellerie, in **Recueil Dalloz**, 2008.

GRATTON, Les clauses abusives en droit commun des contrats, in **Recueil Dalloz**, 2016.

GRIMALDI, En attendant la loi de ratification..., in **Recueil Dalloz**, 2016.

GROSSER, L'exécution forcée en nature, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2016.

HAGE-CHAHINE, La notion d'obligation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation, in **Dalloz actualité**, 2015.

HAROUËL - TERBOUD - TOURNAFOND, Le droit des contrats réformé par ordonnance?, in **Recueil Dalloz**, 2014.

HENRY, Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires, in **Recueil Dalloz**, 2009.

IRTI, Un diritto incalcolabile, in **Riv. dir. civ.**, I, 2015.

LEMARCHAND *et* LAMPE, Projet de réforme du droit des contrats et contrats informatiques: la portée générale donnée à la jurisprudence Faurecia, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2015.

MAINGUY, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, in **Recueil Dalloz**, 2009.

MALINVAUD, Le "contenu certain" du contrat dans l'avant-projet "chancellerie" de code des obligations ou le "stoemp" bruxellois aux légumes, in **Recueil Dalloz**, 2008.

MAZEAUD, Droit des contrats: réforme à l'horizon!, in **Recueil Dalloz**, 2014.

____ Réforme du droit des contrats: haro, en Hérault, sur le projet!, in **Recueil Dalloz**, 2008.

____ Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, in **Recueil Dalloz**, 2009.

MEKKI, Droit des contrats, in **Recueil Dalloz**, 2016.

____ 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 droit des contrats: l'art de refaire sans défaire, in **Recueil Dalloz**, 2016.

____ Le volet régime des obligations et de la preuve: parfaire un peu et refaire beaucoup, in **Recueil Dalloz**, 2016.

____ Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, in **Recueil Dalloz**, 2015.

MENGONI, La parte generale delle obbligazioni, in *Scritti II*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011.

MESTRE, Le bonheur contractuel!, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2016.

MEUNIER, Droit des contrats: les enjeux d'une réforme, in **Recueil Dalloz**, 2016.

MOURY, La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2016.

NICOLÒ, voce «Codice civile», in **Enc. Dir.**, VII, Milano, 1960.

ORDONNANCE n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. In:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>.

OUTIN-ADAM, Réforme du droit des contrats: entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2015.

PERES, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), in **Recueil Dalloz**, 2009.

PICOD, Le charme discret de l'imprévision à la française, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2015.

PORTALE, **Lezioni di diritto comparato**, Torino, 2007.

Rapport au Président de la République. Disponible: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>.

RESCIGNO, **Codici. Storia e geografia di un'idea**, Roma-Bari, 2013.

_____ Il contratto in generale, in **Diritto civile**, diretto da Lipari e Rescigno, Milano, 2009.

REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, in **Recueil Dalloz**, 2015.

_____ Une philosophie générale, in Réforme du droit de contrats: quelles innovations, in **Revue des contrats** (2016/Hors série), 2016.

ROME, Droit des contrats: la réforme maudite?, in **Recueil Dalloz**, 2014.

_____ Le droit des contrats à l'Assemblée nationale: du grand n'importe quoi!, in **Recueil Dalloz**, 2011, 1961.

RONTCHEVSKY, Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats, in **AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution**, 2016.

SACCO, Genotipi e fenotipi in tema di contratto, in Sacco e De Nova, Il contratto, I, in **Trattato Sacco**, Torino, 2004.

WEBER, **Il politeismo dei valori**, Brescia, 2010.

WITZ, L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, in **Recueil Dalloz**, 2015.

Trabalho enviado em 18 de fevereiro de 2018.

Aceito em 07 de março de 2018.