

## L'ORDONNANCE SULLA RIFORMA DEL CONTRATTO IN FRANCIA

Di Giuseppe Vettori

| 3

**SOMMARIO:** 1. Gli obbiettivi. – 2. *Justice contractuelle, Simplicité, efficacité et protection* - 3. I caratteri: il ruolo del giudice e il grado di imperatività delle nuove norme. - 4. Il ruolo del legislatore, del giudice e della scienza giuridica in Italia. I diversi modelli. Il contratto solidale, asimmetrico, senza numeri né aggettivi.

**ABSTRACT.** *Dopo due secoli dalla sua introduzione, il Code Civil è stato oggetto di una importante riforma. L'articolo offre una panoramica dei motivi e degli obbiettivi di questa revisione e discute l'opportunità che una simile riforma venga intrapresa anche in Italia.*

*More than two centuries later its introduction, a fundamental reform of French Civil Code took place. This paper gives a brief overview of the motives for and the aims of this reform and then it discusses the opportunity of a similar reform in Italy.*

## 1. Gli obiettivi

La Riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti in Francia si incrocia con alcuni fatti evidenti.

Da un lato il momento difficile del diritto privato europeo che ha abbandonato, dopo venti anni di studi e progetti, anche l'ultimo progetto parziale di uniformazione. Dall'altro la revisione dei codici nazionali pensati per accrescere identità e incidenza su aree economiche rilevanti. Con un fatto singolare. La mancanza in Italia di un'analogia spinta propulsiva.

Da qui lo studio che trae origine da due Seminari fiorentini. Uno sul ruolo della legge e del giudice nell'uso corretto dei principi<sup>1</sup>, l'altro sulla Riforma del *Code civil*<sup>2</sup>. Due temi per molti aspetti connessi come testimoniano le due riflessioni introduttive di Luigi Dei, Rettore dell'Università di Firenze che, pur non essendo giurista, ha colto benissimo quanto sia essenziale oggi il ruolo della Scienza e delle Istituzioni per una regolazione efficace della vita democratica in Europa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il Seminario si è svolto a Firenze il 18 novembre 2016 per i venti anni della collana Persona e Mercato. Questo il Titolo "Il diritto dei privati fra leggi e sentenze" e le due Sessioni. La mattina "Gli ultimi venti anni". Il Pomeriggio "L'uso corretto dei principi" E questa una parte della bella introduzione di Luigi Dei Rettore dell'Università di Firenze: "Tutti noi nell'agire quotidiano ci uniformiamo all'uso di alcuni principi che ci vengono imposti dalle leggi o da consuetudini, prassi o imperativi etici. Tutti

principi spesso sacrosanti sui quali nessuno osa porre dubbi, ma poi, quanto uso scorretto verificiamo nel nostro venire in contatto con l'uomo alle prese con il suo relazionarsi alla società! Insomma, quell'aggettivo "corretto" mi affascina, mi appassiona perché vi ravviso la molla del cambiamento, della positività, della straordinaria potenzialità come grimaldello per uscire dall'errore, per convertire l'errante. Educare all'uso corretto dei principi mi sembra una grande e bella sfida che forse ci può aiutare a costruire donne e uomini del futuro per i quali l'aggettivo "corretto" non eserciti più alcun fascino perché ormai diventato così "normale" da non destare più curiosità o attenzione".

<sup>2</sup> Il Seminario si è tenuto a Firenze ospiti del Cesfin in Palazzo Incontri, con il seguente titolo: "La riforma del Code civil e il diritto dei contratti in Europa"

<sup>3</sup> Questa l'introduzione di Luigi Dei al Seminario del 4 maggio 2017 "Assistiamo per la prima volta dai trattati di Roma, di cui celebriamo proprio in questi giorni il sessantesimo compleanno, ad un momento di crisi del processo di coesione e di unità politica del nostro continente. Nazionalismi, populismi, demagogie di vario tipo minano decenni di costruzione faticosa e irta di difficoltà. Il fatto che anche nel diritto si ripieghi sul ritorno ai diritti nazionali è significativo, e consentitemi a mio modo di vedere anche inquietante nel quadro generale. Abbiamo ritenuto per anni che discipline giuridiche uniformi per l'Europa fossero un buon viatico per il potenziamento anche dell'unità politica, ma anche per la crescita della competitività su scala ormai di globalizzazione planetaria. Oggi si assiste ad una stasi se non ad un ripiegamento, a una regressione di questa spinta unitaria. È nata l'Europa unita ma non sono cresciuti,

Basta pensare che stiamo parlando della modifica del *Code Napoleon*. Un simbolo di una volontà imperiale e di una precisa filosofia politica che *Portalis* ha tracciato e realizzato in modo efficace ed esemplare. Occorreva ridisegnare i rapporti fra individuo e Stato al di là di ogni assoluto e realizzare ciò che la classe borghese vincitrice si attendeva dalla Rivoluzione. Sostenere le conquiste acquisite, chiudere i torbidi del Terrore, garantire la stabilità delle Istituzioni e delle vendite dei beni nazionali dopo gli espropri.

Napoleone promise tutto questo nel discorso della Corona a *Notre Dame* e il *Code* divenne il testo garante delle conquiste e delle nuove appartenenze assieme alla solenne affermazione dell'eguaglianza formale, la libertà e la fraternità.

Ebbene ciò che è accaduto dopo è illuminante. In occasione del secondo centenario il *Code* è inteso ancora da tutti come memoria, sistema, simbolo di un'identità nazionale e vera Costituzione civile per porsi in dialogo con i mutamenti e con il pensiero del tempo. Ma l'anno dopo è iniziata la riflessione sulla riforma che arriva sino ad oggi.

Al gruppo di studio diretto da Pierre Catala (del 2005) si è succeduto quello guidato da Francois Terré (del 2009). L'Associazione Henri Capitant ha pubblicato due volumi sulla Terminologia e i Principi contrattuali comuni, la Corte di Cassazione ha

ti, potremmo dire, gli stati uniti d'Europa. La storia purtroppo non fa sconti, e probabilmente sotto le ceneri apparentemente spente di vecchi nazionalismi il braciere era ancora silente, ma acceso. È stata sufficiente una clamorosa crisi finanziaria ed economica mondiale e l'affacciarsi di economie emergenti con forza per riaccendere vecchie pulsioni, che alimentano idee semplici, quali quelle che da soli è più facile e si sta meglio. Il rischio terribile che le democrazie contemporanee non siano in grado di governare la complessità e che soluzioni semplici, paradossalmente, possano trovare consenso popolare, è reale e tangibile. Credo che in questo senso l'opera educativa di scuola e università sia essenziale e fondamentale per costruire i cittadini del domani maturi, che soprattutto vigilino con la ragione sui falsi miti totemici che populisti e imbonitori di turno possono evocare. Certo è che non basta contrapporre ragionevolezza a populismo. I problemi determinati da una unificazione europea troppo legata al potere finanziario monetario e poco sensibile ai drammi dei vasti strati di popolazione, devono essere affrontati. Affrontati però nel concreto dell'azione. Insomma i populismi e le spinte centrifughe si battono sì con formazione, istruzione, cultura, ma sono indispensabili anche interventi che entrino nel vivo della società e che concretamente affrontino i temi delle difficoltà sociali che creano poi ripiegamenti nazionalistici. Ebbene anche sul tema del diritto, del ritorno ai diritti nazionali, non possiamo stare fermi. E credo che se Germania e Francia procedono autonomamente, non possiamo restare in ritardo ponendo tempestivamente attenzione credo, e questo sarà vostro compito, ad analoghe riforme della nostra codificazione".



costituito un autonomo gruppo di lavoro (nel 2007)<sup>4</sup>.

Infine nel novembre 2013 è stato presentato un progetto di *ordonnance* (n. 2016-131 del 10 febbraio 2016) che si propone, secondo il comunicato del Ministero della Giustizia<sup>5</sup> e il Rapporto al Presidente della Repubblica, alcuni obiettivi precisi.

Riscrivere il diritto comune dei contratti per tener conto della realtà sociale ed economica mutata con una disciplina utilizzabile nei rapporti fra soggetti non qualificati, fra professionisti o fra questi e i consumatori.

## 2. *Justice contractuelle, simplicité, efficacité et protection*

L'idea di fondo è chiara.

Il Rapporto al Presidente della Repubblica evoca chiaramente “l'objectif de justice contractuelle”<sup>6</sup>, realizzato in modo peculiare. La scomparsa della causa, la previsione di norme sulla formazione, sul contenuto lecito e certo, sul rilievo della buona fede e delle sopravvenienze. Novità che affidano nuovi e più penetranti poteri di intervento al giudice in base a un preciso orientamento: “*dans le systèmes de droit codifié, il n'y a pas plus de justice sans loi que de justice sans juge. Il ne faut pas pour autant craindre ce dialogue permanent entre la loi et le juge qui continuera s'exercer dans le cadre rénové du droit des obligations*”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 1 *Contract et engagement unilatéral*, 4ed., Paris, 2016, p. 41 ss. e G. Alpa, *Il progetto francese di riforma del diritto contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 96 s.

<sup>5</sup> Communiqué de presse, *Reforme du droit des contrats, du régime général e de la preuve des obligations*, del 11 febbraio 2016, in [secretariat.presse.cab@justice.gouv.fr](mailto:secretariat.presse.cab@justice.gouv.fr).

<sup>6</sup> M. FABRE-MAGNAN, *What is a Modern Law of contract? Elements for a New Manifesto for Social Justice*, in *European Contract Law*, in ECRL, 2017, p. 376-388 ed ivi il seguente abstract “*La récente réforme du droit français des contrats consacre et même renforce les mécanismes de protection de la partie faible qui avaient été progressivement reconnus par la jurisprudence. Ce n'est pas à dire pour autant que l'agenda de la justice contractuelle soit désormais vide. De nombreuses questions sont apparues qui ne sont pas traitées par le nouveau droit français, mais pas non plus par les autres droits nationaux de l'Union européenne, ni par le projet de Cadre commun de référence. Trois exemples sont donnés de problèmes contemporains que les juristes de droit des contrats devraient à présent affronter: la question de l'accès aux biens et aux services essentiels pour la personne, celle de la qualité des biens et des services fournis par le contrat, et enfin celle du processus de production de ces biens et services. Sur ces trois questions, des propositions sont faites qui pourraient servir de base à un nouveau manifeste pour la justice sociale en droit européen des contrats*”

<sup>7</sup> P. Grosser, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général e*

A questa primaria finalità si affiancano tre obiettivi.

*Simplicité, efficacité et protection* al fine di rendere il diritto dei contratti e delle obbligazioni francesi, grazie anche ad un progetto di riforma della responsabilità civile (già pubblicato), *prévisible, protectives mais efficaces, rigoureux mais pragmatiques*, sì da consolidare e rafforzare l'*attractivité* del sistema giuridico francese.

Chiari sono anche gli strumenti, le novità e le consolidazioni, in ogni settore che è opportuno solo ricordare, come premessa agli approfondimenti contenuti nel testo, sulla formazione, gli effetti, i quasi-contratti, il regime delle obbligazioni<sup>8</sup>.

a) La formazione del contratto e le significative novità. (Titolo terzo Capitolo Primo)

Nelle Disposizioni Preliminari (prima inesistenti) si riafferma la libertà di contrarre, di scegliere il contraente e di determinare la forma e il contenuto, nei limiti fissati dalla legge. (1102), con una precisazione immediata: la libertà contrattuale non può “*déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*”. In questi limiti l'atto “*tien lieu de loi*” (1103) e deve essere negoziato, formato ed eseguito in buona fede (1104 1 comma) qualificata come dovere *d'ordre public* (1104 2 comma).

Seguono sette categorie di contratti con *dénomination propre* a cui si applicano le *règles générales sous réserve de ces règles particulières*. (sinallagmatici o unilaterali, a titolo oneroso o gratuito, commutativi o aleatori, consensuali solenni o reali, liberamente negoziati o d'adesione quando le condizioni generali sono determinate da una parte, il contratto quadro, a esecuzione istantanea o successiva. (1106-111-1)

La conclusione del contratto (Capitolo secondo, sezione prima, sottosezione *Les négociations*) regola il contegno in mala fede e potenzia il dovere di informare specificando il suo contenuto, il regime della prova, l'inderogabilità, la responsabilità oltre l'annullamento (1112, 1112-1, 112-2) con un esplicito cumulo dei due rimedi. Nella seconda sottosezione (*L'offre e l'acceptation* 113-112) si riproduce il procedimento di conclusione senza particolari novità se non quella (in un'apposita sottosezione la terza) della piena opponibilità a terzi del patto di preferenza (1123), già previsto dalla giurisprudenza<sup>9</sup> e della *promesse unilatérale* (1124) con cui un contraente attribuisce all'altro un diritto di opzione,

*de preuve des obligations*, in *AJ Contrat-AJ Contrats d'affaires- Concurrence- Distribution*, 2016, p. 270-271. v. D. MAZEAUD, *Prime note sulla Riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, p. 432 ss.

<sup>8</sup> A. BÉNABENT - L. AYNÈS, *Réforme du droit des contrats e des obligations: aperçu général*, Recueil Dalloz, 2016, p. 434 ss.

<sup>9</sup> Cass, 26 maggio 2006, n. 04-13943: *Bull. civ. mixte*, n. 4)

mentre un'intera sotto sezione (la quarta) è dedicata ai contratti conclusi per via elettronica (1125-1127).

6 Sono previsti tre interPELLI che consentono di eliminare una situazione di incertezza nella conclusione di un contratto. In presenza di un patto di preferenza (1123, 3, 4), di un dubbio sui poteri del rappresentante (1158) e in caso di nullità che può essere fatta valere, dopo un'istanza scritta, entro un certo tempo pena la conferma del contratto (1183).

b) La validità del contratto.

L'art. 1128 indica come necessari per la validità del contratto il consenso, la capacità di contrarre e un contenuto lecito e certo.

Scompare la causa anche se la sua essenza è evocata più volte nelle nuove norme (1168, 1169, 1170)<sup>10</sup>. Muta e si amplia l'attenzione a nuovi vizi del volere, all'ordine pubblico (con la scomparsa del buon costume), all'equilibrio fra diritti e obblighi e alla buona fede<sup>11</sup> che diviene regola primaria sin dalla formazione del contratto.

Così è prevista la nullità di un contratto concluso in presenza dell'approfondimento dello stato di dipendenza di una parte che determina un vantaggio manifestamente eccessivo (1143). Le clausole abusive contenute in un contratto non negoziato fra qualsiasi soggetto sono *réputée non écrite* (1171).

Si precisa che nei contratti sinallagmatici la mancanza di equivalenza delle prestazioni non è causa di nullità (1168) che è prevista invece nell'art. 1169 in presenza di una controprestazione *illusoire ou dérisoire* e nell'art. 1170 quando una clausola "*prive de substance l'obligation essentielle de débiteur*"<sup>12</sup>.

E' prevista la caducité di un contratto quando venga a mancare uno dei suoi elementi essenziali (1186-1) in particolare in presenza di un gruppo di contratti coordinati alla realizzazione di una medesima operazione (1186-2-3).

c) Gli effetti del contratto e la disciplina delle prove.

Le novità sono sostanzialmente tre la disciplina dell'*imprevision* (1195), *l'exceptio timoris* (1220), la riduzione del prezzo (1223) che generalizza l'azione estimatoria, molte invece le consolidazioni dovute alla giurisprudenza, la nuova disciplina sulla *résolution*<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> V. sul punto E. NAVARRETTA, *La causa e la réforme du code civil français*, in *Persona e Mercato*, 2017, 4, p. 205 ss.

<sup>11</sup> F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 627 ss.

<sup>12</sup> V. F. BENATTI, *op. cit.*, p. 631.

<sup>13</sup> S. PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento del duemila*, in questo Numero, p. ; C. GRANELLI, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, *ivi*, p. ; e in particolare M. DELLA CASA, *La nuova*

La riforma *préserve la relation contractuelle, prioritairement par la négociation, si nécessaire par voi judiciaire*, in presenza di un rapporto divenuto squilibrato economicamente per cause imprevedibili (1195). Con una rivoluzionaria disciplina che consente al giudice su richiesta di una parte di modificare o correggere il contenuto del contratto. Si disciplina l'eccezione di insicurezza in via preventiva quando è chiaro che l'altro contraente non adempirà (1220) e il creatore potrà, dopo un preavviso, accettare un'esecuzione imperfetta sollecitando una riduzione proporzionale del prezzo (1123).

Fra i recepimenti dei risultati giurisprudenziali spicca la disciplina aggiornata del consensualismo, precisato in ordine all'effetto traslativo che può essere differito per volontà delle parti, la natura delle cose o per disposizione di legge, mentre l'acquirente che per primo ha preso possesso della cosa mobile o ha trascritto l'acquisto di un immobile è preferito solo se in buona fede (1196, 1198). Si indica la data della conclusione come momento traslativo, si elencano le conseguenze del passaggio del rischio e della custodia (1196, 1197).

Norme specifiche sono dedicate alla durata e alla cessione del contratto (1210, 1216), alla esecuzione forzata (1221) e alla disciplina della risoluzione (1224 ss.) ove si elencano clausole di risoluzione, risoluzione unilaterale e risoluzione giudiziale (1226)<sup>14</sup>.

Alle prove l'*Ordonnance* dedica il nuovo titolo IV bis del terzo libro secondo la tradizionale collocazione nella materia delle obbligazioni. Manca come si è osservato un vero rinnovamento e vi è piuttosto una semplificazione e un consolidamento della evoluzione giurisprudenziale sul punto<sup>15</sup>.

### 3. I caratteri della Riforma. Il ruolo del giudice e il grado di imperatività delle nuove norme

Significativo è il modo con cui si è arrivati alla approvazione del testo della riforma.

Il progetto fu presentato in Consiglio dei Ministri e depositato in Senato il 27 novembre 2013. Il 15 gennaio 2014 la competente commissione del Senato considerò troppo importante la riforma per essere promulgata tramite un'*ordonnance* e sollecitò un dibattito pubblico rinviando la questione all'Assemblea nazionale, la quale il 16 aprile 2014

*résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 1539 ss.

<sup>14</sup> A. BÉNABENT-L. AYNÉS, *Réforme du droit des contrats e des obligations: aperçu général*, *cit.*, p. 434 ss.

<sup>15</sup> v. S. PATTI, *Il nuovo diritto delle prove nel Code civil*, in questo numero, p.



ripropose la originaria soluzione. Da qui un passaggio ad una commissione paritaria che constatò solo l'assenza di accordo delle due Camere. Sicché l'Assemblea nazionale, il 30 ottobre 2014 ha autorizzato il governo a legiferare per ordinanza. Ma il Senato il 22 gennaio 2015 ha rifiutato ancora di votare il testo e l'Assemblea nazionale il 28 gennaio 2015, in base all'art. 45 della Costituzione, in assenza di accordo, ha autorizzato il Governo ad adottare l'ordinanza di riforma. Il 29 gennaio 2015 un gruppo di 60 Senatori ha chiesto l'intervento del *Conseil constitutionnel* che il 12 febbraio 2015 ha giudicato il ricorso all'*ordonnance* conforme alla Costituzione.

Il commento a tutto ciò è stato chiaro e condivisibile.

“Si possono comprendere le ragioni pratiche che hanno condotto a voler modificare una materia così fondamentale del diritto civile con un'ordinanza, *mais c'est tout de meme un signe de ce qu'est devenu aujourd'hui le débat parlementaire*”<sup>16</sup>.

Purtuttavia il giudizio della più autorevole dottrina francese è sostanzialmente favorevole ad un testo che ha recepito i risultati della giurisprudenza<sup>17</sup>, ha tenuto conto dei principi europei (ad esempio sulla *imprévision* o il *vice de violence*), con un assetto che ha rinunciato ad alcune scelte discusse (come il riferimento ai diritti fondamentali) ed è approdata ad un testo *globalment équilibrée* sui poteri riservati al giudice, sul ruolo della volontà unilaterale delle parti e sulla disciplina di protezione<sup>18</sup>.

Ma non mancano opinioni diverse e aspetti controversi.

In primo luogo sull'ampliamento del ruolo del giudice in ogni settore.

La disciplina dell'*imprevision* (1195) per alcuni attribuisce al giudice un potere eccessivo di modificare il contenuto del contratto. Discusso è l'istituto che dispone la *caducité* quando viene a mancare un elemento essenziale di un contratto isolato<sup>19</sup> o di un contratto compreso in una operazione composta di più contratti collegati (1186) per l'aumento della discrezionalità di chi giudica. E ancora l'ampiezza delle clausole generali attribuirebbero al giudice il ruolo di una “*troisième partie au contrat*”<sup>20</sup>.

D'altra parte si critica la discontinuità con la tradizione *code civil*, e si censura la frammentarietà, la carenza di una visione unitaria e la recezione pragmatica di una visione europea priva di valori condivisi e in chiaro *deficit* democratico<sup>21</sup>.

Non solo. Un'ambiguità del legislatore si evince sulla natura imperativa o suppletiva delle norme più significative.

Il Rapporto al Presidente della Repubblica in un inciso parla di regole suppletive de’ *volonté sauf disposition contraire*<sup>22</sup>, come in caso di buona fede o di dovere di informazione. Un'indicazione che per alcuno ribadisce la primaria libertà delle parti<sup>23</sup> e sembra ad altri priva di valore precettivo vincolante per l'interprete<sup>24</sup>. Sicché può spingere le parti “*à multiplier les clauses tendant a faire croire à l'égal force des deux parties..mais les juges pourront là aussi remettre en cause ces affirmations lorsqu'elles leur paraîtront avoir été obtenues dans des conditions discutables*”<sup>25</sup>.

Il testo del Rapporto è chiaro. Si sostiene che il carattere suppletivo delle norme si trae dall'art. 6 del *code civil* e dai nuovi articoli 1102 e 1103, che richiederebbero un'espressa ed esplicita indicazione della natura imperativa di una regola. Sicché *Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère suppletif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception*.

In verità tale affermazione non è convincente per una serie di ragioni<sup>26</sup>. Il legislatore ha riconosciuto l'inderogabilità ad alcune regole emblematiche, ma ciò non significa che altre, non ricordate, non abbiano tale carattere. Basta pensare alla norma sulle clausole generali (1119) senz'altro di ordine pubblico ed ad altre dubbie come l'art. 1117 sulla caducità della proposta, l'art.1227 sulla risoluzione giudiziale,<sup>27</sup> la clausola sull'*imprevision* che escluda il ricorso al giudice (1195)<sup>28</sup>. Dubbio è ancora la natura

*Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu general*, cit., p. 442 ss.

<sup>21</sup> Sono queste le conclusioni di F. Benatti, *op. cit.*, p. 639 ma anche G. ALPA, *op. cit.*, p. 196 ss. si chiede se ha avuto un senso “incorporare in un monumento storico come il codice Napoleone un corpo straneo che non si uniforma ad esso né per la lingua né per lo stile né per le connessioni sistematiche”

<sup>22</sup> *Rapport au Président de la République relatif a l'ord. n.2016-131 du 10 févr. 2016*, in JO del 11 févr., p. 9.

<sup>23</sup> D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 441 a proposito della disciplina dell'*imprevision*.

<sup>24</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 49.

<sup>25</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 50.

<sup>26</sup> H. BARBIER, *Le grand mouvement du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *RTD civ.*, 2016, p. 247 ss.

<sup>27</sup> M. DELLA CASA, *La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, cit., p. 1539 ss.

<sup>28</sup> Riconosce questa possibilità D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 441, mentre H. BARBIER, *op. cit.*, nota 25, richiede “*une renoncia-*

<sup>16</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 44.

<sup>17</sup> D. Mazeaud, *Prime note*, cit., p. 433 ss.

<sup>18</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, in *RDC*, 2015/3, p. 639; ID., *Droit des obligation*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>19</sup> E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p.

<sup>20</sup> V. sul punto F. Benatti, *op. cit.*, p. 634 e 635 e il richiamo alle critiche sulla causa a COUSIN-GUIZIOU-LEVEUNE-AZEMAR-MARON-PUECH-STEVIGNON, *Regard comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligation*, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1115 ss., sul ruolo del giudice BENABENT ET AYNES,



di ordine pubblico internazionale delle nuove norme (buona fede, imprevisione, caducità, clausole abusive) e la loro applicabilità ai contratti internazionali. Incertezza questa che non giova all'attrattività del diritto francese. Sicché, si osserva, sarà ancora il giudice a decidere la disponibilità o il grado di imperatività di molte nuove norme, giocando un ruolo "fondamentale dans la balance finale de l'attractivité de notre futur droit des contrats."<sup>29</sup>

#### 4. Il ruolo del legislatore, del giudice e della scienza giuridica in Italia. I diversi modelli contrattuali. Il contratto solidale, asimmetrico, senza numeri né aggettivi.

Il confronto fra i diversi formanti deve poter contare oggi su un corretto uso dei principi e su di un rinnovamento delle regole, riflettendo sui modelli più adatti ad una disciplina attuale del contratto.

La legislazione italiana ha aspetti non omogenei rispetto ad altri paesi europei per molte note ragioni.

Il codice nasce come un'attenta opera di revisione delle scelte del precedente testo del 1865 alla luce della Pandettistica e del BGB, con aspetti di assoluta originalità come l'abolizione della distinzione fra codice di commercio e codice civile e la conseguente "commercializzazione" del diritto delle obbligazioni e del contratto. D'altra parte la raffinata tecnica di redazione del testo consentì di sganciarsi dall'ordinamento corporativo con pochi tratti di penna e di ancorarsi ai valori costituzionali con una rilettura iniziata negli anni 60 e 70 del novecento dalla dottrina e dal legislatore, interno e comunitario, e proseguita dagli anni 80 in poi con un'opera preziosa della giurisprudenza italiana ed europea.

La scelta, poi, di non inserire nel codice le novità comunitarie, ma di collocarle, assieme ad altre, in codici di settore ci ha avvicinato al modello francese, con il vantaggio di molte anticipazioni solo ora recepite nella riforma. D'altro canto la pregevole costruzione di una teoria generale del contratto e

delle obbligazioni, dovuta a grandi Maestri del novecento, ha consentito di mantenere un alto livello di qualità apprezzato da molti paesi. Con alcune debolezze.

Fra cui, appunto, non aver ripensato proprio la disciplina generale del contratto, prestando attenzione ad una diversificazione, di dubbia consistenza teorica, secondo numeri o aggettivi (primo secondo e terzo contratto, asimmetrico ecc.), ed essersi appagati, peraltro, di importanti legislazioni di settore in tema di famiglia e filiazione, società, rapporti bancari e finanziari. Spesso seguendo la corrente europea a ritmo alterno, con un risultato spesso ibrido e non elastico, su alcune scelte di fondo come l'intervento correttivo del giudice, la disciplina delle sopravvenienze, gli strumenti di riequilibrio del contratto<sup>30</sup>.

Tutto ciò ha determinato la contrapposizione fra alcuni modelli, in conflitto,

Uno solidale di origine giurisprudenziale che sperimenta nuovi rimedi, applica tramite le clausole generali i valori costituzionali ed uno ancora legato ai criteri di un positivismo legislativo oramai inadatto a regolare una società in profonda evoluzione che richiede una revisione e consolidazione normativa del diritto dei contratti, tenendo conto di precedenti giudiziali tramandabili e di una dottrina vigile e attenta.

Ci sono pericoli in entrambi queste visioni. Vediamoli da vicino.

La giurisprudenza più recente utilizza sempre più spesso il concetto di contratto asimmetrico che merita alcune considerazioni.

La formula utilizza alcuni riferimenti forti. L'asimmetria richiama l'attenzione alle differenze. Rompe l'astratta unità del contratto e del contraente. Si avvia ad affrontare con uno strumento efficace la frantumazione del *pos-moderno*. Ma proprio su questo occorre riflettere.

Che cosa si cela dietro l'asimmetria? Quale metodo? Quali strumenti di indagine? Certo su tale concetto non si può fondare, di per sé, un ragionamento che decida su una posizione "debole" senza altro ausilio precettivo. Né può bastare un principio come l'articolo 3, 2 comma, della Costituzione che esige la rimozione di ostacoli di fatto, tramite una regola stabilita dalla legge o rinvenuta dal giudice partendo da una ricognizione di indici normativi.

Alcuno autorevolmente e con grande sensibilità giuridica, ha posto in luce una indubbia continuità. La legge italiana e comunitaria va oramai oltre il consumatore e ciò giustifica, si osserva, la creazione di nuove figure come il cliente, il turista,

*tion expresse et dépourvue d'ambiguïté au bénéfice de l'art. 1195*".

<sup>29</sup> H. BARBIER, *op.cit.* e J. ANTIPPAS, *Riflexions sur l'identité contractuelle française*, *AJDA*, 2016, p. 1620 ss.; M. CHAGNY, *Les droits des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats*, in *RTD Com.*, 2016, p. 451 ss.; P. SIRINELLI, *L'équilibre dans le contenu du contrat*, in *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 240 ss. che dubita espressamente della prevedibilità e attrattività delle scelte perché la vincolatività del contratto è meno assicurata e perché molte delle nuove soluzioni si basano su nozioni "aperte" lasciando un importante margine di interpretazione al giudice. N. RONTCHEVSKY, *Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats*, in *AJ Contracts d'affaires-Concurrence-Distribution*, 2016, p. 112 ss.; J. Mestre, *Le bonheur contractuel!*, *ivi*, 2016, p.105 ss.

<sup>30</sup> BRECCIA, *Tempi e luoghi del contratto*, in *I Contratti*, 2018, 1, p. 5 ss.



l'investitore. Tutte racchiuse entro il concetto di contratto asimmetrico. Versione colta e intelligente dell'idea di un contratto con numeri e aggettivi, insufficiente però, nella mia visione, sotto almeno due profili.

Il numero del contratto (Btb, Btc) o l'aggettivo del contraente (debole, asimmetrico, protetto) non indicano un metodo di risposta. Per ragioni evidenti.

L'analogia è impossibile per materie non omogenee e la debolezza di una parte (cliente, turista ecc.) non può, di per sé, giustificare un potere correttivo del giudice. Se fosse così i timori di un'eccessiva discrezionalità dell'interprete sarebbero fondati.

D'altra parte il ricorso ad una sola analisi strutturale del contratto o il ricorso ad un metodo tipologico di qualificazione della fattispecie concreta, non fornisce sempre utili risultati. L'utilizzo delle norme dispositive sarà sicuramente di aiuto nella ricerca della disciplina applicabile in molte circostanze e potrà fornire una cornice precettiva di grande interesse, ma non precisa le tecniche concrete di controllo dell'operazione economica posta in essere fra le parti.

Ne è prova proprio l'analisi attualissima sui derivati<sup>31</sup>. La ricostruzione della struttura e della conformazione di ciò che le parti hanno voluto realizzare non basta<sup>32</sup>. In tal modo si utilizza la causa in astratto, abbandonata peraltro dal Code riformato e non si utilizzano a fondo altri strumenti di valutazione.

Come la causa in concreto per il controllo dell'atto, la buona fede nel controllo di conformità dei comportamenti, l'ordine pubblico che proprio il Code sottopone ad processo di "assorbimento e di osmosi"<sup>33</sup> con il buon costume sino a contenere in sé la violazione della lealtà, il rispetto degli usi onesti, la buona fede materializzate "in forme progressivamente nuove"<sup>34</sup> come fondamento di un giudizio sulla validità dell'atto che esprime la "linea di confine tra ciò che è commerciabile e ciò che non si può sottoporre a scambio"<sup>35</sup>.

Da qui appunto l'idea di un contratto senza numeri e aggettivi che affronta il problema della diversità e dell'asimmetria con un bagaglio (non solo una scatola degli attrezzi) nuovo e adatto ai tempi.

Non è necessario, ed è spesso fuorviante in mano a poco raffinati interpreti anche giudiziali, costruire nuove categorie di contratti asimmetrici modellati su figure sempre diverse di contraenti protetti.

Si deve partire, invece, dalla ricostruzione della fattispecie concreta per qualificarla, trovare una disciplina applicabile attraverso le norme dispositive, individuare le norme inderogabili di limite, e poi fissare il controllo attraverso le leggi di settore, le clausole generali e le norme indeterminate, come la buona fede e l'ordine pubblico, da applicare secondo due parametri. La consolidazione delle pronunzie giudiziali e dottrinarie sul modo di concretizzare, nei singoli casi, la correttezza e lealtà della negoziazione. La *ratio* volta a volta sottesa alle norme di validità e della nullità in particolare, con la gradualità della disciplina che esse comportano<sup>36</sup>.

Tutto qui ci si può chiedere? Solo questo occorre ad una disciplina generale del contratto da riformare? Credo di sì ma con un chiarimento di fondo. Il giudice e l'interprete debbono attuare le regole dei codici e principi costituzionali interni e sovranazionali. E il compito non è né nuovo né facile perché esige un metodo e un'attività molto diversa dal passato.

Regole e principi esigono un coordinamento sistematico e costruttivo. Occorre partire dal fatto e dalle norme per comprendere l'effettività di tutela che si manifesta dal fatto e le risposte che può dare la norma, da completare attraverso l'uso corretto dei principi.

Certo ciascuno deve fare il suo compito.

Di fronte a norme o a un sistema non effettivi il legislatore deve intervenire con alcuni interventi mirati. Come è accaduto in Francia.

Basta pensare ad alcuni provvedimenti. L'estensione della disciplina delle clausole vessatorie ad ogni contratto non negoziato. L'ampio ruolo affidato alla buona fede e all'ordine pubblico riformato. La "violenza economica", conosciuta da molti decenni nell'ambiente di common Law. I nuovi e maggiori poteri conferiti giudice. Sono tutte risposte adeguate ai tempi che coniugano norme e principi, clausole generali e norme indeterminate, nella difficile attività di regolazione dell'autonomia privata e del contratto.

Ogni ulteriore ritardo del legislatore italiano sarebbe grave. Anche perché la regolazione comunitaria ha poche luci e molte ombre. Il legislatore non

<sup>31</sup> V. da ultimo C. ANGELICI, *Alla ricerca del derivato*, Milano, 2016, p. 85 ss.

<sup>32</sup> Così M. LIBERTINI, *Note di lettura: Alla ricerca del "derivato"*, in *Osservatorio di diritto Commerciale*, 2017, 1, p. 172 ss.

<sup>33</sup> G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordre public dopo la Riforma del Code civil*, in *Persona e Mercato*, 2017, 4, p. 199 ss.

<sup>34</sup> DI MARZIO, *Buon costume*, in *I contratti in generale*, Torino, 2000, VI, p. 250.

<sup>35</sup> D. CARUSI, *Disciplina della causa*, in *Tratt. Rescigno*, I, *I contratti in generale*, Torino 1999, p. 562.

<sup>36</sup> G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 201 ss.; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190; e, in diversa prospettiva, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.

ha ritenuto di recepire neppure le indicazioni più forti dei gruppi di lavoro costituiti nei decenni passati, con l'unica eccezione di una normativa sui contratti dei consumatori e di intermediazione finanziaria. D'altra parte la Corte di Giustizia e la Corte EDU sono intervenute su temi relevantissimi, ma spesso privi di una adeguata consolidazione normativa.

| 10