

JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



3-2022

maggio-giugno



G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.



Atti dell'incontro di studio *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino.

INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
La <i>réforme</i> del <i>Code civil</i> 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana? *	
di Michel Cannarsa	559
Sulla <i>cession de créance</i> *	
di Valeria Confortini	564
La gestione delle sopravvenienze: rivoluzioni e occasioni perse *	
di Letizia Coppo	580
Dal sistema alla lettera e ritorno: riflessioni sul modello franco-italiano di arricchimento senza causa *	
di Stefano Deplano	598
Alcune chiose sulla revoca della proposta contrattuale nel diritto italo-francese a cinque anni dall' <i>Ordonnance</i> -2016 *	
di Edoardo Ferrante	620
La “ <i>force symbolique</i> ” della nuova disciplina della responsabilità precontrattuale *	
di Massimo Foglia	629

* Contributo sottoposto a revisione.



	<i>pag.</i>
“ <i>Exécution forcée en nature</i> ” tra vecchi e nuovi modelli italo-francesi *	
di Daniela Maria Frenda	642
Il diritto francese del contratto e i contratti della filiera produttiva *	
di Bianca Gardella Tedeschi	653
La nuova disciplina francese del dovere di informazione precontrattuale: un modello per l’Italia? *	
di Andrea Maria Garofalo	660
Verso un ordine giuridico senza morale? Note sull’abbandono delle <i>bonnes mœurs</i> *	
di Daniele Imbruglia	696
Revoca della proposta contrattuale: un confronto con la disciplina francese *	
di Francesco Paolo Patti	714
Il rimedio della sostituzione del debitore e la conversione in denaro della prestazione *	
di Tommaso Pellegrini	725
Il <i>contrat d’adhésion</i> nel <i>code civil</i> riformato: problemi e prospettive *	
di Giulia Terlizzi	743
Lezioni francesi sull’abuso di dipendenza (economica?) *	
di Emanuele Tuccari	762



MICHEL CANNARSA

*Professeur des universités catholiques Doyen du Pôle facultaire Sciences juridiques, politiques et sociales de l'UCLy
Membre de l'Unité de recherche Confluence: Sciences et Humanités (EA1598)*

LA RÉFORME DEL CODE CIVIL 5 ANNI DOPO: UN MODELLO PER LA RICODIFICAZIONE ITALIANA?*

I ringraziamenti di inizio convegno sono spesso formali, a volte sinceri. In questo caso sono più che sinceri. Sinceri perché il programma, i temi delle comunicazioni, i partecipanti, le esigenze del convegno rendono questo evento scientificamente ambizioso, ed è per me un onore esserne coinvolto offrendo un contributo del tutto modesto all'interno della prospettiva dinamica, comparatistica e critica che gli organizzatori hanno avuto presente nella preparazione delle discussioni.

Sinceri perché il convegno mi dà l'opportunità di conoscere o rivedere colleghi della giovane dottrina civilistica e comparatistica italiana, ma mi dà anche l'occasione di ritrovare colleghi ed amici dell'esperta dottrina civilistica e comparatistica italiana – specialmente torinese – in una sede prestigiosa, che mi ha sempre riservato un'ospitalità e degli stimoli intellettuali raramente uguagliati.

I miei sinceri ringraziamenti, quindi, ai colleghi Daniele Imbruglia, Giulia Terlizzi, Shaira Thobani e Emanuele Tuccari.

Rafforzare l'attrattività del diritto francese delle obbligazioni, migliorare la sua accessibilità, nonché la sicurezza giuridica, assicurare l'efficacia della norma, garantire la protezione della parte debole: ecco alcune delle principali priorità della riforma del diritto francese dei contratti del 2016¹. Da un punto di vista più generale, tuttavia, si può dire che l'obiettivo principale della riforma è stato quello di consolidare (“*codifier à droit constant*”).

Nella preparazione di queste riflessioni introduttive, potevo adottare strategie diverse: attraverso un approccio sistematico e dettagliato, o, almeno il più sistematico possibile, ma il formato della comunicazione, così come l'ampiezza della materia, rendevano questo approccio poco pertinente. Un'altra strategia percorribile era quella di procedere concentrandosi su alcuni dei temi affrontati in questo convegno, in modo più specifico, ma anche questa alternativa non sembrava praticabile, dal momento che non avrebbe rispettato la finalità della comunicazione, quella di essere una introduzione agli sviluppi dei ricchi e precisi interventi di questi due giorni di convegno.

Alla fine, l'idea del movimento e delle dinamiche della riforma, delle diverse tappe (quelle già passate e

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, 247.



JUS CIVILE

quelle che verranno), dei suoi protagonisti, dei suoi metodi è apparsa l'idea più convincente per introdurre le relazioni che seguiranno. Cogliere le dinamiche della riforma ci permetterà di verificare se il movimento è andato nella giusta direzione, se si è fermato e, se così è stato, se ripartirà in qualche modo ... E ci consentirà anche di valutare se questo movimento può essere un modello per la ricodificazione italiana. D'altra parte le dinamiche e il movimento sembrano caratterizzare in modo sempre maggiore la vita del diritto, quale epifenomeno di movimenti più ampi che saranno sempre più rapidi ed esponenziali.

Partiamo da un movimento di tipo cronologico: come tutti sanno, quando è stato promulgato il *Code civil* nel 1804, e negli anni seguenti, cinque codici costituivano l'essenziale del diritto scritto e comunque del diritto civile, penale e commerciale. Con l'entrata in vigore dell'*ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* nel 2016², settantatré codici apparivano nella lista ufficiale del sito governativo *Legifrance*; oggi ve ne sono settantacinque (senza parlare ovviamente del diritto dell'UE, del diritto internazionale, etc.). Ciò dimostra che il contesto giuridico in cui si colloca il *Code civil* e con esso il diritto delle obbligazioni e il diritto dei contratti più specificamente, agli inizi degli anni 2000 è ovviamente del tutto diverso rispetto a duecento anni prima, il che può fare riflettere sull'impatto pratico della riforma ...

Ciononostante – e anche giustamente –, il bicentenario del *Code civil* non poteva non dare la spinta, in parte nostalgica, ad una riforma più volte tentata ma mai approdata al risultato finale per mancanza di un contesto politico pienamente opportuno. Non possiamo rimproverare alla dottrina francese di trascurare lo spirito di quegli anni, anche caratterizzati da intense riflessioni e lavori, in gran parte accademici, di comparazione giuridica e di tentate armonizzazioni del diritto privato in Europa. Anche la riforma tedesca del diritto delle obbligazioni ha avuto, in questo contesto, un ruolo decisivo (seppur implicito e mai ufficialmente dichiarato).

Diversi e ben noti progetti mobilitarono gran parte della civilistica francese e collocarono la fonte dottrinale del diritto al centro dell'attenzione del dibattito – non solo francese – sulla riforma del codice civile. Tuttavia, in continuità con la tradizione amministrativa tipicamente francese, la scrittura di un progetto di riforma fu affidato ad un *Bureau du droit des obligations* del Ministero della Giustizia, la cui composizione, all'epoca, non ancora nota, suscitò domande, perplessità e critiche provenienti dalla stessa dottrina, la quale, in questo modo, temeva di perdere il ruolo di protagonista della riforma. L'opposizione del Senato fu superata con la scelta di operare tramite *ordonnance*, sottraendo così al dibattito parlamentare una riforma epocale del diritto civile e garantendole così qualche possibilità di successo finale.

Il progetto fu restituito al pubblico, alla dottrina e ai soggetti portatori di interessi di settore, per una breve fase di consultazione pubblica. La dottrina si sentì così nuovamente incaricata del compito di migliorare un progetto basato in gran parte sull'opera di sistematizzazione dottrinale della giurisprudenza civile ormai bi-centenaria. Il mondo degli affari ebbe il compito di correggere le tendenze eccessivamente solidaristiche per assicurare la sicurezza giuridica e rafforzare l'attrattività del diritto francese delle obbligazioni (fra i principali obiettivi dell'intera riforma).

Una volta promulgata, l'*ordonnance* entrò in vigore il 1° ottobre 2016, trovando applicazione per tutti i contratti conclusi dopo questa data (tranne alcune disposizioni, applicabili ai contratti in corso di esecuzione).

² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal officiel* del 11 febbraio 2016; Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal officiel* del 21 aprile 2018; tra gli innumerevoli commenti, v. F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz (2016; seconda edizione 2018), Paris; *Le nouveau droit des obligations*, in *Revue des contrats*, 2018, hors – série n° 115.



ne), nell'attesa dell'approvazione della Legge di ratifica. L'*iter* parlamentare di ratifica consentì all'Assemblea nazionale e (soprattutto) al Senato, di contribuire al dibattito sulla *réforme*, mentre alla dottrina fu affidato il compito di commentare, assieme all'*ordonnance*, anche il progetto di legge di ratifica.

L'adozione della legge di ratifica del 2018 fu l'esito di un'accesa battaglia parlamentare. In particolare, il Senato colse l'occasione (anche forse per una sorta di "revanscismo" maturato probabilmente a seguito della via intrapresa dal governo di riformare il *Code par ordonnance*) per intervenire sulla disciplina di taluni (rilevanti) istituti. La legge di ratifica contiene così una serie di modifiche dell'*ordonnance*, che furono, a loro volta, oggetto di nuovi commenti da parte della dottrina³.

Dietro alla lotta politica tra esecutivo e Senato possiamo intravedere una lotta tra diversi livelli di potere all'interno dello Stato e, per alcuni aspetti, una lotta fra poteri d'influenza dei diversi produttori delle fonti del diritto. Questo contesto ha dato luogo ad una sorta di emulazione tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Se è evidente che la giurisprudenza è stata, dal 1804 fino al 2016, un attore centrale dell'evoluzione del diritto delle obbligazioni e, sotto certi aspetti, la fonte principale di *questo* diritto delle obbligazioni, e se è altrettanto evidente che il legislatore francese ha voluto codificare, à *droit constant*, una buona parte delle soluzioni giurisprudenziali, è anche chiaro che il legislatore (e forse una parte della dottrina) ha avuto l'intenzione di arginare l'opera dei giudici. Infatti, se tante soluzioni giurisprudenziali sono state codificate è anche perché il legislatore ha visto nella riforma l'opportunità di rimettere il diritto scritto al centro del sistema del diritto civile. Un indizio in questo senso si può vedere nelle disposizioni relative all'applicazione nel tempo della riforma, laddove confermano l'applicazione della legge di ratifica del 2018 ai soli contratti conclusi dopo l'entrata in vigore dell'*ordonnance*: un'evidente reazione ai primi tentativi della Corte di cassazione di interpretare il diritto *pre-ordonnance* alla luce del nuovo quadro legislativo. La pretesa, sebbene legittima, lascia tuttavia intravedere una forma di diffidenza nei confronti dell'audacia della Corte di cassazione. Anche il *rapport* che accompagna l'*ordonnance* sembra mandare un segnale nella stessa direzione, sottolineando l'opportunità di riconoscere alle disposizioni preliminari solo una funzione meramente introduttiva e di negare ogni interpretazione estensiva degli articoli del codice civile riformato.

Occorre pertanto aspettare di vedere quale sarà l'atteggiamento della giurisprudenza, e soprattutto della Corte di cassazione, di fronte alla nuova impostazione del diritto dei contratti. Da un lato, secondo alcuni studiosi, i margini di azione delle corti non saranno gli stessi del passato. I giudici potrebbero avere peraltro non poche difficoltà in un contesto in cui, dopo due secoli di interventi, la loro capacità di far evolvere il diritto delle obbligazioni sarà limitata. Dall'altro, c'è chi pensa che i prossimi duecento anni rappresenteranno l'immagine dei due secoli precedenti, con un ruolo immutato della Corte di Cassazione. Forse sarà così, e forse ciò accadrà anche più rapidamente di quanto si potrebbe pensare.

Il movimento cronologico di cui si è appena parlato, con un alternarsi di attori e di ruoli, è stato più che altro interno, e cioè nazionale. Come sappiamo, tuttavia, le influenze esterne non sono mancate. Si tratta di influenze provenienti dai diversi progetti di diritto privato europeo, dai testi internazionali, dagli studi e dagli scambi comparatistici, ma si tratta anche di influenze provenienti dal diritto materiale dell'UE (direttive in materia di protezione dei consumatori, le stesse che furono all'origine di mutamenti normativi in altri ordinamenti nazionali, come quello italiano o quello tedesco). Non si può negare che fra le dinamiche di cui sopra, quelle di interazione con gli altri ordinamenti giuridici sono state, almeno da un punto di vista formale, senz'altro operative. Queste hanno avuto un effetto sul contenuto della riforma. Occorre non dimenticare

³ N. MOLFESSIS, *Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats*, in *La semaine juridique*, 2017, 41 1045.



che, in una logica di “andata e ritorno”, o di “importazione/esportazione”, la riforma è stata scritta avendo in mente l’esportazione del nuovo diritto francese dei contratti. Come noto, uno degli obbiettivi ufficiali della riforma era quello di rafforzare l’attrattività del diritto francese dei contratti. Nella genesi della riforma non ci si poteva ancora aspettare la Brexit e quindi non si poteva pensare che il diritto francese avesse quale “concorrente” nell’aspirazione a rappresentare un modello in Europa, insieme al diritto tedesco delle obbligazioni, anche il diritto inglese (sotto questo aspetto, penso che il diritto italiano e la dottrina italiana fossero considerati più come “alleati”). Nel mondo degli affari e dei contratti commerciali, il punto dell’attrattività riveste un rilievo ancora maggiore, considerata l’ambizione di Parigi, come di altri centri di affari, dopo la Brexit, di orientare i contratti commerciali verso il diritto francese e verso la giurisdizione francese (la sezione commerciale “anglofona” speciale della Corte di Appello di Parigi è uno dei segni più evidenti, potendo approfittare della presenza della camera di commercio internazionale e della sua struttura arbitrale con sede a Parigi). Il successo della riforma sarà quindi anche giudicato alla luce dell’effettiva attrazione dei contratti commerciali internazionali, ma è probabilmente troppo presto per dirlo.

Tornando alle dinamiche interne all’ordinamento francese, paragonandolo facilmente, da questo punto di vista, con gli altri sistemi giuridici europei, la vocazione di *diritto comune* del diritto civile e, più in particolare del diritto dei contratti, immaginato dai diversi contributori della riforma, non sempre appare “naturale” né sembra essere effettiva⁴. Infatti, il *Code de la consommation*, da una parte, e il *Code de commerce*, dall’altra, sono concorrenti interni al *Code civil*, con delle articolazioni non sempre ovvie e chiare. Le regole ispirate alla protezione dei consumatori hanno innervato sia il *Code civil* che il nuovo diritto dei contratti⁵, e questo è probabilmente un fenomeno positivo, considerando che lo squilibrio negoziale tra professionista e consumatore non è esclusivo. D’altra parte, la *justice contractuelle*, così come la protezione della parte debole, sono fra gli obiettivi ufficiali della riforma.

Ciò considerato, ci si può chiedere se la vocazione del *Code civil*, o almeno di alcuni aspetti del diritto dei contratti, non sia al momento residuale. Sia il *Code de la consommation* che il *Code de commerce*, ma il primo con sempre maggiore intensità, dettano le regole applicabili in fase di negoziazione, formazione ed esecuzione dei contratti B2C e B2B (si pensi all’*abus de dépendance* nel *Code de commerce*)⁶. L’ambito di applicazione di alcune disposizioni del *Code civil* corrisponderebbe quindi soprattutto all’area dei contratti C2C. Il *Code de la consommation* contiene delle regole specifiche, accompagnate da sanzioni civili specifiche (nullità, responsabilità, ecc.) di cui pochi sono a conoscenza. Eppure, come *lex specialis* si applica in modo prevalente nei contratti da esso regolamentati. L’obiettivo di migliorare l’accessibilità del diritto dei contratti tramite la riforma non sarà facilmente raggiungibile in questo contesto.

L’interazione con gli altri codici c’interroga. Quale codice e quale diritto dovrebbe avere la vocazione di diritto comune dei contratti (sotto questo profilo, il diritto dei consumatori potrebbe essere un pretendente, considerando la realtà quotidiana dei contratti)? Ci si chiede d’altra parte se, a differenza di quanto avvenuto duecento anni fa, non sia invece l’affermazione di diritti settoriali a rappresentare una soluzione più adeguata all’epoca attuale (come suggeriremo tra poco, questo potrebbe essere rafforzato dall’evoluzione tecnologica). L’attività legislativa europea sembra spingere in questa direzione. Se prendiamo l’esempio delle direttive 2019/770 (relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali) e

⁴ T. REVET, *Droit commun*, in *Revue des contrats*, 2020, 3, 1.

⁵ J.-D. PELLIER, *L’extension de la protection contre les clauses abusives*, in *Revue des contrats*, 2020, 4, 75; H. BARBIER, *De l’articulation de l’article 1171 du code civil avec l’article L.442-1 du code de commerce*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2020, 375.

⁶ M. LATINA, *L’abus de dépendance: premiers enseignements des juridictions du fond*, in *Recueil Dalloz*, 2020, 2180.



JUS CIVILE

771 (relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni), la loro trasposizione recente in Francia conferma la tendenza centrifuga rispetto al *Code civil*. L'*ordonnance* di trasposizione della direttiva modifica il *Code de la consommation* e in modo abbastanza significativo, tra gli altri, l'articolo introduttivo del codice, mostrando una limitata attenzione alla coerenza d'insieme del codice e alla sistematicità delle norme di quest'ultimo con le nuove definizioni provenienti dal mondo dell'economia digitale⁷.

Dal diritto dell'UE proviene anche un'altra dinamica, che illumina la più vasta dinamica del mercato e della rivoluzione digitale. A partire della fine dell'800 i giudici seppero fare evolvere e creare delle nuove regole nell'ambito del diritto dei contratti (come, ad esempio, l'*obligation de sécurité*) e si potrebbe pensare che accadrà la stessa cosa con questa rivoluzione industriale. Ma non è da dare per scontato e, comunque, sarebbe paradossale che una riforma appena entrata in vigore e che vede i primi segni della sua applicazione possa essere già superata (con la versione del *Code* del 1804, era trascorso quasi un centenario prima di assistere ad inflessioni maggiori). Quale effetto avranno sul diritto comune delle obbligazioni i progetti europei di regolamentazione delle diverse tecnologie (si pensi al *Digital Services Act*, all'*European Artificial Intelligence Act*)? La regolamentazione tecnologica potrebbe vedere il suo ambito allargarsi in modo significativo e potrebbe anche costituire il nuovo paradigma per settori importanti del diritto privato. Sarà forse questa l'armonizzazione tanto attesa dal diritto privato europeo?

La vocazione didattica della riforma del diritto dei contratti, del regime e della prova delle obbligazioni è stata sicuramente raggiunta. Il diritto delle obbligazioni francese trova ancora nel *Code civil* lo scrigno che lo contiene e che costituisce il suo ambiente naturale, almeno dal punto di vista teorico. Vi sono state riforme che lo hanno preceduto, altre che lo hanno accompagnato, altre riforme seguiranno: si pensi alle prescrizioni, ai contratti specifici⁸, alla responsabilità extracontrattuale, alle garanzie⁹, al diritto fallimentare, e così via... Il diritto privato francese degli ultimi vent'anni è un diritto vivace, ben inserito in un'epoca di riforme e riflessioni... C'è quindi da augurarsi la stessa effervescenza intellettuale anche per l'Italia, ma su questo non ho dubbi, vista la ricchezza dei contributi che sentiremo in questi due giorni (su formazione, equilibrio, informazione, condizioni di validità, cessione e vari altri aspetti del contratto). Ascolterò queste riflessioni con molto interesse, anche perché sotto certi aspetti, tenendo conto del contesto attuale, avranno il vantaggio di apportare una integrazione alla nuova configurazione del mercato e del quadro giuridico europeo.

A partire da questa nuova configurazione, se dovessi dare un consiglio all'Italia per quanto riguarda la ricodificazione, il consiglio sarebbe forse quello di aspettare il centenario del codice civile perché in quel tempo potremo senz'altro avere un'idea più precisa di che cosa dovrà essere un diritto dei contratti per il 21esimo secolo.

⁷ J.-D. PELLIER, *La dénaturation de l'article liminaire du code de la consommation*, in *Recueil Dalloz*, 2021, 1873.

⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, *La préparation d'une réforme des contrats spéciaux*, in *Revue des contrats*, 2020, 4, 1.

⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *La réforme des sûretés, enfin...*, in *La semaine juridique*, 2021, 43-44, 3.



VALERIA CONFORTINI

Ricercatrice di Diritto privato – Università di Napoli L'Orientale

SULLA CESSION DE CRÉANCE *

SOMMARIO: 1. Regime di circolazione del credito e teorie dell'obbligazione. – 2. La cession de créance prima della riforma e le istanze di ricodificazione. – 3. L'ordonnance n° 2016-131 e i nuovi artt. 1323-1326 code civil: oggetto, indici di circolazione, forma ed eccezioni opponibili. – 4. Continuità del modello alla luce della riforma delle garanzie (ordonnance n° 2021-1192). – 5. Prospettive di ricodificazione. Dimensione singolare e plurale del credito.

1. – Almeno due sono le aree di rilevanza della legge di circolazione del credito¹. La prima, *teorico-ricostruttiva*: se e come la posizione creditoria possa trasferirsi dall'originario ad altro titolare costituisce uno dei fondamentali plessi normativi dai quali indurre *uno o altro concetto di obbligazione*. Artificiale e relativo come ogni concetto normativo, esso varia secondo il materiale dal quale è ricavato²; sicché, ove si accetti di ragionare il diritto di credito e l'obbligazione entro le due categorie ordinanti dell'*'appartenenza'* e della *'relazione'*, a propria volta evocative delle idee base di *'dominio'* e *'cooperazione'*, potrebbero darsi più modelli di obbligazione, dove più o meno marcato sia l'uno o l'altro elemento³. In senso *diacronico*, data la mute-

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ La terza, su cui non ci intratteremo, è quella ideologico-assiologica, ché la storia della cessione riflette l'avvicinarsi nel tempo delle ideologie fondanti l'ordinamento privatistico (o almeno la loro percezione da parte degli interpreti): ne offre limpida testimonianza il saggio di A. BARBA, *La relatività dinamica del rapporto obbligatorio: prima riflessione storica*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 297 ss., col raffronto fra la ricostruzione della cessione non novativa svolta dalla pandettistica e la critica che a quest'ultima mosse la scuola germanista (su cui anche *infra*, nt. 21).

² Sulla storicità dei concetti giuridici per tutti, con varietà di sfumature N. IRTI, *La polemica sui concetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 13; R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, n. 2; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ora in *I classici Giuffrè*, con presentazione di R. Sacco, 2003, 58 e soprattutto 62-64, per la distinzione fra dogmatica esterna – che antepone i dogmi al dato legislativo – e quella interna, con cui si costruiscono i dogmi muovendo dal diritto positivo; con riguardo al concetto di obbligazione P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, 39 s.; e in diversa prospettiva F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2015, 26.

³ Per un tentativo di distensione del discorso sia consentito il rinvio al mio *Primato del credito*, Napoli, 2020, 47 ss., 74 ss., 111 ss., nella prospettiva dell'incidenza teorico-ricostruttiva di un diverso e complementare plesso normativo: quello della responsabilità patrimoniale e dell'esecuzione forzata, con speciale riguardo ai poteri di espropriazione privata che si accompagnano a talune classi di rapporti obbligatori, capaci di compiere (quando accessori alla riserva di utilità costituita dal vincolo di garanzia reale) una trasformazione del credito in senso paradominicale. Per la coppia «dominio» e «cooperazione» quali idee-base del concetto di obbligazione v. A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, X, recentemente tornato sul tema con ID., *Domínio e relazione nell'obbligazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 193 ss.



volezza delle norme nel tempo; in senso *sincronico*, considerato, ad esempio, il rapporto fra disciplina generale e discipline speciali: entro l'obbligazione in generale, fra pecuniaria e non; entro quelle pecuniarie, fra crediti vantati da o nei confronti di soggetti professionali ecc.⁴

La seconda area di rilevanza vede la storia della cessione riflettere l'evoluzione delle forme di creazione e circolazione della ricchezza⁵, su cui avremo modo di tornare. Qui basta averla nominata, per farla premessa maggiore del sillogismo: se è vero che la legge circolatoria del credito ha tale duplice rilevanza euristica; e se è vero che la riforma del codice francese si propone di *modernizzare* il diritto civile⁶, allora la sua disciplina della cessione del credito dovrebbe offrire un'istantanea così del *concetto normativo* come del *significato socio-economico* del diritto di credito nell'economia contemporanea.

L'illustrazione della riforma svolgerà l'ipotesi che la sua legge circolatoria del credito vada raffinando la progressiva *spersonalizzazione* dell'obbligazione e una correlativa *mercificazione* del credito, che si affranca dal modello della relazione, del rapporto fra la persona del creditore e la persona del debitore, per essere conformato dal diritto quale simbolo di un'utilità patrimoniale circolante, *obiettiva disponibilità di una porzione di ricchezza patrimoniale*: ciò che ellitticamente e metaforicamente diciamo 'credito' – i.e. lo statuto normativo combinatorio di poteri e facoltà che radicano un'utilità economica nel patrimonio del creditore⁷ – rileva in forma sempre più marcata come *cosa puramente normativa*⁸ (*reine rechtliche Sache*, per dirla con von

⁴ *Amplius* V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., 55 s., 111 ss.

⁵ Per A. GRAZIANI, *La cessione dei crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 279: «La trasmissibilità del diritto di credito può considerarsi uno dei caposaldi del diritto moderno. All'accoglimento di tale principio giuridico (...) diede certamente notevole impulso la necessità dei traffici vieppiù sviluppatasi in una economia monetaria e creditizia»; per F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Torino [1933], rist. an. Napoli, 2010, 7-8, la cessione rifletterebbe non tanto un'economia più progredita, ma uno stadio più sviluppato della sua tutela giuridica. Oggi, per il ruolo del diritto nella 'codificazione' della ricchezza, e nella assoluta prevalenza di quella immateriale e creditoria K. PISTOR, *The Code of Capital, How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019.

⁶ In generale: all'art. 8, l. n° 2015-177, 16 févr. 2015, *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, dove la delega alla riforma del libro III *Code civil* è data «afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme» (corsivo aggiunto); in particolare, per la cessione del credito: *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme en droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, sec. 1, esplicito nel porre alla base della riforma l'obiettivo di «faciliter la transmissibilité des obligations, conformément au vœu des acteurs économiques, et adapter les textes devenus inadaptés à une époque où la circulation des obligations n'est plus un phénomène marginal mais est devenue d'application quotidienne».

In arg. e per i dettagli sul processo di approvazione della riforma v. B. FAUVARQUE-COSSON, *The French Contract Law Reform and the Political Process*, in *ERCL*, 2017, 337 ss.; F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 627 ss.

⁷ Usiamo la nozione di 'statuto giuridico' nel senso di «combinazione condizionale o normativa; fascio di effetti essenziali, i quali connotano il fenomeno e ne configurano la rilevanza. Breviter si può dire che «statuto» è il nome di un nucleo di effetti (...) che consente di stabilire una costante tra l'apparire del fatto A e il darsi degli effetti b, d, c» (secondo corsivo aggiunto), che si deve a M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir., Tematici, Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, I-2021, 1020. Il credito è «statuto complesso» (ivi, 1021), perché formato da più norme, serie di fattispecie effettuali necessarie (i.e. senza le quali il fenomeno non assume alla rilevanza normativa di 'credito': combinazione di *soluti retentio*, azioni di adempimento, garanzia patrimoniale). Sul concetto di statuto anche ID., *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 167 ss.

⁸ Questo modo di rilevanza 'cosale' del diritto di credito potrebbe dirsi *profilo 'esterno' dell'appartenenza* creditoria e postula che se ne definisca uno 'interno', indicativo del complesso di poteri e facoltà attraverso cui *dal momento del sorgere del credito* una certa *utilitas* è radicata nel patrimonio del creditore (in *primis* coi poteri di *soluti retentio*, azione di adempimento, garanzia patrimoniale): devo rinviare al mio *Primato del credito*, cit., 66 ss., 74 ss. (profilo *interno*) e 85 ss. (profilo *esterno*) e prima a L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, 1 ss.; M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1017, 1020 s. (anche per l'imprescindibile posizione della nozione di statuto giuridico, necessario a intendere la natura *puramente normativa* di taluni oggetti). In questo senso, il credito è per sé stesso e *ab origine* un bene nel patrimonio del creditore, nella forma 'minima' (ma non esclusiva) della garanzia patrimoniale (artt. 2740/2900 ss. cod. civ.); che è vincolo di una porzione ideale di



Bar); destinata, al pari dei tradizionali beni materiali, alla circolazione e alla disponibilità sul mercato come merce⁹.

Esemplari di come, in questo processo di *traduzione di uno statuto giuridico* (l'obbligazione) *in cosa*, un ruolo fondamentale sia svolto dal *regime circolatorio* del credito¹⁰; e di come, viceversa, quest'ultimo molto dica sui concetti di credito e di obbligazione, sono il diritto romano e la sua storia. Lì il credito nasce *intransmissibile* poiché indissolubilmente legato alla persona del creditore¹¹; una personalità che connota l'*obligatio* alla stregua «quasi di uno *status* personale»¹² e affonda le sue radici nella Roma arcaica e nella vendetta alla base della reazione del creditore alla violazione della promessa¹³. Con lo sviluppo dei traffici,

patrimonio debitorio e, perciò, appartenenza di quest'ultimo al creditore *als Haftungsobjekt*. Alla ricostruzione del credito nella chiave dell'appartenenza A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell'obbligazione*, cit., 199, obietta che «una lettura per così dire 'cosale' del credito poco aggiunge alla constatazione che il credito in questi termini viene considerato "un bene giuridico" ai sensi dell'art. 810 cod. civ.» mentre «altro è che il bene sia già entrato nella disponibilità del soggetto, altro è che questa disponibilità debba ancora ottenersi attraverso il comportamento di altri». All'illustre A. sia consentito replicare come la proposta di leggere anche il diritto di credito nella chiave dell'appartenenza sia tesa non già ad obliterare la rilevanza della condotta strumentale nel congegno obbligatorio; ma, al contrario, a marcare la distanza fra diritto reale e diritto di credito che, entrambi tecniche di radicamento di utilità economiche in sfere patrimoniali, vedono il secondo connotato dall'interposizione della condotta debitoria fra il creditore e l'utilità patrimoniale alla quale esso aspira (*Primato del credito*, cit., 33-34) e che gli appartiene solo nelle forme deboli dell'*Haftungsobjekt*, sebbene la distanza vari secondo la specie di obbligazione di cui si tratta (dal massimo delle obbligazioni di fare infungibile al minimo dell'obbligazione originariamente pecuniaria: *Primato del credito*, cit., 80 ss.). La prospettiva 'cosale' coglie, quindi, solo il profilo *esterno* dell'appartenenza creditoria; la quale, se guardata anche sotto il profilo *interno* (rapporto fra la sfera giuridica del creditore e quella del debitore) lascia percepire i suoi caratteri differenziali rispetto a quella reale (appartenenza *debole* e *promiscua* in luogo di *forte* ed *esclusiva*); e che, alla luce del rilievo socio-economico del credito quale tecnica prioritaria di 'formalizzazione' della ricchezza contemporanea, forse contribuisce a illuminare le *rationes* di prassi, sviluppi della tecnologia ed evoluzioni normative verso l'attribuzione al creditore di poteri sostanziali capaci di replicare l'esclusivismo appropriativo tipico del modello dominicale. Analogamente si tenterà qui di dire con riguardo alla legge circolatoria del credito (*infra*, nel testo e nt. 24).

⁹ Ciò potrebbe non riguardare in egual misura tutti i crediti (almeno per chi reputa che siano suscettibili di cessione solo i crediti a prestazioni pecuniarie: *infra*, nt. 48), né è prerogativa della contemporaneità: la «scoperta» dell'attitudine della pretesa al pagamento di una somma a formare oggetto di scambio al pari di altre merci era, già a metà Ottocento, considerata il segno di un epocale passaggio dalle società antiche a quelle moderne (H.D. MACLEOD, *The Theory and Practice of Banking*², I, London, 1866, 13 s., 75 ss.). Eppure, nell'economia contemporanea, non a caso designata economia del debito, l'obiettivazione e la mercificazione del credito paiono farsi fenomeni universali (ben oltre la cerchia dei mercanti e l'istituto del titolo di credito): con riguardo al credito bancario, cfr. C.G. PAULUS, *Gedanken über Insolvenzrecht, das Wetter und andere Misshelligkeiten*, in *FS für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, a cura di A. Bruns, C. Kern, J. Münch, A. Piekenbrock, A. Stadler, D. Tsirikas, Tübingen, 2013, I, 802-803: «Sobald ich eine Forderung bei einer Bank gegründet habe, ist sie schon auf dem Kapitalmarkt. Damit weiß ich in diesem Moment auch schon nicht mehr, wer mein Gläubiger ist. (...) Indem auf dem modernen Kapitalmarkt in Sekundenschnelle unfassbar große Summen per Mausklick von einer Ecke des Globus in die andere verschoben werden können, ist das Grundkonzept der Zweierbeziehung demzufolge zwar nicht beseitigt, aber völlig anonymisiert» (corsivo aggiunto). In questo processo un ruolo centrale occupa il legislatore eurounitario: da ultimo, con la dir. UE 2021/2167 del 24 novembre 2021 relativa ai gestori di crediti e agli acquirenti di crediti e che modifica le direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE, tesa a eliminare le barriere all'ingresso per l'attività di gestione e acquisto dei crediti e alla liberalizzazione del mercato c.d. secondario del credito.

¹⁰ Per la cessione come strumento capace di realizzare la potenzialità funzionale del credito ulteriore a quella inerente al potere del titolare di acquisire al proprio patrimonio il bene dovuto; di soddisfare, cioè, bisogni connessi non all'utilizzazione di quest'ultimo, bensì «ai risultati concretamente ritraibili dalla circolazione del credito stesso» (enfasi aggiunta) A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. it. – sez. priv.*, Torino, 1988, § 1. Preziosi spunti, nel contesto più generale della 'oggettivazione' dei diritti, in D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIX, 1979, § 9; P. SPADA, *Beni e finanza: discontinuità e polivalenza del linguaggio normativo*, in *AGE*, 2012, 207 ss.

¹¹ G. ASTUTI, *Cessione (storia)*, in *Enc. dir.*, VI, Torino, 1960, 806.

¹² B. BIONDI, *Cessione dei crediti e di altri diritti (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, 153.

¹³ H. PIERRE, *De la cession des créances*, Saint-Dizier, 1909, 1 ss., che aggiunge come l'intransmissibilità si colga solo considerando anche il riferimento passivo dell'*obligatio* alla *persona fisica del debitore*, fino all'introduzione della *missio in bonorum* oggetto dell'esecuzione forzata nella forma della *manus iniectio*. In arg. fondamentali A. ROCCO, *Studi sulla storia del fallimento*, I, *Il diritto romano*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, 856 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazio-*



all'operazione economica della cessione si adattò la forma giuridica della rappresentanza giudiziale indiretta¹⁴, e poi l'*actio utilis* diretta in capo al cessionario¹⁵, rimanendo comunque inconcepibile il distacco del credito dalla persona del creditore originario¹⁶. Questo principio teorico-ricostruttivo, consono all'ideologia giusnaturalistica della signoria della volontà, trascorrerà nella dottrina pandettistica¹⁷, fedele all'idea della persona come elemento costitutivo del *Forderungsrecht*¹⁸. E similmente ne dirà Pothier nel suo trattato sul contratto di vendita¹⁹.

ne, Milano, 1953, spec. 12, 68-69, 94 ss., 113 ss. Che avverte di come, anche quando l'esecuzione prese a oggetto il patrimonio, essa «conservò pur sempre il carattere di esecuzione personale: colpì il patrimonio nella sua totalità considerato come surrogato della persona fisica e, in certo modo, come una seconda espressione tangibile della persona dell'obligato, come la sua proiezione esteriore» (corsivo originale); *amplius* ID., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 19-24, 146-147; in linea di coerenza G. ASTUTI, *Cessione (storia)*, cit., 806: «pur dopo l'introduzione della responsabilità e soddisfazione patrimoniale, e la conseguente trasformazione dell'*obligatio*, ancora nel pensiero della giurisprudenza classica i soggetti del rapporto obbligatorio sono immutabili, e di regola i diritti di credito non sono trasferibili da persona a persona, a titolo particolare». Assai interessante l'affinità che che l'A. traccia fra la prima *obligatio* romana e la primitiva struttura dell'*obligatio* germanica, per sostenere l'analoga intrasmissibilità dei crediti nel diritto consuetudinario dei popoli germanici (*ivi*, 811). Da leggere oggi M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., 220 ss., nt. 262; ID., *Responsabilità precontrattuale*, cit., spec. 996, e *ivi* nt. 4 e 5.

¹⁴ Schema con cui il creditore originario costituiva il cessionario proprio *procurator* o *cognitor* in giudizio, così autorizzandolo, per un verso, ad agire (*nomine alieno*), chiedendo la *condemnatio* a proprio favore; per altro verso, a ritenere quanto ricevuto: cfr. G. ASTUTI, *Cessione (storia)*, cit., 807; B. BIONDI, *Cessione dei crediti*, cit., 153.

¹⁵ La dottrina è unanime nel considerare le *utilis actiones* diffuse nel periodo giustiniano, mentre è incerto se si dessero già in epoca classica e post-classica: per la soluzione positiva B. BIONDI, *Cessione dei crediti e di altri diritti (diritto romano)*, cit., 154; *contra* G. ASTUTI, *Cessione (storia)*, cit., 807 s., che considera l'*actio utilis* per singoli crediti frutto dell'opera innovatrice giustiniana. Sta di fatto che esse segnarono una soluzione di continuità poiché attribuivano poteri di azione in nome proprio, lì dove il *procurator in rem suam* agiva *nomine alieno* e, fino al momento della *litis contestatio*, restava esposto ad atti di disposizione del credito da parte del mandante, allo scioglimento del mandato per revoca unilaterale o per morte del mandante, al pagamento liberatorio del ceduto ignaro della cessione. Un'efficace sintesi in V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, quattordicesima edizione riveduta, [1978], rist. An., Napoli, 1985, 36-37, 401 ss.

¹⁶ Ma dell'avviso che l'*actio utilis* abbia sostituito l'*actio directa* in capo al creditore originario è G. ASTUTI, *Cessione dei crediti (storia)*, cit., 808, che collega alla prima una radicale trasformazione dell'istituto, per cui «mentre nel diritto classico è ignorato il trasferimento delle obbligazioni, e il cessionario acquista solo la facoltà di esercitare un credito altrui, nel diritto giustiniano l'antico principio è sostanzialmente travolto, e sostituito da quello della trasferibilità dei crediti».

¹⁷ A. BARBA, *La relatività dinamica del rapporto obbligatorio: prima riflessione storica*, cit., 309: «il primato della volontà individuale acquisito al sistema attraverso la centralità del diritto soggettivo, da un lato, e l'assoluta fedeltà alle Fonti del diritto romano recepite, dall'altro riscoprivano nella soluzione tecnica negativa (...) l'affermazione di un fondamentale principio teorico-ricostruttivo del diritto delle obbligazioni: l'essere la relatività del diritto di credito una effettiva modalità esistenziale del diritto soggettivo (*Willensmacht*) soltanto se sostanzialmente qualificata nel senso della rigorosa corrispondenza formale tra identità dei soggetti attivo e passivo ed identità dell'obbligazione» (corsivo originale).

¹⁸ *Funditus* A. BARBA, *La relatività dinamica*, cit., 311-318, che fa risalire la prima esposizione compiuta della posizione, poi sostenuta fino alla tarda pandettistica, a C.F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*³, 1836, *passim* e 21, dove il M. accosta la volontà di trasferire il credito a quella di chi voglia, allo stesso tempo, distruggere e trasferire la medesima cosa: «eine Forderung mit volliger Vernichtung seines Rechts an derselben veraußern heißt im Grunde nichts Anders, als: eine Sache zerstören, hinterher aber sie noch auf Andere übertragen wollen»; cfr., per una ampia disamina della pandettistica (e per un non del tutto coincidente inquadramento della posizione di Windscheid), A. GRAZIANI, *La cessione dei crediti*, cit., § 2. Sull'inerenza del soggetto al diritto di credito *adde*, per la letteratura formatasi in Italia prima del codice del 1942, G. PACCHIONI, *Lezioni di diritto civile, Le obbligazioni, Parte generale*, Padova, 1926, 329 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 56-57; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 281-282; e poi S. SOTGIA, *Cessione di crediti e di altri diritti (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, 1959, 156; N. IRTI, *Sul concetto di titolarità (Persona fisica e obbligo giuridico)*, [1972], ora in ID., *Norme e fatti, Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 83; P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, [1982], Napoli, rist. an. 2010, 5-6.

¹⁹ V. la versione italiana del *Trattato del contratto di vendita del signor Pothier*, a cura di D.F. FORAMITI, II, Venezia, 1834, 210: «Il credito essendo un diritto personale del creditore inerente alla sua persona, non può, se si consideri la sola sottigliezza del gius, trasferirsi ad un'altra persona, né può per conseguenza vendersi. Esso può bensì passare all'erede del creditore, perché l'erede è il successore della persona e di tutti i diritti personali del defunto; ma secondo la sottigliezza del gius, non può passare ad un terzo» da



Nulla di più distante, si direbbe, dal diritto francese vigente, che da ultimo nel 2021 ha introdotto la fattispecie della cessione del credito a scopo di garanzia definendola trasferimento della «*propriété d'une créance*», della «*proprietà del credito*»²⁰. Si tratta di uno sviluppo coerente con la riforma di cui qui discorriamo, volta ad *allineare* le regole di circolazione del credito alla posizione di quest'ultimo nei processi economici di accumulazione e formalizzazione della ricchezza²¹. Man mano che quest'ultima, da prevalentemente fondiaria e materiale, va facendosi finanziaria e immateriale²², parrebbe darsi la trasformazione normativa del

cui la costruzione della cessione, in continuità con la tradizione romanistica, quale *mandato in rem propriam* all'esercizio della sola azione che spetta all'(unico e originario) creditore: «il mandato fatto in questo modo è quanto all'effetto una vera traslazione che il creditore fa del suo credito; e se nulla riceve dal mandatario per acconsentire che il mandatario stesso faccia suo ciò ch'esigerà dal debitore, questa è una donazione; se riceve per ciò dal mandatario una somma di denaro, è una vendita ch'egli fa del suo credito». In arg. *funditus* J. CAMBON LAVALETTE, *De la cession des créances en droit romain et en droit français*, Toulouse, 1858; H. PIERRE, *De la cession des créances*, cit., 8 ss. Osserva come fino alla seconda metà del XIX secolo anche la *common law* resterà fondata sull'idea dell'intrasmissibilità dei crediti e costruirà la relativa operazione economica sul mandato *ad litem* G. ASTUTI, *Cessione (storia)*, cit., 812; v. anche J. COMMONS, *The Legal Foundations of Capitalism*, New York, 1924, 245 ss., 250.

²⁰ Ord. n° 1192-2021 del 15 settembre 2021 di riforma del diritto delle garanzie, di cui si dirà brevemente *infra*, § 4. Il riferimento alla «proprietà» del credito non è inedito (cfr., per una critica A. GRAZIANI, *La cessione dei crediti*, cit., nt. 3; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 110-111) ma riceve oggi un significato diverso da quello della mera titolarità, teso a estendere il concetto di proprietà a diverse strutture formali di garanzia di porzioni di ricchezza patrimoniale: V. MAZEAUD, *Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2014, 29 ss., che richiama i due saggi di S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, ed. LGDJ, 1960; ID., *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1962, 37 ss., segnalandone la rilevanza alla stregua di «grille de lecture» della giurisprudenza costituzionale francese; cfr. S. MOUTON, *La modernisation du droit constitutionnel de propriété: à propos de la constitutionnalisation du droit de propriété des créanciers*, D., 2010, 2553, spec. 2555-2556; F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit Civil*, cit., 1707, che in tema di cessione del credito affermano come, anche alla luce della giurisprudenza francese ed europea «le concept de propriété de la créance n'est plus, aujourd'hui, incongru», con ciò riferendosi all'evoluzione giurisprudenziale europea sugli art. 17 Carta di Nizza e l'art. 1 del prot. Add. (assai feconda quella in materia di crisi bancarie: *ex multis* Corte eur. giust., 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik*; Corte eur. giust., 8 novembre 2016, C-41/15, *Dowling* e al.; Corte Edu, sez. I, 21 luglio 2016, *Mamatas et al. c. Grecia*, in *Giur. It.*, 2017, 875, con nota di L. BOGGIO e Corte Edu, sez. II, 14 settembre 2021, *Pintar et al. C. Slovenia*, inedita). Sulla concezione europea della proprietà privata e sulla sua compatibilità con l'assiologia costituzionale italiana M. JAEGER, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di C. SALVI, Torino, 2012, 25, 32 ss.; L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, *ivi*, 203 ss.; A. GAMBARO, *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, in questa *Rivista*, 2016, 281; C. SALVI, *Teologie della proprietà privata, Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Catanzaro, 2017, 88 ss., 96 ss., dove l'A. avverte come alla base della concezione europea di proprietà sia non tanto la struttura formalmente proprietaria, ma «la proprietà come valore economico per il privato» (corsivo aggiunto, 100). Spunti di sicuro interesse in Cass. 15 giugno 2020, n. 11583, in *Pluris*, in tema di risarcimento del danno al valore di circolazione del credito.

²¹ Così lasciando prevalere una o altra assiologia: esemplare di questo intreccio, la polemica antipandettista della scuola germanica sulla cessione non novativa, condivisibilmente letta come «la veicolazione nel giuridico dell'assiologia economica liberale» e con essa «la costruzione di una nuova teoria generale delle obbligazioni idealmente raccolta intorno al primato dello «scopo economico» e sulla dematerializzazione in valore monetario del patrimonio» (A. BARBA, *La relatività dinamica*, cit., 327). Un ordine giuridico adatto all'evoluzione socio-economica verso il capitalismo industriale richiedeva che «a prevalere [fosse] la considerazione in termini patrimoniali dell'obbligazione e delle sue vicende; successione nel credito ed assunzione del debito rilevano in quanto forme giuridiche di un contenuto economico astrattamente funzionale alla circolazione dei valori patrimoniali connessi, rispettivamente, al debito e al credito» (*ivi*, 326 s.).

²² Processo su cui v. P. BARCELONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, 186 ss.; SCHLESINGER, *Il «primato» del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 825; M. CASELLA, *Il primato del debito (o del credito)*, in *Giur. comm.*, 1991, 715 ss.; B. RUDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 14, no. 1, 1994, 81-97, 82 ss.; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 185 ss.; P. SPADA, *Beni e finanza*, cit., 211 ss.; C. SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Catanzaro, 2017, 9; ID., *L'invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici*, Venezia, 2021, 48 ss; cfr. P. PERLINGIERI, *L'obbligazione fra vecchi e nuovi dogmi*, cit., 29, che avverte come «piuttosto che sottolineare uno spostamento da una privilegiata attenzione per la proprietà al primato del credito, che anch'esso finisce con l'esprimersi in forme di appartenenza, il



diritto di credito, che reclama *tutele* capaci di replicare l'esclusivismo appropriativo del paradigma dominicale²³ e *regole di circolazione* ritagliate su quelle dei diritti reali su beni materiali²⁴.

A questo processo di obiettivazione e mercificazione del diritto di credito nella sua dimensione '*singolare*' ne va aggiunto un altro, assai rilevante per intendere l'evoluzione e le *rationes* del regime circolatorio delle posizioni creditorie: anch'esso si fa strada dagli anni '80 dello scorso secolo e consiste nella rilevanza della dimensione '*plurale*' del credito²⁵; dove il singolo rapporto obbligatorio è posta attiva di un 'portafoglio' cioè di una *pluralità di crediti* appartenenti al medesimo creditore (o di cui questi voglia rendersi acquirente), reclamando una disciplina di circolazione compatibile con le esigenze di *circolazione massificata* degli stessi sul mercato²⁶.

Spersonalizzazione, obiettivazione e mercificazione del credito non vanno intesi in senso assoluto, come la proposta di *appiattare il modello obbligatorio su quello proprietario*; siffatta semplificazione sarebbe non solo eccessiva ma soprattutto fuorviante: accomunare il diritto di credito a quello diritto reale, qui come in altri discorsi che potrebbero farsi sul credito come *forma di appartenenza*²⁷, serve, piuttosto, a esaltarne la distanza giuridica a parità di nozioni economiche. La vicenda circolatoria offre uno dei principali luoghi di emersione di questa distanza, costituita dall'*interposizione*, fra creditore e quella porzione di ricchezza patrimoniale che diciamo *res credita*, della sfera giuridica del debitore. È, anzi, proprio la *rilevanza anfibia e duplice* del credito, insieme *cosa (puramente normativa)* e *rapporto giuridico relativo* a sollevarne il *problema giuridico della circolazione*²⁸, illuminando la *ratio* dell'esistenza stessa di una disciplina sulla cessione-

punto incontrovertibile è l'acquisito spostamento della *centralità della diretta proprietà immobiliare* e fondiaria a *forme nuove di appartenenza*, nelle quali il meccanismo del credito trova nuove e interessanti applicazioni» (corsivi aggiunti). Preziosi spunti in P. GROSSI, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1059 ss., spec. 1074 s.

²³ Cfr. R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 7; e volendo V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., 11 ss., 111 ss.

²⁴ Dell'intima connessione tra evoluzione dei traffici e *obiettivazione* della circolazione avvertiva, preannunciando la teoria unitaria della cessione del contratto contro la prevalente impostazione atomistica L. MOSSA, *Vendita di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 635: «sotto l'onda incessante del traffico le vecchie forme giuridiche si corrodono e si trasformano (...) il commercio con l'estero è veramente impossibile senza un'impronta profondamente oggettiva del contratto, che astrae dalla personalità dei soggetti; senza una sicurezza giuridica tutta propria e superiore a quella personale del diritto comune»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1952, 257-258; cfr. F. CARRESI, *Cessione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1956, III, 147; ID., *La cessione del contratto*, Milano, 1950; e in tema di cessione del credito S. SOTGIA, *Cessione di crediti e di altri diritti (diritto civile)*, cit., 159. Per la natura solo apparentemente paradossale dell'accostamento fra ricchezza obbligatoria e tecniche della sua circolazione secondo le regole della ricchezza immobiliare B. RUDDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, cit., 97; C. SALVI, *Teologie della proprietà privata*, cit., 91-92; K. PISTOR, *The Code of Capital*, cit., 13.

²⁵ Si tratta di una delle epifanie della finanziarizzazione dell'economia, preannunciata nella pagina di SCHLESINGER, *Il «primato» del credito*, cit., 825 ss.; B. RUDDEN, *Things as Things and Things as Wealth*, cit., 81-97; oggi cfr. P. SPADA, *Beni e finanza*, cit., 209; K. PISTOR, *The Code of Capital*, cit., 13; C. SALVI, *Teologie della proprietà proprietà*, cit., 89 ss.; R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia*, cit., 7; ID., *Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 1 ss.; A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed «economia del debito»*: *dinamiche della giustizia e autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 364.

²⁶ Cfr. *infra*, § 5.

²⁷ *Supra*, nt. 8.

²⁸ Illuminante sul punto, e di là dal merito della sua costruzione dell'obbligazione come *pati*, la pagina di F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 56-57, dove l'A. muove dal presupposto che la successione particolare si risolve «in un fenomeno di *indifferenza* o di *fungibilità* del soggetto del diritto medesimo rispetto al soggetto dell'obbligo» per aggiungere che «quando si tratta del rapporto reale, questa indifferenza si capisce per la sua medesima struttura, ché il contenuto di pura astensione dell'obbligo del *non dominus* non ha e non può avere alcun riguardo a un determinato soggetto del diritto correlativo, altra, anzi inversa, è la posizione quanto al rapporto di credito in cui si trovano di fronte due persone determinate». Di qui «mentre [...] la cessione è quello tra i contratti, alla cui funzione è più strettamente necessaria, al punto da sembrare quasi connaturale, l'efficacia *ultra partes*, questa efficacia appunto, per la natura del diritto trasferito, [ha] incontrato le maggiori difficoltà» (*ivi*, 41).



ne dei crediti e le sue peculiarità²⁹: dalla necessità che la vicenda traslativa sia tendenzialmente indifferente al debitore perché possa prescindere dal consenso di quest'ultimo³⁰, al formalismo richiesto perché l'effetto traslativo sia rilevante nei suoi confronti³¹.

Ciò che vuol dirsi, piuttosto, è che la modifica di queste variabili potrebbe far apprezzare l'aumento o la riduzione della distanza normativa fra le due tecniche di formalizzazione e radicamento patrimoniale della ricchezza (dominica vs. relazionale).

2. – Altrettanto errato e fuorviante sarebbe raffigurare il diritto francese precedente la riforma fermo alla concezione romanistica della cessione del credito. Al contrario, al legislatore si presentava uno scenario in primo luogo *frammentato* all'esito della *progressiva erosione dell'ambito applicativo della disciplina generale a opera della legislazione speciale*³². Per un verso, del codice finanziario e monetario, che reca una disciplina specifica per la cessione del credito professionale (cessione «*Dailly*» ex art. L 313-23 ss. *cod. monet. fin.*) e per quella che abbia luogo nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione (art. 214-169 *cod. monet. fin.*)³³; per altro verso, della disciplina in tema di garanzie su beni immateriali introdotta dalla riforma del 2006 (art. 2355 ss. *code civil* come modificato da ord. n° 2006-346 del 23 marzo 2006)³⁴ e di *trust*, dove una norma sulla cessione del credito «*dans le cadre d'une fiducie*» (art. 2018-2 *code civil*)³⁵. Si registrava, inol-

²⁹ Cfr. A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, cit., § 1, che avverte come proprio la diversità strutturale del diritto trasferito segni «un'autonomia di secondo grado» fra vicende traslative dei diritti reali e diritti di credito, entrambe *species* del genere degli atti di disposizione; cfr. F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil, Les obligations*¹², Paris, 2019, 1687 s., 1689.

Sul problema del trasferimento del rischio di credito implicato dalla sua 'reificazione' *infra*, nt. 87.

³⁰ Si tratta di un principio di indifferenza *puramente normativo*, nel senso che il diritto ha fissato un punto di equilibrio fra esigenze della circolazione ed esigenze di affidamento del debitore, tali per cui alcuni svantaggi sono considerati irrilevanti: un esempio su tutti, la minore tolleranza del creditore cessionario (es. cessione da banca a cessionario *hedge fund*). Cfr. F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, spec. 272. Per una rilettura della rilevanza dell'interesse a non veder deteriorata la propria posizione debitoria v. oggi l'approfondimento di G. DE DONNO, *Deterioramento della posizione del debitore e limiti alla circolazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1175 ss.

³¹ Così F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil*, cit., 1708, proprio per marcare l'omogeneità della vicenda traslativa del credito rispetto a quella dei diritti reali; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 41; S. SOTGIA, *Cessione di crediti e di altri diritti (diritto civile)*, cit., 157, per il quale «la giusta valutazione di tre sfere di interessi sarebbe la determinante della disciplina positiva sulla necessità dell'intimazione od accettazione, quali atti idonei e necessari per l'espletamento finale del rapporto»; per A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, cit., § 4, si tratta di uno dei luoghi normativi dove emerge «la duplice esigenza espressa dal rapporto di specie a genere che lega la cessione dei crediti all'atto di disposizione *tout court*»; cfr. F. PIRAINO, *La cessione del credito e la modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio*, in *Contr. Impr.*, 2012, spec. 408 ss., 423 ss.; A. D'ADDA, *La cessione del credito e il factoring*, in *Trattato dei contratti*, dir. V. Roppo, cond. A.M. Benedetti, II, *Cessione e uso dei beni*, Milano, 2014, 174.; U. STEFINI, *La cessione del credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2020, 2.

³² Cfr. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, 633; B. LOTTI, *La nouvelle cession de créance, entre droit commun et régimes spéciaux*, in *Riv. trim. dir. comm.*, 2019, 581 ss., 587 ss. Sul piano della teoria generale, scontato ma necessario richiamare N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, *passim*; ID., *Codici di settore: compimento della "decodificazione"*, in *Dir. soc.*, 2005, 131 ss.

³³ Per una sintesi delle fattispecie speciali F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil*, cit., 1718 ss.; e per il confronto con quella di diritto comune riformata B. LOTTI, *La nouvelle cession de créance*, cit., 581 ss.

³⁴ Sul rapporto fra questa fattispecie e la cessione del credito di diritto comune, prima dell'intervento chiarificatore di ord. n° 2021-1192 L. AYNÉS, *La cession de créance à titre de garantie: quel avenir?*, in *D.*, 2007, chron. 961; e poi O. DESHAYES, *La cession de créance de droit commun à titre de garantie: Révolution dans le monde des suretés sur créances ?*, in *JCP E*, 2021, n° 46-1493.

³⁵ L'art. 2018-2 è stato introdotto da *loi* n° 2008-776 del 4 agosto 2008 e prevede che quando la cessione ha luogo nell'ambito di un *trust* (*fiducie*) essa è opponibile ai terzi dal momento del contratto istitutivo del *trust* o della girata che lo registra, e al debitore ceduto solo dal momento della notifica da parte del cedente o del fiduciario.



tre, la presenza di social-tipi già accolti dalla giurisprudenza, pure senza orientamenti univoci, come per la cessione di crediti futuri e le cessioni c.d. in blocco³⁶.

Il profilo innovativo della riforma francese parrebbe quindi consistere nella scelta di trarre *sul piano del diritto comune* delle obbligazioni quelle norme che sanciscono una rilevanza del credito fino ad allora conosciuta solo in alcuni settori – pur ampi e rilevanti – del diritto privato³⁷. E ciò anche al fine di perseguire l'obiettivo della conoscibilità del diritto civile, strumentale alla certezza e, per questa via, leva di attrattività del diritto francese nella competizione fra ordinamenti³⁸. L'economia di queste pagine costringe a tralasciare un'altra importante sezione della riforma, la cui vicinanza e complementarietà al nostro tema esige che se ne dia un cenno: l'introduzione della fattispecie di cessione del debito (*cession de dette* 1327-1328-1 *code civil*) e quella di cessione del contratto (art. 1216 ss. *code civil*)³⁹, regolate in modo simile a quanto previsto nel nostro codice civile⁴⁰.

3. – Ad aprire le novità della riforma, la collocazione topografica della cessione del credito. La quale è tratta fuori dal titolo relativo al contratto di vendita, capo dedicato al «trasferimento di diritti immateriali, diritti successivi e diritti litigiosi» (art. 1689-1701 *ancien code civil*) e posta in quella del diritto generale delle obbligazioni (art. 1321-1326 *code civil*)⁴¹. Il capo dedicato al «trasferimento di diritti immateriali, diritti suc-

³⁶ *Infra*, § 3.

³⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 633. La prospettiva del rapporto con le figure speciali di cessione e il loro ruolo esemplare per il legislatore della riforma dell'istituto di diritto comune è al centro della riflessione di B. LOTTI, *La nouvelle cession de créance, entre droit commun et régimes spéciaux*, cit., 581-582.

³⁸ Cfr. *supra*, nt. 6; B. FAUVARQUE-COSSON, *The French Contract Law Reform*, cit., 337 ss. Sul nesso fra prevedibilità e capitalismo N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, e ivi spec. ID., 'Calcolabilità' weberiana e crisi della fattispecie, 33 ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, 39 ss.; sulla competizione fra ordinamenti A.A.V.V., *La concorrenza fra ordinamenti giuridici*, a cura di A. ZOPPINI, Roma-Bari, 2004.

³⁹ L'operazione economica di cessione del contratto era comune alla prassi contrattuale, ma costruita dalla giurisprudenza – con notevole aggravio di formalità – secondo l'impostazione c.d. analitica, per cui essa si considerava composta di una cessione del credito e di una delegazione passiva (sulla scia della *Zerlegungskonstruktion* di ascendenza tedesca, su cui R. CICALA, *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VI, 879; ID., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 9 ss.): Cass. 1^{er} civ., 15 feb. 2009, n° 08-10.230, che in tema di cessione di portafogli di crediti ha ricostruito la fattispecie come una operazione di cessione di crediti, da cui (nel vigore della vecchia disciplina), la necessità della notifica secondo le disposizioni dell'*ancien* 1690 *code civil*; *contra* Cass. 3^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.279. L'ordinanza ha quindi accolto la teoria unitaria della cessione del contratto, su cui L. AYNÈS, *La cession de contrat*, in *Dr. et patrimoine*, juill.-août, 2015, n° 249, 73, e già ID., *La cession de contrat*, Economica, 1984; da noi, prima dell'entrata in vigore del codice del '42, contro la teoria atomistica (sostenuta a es. da E. FINZI, *La riassicurazione e la cessione del portafoglio*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 656 ss., spec. 662 per l'idea che «se si vogliono trasferire insieme diritti e doveri occorre un negozio che abbia insieme i requisiti di una cessione e di un accollo») v. L. MOSSA, *Vendita di contratto*, cit., 635 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 290 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, 39; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., 257; per la concezione unitaria anche la Relazione Grandi al codice civile, 1942, n. 640-642. Per una rilettura della cessione del contratto entro gli schemi traslativi della cessione del credito e dell'accollo di debito, specie per affermare l'intrasmissibilità dei poteri di annullamento e rescissione R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., 61 ss., dove lo svolgimento dell'opinione già espressa nella voce *Cessione del contratto*, cit., 884 ss.; cfr. la recensione di F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 87 ss.

⁴⁰ Vedine in F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil*, cit., 1727 ss.

⁴¹ Dell'antica collocazione nella disciplina dei singoli contratti reca traccia la definizione della cessione del credito come «contratto» (art. 1321, al. 1, *code civil*), ma le norme sulla *cession de créance* si applicano comunque anche agli atti unilaterali per effetto dell'art. 1110-1, al. 1 *code civil* (v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 635, con la precisazione che la cessione era considerata causalmente neutra anche quando disciplinata sotto il titolo relativo al contratto di vendita). In questa sede non scenderemo nel noto dibattito teorico sull'autonomia causale del negozio di cessione (sui termini del quale, anche per ampia bibliografia, F. PIRAINO, *Cessione del credito*, cit., 401 ss.).



cessori e diritti litigiosi» non è abrogato, ma modificato con l'indicazione che alcune disposizioni non si applicano alla cessione disciplinata agli artt. 1321-1326 *code civil* (i.e. alla cessione del credito: così l'art. 1701-1 *code civil*)⁴². La modifica ha il senso di ribadire la neutralità causale della cessione e l'aspirazione unificatrice della riforma⁴³ rispetto ad un ordito normativo che non recava neppure la definizione della cessione del credito, oggi detta: «contratto con il quale il creditore cedente trasferisce, a titolo oneroso o gratuito, tutto o parte del suo credito nei confronti del debitore ceduto ad un terzo, chiamato cessionario» (art. 1321 *code civil*)⁴⁴.

Venendo alle novità sostanziali, esse possono raccogliersi in quattro ordini: l'*oggetto*, i c.d. *segnali della circolazione*⁴⁵ (da cui il regime di *efficacia* e *opponibilità* della cessione), la *forma* e il regime delle *eccezioni*.

Sull'oggetto della cessione, la riforma recepisce social-tipi e fattispecie dotate di tipicità giurisprudenziale, così dando certezza della possibilità – su cui prima il codice taceva – che anche la cessione di diritto comune possa: a) avere a oggetto *porzioni* di credito, anche *futuri*⁴⁶ purché determinati o determinabili dall'atto di cessione⁴⁷; b) servire da cessione *in blocco*, cioè di più crediti (art. 1321, al. 2, *code civil*). Resta invece controversa e non affrontata espressamente la cedibilità dei crediti *di fare* e di *non fare*⁴⁸. Un'ulteriore

⁴² Precisamente quelle poste agli artt. 1689-1691, relativi al regime di efficacia e opponibilità della cessione e l'art. 1693, relativo alla garanzia per l'esistenza del diritto, che restano applicabili ai trasferimenti degli altri beni immateriali; continuano a trovare applicazione anche alla cessione del credito gli artt. 1696-1701.

⁴³ B. LOTTI, *La nouvelle cession de créance*, cit., 582. Cfr. la nostra Relazione Grandi al codice del 1942, che parla della scelta del codice del 1865, che collocava (sulla falsariga di quello francese) la cessione nella disciplina della vendita, come di una scelta «che non tene sufficientemente conto della genericità della causa traslativa», lì dove «il nuovo codice civile, trattando in modo a sé stante la cessione dei crediti, [ne] riproduce il concetto di autonomia sostanziale» (122-123).

⁴⁴ Art. 1321, al. 1: «La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire».

⁴⁵ Così F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 62, chiama le varie forme che consentono di «mettere accanto alla pura o nuda manifestazione di volontà un *quid*, il quale abbia i caratteri della *visibilità* e perciò possa servire alla sua evidenza».

⁴⁶ Ma solo nel caso di cessione a titolo oneroso, per la nullità della donazione di cose future (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 633).

⁴⁷ Cass. 1^{re} civ. 20 marzo 2001, n° 99-14.982, in *D.*, 2001. 3110, con nota di L. AYNÉS; in *RDBF*, 2001, 224, con nota di D. LE GAIS. La necessaria determinazione o determinabilità dei crediti non è che una declinazione dei requisiti dell'oggetto del contratto: così O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 637, secondo cui fra i crediti futuri rientrano anche quelli eventuali (futuri e temporaneamente incerti). La tesi trae un efficace argomento dalla norma che oggi esclude la garanzia per l'esistenza del credito se il cessionario conosceva la natura incerta del credito (art. 1326 *code civil*), lasciandone dedurre la validità; lì dove l'*ancien* 1693 *code civil*, non prevedendo la neppure la possibilità di esclusione convenzionale della garanzia per l'esistenza del diritto, lasciava inferire l'estraneità al previgente ordito codicistico della cessione dei crediti futuri ed eventuali.

Considerano suscettibile di cessione anche il credito inesigibile (pure per cause diverse dall'apposizione di termine) F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil*, cit., 1696. Sulla circolazione del credito inesigibile da leggere M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, 276 ss.

⁴⁸ Il tema richiederebbe apposita trattazione, anche per i riflessi sull'obiettivazione del credito e sulla conseguente unità o pluralità di statuti dell'obbligazione (*supra*, § 1). Dobbiamo qui limitarci a registrare il confronto fra la tesi per cui i crediti a prestazioni di fare e di non fare sono cedibili solo mediante la cessione del contratto (cfr. L. AYNÉS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, pref. Ph Malaurie, n° 29-30; J. FRANCOIS, *Les créances sont-elles des biens?* In *Liber amicorum Larroumet*, Economica, 2009) e quella che reputa cedibili i crediti di là dalla natura della prestazione (così V. EGÉA, *La circulation d'une créance non monétaire (l'exemple de la délivrance)*, in *D.*, 2012, 2111 e *ivi* ulteriore bibliografia, spec. nt. 16 e 17; F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil*, cit., 1696). Cfr. le proposte di diritto uniforme: spec. Art. 5:105 DCFR, che discorre genericamente di cessione del *right to performance*; un'apertura parrebbe stare anche nel *Rapport au Président de la République*, cit., sub sec. 1, che, nel spiegare la collocazione topografica della cessione nel diritto generale delle obbligazioni, afferma come «la cession de créance trouve plus logiquement sa place au sein des textes sur le régime général des obligations, dans la mesure où elle peut porter sur tout type d'obligations» (ma l'affermazione potrebbe riferirsi alle fonti d'obbligazione e non alla specie di prestazione che ne forma oggetto). Ammette la trasferibilità dei crediti a prestazioni di fare, così come a prestazioni personali di godimento P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 16, intendendo il credito come «ogni situazione soggettiva giuridicamente rilevante



modifica rispetto al testo previgente riguarda gli accessori del credito, per i quali è eliminato l'elenco (cauzioni privilegi e ipoteche), peraltro già interpretato in senso esemplificativo⁴⁹.

Con la previsione che il consenso del debitore ceduto non è necessario, a meno che non sia stata convenuta l'incapibilità del credito⁵⁰, il legislatore ha riconosciuto *a contrario* la validità dei patti di limitazione convenzionale della cedibilità del credito, senza però affrontarne espressamente i problemi dell'estensione temporale, degli effetti della violazione e della posizione del cessionario di buona fede⁵¹. Certezza e prevedibilità, anime dell'intero progetto di riforma, hanno portato a disattendere la proposta di prevedere l'incapibilità dei crediti di natura strettamente personale⁵², così segnando una significativa differenza col regime vigente nel nostro ordinamento e, forse, confermando una progressiva obiettivazione del credito.

Una delle modifiche più significative dell'istituto inerisce agli *indici della circolazione*, necessari a rendere la cessione pienamente efficace nei confronti del debitore ceduto e degli altri terzi.

Il nuovo art. 1323 *code civil* introduce la regola dell'efficacia *solo contractu* della cessione: dalla sua data, essa ha effetto non solo *fra le parti*, ma anche *nei confronti dei terzi* (diversi dal debitore ceduto)⁵³, senza ulteriori formalità⁵⁴; lì dove, nel regime previgente, la notifica della cessione serviva a rendere quest'ultima, oltretutto efficace nei confronti del debitore ceduto, opponibile ai terzi (*ancien art.* 1960)⁵⁵. L'ord. n° 2016-131 prevedeva una deroga per la cessione dei crediti futuri, la cui efficacia traslativa era differita al momento della loro venuta ad esistenza, sia nei rapporti *inter partes* sia nei confronti dei terzi⁵⁶. Ciò rendeva incerta la sorte della cessione, specie nel caso di apertura di procedure concorsuali a carico del cedente; e così si spiega

che, a prescindere dalla fonte (...) costituisca titolo, nei confronti di una parte determinata e determinabile, ad una prestazione e comunque ad un comportamento anche di semplice astensione utile per la realizzazione di un interesse patrimonialmente valutabile» (*ivi*, 12). Ciò nei limiti della natura *intuitus personae* del credito: causa generale di incapacibilità del credito (ma non nell'ordinamento francese: *infra* nel testo) ma non anche prova dell'intrasmissibilità *tout court* dei crediti a prestazioni di fare o non fare.

⁴⁹ Durante l'*iter* di discussione del progetto si è dibattuto sull'opportunità di aprire spazi di autonomia privata, a es., per la trasmissione solo parziale degli accessori del credito. Il problema corre, qui, sul confine della (seppur non assoluta) indifferenza della vicenda successoria per il debitore ceduto, per cui in tanto il credito può trasferirsi senza la necessità del suo consenso in quanto la vicenda successoria non implichi una modifica della posizione debitoria. Entro questi limiti sicuramente le parti del contratto di cessione possono limitarne l'oggetto a uno o più accessori: cfr. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 638.

⁵⁰ Da segnalare l'eccezione prevista nel codice di commercio, che commina la nullità delle clausole di incapacibilità del credito nei contratti fra imprese (art. L 442-6, II, lett. c) *cod. comm.*). In arg. v. F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil*, cit., 1698.

⁵¹ Problemi su cui cfr. A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, cit., § 7.

⁵² Cfr. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 639, che segnalano la difficoltà di ricavare patti di incapacibilità in via interpretativa (da fonte muta).

⁵³ Per la *Court de Cassation* sono terzi tutti coloro che non sono parti dell'atto di cessione e hanno interesse a che il cedente resti creditore (*ex multis* Cass. 1^{er} civ., 4 giugno 2014, n° 13-17.077, in *D.*, 2014, 2508, con nota di ANSALONI; in *RDC*, 2014, 4, 618, con nota di LIBCHABER e in *JCPG*, 2014, 1582, con nota di FRANCOIS). Questa categoria di terzi include il caso di più cessionari del medesimo credito, come quello in cui il credito abbia formato oggetto della costituzione di un diritto reale, a es. di usufrutto o di pegno (cfr. art. 1325 *code civ.*, che al secondo comma prevede un'azione a favore del primo cessionario nei confronti di abbia ricevuto il pagamento).

⁵⁴ In linea di coerenza, l'art. 1225 *code civil* prevede che il conflitto fra più cessionari sia risolto a favore del primo atto di cessione.

⁵⁵ Cfr. B. LOTTI, *La nouvelle cession de créance*, cit., 585. L'*ancien art.* 1690, al. 1, *code civil* prevedeva infatti che: «Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur» (aggiungendo, quanto ai rapporti col debitore, l'alternativa che quest'ultimo avesse accettato la cessione con atto autentico: l'*acte authentique ex art.* 1690, 2 al., *code civil*).

⁵⁶ Sotto questo profilo si apprezzava la distanza con la fattispecie della cessione dei crediti professionali (*cod. monet. fin.* art. L 313-23 e L 313-27), che pure avrebbe ispirato l'introduzione della cessione dei crediti futuri nell'impianto codicistico: v. B. LOTTI, *La nouvelle cession de créance*, cit., 583.



– insieme a esigenze di simmetria con la cessione a scopo di garanzia – perché l'ord. n° 2021-1192 abbia esteso ai crediti futuri la regola dell'efficacia e opponibilità *immediata* della cessione al momento della conclusione del contratto⁵⁷.

In caso di contestazione, l'onere della prova sulla data della cessione grava sul cessionario, che può fornirla con ogni mezzo (art. 1323, al. 2, *code civil*)⁵⁸. Questo regime probatorio parrebbe *prolungare* il vantaggio dell'opponibilità *solo contractu*, esprimendo un marcato *favor* per il cessionario e per la *libertà* della circolazione, che sotto questo profilo vede quella di diritto comune allineata alla cessione dei crediti di impresa, a scopo di garanzia e nel quadro di una fiducia⁵⁹. Più *libertà* di circolazione non significa anche più *sicurezza*: al contrario, la deformalizzazione della vicenda circolatoria e l'alleggerimento dell'onere probatorio incrementano l'incertezza della posizione del cessionario⁶⁰. Il che non sorprende se si riflette l'illustre insegnamento per cui il *problema giuridico della circolazione* vede fra loro in tensione i tre elementi della *libertà, apparenza e sicurezza*⁶¹; da cui la centralità della «dosatura dell'onere» di segnalazione del contratto, necessaria a «conciliare le esigenze, che si esprimono col principio di libertà della circolazione, con le altre, le quali mettono capo al principio della sua apparenza. Quanto, infatti, si concede a queste ultime, di tanto si restringe o, almeno, si intralcia il libero movimento dei beni»⁶².

L'unico contrappeso posto all'alleggerimento dei requisiti di opponibilità della cessione e del suo regime probatorio è l'inasprimento del formalismo negoziale, per cui la *cession* diventa un negozio formale (art. 1322 *code civil*)⁶³.

Venendo alla posizione del debitore ceduto, quest'ultimo sfugge all'opponibilità *solo contractu* e la cessione gli è opponibile solo dal momento che gli sia comunicata o ne abbia preso atto, salvo che non abbia consentito alla cessione («a déjà consenti») ⁶⁴. Rispetto al regime previgente, si registra un significativo incremento della *libertà* di circolazione, sotto un duplice profilo. Il primo, nella forma, che da notificazione (*signification*) si fa comunicazione (*notification*), suscettibile di darsi con ogni mezzo idoneo⁶⁵. Il secondo,

⁵⁷ V. in particolare: l'art. 26 ord. n° 2021-1192, che modifica l'art. 1323 *code civil* aggiungendo dopo la parola «créance» quelle «présente ou future», e abroga il terzo comma dell'art. 1323; l'art. 9, II, ord. n° 2021-1192, che abroga analoga norma prevista in tema di pegno su crediti (art. 2357 *code civil*). Per gli effetti negativi di un diverso regime di efficacia nel caso di apertura di procedure concorsuali a carico del cedente prima della venuta ad esistenza dei crediti O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 646.

⁵⁸ Non è quindi necessario che la cessione abbia data certa, come nel regime previgente (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 645; F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil*, cit., 1706).

⁵⁹ Cfr. art. 1323, al 1 e 2 *code civil*; L 313-27, al 1, *cod. monet. fin.*, artt. 2018-2 e 2361 *code civil*, quest'ultimo per come modificato dall'art. 9, III, ord. n° 1192-2021, in vigore dal 1 gennaio 2022.

⁶⁰ Lo segnala B. LOTTI, *La nouvelle cession de créance*, cit., 585; cfr. F. PETIT, *Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, in *D.*, 2006, 2819, § 10-11.

⁶¹ F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 12, 72 ss.

⁶² F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 73.

⁶³ Anche qui l'introduzione della forma scritta *ad substantiam* allinea la disciplina della cessione comune a quella a scopo di garanzia (art. 2356 *code civil*). Si discute della validità di una cessione che non rechi indicazione per iscritto della data: prevale la tesi della validità e della rilevanza dell'incertezza sulla data ai soli fini dell'opponibilità (arg. ex art. 1323 *code civil*: così per O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 641). La questione pare risalire al problema della forma espressa e all'estensione dell'onere della forma scritta *ad substantiam*: M. ORLANDI, *La circolazione dei significati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 583.

⁶⁴ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 647. Il profilo dell'efficacia nei confronti del debitore ceduto resta quello dove si apprezza ancora la distanza con la fattispecie speciale della cessione *Dailly* di crediti professionali ad una banca, efficace anche nei confronti del debitore ceduto dalla data apposta sul documento di cessione (*bourdeau Dailly*): v. B. LOTTI, *La nouvelle cession de créance*, cit., 597.

⁶⁵ F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit Civil*, cit., 1690, 1695, 1700 s. Deformalizzata anche l'accettazione, suscet-



nella nuova opzione del ‘consenso’ alla cessione, che non ha mancato di suscitare il dubbio in ordine al momento nel quale possa dirsi validamente espresso: se originariamente (es., al momento della conclusione del contratto), sicché il cedente non sarebbe tenuto ad alcuna formalità, o contestualmente alla cessione⁶⁶.

Recependo un orientamento consolidato in giurisprudenza, la riforma pone il regime delle eccezioni opponibili dal debitore ceduto (art. 1324, al. 2, *code civil*), fondandolo sulla distinzione fra eccezioni inerenti al debito (*inherent à la dette*) e le altre⁶⁷. Fra le prime figurano nullità, eccezione di inadempimento, risoluzione⁶⁸ e compensazione di debiti connessi, che il debitore può sempre eccepire, restando irrilevante la data della cessione. Le eccezioni non altrimenti inerenti al debito sono opponibili dal debitore ceduto solo se nate dal rapporto col cedente prima che la cessione gli sia divenuta opponibile. Vi figurano la concessione di un termine, la remissione del debito e la compensazione con debiti non connessi.

A chiudere l’art. 1324, la *responsabilità solidale* di cedente e cessionario per i costi aggiuntivi causati dalla cessione, che il debitore ceduto non è tenuto ad anticipare⁶⁹ e che, salvo patto contrario, gravano sul cessionario⁷⁰. La disposizione pare avere il suo oggetto immediato nelle spese *del pagamento*⁷¹ ma si preannuncia feconda anche *oltre* quell’ambito, poiché schiude alla riflessione sul problema del deterioramento del-

tibile di darsi per fatti concludenti, come il pagamento spontaneo fatto al cessionario: O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 648. Controverso nella nostra dottrina (per i termini del dibattito A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, cit., § 5, e bibliografia alle nt. 71 e 73), il carattere amorfo delle comunicazioni previste all’art. 1264 cod. civ. è consolidato nella nostra giurisprudenza: *ex multis* Cass. 20 agosto 2021, n. 23257; Cass. 29 settembre 2020, n. 20495; Trib. Milano 28 gennaio 2019, n. 799, tutte in *Dejure*; Cass. 26 aprile 2004, n. 7919, in *Cass. civ. mass.*, 2004, 4; Cass. 29 settembre 1999, n. 10788, in *Fall.*, 2000, 1236, con nota di TERENCE.

⁶⁶ In questo secondo senso O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 649.

⁶⁷ In modo del tutto simmetrico a quanto previsto per la cessione del contratto all’art. 1216-2, al 1, *code civil* (e sulla scelta di allineare le due fattispecie cfr. *Rapport au Président de la République*, cit., sub sec. 5), in tema di cessione del debito (art. 1328 *code civil*) e di surrogazione (art. 1346-2 *code civil*). Designare *inerenti al debito* anche eccezioni relative alla fonte del credito pare non solo condivisibile, ma anche illuminante della natura metaforica del rapporto di *derivazione* fra credito e la sua fonte, che il credito – è stato efficacemente e autorevolmente affermato – *non tanto deriva da una fonte, ma «[è] la propria fonte»* (nel solco tracciato da N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*⁴, Padova, 1990, 24, M. ORLANDI, da ultimo in *Torto e tipo*, in questa *Rivista*, 2020, 184; e già in *Id.*, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, 124 ss., 132); nome di una disciplina, la quale *non può che ricavarsi dal titolo (il contratto)* e che si trasferisce a titolo derivativo, perciò identica, in capo al nuovo titolare (per tutti, sul punto P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit., 216 ss.; M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., 275 ss.; da diversa prospettiva L. AYNÉS, *La cession de contrat*, cit., n° 30). Il che, naturalmente, non significa anche rilevanza *integrale* della fonte negoziale originaria nei rapporti fra cessionario e ceduto, né priva di significato la distanza fra cessione del credito e cessione del contratto (un es. su tutti, per il diverso regime relativo ai vizi funzionali del sinallagma contrattuale, dal punto di vista della posizione del cessionario: R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., 64 ss.; ma non così per F. TERRÉ, SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit Civil*, cit., 1709, che annoverano fra gli accessori del credito anche le azioni di risoluzione, annullamento, rescissione e risarcimento sostitutivo). Sotto il profilo classificatorio, esclude possano considerarsi inerenti al debito le eccezioni relative alla fonte del credito (fermo il problema della legittimazione del ceduto a farle valere, che l’A. ammette fondandola sulla necessità che la vicenda circolatoria gli resti indifferente) V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, cit., 867 ss.

⁶⁸ Legittimazione ammessa in via interpretativa anche in assenza di una disciplina espressa: Cass. comm. 12 gennaio 2010, n° 08-22.000, in *JCP E*, 2010, 1497, con nota adesiva di R. MARTY; in *Riv. trim. dir. civ.*, 2010, 106, con nota di B. FAGES; in *RDC*, 2010/3, 834, con nota di Y.M. LAITHIER; da noi già R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., 64, nt. 10: «la cessione determina soltanto una modificazione soggettiva dell’obbligazione (...) e perciò non altera la sinallagmaticità del credito ceduto con quello di cui è titolare il debitore ceduto verso la controparte cedente: quindi l’inadempimento del cedente verso il ceduto legitimerà l’esercizio da parte di quest’ultimo dell’*exceptio inadimpleti contractus*», come per le stesse ragioni, del diritto di risoluzione per inadempimento (fermo il diverso piano della responsabilità e delle garanzie del cedente per l’esistenza del credito).

⁶⁹ Il debitore può, quindi, legittimamente rifiutarsi di adempiere finché tali costi non gli siano pagati. Il riferimento è all’aggravio economico derivante dalla necessità di eseguire la cessione ad altro creditore, a es. con bonifico estero, oppure per la necessità di pagare due volte nel caso di cessione parziale: O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 651.

⁷⁰ Emerge qui il *leit motiv* della natura suppletiva della disciplina legale, che anima vari altri luoghi della riforma.

⁷¹ *Supra*, nt. 69.



la posizione debitoria in un contesto di incrementata *libertà di circolazione* del credito⁷²; dove la progressiva mercificazione di quest'ultimo significa maggior *mutevolezza del creditore* e, insieme, probabilità di un'alterazione della situazione originaria per il debitore; riportando così al centro della discussione il principio di indifferenza e il suo confine (artificiale e normativo) con la libertà di disposizione.

4. – Dal confronto fra disciplina riformata e obiettivi che l'hanno ispirata, emerge come la *semplificazione* degli indici di circolazione e l'*autonomia privata* nella determinazione dell'oggetto della cessione, così come la *previsione espressa* delle eccezioni opponibili e dei criteri di distribuzione degli oneri legati alla modifica del lato attivo del rapporto rendano l'istituto più *'moderno'*, poiché risolvono il problema giuridico della circolazione – conteso, nel citato insegnamento Carneluttiano, fra *libertà apparenza e sicurezza* – in linea con le esigenze di *libertà* reclamate dal ruolo sistemico del credito nell'economia contemporanea⁷³. Esse inoltre, nel trarre sul piano legislativo social-tipi giurisprudenziali, servono l'obiettivo di *prevedibilità e certezza*⁷⁴ della disciplina applicabile alla vicenda circolatoria.

Di là dall'*ordonnance* del 2016, seguendo l'evoluzione del diritto francese fino ad oggi, si scorgono continuità di scopi e capacità dell'istituto di svolgere la sua funzione di disciplina generale. Il riferimento è alla recente ordinanza sulle garanzie che, a quindici anni da quella del 2006, riforma istituti allora tralasciati – privilegi e garanzie personali – e interviene ad affinarne altri (*ordonnance* n° 2021-1192). Spicca, ai nostri fini, l'espressa previsione della cessione del credito a scopo di garanzia⁷⁵ che la giurisprudenza tendeva a riqualificare, tranne nei casi espressamente previsti dalla legge, in garanzia pignorizia⁷⁶. La vocazione unificatrice dell'istituto di diritto comune parrebbe confermata dall'art. 2373 *code civil*, che struttura la fattispecie della cessione de «la propriété d'une créance» attraverso il rinvio agli effetti di un contratto «conclu en application des articles 1321 à 1326»⁷⁷.

⁷² V. spec. G. DE DONNO, *Deterioramento della posizione del debitore*, cit., 1175 ss.; 1197 ss., che, esclusa la possibilità di costruire in via interpretativa cause di incedibilità del credito, fonda un limite alla libertà di circolazione sulla buona fede integrativa ex art. 1175 e 1375 cod. civ., da cui «un obbligo risarcitorio in capo al cedente che potendo disporre del diritto in favore di più soggetti lo faccia nei confronti di chi, divenuto cessionario, determini un aggravio nella sfera del debitore» (e 1202, sul caso delle clausole di *gross up*).

⁷³ *Supra*, § 1.

⁷⁴ Sarebbe velleitario addentrarci nel dibattito da ascrivere a questi valori, come pure pensare di raccogliere nello spazio di una nota l'autorevole dottrina che se ne è occupata: basti il confronto fra N. IRTI, *Viaggio fra gli obbedienti*, Milano, 2021; i saggi raccolti in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., e P. GROSSI, *Oltre il diritto*, Roma-Bari, 2020; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

⁷⁵ O. DESHAYES, *La cession de créance de droit commun à titre de garantie*, cit., *passim*.

⁷⁶ *Ex multis* Cass. comm., 26 maggio 2010, n. 09-13.388, in *D.*, 2010, 2201, con nota di N. BORGA; Cass. comm., 19 dicembre 2006, n° 05-16.395, in *D.*, 2007, 344, con nota di C. LARROUMET; in *JCP G*, 2007, II, 10067, con nota di D. LEGAIS. È appena il caso di segnalare che la differenza corre sulla linea della titolarità del credito, che nel caso della garanzia pignorizia il credito resta di titolarità del datore, mentre nella cessione è trasferito – sia pure solo a scopo di garanzia – al cessionario, uscendo così dal patrimonio del cedente: sui corollari per tutti F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 213 ss.; A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 100 ss., 111 ss.

⁷⁷ «Art. 2373. La propriété d'une créance peut être cédée à titre de garantie d'une obligation par l'effet d'un contrat conclu en application des articles 1321 à 1326»: così art. 11, VII, ord. n° 2021-1192, in vigore dal 1 gennaio 2022. In arg. O. DESHAYES, *La cession de créance de droit commun à titre de garantie*, cit., *passim*.



5. – Il codice civile italiano è più ‘moderno’ di quello francese: prese le distanze dal *Code Napoleon*, come dal codice del 1865 che ne replicava il modello (artt. 1538 ss. cod. civ.), esso colloca la cessione del credito nella parte dedicata alle obbligazioni in generale e conferma l’istituto in modo largamente coincidente con quello oggi dato agli artt. 1321-1326 *code civil*. Restano alcune analogie con la situazione francese pre-riforma, come l’assenza di una previsione codicistica di cedibilità dei crediti futuri o in blocco (art. 1321, al. 2, *code civil*) e delle eccezioni opponibili dal debitore ceduto (art. 1324, al. 2, *code civil*); un regime più oneroso degli indici di circolazione con riguardo ai terzi diversi dal debitore ceduto (cfr. art. 1323 *code civil*); l’assenza di una fattispecie tipica di cessione del credito a scopo di garanzia (art. 2373 *code civil*) e la frammentazione dello statuto della cessione fra codice civile e discipline speciali.

Lasciamo da un canto gli ultimi due aspetti, per tentare di fissare un primo ordine di riflessioni sulla portata ‘esemplare’ della riforma francese. Se si eccettua l’opponibilità *solo contractu* della cessione (art. 1323 *code civil*), che avrebbe un effetto significativo ma è dubbio che fissi l’equilibrio fra *libertà* e *sicurezza* della circolazione in modo ottimale (e perciò invidiabile)⁷⁸, altri interventi mutuati dal legislatore francese potrebbero incrementare certezza e prevedibilità della disciplina applicabile, ma poco aggiungerebbero all’istituto di diritto comune, specie alla luce degli orientamenti giurisprudenziali consolidati⁷⁹. Così, a es., per le previsioni sull’oggetto, sul novero di eccezioni opponibili⁸⁰ e sul criterio di ripartizione dei costi derivanti dalla modifica del lato attivo del rapporto.

Sulla stessa linea, parrebbe da conservare l’equilibrio che la legge italiana pone fra istituto generale della cessione e discipline speciali. Dove la *ratio* specificante, che determina la *sottrazione di classi di cessioni* a una o più norme della disciplina generale, è il trascorrere del credito dalla *dimensione singolare* alla *dimensione plurale* e alla strumentalità della vicenda modificativa del rapporto a un’operazione negoziale di finanziamento, investimento o ristrutturazione⁸¹. Senza pretesa di una ricognizione esaustiva, un primo riferimento è al testo unico bancario e all’istituto della cessione c.d. in blocco (art. 58 TUB), dove l’*iscrizione* nel registro delle imprese e la *pubblicazione* in Gazzetta Ufficiale dell’avvenuta cessione prendono il luogo della notifica (art. 58, comma 4, TUB). Questa semplificazione degli indici di circolazione include gli accessori del credito, sicché tutte le garanzie, personali e reali, si trasferiscono senza ulteriori formalità (es. annotazione ipotecaria ex art. 2843 cod. civ.: così art. 58, comma 3, TUB)⁸². Così pure nelle cessioni a titolo oneroso

⁷⁸ *Supra*, nt. 60 e testo corrispondente.

⁷⁹ Un esempio su tutti, in ordine alla forma della notifica: *supra*, nt. 65.

⁸⁰ Per una critica all’assenza di una disciplina espressa delle eccezioni opponibili V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, cit., 867. L’opportunità del chiarimento legislativo resta nonostante la sostanziale unanimità di dottrina e giurisprudenza sul principio per cui il ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente quale corollario del principio di identità (di oggetto e titolo) caratteristico della vicenda circolatoria. Non mancano, infatti, perplessità e problemi applicativi: si pensi, ad esempio, al controverso regime di opponibilità della clausola compromissoria, esemplarmente rappresentato da Cass. 19 settembre 2003, n. 13893, in *Contr.*, 2004, 566, con nota di F. BORRELLO, *Clausola arbitrale e cessione del credito*; in *Corr. giur.*, 2003, 1583 ss., con nota di V. MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria*, cit., che pone il prevalente orientamento in base al quale il debitore ceduto potrebbe (diversamente dal cessionario) valersi della clausola, e Cass. 1 settembre 2004, n. 17531, in *Corr. giur.*, 2005, 1567, con nota critica di V. MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: la Cassazione “evidentemente” si contraddice*, che invece esclude il debitore ceduto dal novero dei legittimati; ma fra i casi problematici potrebbe annoverarsi anche l’eccezione di inadempimento (cfr. *supra*, nt. 68).

⁸¹ In questa prospettiva cfr. L. PICARDI, *Cessione del credito e diritto di informazione del debitore ceduto fra disposizioni della Banca d’Italia e orientamenti dell’ABF*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 203 ss.

⁸² Il cessionario deve a propria volta essere una banca o un intermediario autorizzato all’erogazione del credito (arg ex art. 106 TUB e dm. 53/2015, lett. b). Ciò aveva determinato un quadro istituzionale preclusivo dell’acquisto di crediti deteriorati da parte di intermediari non bancari e la preferenza degli attori del mercato, che vede fra i suoi maggiori acquirenti investitori istituzionali e fondi speculativi non bancari, ad operare attraverso l’istituto della cartolarizzazione del credito: v. M. MAGGIOLINO, *La disciplina giuri-*



di crediti pecuniari nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione, per le quali la legge richiama le formalità semplificate dettate dal testo unico bancario (art. 4, comma 1, l. n. 130/1999)⁸³. Infine, nelle cessioni di crediti d'impresa a banche o intermediari finanziari nell'ambito di operazioni di *factoring*⁸⁴, alla disciplina elastica dell'oggetto della cessione (crediti futuri e in massa) si accompagna l'allentamento delle formalità per rendere l'effetto traslativo opponibile ai terzi, legata al pagamento «di data certa» del corrispettivo della cessione da parte del cessionario (art. 5 l. 21 febbraio 1991, n. 52)⁸⁵. In tutte queste fattispecie, all'evidenza, riscontriamo la dimensione *plurale* del credito, che giustifica la priorità delle esigenze dello scambio e di interessi trascendenti la dimensione individuale del singolo rapporto obbligatorio, propri della dinamica di finanziamento dell'impresa, dell'esercizio del credito o della soluzione di un problema del patrimonio della banca-creditrice (quando la cessione abbia a oggetto crediti c.d. deteriorati).

L'istituto codicistico italiano parrebbe *tendenzialmente* adeguato a riflettere la dimensione obbiettiva del credito e le esigenze circolatorie di quest'ultimo nell'economia contemporanea, quando guardato nella sua dimensione *singolare*; mentre la circolazione *plurale e massificata* del credito appare correttamente collocata nel diritto speciale, dove giusto peso assumono le qualifiche soggettive o la causa del negozio nel quale si inserisce l'effetto traslativo⁸⁶. Il che consente di rimarcare che la dimensione *plurale* del credito solleva pro-

dica della gestione dei crediti deteriorati nella prospettiva delle banche: profili critici, Milano, 2020, spec. 282 ss., 285. Ma oggi la situazione parrebbe destinata a mutare all'esito di dir. UE 2021/2167.

⁸³ O, qualora si diano i presupposti della cessione dei crediti di impresa, con il pagamento avente data certa: *amplius* L. PICARDI, *Cessione dei crediti*, cit., 212 ss. Oltreché sulle regole di efficacia della cessione, la legislazione speciale incide sulle formalità richieste per la determinazione del compendio ceduto, alleggerendole anche in ragione della precisa scelta legislativa di incentivare la cartolarizzazione come strumento di gestione del c.d. credito deteriorato: v. a es. art. 7.1 introdotto dalla l. 21 giugno 2017, n. 96: in arg. cfr. M. MAGGIOLINO, *Disciplina giuridica della gestione dei crediti deteriorati*, cit., 285 ss.; G. CAPALDO, *La novella alla legge 130/1999: nuove figure di separazione patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 376 ss.; MESSINA, *GACS: lo strumento pioniere in Europa per lo smaltimento dei crediti deteriorati. Riflessioni critiche sui principali aspetti*, in *Contr. impr.*, 2019, 1494 ss.; M. GAGLIARDI, *Secondary markets for npls: stato dell'arte e prospettive future*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 1s, 63 ss.

⁸⁴ Ma il novero di soggetti ammessi a rendersi acquirenti è stato esteso a soggetti non bancari nell'ambito di operazioni societarie infragruppo (art. 1 l. 21 febbraio 1991, n. 52, per come modificato dall'art. 14-ter d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. l. 11 novembre 2014, n. 164 e dall'art. 12-bis d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv. l. 30 giugno 2016, n. 119) e parrebbe destinato a ulteriori estensioni per effetto del recepimento di dir. UE 2021/2167.

⁸⁵ A. DI MAJO, *Crediti di impresa*, in *Enc. dir.*, Agg.***, Milano, 1999, 476 ss., 480, che addita la *ratio* dell'innovazione in una sorta di 'autosufficienza' della cessione: «si tratta di agevolare l'efficacia della cessione verso i terzi rendendola indipendente da fatti o comportamenti "esterni", e/o meglio non dipendenti dai soggetti della cessione, quali potrebbero essere la notificazione al debitore (magari irreperibile) o l'accettazione da parte di esso. Il pagamento è invece atto del cessionario, cioè del soggetto per definizione interessato alla cessione». Va segnalato che il cessionario conserva la facoltà di rendere la cessione opponibile ai sensi del codice civile e che l'efficacia liberatoria del pagamento fatto dal debitore ceduto resta disciplinato dall'art. 1264 cod. civ. (art. 5, comma 2 e 3, l. n. 342/1991).

⁸⁶ Ma non fa questa differenza Corte cost. 10 marzo 2006, n. 95, (Pres. Bile, Red. Vaccarella), in *Giur. cost.*, 2006, 969. Ad avviso del giudice *a quo* gli art. 58, comma 2, TUB, e art. 4, comma 1, l. 30 aprile 1999, n. 13 contrasterebbero con gli artt. 2 e 3 Cost., poiché «prevedendo la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco, creano un *diritto singolare*, accordando ingiustificate posizioni di privilegio e mostrando disinteresse per le sorti del singolo debitore, in contrasto col brocardo *privilegia ne inroganto*» ed eludendo la necessità del consenso del ceduto pur realizzando effetti analoghi alla cessione del contratto. Senza scendere all'analisi del rapporto fra i segnali di circolazione speciali e l'art. 1264 cod. civ., la Corte si limita a rigettare la questione per manifesta infondatezza, che «il diritto di credito (...) costituisce un bene, come tale idoneo a circolare senza coinvolgimento della persona del debitore e dei suoi diritti inviolabili», mentre il consenso alla cessione del contratto da parte del contreante ceduto si giustifica per la sua titolarità «delle situazioni attive corrispondenti agli obblighi gravanti sul cedente». Va peraltro segnalato il più cauto atteggiamento del legislatore eurolunitario, che nella recente dir. 2021/2167 sugli acquirenti e i gestori di crediti – nel quadro di una marcata liberalizzazione del mercato del credito deteriorato – richiama l'esigenza di garantire il rispetto della vita privata del debitore e del suo diritto all'informazione (cfr. cons. 20 e 46, art. 10). Sull'inadeguatezza della disciplina codicistica a tutelare le diverse sfere di interessi coinvolte nelle vicende circolatorie 'plurali' v. L. PICARDI, *Cessione dei crediti*, cit., 203 ss.; cfr. F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 6 ss.



JUS CIVILE

blemi *propri*, di tutela dei debitori ceduti e di traslazione del rischio di insolvenza⁸⁷, da affrontare nella prospettiva dell'*attività* di impresa o di esercizio e gestione del credito. Il riferimento ad un'adeguatezza solo *tendenziale* della nostra cessione allude all'assenza nel codice civile della cessione a scopo di garanzia, priva di una disciplina generale nonostante sparse previsioni in vari altri luoghi normativi (es. art. 6 d.lgs. n. 170/2004) e il suo diffuso riconoscimento giurisprudenziale e dottrinale⁸⁸. Si giunge, qui, al potenziale applicativo dell'*altra riforma*, quella del diritto delle garanzie avviata con l'*ordonnance* n° 2006-346 e continuata con la n° 2021-1192. La quale – nonostante giurisprudenza e dottrina inclini ad ammettere forme atipiche di garanzia del credito – ha dato certezza alla validità di negozi, *imprescindibili* per l'economia contemporanea, ma *problematici* per la delicatezza degli interessi coinvolti (da quelli del debitore a quelli degli altri creditori), che *nella sede legislativa* paiono dover trovare composizione. Ulteriore pagina di storia della ricodificazione; che, indubbiamente, ha molto da insegnare.

⁸⁷ L'intrinseca ambivalenza del diritto di credito – che è sempre simbolo *attuale* di una ricchezza *potenziale* perché dipendente da un evento futuro (l'esecuzione volontaria o coattiva della prestazione che ne forma oggetto) – fa emergere il problema del trasferimento del rischio di credito, che ha costituito uno dei più gravi epifenomeni della crisi finanziaria del 2007, la famigerata pratica c.d. *originate to distribute*. Ed è significativo che nell'opera del legislatore europeo volta a costruire un mercato secondario del credito deteriorato, si colga non solo una netta tendenza al *favor* circolatorio del credito (v. la più volte citata dir. 2021/2167), ma anche la consapevolezza del problema del trasferimento del rischio di credito che tale aumentata potenzialità circolatoria reca con sé, da cui la previsione dell'obbligo del creditore bancario di *conservare* una certa misura di quote delle società di cartolarizzazione (cfr. art. 6 reg. UE 2017/2402) proprio per evitare che la circolazione del credito si traduca da circolazione di ricchezza *assente* in veicolo di *ricchezza inesistente*: è l'immagine coniata da P. SPADA, M. COSSU, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente, Divagazione del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 401 ss.; cfr. F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 253-263; K. PISTOR, *The Code of Capital*, cit., 79 ss.

⁸⁸ Sull'amplessimo dibattito, che ruota intorno alla idoneità causale dello scopo di garanzia e al rapporto col divieto di patto commissorio (art. 2744 cod. civ.) v. per tutti A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., 105 ss.; U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, *passim*; ID., *La cessione del credito*, cit., 329 ss., 474 ss.; A. D'ADDA, *Cessione del credito*, cit., 190 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 213 ss.



LETIZIA COPPO

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Torino

LA GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE: RIVOLUZIONI E OCCASIONI PERSE *

SOMMARIO: 1. La situazione anteriore alla riforma del 2016: l'approccio della dottrina e della giurisprudenza fino all'indomani del primo conflitto mondiale. – 2. Segue. Il tentativo della giurisprudenza ordinaria di legittimità di risolvere il problema delle sopravvenienze senza ricorrere all'imprévision e il dibattito dottrinale successivo al primo conflitto mondiale. – 3. Dalle proposte di riforma alla formulazione attuale della norma in materia di imprévision. – 4. Le criticità della nuova disciplina, il suo impatto sulla contrattazione e l'assenza di applicazioni giurisprudenziali. – 5. Riflessioni sull'opportunità di un trapianto della soluzione francese nel diritto italiano.

1. – Prima della riforma del 2016, il *Code Napoléon* contemplava quale unica ipotesi di sopravvenienza giuridicamente rilevante la *force majeure*, concetto sostanzialmente assimilabile, a dispetto dell'espressione impiegata, a quello dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, idonea ad estinguere l'obbligazione e a liberare il debitore dalla corrispondente responsabilità¹. Nessun rilievo generale era invece attribuito al sopravvenuto mutamento delle circostanze che fosse capace di alterare significativamente l'equilibrio economico originario del contratto, ma non tale da rendere impossibile la prestazione².

Né i lavori della commissione incaricata della redazione del codice né i primi commenti della dottrina francese successivi alla sua entrata in vigore contengono alcun riferimento al problema dell'*imprévision* o, secondo altra angolazione, dell'eccessiva onerosità sopravvenuta³. Solo una voce, a quanto consta isolata, si

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ Sul tema dell'impossibilità sopravvenuta nell'ordinamento francese cfr. L. MARIE, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Caen, 1896; J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Paris, 1920; A. TUNC, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, 235; B. STARCK, *La pluralité de causes de dommage et la responsabilité civile*, in *Juris-Class. périod.*, 1970, I, 2339; P.H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992; C. COUTANT-LAPALUS, *Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère*, in *Les petits affiches*, 26 février 2002, 41, 15 ss.; J. MOURY, *Force majeure: éloge de la sobriété*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, 471; M. MEKKI, *La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur*, in *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, 29, 17; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Économica, 2011; G. VINEY, P. JOURDAIN e S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2013; J-CH. SAINT-PAU, *Exonération de responsabilité contractuelle. – Inexécution imputable à une cause étrangère*, in *Juris-Classeur Civ. Code*, 11-30, 2014; H. BOUCARD, *La force majeure contractuelle*, in *Rev. dr. civ.*, 2015, 779; S. BROS, *La force majeure*, in *Dr. et patr.*, 2016, 259, 40.

² Per un primo commento sulla codificazione dell'eccessiva onerosità in Francia v., sin d'ora, E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della "révision pour imprévision" nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1517 ss.

³ Sul concetto di sopravvenienza in generale v. M. ZACCHEO, *Sopravenienza*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da Irti, a cura di Martuccelli e Pescatore, Giuffrè, 2011, 1638.



è premurata di rilevare che, quando sopravvengono circostanze tali per cui se le parti le avessero previste non avrebbero stipulato il contratto, le obbligazioni si estinguono, con conseguente liberazione del debitore⁴. Ma l'affermazione non è abbastanza puntuale perché si possa considerare come una prima teorizzazione dell'*imprévision*; per un'elaborazione più consapevole bisognerà attendere il periodo successivo al primo conflitto mondiale⁵.

Quella è stata probabilmente, a quanto può intuirsi dalla lettura della giurisprudenza, la prima volta in cui il problema della sopravvenienza eccezionale ed imprevedibile ha cominciato a porsi nella pratica in modo sistematico e in proporzioni rilevanti. Prima di allora constano solo un caso nel quale l'equilibrio di un contratto di trasporto di merci era stato alterato a seguito dell'invenzione del treno⁶; alcuni casi nei quali il valore della prestazione era aumentato notevolmente rispetto alla controprestazione in conseguenza dello scoppio della guerra di Crimea⁷; e due casi più recenti in cui il contratto di fornitura di alcune merci era divenuto eccessivamente oneroso a seguito della guerra franco-prussiana⁸.

Vi è poi un altro caso – il celebre *Canal de Craponne*, tradizionalmente citato come il precedente chiave in materia di *imprévision* – nel quale però l'alterazione dello squilibrio economico originario del contratto era dipesa dal semplice decorso del tempo (nella specie ben tre secoli) e dalla fisiologica necessità di adeguamento dei contratti di durata ai mutamenti del mercato⁹.

Il tratto comune a tutti i casi citati è che hanno sollevato un contrasto tra le corti di merito e la corte di legittimità. Le corti di merito avevano riconosciuto valore al mutamento delle circostanze e accolto la domanda di revisione giudiziale del contratto, alcune deducendo l'esistenza nei contratti di durata di una implicita clausola *rebus sic stantibus*¹⁰, altre equiparando l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione ad un'impossibilità non imputabile di prestare ed allargando così i margini dell'istituto della *force majeure*, previsto espressamente dal *code Napoléon*¹¹. La Cassazione aveva radicalmente negato qualunque possibilità di intervento giudiziale

⁴ Così M.L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV, livre III du code civil*, art. 1101 à 1386, t. IV, 2e éd., Pédone, 1885, 4.

⁵ V. *infra*.

⁶ Rouen 9 février 1844, in *Dalloz pér.*, 1845, 2, 4.

⁷ Douai 3 mai 1851, in *Dalloz pér.*, 1854, 2, 130; Grenoble 18 août 1854, *ivi*, 1855, 2, 78; Paris 26 mai 1854, trois arrêts, *ivi*, 1854, 2, 129; Rouen 3 juin 1854, *ivi*, 1854, 2, 131. I casi di specie riguardavano contratti nei quali un agente si obbligava a trovare qualcuno che sostituisse alcuni coscritti estratti a sorte nella prestazione del servizio militare. Poiché l'imminenza dello scoppio della guerra di Crimea aveva imposto un aumento dei contingenti ed un conseguente incremento della remunerazione dei sostituti, alcuni di questi si erano rivolti all'autorità giudiziaria per ottenere la revisione del prezzo o la risoluzione del contratto. In tutti i casi citati la Corte di Cassazione (Cass. Civ. 9 janvier 1856, *ivi*, 1856, 1, 33, sept arrêts) ha ribaltato la decisione delle corti di merito. La motivazione della Cassazione non si è però fondata su un rifiuto espresso della teoria dell'*imprévision*, bensì sulla non riconducibilità di quest'ultima al concetto di impossibilità liberatoria (*force majeure*).

⁸ Cass. 14 mai 1872, in *Rec. Sirey*, 1873, 1, 224; Cass. 24 mars 1874, *ivi*, 1874., 1, 429.

⁹ Cass. 6 mars 1876, in *Dalloz*, 1876, 193; in *Rec. Sirey.*, 1876, 1, 161; nonché in H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETT, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13ème éd., 2, 2015, Dalloz, n. 165, 172 ss. La controversia originava da due contratti, conclusi tre secoli prima tra il costruttore di un canale (poi soprannominato *Canal de Craponne*, dal nome del costruttore, appunto) e gli abitanti di un comune limitrofo, aventi ad oggetto la fornitura dell'acqua per l'irrigazione dei campi. Poiché il trascorrere di un lasso di tempo così lungo aveva reso il corrispettivo pattuito insufficiente a coprire le spese di manutenzione dell'opera, il proprietario del canale si era rivolto all'autorità giudiziaria per ottenerne l'adeguamento.

¹⁰ Rouen 9 février 1844, in *Dalloz pér.*, 1845, 2, 4.

¹¹ Douai 3 mai 1851, *ivi*, 1854, 2, 130; Grenoble 18 août 1854, *ivi*, 1855, 2, 78; Paris 26 mai 1854, trois arrêts, *ivi*, 1854, 2, 129; Rouen 3 juin 1854, *ivi*, 1854, 2, 131. I casi di specie riguardavano contratti nei quali un agente si obbligava a trovare qualcuno che sostituisse alcuni coscritti estratti a sorte nella prestazione del servizio militare. Poiché l'imminenza dello scoppio della guerra di Crimea aveva imposto un aumento dei contingenti ed un conseguente incremento della remunerazione dei sostituti, alcuni di questi si erano rivolti all'autorità giudiziaria per ottenere la revisione del prezzo o la risoluzione del contratto. In tutti i casi citati la Corte di



sul contratto, sulla scorta della motivazione per cui, in virtù dell'art. 1134 cod. nap. che sancisce il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti, il giudice non è in alcun caso legittimato a prendere in considerazione il passaggio del tempo e il mutamento delle circostanze per modificare le convenzioni dei contraenti e sostituire con clausole nuove quelle che erano state liberamente accettate dai medesimi¹².

Il principio, pur non esplicitato in tutte le pronunce, è rimasto granitico anche all'indomani dello scoppio del primo conflitto mondiale¹³. Emblematica è una sentenza pronunciata nel 1921 a proposito di un contratto di affitto di un gregge stipulato nel 1910, nella quale la Cassazione aveva ribadito che il contratto ha forza di legge tra le parti e nessuna valutazione in termini di equità può autorizzare il giudice, quando le pattuizioni sono chiare e puntuali, a modificarle con il pretesto dell'interpretazione¹⁴. Dalla motivazione si evince che la Corte non ha accolto la teoria della clausola *rebus sic stantibus* implicita, richiedendo invece, ai fini del rilievo del sopravvenuto mutamento delle circostanze, un'espressa pattuizione delle parti in tal senso¹⁵.

Nel caso di specie, il problema della sopravvenienza si era posto in modo peculiare: l'affittuario si era riservato nel contratto la possibilità di optare, anziché per la restituzione in natura dei capi di bestiame, per la restituzione dell'equivalente monetario, secondo il valore che era stato pattuito alla data della stipula. Poiché la guerra aveva comportato un aumento notevole del prezzo del bestiame, l'affittuario aveva scelto la seconda opzione, maturando così un significativo arricchimento. Pare interessante notare, per le considerazioni che si svolgeranno a breve, che la Corte d'appello, argomentando dall'imprevedibilità di un simile aumento, non aveva concesso il rimedio della revisione del contratto, ma aveva disposto l'equa ripartizione tra le due parti dell'arricchimento maturato dall'affittuario.

Se la prima guerra mondiale non ha mutato in principio l'approccio della giurisprudenza ordinaria di legittimità, ha segnato invece un punto di svolta con riguardo alla giurisprudenza amministrativa. Nel primo dopo guerra, il *Conseil d'État* ha inaugurato un orientamento favorevole all'accoglimento dell'*imprévision* che non è mai stato messo in discussione, inizialmente limitato ai contratti di concessione di servizi pubblici¹⁶, poi esteso a tutti i contratti pubblici¹⁷. Il rimedio prescelto non è stato però quello della revisione giudi-

Cassazione (Cass. Civ. 9 janvier 1856, *ivi*, 1856, 1, 33, sept arrêts) ha ribaltato la decisione delle corti di merito. La motivazione della Cassazione non si è però fondata su un rifiuto espresso della teoria dell'*imprévision*, bensì sulla non riconducibilità di quest'ultima al concetto di impossibilità liberatoria (*force majeure*).

¹² Per tutte, Cass. 6 mars 1876, cit.

¹³ Così, tra le molte pronunce, Cass. 15 nov. 1933, in *Gaz. Pal.*, 1934, 1, 68; in *Rec. Sirey*, 1934, 1, 13; Cass., 18 janv. 1950, in *Dalloz*, 1950, 227; Chambre Sociale, 8 mars 1972, 71-40.429, in *Dalloz*, 1972, 340, la quale aveva negato che le contestazioni del 1968 potessero qualificarsi come cause di forza maggiore tali da rendere impossibile la messa in scena di spettacoli teatrali e la prosecuzione del rapporto di lavoro con i dipendenti del teatro; Cass. Com. 18 décembre 1979, 78-10.763, in *Bull. civ.*, IV, 339; Cass. civ., 14 octobre 1987, 85-18.132, in *Bull. civ.*, III, 169).

¹⁴ Cass. 6 juin 1921, in *Rec. Sirey*, 1921, 1, 193, con nota di L. HUGUENY.

¹⁵ Nel medesimo senso, Cass. 16 mai 1922, in *Dalloz pér.*, 1922, 1, 130; Req. 21 et 26 novembre 1923, *ivi*, 1925, 1, 60; Req. 5 décembre 1927, in *Dalloz hebdo.*, 1928, 1, 84.

¹⁶ Conseil d'État 30 mars 1916, n. 59928, in *Dalloz pér.*, 1916, 3, 25; in *Rec. Sirey*, 1916, 3, 17, con nota di F. HAURIU. In senso conforme la giurisprudenza successiva: Conseil d'État 8 février 1918, *Sté d'éclairage de Poissy*, in *Rev. dr. publ.*, 1918, 244; Conseil d'État 27 juin 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice c/ Ville de Nice*, in *Rec. Sirey*, 1920, 3, 25, con nota di M. HAURIU; Conseil d'État 3 décembre 1920, *Fromassol*, in *Rev. dr. publ.*, 1921, 80; Conseil d'État 25 novembre 1921, *Cie générale des automobiles postales c/ État*, in *Rec. Sirey*, 1923, 3, 33, con nota di M. HAURIU; Conseil d'État 25 novembre 1921, 2 mars 1923, 29 février, 28 mars, 18 juin, 8 août 1924 e 23 janvier 1925, in *Dalloz pér.*, 1925, 3, 17, con nota di P. CLOSSET; Conseil d'État 8 mai 1925, *Compagnies réunies de gaz et d'électricité c/ Ville de Bordeaux* e Conseil d'État 27 mars 1926, *Ville de Montfort-l'Amaury*, in *Dalloz pér.*, 1927, 3, 17, con nota di P. CLOSSET; Conseil d'État 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, *ivi*, 1933, 3, 17, con nota di R. PELLOUX; in *Rev. dr. publ.*, 1933, 1, 24; Conseil d'État 22 juin 1934, *Cie continentale du gaz*, in *Dalloz hebdo.*, 1934, 448.

¹⁷ Per tutte, Conseil d'État 12 mars 1976, in *Actual. jur. dr. adm.*, 1976, 528 e 552. Il caso riguarda un contratto di concessione



ziale del contratto, ma la corresponsione all'amministrazione la cui prestazione era divenuta eccessivamente onerosa, da parte dell'altro contraente, di una indennità (c.d. *indemnité d'imprévision*) in misura tale da consentirgli di riparare parte del pregiudizio subito in conseguenza dell'evento imprevedibile e, nel contempo, di continuare ad adempiere alle proprie obbligazioni.

Proprio in quest'ultima esigenza, quella di scongiurare il rischio dell'interruzione di servizi essenziali per la collettività e dunque per il perseguimento dell'interesse pubblico, sembra potersi ravvisare la ragione del diverso atteggiamento della giurisprudenza amministrativa. Nei contratti tra privati manca un interesse pubblico che giustifichi un'ingerenza del giudice correttiva dell'autonomia dei contraenti, e per altro verso manca anche una norma di legge che legittimi tale potere. Allora, se il giudice, come predicato dalla scuola dell'esegesi¹⁸, è davvero la *bouche des lois* e la *loi* sul punto tace ed in altro luogo equipara il contratto a sé stessa affermando che questo ha nei confronti dei contraenti la sua medesima forza, non può riconoscersi alcun margine per l'intervento giudiziale.

Mancando l'interesse pubblico e mancando una previsione legislativa *ad hoc*, gli unici soggetti che sono legittimati a porre rimedio ai problemi sollevati dalle sopravvenienze sono le parti medesime. Questo sembra essere il senso dell'invito velatamente rivolto dalla sentenza di legittimità da ultimo citata alle parti affinché si tutelino preventivamente, sin dalla stipula del contratto, nei confronti dei rischi di mutamenti sopravvenuti delle circostanze. E tale preoccupazione – qui lo si anticipa soltanto – perdura nel teso di legge che risulta dalla riforma del 2016, ove l'intervento del giudice è solo eventuale e sussidiario rispetto alle pattuizioni delle parti.

2. – L'approccio della giurisprudenza amministrativa – affiancato da una serie di interventi normativi intervenuti a cavallo tra le due guerre mondiali volti a disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta con riguardo a specifici tipi contrattuali e destinati a rimanere confinati alla legislazione emergenziale¹⁹ – ha stimolato le riflessioni della dottrina sul problema dell'eccessiva onerosità e, col tempo, ha indotto la giurisprudenza ordinaria di legittimità, seppur non ad accogliere la teoria dell'*imprévision*, ad impiegare nondimeno istituti e principi alternativi per ridurre l'impatto delle sopravvenienze sull'equilibrio contrattuale²⁰.

Così alcune pronunce hanno riconosciuto – ora in modo espresso, ora implicitamente – l'esigenza di un riequilibrio del contratto a seguito di imprevedibili mutamenti sopravvenuti delle circostanze fondandosi sul-

del servizio d'illuminazione a gas in favore della città di Bordeaux. Posto che tale sistema presupponeva l'impiego del carbone e che durante la guerra la Germania aveva occupato la maggior parte delle regioni produttrici, il prezzo della materia prima era quintuplicato. Di fronte alla domanda della concessionaria, la Corte aveva statuito che, sebbene in linea di principio l'oscillazione del prezzo di mercato delle materie prime rientri nell'alea normale del contratto a carico del concessionario, nel caso di specie l'aumento del prezzo superava notevolmente quello prevedibile al momento della stipula del contratto con l'effetto di alterare in misura significativa l'equilibrio economico tra le prestazioni e pertanto si rendeva eccezionalmente necessario l'intervento del giudice.

¹⁸ V. CARBONNIER, *Droit civil*, II, *Les biens, Les obligations*, 2004, PUF, 1075.

¹⁹ Cfr. i riferimenti contenuti in P. ANCEL, *Imprévision*, in *Répertoire de droit civil* Dalloz, 2017, 28.

²⁰ In dottrina cfr. A. LOUVEAU, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, thèse, Rennes, 1920; L. FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, Imprimerie veuve Berthier, 1921; P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse, Nancy, 1922; A. BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, thèse, Bordeaux, 1922; J.-E. GUELLETTE, *Effets juridiques de la guerre sur les contrats*, thèse, Paris, 1918; e J. RADOUANT, *Du cas fortuit*, cit.; nonché S. SERBESCO, *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1917, 329. Per quanto concerne la giurisprudenza, v. le note seguenti.



la buona fede²¹. Le citate pronunce non giungono né a concedere il rimedio della revisione del contratto, né ad imporre alle parti un generale obbligo di rinegoziazione, ma affermano che, ove il creditore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa rifiuti di cooperare con il debitore per addivenire a un accordo che gli consenta di far fronte alla situazione di difficoltà e tale rifiuto sia contrario a buona fede, il debitore avrà diritto ad un'indennità per il pregiudizio subito in conseguenza del rifiuto.

Dunque, la citata giurisprudenza riprende il rimedio dell'*indemnité d'imprévision* elaborato negli anni venti dalle pronunce del *Conseil d'État*, mentre rifiuta categoricamente la revisione giudiziale del contratto, dando più o meno per implicito il principio di diritto sancito anni prima nel caso *Canal de Craponne*. La differenza rispetto ad allora è che anche la giurisprudenza di merito si è progressivamente attestata sulla medesima linea della Cassazione, ponendo così fine al contrasto di cui si è dato conto nel paragrafo precedente. Anche le sentenze di merito che hanno affrontato il problema delle sopravvenienze attraverso il richiamo alla buona fede, declinata in chiave solidaristica, sono costanti nell'affermare che il fallimento della rinegoziazione delle condizioni contrattuali non può condurre all'imposizione di una revisione giudiziale del contratto²².

Altre pronunce hanno invece affrontato il problema delle sopravvenienze facendo riferimento alla causa del contratto. Ve ne è in particolare una del 2010 che è stata chiamata a statuire su un contratto della durata di dodici anni avente per oggetto la manutenzione di due motori di una centrale di produzione di cogenerazione dietro pagamento di un importo forfettario su base annuale²³. Nel caso di specie, l'aumento del costo delle materie prime, impattando sul prezzo dei pezzi di ricambio, aveva reso eccessivamente onerosa la prestazione di manutenzione. Di fronte al rifiuto del cliente di rinegoziare il contratto, la società incaricata della manutenzione aveva sospeso l'esecuzione della prestazione ed era perciò stata convenuta in un procedimento d'urgenza volto ad attivare il meccanismo delle *astreintes*.

La Corte d'Appello accoglieva la domanda, sul presupposto che la semplice rottura dell'equilibrio tra le prestazioni non configurava una causa di forza maggiore tale da rendere impossibile l'esecuzione della prestazione e quindi giustificarne la sospensione. La Cassazione cassava la detta sentenza motivando che i giudici di merito avevano omesso di accertare, come invece erano stati sollecitati a fare, se l'evoluzione delle circostanze economiche avesse cagionato uno squilibrio nell'economia generale del contratto, come determi-

²¹ Così nel celebre *arrêt* Huard (Cass. Com. 3 novembre 1992, 90-18.547, in *Bull. civ.* IV, 338; in *Juris-Class. Périodique*, 1993, II, 22164, con nota di G.-J. VIRASSAMY; e in *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, 124, con osservazioni di J. MESTRE; in *Defrénois*, 1993, 1377, con osservazioni di J.L. AUBERT; in *Contr. concurr. consomm.*, 1993, 45), ove la Cassazione ha confermato la decisione della sentenza d'appello nella parte in cui aveva reputato inadempiente all'obbligo di buona fede una società petrolifera che si era rifiutata di rinegoziare i termini del contratto con i suoi distributori per consentire loro di far fronte alla liberalizzazione del prezzo della benzina; e in Cass. Com. 22 décembre 1998, 96-18.357, *ivi*, 1999, 56, con commento di M. MALAURIE-VIGNAL; in *Defrénois*, 1999, 371, con osservazioni di D. MAZEAUD; in *Juris-Class. périodique*, 1999, I, 143, con osservazioni di CH. JAMIN; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, 98, con osservazioni di J. MESTRE, ove la controversia riguardava un agente commerciale incaricato di distribuire in esclusiva alcuni prodotti presso importanti grossisti e venditori al dettaglio operanti nell'area dell'Oceano Indiano, la cui prestazione era divenuta eccessivamente onerosa a causa della vendita parallela di prodotti provenienti da centrali d'acquisto che si approvvigionavano in Francia. Cfr., inoltre, più di recente e per la giurisprudenza di merito, Nancy 26 sept. 2007, RG 06/02221, in *Dalloz*, 2008, 1120, con nota di M. BOUTONNET; *ivi*, 2965, con osservazioni di S. AMRANI MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, 295, con nota di B. FAGES; in *Rev. dr. civ.*, 2008, 759, con commento di S. CARVAL, relativa ad un contratto di fornitura di energia elettrica divenuto eccessivamente oneroso a seguito della sopravvenienza di disposizioni legislative sulle quote di emissione dei gas a effetto serra.

²² Cfr., di recente, Bordeaux 28 octobre 2015, RG 14/00668, in *Gaz. Pal.*, 2016, 16, 27, con nota di D. HOUTCIEFF.

²³ Cass. Com. 29 juin 2010, 09-67.369, in *Dalloz*, 2010, 2485, con nota di T. GENICON; in *Dalloz*, 2010, 2481, con nota di D. MAZEAUD; in *RDC*, 2011, 34, con nota di É. SAVAUX; in *JCP*, 2010, II, 1056, con nota di T. FAVARIO; in *Dr. et patr.* 2011, 200, 68-69, IV, con nota di L. AYNÉS, P. STOFFEL-MUNCK; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, 782, con osservazioni di B. FAGES.



nata dalle parti in sede di stipula, tale da privare l'obbligazione assunta di un'effettiva controprestazione e dunque da renderla «*sérieusement contestable*»²⁴. Una simile ricostruzione, però, non avrebbe mai potuto condurre alla revisione giudiziale del contratto, ma semplicemente alla sua *caducité*, una sorta di nullità o inefficacia sopravvenuta.

La ricostruzione prospettata appare pertanto poco utile, nella misura in cui non lascia alcuno spazio a rimedi manutentivi. Dal punto di vista tecnico-giuridico, poi, la ricostruzione è stata censurata dalla giurisprudenza successiva, la quale ha ribadito che la causa è un elemento genetico del contratto, uno dei presupposti essenziali della sua formazione, e come tale deve reputarsi per definizione immune alle patologie funzionali, ai mutamenti sopraggiunti nello svolgimento del rapporto²⁵.

Il riconoscimento dell'*imprévision* e soprattutto l'individuazione del "giusto rimedio" per reagire all'eccessiva onerosità sopravvenuta hanno attraversato fasi alterne anche nel dibattito dottrinale. Nel periodo successivo alla prima guerra mondiale e fino agli anni trenta del novecento, la dottrina francese si era mostrata per lo più favorevole ad ammettere l'istituto dell'*imprévision*, con opinioni diverse, però, con riguardo al suo fondamento e alle sue conseguenze sul rapporto contrattuale²⁶. Verso la fine degli anni trenta e fino agli anni ottanta, c'è stata un'inversione di tendenza, o meglio un arroccamento sui principi della forza di legge del contratto e del "*pacta sunt servanda*" e un appiattimento sulle tesi della linea più conservatrice della giurisprudenza ordinaria di legittimità²⁷.

A partire dagli anni ottanta, la dottrina sembra essersi attestata stabilmente su una linea favorevole all'*imprévision*, vuoi in nome della "giustizia contrattuale"²⁸; vuoi per la preoccupazione di non isolare la Francia rispetto agli altri ordinamenti²⁹, o rispetto alla linea adottata dai progetti di uniformazione del diritto

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cass. Com. 18 mars 2014, 12-29.453, in *Jurisclass. pér.*, G, 2014, 1116, con nota di J. GHESTIN; in *Dalloz*, 2014, 1915, con nota di D. MAZEAUD; in *Dalloz*, 2015, 529, con osservazioni di S. AMRANI-MEKKI, M. MEKKI; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2014, 884, con osservazioni di H. BARBIER; in *Rev. dr. civ.*, 2014, 345, con nota di Y-M. LAITHIER; in *Contrats, conc., consomm.*, 2014, 123, con osservazioni di L. LEVENEUR.

²⁶ Alcuni autori ritenevano che il giudice avesse il potere di revisione del contratto e giustificavano tale ingerenza con l'esigenza di dare attuazione proprio alla volontà delle parti, le quali avrebbero implicitamente convenuto che l'esecuzione del contratto fosse subordinata al permanere delle circostanze di fatto in presenza delle quali era stato stipulato (c.d. *clausola rebus sic stantibus*). Così, ad esempio, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, *Dalloz*, n. 120, il quale però cambierà opinione in seguito (cfr. *infra*); altri ritenevano che la pretesa del creditore di ottenere l'esecuzione della prestazione divenuta eccessivamente onerosa integrasse gli estremi dell'abuso del diritto e imponesse la restituzione al debitore del *surplus* maturato, secondo le regole dell'arricchimento senza causa. Così J. BONNECASE, *Précis de droit civil*, t. 2, A. Rousseau, 1934, 382 ss., spec. 387, il quale limitava, inoltre, l'operatività dell'*imprévision* all'ipotesi in cui l'alterazione dell'equilibrio contrattuale coinvolga la generalità dei debitori in determinate categorie di contratti; e con sfumature diverse G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927, *LGDJ*, 84; altri ancora auspicavano un intervento legislativo volto a riconoscere in via generale la revisione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta fondato sulla giustizia contrattuale e sull'idea, di matrice solidaristica, di un contratto vivo, dinamico e flessibile, orientato non tanto a creare diritti individuali e individualistici, quanto piuttosto ad apprestare, sotto la tutela della legge, strumenti che consentano di raggiungere fini superiori come la composizione dei reciproci interessi delle parti. Così R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, 6, A. Rousseau, 1931, 632 ss., spec. 637.

²⁷ Lo riferisce D. MAZEAUD, *La revision du contrat*, in *Les Petits Affiches*, 2005, 129, 4, a proposito di un rapporto presentato in seno ai lavori per la Settimana internazionale del diritto del 1937. In questo senso, cfr. le posizioni di L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, II, 3e éd., 1939, 404 e 452, il quale sembrava così smentire l'opinione espressa qualche anno prima (Id., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, in *Dalloz*, n. 120); M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, a cura di G. RIPERT, J. BOULANGER, II, 1957, *LGDJ*, 469 ss., spéc. 471; G. MARTY e P. RAYNAUD, *Les obligations*, I, 2e éd., *Les sources*, 1989, Sirey, 249 ss.; e L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Droit civil*, 4e éd., 1966, *Précis Dalloz*, 462.

²⁸ C. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in *Dr. et patr.*, 1998, 58.

²⁹ V., in particolare, B. FAUVARQUE-COSSON, *Le changement de circonstances*, in *Rev. dr. civ.*, 2004, 67; e EAD., *La réforme du droit français des contrats, perspective comparative*, *ivi*, 2006, 147.



a livello europeo³⁰; vuoi sulla base della constatazione dell'impatto massivo delle sopravvenienze sull'economia globale³¹. Anche nel quadro di questo rinnovato favore nei confronti dell'*imprévision*, non si può fare a meno di rilevare una persistente ritrosia della dottrina verso l'adozione del rimedio della revisione giudiziale del contratto³², insieme ad una forte convinzione che non fosse sufficiente un semplice *revirement* giurisprudenziale, ma fosse necessario l'intervento del legislatore³³.

3. – Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale di cui si è dato atto nei paragrafi precedenti ha indotto tutti i progetti di riforma del *Code civil* a contemplare una disciplina specifica dell'*imprévision*, ma dalla lettura di tali progetti emerge, anche in questo caso, una diffinità di opinioni circa il rimedio più adeguato da attribuire alle parti.

L'*avant-projet* Catala del 2005 suggeriva di prevedere agli artt. dal 1135-1 al 1135-3 del codice la seguente disciplina³⁴: «Nei contratti ad esecuzione differita o periodica, le parti possono impegnarsi a negoziare una modifica di quanto pattuito per il caso in cui, per effetto delle circostanze, l'equilibrio iniziale tra le prestazioni reciproche sia alterato al punto da far perdere ad una delle parti qualsiasi interesse nel contratto medesimo»³⁵. In assenza di una previsione in tal senso, secondo la disciplina proposta, la parte che aveva perso interesse nel contratto poteva domandare al presidente del *Tribunal de grande instance* di ordinare una nuova negoziazione. In caso di fallimento della nuova negoziazione, salvo che questo fosse dipeso dalla mala fede di una delle parti, ciascuna aveva facoltà di risolvere il contratto senza costi e senza dover risarcire alcun danno.

Il primo elemento che emerge dalla formulazione proposta è l'assenza del termine *imprévision* e del requisito dell'imprevedibilità o dell'eccezionalità delle sopravvenienze capaci di alterare l'equilibrio contrattuale. Il riferimento alle semplici «circostanze», ed implicitamente al loro sopravvenuto mutamento, rievoca

³⁰ V. WITZ, *Force obligatoire et durée du contrat*, in P. REMY-CORLAY e D. FENOUILLET, (a cura di), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, 2003, 175 ss.

³¹ B. DEFFAINS, S. FEREY, *Théorie économique de l'imprévision*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, 719; M.-L. CARTIER-MARRAUD, O. AKYUREK, *Crise économique et révision des contrats. Une approche pratique des règles applicables*, in *Gaz. Pal.*, 2009, 2; L. JUHAN, *Le contrat bouleversé par la crise: vers un droit à la renégociation*, in *RLDC*, 2009, 58, 4.; B. CAVALIE, *Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise. Quel avenir pour la théorie de l'imprévision?*, *ivi*, 2009, 62, 53; J.A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, *ivi*, 2009, 62, 49; H. BOUTHON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Rev. int. dr. économ.*, 2001, 3, 339-373.

³² Cfr., per esempio, P. MALAURIE, *Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats*, in *Jurisclass. pér.*, 2008, I, 204; Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Études P. Didier*, 2008, Economica, 273; É. SAVAUX, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français*, in *Rev. dr. civ.*, 2010, 1057; nonché F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11ème éd., 2013, Dalloz, n. 471.

³³ Cfr., tra le molte voci, D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 2015, Larcier, 241.

³⁴ *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément Grade des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, disponibile sul sito www.justice.gouv.fr.

³⁵ Traduzione dell'Autrice. Nella formulazione originale si legge: «Art. 1135-1. *Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.* Art. 1135-2. *A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.* Art. 1135-3. *Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.*».



con evidenza la logica della clausola *rebus sic stantibus*³⁶. Come si legge nelle osservazioni in calce alla norma e nella presentazione del progetto³⁷, a guisa di replica a quanti auspicavano un intervento più audace sull'*imprévision*, l'omissione era intenzionale e dettata dall'esigenza di invitare le parti a premunirsi inserendo esse stesse nel contratto clausole capaci di gestirne le eventuali fasi patologiche.

Ove non l'avessero fatto, la disciplina intendeva comunque incoraggiarle ad optare per una soluzione negoziata – si legge nella relazione illustrativa – di natura transattiva. A ben guardare, ma l'osservazione verrà approfondita in seguito, qui il legislatore francese ha voluto adottare un approccio proattivo verso l'autonomia privata che è più tipico di quegli ordinamenti, segnatamente afferenti alla tradizione di *common law*, nei quali manca *ab origine* una codificazione e dunque l'autoregolamentazione, il "positivismo della prassi" è da sempre una necessità³⁸.

Il secondo elemento che emerge è la scelta di giustificare la possibilità di mettere in discussione il vincolo contrattuale, sì come originariamente configurato, alla luce della perdita d'interesse nel contratto, il che sarebbe stato, sempre secondo le osservazioni, più in linea con il carattere oneroso dei contratti cui l'istituto si applica. Soprattutto nell'ottica di un osservatore italiano, è inevitabile l'associazione di idee con la nota giurisprudenza della Cassazione in tema di causa concreta, ove si giustificava la risoluzione del contratto ad un sopravvenuto mutamento delle circostanze tale da far venir meno la causa concreta e determinare proprio la

³⁶ Com'è noto i contributi che la dottrina italiana ha dedicato alla teoria in questione sono numerosissimi: per limitarsi ai "classici", cfr. G. OSTI, *La così detta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1; ID., *Appunti per una teoria della «sopravvenienza»*. La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471; ID., *Clausola rebus sic stantibus*, in *Nov. dig. it.*, III, Utet, 1959, 356 ss.; E. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, 297; M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309; e A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la «sopravvenienza» (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)*, Cedam, 1941; G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988. Per una ricostruzione completa cfr. P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, 1992, 13 ss.; e ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VI, Utet, 2011, 805.

³⁷ Nella relazione illustrativa (ivi, 17 ss.) si legge: «*Le pouvoir des parties est sollicité dans un autre domaine: la prévention contractuelle des difficultés d'exécution à venir, ou, à défaut, l'organisation d'une renégociation sous l'impulsion du Juge: c'est l'apport des articles 1135-1 et suivants introduits dans notre législation civile. À ceux qui ne se lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'ait de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes. Aussi n'est – il pas fait allusion délibérément à l'imprévision. Le succès jamais démenti du contrat de transaction comme mode alternatif de résolution des litiges et de nos jours les appels au développement de la médiation comme autre mode négocié de solution en témoignent suffisamment. La pratique le sait bien d'ailleurs qui stipule des clauses de renégociation en cas de survenance de difficultés graves. Aussi, placée au centre du dispositif, la négociation des parties est une fois encore sollicitée mais il est cependant apparu nécessaire de l'encadrer lorsqu'elle intervient dans ces situations pour envisager et le silence des parties et l'échec de leur négociation. Tel est l'apport de ces dispositions. Les parties sont encouragées à stipuler des clauses de renégociation de leur contrat pour le cas où il adviendrait que par l'effet des circonstances l'équilibre initial de leurs prestations fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles (art 1135-1). Gage de la sécurité des transactions, la modification est liée à la perte de l'intérêt au contrat, à la fois mesure et preuve de la gravité du déséquilibre. Hommage à la vertu du contrat, la solution est négociée. À défaut de pareille clause, hypothèse qu'on ne saurait négliger, la partie qui perd son intérêt au contrat peut demander au Juge, le président du tribunal de grande instance, qu'il ordonne la négociation salvatrice (1135-2). Et l'échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de demander la résiliation sans frais ni dommages (1135-3): l'intérêt au contrat disparu, celui-ci peut disparaître. Implicitement, celui qui tiendra au contrat, saura faire les concessions nécessaires pour allouer à son cocontractant le minimum d'avantages pour l'encourager à poursuivre leur relation contractuelle. Par ce dispositif original, il est fait écho aux dispositions de l'article 900-2, en tenant compte du caractère onéreux de la situation concernée; l'unité d'inspiration des solutions applicables aux conséquences des changements de circonstances est ainsi établie, gage de l'harmonie du dispositif*».

³⁸ Per considerazioni più approfondite sull'approccio in questione nella prospettiva del giurista italiano, sia consentito rinviare a L. COPPO, *Contract As a Tool for Getting-To-Yes: A Civil Law Perspective*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*.



perdita dell'interesse del creditore nel rapporto³⁹. Nell'ottica francese, si coglie un richiamo implicito a quella giurisprudenza della *Cour de Cassation*, riportata nei paragrafi precedenti, che rileggeva il problema delle sopravvenienze in chiave causalista.

Più incisiva si è rivelata la seconda proposta di riforma, presentata nel 2008, il c.d. *avant-projet* Terré⁴⁰. L'art. 92 del progetto prevedeva che le parti fossero tenute a rinegoziare i termini del contratto quando la sua esecuzione era divenuta eccessivamente onerosa per una di loro a seguito di un mutamento imprevedibile delle circostanze di cui non avevano accettato di assumersi il rischio al momento della conclusione del contratto. In mancanza di accordo, il giudice aveva il potere non solo di risolvere il contratto, ma anche di adattarlo «tenendo conto delle legittime aspettative delle parti».

Ancora diversa era la versione proposta dalla Cancelleria, la cui bozza è stata parimenti diffusa nel 2008⁴¹. L'art. 136 si limitava a prevedere che quando un mutamento delle circostanze imprevedibile e insuperabile rende l'esecuzione della prestazione eccessivamente onerosa per una parte che non aveva accettato di assumersene il rischio, quest'ultima può chiedere alla controparte di rinegoziare il contratto, ma durante tale rinegoziazione deve continuare ad adempiere alla propria obbligazione. In caso di mancato raggiungimento di un accordo o di rifiuto di rinegoziare, la norma attribuiva al giudice il potere di procedere all'adattamento del contratto, col consenso di entrambe le parti, o, in difetto di tale consenso, risolvere il contratto medesimo alle condizioni da lui stabilite».

La formula è stata riproposta nell'art. 1196 dal progetto di riforma presentato dalla medesima Cancelleria nel 2015, collocato nella sottosezione dedicata all'effetto obbligatorio del contratto, con un'importante differenza: il potere del giudice di procedere all'adattamento del contratto non era subordinato semplicemente al consenso delle parti, ma alla domanda congiunta delle medesime⁴². Questo significa che il giudice non avrebbe avuto neppure la possibilità di agire come “facilitatore”, cioè di dare impulso o comunque favorire l'accordo delle parti, essendo quest'ultimo, a monte, condizione dell'instaurazione della lite⁴³.

Per rimediare a tale criticità, l'*ordonnance* del 2016 ha previsto che, nel caso in cui le parti non riescano a raggiungere un accordo – vuoi sulla modifica negoziata delle condizioni contrattuali, vuoi sulla risoluzione del contratto e sui tempi e le modalità di quest'ultima, vuoi sulla domanda di adeguamento giudiziale del contratto medesimo – una di esse possa rivolgersi al giudice per domandare la revisione. Tale rimedio, pur criticato al punto che molti volevano eliminarlo, è stato mantenuto anche a seguito della legge di ratifica del 2018.

³⁹ Per citare le sentenze più note, cfr. Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur. it.*, 2008, 1133 ss., con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*; e Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contr.*, 2008, 786, con nota critica di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*.

⁴⁰ Il progetto si è articolato in tre sezioni: F. TERRÉ (a cura di), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009; ID., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011; e ID., *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

⁴¹ *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi contrats*, consultabile sul sito www.textes.justice.gouv.fr/projets-de-reformes-10179/reforme-du-regime-des-obligations-et-des-quasi-contrats-22199.html.

⁴² *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, consultabile sul sito www.justice.gouv.fr.

⁴³ Per una critica su questi profili, cfr. S. PIMONT, *Le traitement juridique de l'imprévision dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Deux exercices d'interprétation*, in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations, Comparaisons franco-argentine*, Association Henri Capitant, Journée nationale, XIX, Savoie, 2015, 68; N. MOLFESSIS, *Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats*, in *Jurisclass. pér.*, 2015, 1415; Y. PICOD, *L'imprévision contractuelle*, in *La réforme du droit des contrats*, Montpellier, 2015, 165.



Così la formulazione attuale dell'art. 1195 *code civil* dispone che «se un mutamento delle circostanze imprevedibile al momento della conclusione del contratto ne rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte che non aveva accettato di assumersi tale rischio, quest'ultima può chiedere alla controparte una rinegoziazione del contratto, continuando ad adempiere alle proprie obbligazioni durante la rinegoziazione. In caso di rifiuto della controparte o di fallimento della rinegoziazione, le parti possono convenire la risoluzione del contratto, con i tempi e le modalità da esse stabilite, o domandare congiuntamente al giudice di procedere al suo adeguamento. Nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo entro un tempo ragionevole, il giudice può, su domanda di una di esse, procedere alla revisione del contratto o pronunciare la risoluzione nei tempi e con le modalità da lui stabilite⁴⁴».

4. – Come si può notare già ad una prima lettura, la nuova disciplina appare piuttosto minimale. Dal punto di vista dei presupposti dell'*imprévision*, il legislatore francese: ha ommesso di stabilire i parametri, fissi o variabili, alla luce dei quali il giudice deve valutare l'alterazione dell'equilibrio contrattuale; nel fare salva dall'applicazione della norma l'ipotesi in cui la parte vittima dell'eccessiva onerosità si sia assunta il rischio di un mutamento di circostanze non ha risolto l'ambiguità circa la necessità che tale assunzione sia espressa o invece la possibilità che sia anche solo implicita; non ha previsto nulla con riguardo ai contratti tipicamente aleatori; non ha chiarito quale debba essere il parametro di riferimento dell'eccessiva onerosità, se la prestazione oggettivamente intesa o anche le condizioni soggettive del debitore; e non ha specificato se l'eccessiva onerosità della prestazione ricorra anche quando la controprestazione è divenuta imprevedibilmente vantaggiosa per l'altra parte (c.d. *imprévision positive*).

Dal punto di vista del sistema rimediale, il legislatore francese non ha chiarito se la rinegoziazione sia una facoltà delle parti oppure un obbligo, il cui inadempimento sia suscettibile di comportare il diritto al risarcimento del danno o quantomeno di essere valutato dal giudice nel disporre gli altri rimedi o nella decisione sulle spese processuali; non ha specificato la soglia oltre la quale l'obbligo di rinegoziazione possa reputarsi adempiuto e quindi sia consentito il ricorso all'autorità giudiziaria; non ha chiarito quale sia la conseguenza processuale del mancato preventivo esperimento della rinegoziazione. Inoltre, il legislatore francese ha ommesso di istituire qualsiasi gerarchia tra i rimedi manutentivi e il rimedio ablativo ed ha generato notevole incertezza sulla natura di quest'ultimo, posto che ne ha rimesso la modulazione degli effetti alla decisione del giudice.

Al di là delle lacune appena illustrate – che potrebbero sollevare una serie di problemi applicativi, anche con riguardo alla distinzione tra l'*imprévision* e altri istituti affini (segnatamente l'impossibilità della prestazione, l'inesigibilità e il sopravvenuto difetto della causa concreta del contratto), ma non sono ancora state sottoposte al vaglio della giurisprudenza francese – la nuova disciplina contenuta nell'art. 1195 *code civil* si presta ad alcune osservazioni più specifiche. La prima osservazione è che l'ambito di applicazione non è più ristretto, com'era nei primi progetti, ai contratti con esecuzione differita o periodica, ma esteso indifferente-

⁴⁴ Traduzione italiana dell'Autrice. La versione originale in lingua francese dell'art. 1195, come modificata dall'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, recita: «Si un changement de circonstances imprévisible 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».



mente a tutti i contratti. Questo è però vero soltanto in apparenza, giacché, non appena si volge lo sguardo al sistema nel suo complesso, ci si accorge che esistono molteplici discipline speciali, previste per singoli tipi contrattuali, in deroga all'art. 1195 *code civil*⁴⁵.

Innanzitutto, l'art. 8 della legge di ratifica dell'*Ordonnance*, la *loi* 2018-287 del 20 aprile 2018 ha introdotto nel *Code monétaire et financier*, paragonabile per un giurista italiano al T.U.F., una norma, l'art. 211-40-1, volta ad escludere l'applicazione dell'art. 1195 *code civil* alle obbligazioni derivanti da operazioni sui titoli e i contratti finanziari *ivi* contemplati. In secondo luogo, sono sopravvissute alla riforma diverse norme che per determinati tipi di contratti escludono il rimedio dell'adeguamento giudiziale (è il caso, ad esempio, dell'art. 1793 *code civ.* in materia di appalto *à forfait*) o prevedono autonomi criteri di adeguamento del contratto (disposizioni *ad hoc* sono previste, in particolare, per le rendite vitalizie e le locazioni abitative e commerciali), nonché alcune norme che attribuiscono alle parti rimedi contro mutamenti di circostanze tali non da alterare l'equilibrio contrattuale, ma da rendere più difficile l'esecuzione o da incidere negativamente sull'interesse del creditore.

Tra queste, sono particolarmente significativi l'art. 1231-5 *code civil* che permette al giudice di ridurre o aumentare la clausola penale rivelatasi manifestamente eccessiva o irrisoria; il nuovo art. 1186 *code civil* che prevede il rimedio della *caducité* per il caso in cui uno degli elementi essenziali del contratto sia successivamente venuto meno; e l'art. 900-2 *code civil* che consente al donatario o al legatario di ottenere la revisione delle condizioni stabilite nel *modus* quando l'esecuzione di questo sia divenuta particolarmente difficile o gravemente pregiudizievole a seguito di un mutamento delle circostanze. A questo quadro bisogna aggiungere i frammenti di disciplina introdotti dalla legislazione emergenziale adottata per far fronte alla pandemia di covid-19, il cui impatto sull'*imprévision* è però pressoché nullo, salvo quanto si dirà a breve⁴⁶.

La seconda osservazione è che la norma in esame impone al debitore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa di non sospenderne l'esecuzione neppure mentre tenta di rinegoziare con l'altra i termini del contratto. Ora, se è evidente che tale previsione è dettata dall'esigenza di assicurare il soddisfacimento dell'interesse creditorio e di ridurre al minimo i danni che possono derivare dalle sopravvenienze, in linea con la logica espressa dal principio di autoresponsabilità o, secondo la declinazione anglo-americana, dal generale *duty to mitigate losses*⁴⁷, appare nondimeno iniquo far anticipare integralmente i costi delle sopravvenienze medesime alla parte che le subisce.

È vero che questa parte potrà poi ottenere, in un modo o nell'altro, un riequilibrio, ma è parimenti vero che ciò sarà possibile solo in un secondo momento, peraltro non ben definito, visto che il processo di rinegoziazione può durare un tempo considerevole e il ricorso all'autorità giudiziaria è subordinato a questo. Allora, tale situazione rischia di gravare il debitore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa di una

⁴⁵ Per un elenco esaustivo e ragionato, cfr. P. ANCEL, *op. cit.*, 106 ss.

⁴⁶ Si fa riferimento, in particolare, all'*ordonnance* n° 2020-319 *portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics*, che, pur non disciplinando i contratti tra privati e quindi non impattando direttamente sull'art. 1195 cod. civ., assume notevole rilevanza sistematica nel quadro di una riflessione sull'*imprévision*; e all'*ordonnance* n° 2020-315, «*relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure*», la quale deroga agli effetti che il codice civile francese riconduce all'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Per una riflessione sul tema cfr. C.E. BUCHER, *Contrats: la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19?*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2020, 1 ss.

⁴⁷ Sulla universalità dei principi appena richiamati, quantomeno nell'ambito del diritto delle obbligazioni, cfr., in particolare, ancorché non molto recente, C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, in *Virg. L. Rev.*, 69, 1983, 967.



pressione psicologica tale per cui egli potrebbe essere indotto anche ad accettare un accordo sfavorevole, pur ottenere in tempi rapidi quel *surplus* di provviste necessario a proseguire l'attività.

Non è un caso, che, come già sottolineato, a fronte della medesima esigenza di evitare la sospensione dell'esecuzione della prestazione eccessivamente onerosa, la giurisprudenza amministrativa francese abbia previsto il rimedio dell'*indemnité d'imprévision*, che consente un intervento molto più immediato e mirato sull'equilibrio contrattuale. Pare significativo che la soluzione appena richiamata sia stata accolta dal legislatore della pandemia, là dove, con l'art. 6 dell'*ordonnance* n. 2020-319, ha previsto il diritto del concessionario di servizi o lavori pubblici a percepire un'indennità volta a compensare il sovrapprezzo che dovrà sostenere nell'esecuzione, anche parziale, della prestazione, quando per questa siano richiesti mezzi supplementari non previsti nel contratto originario e costituenti un onere manifestamente eccessivo in rapporto alla situazione finanziaria del concessionario medesimo⁴⁸.

La terza e ultima osservazione è che permane nell'art. 1195 *code civil* la logica della sussidiarietà dell'intervento del giudice rispetto all'autoregolamentazione delle parti, o meglio, l'idea che l'autonomia privata non vada semplicemente "rispettata" o agevolata, ma persino incoraggiata. Questo, nella percezione del legislatore francese è probabilmente stato l'elemento di maggiore modernità della riforma, capace di rendere il diritto francese di nuovo attrattivo e soprattutto competitivo rispetto a quello anglo-americano, che nella contrattualistica internazionale gode ormai di un indiscusso monopolio.

Se per stabilire l'impatto della riforma sull'*appeal* del diritto francese bisognerà ancora attendere qualche tempo, ciò che si può constatare per il momento è che l'intento del legislatore di "educare" le parti all'autonomia sembra essere riuscito. In effetti, pur con l'avvento della pandemia che ha risollevato in una prospettiva di sistema il problema delle sopravvenienze, non constano sentenze in cui il giudice abbia dovuto procedere all'adattamento o alla revisione del contratto ai sensi dell'art. 1195 *code civil*, o che abbiano affrontato il problema della rinegoziazione. Le poche pronunce che menzionano la norma, ne hanno escluso l'applicabilità: si trattava per lo più di quei contratti in cui, come si è detto, era già prevista una disciplina *ad hoc*, evidentemente più sfavorevole per la parte colpita dall'eccessiva onerosità, la quale cercava dunque di avvalersi del rimedio generale apprestato dall'art. 1195 *code civil*.

La portata della conclusione dovrebbe però essere ridimensionata alla luce di due considerazioni. La prima è che in realtà, come si è detto, la giurisprudenza francese aveva già avviato da tempo questo processo di persuasione delle parti circa l'opportunità di premunirsi convenzionalmente contro il problema dei sopravvenuti mutamenti delle circostanze. Dunque, se oggi le parti hanno familiarità con le clausole di *hardship*, lo si deve ad una progressiva evoluzione della contrattazione stimolata dalla giurisprudenza e dalla lacuna legislativa, non tanto alla riforma.

La seconda è che non necessariamente la strategia del legislatore francese si rivelerà, nel lungo e medio periodo, deflattiva del contenzioso che ruota intorno al problema dell'*imprévision*. Sembra ragionevole che ci si possa attendere uno slittamento del contenzioso sui problemi tipicamente legati alle soluzioni negoziate e cioè quello delle asimmetrie di potere o "dell'abuso di autonomia contrattuale" e quello dei vizi del con-

⁴⁸ *Ordonnance n. 2020-319 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics*, cit. La norma in questione prevede testualmente quanto segue: «lorsque, sans que la concession soit suspendue, le concédant est conduit à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire».



senso, tra i quali molto significativamente rientra per effetto della riforma del 2016 la *violenza économique*, assimilabile all'abuso di dipendenza economica previsto dalla legge italiana sulla subfornitura, ma esteso alla generalità dei contraenti⁴⁹.

5. – Per concludere questa breve riflessione sulla riforma francese e sull'impatto che essa ha prodotto nell'ordinamento a distanza di cinque anni, pare fisiologico interrogarsi, in un clima scientifico che da diversi anni è orientato ad un *restyling* del codice civile italiano sotto molteplici profili e da molteplici prospettive⁵⁰, sull'opportunità di recepire la soluzione dell'art. 1195 *code civil*, almeno nella parte in cui invita i contraenti ad autoregolamentare preventivamente l'eventuale fase patologica del rapporto contrattuale, nella parte in cui contempla l'obbligo – ma sarebbe forse più corretto dire l'onere – di rinegoziazione del contratto e nella parte in cui ne prevede l'adeguamento o la revisione giudiziale.

La ricerca di una risposta all'interrogativo non può prescindere da un, pur inevitabilmente sintetico, richiamo allo stato dell'arte del dibattito italiano, anche alla luce dei più recenti contributi dottrinali sollecitati dall'avvento della pandemia. *De jure condito*, com'è ben noto, la soluzione del codice vigente al problema delle sopravvenienze è stata quella di: a) non prevedere la rinegoziazione, né come onere né come obbligo, salvo contemplare la possibilità per la parte contro la quale è domandata la risoluzione di evitare tale conseguenza offrendo di ricondurre il contratto ad equità; b) non attribuire al giudice alcun potere di revisione del contratto, neppure in subordine alla mancata accettazione dell'offerta di riconduzione ad equità; c) non prevedere in capo alla parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa alcun diritto di sospendere l'esecuzione; d) non prendere in considerazione le clausole di *hardship*.

De jure condendo, com'è altrettanto noto, il disegno di legge per la riforma del codice civile italiano propone di mutare il quadro prevedendo, in prima battuta, il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede», e in subordine, cioè in caso di fallimento della rinegoziazione, il diritto di «chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti»⁵¹. Come si può notare, la soluzione proposta non è dissimile da quella accolta dal codice civile francese, salvo per alcuni aspetti: a) il disegno tace sul diritto della parte svantaggiata a sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta mentre il *code* vieta espressamente la sospensione; b) il disegno stabilisce un criterio di massima, benché piuttosto flessibile se non vago, cui il giudice deve parame-

⁴⁹ L'art. 1143 *code civil*, per il vero, fa riferimento alla dipendenza in generale, senza richiamare espressa – mente la dipendenza economica, così il rapporto del Presidente della Repubblica sulla riforma ha chiarito che la nuova fattispecie di violenza non è limitata all'abuso di dipendenza economica, ma mira, più in generale, alla tutela delle «persone vulnerabili». Per un approfondimento sulla casistica in tema di violenza economica, cfr. M. MEKKI, *Droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 570. L'introduzione del divieto è frutto del recepimento di un orientamento giurisprudenziale consolidato, che già da tempo riconosceva quale ipotesi di violenza l'abuso di dipendenza economica. Cfr. in particolare Cass. 30 maggio 2000, n. 98-15.242, in *Bull. civ.*, I, 169; e Cass. 3 aprile 2002, n. 00-12.932, *ivi*, I, 108, le quali hanno affermato che «solo lo sfruttamento abusivo di una situazione di dipendenza economica posto in essere per trarre profitto dal timore di un male che minaccia direttamente gli interessi legittimi della persona può viziare il contratto di violenza economica». Da qui la giurisprudenza ha ricavato il requisito del profitto eccessivo.

⁵⁰ L'introduzione della possibilità per le parti di pretendere la rinegoziazione del contratto è stata prevista dall'art. I, comma I, lettera i) del disegno di legge presentato in Senato il 19 marzo 2019 (d.d.l. n. 1151), su cui v. L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 5, 2019. Sul punto cfr. il documento redatto dal presidente dell'Associazione Civilisti Italiani: A. GENTILI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 236 ss.

⁵¹ D.d.l. n. 1151, cit.



trare l'adeguamento, mentre il *code* non ne menziona alcuno; c) il disegno non contempla uno spazio per l'allocazione convenzionale del rischio.

Nell'attesa di un intervento legislativo⁵², comunque auspicato da più parti soprattutto a seguito della pandemia⁵³, si può affermare che la dottrina, pur non senza voci contrarie, abbia riconosciuto cittadinanza all'obbligo di rinegoziazione per il tramite della buona fede integrativa⁵⁴. Dal canto suo, la giurisprudenza è andata gradualmente nella medesima direzione: alcune pronunce, risalenti ma espressione di un orientamento costante, hanno affermato il potere del giudice di sindacare il rifiuto dell'offerta di riconduzione ad equità del contratto e di pronunciare, in caso di contrarietà del medesimo a buona fede, una sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ.⁵⁵; una recente, però controversa, pronuncia di merito ha espressamente configurato l'obbligo di rinegoziare, a fronte della sopravvenuta pandemia di Covid-19, le condizioni di un contratto di locazione commerciale e riconosciuto, in caso di fallimento delle trattative, il potere di revisione del contratto in capo al giudice⁵⁶; la Corte di Cassazione ha preso posizione in senso positivo rispetto alla rinegoziazione in una sua relazione tematica, sempre di epoca pandemica⁵⁷.

Nel dibattito restano aperti due problemi fondamentali: il contenuto dell'obbligo di rinegoziazione e le conseguenze del suo inadempimento, segnatamente la possibilità di attribuire al giudice sostanzialmente un potere di revisione del contratto attraverso la sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 cod. civ.⁵⁸.

⁵² Così F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 205; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giust. civ. com*, Emergenza Covid-19, 2020, 5; A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito* (ma v. anche A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020). Non auspica un intervento legislativo, ma ritiene configurabile un obbligo di rinegoziazione fondato sulla buona fede "conservativa" M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actual. jur. iberoam.*, 12-bis, mayo 2020, 314 ss. In senso critico circa la configurabilità di un obbligo di rinegoziazione dei contratti il cui equilibrio è stato alterato dalla pandemia cfr., invece, A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, *ivi*, 236 ss. Più in generale, v. E. GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, *ivi*, 274 ss. In giurisprudenza, cfr. la controversa decisione del Tribunale di Roma: Trib. Roma 27 agosto 2020, cit.

⁵³ Occorre però tenere presente, come condivisibilmente osserva G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actu. jur. iberoam.*, 12-bis, mayo 2020, 422 ss., 429, invocare «la necessità di una nuova disciplina della rinegoziazione [...] trascura che l'incidenza dell'emergenza Covid-19 e delle relative misure di contrasto non si atteggia, generalmente, a causa di eccessiva onerosità sopravvenuta» tantomeno con riguardo al problema dei contratti di locazione (su cui era della medesima opinione già U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, 7 ss.).

⁵⁴ Per una prospettiva aggiornata sul tema v. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, 2018; congiuntamente a F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 585 ss.

⁵⁵ Cass. 16 aprile 1951, n. 431, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, 320, con nota di G. FORTUNATO, *Natura dell'offerta di riduzione ad aequitatem e limiti per farla valere nel processo*; e analogamente, ma in tema di rescissione, Cass. 13 febbraio 1951, n. 351, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 108, con nota di F. CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*; nonché Cass. 24 marzo 1954, n. 837, in *Foro it.*, 1954, I, c. 755. In dottrina v., in particolare, E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 576 ss. Per una proposta di applicazione della valutazione in esame anche al rifiuto del creditore di accettare la prestazione divenuta parzialmente impossibile ex art. 1464 cod. civ., sia consentito rinviare a L. COPPO, *Il diritto a rifiutare la prestazione parziale: una lettura solidaristica*, in *Actualidad jur. iberoam.*, maggio 2020, 396 ss., *passim*.

⁵⁶ Trib. Roma 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2433, con nota di G. SICCHIERO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*; nonché *ivi*, 2439, con commento di P. GALLO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – emergenza covid e revisione del contratto*.

⁵⁷ Relazione tematica n. 56, dell'8 luglio 2020, con oggetto Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale.

⁵⁸ V. per tutti F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, 2004, spec., 90 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, 2014, spec. 272 ss.; A.



Sul contenuto dell'obbligo di rinegoziazione si registrano in dottrina tre posizioni⁵⁹: per alcuni rinegoziare significherebbe semplicemente dare avvio ad una trattativa volta al raggiungimento di un accordo modificativo del contratto (un mero obbligo a trattare)⁶⁰; per altri, all'estremo opposto, rinegoziare significherebbe portare a termine la trattativa raggiungendo il risultato finale dell'accordo (dunque un vero e proprio obbligo a contrarre); secondo una tesi intermedia, invece, rinegoziare significherebbe impegnarsi in una trattativa seria sì da individuare i criteri per una revisione del contratto⁶¹. Quest'ultima sembra essere la posizione accolta anche dalla Corte di Cassazione nella citata relazione tematica⁶².

In effetti, la lettura appena prospettata sembra condivisibile in quanto, oltre a porsi in linea con la citata giurisprudenza sull'offerta di riconduzione ad equità⁶³, presenta il vantaggio, da un lato di scongiurare il rischio di svuotare di significato l'obbligo di rinegoziazione e, dall'altro, di mitigare, come meglio si chiari-

GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 667 ss.; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*; G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 540 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 ss. Sul rapporto tra autonomia privata e rinegoziazione del contratto cfr., inoltre, per un contributo recente, M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 20411 ss.

⁵⁹ Per un recente contributo specificamente dedicato al profilo in esame cfr. S. THOBANI, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corr. giur.*, 2020, 631 ss.

⁶⁰ Così, per esempio, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 133, per il quale l'obbligo di rinegoziazione sarebbe qualificabile come "di risultato" soltanto ove le parti medesime avessero fornito i parametri per l'adeguamento del contratto. Precisano che l'obbligo di rinegoziazione è "di mezzi" e non "di risultato", per impiegare una distinzione criticata ma evocativa, altresì A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa*, Milano, 1992, 56; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., 1209; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere e obbligo delle parti*, in *Obbl. contr.*, 2012, 453; nonché E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 807. Sulla questione v. i rilievi critici di F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 611 ss., il quale rileva che il vincolo a rinegoziare «sembra discostarsi dalla forma e dalla funzione dell'obbligazione e assume piuttosto quelle proprie del mero obbligo di condotta» e trae questa conclusione dalla constatazione per cui il vincolo in esame resta «nella dimensione della mera regola di contegno che si pone troppo a distanza nella realizzazione dell'interesse finale, auspicato ma non dovuto, per rivelarsi produttiva di un risultato specifico, apprezzabile in termini di utilità idonea a inserirsi nella serie teleologica che conduce al soddisfacimento dell'interesse finale».

⁶¹ Cfr. G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., *passim*, spec. 193. Mette in luce le criticità di questo filone S. THOBANI, *op. cit.*, *passim*.

⁶² Nella relazione tematica n. 56, cit., si legge: «E rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute. Verosimilmente sarà il contraente svantaggiato a domandare alla controparte l'adeguamento del contratto, indicando altresì le modifiche da apportare alle condizioni precedentemente pattuite. L'altro contraente dovrà condurre la rinegoziazione in modo costruttivo. I criteri dai quali desumere il comportamento delle parti, nel corso delle trattative destinate alla rinegoziazione del contratto, sono anche in quest'occasione offerti dalla clausola generale di buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.), che non è regola sul contenuto ma giustappunto sulla condotta. I parametri di concretizzazione della clausola generale sono inevitabilmente flessibili e si traggono dalle circostanze, dagli usi e dalla natura dell'affare. Quest'ultima, segnatamente, è connessa al risultato che le parti si sono prefissate mediante la stipula del contratto, desumibile dalle singole obbligazioni ivi dedotte ma anche dal contesto di mercato in cui il contratto opera. L'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente. Si avrà, per contro, inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo. L'inosservanza dell'obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose (senza, cioè, alcuna seria intenzione di addivenire alla modifica del contratto)».

⁶³ Sul punto sono molto interessanti le osservazioni di M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 907 ss., *passim*.



rà a breve, le criticità sollevate dall'applicazione dell'art. 2932 cod. civ. – si basa sull'assunto per cui il dovere di comportarsi secondo buona fede in pendenza delle trattative ex art. 1337 cod. civ. assume qui una declinazione diversa rispetto alla valenza che le viene attribuita in fase precontrattuale. Se lì l'avvio della trattativa è libero, qui è invece vincolato; allora la buona fede non implica soltanto il dovere di non ledere l'affidamento della controparte nella conclusione dell'accordo modificativo, ma impone un *quid pluris*, cioè il dovere di non rifiutare tale accordo ogniqualvolta le modifiche ivi proposte realizzino una composizione ragionevole e proporzionata degli interessi delle parti alla luce del mutamento di circostanze provocato dalla sopravvenienza⁶⁴.

Sul piano rimediale, cioè sulla questione di quale sia lo strumento per conferire «forza di legge» all'obbligo di rinegoziazione, le conseguenze che si traggono da ciascuna delle posizioni sopra riportate sono queste: nel caso in cui si ritenga configurabile un mero obbligo delle parti ad iniziare le trattative, il mancato adempimento dovrebbe comportare soltanto conseguenze risarcitorie per equivalente, limitate nel *quantum* all'interesse negativo⁶⁵; nel caso in cui si reputi configurabile un obbligo di contrarre, il mancato adempimento dovrebbe attribuire alla parte fedele il diritto a pretendere dal giudice la revisione del contratto a titolo di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ.⁶⁶; ove si sostenga la posizione intermedia, il mancato adempimento dell'obbligo dovrebbe dar luogo al risarcimento del danno per equivalente parametrato anche all'interesse positivo⁶⁷, oppure parametrato alla perdita della *chance* di ottenere nuove condizioni contrattuali⁶⁸.

L'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione dovrebbe, inoltre, com'è stato correttamente rilevato, legittimare la controparte a sospendere in autotutela l'esecuzione della prestazione dovuta avvalendosi dell'eccezione di cui all'art. 1460 cod. civ.⁶⁹. Ove non fosse configurabile un inadempimento, taluni hanno sostenuto la possibilità per il creditore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa di avvalersi dell'eccezione dilatoria prevista dall'art. 1461 cod. civ. per il caso di mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, fino a che il rapporto non viene riequilibrato⁷⁰. La tesi è più che condivisibile, giacché altrimenti si giungerebbe al paradosso, che già si sottolineava commentando la soluzione francese, di imporre alla parte di

⁶⁴ G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 134.

⁶⁵ In questa direzione, A. GENTILI, *La replica*, cit., 711 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., 1216; E. TUCCARI, *Sopraavvenienza*, cit., 290. In senso contrario, pur muovendo, come si è detto, dalla premessa per cui la rinegoziazione è un obbligo a trattare e non di contrarre, G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 134, il quale, attribuendo alla buona fede una valenza diversa rispetto a quella che viene in gioco quando le parti negoziano un contratto *ex novo*, rifiuta di assimilare la responsabilità per inadempimento di tale obbligo a quella precontrattuale.

⁶⁶ In questo senso, M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Giuffrè, 1992, 316; F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 426 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Giuffrè, 2011, 973; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziazione, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 582 ss., il quale propone, all'uopo, un'interpretazione evolutiva dell'art. 2932 cod. civ., o, come alternativa per realizzare l'effetto coercitivo dell'obbligo di rinegoziazione, l'impiego del meccanismo delle *astreintes* previsto dall'art. 614-bis cod. proc. civ.

⁶⁷ Così, con le precisazioni di cui sopra, G. MARASCO, *op. ult. cit.*, 144 e 176; N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *Studium iuris*, 2007, 537; e F. TRUBIANI, *La rinegoziazione*, cit., 453, i quali ritengono che l'interesse positivo debba parametrarsi al contratto originario e che quindi debba essere corrisposta l'utilità che il contraente avrebbe tratto dal contratto nel caso in cui non si fosse verificata la sopravvenienza; nonché F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 403; e V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, 2000, 278, i quali sostengono, invece, che l'interesse positivo debba parametrarsi alla situazione *post-sopraavvenienza*, e quindi all'utilità che il contraente avrebbe tratto dal contratto stipulato alle nuove condizioni.

⁶⁸ E. DEL PRATO, *Sulle clausole*, cit., 809.

⁶⁹ Così, per tutti, G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 168; ed E. DEL PRATO, *Sulle clausole*, cit., 808.

⁷⁰ V. M. MAGGIOLO, *op. cit.*, *passim*.



eseguire la propria prestazione con la prospettiva di ricevere una controprestazione inidonea a soddisfare il suo interesse. La paralisi dell'esecuzione, poi, potrebbe costituire un incentivo al raggiungimento di un accordo.

Delle questioni sin qui riportate la riforma francese, al pari del disegno di legge italiano, risolve (apparentemente) quella rimediale, nella misura in cui prevede espressamente un potere di revisione del contratto in capo al giudice in subordine al fallimento della rinegoziazione. Questa soluzione però lascia aperte una serie di criticità, che si possono sintetizzare in un problema di fondo: l'inadeguatezza dello strumento processuale e del bagaglio tecnico del giudice rispetto al compito, così delicato e interdisciplinariamente tecnico, di bilanciare le condizioni di contratti che spesso sono la risultante di calcoli ed equilibri molto complessi⁷¹. Non è solo una questione di stabilire i criteri cui il giudice deve parametrare la riconduzione del contratto ad equità, ma anche una questione di conoscenze e di "lontananza" rispetto alle realtà disciplinate dai contratti⁷².

Il legislatore francese ha cercato di ovviare all'inconveniente invitando le parti all'autoregolamentazione. Volendo calare questo invito nella realtà italiana, occorre a mio avviso fare i conti con un dato di fatto: la scarsa familiarità dei contraenti italiani, salvo nel caso di contratti commerciali con vocazione transnazionale o comunque tra imprese di grandi dimensioni, rispetto alla *governance* "dal basso" del contratto o al *contract design*, per dirla con due espressioni *à la page*.

È vero che clausole come quelle di indicizzazione o di *hardship* sono ormai diventate *standard* nei contratti di durata caratterizzati da un certo grado di relazionalità, ma si tratta spesso di clausole "copiate e incolate", che estrapolate dal loro contesto e da qualsiasi cornice ordinamentale, rischiano solo di aumentare e inasprire il contenzioso⁷³; e comunque il problema dell'eccessiva onerosità può porsi anche in contratti dove queste clausole non sono diffuse⁷⁴. Le medesime obiezioni potrebbero valere per l'ordinamento francese, vista la comunanza di tradizione giuridica, senonché lì, come si è detto, le parti sono da sempre state abituate ad operare in assenza di una disciplina dell'eccessiva onerosità e da sempre state incoraggiate dalla giurisprudenza a sopperire alla lacuna.

Del resto, però, la constatazione per cui la cultura italiana è poco incline alla risoluzione alternativa delle

⁷¹ Sul ruolo che assumerebbe il giudice nella revisione del contratto e sulle criticità sollevate dal compito che è chiamato a svolgere riflettono, in particolare, P. GALLO, *Revisione*, cit., 812; E. DEL PRATO, *Sulle clausole*, cit., 808; e con riguardo alle clausole di rinegoziazione che deferiscono ad un terzo l'adeguamento del contratto in caso di fallimento delle trattative, G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 151 ss.; nonché V.M. CESÀRO, *Clausola*, cit., 220 ss.

⁷² Esprime queste perplessità con maggiore approfondimento e lucidità M. MAGGIOLO, *op. cit.*, là dove, ragionando in termini di ragionevolezza della soluzione prospettata, osserva: «non si può nascondere che il dato reale, il rapporto cioè sul quale si vuole incidere con l'adeguamento del contratto, non solo può essere complesso, ma per di più al giudice giunge inevitabilmente nelle contrapposte versioni fornite dai legali delle parti in lite. E ciascuno dei legali è a sua volta edotto dal rispettivo cliente in modo spesso reticente, se non con sincerità discutibile. Per di più, la rappresentazione della vicenda è fornita al giudice sulla scorta di un materiale probatorio non di rado incompleto, perché selezionato in funzione della tesi da sostenere, oppure perché non reperito, o ancora perché ci sono state trascuratezze. Diventa evidente come questo duplice piano narrativo e queste incerte acquisizioni istruttorie quasi sempre celino al destinatario finale, al giudice, i veri termini di un affare che, nel contratto di durata del genere definito come relazionale, ha mille sfumature. È allora illusorio pensare che il giudice riesca a cogliere tutte le esigenze dei contraenti ed a tradurle in un soddisfacente adeguamento del contratto. Solo una grande fortuna potrebbe condurre a una sentenza sostitutiva dell'adeguamento volontario che effettivamente elimini gli squilibri».

⁷³ Cfr. L. COPPO, *Contract*, cit., *passim*, spec. 51 ss.

⁷⁴ Nondimeno, per un'attenta riflessione sulla possibilità e l'opportunità delle parti di stabilire sin dalla stipula del contratto criteri per il suo futuro adeguamento ad alcuni mutamenti sopravvenuti, cfr. P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento*, cit., 299. Sul tema v., inoltre, A.T. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Giuffrè, 2000; e A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.



controversie – come dimostrano peraltro i ripetuti fallimenti dei tentativi di introduzione di, più o meno vincolanti, procedure negoziate⁷⁵ – vale non solo per la negoziazione precontrattuale della ripartizione dei rischi futuri che potrebbero alterare l’equilibrio del sinallagma, ma anche per la rinegoziazione. Pare più che fondato il timore che la previsione di un obbligo legale di rinegoziazione si traduca in concreto nel “solito rituale” privo di sostanza: le parti s’incontrano una sola volta, adducono il fallimento della rinegoziazione e si rivolgono al giudice. In tal modo si rischierebbe di aggravare una procedura che invece dovrebbe essere semplice e rapida per far fronte alle esigenze dei contraenti e del mercato, come dimostra ancora una volta la soluzione dell’*indemnité d’imprévision* escogitata dalla giurisprudenza del *Conseil d’État*, che meriterebbe forse maggior ponderazione.

Ecco che allora per uscire dall’*impasse* non si può che ritornare al punto di partenza: la necessità di individuare e prevedere in via espressa strumenti volti ad incentivare il raggiungimento di un accordo tra le parti, da un lato, prevenendo delle sanzioni realmente deterrenti per il caso di fallimento della (ri)negoziazione, per esempio il meccanismo delle *astreintes* sul modello di quanto disposto dall’art. 614-*bis* cod. proc. civ.⁷⁶, oppure il risarcimento del danno da mancato adeguamento del contratto, comprensivo dell’interesse positivo, dall’altro, affiancando alle parti soggetti terzi e imparziali dotati delle competenze tecniche adeguate per aiutarle a trovare una soluzione ragionevole ed efficiente, secondo la logica del *joint gain*⁷⁷ o del giusto rimedio⁷⁸.

La soluzione astrattamente più appropriata potrebbe essere quella di devolvere il contenzioso in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta a collegi misti, sul modello dell’Arbitro Bancario e Finanziario, composti da diversi esperti del settore di attività interessato dal singolo contratto; in sostanza quella di creare un procedimento alternativo di risoluzione della controversia in cui le parti rinegozino le condizioni del contratto davanti an collegio terzo e imparziale che svolga innanzitutto il ruolo di facilitatore e poi il ruolo di arbitro o arbitratore⁷⁹. Ma una simile proposta, da un lato richiederebbe una riforma molto più estesa e pregnante e, per altro verso, necessita di un approfondimento che esula dai confini della presente riflessione.

⁷⁵ Cfr. i riferimenti contenuti nella nt. 52, *supra*.

⁷⁶ Come prospettato da F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare*, cit., 582 ss.

⁷⁷ Come insegna la dottrina americana: su questo modello di negoziazione collaborativa, contrapposto al modello *adversarial*, improntato alla logica “*I win, you lose*”, v. in particolare R.H. MNOOKIN, S.R. PEPPET, A.S. TULUMELLO, *Beyond Winning – Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, Harvard University Press, 2000, *passim*; nonché C.B. CRAVER, *Negotiation Styles: The Impact on Bargaining Transactions*, in *Dispute resol. journ.*, 58, 2003, 48.

⁷⁸ Sul tema sono fondamentali, in una prospettiva di più ampio respiro, le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto processo civile*, 2011, 1-23.

⁷⁹ In questa direzione già L. RUGGERI, E. GIACOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, in *Actu. giur. iberoam.*, 12-bis, mayo 2020, 340 ss., 346, secondo cui la rinegoziazione dovrebbe essere resa effettiva attraverso procedure stragiudiziali come l’arbitrato o la mediazione, sostenute dallo Stato e rafforzate con il meccanismo delle *astreintes* per i casi di mancata adesione alla procedura o con la previsione di bonus in caso di attiva partecipazione all’*iter*; nonché E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020, la quale sostiene l’opportunità di introdurre misure di carattere premiale per incentivare il buon esito della rinegoziazione, quali benefici fiscali, a favore di entrambe le parti coinvolte, nonché l’opportunità di promuovere il ricorso a procedure «rinegoziazione assistita, mediazione o anche a nuove forme alternative di risoluzione delle controversie, da affidare a categorie professionali e da incentivare con contribuzioni statali in caso di esito positivo». Per spunti più ampi v., comunque, F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 839 ss.



STEFANO DEPLANO

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi della Campania

DAL SISTEMA ALLA LETTERA E RITORNO: RIFLESSIONI SUL MODELLO FRANCO-ITALIANO DI ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA *

SOMMARIO: 1. Dalla lettera al sistema: genesi e sviluppo dell'*enrichissement sans cause* nell'esperienza giuridica francese. Una questione di metodo. – 2. Dal sistema alla lettera: l'Ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 e la «consécration d'un acquis». – 3. Recepimento e formalizzazione del modello franco-italiano di arricchimento senza causa. Una «promessa mancata»? – 4. Dalla lettera al sistema: «giusta causa» dell'arricchimento tra interpretazione sistematica e prospettiva rimediabile. – 5. Segue. Rilievo del binomio interesse protetto/rimedio in rapporto al caso concreto. Oltre il rilievo del dato formale. – 6. Segue. (In)giustificato arricchimento tra conviventi e principi di ragionevolezza e proporzionalità. – 7. Considerazioni conclusive.

1. – Nonostante la *temperie* culturale in cui venne redatto il *Code Napoleon* fosse profondamente influenzata dal giusnaturalismo e dal giuspositivismo¹, il legislatore del 1804 non disciplinò un'azione – forse più di altre ispirata all'equità – orientata a riparare ad un *enrichissement sans cause*.

La ragione di tale opzione legislativa è stata autorevolmente identificata² nel peso attribuito alla rielaborazione delle acquisizioni medievali svolta da Pothier³. A giudizio della dottrina maggioritaria⁴ questo Autore, assunta a riferimento la *condictio indebiti*, reputava che la gestione di affari altrui presupponesse un *animus aliena negotia gerendi* ma che, anche in difetto di quest'ultimo, l'azione potesse comunque trovare un

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista Jus civile e dell'ISAIDAT.

Desidero dedicare un particolare ringraziamento alla Prof.ssa Giulia Terlizzi per l'aiuto prestatomi nella ricerca bibliografica e giurisprudenziale relativa al sistema ordinamentale franco-europeo. Il contenuto del saggio e delle note a piè di pagina sono interamente frutto dell'opinione e delle idee dell'autore.

¹ Cfr., sul punto, R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico*, Milano, 2002, 10 ss.

² P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, 43 ss. e, più di recente, ID., sub Art. 2041, in G. LENER (a cura di), *Della gestione d'affari, del pagamento dell'indebito, dell'arricchimento senza causa*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, 2015, Milano, 228 ss.

³ R.J. POTHIER, *Traité du prêt à usage, du précaire, du prêt de consommation, de l'usure, du promutuum et de l'action condictio indebiti, des contrats de dépôt, de mandat (et quasi-contrat negotiorum gestorum), d'assurance, de prêt à la grosse aventure, de jeu et de nantissement*, in M. BUGNET (a cura di), *Oeuvres de Pothier*, t. V, Paris, 1847 (rist. Bad Feilnbach, 1993), n. 21.

⁴ G. ASTUTI, *Arricchimento (azione di). Premessa storica*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 62; B. KUPISCH, voce *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 439 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 838 ss.; C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Torino, 2005, 13 ss.



fondamento *in factum* ed in virtù della regola pretoria secondo la quale *neminem aequum est cum detrimento alterius locupletari*⁵. La sovrapposizione tra concezione oggettiva e soggettiva dell'azione di gestione di affari altrui è, del resto, ben testimoniata dal disposto della formulazione originaria dell'art. 1375 *Code* a mente della quale «*le maitre dont l'affaire a été bien administrée*» è tenuto a rimborsare al gestore le spese effettuate: questa disposizione – come osservato⁶ – formalizza la descritta commistione tra *negotiorum gestio* ed ingiustificato arricchimento posto che la concezione classica della gestione di affari «prescinde totalmente dall'utilità della gestione, ma si accontenta che [quest'ultima] sia stata utilmente intrapresa, mentre l'azione di arricchimento fa riferimento all'utilità effettivamente conseguita, ovvero all'*utiliter gestum*»⁷.

La questione, all'apparenza di puro sapore dottrinale, si sarebbe ben presto rivelata di notevole rilievo pratico: le sollecitazioni provenienti dalla prassi, in concomitanza al crescere dei trasferimenti di ricchezza non giustificati e connessi al maggior sviluppo raggiunto dai traffici e dalla vita di relazione⁸, misero le Corti transalpine davanti alla questione della configurabilità di un generale divieto di arricchirsi a danno altrui in difetto di una valida ragione giuridica.

La giurisprudenza si caratterizzò, da principio, per un approccio a tale questione secondo una prospettiva *étroitement exégétique*⁹: le prime decisioni sul punto furono infatti di segno marcatamente negativo¹⁰. In un secondo tempo proprio l'art. 1375 *Code* fu identificato quale appiglio normativo per scongiurare il prodursi di arricchimenti ingiustificati: tale conclusione fu avvalorata da un'autorevole corrente di pensiero¹¹ che, sviluppando la posizione di Pothier, aveva identificato proprio in questa ipotesi di quasi-contratto una fattispecie sufficientemente elastica cui ricondurre le istanze di tutela sollecitate da chi *sine causa* avesse subito un depauperamento patrimoniale¹².

Sebbene a questa posizione debba essere attribuito il merito di aver superato i rigori esegetici nei quali erano occorsi i primi interpreti del *Code*, occorre evidenziare che essa non incontrò un accoglimento unanime¹³: un orientamento dottrinale¹⁴, in particolare, criticò l'assunto secondo il quale sarebbe stato possibile

⁵ D. 12, 6, 14 (*aequum est neminem cum alterius detrimento locupletiolem fieri*) e di D. 50, 17, 206 (*ius naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*).

⁶ Come osservato da P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 395: «L'ipotesi più importante in cui Pothier aveva ravvisato una pretesa restitutoria di carattere generale è costituita dalla gestione di affari intrapresa senza alcuna volontà implicita o ipotetica di agire nell'interesse del *dominus negotii*. La “*subtilité du droit*” non consentiva allora che si potesse ritenere perfezionato alcun quasi-contratto, ma l'equità imponeva comunque che si concedesse al gestore un'*actio negotiorum gestorum contraria (utilis)* per ottenere, nei limiti dell'arricchimento conseguito dal *dominus negotii*, il rimborso delle spese sostenute».

⁷ P. GALLO, sub *Art. 2041*, cit., 229.

⁸ Lo nota A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 13.

⁹ P. RÉMY, *Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX siècle*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 1985, 91 ss.

¹⁰ Si vedano Cour de Cassation, 18 aout 1813, in *Jour. du Palais*, XI, 1813, 650; Cour de Cassation, 26 mars 1817, in *Recueil Si-rey*, 1818, I, 53; Cour de Cassation, 13 mars 1834, in *Répertoire Dalloz*, 1834, I, 733.

¹¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 3^a ed., XX, Bruxelles-Paris, 1878, 361-368 e G. RIPERT, M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause de droit civil français*, in *Rev. trim.*, 1904, 727.

¹² V. Chambre de Requêtes, 18 mars 1857, in *Recueil Si-rey*, 1857, I, 182. Un precettore aveva stipulato un *contrat d'éducation* con una donna, madre dell'allievo. Costei si rivelò successivamente insolvente. I giudici qualificarono il maestro quale gestore di affari altrui sì che l'allievo (che, a differenza della madre, si trovava in una posizione assai agiata) fu condannato a rimborsare le spese sostenute dal gestore nel suo interesse.

¹³ V. in particolare Cour de Cassation, 15 juillet 1890, in *Répertoire Dalloz*, 1891, I, 49 con nota di PLANIOL che evidenzia un'intrinseca contraddizione nella motivazione, specialmente ove la Corte osserva «*quand un tiers fait un acte dont profite un propriétaire, il gère réellement quoique involontairement et à son insu l'affaire de ce propriétaire*».

¹⁴ V., in particolare, C.A. AUBRY, C.F. RAU, *Droit civil théorique français*, Bruxelles, 1842, 337 e C.A. AUBRY, C.F. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., Paris, 1871, IV, §§ 441, 725, 726.



configurare un'ipotesi applicativa dell'art. 1375 *Code* in difetto di specifica volontà del gestore. Presupposti della *negotiorum gestio* vennero identificati, da una parte, nell'intenzione di gestire un affare altrui e, dall'altra parte, nella gestione utilmente intrapresa. In assenza di tali requisiti – secondo l'indirizzo in esame – l'azione da riconoscere all'impoverito avrebbe dovuto avere ad oggetto unicamente il recupero dell'utilità effettivamente prodotta, in linea con quanto accadeva all'esito del vittorioso esperimento dell'*actio de in rem verso* di origine romanistica¹⁵.

Il ruolo rivestito da questa dottrina fu di primaria importanza nel generare, rispetto alla consolidata tradizione, un "punto di rottura". Quest'ultimo fu lambito dapprima in due occasioni: la *Cour de Cassation* avrebbe potuto sancire la natura autonoma di una azione di *enrichissement sans cause*, ma i giudici, forse timorosi per la portata dirompente che avrebbe avuto l'accoglimento della pretesa, in una prima occasione rigettarono il ricorso e in una seconda lo accolsero facendo tuttavia leva su disposizioni in materia di contratti a favore del terzo¹⁶. Il riconoscimento dell'*enrichissement sans cause* quale specifica ipotesi di quasi-contratto avvenne con una celebre sentenza resa dal giudice di legittimità nel 1892 (cd. *arrêt Boudier*)¹⁷: questa pronuncia consacrò l'azione di arricchimento quale istituto di applicazione generale fondato sull'art. 1371 *Code* e ne dichiarò sia la natura essenzialmente equitativa¹⁸ sia il carattere autonomo rispetto alla gestione di affari altrui.

La controversia, vertente su un'ipotesi di arricchimento indiretto, aveva ad oggetto la vendita, ad opera di un commerciante, di un carico di concime all'affittuario di un fondo agricolo. Costui si rivelò insolvente. Il venditore agì allora contro il proprietario del fondo sul presupposto che, avendo costui beneficiato dello spargimento dei concimi, avesse ricevuto un arricchimento non giustificato e, in quanto tale, fonte di una obbligazione indennitaria. Il ricorso fu accolto dalla Corte con una motivazione particolarmente ampia secondo la quale per ritenere fondata l'azione orientata a far valere un *enrichissement sans cause* sarebbe sufficiente che «l'attore dimostri di aver procurato un arricchimento, con proprio sacrificio o con proprio fatto, alla persona nei cui confronti si agisce»: un esito interpretativo evidentemente favorito dal progressivo declinare del metodo esegetico a tutto vantaggio dell'impostazione ermeneutica orientata alla libera ricerca del diritto¹⁹ che proprio in quegli anni andava sviluppandosi Oltralpe²⁰.

¹⁵ La dottrina recente, a partire da queste considerazioni, ha identificato ulteriori differenze in relazione: al fondamento dei due istituti, alla posizione, rispettivamente, dell'impoverito e del gestore, all'oggetto della pretesa. L'*actio de in rem verso* mira a ristabilire un equilibrio oggettivamente leso tra due patrimoni mentre la gestione di affari altrui presuppone l'intenzione di agire nell'interesse di un terzo; il gestore assume l'obbligazione di rendere il conto mentre l'impoverito ed ha diritto di ottenere «*toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites*» (art. 1375 *Code* nella formulazione precedente alla riforma); l'impoverito è creditore dell'arricchito per un valore pari alla minor somma tra impoverimento ed arricchimento. Si veda F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Enrichissement sans cause. fournitures Faites a un fermier. Action de in rem verso contre le propriétaire. Conditions d'exercice. Effet relatif des contrats*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, II, 12^a éd., Paris, 2008, 553 ss.

¹⁶ Lo evidenzia P. GALLO, *op. ult. cit.*, 232, ove ulteriori riferimenti.

¹⁷ Chambre de Requête, 15 juin 1892, in *Répertoire Dalloz*, 1892, I, 596 e *Recueil Sirey*, 1893, I, 381, con nota di J.E. LABBÉ.

¹⁸ «Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit».

¹⁹ Cfr. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, III, Paris, 1899, 1 ss.; ID., *La technique législative dans la codification civil moderne. A propos du centenaire du code civil*, Paris, 1904, 987 ss.; ID., *Science et Technique en droit privé positif*, 1^o pt., Paris, 1914, 10 ss. Per una ricostruzione di tale vicenda da parte della coeva dottrina italiana v. F. LEONE, *L'azione di arricchimento in diritto moderno*, Napoli, 1915, 139-144. Per una ricostruzione meno risalente v., invece, R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, in *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, 2004, 111 ss.; N. HAKIM, F. MELLERAY, *Présentation. La Belle Époque de la pensée juridique française*, in ID. (a cura di), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, 2009, 1-2.

²⁰ Evidenzia A. Albanese, *op. ult. cit.*, 17, nota 38: «Il metodo di interpretazione libera del diritto, contrapponendosi alle teorie



Si trattava, a questo punto, di identificare i presupposti di un'azione cui – ancora a distanza di decenni – i giuristi francesi si accostavano con non celato timore²¹. La *Cour de Cassation* pervenne a tale elaborazione circa vent'anni dopo il deposito dell'*arrêt Boudier*, con due sentenze²² che identificarono la mancanza di giusta causa ed il carattere sussidiario quali ulteriori requisiti dell'azione²³. Pur in assenza di una espressa disciplina, in definitiva, il modello francese dell'azione di arricchimento poteva dirsi completo di tutti i suoi elementi di fattispecie: arricchimento, impoverimento, loro correlazione, assenza di giusta causa e sussidiarietà. Tutti elementi di fattispecie, a ben vedere, già enunciati con estrema chiarezza da Aubry e Rau²⁴.

Non univoci, per contro, appaiono i tentativi della coeva dottrina di identificare un fondamento dell'istituto. Un orientamento lo identificò in un fatto illecito, ovvero il rifiuto di restituire l'arricchimento²⁵: secondo questa teoria chi, ricevuto indebitamente un cespite patrimoniale, si fosse rifiutato di restituirlo, avrebbe commesso un atto illecito da sanzionare ai sensi dell'art. 1382 *Code*. In tale prospettiva il fondamento dell'istituto sarebbe consistito nella colpa o nel dolo insito nella volontà di ritenere quanto ingiustamente ottenuto. Anche un altro indirizzo tentò di ricondurre l'*enrichissement sans cause* alla responsabilità civile²⁶ tracciando un parallelo tra la responsabilità per arricchimento e quella per rischio: in tal guisa così come ogni azione può comportare l'insorgere di una responsabilità per i danni da essa cagionati, così da essa deriverebbe il diritto di far propri tutti gli utili che se ne dovessero trarre. Di conseguenza, si reputava che «[t]out fait quelconque de l'homme qui procure a autrui un enrichissement, donne droit a celui par le fait duquel il a été procuré, a le répéter»²⁷. Soltanto da ultimo verrà affermata la specificità dell'azione, tale da renderla non collimante né con il contratto né con il fatto illecito, ma da considerarla alla stregua di una specifica ipotesi di quasi-contratto²⁸.

2. – Benché l'*enrichissement sans cause* fosse parte integrante del diritto vivente francese da oltre un se-

classiche di ermeneutica legale, presupponeva la rinuncia all'idea di esaustività del diritto positivo. [...R]iteneva allora indispensabile interpretare la legge nel modo più conforme al buon funzionamento del meccanismo creato dal legislatore e, poichè la realtà sociale è in continua trasformazione, la regolamentazione da applicarvi avrebbe dovuto seguire l'evoluzione progressiva dell'ambiente per il quale è stata creata. [...] Per scongiurare poi il pericolo che il giudice si lasciasse troppo guidare dalle sue valutazioni personali e convinzioni morali sconfinando nell'arbitrio, venivano tracciate alcune basi obiettive che gli servissero da guida: l'analogia giuridica; il concetto di giustizia comunemente inteso ed accettato; il diritto comparato».

²¹ V., ad esempio, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, Paris, 1956, 640: «On a tenté de préciser la portée de l'action in rem verso en disant que l'enrichissement doit être injuste. Mais l'expression est dangereuse: elle peut donner l'idée que l'action est donnée lorsque l'enrichissement est contraire à l'équité». Ritene che l'*enrichissement sans cause* possa avere la funzione di un «*brûlot susceptible de faire sauter tout l'édifice juridique*», M.P. DRAKIDIS, *La «subsidiarité», caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause*, in *Rev. trim.*, 1961, 38 ss.

²² Cour de Cassation, 12 mai 1914 (c.d. *arrêt Clayette*), in *Recueil Sirey*, 1918, I, 41 e Cour de Cassation, 2 mars 1915 (c.d. *arrêt Brianaut*), in *Répertoire Dalloz*, 1920, I, 102 secondo la quale, affinché l'azione potesse essere esercitata, occorreva «*que l'appauvri ne jouisse d'aucune autre action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un delit ou d'un quasi-delit*».

²³ Nota P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., 397 ss. che: «la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa è strettamente legata alle vicende storiche del diritto francese, anzitutto per quanto riguarda l'adozione del modello romanistico dell'*actio de in rem verso (utilis)* [...]». Ciò si spieg[herebbe] perché si tratta di casi di arricchimento c.d. trilaterale, in cui l'azione restitutoria era esercitata nei confronti di un terzo».

²⁴ C.A. AUBRY, C.F. RAU, *Cours de droit civil français*, cit., §§ 578 e 335.

²⁵ M. PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, 229.

²⁶ G. RIPERT, M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause de droit civil français*, cit., 727 ss.

²⁷ G. RIPERT, M. TEISSEIRE, *op. cit.*, 761.

²⁸ F. GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Paris, 1949, 14 ss. Cfr. anche, per ulteriori considerazioni di tagli sistematico, P. GALLO, *op. ult. cit.*, 235 ss.



colo, la formalizzazione dell'istituto ha avuto luogo soltanto in virtù dell'entrata in vigore dell'art. 2, *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* il quale ha modificato l'art. 1303 e introdotto gli artt. 1303-1, 1303-2, 1303-3, 1303-4 *Code*.

Già ad un'esame *prima facie* emerge un'evoluzione rispetto al passato: al fine di realizzare il definitivo superamento del concetto di «causa»²⁹, la *Reforme* ha attribuito all'*enrichissement* la qualifica di «*injustifié*»³⁰. Pare allora corretto ritenere che l'intervento legislativo si connoti, in parte, per disciplinare sedimentati orientamenti giurisprudenziali e, per altra parte, per realizzare alcune modifiche rispetto al passato³¹.

Aspetti di sicura continuità tra orientamenti pretori e *littera legis*, ad esempio, si osservano in rapporto al fondamento dell'istituto ed alla sua natura di azione sussidiaria. Appare infatti evidente che il legislatore del 2016 abbia confermato la posizione giurisprudenziale secondo cui l'arricchimento è «*injustifié*» qualora non vi sia alcuna norma o atto di autonomia privata che lo giustifichi³². L'art. 1303-1 *Code*, tuttavia, non formalizza tale regola in termini generali ma si limita a stabilire che l'obbligo indennitario non sorge se l'arricchimento del terzo deriva dall'*animus donandi* dell'impovertito³³ ovvero dall'adempimento di una *obligation*³⁴. Il combinato disposto degli artt. 1303-3 e 1303 *Code*, in secondo luogo, prescrive la regola della sussidiarietà dell'azione³⁵. Argomentando a partire dalla disposizione da ultimo citata, in particolare, la dottrina attribuisce all'*enrichissement injustifié* natura di quasi contratto e, in chiave applicativa, reputa che tale azione non possa trovare applicazione qualora concorra con la ripetizione dell'indebito³⁶ o con la gestione di affari altrui³⁷.

Profili di discontinuità, per contro, si osservano in rapporto a tre profili di disciplina.

²⁹ Cfr. D. VISSER, *Unjustified Enrichment in Comparative Perspective*, in M. REIMANN, ID. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd ed., New York, 2019, 969, nota 58: «Although the new law's intention is merely to codify the system of enrichment law built up by the *Cour de cassation*, the change in terminology is part of the project of ridding the law of obligations completely of the notion of 'cause'». M. MEKKI, *Panorama. Droit des contrats*, in *Rec. Dalloz*, 2017, 375 ss., spéc., 382 e 383. Nella prospettiva italiana v. le considerazioni di E. NAVARRETTA, *La causa e la réforme du code civil française*, in *Pers. merc.*, 2017, 205 ss.

³⁰ Art. 1303-1 *Code*: «*L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale*».

³¹ Lo evidenzia G. YILDIRIM, *L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause*, in *AJ Famille*, 2016, 472 ss.

³² G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016, Dalloz, n° 743, 642 s. e P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 5^e éd., Defrenois, Paris, 2020, 583.

³³ Per una applicazione di questa ipotesi alle obbligazione tra conviventi, cfr. Cour de Cassation, 20 janvier 2010, n. 08-13400, in *Bull.* 2010, I, n° 14.

³⁴ Si tratta di una formulazione criticata dalla dottrina sotto almeno due profili. Per un verso ci si è interrogati sul se l'arricchimento sia giustificato qualora abbia titolo in un contratto, in una sentenza o nella legge. La risposta è stata in senso affermativo, v. N. DISSAUX, C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2015, 157. Reputava superfluo l'inserimento di tale specificazione nel testo di legge P. REMY, *Des autres sources d'obligations*, in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, 2013, 31 ss. Per altro verso è stata evidenziata la non adeguatezza della legislazione di dettaglio in rapporto a fattispecie come quella in commento, G. YILDIRIM, *op. cit.*, 473: «*Plutôt que cette énumération nécessairement hasardeuse, n'eût-il pas été préférable de choisir une formulation plus générale, ou à tout le moins d'insérer l'adverbe "notamment", afin de laisser plus libre champ à la prudence du juge ?*». Si aggiunga che la disposizione trascura di considerare l'ipotesi dell'arricchimento dovuto all'adempimento di un obbligo avente natura etica o morale, per un esemplificazione v. Cour de Cassation, 3 novembre 2004, n. 01-15176, in *Bull.*, I, n. 248.

³⁵ Per una applicazione recente Cour de Cassation, 29 mai 2019, n° 18-18.376, in *JurisData*, n. 2019-009027.

³⁶ V. Cour de Cassation, 16 septembre 2020, n° 18-25.429, in *JurisData*, n. 2020-013348.

³⁷ Come ribadito, peraltro, dall'art. 1301-5 *Code*, secondo il quale «*l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié*».



L'art. 1303-4 *Code*, anzitutto, detta criteri di calcolo dell'indennizzo dovuto innovativi rispetto al passato al fine di superare l'orientamento pretorio che, sul punto, si era rivelato assai ondivago³⁸. Confermata (dall'art. 1303 *Code*) la regola «*du double plafond*»³⁹, la disposizione in commento impone una differenziazione tra, da una parte, la data in cui deve essere constatato l'arricchimento/impovertimento e, dall'altra parte, quella in cui deve esserne effettuata la valutazione. Prima dell'entrata in vigore della novella l'impovertimento veniva calcolato rapportandolo al giorno nel quale esso si era verificato, mentre l'arricchimento era calcolato al momento della domanda: poiché entrambe le obbligazioni pecuniarie erano soggette al principio nominalistico, esse non erano soggette a rivalutazione, a tutto svantaggio del soggetto impoverito⁴⁰. In virtù della novella, per contro, il valore economico dovuto dall'arricchito sarà stabilito dal giudice con la sentenza.

Una seconda innovazione consiste nel rapportare la valutazione dell'indennizzo alla buona o alla malafede dell'arricchito. Recependo un indirizzo dottrinale⁴¹, l'art. 1303-4 *Code* mutua una regola prevista in materia di ripetizione dell'indebita⁴² intesa a sanzionare colui il quale si sia arricchito in malafede⁴³. La disposizione, derogando alla regola «*du double plafond*», stabilisce che l'indennizzo sarà pari (non alla minore, ma) alla maggior somma tra l'arricchimento e l'impovertimento⁴⁴.

Da ultimo, l'*Ordonnance* ha disciplinato il concorso dell'impovertito nella causazione del fatto che ha dato luogo all'arricchimento. L'art. 1303-2 *Code* sancisce sul punto che «*il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel*»⁴⁵. Si tratta di una disposizione di rilievo, in particolare se rapportata al precedente orientamento giurisprudenziale il quale distingueva a seconda che il concorso fosse dovuto a colpa o, per contro, a negligenza o imperizia del depauperato⁴⁶ e reputava inammissibile l'azione soltanto nel primo caso. La novella, per contro, si è discostata dalla posizione tradizionale stabilendo che dalla condotta colposa dell'impovertito deriva che il giudice potrà, al più, limitare l'indennizzo dovuto⁴⁷. Nel silenzio della legge, la dottrina ha osservato che l'interprete dovrà tener conto sia della gravità della colpa sia del ruolo causale da essa concretamente rivestito. Ci si è domandati, tuttavia, se l'art. 1303-2 *Code* autorizzi il giudice ad escludere del tutto l'indennizzo quando il comportamento del depauperato sia la causa esclusiva del suo impoverimento⁴⁸. L'opinione prevalente è in senso

³⁸ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit., 651 s.

³⁹ Secondo la quale all'impovertito spetta la minor somma tra l'arricchimento e l'impovertimento, cfr., sul punto, J.FLOUR, J.L. AUBERT, E. SAVAU, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, 14^e éd., Paris, 2011, 62, n. 57. Reputa che l'art. 1303-4 *Code* disciplini l'indennizzo alla stregua di un debito di valore P. REMY, *Des autres sources d'obligations*, cit., 46.

⁴⁰ Secondo il *Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016* tale soluzione risulta «conforme à celle retenue par le code civil dans les cas d'enrichissements injustifiés qu'il régit spécialement aux articles 549, 555, 566, 570, 571, 572, 574 et 576».

⁴¹ Cfr., sul punto, F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 10^e éd., Paris, 2009, 1070. V. anche P. REMY, *op. cit.*, 32.

⁴² All'individuazione della *bonne o mauvaise foi* dell'accipiens conseguiva un diverso computo degli interessi (cfr. previgente art. 1378 *Code*), nonché una diversa identificazione dell'oggetto della prestazione da restituire in caso di perimento o deterioramento (cfr. previgente art. 1379 *Code*), ovvero in caso di alienazione della *res* indebita (cfr. previgente art. 1380 *Code*). Per una analisi (critica) del contenuto della riforma del *Code civil* in rapporto alle restituzioni derivanti dalla caducazione del contratto v. L. GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato code civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 646 ss.

⁴³ Identica finalità era posta a fondamento dell'art. 1339 dell'avant-projet Català, a mente del quale: «[...] Toutefois, en cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'enrichissement s'appréciera au temps où il en a bénéficié».

⁴⁴ M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 févr. 2016 (VII), Les petites affiches*, 13 avr. 2016, 7.

⁴⁵ Cfr. Cour de Cassation, 24 septembre 2008, n° 07-11.928, in *Rev. trim.*, 2008, 660 con nota di J. HAUSER.

⁴⁶ Cfr., sul punto, V. FORTI, *L'enrichissement injustifié. Généralités. Conditions matérielles*, in *Juris Classeur Civil Code*, art. 1303 à 1303-4, 2016 f. 10, spéc. n° 6.

⁴⁷ Cfr. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., n. 1071.

⁴⁸ Sposa la posizione maggiormente rigorosa il *Rapport au président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10*



contrario a tale conclusione sulla base tanto del dato letterale della disposizione⁴⁹ tanto della possibilità di ammettere un indennizzo anche meramente simbolico⁵⁰.

Al netto dei profili esaminati, in definitiva, pare corretto ritenere che la novella sostanzialmente si limiti ad elevare al rango di *jus positum* il principio di diritto dapprima sancito dall'*arrêt Boudier* e, successivamente, sagomato dalla giurisprudenza⁵¹. Opportunamente, allora, la dottrina coeva all'entrata all'elaborazione della riforma ha osservato che, in rapporto al nostro istituto, l'*Ordonnance* avrebbe realizzato la «*consecration d'un acquis, non d'une avancée imprudente*»⁵² così, peraltro, adempiendo all'obiettivo assegnato al Governo dall'art. 8, legge n. 2015-177 del 16 febbraio 2015 relativa alla *modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*⁵³.

Al fine di stabilire se la medesima conclusione sia condivisa anche dagli operatori pratici – a cinque anni dall'entrata in vigore della riforma – appare non privo di interesse analizzare la prima pronunzia di legittimità resa in merito all'interpretazione degli artt. 1303 ss. *Code*⁵⁴.

Questi i fatti di causa: due persone convivono stabilmente dal novembre 2014 al dicembre 2015. In seguito alla cessazione del rapporto affettivo il convivente, sul presupposto di aver integralmente sostenuto le spese per la costruzione di una piscina sul terreno di proprietà della compagna, cita quest'ultima in giudizio per ottenere il pagamento di un'indennità a titolo di arricchimento ingiustificato. Il ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello che aveva accolto la pretesa, liquidandola sulla base dei criteri sanciti dall'art. 1303-4 *Code*, si fonda sulla pretesa non-applicabilità della nuova disciplina, in ragione della mancanza di retroattività della legge civile sancita dagli artt. 2 *Code civile* e 9 dell'*Ordonnance*.

La Corte di legittimità, dato atto che «*la Cour d'appel a déterminé l'indemnisation de celui-ci en se référant à bon droit aux dispositions de l'art. 1303 code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*», rigetta il ricorso sancendo che «*la loi nouvelle s'applique immédiatement à la détermination et au calcul de l'indemnité*».

Con il provvedimento in esame, in definitiva, anche la *Cour de Cassation* ha riconosciuto che la novella si è limitata a codificare una regola giuridica già vigente nel periodo anteriore⁵⁵. Non osta all'applicazione

févr. 2016, secondo il quale l'indennizzo «*peut être modérée, voire supprimée*». In senso adesivo, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 752. In senso contrario v. invece L. AYNÉS, A. BÉNABENT, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, in *Rep. Dalloz*, 2016, 434.

⁴⁹ Art. 1303-2, comma 2, *Code*: «*L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri*».

⁵⁰ In questo senso cfr. F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, II ed., Paris, 2018, n. 18 e N. DISSAUX, C. JAMIN, *op. cit.*, 159.

⁵¹ In questo senso G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, 642.

⁵² G. CORNU, *Quasi contrats (art. 1327 à 1339)*, in P. CATALA (a cura di) *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, Paris, 2006, 75 s.

In termini v. anche A. MOLIÈRE, *La consécration de l'enrichissement injustifié: premiers regards sur le projet d'ordonnance et premières propositions de remaniement*, in *Les Petites affiches*, 6, nn. 96-97.

⁵³ «*Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et, à cette fin: [9.] Moderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et consacrer la notion d'enrichissement sans cause*».

⁵⁴ Cour de Cassation, 3 mars 2021, n° 19-19.000, *D. actu.*, 19 mars 2021, con nota di C. HÉLAINE.

⁵⁵ Come riporta A.M. ROMANI, *Enrichissement sans cause*, Paris, 2021, n. 222: «*En matière de concubinage, si la loi applicable aux conditions d'existence de l'enrichissement injustifié est celle du fait juridique qui en est la source, la loi nouvelle s'applique immédiatement à la détermination et au calcul de l'indemnité*».



dei criteri di calcolo dell'indennità dettati dallo *jus novum*, pertanto, la circostanza che il fatto costitutivo dell'arricchimento ingiustificato si sia realizzato in data precedente al 1° ottobre 2016, data di entrata in vigore dell'*Ordonnance*, dal momento che quest'ultima «*n'a fait que reprendre la règle de droit antérieure*»⁵⁶.

3. – Al pari di quanto osservato rispetto al *Code*, neanche il codice civile italiano del 1865 prevedeva una specifica disciplina dell'azione generale di arricchimento⁵⁷. L'interpretazione evolutiva conseguente al progressivo declinare dell'*École de l'Exégèse*, tuttavia, non tardò a ripercuotersi anche di là dai confini francesi: sia per il prestigio tributato alla dottrina d'Oltralpe⁵⁸ sia per un'oggettiva contiguità tra le due compilazioni normative, l'azione in discorso venne progressivamente accolta anche dalla giurisprudenza e della letteratura giuridica italiana, pur in difetto di una disciplina tipica. Si trattò, tuttavia, di un processo caratterizzato da incertezze e forti contrasti⁵⁹.

È stata la giurisprudenza delle Corti torinesi ad aver riconosciuto per prima diritto di cittadinanza all'azione, sancendo che «[essa] è [...] applicata in tutti i casi in cui vi sia la locupletazione di una parte a spese di un'altra e la legge positiva non appresti un rimedio giuridico speciale, affine di costringere chi si arricchì a risarcire *quatenus locupletior factus sit* il danno risentito dall'attore»⁶⁰ per poi specificare che «l'obbligazione corrispondente all'azione di versione utile non dipende da vincoli contrattuali, ma unicamente e direttamente dalla legge che non permette l'indebito arricchimento a danno altrui»⁶¹. In linea di continuità con questo indirizzo si pone anche la Cassazione fiorentina secondo cui l'azione «ha oggi acquistata gran larghezza e si applica in tutti i casi in cui vi sia ingiusta locupletazione di una parte in danno di un'altra e la legge positiva non appresti altro rimedio giuridico speciale affine di costringere chi ingiustamente si arricchisca a risarcire»⁶².

All'orientamento favorevole a riconoscere la vigenza di un divieto di ingiustificato arricchimento si oppose – al pari di quanto osservato in relazione all'esperienza francese – un indirizzo di segno contrario, maggiormente fedele al dato letterale. Quest'ultimo, in assenza di una disciplina specifica, imponeva requisiti particolari ai fini dell'ammissibilità dell'azione o, nelle ipotesi più radicali, ne negava *in toto* la configurabilità. Secondo quanto statuito da una prima sentenza di legittimità, ad esempio, «l'azione non [poteva] essere esercitata se non contro colui col quale esisteva una precedente obbligazione rimasta an-

⁵⁶ Punto 7 della sentenza. Per una posizione di segno analogo cfr. F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., 180.

⁵⁷ G. ASTUTI, *Arricchimento (azione di). Premessa storica*, cit., 63.

⁵⁸ M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, in *Riv. dir. comm.*, I, 390.

⁵⁹ Lo sottolinea U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 9, I, 2ª ed., Torino, 1999, 975.

⁶⁰ App. Torino 28 marzo 1890, in *Giur. torinese*, 1890, 403.

⁶¹ Cass. Torino 10 dicembre 1897, in *Giur. torinese*, 1898, 40.

⁶² Cass. Firenze 24 febbraio 1898, in *Foro it.*, 1898, I, c. 322. A riprova della progressiva penetrazione, nell'argomentare delle Corti, dell'indirizzo ermeneutico inteso ad obbligare l'arricchito senza causa ad indennizzare il soggetto impoverito depone la vicenda dell'«indennità da avviamento» (v. D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2005, 377). L'art. 6, r.d. 3 aprile 1921, n. 331 prevedeva che il proprietario di un immobile destinato a negozio od albergo fosse tenuto nei confronti del commerciante, conduttore uscente, al pagamento di un «compenso per perdita di avviamento», come determinato da un'apposita commissione. Nonostante la mancata conversione del decreto la giurisprudenza (in particolare di merito, v. Trib. Napoli 16 aprile 1928, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 344; App. Milano 17 ottobre 1928, *ivi*, 1929, II, 187; App. Torino 3 luglio 1928 e App. Firenze 16 marzo 1929, *ivi*, 1930, I, c. 262 con nota di C. VIVANTE, *Ancora sulla proprietà della clientela*) seguitò a riconoscere al commerciante locatario un indennizzo per l'incremento di valore dell'immobile «dovuto all'avviamento» invocando, a tal fine, proprio la regola pretoria della restituzione degli arricchimenti ingiustificati.



nullata»⁶³. Una seconda pronunzia, in maniera ancor più decisa, aggiungeva che «[avendo il legislatore italiano] concesso l'azione di gestione utile nel caso previsto dall'art. 1307 contro i minori, gli interdetti, gli inabilitati e le donne maritate, ciò significa che negli altri casi non l'ha voluta estendere»⁶⁴.

Anche la dottrina risultava polarizzata tra coloro che negavano l'ammissibilità di un'azione generale di arricchimento⁶⁵ e coloro che, secondo argomentazioni non sempre collimanti, per contro la ammettevano⁶⁶.

Il dibattito scientifico sul punto andò progressivamente scemando⁶⁷ a partire dalla stesura dei lavori preparatori al Progetto italo-francese per un codice delle obbligazioni e dei contratti il quale – prevedendo espressamente un divieto di arricchimento senza causa⁶⁸ – attribuì a quest'ultimo la dignità propria del diritto positivo⁶⁹. Si giunse così a prevedere una disciplina specifica dell'azione in esame nei Progetti – preliminare (artt. 820 e 821) e definitivo (artt. 766 e 777) – del Libro IV del Codice del 1942: essa fu accolta con favore da parte della dottrina italiana⁷⁰ la quale, proprio ragionando in comparazione con l'ordinamento francese, ne evidenziava la «possente vitalità» e «l'intima ragion d'essere»⁷¹.

⁶³ Cass. Torino 3 ottobre 1895, in *Giur. torinese*, 1895, I, 699.

⁶⁴ Cass. Firenze 14 novembre 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, c. 156.

⁶⁵ Si vedano V. SCIALOJA, *nota a Cass. Roma, 21 novembre 1888*, in *Foro it.*, 1889, I, c. 941; G. BRUNO, voce *Actio de in rem verso*, in *Enc. giur. it.*, I, 1, Milano, 1900, §§ 81 ss.; F. BUONAMICI, *Illustrazioni esegetiche al titolo del digesto de conditio indebiti*, Pisa, 1903, 157; AL. PALAZZO, *Arricchimento indebito*, in *Dir. comm.*, 1907, 189 ss.; A. ASCOLI, *Istituzioni di diritto civile*, Genova, 1922, 187 s.; M. ROTONDI, *op. cit.*, I, 374 ss. e, II, 505 ss.

⁶⁶ C. SCUTO, *L'oggetto dell'azione di arricchimento*, Catania, 1914, 3 ss.; ID., *L'azione di arricchimento nel diritto cambiario*, 1912, *passim*; A. GRAZIANI, *L'azione di ingiustificato arricchimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1922, 1 ss.; L. COVIELLO, *nota a Cass. Napoli, 14 dicembre 1892*, in *Giur. it.*, 1893, I, c. 11 ss.; G.P. CHIRONI, *Studi e questioni di diritto civile*, II, Torino, 348 ss.; G. PACCHIONI, *Trattato della gestione di affari altrui secondo il diritto romano e civile*, 2ª ed., Milano, 1915, 55 ss. Non è un fuor d'opera evidenziare che anche nel codice civile svizzero, entrato in vigore nel 1911, era stato introdotto un titolo a disciplina delle obbligazioni derivanti da ingiustificato arricchimento, art. 62: «chi senza causa legittima si è arricchito a spese altrui, è tenuto alla restituzione. Questa obbligazione si costituisce, in particolare, quando qualcuno ha ricevuto una prestazione senza una valida causa, o in base ad una causa che non si è realizzata, o di una causa che è venuta meno».

⁶⁷ Meritano evidenza, in quel frangente storico, i contributi di G.B. CASTIONI, *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 341; C. BURZIO, *Per la disciplina legale dell'azione di arricchimento*, in AA.VV., *Studi D'Amelio*, I, Roma, 1933, 191 ss. ed A. ASCOLI, *Arricchimento (azione di)*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1937, 755 ss. Si tratta di studi che, ragionando a partire da disposizioni tipiche, concludevano nel senso della vigenza – anche sotto l'imperio del codice civile del 1865 – di un principio generale che vietava locupletazioni ingiustificate. Evidenziava, per contro, gravi dubbi sull'opportunità di sacrificare la circolazione della ricchezza a vantaggio del tentativo di realizzare «l'equità più perfetta», M. RICCA BARBERIS, *Contro l'azione d'arricchimento nel progetto italo-francese delle obbligazioni*, in AA.VV., *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny*, 1934, 11; ID., *I conduttori e l'azione di arricchimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 751 ss.; ID., *Attività di privati e arricchimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, II, 227 ss.

⁶⁸ Art. 73, Progetto italo-francese per un codice delle obbligazioni e dei contratti: «Chi si arricchisce senza causa a danno di un'altra persona, è tenuto nei limiti del proprio arricchimento ad indennizzarla».

⁶⁹ Nella Relazione esplicativa si sottolineava la portata generale e la funzione innovativa dell'art. 73, dando anche conto del dibattito tra fautori e detrattori della codificazione dell'istituto (v. *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1928, § 14, LXXXVIII). Cfr., a riguardo, A. SIEGWART, *Gestione di affari senza mandato, Pagamento d'indebito ed Arricchimento senza causa nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, IV e V, 1930, 219 ss. Per un'ampia rassegna giurisprudenziale v. M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, cit., I, 384 ss.

⁷⁰ *Relazione al Codice. Libro delle Obbligazioni*, Roma, 1941, n. 262, 74 ove si afferma che il riconoscimento di una azione generale di ingiustificato arricchimento fosse caldeggiato da «una larghissima corrente di dottrina e giurisprudenza». In seno a quest'ultima occorre senz'altro iscrivere lo studio di G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, 3 ss. le cui tesi, tuttavia, sono state recepite soltanto in parte dal legislatore del 1942. Per una panoramica delle posizioni v. F. GIGLIO, *L'actio de in rem verso nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 256 ss.

⁷¹ U. MORI CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Firenze, 1943, 15.



Idealmente opponendosi al modello tedesco (§§ 812 ss. BGB)⁷², gli artt. 2041 e 2042 cod. civ. hanno cristallizzato – come noto – un modello di azione di arricchimento «franco-italiano»⁷³, caratterizzato dai medesimi elementi di fattispecie⁷⁴: l'arricchimento, il «danno», la correlazione tra il primo ed il secondo, la sussidiarietà⁷⁵ e la «giusta causa».

Proprio quest'ultima è considerata un «punto nodale»⁷⁶ della disciplina e, del pari, un «anello di congiunzione con il fondamento dell'istituto»⁷⁷. Mentre i giudici si sono tradizionalmente astenuti dall'enunciare definizioni di carattere generale a riguardo⁷⁸, la dottrina si è invece ampiamente prodigata⁷⁹ al fine di identificare una nozione unitaria e dogmaticamente rigorosa della «giusta causa» dell'arricchimento⁸⁰.

Un primo indirizzo, valorizzando l'elemento volontaristico, faceva coincidere la mancanza di giusta causa con l'assenza di volontà o di colpa dell'impoverito⁸¹. Un altro orientamento, di segno opposto, faceva combaciare la giusta causa con la volontà dell'impoverito o «un'utilità sociale»⁸² che giustificasse la locupletazione. Altra posizione – con finezza – differenziava tra *modus acquirendi*, *titulus acquirendi* e *titulus retinendi* per sostenere che l'arricchimento sarebbe privo di «giusta causa» quando difetti l'ultimo di tali elementi, necessario per giustificare la conservazione⁸³. Un'ulteriore voce prospettava la necessità di una doppia giustificazione per ogni spostamento patrimoniale: la prima attinente all'effetto giuridico per il tramite del quale si realizza il trasferimento e la seconda relativa al suo effetto economico sì che vi sarebbe «una vera e propria autonomia fra giustificazione dell'effetto giuridico e giustificazione di quello economico»⁸⁴.

Come affermato a chiare lettere in dottrina⁸⁵ e testimoniato dal limitato riscontro giurisprudenziale del-

⁷² A parere di G. DANNEMANN, *The German law of Unjustified Enrichment and Restitution. A Comparative Introduction*, New York, 2009, 190 ss. elementi caratterizzanti di tale modello sarebbero il venir meno della sussidiarietà dell'azione ed il reputare presupposto idoneo all'indennizzo che l'arricchimento consegua ad un'ingerenza non consentita nelle altrui situazioni protette (*Rechtsverletzung*), a prescindere dalla prova di un danno effettivo. V. anche, per opportuni riferimenti, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 2ª ed., Oxford, 1996, 838 ss.

⁷³ Adopera tale espressione, da ultimo, P. GALLO, sub *Art. 2041*, cit., 249-250. Nota P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione*, cit., 399 che «gli artt. 2041 e 2042 c.c. [sono] chiaramente modellati sul diritto giurisprudenziale francese».

⁷⁴ Secondo E. MOSCATI, voce *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 450 le questioni pratico-applicative sollevate dalla disposizione riguardano: «la tipologia degli arricchimenti, il concetto stesso di “danno” quale correlato dell’“arricchimento” dell’*accipiens*, i rapporti tra arricchimento senza causa e responsabilità per fatto “ingiusto”, l’effettivo significato della sussidiarietà dell’azione».

⁷⁵ In merito all'introduzione del requisito della sussidiarietà dell'azione v. la posizione critica assunta, già di fronte al Progetto preliminare del Libro IV del codice civile, da G. ANDREOLI, *op. cit.*, *passim* e, spec. 333 ss.

⁷⁶ E. MOSCATI, *Un'occasione perduta: la codificazione di una clausola generale di arricchimento (primo bilancio e prospettive)*, in *Quadr.*, 1989, 447 e in ID. (a cura di), *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012, 265 (da cui si cita).

⁷⁷ A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto*, cit., 23. Nel senso che dal requisito di fattispecie in parola dipenda l'impostazione dell'intero istituto v. anche A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento (azione di) (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1959, 64 ss.

⁷⁸ Lo nota A. ALBANESE, *op. cit.*, 24.

⁷⁹ Sotto la vigenza del codice unitario v., per approfonditi riferimenti bibliografici, M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, cit., 390 ss.

⁸⁰ Evidenzia i pericoli connessi ad un'eccessiva discrezionalità attribuita all'interprete nell'applicazione dell'istituto E. MOSCATI, *L'azione di arricchimento nelle codificazioni moderne*, in ID., *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, cit., 269 ss.

⁸¹ G. PACCHIONI, *I quasi contratti e l'azione di arricchimento. Lezioni di diritto civile tenute nell'anno 1926-27*, rist., Padova, 1935, 311 ss.

⁸² U. MORI CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, cit., *passim*, spec. 272 ss.

⁸³ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende delle obbligazioni*, Milano, 1954, 145 ss.

⁸⁴ L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, 203.

⁸⁵ Già C.A. FACCHINO, *L'azione generale di arricchimento dopo la riforma del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 450 aveva affermato che «l'accoglimento in sede legislativa del nuovo istituto non ha portato, in concreto, ad alcun risultato di rilievo». Anche secondo E. MOSCATI, *Un'occasione perduta*, cit., 268 s. l'introduzione di una disciplina tipica «non ha avuto nel diritto italiano quegli sviluppi e quelle applicazioni che invece era lecito attendersi per la carica fortemente innovativa del principio». Di recente



l'azione generale di arricchimento nel sistema italo-europeo, sembra corretto reputare che l'impatto pratico-applicativo di tali teorizzazioni sia stato assai modesto. Le descritte ricostruzioni, in definitiva, si limitano a ribadire che, al fine di costituire un'obbligazione indennitaria ai sensi degli artt. 1173 e 2041 cod. civ., l'arricchimento deve essere privo di causa. Nessuna di esse, per contro, è giunta a formulare una nozione di «giusta causa» diffusamente accettata sì che non sembra essere stato nel torto chi – non certo di recente – aveva supposto che «le disquisizioni sul concetto di mancanza di causa o di ragione giustificativa dell'arricchimento nel nostro diritto positivo [...] a nulla approdano come a nulla potranno mai approdare»⁸⁶. A queste diffuse incertezze circa il fondamento dell'istituto si somma una intrinseca contraddittorietà che ne connota la natura: la disciplina dell'ingiustificato arricchimento è infatti finalizzata a correggere le ripercussioni economiche di un comportamento umano o di un fatto naturale che, in sé considerati, non sono affatto antigiusdici⁸⁷ ma, al contrario, si inverano *secundum ius*⁸⁸.

Tali circostanze hanno fatto sì che la giurisprudenza⁸⁹, ragionando in linea astratta, reputi sempre presente una «giusta causa» quando l'arricchimento trovi una giustificazione in un regolamento pattizio, nella volontà dell'impovertito, nello spirito di liberalità, nella legge o, ancora, in un provvedimento amministrativo o giudiziario⁹⁰. Questo indirizzo, di concerto con l'interpretazione della regola della sussidiarietà “in astratto” (art. 2042 cod. civ.)⁹¹ e la tendenza a considerare l'arricchimento senza causa quale norma di «chiusura dell'ordinamento»⁹², ha contribuito a limitare fortemente l'esperibilità dell'azione⁹³.

O.T. SCOZZAFAVA, *Dell'arricchimento senza causa*, in *Diritto e processo*, 2019, 535 conclude nel senso che «l'adozione del meccanismo di tutela in esame è stato perfettamente inutile».

⁸⁶ M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, cit., 79 il quale, in coerente sviluppo della propria prospettiva ricostruttiva di taglio rigorosamente esegetico, chiosava: «l'arricchimento deve ritenersi senza causa, illecito, indebito, ingiustificato, quando chi lo conseguì sia incorso in responsabilità contrattuale od extracontrattuale od a lui incomba, per conseguenza stessa del fatto che provocò l'arricchimento, altra obbligazione nascente da espressa disposizione di legge. In tutti questi casi l'arricchito sarà tenuto in base e nella misura ordinaria della responsabilità contrattuale od extracontrattuale, o nella particolare misura stabilita caso per caso dalla legge: di azione, e quindi di obbligazione nascente puramente dal fatto dell'arricchito e avente carattere e misura proprii non è affatto possibile parlare» (corsivo aggiunto).

⁸⁷ P. SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di)*. *Diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1006 ove si ribadisce la centralità della giusta causa «alla cui mancanza è legata la costituzione dell'obbligo di indennizzo». Si colloca nella stessa prospettiva C. SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1917, 152: «la parola ingiustificato [...] non è sinonimo di ingiusto, perché mentre la mancanza di una giustificazione deve essere desunta con criteri di diritto positivo, la determinazione dell'ingiusto si ha [...] in base a criteri di equità».

⁸⁸ S. DI PAOLA, R. PARDOLESI, *Arricchimento. I) Azione di arricchimento. Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 4. Per un approfondimento delle posizioni giurisprudenziali v. F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, 10 ss.

⁸⁹ Lo nota A. ALBANESE, *op. cit.*, 37 s.

⁹⁰ V., tra le tante, Cass. civ., 7 giugno 2018, n. 14732, *Foro it. dvd.*: «L'azione generale di arricchimento ha come presupposto la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro che sia avvenuta senza giusta causa, sicché non è dato invocare la mancanza o l'ingiustizia della causa qualora l'arricchimento sia conseguenza di un contratto, di un impoverimento remunerato, di un atto di liberalità o dell'adempimento di un'obbligazione naturale». In termini v. anche Cass. civ., 15 settembre 2009, n. 11330, *ivi*. Aderisce ad un'impostazione del problema fortemente riduzionistica A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, cit., 66 ss.: «Se, accanto alla giustificazione formalmente valida di ogni singola disposizione giuridica, fossimo autorizzati a ricercare anche una diversa giustificazione delle sue conseguenze economiche, dovremmo ben dire che l'introduzione di un'azione generale di arricchimento sarebbe a più rivoluzionaria delle riforme» e 70: «Se il rimedio non è riconosciuto per rifare l'ordinamento, dobbiamo specificare che esso tanto meno può essere invocato per apportare delle singole correzioni ad alcuni aspetti degli istituti giuridici».

⁹¹ V. *infra* § 7, nota 150.

⁹² P. SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di)*, cit., 1007.

⁹³ Lo rilevano sia A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto*, cit., 25 sia E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 493 che soggiunge: «l'analisi del dato giurisprudenziale conferma l'assunto in maniera inequivocabile».



4. – Non tipizzare in maniera analitica e dettagliata la «giusta causa», ovvero il presupposto applicativo dell'istituto disciplinato dall'art. 2041 cod. civ. rappresenta il frutto di una scelta non casuale: la Relazione al codice civile dà conto che tale concetto «non è stato e non poteva essere chiarito legislativamente»⁹⁴ così verosimilmente attuando una direttiva di metodo esplicitata già nella Relazione della Commissione reale al progetto preliminare del codice civile del 1936 ove si affermava che questo sintagma costituisce «uno di quei precetti ampi ed elastici che è bene siano formulati in un codice, appunto per la loro elasticità, la quale permette di ricondurre sotto di essi nella pratica applicazione della legge una quantità di casi, che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere singolarmente».

Per quanto la disposizione fosse finalizzata a non limitare la portata applicativa della norma è stato l'approccio metodologico adottato dagli interpreti, forse eccessivamente formalista, a concorrere a realizzare l'effetto opposto. La questione, allora, deve essere posta proprio sul piano del metodo⁹⁵. Occorre, in altri termini, considerare anche la «giusta causa» di cui all'art. 2041 cod. civ. alla stregua di una clausola generale relativamente alla quale, per definizione, «è incerto il parametro di valutazione» sì che «occorre un ulteriore procedimento per attribuirle un significato chiaro e, in conseguenza, per individuare e applicare la norma»⁹⁶.

Al pari della «buona fede»⁹⁷, del «danno ingiusto»⁹⁸, dell'«ordine pubblico»⁹⁹, anche l'art. 2041 cod. civ. merita di essere considerato una fattispecie aperta che necessita di «un'opera di concretizzazione realizzata attraverso una ricognizione di valori che le clausole generali individuano»¹⁰⁰. La posizione metodologica intesa a considerare la «giusta causa» dell'arricchimento alla stregua di una clausola generale si è invero sviluppata in dottrina in tempi non risalenti¹⁰¹ al fine di rinvenire il fondamento e l'ambito di applicazione

⁹⁴ Relazione al Codice. Libro delle Obbligazioni, cit., 74, n. 262. È stato peraltro rilevato, a ridosso dell'entrata in vigore della nuova compilazione, che «la precisa determinazione di questo concetto costituisce tuttora il problema più grave della teoria dell'arricchimento», C.A. FACCHINO, *op. cit.*, 439.

⁹⁵ Concorde nel senso dell'assoluta impossibilità di definire un concetto di giusta causa in rapporto all'ingiustificato arricchimento è C.M. KAEHLER, *Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution dargestellt am deutschen und englischen Recht*, Bielefeld, 1972, 292. Sottolinea inoltre la necessità di sostituire una *geschlossen Definition* con una *methodische Beschreibung* (154 s.).

⁹⁶ P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali*, 2ª ed., Napoli, 2004, 15 s. e P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, 10ª ed., Napoli, 2021, 19 in linea con un percorso che muove da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. di F. Oriana, Bologna, 1982, 93 s. e R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), trad. L. Di Carlo, Bologna, 2012, 152 ss. V. anche L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 65 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 865 ss. Di recente v. anche F. ADDIS, *Il valore «normativo» dei principi*, in G. PERLINGIERI, C. CICERO (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, I, Napoli, 2017, 1 ss. Per un quadro d'insieme nella sterminata bibliografia sull'argomento v. E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. giur., Annali*, V, Milano, 2012, 183 ss. Analizza il profilo della insostenibilità di una contrapposizione tra «diritto per principi» e «diritto per regole», G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 3 ss., spec. 50 ss. e ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Annali Sisdic*, 2017, 43 ss.

⁹⁷ Di recente, in prospettiva teorico-generale, P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conseratorismo*, in *Annali Sisdic*, 2017, 1 ss. Diffusamente v. anche M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica rinnovata*, Napoli, 2011, 83 ss. Per un'applicazione giurisprudenziale v. Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273, con nota di O. CLARIZIA, *Clausola generale di buona fede e principi costituzionali*, in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, 2ª ed., Napoli, 2021, 81 ss.

⁹⁸ Per tutti v. la dettagliata e approfondita analisi ad opera di M. FRANZONI, *sub Art. 2043*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 2ª ed., Roma-Bologna, 2020, 139 ss.

⁹⁹ Nella prospettiva indicata nel testo v. L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, 10 ss. e, di recente, G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 27 ss.

¹⁰⁰ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 728.

¹⁰¹ Anche U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 983 evidenzia la necessità di un rinnovamento nel metodo di analisi dell'istituto.



dell'istituto. Non totalmente convincenti, tuttavia, sono state le ricadute pratiche tratte da questa impostazione, acutamente definita «una premessa accolta ma non sviluppata»¹⁰². Tale conclusione sembra da imputarsi anzitutto all'approccio con il quale gli interpreti si sono accostati a tale «frammento di disposizione» il riferimento al quale, infatti, deve infatti essere retamente inteso sulla base di un'impostazione ermeneutica attenta al vigente sistema ordinamentale¹⁰³.

Non meritevoli di accoglimento, di riflesso, sono le posizioni che – in prospettiva parziale o riduzionistica, ad ogni modo non metodologicamente appagante – desumono la (in)giustificatazza dell'arricchimento (sì da riempire di contenuto la clausola generale) a partire da un generico «interesse sociale»¹⁰⁴ verso il quale sarebbe indirizzata la norma oppure da una tipicità ricavabile quando da «un'indagine storico-comparativistica [ed] equitativa in relazione al comportamento della coscienza sociale di fronte alle modalità di un acquisto»¹⁰⁵ quando dalla casistica tratta da precedenti giurisprudenziali¹⁰⁶.

Valorizzando la natura lessicalmente indeterminata del contenuto della clausola generale, per contro, l'assenza di una «giusta causa» dell'arricchimento dovrà invece essere individuata tenendo conto, da una parte, dei principi caratterizzanti la legalità costituzionale ed europea¹⁰⁷ e, dall'altra parte, degli interessi protetti¹⁰⁸ calati in una prospettiva rimediale¹⁰⁹. Sulla base di questa chiave di lettura il rimedio al fatto dal quale deriva l'ingiustificato arricchimento deve essere identificato in chiave servente rispetto alla tutela dell'interesse e in una logica funzionalista che si caratterizzi per un approccio consequenzialista¹¹⁰. In tal

¹⁰² A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto*, cit., 35. In un condivisibile parallelismo tra le clausole generali dettate, rispettivamente, dagli artt. 2041 e 2043 cod. civ., l'a. nota: «l'arricchimento ingiusto ricorda il danno ingiusto [dal momento che] in alcune ipotesi è la legge stessa a valutare l'ingiustizia del danno riconoscendo il diritto al risarcimento (cfr., ad es., art. 872, comma 2 e art. 2600 cod. civ.), mentre in altre si limita a rimettere tale valutazione all'apprezzamento del giudice. E così come vige il principio dell'atipicità dell'illecito, il nostro sistema consacra il principio dell'atipicità dell'arricchimento ingiustificato: nelle ipotesi di spese e di accessioni [...] nonché in quelle rientranti nel pagamento dell'indebito e della gestione degli affari altrui, l'ingiustizia dell'arricchimento è *in re ipsa*, avendo la legge ritenuto di approntare una specifica reazione; in tutte le altre soccorre la tecnica della clausola generale».

¹⁰³ Suggerisce, con la consueta finezza, di ricostruire il rapporto tra principi e clausole generali nell'ottica della «dislocazione della competenza regolativa», P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, 17 ss., spec. 72 s. Si tratta di una prospettiva intesa a rispettare la diversa competenza attribuita a ciascuna di tali norme (innovativa i principi, conservativa le clausole). In virtù di questa tesi «i risultati applicativi [derivanti dall'applicazione] delle clausole [sarebbero] sempre sorvegliati dai principi [mentre] ogniqualvolta [dovesse prevalere] l'esigenza di rottura rispetto a quella di continuità i principi [tornerebbero] ad essere interpretati come richiedenti una fondazione di una norma concreta di decisione idonea a destituire le significazioni fino a quel momento fondate sulle clausole generali».

¹⁰⁴ U. MORI CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 296.

¹⁰⁵ P. SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di)*. *Diritto civile*, cit., 1007.

¹⁰⁶ U. BRECCIA, *op. cit.*, 990.

¹⁰⁷ V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, Napoli, 2020, spec. 1 ss., 159 ss., 278 ss.

¹⁰⁸ Ampia analisi, sul punto, da parte di F. PIRAINO, *La categoria del rimedio nel diritto civile*, in *Annali Sisdic*, 2018, 199 ss., spec. 11 ss.

¹⁰⁹ In generale, sul punto, v. A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, 23 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Milano, 2003, 6, 23 ss. e 49 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 703 ss.; S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamento, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim.*, 2011, 1033 ss.; P. SIRENA, Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 359 ss.; L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 583 ss.; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045 ss. Evidenza che lo stesso legislatore sagoma differentemente i rimedi in rapporto agli interessi che contraddistinguono il caso di specie P. GALLO, sub *Art. 2041*, cit., 244: «La specificità dei rimedi restitutori deve [...] ravvisarsi sotto il profilo delle conseguenze. [...] Per esempio in base all'art. 2126 cod. civ. il lavoratore subordinato il quale abbia effettuato prestazioni lavorative in esecuzione di un contratto nullo avrà in ogni caso diritto alla retribuzione prevista, a prescindere da qualsiasi accertamento circa l'esistenza di un effettivo arricchimento. Nei casi di questo genere può pertanto dirsi che l'obbligo restitutorio è integrale e non incontra il limite costituito dall'effettivo arricchimento».

¹¹⁰ Lo nota G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 185 s.



senso il sistema rimediale deve essere concepito «in prospettiva funzionale, alla luce dei principi di proporzionalità ed effettività, dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza, dei valori riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, soprattutto, dell'esigenza di realizzare il “giusto processo”»¹¹¹ sì che l'identificazione dello specifico rimedio non può che parametrarsi sulla specificità del singolo caso concreto¹¹². Si intravede, sullo sfondo, il progressivo adombrarsi della categoria del diritto soggettivo (storicamente connotata da un canone ermeneutico logico-letterale) a vantaggio di un metodo sensibile all'interpretazione teleologica ed alla tutela del particolare interesse leso¹¹³.

5. – Esemplificativo del rilievo riconosciuto agli interessi protetti nell'interpretazione in chiave applicativa della clausola generale è un provvedimento giurisdizionale recentemente emanato dalla sezione terza della Corte di Cassazione¹¹⁴.

La questione è originata da causa instaurata da un consumatore per fare accertare la nullità/inesistenza di un contratto per la fornitura di energia elettrica in ragione della mancata formazione dell'accordo. Ciò sul presupposto che la sottoscrizione apposta sul contratto era stata grossolanamente falsificata. Sulla base del contratto così sottoscritto una nuova società aveva iniziato a somministrare l'energia elettrica alla parte attrice, applicandole condizioni contrattuali meno vantaggiose di quelle praticate in virtù del rapporto di consumo precedentemente in essere.

In primo grado era stato accertato che nulla fosse dovuto dal consumatore – nemmeno a titolo di ingiustificato arricchimento – per la fornitura ricevuta da parte della società la quale, per contro, era anche stata condannata alla restituzione di quanto indebitamente percepito (nonché al risarcimento dei danni non patrimoniali cagionati). In sede di appello, tuttavia, questa decisione era stata riformata sul presupposto che l'eccezione riconvenzionale di arricchimento senza causa proposta dalla società fosse stata rigettata illegittimamente: il giudice di prime cure avrebbe errato nell'applicare l'art. 57, comma 1, cod. cons. (nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, venendo in rilievo fatti avvenuti prima del 13 giugno 2014). In particolare avrebbe mal interpretato detta norma statuendo che – nel caso di specie – il consumatore non sarebbe stato tenuto né al pagamento del corrispettivo né alla corresponsione di un indennizzo ex art. 2041 cod. civ. Tanto perché dal tenore letterale del comma 1, art. 57, cod. cons. («il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta») – secondo il giudice del gravame – deriverebbero due conseguenze logiche: ad essere “non richieste” sarebbero la nuova società fornitrice e le condizioni contrattuali dalla prima applicate, non già la fornitura in sé; la disposizione esonerebbe il consumatore soltanto dall'obbligo di effettuare la prestazione corrispettiva e non, invece, da eventuali pretese restitutorie o indennitarie.

Avverso tale provvedimento il consumatore aveva presentato ricorso davanti alla Corte di legittimità lamentando, tra gli altri, la violazione e la falsa e/o erronea applicazione di norme di diritto con riferimento all'art. 57, comma 1, cod. cons. Anziché confermare gli esiti applicativi derivanti da un'esegesi letterale e

¹¹¹ P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 3. Per un profilo pratico applicativo v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 93 ss.

¹¹² P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹³ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.* Per un'altra applicazione della prospettiva in discorso, v. F. LONGOBUCCO, *La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell'istituto*, in *Contratti*, 2012, 947 ss.

¹¹⁴ Si tratta di Cass. civ., 12 gennaio 2021, n. 261, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2021, 575 con nota di G. DE CRISTOFARO, *Il regime privatistico “speciale” delle c.d. forniture non richieste: la prima presa di posizione della Suprema Corte*.



logica di tale disposizione, i giudici hanno optato per un'interpretazione sistematica e assiologica. Da una parte – anche facendo leva sulle dirr. 1997/7/CE, 2002/65/CE/, 2005/29/CE e 2011/83/UE¹¹⁵ – hanno identificato la *ratio* della disposizione oggetto di scrutinio nel tutelare in modo incisivo il consumatore sì da «esonerarlo dagli oneri conseguenti ad una pratica commerciale scorretta»¹¹⁶. Dall'altra parte hanno sancito che, nell'ambito delle «prestazioni corrispettive» previste dall'art. 57 cod. cons. dovessero essere incluse – nel caso concreto – anche le obbligazioni indennitarie da ingiustificato arricchimento (oltre che restitutorie da *indebiti solutio*) rivendicate dalla società.

Nel censurare il provvedimento impugnato, in definitiva, la Cassazione mostra di non condividere l'argomentazione adottata dal giudice del gravame – peraltro ineccepibile su un piano strettamente dogmatico – al fine di qualificare la «giusta causa» dell'arricchimento conseguito dal consumatore sulla base degli interessi protetti nel caso di specie. Se non è revocabile in dubbio – ragiona la Corte nomofilattica – che il consumatore ha comunque tratto un vantaggio dalla fornitura non richiesta, deve comunque ritenersi che il legislatore «[abbia inteso] far prevalere gli interessi della parte debole del contratto a discapito di [un] professionista che ha scelto unilateralmente e illecitamente di procedere alla fornitura di tal che [su quest'ultimo devono] ricadere, in ogni caso, le conseguenze derivanti da tale comportamento»¹¹⁷. In questa prospettiva – sempre come statuito dalla Corte – anche l'indennizzo ex art. 2041 cod. civ. deve rientrare nell'ambito delle prestazioni corrispettive menzionate dall'art. 57, comma 1, cod. cons. (vecchia formulazione) posto che a quest'ultima norma «ben si può riconoscere anche una valenza latamente sanzionatoria».

Questa pronuncia, nella quale convincentemente il contenuto della clausola generale della «giusta causa» di cui all'art. 2041 cod. civ. è stato valutato a partire dagli interessi che connotano il caso concreto, tutela efficacemente la parte debole del rapporto come previsto dalla legislazione consumeristica e statuisce che l'arricchimento conseguito sia giustificato ancorché abbia avuto titolo in un contratto (nullo o) inesistente. Giova evidenziare che non sarebbe stato possibile pervenire ad identica conclusione ragionando a partire dall'indirizzo tradizionale che, in modo meccanico ed astratto, avrebbe interpretato la disposizione in discorso partendo dall'esistenza di un valido titolo (legale o negoziale) che giustificasse lo spostamento patrimoniale¹¹⁸ secondo una logica di tipo sussuntivo che, non valorizzando adeguatamente la funzionalità della clausola generale, avrebbe finito per mortificare le esigenze di giustizia sostanziale che ne rappresentano il fondamento. Nell'ipotesi in discorso, peraltro, neanche la presenza di una legge (quale l'art. 57, comma 1,

¹¹⁵ Per un'approfondita analisi di tali direttive v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 577 ss.

¹¹⁶ Afferma criticamente G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 576, nota 1: «Non è dato sapere per quale ragione la S.C. si sia qui limitata genericamente ad affermare “anche alla luce delle direttive CE sulle pratiche commerciali sleali e ingannevoli”, omettendo di richiamare in proposito sia l'art. 26, lett. f), cod. cons. [...] sia la disposizione [...] del comma 2° dell'art. 57 (nella formulazione antecedente alle modifiche apportate dal d. legis. n. 21 del 2014), che espressamente qualifica(va) “ogni fornitura non richiesta ai sensi del presente articolo” come “pratica commerciale scorretta”».

¹¹⁷ Analizza le interferenze applicative tra la disciplina delle pratiche scorrette ed il sistema delle patologie negoziali secondo una ermeneutica ispirata agli interessi da tutelare in rapporto ai singoli casi concreti A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rime-di negoziali*, Napoli, 2012, 1 ss., spec. 24 ss.

¹¹⁸ In termini v. Cass., sez. un., 3 ottobre 2002, n. 14215, in *Mass. giust. civ.*, 2002, 1765: «L'azione generale di arricchimento ha come presupposto che la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro sia avvenuta senza giusta causa, per cui, quando questa sia invece la conseguenza di un contratto o comunque di un altro rapporto, non può dirsi che la causa manchi o sia ingiusta, almeno fino a quando il contratto o l'altro rapporto conservino la propria efficacia obbligatoria». Nel senso dell'automatismo tra impoverimento non remunerato e arricchimento privo di giustificazione v. Cass. civ., 15 settembre 2009, n. 11330, cit.: «l'arricchimento risulta senza una giusta causa, quando non ha tale giustificazione e, cioè, quando è correlato a un impoverimento non remunerato, né conseguente a un atto di liberalità e neppure all'adempimento di una obbligazione naturale. Ciò in quanto l'ordinamento esige che ogni arricchimento dipenda dalla realizzazione di un interesse meritevole di tutela».



cod. cons.) si rivela argomento conclusivo al fine di stabilire se l'arricchimento sia giustificato dal momento che la *littera* di quest'ultima esonerava il consumatore soltanto dall'obbligo di effettuare «prestazioni corrispettive in caso di prestazioni non richieste». Nel caso in esame, per contro, tanto la norma consumeristica tanto l'art. 2041 cod. civ. sono state «piegate», secondo una prospettiva rimediale¹¹⁹, al fine di sanzionare la concreta pratica commerciale scorretta e, di riflesso, ritenere giustificato l'arricchimento ottenuto.

Aderendo alla prospettiva ricostruttiva in esame, d'altra parte, anche la Corte di Giustizia aveva identificato nell'arricchimento senza causa il potenziale rimedio a vantaggio del professionista in caso di recesso legittimamente esercitato dal consumatore in relazione ad un contratto concluso a distanza¹²⁰.

Il caso era originato da un ricorso dell'Amtsgericht Lahr relativo alla compatibilità del § 357, comma 8, BGB con l'art. 6, n. 1, 2° periodo e 2, dir. 97/7/CE. La disposizione nazionale prevedeva la possibilità per il fornitore di stabilire, a carico del consumatore, un'indennità per l'uso del bene successivamente restituito a séguito dell'esercizio del diritto di recesso. Le disposizioni comunitarie, per contro, prescrivevano, da una parte, l'obbligo del fornitore di rimborsare il prezzo pagato (gratuitamente ed entro trenta giorni dalla comunicazione del recesso) e, dall'altra parte, il divieto di porre a carico del consumatore costi diversi dalle spese dirette di spedizione dei beni al mittente.

Chiamata a vagliare la compatibilità tra tali enunciati normativi, la Corte comunitaria ha attribuito alla regola di gratuità del recesso una valenza generale, funzionale a garantire l'effettività e l'efficacia del rimedio a vantaggio del consumatore. Sulla base di tale rilievo ha concluso nel senso che la dir. 97/7/CE osta a che disposizioni nazionali introducano in via generica la facoltà del fornitore di domandare indennità per l'uso del bene compiuto nel periodo di tempo intercorrente dalla consegna all'esercizio del diritto di recesso. Non dimeno, in una prospettiva evidentemente intesa ad bilanciare con ragionevolezza interessi contrapposti, i giudici europei hanno individuato nell'arricchimento ingiustificato un'ipotesi sulla cui base si potrebbero prefigurare obblighi indennitari del consumatore nei confronti del professionista¹²¹, ad esempio qualora si verificassero fenomeni di indebita percezione di utilità sotto forma di appropriazione del valore di mero godimento del bene utilizzato ovvero depauperamenti del patrimonio del professionista¹²².

6. – L'indirizzo interpretativo volto a considerare, sulla base di un'interpretazione teologicamente orientata, la «giusta causa» dell'arricchimento in prospettiva rimediale appare una tendenza giurisprudenziale in via di progressivo consolidamento. La ricostruzione sarebbe tuttavia incompleta se non si desse conto del referente assiologico in rapporto al quale la clausola generale è orientata, ovvero i principi costituzionali, internazionali ed europei che caratterizzano il vigente sistema ordinamentale.

¹¹⁹ P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, cit., 4 evidenzia che il rimedio deve essere identificato dall'interprete «in funzione degli interessi considerati dalla fattispecie concreta».

¹²⁰ Corte giust. CE, 3 settembre 2009 (causa C-489/07), in *Riv. dir. civ.*, 2010, 281-304, con nota di S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*.

¹²¹ Corte giust. CE, 3 settembre 2009, § 29: «[l'art. 6, n. 1, 2° periodo e 2, dir. 97/7/CE] non osta[no] a che venga imposto al consumatore il pagamento di un'indennità per l'uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa, a condizione che non venga pregiudicato il fine della detta direttiva e, in particolare, l'efficacia e l'effettività del diritto di recesso, ciò che spetta al giudice nazionale determinare».

¹²² Secondo M. COGNOLATO, *Contratti del consumatore e «diritto delle restituzioni» (secondo la Corte di Giustizia CE)*, in *Obb. contr.*, 2011, 33 cioè si verificherebbe qualora il bene oggetto del contratto concluso «a distanza» sia perito per fortuito, il recesso venga ritenuto validamente esercitato e, pertanto, il consumatore abbia diritto alla restituzione del prezzo.



Àmbito di verifica privilegiato di tale affermazione è rappresentato dagli statuti normativi applicabili alle attribuzioni patrimoniali effettuate dai conviventi *more uxorio*¹²³. Ipotesi verosimilmente neanche considerata dal legislatore del 1942¹²⁴, ma alla quale – proprio in ragione della natura “aperta” che caratterizza le clausole generali – da tempo gli interpreti tendono ad applicare il rimedio disciplinato dall’art. 2041 cod. civ.¹²⁵ a condizione che ricorrano determinati presupposti.

Le prestazioni a contenuto patrimoniale effettuate dai conviventi hanno natura e funzione assai differenziata sì che l’analisi qualificatoria non può prescindere, in nessun caso, dalle circostanze che caratterizzano il caso concreto. Dette prestazioni, ad esempio, possono essere destinate a soddisfare esigenze di natura meramente personale di un solo convivente (si pensi all’acquisto di gioielli) ovvero al *ménage* quotidiano della coppia. In quest’ultimo caso potrebbero essere indirizzate all’acquisto di beni che si consumeranno nel corso della convivenza (ad esempio una vacanza oppure beni alimentari di prima necessità) ovvero durevoli (si pensi ad un immobile ad uso abitativo)¹²⁶. Prescindendo dalla questione – sollevata in dottrina – della necessaria identificazione del titolo dell’attribuzione di volta in volta considerata¹²⁷, in chiave pratico-applicativa il problema sorge quando, all’esito della convivenza, un *partner* agisce in giudizio per ottenere la restituzione di quanto prestato a vantaggio dell’altro durante lo svolgersi del rapporto affettivo: l’interprete, senza poter fare riferimento al quadro normativo derivante dal matrimonio, dall’unione civile o dal contratto di convivenza¹²⁸, è comunque tenuto ad identificare «l’ordinamento del caso concreto»¹²⁹.

In tal senso, superata la riprovazione sociale¹³⁰ che colpiva le convivenze extramatrimoniali¹³¹ gli inter-

¹²³ In senso concorde, seppure da una prospettiva non del tutto collimante con quella analizzata nel testo, v. A. ALBANESE, *L’azione di arricchimento senza causa*, in M. FRANZONI (a cura di) *Le obbligazioni*, III, *Fatti e atti fonti di obbligazione*, Torino, 2005, 413 ss. reputa che i rapporti di convivenza siano gli ambiti elettivi nei quali l’ingiustificato arricchimento può trovare applicazione.

¹²⁴ Lo osserva P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le attribuzioni patrimoniali nelle convivenze: una breve rassegna di giurisprudenza*, in *Dir. fam.*, 2012, 842.

¹²⁵ F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in Aa. Vv., *Atti del convegno nazionale «La famiglia di fatto»*, Pontremoli, 27-30 maggio 1976, Montereale, 1977, 140 s.

¹²⁶ Cfr. le considerazioni di S. THOBANI, *Le attribuzioni patrimoniali tra conviventi: causa di convivenza e spirito di liberalità*, in *Giur. it.*, 2020, 310 s.

¹²⁷ Suggestiscono, per un verso, di non escludere *a priori* una qualificazione dell’attribuzione alla stregua di una liberalità, e criticano, per altro verso, l’eccessivo ricorso al rimedio di cui all’art. 2041 cod. civ. da parte della giurisprudenza, A. SPADAFORA, *L’obbligazione naturale tra conviventi ed il problema della sua trasformazione in obbligazione civile attraverso lo strumento negoziale*, in E. MOSCATI, A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, 202; G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 154; R. MAZZARIOL, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018, 95.

¹²⁸ V., sul punto, A. SPADAFORA, «*Solve et repete*» nella trama delle relazioni familiari, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 1288 ss.

¹²⁹ Il non velato riferimento è alla formula elaborata da P. PERLINGIERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 86 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italocomunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 10 ss.; ID., *Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 4 ss. e, da ultimo, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, 345 ove si afferma che «l’interpretazione è individuazione dell’«ordinamento del caso concreto»».

¹³⁰ Ricostruisce l’evoluzione della questione M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 868 ss. V. anche V. CARBONE, *Terminata la convivenza vanno restituiti i regali: la Cassazione “ripiomba” nel medioevo. Commento a Cass.*, 24 novembre 1998, in *Corr. giur.*, 1999, 62: «la convivenza di fatto [...] fa scaturire tra i partners doveri morali e sociali e, quindi, obbligazioni naturali e non donazioni».

¹³¹ Le relazioni tra conviventi c.d. *more uxorio* erano considerate con estremo disfavore sociale. Di conseguenza l’attribuzione fatta a favore della donna veniva qualificata come una donazione remuneratoria illecita in quanto reputata volta a compensare la prestazione sessuale ricevuta o il danno causatole al momento della cessazione del rapporto, Cass. civ., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Foro it.*, 1969, c. 1512 ss. Attribuisce valore indennitario a tali attribuzioni anche Cass. civ., 7 ottobre 1954, n. 3389, in *Giur. it.*, 1955, I, 872.



preti sono concordi nel ritenere che tra i componenti di una coppia convivente *more uxorio* sorgano doveri morali e sociali, anche a contenuto economico¹³²: per indirizzo ormai condiviso¹³³ essi sono ricollegati al disposto dell'art. 2 cost., qualificati alla stregua di obbligazioni naturali *ex art.* 2034 cod. civ. e teleologicamente orientati a garantire l'assistenza reciproca dei *partners*¹³⁴.

Proprio facendo leva, da una parte, sulla natura di clausola generale della «giusta causa» dell'arricchimento e, dall'altra parte, sul rilievo assiologico dei principi di proporzionalità e adeguatezza¹³⁵, giurispru-

¹³² Efficacemente Trib. Milano 12 novembre 2018, n. 11390, in *Ilfamiliarista.it*, con nota di V. SCIARRINO, *Acquisto di elettrodomestici per l'appartamento dell'ex convivente: no al rimborso*, discorre di «un rapporto affettivo consolidato che non può non determinare una forma di collaborazione e assistenza morale e materiale dell'altro».

¹³³ Sul punto, già V. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 697; ID., voce *Famiglia (Famiglia di fatto)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XIV e F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Napoli, 1980, 10 ss.

¹³⁴ Cfr., per un'efficace quadro di sintesi, G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016*, n. 76, Milano, 2016, 109 ss., spec. 113 e 117.

¹³⁵ Il principio di proporzionalità, in senso stretto, configura un criterio di valutazione esclusivamente quantitativo che collega «elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili»: P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 443 ss. Questo principio, venuto alla luce nel diritto tedesco, è da tempo considerato tra i pilastri dell'ordinamento europeo (cfr., per tutte, Corte giust. 26 ottobre 1995, C-36/94, *Siesse*, in *Raccolta*, 1995, I ss.). Esso, inoltre, ha assunto rilievo preminente in virtù della giurisprudenza costituzionale, la quale – in molteplici pronunce – lo ha posto in stretta correlazione con il principio di eguaglianza contenuto nell'art. 3 cost., v. Corte cost. 9 marzo 1992, n. 89, in *Foro it.*, 1992, 881 ss.; Corte cost. 25 novembre 1993, n. 417, *ivi*, 1993, 3447 ss.; Corte cost. 31 marzo 1994, n. 109, *ivi*, 1994 937 ss.; Corte cost. 9 luglio 1996, n. 239, *ivi*, 1997, I, c. 708 ss. In dottrina v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 174 ss., spec. 178 e P. PERLINGIERI, *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 2011, 1307, F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *Dir. civ.*, diretto da Lipari e Rescigno, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, 175 G. VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in questa *Rivista*, 2017, 683 ss. In rapporto a specifici profili applicativi v., A. ALPINI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. automatismo espulsivo dello straniero*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, 47 ss., M. ANGELONE, *Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie*, *ivi*, 73; V. BARBA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni*, *ivi*, 91, F. LAZZARELLI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella conservazione della garanzia patrimoniale: nuovi profili applicativi dell'abuso del diritto*, *ivi*, II, 563 ss.

Dà conto del collegamento tra i principi di proporzionalità e di adeguatezza, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio della posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, 52: «la sfera di operatività del principio di proporzionalità nei contratti appare costituita da un collegamento tra elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili. La proporzionalità tende ad essere un principio, che valenza sul piano quantitativo e determina, ma non sempre, la conseguenza della riduzione del contratto. Viceversa, quando il collegamento è tra elementi disomogenei, non comparabili che coinvolgono interessi non quantificabili, ad esempio, non patrimoniali, ne consegue un bilanciamento tra questi, che non può tradursi sul piano della quantità, ma esige necessariamente una valutazione qualitativa. In queste ipotesi entrano in funzione sia il principio della ragionevolezza sia il principio dell'adeguatezza. La meritevolezza di tutela, pertanto, non può ispirarsi esclusivamente all'aspetto meramente quantitativo». V. inoltre ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, 383-384 ove si specifica: «l'art. 53 cost., in base al quale tutti sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica in ragione della loro capacità contributiva funge da presupposto e parametro per l'imposizione tributaria [e] costituisce, quindi, un limite al potere legislativo non soltanto in termini di ragionevolezza ma anche di proporzionalità; l'art. 36 cost., che esprime il principio della retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato», e che «non sembra ispirato soltanto al principio di proporzionalità, in chiave quantitativa, ma anche, quale correttivo, all'adeguatezza e alla ragionevolezza, sì da assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Afferma che nell'ordinamento sarebbe riscontrabile il generale principio di adeguatezza «del sacrificio patrimoniale, in relazione al sacrificio della controparte, la cui mancanza comporterebbe un vizio originario della causa del contratto», F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, 31 ss. In rapporto alla ragionevolezza, intesa quale «strumento di correzione dell'esasperato razionalismo [che] deve operare in costanza di qualsiasi interpretazione a fini applicativi», v., almeno, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 54.



denza e larga parte della dottrina¹³⁶ hanno identificato nell'istituto disciplinato dagli artt. 2041 ss. cod. civ. un potenziale rimedio avverso gli arricchimenti ingiustificati tra conviventi: secondo un indirizzo ormai consolidato¹³⁷ si ritiene che decampino dall'alveo applicativo dell'art. 2034 cod. civ. le attribuzioni che siano, per un verso, non parametrate alle condizioni sociali e patrimoniali dei *partners* e, per altro verso, non teleologicamente orientate alla finalità assistenziale che connota i doveri morali e sociali interni alla coppia. Il riflesso patrimoniale di tali attribuzioni è reputato suscettivo di produrre, in capo al *partner* beneficiario, un arricchimento il quale – proprio in quanto sproporzionato e/o inadeguato in rapporto al concreto rapporto – viene qualificato come ingiustificato e, dunque, tale da legittimare la costituzione di un'obbligazione indennitaria ai sensi dell'art. 2041 cod. civ.

La valutazione in merito alla «giusta causa» dell'arricchimento, in sostanza, risulta da un'interpretazione sistematica ed assiologica che, partendo dalle circostanze che caratterizzano il caso concreto, consideri tanto la disposizione da ultimo menzionata, tanto l'art. 2034 cod. civ. tanto i principi costituzionali di proporzionalità e di adeguatezza. In linea con questa prospettiva è stata rigettata la pretesa avente ad oggetto la restituzione delle somme adoperate per l'acquisto di oggetti di arredamento destinati alla casa di comune residenza¹³⁸. Del pari non è stata accolta l'azione *ex art.* 2041 cod. civ. relativa alle somme per lungo tempo versate da un uomo residente all'estero al fine di far fronte alle esigenze di vita della compagna e del figlio residenti in Italia. E ciò nonostante tali somme non fossero state prese in considerazione nelle scritture private con le quali i conviventi avevano regolato i loro rapporti patrimoniali anche in ordine al mantenimento del figlio al termine del loro rapporto affettivo¹³⁹. In questi casi le dazioni effettuate sono state qualificate alla stregua di atti solutori di obblighi di contribuzione alla vita dello specifico consorzio familiare ai sensi dell'art. 2034 cod. civ. e, in quanto tali, non ripetibili.

¹³⁶ Secondo M. PARADISO, *Artt. 143-148. I rapporti personali tra coniugi*, 2ª ed., in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 146-147 dovrebbe riconoscersi in favore di ciascuno dei conviventi, al momento della cessazione della convivenza, una pretesa, fondata sull'art. 2041 cod. civ., sugli eventuali acquisti realizzati dal singolo convivente qualora vi si possa intravedere il prodotto del contributo di uno di essi (si pensi al lavoro casalingo di uno dei due). In tali ipotesi, infatti, dall'attività lavorativa dell'uno deriverebbe, in capo all'altro, un arricchimento almeno pari ai risparmi di spesa realizzati per il tramite di quelle prestazioni lavorative. Anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia*, 5ª ed., Milano, 2014, 23 s., salvo che non sussistano gli estremi di una società di fatto o di un titolo contrattuale, ammette l'azione di ingiustificato arricchimento in favore di un convivente nei limiti di quanto la sua collaborazione abbia incrementato il patrimonio dell'altro. Reputa contraria a buona fede la pretesa di colui che, all'esito della convivenza, intenda trattenere per sé i risultati economici positivi che traggono origine dal contributo comune. G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, 195. L'a., attribuendo rilievo agli interessi del caso concreto evidenzia che «la clausola generale di arricchimento» si inserisce «in una relazione fondata sulla reciprocità non solo degli affetti, e della solidarietà, ma anche del sostegno economico, reciprocità che in tal senso genera un'aspettativa». In termini v. anche ID., *Libertà e solidarietà nella crisi delle convivenze*, in *Famiglia*, 2017, 304. V. anche A. FUSARO, *Arricchimento senza causa tra coniugi e conviventi*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1307 ss.

Si mostrano scettici, per contro, in merito alla possibilità di applicare l'art. 2041 cod. civ. alle attribuzioni effettuate in corso di convivenza G. PANICO, *Sull'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento nel caso di cessazione della convivenza more uxorio*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 263: «quando viene meno la reciproca assistenza e collaborazione, ossia quando uno dei partners non esegue più la prestazione, non residua altro che constatare che il rapporto non funziona più, e la convivenza deve quindi cessare»; E. QUADRI, *Famiglia e Ordinamento civile*, 2ª ed., Torino, 1999, 39-40 e M. PROTO, *Le attribuzioni patrimoniali tra conviventi fuori del matrimonio*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 258 ss.

¹³⁷ Da ultimo cfr. Cass. civ., 3 febbraio 2020, n. 2392, in *Foro it. dvd*; Cass. civ., 12 giugno 2020, n. 11303, *ivi*; Cass. civ., 1 luglio 2021, n. 18721, con nota di N. MEROLA, in *ilfamiliarista.it*: «un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente *more uxorio* configura l'adempimento di un'obbligazione naturale a condizione che la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens*».

¹³⁸ Cass. civ., 30 novembre 2011, n. 25554, in *Foro it.*, 2012, I, 1097 ss. e, in termini, Trib. Milano 12 novembre 2018, n. 11390, cit.

¹³⁹ Cass. civ., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Foro it.*, 2014, c. 1149 ss. e in *Fam. dir.*, 2014, 888 ss., con nota di commento di T. BORTOLU, *Convivenza more uxorio e attribuzioni patrimoniali: obbligazioni naturali*.



Di contro – ed a più riprese¹⁴⁰ – è stato reputato ingiustificato l'arricchimento ottenuto da uno dei conviventi in virtù dell'acquisto di un bene immobile pagato in larga parte dall'altro *partner*. Priva di «giusta causa», da ultimo, è stata ritenuta la locupletazione ottenuta dal convivente la cui abitazione era stata edificata grazie all'attività lavorativa svolta della compagna¹⁴¹.

7. – Analizzate le linee evolutive dell'azione di ingiustificato arricchimento nel sistema ordinamentale italo-europeo¹⁴² appare possibile interrogarsi su quali riflessioni solleciti, dal punto di vista italiano, l'esperienza della recente (ri)codificazione francese: ci si potrebbe domandare se possa essere opportuno novellare il Titolo VIII del Libro IV del codice civile con l'indicazione normativa, ad esempio, del significato da attribuire al carattere sussidiario dell'azione di arricchimento¹⁴³ oppure della natura (di valore o di valuta) dell'obbligazione indennitaria¹⁴⁴.

Quella in esame appare tuttavia un'eventualità che non si sottrae al rischio di essere scarsamente utile sul piano pratico-applicativo e, in definitiva, non appagante.

Genesi e progressiva conformazione dell'azione di ingiustificato arricchimento nell'esperienza giuridica franco-italiana, infatti, dimostrano che l'aspetto determinante in merito all'ammissibilità ed ai caratteri del nostro istituto è stato di natura metodologica più che formale. Non appare casuale, d'altra parte, che le osservazioni in merito ai riformati artt. 1303 ss. *Code* collimino esattamente¹⁴⁵ con la posizione che – all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 2041 cod. civ. – ravvisava una sostanziale «continuità tra la situazione attuale e quella anteriore al nuovo codice civile»¹⁴⁶. Attuali, pertanto, appaiono le considerazioni di chi reputava lecito dubitare dell'utilità di una «cristallizzazione legislativa degli indirizzi giurisprudenziali, nonché dell'attitudine della normativa codicistica [in materia di restituzioni] a subire ripetute e potenzialmente costanti integrazioni e correzioni», si da stigmatizzare «la “iperfasia” del legislatore [...] quando si traduca

¹⁴⁰ Cfr. Cass. civ., 22 settembre 2015, n. 18632, in *Guida dir.*, 2015, 44 ss., con nota di M. Fiorini e Cass. civ., ord. 15 febbraio 2019, n. 4659, in *Giur. it.*, 2020, 308 s.

¹⁴¹ Cass. civ., 7 giugno 2018, n. 14732 con commento di E. BILOTTI, *Attribuzioni patrimoniali in funzione della vita in comune, fine del rapporto di convivenza e tutele lato sensu restitutorie: una ratio decidendi ancora bisognosa di elaborazione*, in C. Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2019, 46 ss.

¹⁴² In prospettiva eurounitaria merita di essere evidenziato che, tra le pieghe dell'art. 340, parr. 2 e 3, TFUE la Corte di giustizia ha riconosciuto la legittimità dell'azione di ingiustificato arricchimento anche nell'ordinamento europeo, ammettendo che chiunque abbia «subito una perdita, la quale incrementi il patrimonio di un altro soggetto, senza che vi sia alcun fondamento giuridico per tale arricchimento, ha generalmente diritto alla restituzione, fino a concorrenza di tale perdita», v. Corte giust. UE, 16 dicembre 2008, causa C-47/07, Masdar Ltd c. Commissione, che per prima ha delineato i contorni di tale azione nel diritto comunitario. V., sul punto, le osservazioni di E.R. RESTELLI, *La “responsabilità” della BCE nella ristrutturazione del debito greco. Dall'illecito aquiliano all'arricchimento senza causa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 153 ss., spec. 160 ss. In riferimento a tale profilo v. anche B. KUPISCH, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 857 ss. ed A. ALBANESE, *Il rapporto tra restituzioni e arricchimento ingiustificato dall'esperienza italiana a quella europea*, in *Contr.impr/Eur.*, 2006, 922 ss.

¹⁴³ A parere di A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 783 ss., occorrerebbe «una previsione generale da inserire nella disciplina dell'arricchimento con riguardo agli arricchimenti ottenuti mediante ingerenza non distruttiva di ricchezza e che sottragga queste ipotesi alle cautele della concezione patrimoniale e della regola della sussidiarietà».

¹⁴⁴ La posizione della giurisprudenza maggioritaria è nel senso di considerare l'indennità alla stregua di un debito di valore, cfr., ad esempio, Cass. civ., 16 novembre 1993, n. 11296, in *Cd Foro it.* e Cass. civ., 6 febbraio 1998, n. 1287, *ivi*.

¹⁴⁵ V., *supra*, § 2, nota 52 e, in rapporto alla posizione della giurisprudenza, nota 56.

¹⁴⁶ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 4. All'indomani dell'entrata in vigore del codice vigente, affrontano il punto della natura interpretativa ovvero innovativa della precedente legislazione degli artt. 2041 e 2042 cod. civ., Cass. 16 marzo 1949, n. 578, in *Rep. Foro it.*, 1950, I, c. 509 e App. Bari 31 maggio 1950, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1951, 68.



nell'enunciazione di esiti che risultano dalla configurazione del sistema [la quale] rischia di determinare un'inopportuna confusione tra sviluppi logici di principi generali e scelte "di settore" o "di contingenza"¹⁴⁷.

Un'impostazione metodologica lontana da tensioni formalistiche e sterili dogmatismi¹⁴⁸, per contro e sulla base del sistema vigente, consentirebbe sia di valorizzare la portata applicativa della «giusta causa» di cui all'art. 2041 cod. civ. sia di riconsiderare altre posizioni tradizionali quali «il dogma»¹⁴⁹ della sussidiarietà «in astratto» dell'azione di ingiustificato arricchimento¹⁵⁰.

Quest'ultimo è l'esito ricostruttivo suggerito da una indagine che, con profondità di analisi, si è interessata ai rimedi conseguenti all'abusiva utilizzazione dei segni identificativi della personalità¹⁵¹. Esposte le critiche verso gli orientamenti favorevoli, per un verso, a liquidare il lucro cessante commisurandolo al «prezzo del consenso»¹⁵² e, per altro verso, a parametrare il risarcimento dovuto «agli utili presumibilmente conseguiti dall'autore dell'illecito»¹⁵³ l'indirizzo in discorso ha evidenziato che la configurazione del diritto all'immagine quale interesse a controllare dinamicamente la circolazione dell'effigie nella sfera sociale si presta ad essere protetto efficacemente mediante rimedi aventi natura (non risarcitoria, ma) restitutoria¹⁵⁴. Questi ultimi – secondo la prospettiva suggerita – si attaglierebbero meglio alle ipotesi nelle quali ricorra la disposizione di un diritto altrui¹⁵⁵ e non si realizzi, per contro, la distruzione o il deterioramento di un bene giuridico¹⁵⁶. Dal momento che, in rapporto all'utilizzazione abusiva dei segni identificativi della personalità, «il conflitto di interessi riguarda non l'allocazione di una perdita ma la spettanza dei vantaggi patrimoniali conseguiti attraverso l'indebita utilizzazione del ritratto altrui», l'indirizzo in esame propone di ascrivere all'azione di ingiustificato arricchimento (e non all'art. 2043 cod. civ.) la reversione nella sfera del danneggiato del profitto conseguito dallo sfruttatore¹⁵⁷. Tanto sulla base della considerazione che, al fine di penetrare «nell'angolo morto degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali»¹⁵⁸ il diritto privato europeo avrebbe non già alterato la funzione del risarcimento alla reversione dell'utile ma, per contro, ammesso un concorso tra l'azione aquiliana e quella volta ad indennizzare l'ingiustificato arricchimento¹⁵⁹.

Tale opzione ricostruttiva, alla quale va riconosciuto il merito di tutelare gli interessi in conflitto con ragionevolezza e senza alterare i tratti del sistema risarcitorio, sarebbe preclusa proprio dalla menzionata posi-

¹⁴⁷ E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, cit., 509.

¹⁴⁸ In termini U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, cit., 984 osserva che: «la rinuncia all'individuazione a priori di una formula unitaria, per non condurre a sua volta a risultati sterili o a scelte arbitrarie, deve accompagnarsi ad una accentuata assunzione di responsabilità dell'interprete [secondo una prospettiva ricostruttiva che postuli] un adeguato collegamento tra le figure tipiche già codificate e la clausola generale [e] tra quest'ultima [insieme con] le successive concretizzazioni affidate all'esperienza. In tale linea di ricerca deve essere ravvisata la più feconda possibilità di rinvenire parametri di giudizio interni all'ordinamento».

¹⁴⁹ P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 1996, 53-55.

¹⁵⁰ La sussidiarietà in astratto dell'azione è stata affermata, di recente, da Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28042, in *Foro it.*, 2010, I, c. 233 ss.; Cass. 16 dicembre 2010, n. 25461, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1610; Cass. 7 marzo 2014, n. 5396, in *Cd Foro it.*; Trib. Milano 15 gennaio 2020, n. 324, *ivi*.

¹⁵¹ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all'immagine e «giusto rimedio» civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 859 ss., spec. 884 ss.

¹⁵² In argomento v. P. PARDOLESI, *Il cigno rossonero: illecito sfruttamento e diluizione dell'immagine*, in *Danno resp.*, 2004, 533 ss.

¹⁵³ Cass. civ., 16 maggio 2008, n. 12433 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1406.

¹⁵⁴ G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, 888.

¹⁵⁵ Tale attività, come già notava P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 44 esige il ritorno nel patrimonio del titolare dei vantaggi che avrebbe conseguito con l'esercizio del diritto.

¹⁵⁶ Cfr., sul punto, A. THIENE, *L'immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 349.

¹⁵⁷ G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁸ R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 11.

¹⁵⁹ G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, 889.



JUS CIVILE

zione che interpreta “in astratto” il requisito della sussidiarietà di cui all’art. 2042 cod. civ. Se tuttavia tale elemento di fattispecie venisse inteso – come proposto – secondo una prospettiva (non dogmatica, ma) funzionale si aprirebbe la possibilità di configurare un concorso integrativo tra azioni a contenuto risarcitorio e indennitario¹⁶⁰. In questo ordine di considerazioni la *ratio* della sussidiarietà prescritta dall’art. 2042 cod. civ. andrebbe individuata nell’esigenza di evitare che con l’azione di ingiustificato arricchimento si possa o conseguire più volte e a titolo diverso la riparazione del medesimo pregiudizio¹⁶¹ oppure, più in generale, eludere l’applicazione di norme imperative¹⁶².

Sulla base della ricostruzione proposta, pertanto, la persona offesa per il tramite dell’abuso della propria immagine potrà ottenere, oltre al danno risarcibile ai sensi dell’art. 1223 cod. civ., la restituzione del profitto lucrato senza «giusta causa» dal danneggiante¹⁶³. Rimarrebbe, invece, controversa la possibilità di conseguire anche il plusvalore ottenuto dall’arricchito grazie alla propria iniziativa¹⁶⁴.

¹⁶⁰ V., anche se secondo prospettive ricostruttive non collimanti, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, 648 ss. e P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell’azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim.*, 2005, 105 ss., ID., *La restituzione dell’arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 78; ID., *La sussidiarietà dell’azione generale di arricchimento senza causa*, cit., 379 ss. e ID., *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 657 ss.

¹⁶¹ In tal senso P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà*, cit., 105 e ID., *La restituzione dell’arricchimento*, cit., 78 ove si accredita, alla stregua di una ricognizione sul piano del diritto privato europeo, l’emersione di un rimedio generale volto alla restituzione del profitto ingiustificato che sia stato lucrato ingerendosi, in mala fede, nell’altrui sfera giuridica (spec. 82 ss.).

¹⁶² P. GALLO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶³ G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, 892.

¹⁶⁴ A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto*, cit., 354 ss. è per l’affermativa ma, in senso contrario, v. R. SACCO, *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 134 ss.



EDOARDO FERRANTE

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Torino

ALCUNE CHIOSE SULLA REVOCA DELLA PROPOSTA CONTRATTUALE NEL DIRITTO ITALO-FRANCESE A CINQUE ANNI DALL'ORDONNANCE-2016*

SOMMARIO: 1. *L'annoso problema della revoca della proposta, se recettizia o non recettizia.* – 2. *Segue. I “nuovi” artt. 1115-1116 Code civil e i “vecchi” artt. 1328-1329 cod. civ.* – 3. *Un bilancio favorevole all'idea della non recettizietà.* – 4. *Spunti per una rilettura “normalizzatrice” dell'indennizzo ex art. 1328, comma 1, proposizione 2ª, cod. civ. alla luce dell'Ordonnance.*

1. – La conclusione del contratto, disciplinata dagli artt. 1326 ss. cod. civ., non è materia che necessiti di una riforma legislativa: essa, come noto, ha il suo obiettivo nel contratto negoziato tra persone lontane, ed in questa cornice offre un compendio di norme efficienti ed ormai levigate dall'esperienza applicativa; apportarvi qualche miglioria costerebbe una fatica sproporzionata ai benefici che potrebbero derivarne, per di più col rischio che la miglioria, riversata nel diritto in azione, non si riveli tale. Piuttosto se ne potrebbe immaginare un completamento per l'area dei contratti senza trattativa – questi sì manchevoli – e per quella sotto-area che è data dai contratti *online*; ma allora è su questo piano che occorre intervenire, per affiancare alle norme sui patti negoziati altre su quelli unilateralmente predisposti, mentre a poco varrebbe manipolare o riscrivere gli artt. 1326 ss. cod. civ. Malgrado qualche vaghezza, la loro impronta gius-commercialistica e il loro transitare per la *soft law* del Progetto italo-francese del 1927 continuano a farne segmento pregevole della parte generale¹. Limare, affinare, reinterpretare, non certo riscrivere; e allora non c'è bisogno del legislatore, men che meno di un legislatore post-moderno che, salvo sorprese, non è più avvezzo alla sistematica (non lo potrebbe essere). Ritocchi grammaticali o supine recezioni della giurisprudenza non danno luogo ad un bisogno vero di riforme, e rischiano d'innescare un circolo vizioso, dove a vecchie complessità se ne aggiungono di nuove. Lo si può dire della *Schuldrechtsreform* tedesca del 2001, lo si comincia a dire dell'*Ordonnance* francese del 2016.

Fra le norme che non necessitano di alcuna rivisitazione rientra l'art. 1328 cod. civ., dedicato alla revoca

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ P. CARLINI, *La formazione del contratto tra persone lontane: un aspetto della revisione della comparazione tra common law e civil law nel quadro del diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 114; e A.M. BENEDETTI, *La formazione del contratto nella prospettiva di una riforma*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile* (Atti del Convegno di Pisa, 29, 30 novembre e 1° dicembre 2018), Giappichelli, 2021, 135 ss. e in particolare 139 ss.



della proposta e dell'accettazione. Persiste sì la «spina» della revoca della proposta, se recettizia o non recettizia, ma il dubbio pare indotto non dal testo – invero piuttosto chiaro – ma dalla (legittima) critica che gli si muove sotto il profilo della *ratio*.

Come noto l'*incipit* dell'art. 1328, comma 1, cod. civ. («la proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso») suona diversamente dall'art. 1328, comma 2, cod. civ. («l'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione»). Chi dà il giusto peso alla lettera tende a dire che la revoca della proposta non è recettizia, sicché per impedire la conclusione del contratto al proponente basterebbe spedire – non già far pervenire – la revoca prima di aver notizia dell'accettazione o prima che scatti la presunzione *ex art.* 1335 cod. civ.² Chi muove da un'idea di maggior ragionevolezza preferisce pensare che, a questi fini, la revoca della proposta debba giungere all'accettante prima che l'accettazione sia giunta al proponente³. Si creerebbe così maggiore armonia tra revoca della proposta e revoca dell'accettazione, quest'ultima indiscutibilmente recettizia, e sarebbe salvaguardata la linea-guida secondo cui quando l'atto unilaterale ha un destinatario predefinito, esso è in linea di massima recettizio (art. 1334 cod. civ.). Come all'oblato non basta indirizzare la revoca dell'accettazione, ma occorre che questa anticipi l'accettazione nel suo ricadere presso controparte, così al proponente non basterebbe indirizzare, ma gli spetterebbe far pervenire la revoca presso l'accettante prima che l'accettazione sia pervenuta presso di lui (cioè prima che il contratto sia concluso)⁴.

Senonché – come detto – il dubbio non pare testuale ma anti-testuale, vale a dire sorretto da un'implicita censura d'irragionevolezza delle norme. Indubbiamente la lettera dà luogo ad uno sbilanciamento delle posizioni, nel senso che il proponente vanta un margine di ripensamento più lungo di quello dell'oblato, un margine che oltrepassa l'emissione e l'indirizzamento dell'accettazione; il margine dell'accettante è più corto, perché questi deve anticipare la propria dichiarazione positiva con una contro-dichiarazione negativa, e ciò impone sollecitudine. Ma che questa sia davvero una *bad rule* non è sicuro, e comunque non la si può derubricare ad imperfezione del testo. Occorrerebbe se del caso una novella, che non sarebbe frutto né di velleità estetiche né d'acquiescenza alla giurisprudenza, visto che la poca giurisprudenza è oscillante e non sembra temere più di tanto lo sbilanciamento⁵.

² V. ROPPO, *Il contratto*², Giuffrè, 2011, 149 ss. (che ipotizza una sorta di recettizietà retroattiva, già affiorante in un lontano scritto di A. CICU, *L'offerta al pubblico*, Gallizzi, 1902, 45 ss.); e U. SALANITRO, *Ritorno a Gorla. Revoca della proposta e risarcimento del danno*, in *Annuario del contratto 2016*, Giappichelli, 2017, 123 ss. e spec. 154 ss.; ma già C. VIVANTE, *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, Fratelli Bocca, 1929, 39 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 15 aprile 2016, n. 7543, in *De Jure on line*; Cass. 9 luglio 1981, n. 4489, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 253 ss., con nota di C.C. ROSSELLO; e Cass. 31 gennaio 1969, n. 296, in *Foro it.*, 1969, I, 606.

³ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, ed. 1987, 233 ss. (opinione confermata nella 3^a ed., 2000, 232-233); R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, 2016, 183 ss. e in particolare 186-187; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Giappichelli, 2002, 127-128; nonché ID., *Ancora sulla revoca della proposta: divagazioni tra storia e comparazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 115 ss.; A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Giuffrè, 2006, 342 ss.; e U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2016, 224; ma non manca una più risalente apertura in F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 852.

⁴ In tal senso A.M. BENEDETTI, F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1327-1328 (ov'è raccolto un ammaestramento del lontano saggio di G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Vallardi, 1915, in particolare 202). Qualche spiraglio nel senso della recettizietà della revoca della proposta s'era aperto con Cass. 16 maggio 2000, n. 6323, in *Foro it.*, 2001, I, 227 ss., con nota di R. PARDOLESI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 364 ss., con nota di A.M. BENEDETTI; e in *Contratti*, 2001, 658 ss., con nota di POLLAROLI (un remoto precedente conforme è Cass. 5 febbraio 1953, n. 290, in *Giust. civ.*, 1953, 394); ma s'è nuovamente chiuso con Cass. 15 aprile 2016, n. 7543, cit.

⁵ Da un punto di vista quantitativo prevalgono le decisioni che negano recettizietà alla revoca della proposta, per lo meno nella



E qui, per chi volesse davvero cimentarsi, un buon compromesso potrebbe intravedersi nell'art. 16, § 1, CISG, ai sensi del quale (per citare la versione inglese) «*until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance*»⁶. L'*iter* è interrotto non perché il proponente ha semplicemente spedito la revoca – troppo presto? – né perché questa è giunta all'oblato prima che l'accettazione sia giunta al proponente – troppo tardi? – ma perché la revoca della proposta è giunta ad un oblato che, a quello stadio, non aveva ancora spedito l'accettazione e dunque non poteva confidare nel buon esito della trattativa. I tempi della revoca si accorciano a scapito del proponente “pentito”, ma l'efficacia della revoca è rimessa a fattori (almeno in potenza) più certi del gioco ad incastro tra recezione della revoca della proposta presso l'oblato e recezione dell'accettazione presso il proponente⁷.

Tuttavia – ripetesi – le nostre regole sull'accordo delle parti possono tranquillamente rimanere come sono⁸.

2. – Quanto recato dall'*Ordonnance* del 2016 e in particolare dai “nuovi” artt. 1115-1116 *Code civil* in tema di *rétractation* non fornisce un contributo utile né in un senso né nell'altro.

L'art. 1115, nuovo testo, *C.c.* non afferma nulla d'eclatante nello stabilire che la proposta «*peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire*». Persino una proposta irrevocabile può essere revocata quando la revoca giunga all'oblato prima della proposta stessa: si suole discorrere di ritiro anziché di revoca, a significare che quando la controdi chiarazione sia tanto fulminea da precedere la dichiarazione, quest'ultima non potrà mai prendere effetto (neppure quando elevata, per ipotesi, ad irrevocabile). Emblematico il disposto dell'art. 15 CISG, fonte ispiratrice dell'*Ordonnance*, che nella versione inglese usa il termine *withdrawal* anziché *revocation*.

In questo senso l'art. 1328, comma 2, cod. civ., col prevedere la recettizietà della revoca dell'accettazione – previsione irrinunciabile⁹ – nei fatti finisce col negare che questa revoca sia una revoca “vera”: poiché per interrompere l'*iter* essa deve precedere l'accettazione – altrimenti il contratto sarebbe concluso e nulla vi sarebbe da revocare – non esiste a ben vedere la revoca, ma sempre e solo il ritiro dell'accettazione (una revoca che raggiungesse il proponente dopo sarebbe inefficace allo scopo). Il divario tra l'art. 1328, comma 1, proposizione 1^a, cod. civ. e l'art. 1328, comma 2, cod. civ. potrebbe allora riquadrarsi non tanto come aporia tra un atto non recettizio ed uno recettizio, quanto piuttosto come il distanziamento tra una revoca *stricto sensu* ed un ritiro, l'una non recettizia, l'altro necessariamente sì. V'è una lontananza più profonda di quanto non lasci intendere l'uso indifferenziato del vocabolo «revoca».

giurisprudenza della Corte di Cassazione: Cass. 15 aprile 2016, n. 7543, cit.; Cass. 9 luglio 1981, n. 4489, cit.; e Cass. 31 gennaio 1969, n. 296, cit. In senso opposto, come premesso (*supra*, nota prec.), Cass. 16 maggio 2000, n. 6323, cit.; in tema cfr. V. ROPPO, *Il contratto del duemila*³, Giappichelli, 2011, 28-29.

⁶ Insuperato G. EÖRSI, *Art. 16*, in C.M. BIANCA, M.J. BONELL (a cura di), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, 150 ss. e spec. 155 ss.; la norma ha poi influenzato la successiva *soft law*, come l'art. II-4:202, § «(1)», proposizione 1^a, DCFR, l'art. 2:202, § 1, PECL e l'art. 2.1.4, § 1, PICC (in tema, M. ILLMER, *Vertragsschluss*, in J. BASEDOW, K.J. HOPT e R. ZIMMERMANN [a cura di], *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, II, Mohr Tübingen, 2009, 1696 ss.; e R. SACCO, *Formation of Contracts*, in A.S. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK, E. DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, 2011, 483 ss.).

⁷ In tal senso la proposta *de jure condendo* di A.M. BENEDETTI, *La formazione*, cit., 140 (in precedenza già A.M. BENEDETTI, F.P. PATTI, *La revoca*, cit., 1327-1328).

⁸ Per alcune considerazioni sulla formazione del contratto e sulla proposta irrevocabile in tempo di pandemia sia consentito rinviare a E. FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 303 ss.

⁹ Fra i molti, G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, 1959, 67 ss.



Più interessante l'art. 1116, nuovo testo, *C.c.*, che non trova un *pendant* nella Convenzione di Vienna, né tantomeno nel nostro codice: «1. *Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.* 2. *La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.* 3. *Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat*».

È con ciò limitata *ope legis* la revocabilità della proposta, perché o un termine d'irrevocabilità è fissato dal proponente o, in mancanza, è pur sempre riservato uno spazio deliberativo minimo a favore dell'oblato, un *délai raisonnable* (detto anche, in precedenza, *moral* o *implicite*). Che cosa capita però se, a dispetto del termine prefissato o di quello ragionevole, il proponente dichiara di revocare prematuramente l'offerta? La conclusione del contratto è comunque esclusa. Infatti, se la revoca è giunta all'oblato prima della proposta, questa non è mai divenuta efficace e nulla l'oblato potrà recriminare, essendo questi divenuto bersaglio di un ritiro ex art. 1115 *C.c.*; se la revoca è giunta all'oblato dopo il decorso del termine prefissato o di quello ragionevole, sarà una revoca “vera” ed efficace, *rétractation licite* al pari di un ritiro; se invece la revoca interviene mentre ancora pende il termine esplicito o quello ragionevole, potrà scattare un illecito extracontrattuale di diritto comune, vale a dire una responsabilità che in Italia definiremmo *in contrahendo* per l'interesse negativo (salvo non sapere con esattezza, per lo meno in Italia, se contrattuale od extracontrattuale)¹⁰. Va ribadito che il contratto non è mai concluso, e si tratta di vagliare se alla mancata conclusione non faccia seguito alcuna ripercussione a carico del proponente, come nelle ipotesi del ritiro e della revoca *licite*, o se al contrario ne derivi una responsabilità precontrattuale per *rétractation illicite*.

Detto più plasticamente, il riformatore francese ha incrementato i margini di stabilità della proposta, l'*obligation de maintien* già nota alle cronache giudiziarie¹¹, sottraendo quei margini al puro arbitrio del proponente, ma ha negato qualsiasi tutela reale dell'oblato: se nel revocare l'offerta il proponente disattende le norme procedimentali, la conseguenza non è quella dell'art. 1329, comma 1, cod. civ., ma è un (eventuale) debito risarcitorio nei confronti di controparte. Viceversa la norma italiana si rimette *in toto* all'autonomia del proponente, ma poi “arma” l'irrevocabilità di una tutela a carattere specifico («la revoca è senza effetto»). La norma neo-francese isola un arco temporale inderogabile – ancorché demandato al vago *délai raisonnable* – ma poi s'accontenta di rinviare alla colpa precontrattuale; quella italiana non esprime alcuna coerenza sull'*an* dell'irrevocabilità («se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo [...]»)¹², ma una volta che il proponente abbia professato quest'irrevocabilità, l'oblato può accettare la proposta malgrado la revoca¹³.

Non è questa la sede per esplorare nel dettaglio il retroterra storico, culturale, comparativo di regole così

¹⁰ La norma francese accoglie invece la tradizionale propensione a qualificare la *culpa in contrahendo* come aquiliana: L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, 330; e F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Revista de Direito da Cidade*, 2018, 1063.

¹¹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia*, cit., 129 nt. 250, il quale cita al riguardo Cass. 17 décembre 1958, in *D. Jur.*, 1959, 33 e in *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, 336; cfr. inoltre, fra i molti, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, 1, *L'acte juridique*¹⁶, Sirey, 2014, 128 ss.

¹² La fissazione di un termine d'irrevocabilità è essenziale, a protezione del proponente e della necessaria temporaneità dei rapporti (sicché una proposta declamata come ferma ma carente del termine d'irrevocabilità dovrebbe stimarsi revocabile): in tal senso, fra le altre, Cass. 2 agosto 2010, n. 18001, in *DeJure*; ma la tesi risale quantomeno a Cass., sez. un., 24 maggio 1975, n. 2103, in *Foro it.*, 1975, I, 2496.

¹³ È anche per questo che per la proposta irrevocabile si suole discorrere di negozio di configurazione: cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia*, cit., 117-120.



diverse¹⁴. Basti dire, per schizzi, che questa soluzione neo-francese pare imbevuta di un volontarismo un po' fuori moda¹⁵. Vero è che un proponente "pentito", in un ambiente normativo come la Convenzione di Vienna o il nostro codice, può trovarsi parte del contratto solo perché non ha fatto in tempo a ritirare la proposta e non l'ha potuta revocare. Vero è anche, però, che tutto ciò è nella logica della proposta ferma e delle esigenze che mira a soddisfare. Non è certo una novità¹⁶. Fa specie allora questa visione oltranzista o purista della volontà contrattuale, in un *habitat* contemporaneo segnato se non dalla «morte del contratto», certamente dall'oggettivazione dello scambio¹⁷. L'affievolimento ormai conclamato del consenso come *meeting of minds* – sarebbe lungo ripercorrerne origini e traiettorie¹⁸ – non troverà certo rimedio in norme come queste. E comunque, se scopo dichiarato della riforma fu ammodernare e rendere più attrattivo il diritto francese per riportarlo ai fasti del passato¹⁹, colpisce l'adozione di regole anacronistiche, affacciate da noi già nel XIX secolo, per poi essere abbandonate nel 1942²⁰. Per dirla tutta l'art. 1329 cod. civ., col suo automatismo nella protezione dell'oblato irrevocabile, pare assai più moderno del recente art. 1116 C.c.

In generale c'è da dubitare che un rigonfiamento della responsabilità precontrattuale, già vistoso tanto in Francia quanto in Italia, renda davvero attrattivo un sistema legale. Anzi, esso andrebbe collocato fra i fattori di declino del diritto privato²¹: non è solo questione di vere o presunte degenerazioni ideali, come la rinuncia alla libertà del contrarre, che include o includerebbe la libertà di ripensamento nelle more del negoziato; è anche – più banalmente – questione di aumento del contenzioso, direzione nella quale un sistema efficiente non dovrebbe mai andare.

3. – Per tornare al quesito di partenza, non pare che queste norme neo-francesi possano o debbano dare un contributo comparativo al nostro problema della revoca della proposta, se basti spedirla prima di ricevere l'accettazione o se occorra che la revoca giunga all'accettante prima che l'accettazione giunga al proponente (il problema del divario tra l'art. 1328, comma 1, proposizione 1^a, cod. civ. e l'art. 1328, comma 2, cod. civ.). La loro lettura non reca argomenti significativi né in un senso né nell'altro: il filo del discorso è tutto arroto-

¹⁴ Per un'ampia trattazione, D. HENRICH, *Unwiderrufliches Angebot und Optionsvertrag. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.M. MEINCKE (a cura di), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Müller, 1999, 216 ss.; E.A. FARNSWORTH, *Comparative Contract Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, 915; e A.T. VON MEHREN, *The Formation of Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, *Contracts in General*, 2008, 82.

¹⁵ E già fuori moda ai tempi del celebre saggio di G. GORLA, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto (dal diritto romano comune alla Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1964)*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 255 ss. (che ne aveva trattato anche in ID., *Ratio decidendi, principio di diritto [e obiter dictum]. A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale*, in *Foro it.*, 1964, V, 89 ss.); precedentemente, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Giuffrè, 1948, 103 ss.; e C. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Utet, 1959, 518 ss.

¹⁶ R.B. SCHLESINGER, *Il «nucleo comune» dei vari sistemi giuridici: un nuovo campo di studi comparativi all'orizzonte*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 65 ss.

¹⁷ Un recente *résumé* in E. GINEVRA, *Riflessioni di sintesi (in ordine all'evoluzione del ruolo dell'autonomia privata)*, in F. BORDIGA e H. WAIS (a cura di), *Inhalt und Grenzen der Privatautonomie in Deutschland und Italien*, Giappichelli, 2021, 405 ss.

¹⁸ In tema, di recente, T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito*, Bologna, 2021; più nello specifico, S.J. BAYERN, *The Nature and Timing of Contract Formation*, in L. DIMATTEO, M. HOGG (a cura di), *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, Oxford, 2015, 77 ss.

¹⁹ S. BALBUSSO, *L'obiettivo del rafforzamento della attrattività nella riforma francese del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in P. SIRENA (a cura di), *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile*, Jovene, 2019, in particolare 395 ss.

²⁰ A.M. BENEDETTI, *Autonomia*, cit., 114-117.

²¹ G. DE ALMEIDA RIBEIRO, *The decline of Private Law*, Oxford, 2019, *passim*, ma in particolare 215 ss.



lato intorno alla natura lecita od illecita della *rétractation*, a seconda che questa preceda la proposta (ritiro), segua la scadenza del termine d'irrevocabilità o cada durante la pendenza di questo, con conseguente *rétractation illicite* (sic!). Ma se per il ritiro il carattere recettizio pare scontato – inevitabilmente deve giungere all'oblato prima della proposta, sicché la mera spedizione è sempre insufficiente – per le altre revoche nulla è detto d'esplicito. L'attenzione è posta sul rispetto o sulla violazione del termine d'irrevocabilità, volontario o legale, non di per sé sull'incrocio “pericoloso” delle dichiarazioni di parte, proposta, accettazione e loro revoche, i cui rapporti di priorità cronologica restano fuori del discorso; esattamente come ne restano fuori in Italia sotto il vigore degli artt. 1326 ss. cod. civ.

Anzi, volendo inseguire un cavillo, si potrebbe immaginare il caso di un proponente che spedisca la revoca quando ancora penda il termine d'irrevocabilità, legale o convenzionale, ma la revoca giunga all'oblato quando quel termine sia ormai decorso (circostanza ben possibile soprattutto nella variante legale, attesa l'indeterminatezza del *délai raisonnable*). È il solito confine tra liceità ed illiceità della *rétractation*. Qui dire che la revoca è recettizia significa proteggere ancor più il proponente, che avrebbe commesso un probabile illecito precontrattuale se fosse stato preferito il tempo della spedizione, ma non commette alcun illecito se è preferito quello della ricezione.

D'altro canto l'“intreccio” delle dichiarazioni di parte nella fase precontrattuale – quale di esse abbia preceduto quale altra – non è materia confortevole per il legislatore né stupisce una qualche reticenza: anzi, come premesso il nostro art. 1328 cod. civ., benché foriero di vive dispute, pare chiaro nel divaricare la revoca della proposta (comma 1, proposizione 1^a) dalla revoca dell'accettazione (comma 2) e propendere, quantomeno nella lettera, per la non recettizietà della prima a fronte della sicura recettizietà della seconda.

Neppure deve trascurarsi che questa propensione letterale semplifica in qualche modo lo scioglimento dell'“intreccio”, come ben posto in luce dalla dottrina: decidere se la revoca della proposta sia stata spedita prima che l'accettazione giungesse al proponente, significa comparare due avvenimenti che hanno luogo entrambi presso la stessa parte, vale a dire presso il proponente; decidere se la revoca della proposta sia arrivata all'oblato prima che l'accettazione sia pervenuta al proponente, significa comparare due avvenimenti che hanno luogo il primo presso l'oblato e il secondo presso il proponente; circostanza che complica, almeno *prima facie*, l'accertamento dei rapporti cronologici fra le varie dichiarazioni scambiate e rafforza, nell'ottica dell'interpretazione orientata alle conseguenze, l'idea della non recettizietà²².

4. – C'è un argomento della nostra giurisprudenza che in ogni caso non convince, neppure quando si neghi carattere recettizio alla revoca della proposta. Fra gli argomenti spesi a confutazione della recettizietà s'è detto che proprio questa non recettizietà giustificerebbe l'indennizzo introdotto dall'art. 1328, comma 1, proposizione 2^a, cod. civ. a favore dell'oblato, vittima di un atto lecito dannoso²³. Proprio perché il proponente può deludere l'altrui affidamento anche con una revoca molto tardiva – basta spedirla prima di ricevere l'accettazione – e in questo modo il vincolo non sorge sebbene l'oblato abbia dichiarato e spedito l'accettazione, l'indennizzo verrebbe a compensare quell'accettante che abbia già iniziato ad eseguire in buona fede «prima di avere notizia della revoca». Se invece la revoca della proposta fosse recettizia e producesse i suoi effetti solo dalla recezione presso l'oblato, il proponente avrebbe meno tempo per revocare, dovendo

²² Già V. ROPPO, *Il contratto*¹, Giuffrè, 2001, 154-155.

²³ V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 146 ss.; precedentemente, G. GORLA, *La «logica-illogica»*, cit., 256; e F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Giuffrè, 1968, 367.



egli non solo spedire ma anche far pervenire la sua revoca prima che l'oblato gli faccia pervenire l'accettazione. Non si giustificerebbe allora un indennizzo «delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione», visto che l'ipotetica natura recettizia della revoca della proposta sarebbe già protettiva dell'oblato ed anzi ridurrebbe pressoché a “zero” il lasso temporale all'interno del quale ritenere scusabile la sua iniziata esecuzione²⁴.

L'argomento non pare decisivo. Se la *ratio* dell'indennizzo, risalente all'art. 36, comma 2, del Codice di commercio²⁵, è compensare l'accettante che abbia scusabilmente intrapreso l'esecuzione, il dato di fondo è la mancata conclusione del contratto a causa della revoca – “lecita”, direbbero i Francesi –, non che questa revoca sia intervenuta molto prima o poco prima del ricevimento dell'accettazione presso il proponente. Detto diversamente, l'indennizzo ristora l'esborso patito dall'oblato che, al momento dell'accettazione, non può sapere con certezza se la trattativa andrà a buon fine e nondimeno inizia l'esecuzione facendovi affidamento. A fronte di questa *ratio* non è decisivo che la revoca sia recettizia o non recettizia: l'oblato, nel momento in cui spedisce l'accettazione, confidando nel buon esito dell'affare, può comunque doverne costatare l'insuccesso, sia quando la revoca della proposta non sia recettizia e venga spedita prima che l'accettazione giunga al proponente, sia quando la si giudichi recettizia ma pervenga all'oblato prima che l'accettazione sia pervenuta al proponente.

È poi perfettamente naturale che l'indennizzo non spetti mai all'offerente il quale patisca la revoca dell'accettazione, visto che la revoca in questo caso deve sempre precedere l'accettazione medesima, ed egli non può aver maturato un affidamento altrettanto meritevole.

Il “nuovo” *Code civil* non parla d'indennizzo per la *rétractation licite*, ma di responsabilità extracontrattuale per quella *illicite* (art. 1116 C.c.), regole che destano un rinnovato bisogno di demistificare talune nostre convinzioni.

Anche qui solo alcune chiose. Mettendo le soluzioni italiane e quelle neo-francesi le une accanto alle altre si potrebbe giungere ad una sintesi che, nella sostanza, conferma il nostro *mainstream* interpretativo: per il caso di revoca “lecita” l'art. 1328, comma 1, proposizione 2^a, cod. civ. assegna all'oblato l'indennizzo «delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione»; un atto lecito, una responsabilità *lato sensu* oggettiva, un danno circoscritto ad alcune voci tradizionalmente collocate nella fase precontrattuale (non certamente il lucro cessante da perdita di *chance*, neppure nei limiti dell'interesse negativo, come peraltro escluso anche dal “nuovo” art. 1112 C.c.); per il caso di revoca “illecita” l'art. 1337 cod. civ. assegna invece all'oblato il risarcimento del danno nella sua interezza, quando ne ricorrano i presupposti generali, ma è escluso il caso di cui all'art. 1329, comma 1, cod. civ., visto che qui la tutela dell'oblato è in natura, insita nella persistenza dell'offerta anziché nel risarcimento²⁶.

Senonché il mancato indennizzo da *rétractation licite*, la mancata tutela reale dell'oblato e l'integrale refluire di quella *illicite* nella comune responsabilità extracontrattuale, capisaldi del sistema francese, possono spingere l'argomento comparativo anche in un'altra direzione, che questa volta non combacia col nostro uso interpretativo corrente²⁷.

Se per il nostro codice la pretesa del proponente di revocare una proposta (ancora) irrevocabile trova

²⁴ L'argomento è molto enfatizzato da Cass. 15 aprile 2016, n. 7543, cit.

²⁵ In tema V. SCIALOJA, *Osservazioni sull'art. 36 del Codice di commercio*, in *Studi giuridici*, IV, Roma, 1933, 97; e G. MAJORANA, *Delle convenzioni fra persone lontane*, Firenze, 1912, 89 ss.

²⁶ A. NATUCCI, *Vicende*, cit., 340 ss.

²⁷ Ma può essere proprio questo il ruolo dell'interpretazione comparativamente orientata: K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RabelsZ.*, 1949-50, 10.



sbocco nell'inefficacia della revoca, ciò significa che detta revoca, per quanto *illicite*, non è un caso di responsabilità precontrattuale: l'ipotetica tutela risarcitoria dell'oblato è infatti scalzata da una tutela specifica, che assegna direttamente il bene della vita. Qui il *pendant* con l'esperienza transalpina non c'è né prima né dopo l'*Ordonnance*. Ma se la revoca è *illicite* per una ragione diversa – ad es. perché costituisce lo strumento di una trattativa maliziosa del proponente – ben potrà scattare la responsabilità *ex art. 1337 cod. civ.*, cui allude anche l'*art. 1116 C.c.* Insomma, la tutela specifica è anche speciale, nel senso che opererà nel caso tipizzato, e prevarrà su quella per equivalente in tutti i casi riconducibili alla buona fede *in contrahendo*.

C'è spazio, in questo quadro, per una tutela ancora per equivalente ma diversa da quella comune, per quell'indennizzo che sembra affrancarsi da dolo e colpa del revocante ma restringersi ad una parte soltanto del danno precontrattuale? C'è ancora spazio, cioè, per una revoca lecita ma che fa scattare un debito indennitario alternativo a quello risarcitorio *ex art. 1337 cod. civ.*? L'orientamento che l'*art. 1116 C.c.* infonde alla materia, con questo suo spaccare il quadro tra ritrattazione lecita ed illecita, l'una priva, l'altra densa di conseguenze risarcitorie, potrebbe suggerire pari spaccatura anche nel nostro *habitat* normativo: da un lato la revoca "lecita", quella che non integra gli estremi della *culpa in contrahendo* e nessuna ripercussione esplica sul revocante; dall'altra la revoca "illecita", che presenta i presupposti della colpa precontrattuale ed espone il revocante all'obbligo di risarcire i danni (salvo il particolare caso di cui all'*art. 1329, comma 1, cod. civ.*, ove la tutela risarcitoria è sostituita da quella in forma specifica).

Come in Francia, anche in Italia verrebbe a perdersi l'anomalia dell'indennizzo per atto lecito dannoso, la revoca della proposta, a copertura di una frazione soltanto del danno precontrattuale. La fattispecie di cui all'*art. 1328, comma 1, proposizione 1^a, cod. civ.* sarebbe allora un caso tipizzato di responsabilità precontrattuale, sottoposto ai normali requisiti di questa, marcato dal testo di legge al solo fine di porre in chiaro che, quando ne ricorrano i presupposti – come la serietà del negoziato e la sua rottura ingiustificata – anche la revoca della proposta può decretare una *culpa in contrahendo*²⁸.

Sull'onda lunga dell'*Ordonnance* si comprende sempre meno perché mai un proponente che non abbia ancora alimentato alcun affidamento meritevole e che receda giustificatamente dalla trattativa tramite revoca della proposta, debba poi indennizzare controparte solo perché quest'ultima ha già iniziato in buona fede ad eseguire: se la sua revoca è "lecita" e tempestiva, visto che la legge gli consente di spedirla finché il contratto non sia concluso, vale a dire finché non abbia ricevuto l'accettazione, perché mai dovrebbe versare una somma a controparte per spese premature e perdite avventate? L'indennizzo in esame pare un comune caso di responsabilità precontrattuale – una «*faute commise dans les négociations*», dice l'*art. 1112, nuovo testo, C.c.* –, con la singolarità della menzione espressa, onde chiarire che la normale revocabilità della proposta, i cui tempi si allungano con la tesi della non recettività, non esclude una responsabilità precontrattuale del revocante il quale, grazie ad essa, abbia deluso senza motivo l'altrui affidamento.

La clausola generale non impedisce fattispecie tipizzate: non è forse un caso di responsabilità precontrattuale il dolo incidente?²⁹ Non potrebbe essere un caso di responsabilità precontrattuale la revoca della proposta? La previsione dell'indennizzo di cui all'*art. 1328, comma 1, proposizione 1^a, cod. civ.* non vale dunque ad esentare l'oblato dalla prova dei requisiti abitualmente sottesi alla colpa precontrattuale – e qui tutto il lavoro è stato svolto dalla giurisprudenza³⁰ – ma ne restringe la pretesa risarcitoria alle spese e alle perdite su-

²⁸ In senso contrario F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 367.

²⁹ Per tutti, M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Giappichelli, 1995, 16 ss. e 118 ss.; in senso prevalentemente critico, M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *www.judicium.it*, 19 ss.

³⁰ P. GALLO, *Il contratto*, in ID., *Trattato di diritto civile*, V, Giappichelli, 2017, 241 ss.



JUS CIVILE

bite «per l'iniziata esecuzione del contratto». Grazie alla lezione neo-francese e all'argomento comparativo può stemperarsi l'anomalia di un debito indennitario da atto lecito, all'interno di un sistema, come il nostro, che ormai conosce e pratica con larghezza il risarcimento del danno precontrattuale. Quel che nel 1942 dovette apparire residuale o insufficiente, ha guadagnato tali e tanti spazi da ambire al rango di rimedio unico contro l'illecito nelle trattative.



MASSIMO FOGLIA

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Bergamo

LA “FORCE SYMBOLIQUE” DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE *

SOMMARIO: 1. Prima della riforma del Code civil francese. – 2. La buona fede nelle trattative. – 3. Il danno risarcibile. – 4. La natura della responsabilità. – 5. Segue. La prospettiva italiana... tra contratto e torto. – 6. Conclusioni.

1. – Nel ridisegnare il diritto delle obbligazioni e dei contratti, la riforma francese introduce una specifica disciplina in materia di responsabilità precontrattuale¹. La novella recepisce sostanzialmente il diritto vivente della *Cour de Cassation*². Tuttavia, come è stato osservato nella dottrina francese³, non va minimizzata la

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ Per alcuni riferimenti sul tema specifico della responsabilità precontrattuale v. F. COHET, *Le contrat*, Presses Universitaires de Grenoble, 2020, 35 ss.; F. ANCEL, B. FAUVARQUE COSSON J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, 91 ss., spec. 153 ss.; M. JAOUEN, *Négociations et obligation de confidentialité*, in *AJ Contrats d'affaires*, 2016, 275 ss.; L. SIGUOIRT, *À la recherche de la négociation...*, in *AJ Contrats d'affaires*, 2016, 268 ss.; M. DEFOSSEZ, *La bonne foi au coeur de la négociation*, in *AJ Contrats d'affaires*, 2016, 327 ss.; PH. FOURNIER, *Les apports de l'ordonnance en matière de pourparlers et d'avant-contrats*, in *Dalloz IP/IT*, 2016, 236; S. LEMARCHAND, *Le devoir général d'information: un impact majeur dans la formation des contrats informatiques*, in *Dalloz IP/IT*, 2016, 236. Nella dottrina italiana v. C. GRANELLI, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1200 ss.; D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. impr.*, 2018, 84 ss.; ID., *La formazione dell'accordo nell'ordinamento francese rinnovato*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, 405 ss.; A. FEDERICO, *Négociations e obblighi di riservatezza*, in *Giur. it.*, 2018, 1309 ss.; E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1301 ss.

² Sulla riforma in generale v. J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français des contrats, entre continuité et europeanisation*, in *Anuario del contratto*, Giappichelli, 2016, 3 ss.; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 432 ss.; ID., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, ivi, 2014, 800 ss.; G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giustiziavivibile.com*, 2016; L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1543 ss.; F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 627 ss.; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, 328 ss.; G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nome. Il problema della causa del contratto e la riforma del III libro del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695 ss.; L. USUNIER, *L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère*, in *RTDCiv.: Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, 343 ss.; J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER, *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Bloomsbury Publishing, 2017, 395 ss.; C. CREA, *Riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto privato francese*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, I, 229 ss.; D.



“*force symbolique*” di tale innovazione, che colma così il divario tra la lettera del *Code civil* del 1804 e il diritto positivo costruito dalla giurisprudenza negli ultimi decenni⁴.

Non stupisce l'assenza, nel *Code civil* vigente, di una disciplina della responsabilità che può insorgere nella fase delle trattative contrattuali⁵. Anche il *BGB* (fino alla riforma del 2002) non dedicava alcuna norma alla fase precontrattuale, benché la dottrina tedesca avesse iniziato già nella metà dell'Ottocento a riflettere sul tema. All'epoca fu Rudolf von Jhering, nel suo celebre contributo sulla *culpa in contrahendo*⁶, ad indagare il problema della colpa nel corso delle trattative, fornendone un inquadramento dogmatico destinato ad avere molto successo dapprima nella dottrina italiana⁷, eppoi in quella francese⁸.

Sugli studi dell'autore tedesco si tornerà più avanti, basti qui anticipare che l'originalità della teoria di Jhering, definita una «scoperta giuridica», consiste – con le parole di un autore – «nell'intuizione che un'adeguata tutela dei contraenti non poteva prescindere da una valutazione del loro comportamento nella fase antecedente la conclusione dell'accordo e che solo da un corretto e leale svolgimento delle trattative poteva derivare la moralizzazione dei rapporti negoziali»⁹.

VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*; S. GRUNDMANN, M.S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Persona e mercato*, 2018, 11 ss.; *La riforma del Code civil*, a cura di G. VETTORI, E. NAVARRETTA, S. PAGLIANTINI, in *Persona e mercato*, 2018/1 (fascicolo monografico), *passim*; *La riforma dei contratti in Francia*, a cura di E. GABRIELLI, A. FUSARO, in *Giur. it.*, 2018, 1216 ss.; S. BALBUSSO, *L'obiettivo del rafforzamento della attrattività nella riforma francese del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in P. SIRENA (a cura di), *Dal “fitness check” alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Jovene, 2019, 389 ss.

³ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^a ed., LexisNexis, 2018, 97. Cfr. anche N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, 14 ss.

⁴ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, 141: «L'article 1112 comble une lacune souvent releée celle de l'absence de toute disposition relative aux négociations contractuelles au sein du Code civil. Synthétisant la jurisprudence, il en conforte la teneur sans parverir à éviter certaines ambiguïtés. Le Code Napoléon n'avait consacré aucun texte spécifique aux pourparlers, pas plus qu'à l'ensemble de la période précontractuelle».

⁵ Cfr. E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese*, cit., 1301 ss., il quale sottolinea le radici giusrazionaliste del codice francese.

⁶ R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichttügen oder nicht zur Perfection gelante Verträgen* (1861), trad. it. di F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Jovene, 2005. L'a. si interrogava sugli effetti, dal punto di vista risarcitorio, della teoria dell'errore essenziale (che determinava la nullità del contratto stesso), ossia il problema di sapere se la parte che ha commesso l'errore non rispondesse in alcun modo nei confronti della controparte del danno arrecato colposamente. La problematicità della questione si basava sul fatto che, da un lato, non vi erano i presupposti per l'applicazione dei principi della *culpa* contrattuale, in quanto il contratto non si era perfezionato, e, dall'altro, nemmeno per un'azione extracontrattuale, poiché al danneggiato non potevano essere concesse né l'*actio doli* né l'*actio legis Aquiliae*. La prima presupponeva infatti l'esistenza di una condotta dolosa da parte del soggetto agente, mentre la seconda postulava una lesione alla persona o alle cose. Cfr. anche F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1990, 1.

⁷ È noto il saggio di G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Pierro, 1906, vol. III, 271 ss., il quale riprende e sviluppa proprio il pensiero di Jhering.

⁸ L'anno dopo Raymond Saleilles pubblica uno studio dal titolo *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, in *Revue dr. civ.*, 1907, 46, che analizza le riflessioni di Faggella e da queste tra ulteriori considerazioni.

⁹ F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1 ss. Al modello della *culpa in contrahendo* è intimamente connessa la diversa categoria degli «obblighi di protezione» (*Schutzpflichten*) che trovano fondamento nel principio di affidamento (*Vertrauenshaftung*). Sull'argomento v. C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 793 ss.: «I primi [*doveri di prestazione, ndr*] sono finalizzati alla realizzazione ed alla promozione dell'interesse alla prestazione, i secondi [*doveri di protezione, ndr*] alla protezione dei restanti beni della controparte. La peculiarità decisiva dei “doveri di protezione” e, nel contempo, la loro differenza sostanziale con gli “obblighi del traffico”, sta nel fatto che la loro violazione determina una responsabilità alla stregua dei principi contrattuali». V. inoltre C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, 1 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1255 ss.;



Quanto alla giurisprudenza della *Cour de Cassation*, occorre invece attendere gli anni '70 del secolo scorso per un riconoscimento esplicito di un obbligo di buona fede nella fase delle trattative¹⁰. Nel silenzio del *Code civil*, la giurisprudenza francese, muovendosi sul terreno della responsabilità aquiliana, è giunta a riconoscere un illecito precontrattuale nei casi in cui, in violazione dell'obbligo di buona fede, si verificasse un'improvvisa e ingiustificata rottura delle trattative, purché in presenza di un ragionevole affidamento dell'altra parte circa la conclusione del contratto¹¹.

2. – La sezione del *Code civil* riformato dedicata alla conclusione del contratto si apre con alcune norme in tema di trattative (*les négociations*), disciplinate agli artt. 1112, 1112-1 e 1112-2. In questa sede ci si soffermerà, in particolare, sulla fattispecie della rottura ingiustificata delle trattative, che costituisce l'illecito precontrattuale più significativo.

Preliminarmente va segnalato che le disposizioni dedicate a questa materia non si applicano ai contratti conclusi in assenza di negoziati, come i contratti per adesione (ai quali il legislatore della riforma dedica specifiche disposizioni). Tuttavia in dottrina è stato fatto notare come non si possa escludere, in via di principio, che la responsabilità precontrattuale derivante da un comportamento contrario a correttezza e buona fede possa insorgere anche con riferimento ai contratti per adesione¹².

Quanto al contenuto della norma, l'art. 1112 dispone: «*L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages*».

La nuova formulazione dell'art. 1112 riprende nella sostanza quella contenuta negli *avant-projets* Catala e Terré¹³. La norma conferma il principio di libertà delle parti nello svolgimento delle trattative, ivi compresa quella di non proseguirle («*L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations...*»). Se nella fase del negoziato è garantita una libertà *dal* contratto, durante le trattative le parti – come avviene sovente nella contrattazione tra imprese – potranno decidere di concludere accordi volti a limitare tale libertà fissando le condizioni del negoziato¹⁴. Si tratta di strumenti contrattuali di origine angloamericana ben noti anche nella prassi francese (*calendrier obligatoire de négociation; répartition des frais de négociation; clause d'exclusivité de négocia-*

L. LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e resp.*, 2008, 136 ss.; A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 322 ss., secondo cui, oltre ad essere autonomi e trascendere la prestazione, i doveri di protezione hanno dogmaticamente rappresentato una «categoria-cuscinetto tra la responsabilità contrattuale e quella da delitto, consentendo di colmare lacune dell'una e dell'altra».

¹⁰ Cass. Com., 20 marzo 1972, in *JCP*, éd. G., 1973, II, n. 17543.

¹¹ V. anche E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese*, cit., 1302), il quale, come ulteriore eccezione alla regola dell'assenza di obblighi nella fase anteriore al contratto, ricorda la figura della revoca della proposta irrevocabile, laddove l'altra parte dimostrasse di aver affrontato delle spese confidando nella promessa di tener ferma la proposta. In questa ipotesi, pur in assenza di un vincolo contrattuale, un parte della dottrina francese riteneva possibile agire, sulla base di un principio di equità, per ottenere il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità extracontrattuale, con esclusivo riferimento al rimborso delle spese e – in determinati casi – alla perdita di *chance*.

¹² D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, cit., 84 ss.

¹³ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit., 140 ss. Per un confronto v. anche B. FAUVARQUE-COSSON, in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER, *Reforming the French Law of Obligations*, Hart Publishing, 2009, 35 ss.

¹⁴ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit., 145, sottolinea come «... la jurisprudence admet-elle la nature contractuelle de la responsabilité encourue lorsque les négociations se sont déroulées à la suite d'un protocole d'accord».



tion; *clause de confidentialité*; *clause de priorité de négociation*; *clause de prévenance*, e via dicendo).

La norma in esame potrebbe inoltre avere qualche riflesso sotto il profilo della rinegoziazione di rapporti in corso. La riforma introduce all'art. 1195 un obbligo di rinegoziazione in risposta a situazioni di imprevedibilità. Trasposte nel contesto specifico della rinegoziazione, le tre libertà dettate dall'art. 1112 («*L'initiative, le déroulement et la rupture...*») potrebbero essere interpretate diversamente, specialmente con riguardo alla *obligation d'entrer en négociation*, ossia nell'ottica della libertà di entrare nelle trattative per una rinegoziazione del rapporto in corso¹⁵.

In qualsiasi circostanza le tre libertà devono essere realizzate in maniera conforme a buona fede. Essa attiene naturalmente alla condotta delle parti e identifica le «modalità con cui una parte deve operare»¹⁶. Le trattative, dispone l'ultimo periodo dell'art. 1112, devono essere «*impérativement*» improntate al rispetto dell'obbligo di buona fede. L'avverbio indica chiaramente che la buona fede nella fase precontrattuale è questione «*d'ordre public*», in linea con quanto prevede l'art. 1104, comma 2¹⁷.

L'art. 1112 ricalca inoltre quanto stabilito sempre dall'art. 1104, ove si afferma che «*Les contrats doivent être négociés (...) de bonne foi*». Potrebbe sembrare una ridondanza, ma alcuni commentatori l'hanno accolta con favore riconoscendo in essa un'utilità in chiave «*pédagogique*»¹⁸. La valutazione «in negativo» del requisito della buona fede svolge la funzione di identificare quei comportamenti sleali che debbono essere sanzionati¹⁹ (ad esempio, chi entra nelle trattative senza avere alcuna intenzione di concludere il contratto)²⁰.

L'introduzione formale ed esplicita di un obbligo di buona fede appare poi conforme a quanto già affermato, dagli anni '70 in poi, dalla giurisprudenza francese, la quale già aveva esteso alla fase prenegoziale quanto prescritto dal previgente art. 1134, comma 3, in tema di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Infine va notato che il temperamento del principio di libertà contrattuale con la clausola di buona fede è ormai comune nel contesto delle varie codificazioni europee e si riflette anche nei progetti di diritto contrattuale europeo, tanto nei PECL²¹ quanto nel DCFR²².

¹⁵ Cfr. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., 98.

¹⁶ Così V. ROPPO, *Il contratto*², Giuffrè, 2011, 466.

¹⁷ Ar. 1104 *Code civil*: «Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public». Sull'inderogabilità del dovere di buona fede in ragione dell'espressa connessione con l'ordine pubblico v. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 287.

¹⁸ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., 97.

¹⁹ Cfr., in tal senso, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., 99: «Dans une période où la liberté doit trouver à s'épanouir tout particulièrement, c'est davantage la mauvaise foi qui sert de repère. Ainsi, s'agissant de l'initiative des négociations, sera sanctionné celui qui entame des négociations sans avoir l'intention de conclure le contrat envisagé».

²⁰ Una pronuncia della *Cour de cassation* riassume con chiarezza tale aspetto: «la cour d'appel a retenu à bon droit que M. X..., qui avait rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés qu'il entretenait avec son partenaire qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenu volontairement dans une incertitude prolongée en lui laissant croire que l'affaire allait être conclue à son profit, avait manqué aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales et avait ainsi engagé sa responsabilité délictuelle envers M. Y...» (Com. 18 janv. 2011, n. 09-14.617, NP, in *Gaz. Pal.*, 2011. 1, 1058, note D. Houtcieff; in *Gaz. Pal.*, 2011. 1, 1711, 1re esp., note B. Dondero; in *RJDA*, 2011, no 430; in *RTD civ.*, 2011. 345, obs. B. Fages).

²¹ L'art. 2:301: «Negotiations Contrary to Good Faith» dispone: «(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.; (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party».

²² Nel DCFR, l'art. 3:301: «Negotiations contrary to good faith and fair dealing» recita: «(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with



3. – Il comma 2 dell'art. 1112 disciplina le consanguenze della condotta colposa durante le trattative e fornisce un chiarimento sui danni²³ che possono essere risarciti in caso di colpa nella fase precontrattuale: «*En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages*».

La responsabilità sorge in presenza di un comportamento colposo durante le trattative («*En cas de faute commise dans les négociations...*»). La norma dispone che, nella fase prenegoziale, in caso di colpa (*faute*) – concetto che sembra andare anche oltre la buona fede²⁴ – il danno risarcibile consiste nell'interesse negativo²⁵. Dunque, analogamente a quanto accade nell'ordinamento italiano²⁶, non è risarcibile ciò che gli inglesi definiscono l'*expectation interest* (ossia l'interesse alla prestazione), ma lo è soltanto l'interesse negativo, vale a dire il danno derivante dalla lesione della *reliance*²⁷ (ossia dell'affidamento che l'altra parte ha riposto nella conclusione del contratto)²⁸.

Tuttavia, nella formulazione della norma *prima* della conversione dell'*ordonnance* in legge, se risultava chiaro che la vittima di una rottura ingiustificata delle trattative avesse titolo per reclamare il rimborso delle spese e dei costi sostenuti, restava da chiarire se il risarcimento potesse spingersi fino a comprendere non solo il mancato guadagno atteso, ma anche la perdita di *chance* di conseguirlo. La norma infatti escludeva il risarcimento dei «vantaggi attesi» («*des avantages attendues du contrat non conclu*»), ma non la perdita di *chance* di ottenerli, sicché essa si prestava ad una lettura più estensiva²⁹. Invece, in sede di conversione dell'*ordonnance* in legge, è stata introdotta la precisazione relativa all'esclusione del risarcimento da perdita di *chance* («*ni la perte de chance d'obtenir ces avantages*»), confermando così la soluzione già adottata dalla *Cour de Cassation*³⁰.

good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach. (4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party».

²³ Per alcuni riferimenti sul concetto di «danno» nel diritto francese, v. P. SIRENA, *Il concetto di «danno» nella disciplina italiana e francese della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 544 ss.

²⁴ Cfr. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., 99: «Cela est parfaitement exact mais le texte va probablement au-delà puisqu'il vise, de façon plus générale, toute «faute commise dans les négociations». Par conséquent, l'alinéa 2 a également vocation à appréhender des manquements autres que ceux qui sont faits à la bonne foi d'origine légale: on songe notamment à des manquements à des obligations de négociation contractuelles qu'aurait imposées un accord de négociation».

²⁵ Sul «quantum» del danno da responsabilità precontrattuale nell'ordinamento italiano, v. G. AFFERNI, *Il «quantum» del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, 2008, *passim*.

²⁶ V., da ultimo, Cass. 27 ottobre 2021, n. 30186, nella banca dati *Foroplus*: «In materia di responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti (ed a tal fine il giudice di rinvio dovrà operare le relative necessarie valutazioni) dello stretto interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, e dunque non comprende, in particolare, il lucro cessante risarcibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto o fosse stato risolto per colpa della controparte».

²⁷ Sul ruolo dell'affidamento v. recentemente A.M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, n. XI, 2018, 79 ss.

²⁸ Cfr. Y.-M. LAITHIER, *La distinction entre «intérêt positif» et «intérêt négatif» à l'épreuve des avant-contrats*, in O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, 153 ss.

²⁹ V. E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, cit., 1301 ss.

³⁰ V. Cass. com., 26 novembre 2003, n. 00-10.243 et 00-10.949, in *Bull. civ.*, 2003, IV, n. 186 (si tratta della decisione del celebre caso *Manoukian*). Nello stesso senso v. Cass., ch. civ. 3, 28 giugno 2006, n. 04-20040, in *Bull. civ.*, 2006, III, n. 164, 136; Cass., ch. comm. 18 settembre 2012, n. 11-19629, in *Bull. civ.*, 2012, IV, n. 163. Sul punto v. anche J.S. BORGHETTI, *Rottura delle trattative e perdita di chances*, in *Annuario del contratto*, Giappichelli, 2012, 405 ss.



La giurisprudenza francese, in particolare, ha negato la sussistenza di un nesso causale tra l'interruzione ingiustificata delle trattative e il danno consistente nella perdita della *chance* di realizzare il guadagno atteso dalla conclusione del contratto. In questa prospettiva, l'unico danno risarcibile sarebbe la perdita di *chance* di concludere un contratto con un terzo, nel caso in cui le trattative siano state prolungate inutilmente³¹.

È infine utile osservare, con riferimento agli elementi presi in considerazione nella valutazione della legittimità o meno della interruzione delle trattative, che la giurisprudenza francese ha attribuito rilevanza a circostanze che anche la giurisprudenza italiana³² ritiene rilevanti, vale a dire – ad esempio – la presenza o meno di precedenti relazioni commerciali tra le parti, lo stato di avanzamento dei negoziati (che può raggiungere un'estensione e un livello di intensità tale da rendere meritevole di tutela l'affidamento di controparte nella conclusione del contratto), lo status professionale di uno o di entrambi i contraenti³³.

4. – La nuova formulazione dell'art. 1112 non precisa la natura della responsabilità in caso di violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. La dottrina francese, conformemente al tradizionale orientamento della giurisprudenza, non sembra dubitare della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale³⁴. Anche la Relazione di presentazione all'*ordonnance* la inquadra nel campo del torto; tale soluzione inoltre si desume sia dal tenore dell'art. 1116 sulla revoca illegittima della proposta contrattuale³⁵, sia dall'art. 1112-2 ove la locuzione "*le droit commun*" rimanda proprio alla responsabilità extracontrattuale degli artt. 1240 e 1241 *Code civil*.

Nell'ordinamento italiano, invece, il tema della natura della responsabilità precontrattuale è ancora molto dibattuto³⁶.

Le radici del dibattito risalgono al già citato studio di Jhering, che merita qui di essere ricordato, vista la sua influenza nella riflessione della dottrina italiana e francese. È movendo dai suoi studi che nell'ordinamento tedesco la *culpa in contrahendo* è stata inserita nell'alveo della responsabilità contrattuale, facendo ricorso alla *fiction iuris* del «contatto negoziale».

Il giurista tedesco all'epoca si poneva il problema se e in quali limiti il soggetto che è stato causa della

³¹ Così avviene anche nell'ordinamento italiano, v. di recente Cass. 27 ottobre 2021, n. 30186, cit.: «In materia di responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti (ed a tal fine il giudice di rinvio dovrà operare le relative necessarie valutazioni) dello stretto interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, e dunque non comprende, in particolare, il lucro cessante risarcibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto o fosse stato risolto per colpa della controparte».

³² Sui presupposti della responsabilità precontrattuale, v. recentemente Cass. 16 novembre 2021, n. 34510, nella banca dati *Foro-plus*: «Per ritenere integrata la responsabilità precontrattuale occorre che tra le parti siano in corso trattative; che queste siano giunte ad uno stadio idoneo ad ingenerare, nella parte che invoca l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che esse siano state interrotte, senza un giustificato motivo, dalla parte cui si addebita detta responsabilità; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto. La verifica della ricorrenza di tutti tali elementi si risolve in un accertamento di fatto riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità, ove non inficiato da omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti».

³³ Cfr. P. LE TOURNEAU, *Contrats du numérique; informatiques et électroniques*, 11^e éd., Dalloz, 2021, 118 ss.

³⁴ V. R. SEFTON-GREEN, *Formation of Contract: Negotiation and the Process of Agreement*, in J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER, *The Code Napoléon Rewritten*, Hart Publishing, 2017, 60 ss.

³⁵ Per un approfondimento v. il contributo di F.P. PATTI, *Revoca della proposta contrattuale: un confronto con la disciplina francese*, in questo fascicolo.

³⁶ V. *infra* par. 5.



nullità del contratto dovesse risarcire il danno sofferto dall'altra parte per avere confidato nella validità del negozio³⁷. Le regole di quel tempo non apprestavano specifica tutela in tale ipotesi e Jhering riteneva che una soluzione positiva a tale quesito fosse aderente al comune senso di giustizia.

Egli notava come, durante le trattative, tra le parti si costruisse un rapporto di fiducia particolare (*Sonderverbindung*) avente natura quasi contrattuale³⁸; fonte, pertanto, di obblighi reciproci di lealtà ispirati al principio di correttezza e buona fede³⁹.

Nel contestualizzare la condotta colposa all'interno di un progetto contrattuale, Jhering individuava una connessione non meramente esteriore⁴⁰ tra *culpa* e (futuro) rapporto contrattuale, mettendo in rilievo un le-

³⁷ L'autore rilevava nelle fonti di diritto romano la presenza, in tema di vendita, di un'*actio ex contractu* che veniva accordata al contraente di buona fede nonostante la nullità del contratto, allorché il venditore non avesse comunicato all'acquirente il carattere *extra commercium* del bene (AA.VV., *Diritto romano privato*, a cura di A. SCHIAVONE, Piccola Biblioteca Einaudi, 2003, 415). I giurisconsulti ammettevano l'esperibilità dell'*actio ex empto* qualora il venditore dichiarasse, anche informalmente, l'esistenza di requisiti non corrispondenti allo stato della cosa o nascondesse, dolosamente, i suoi vizi. La condanna pecuniaria poteva corrispondere, in questi casi, o al valore integrale della cosa o alla differenza di valore determinata dal vizio. Di qui sorgeva la necessità di individuare il motivo in base al quale concedere un'azione contrattuale, malgrado il contratto fosse invalido, e come tale soluzione potesse conciliarsi con la nullità del contratto.

³⁸ Cfr., nella prospettiva dell'ordinamento francese moderno, A. ZACCARIA, *Le fonti delle obbligazioni nel Code civil riformato*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 454 ss.

³⁹ Jhering distingueva i rapporti a seconda che essi appartenessero all'area delle trattative contrattuali – e dunque meritevoli di tutela in caso di colpa precontrattuale – oppure alla sfera delle relazioni amicali o di mera cortesia, e perciò indegne di particolare protezione da parte dell'ordinamento giuridico. Nella prima ipotesi, la fonte dell'obbligo non trova evidentemente fondamento nel futuro contratto, che può anche non perfezionarsi, bensì scaturisce dall'*affidamento* della controparte. Elemento – quello dell'affidamento – che ritroveremo quale fattore costitutivo della moderna responsabilità derivante dal «contatto sociale». La letteratura sul «contatto sociale» è ampia. Mettono in luce il legame con la teoria della *culpa in contrahendo*, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, 2018, 521 ss.; ID., *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1227 ss.; F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno» tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, 539; ID., *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 4 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446 ss.; C.-W. CANARIS, *Il «contatto sociale» nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1 ss.; A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77 ss.; ID., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 344 ss.; ID., *Rappresentanza apparente e «contatto sociale»: considerazioni circa il ruolo dell'affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium iuris*, 2016, 1161 ss.; ID., *«Contatto sociale» e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in questa Rivista, 2017, 185 ss.; E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2419 ss.; ID., *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *La responsabilità e il danno*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, III, Giuffrè, 2009, 234 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e «incoerenze» della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1247 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1950 ss.; C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, 1510 ss.; A. PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qualificato e «culpa in contrahendo»: verso la tesi contrattualistica*, in *Foro it.*, 2016, I, 2695 ss.; E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. impr.*, 2017, 233 ss.; F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contratti*, 2012, 238 ss.; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, 2004. Con particolare riferimento alla responsabilità medica, v. M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 337 ss.; M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1693 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1988 ss.; G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Pers. e merc.*, 2013, 351 ss.; E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2065 ss.; I. SARICA, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. impresa*, 2005, 97 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, «contatto sociale» e doveri di protezione «autonomi»*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 109 ss.

⁴⁰ R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 53: «In effetti, non possiamo nasconderci come essa abbia una direzione nettamente pronunciata in questo senso. Prima di tutto grazie alla causa esteriore che l'ha fatta nascere. La conclusione di un contratto, proget-



game anche “interno”, in virtù della forza obbligatoria che assume la *culpa* in seno ad una relazione contrattuale, che, diversamente, non sarebbe riconosciuta al di fuori di tale rapporto⁴¹.

In definitiva, secondo l'autore non era ragionevolmente possibile ritenere che le parti in contatto, in previsione della stipulazione del futuro contratto, fossero tra esse esenti da qualsivoglia obbligo reciproco. Al contrario egli sosteneva l'esistenza di obblighi positivi in capo alle parti: il venditore ha l'obbligo di garantire, entro certi limiti, le condizioni di validità del contratto imputabili alla sua persona; se egli viene meno a tale obbligo induce la controparte in errore, avendo generato la «falsa apparenza di un contratto» e dunque un affidamento meritevole di protezione. «Chi», si interrogava Jhering, «è così insensibile da non avvertire in questo caso l'esigenza di un'azione per il risarcimento dei danni?»⁴².

Del resto è vero che il fine di ogni contratto è l'adempimento, ma ciò non impedisce affatto che il contratto possa comunque produrre obbligazioni di altro tipo, come appunto quella risarcitoria⁴³: «La *diligentia* contrattuale viene richiesta nello stesso modo tanto nei rapporti contrattuali ancora in fase di formazione, quanto in quelli già perfezionatisi. L'inosservanza di questa *diligentia* dà luogo, in entrambi i casi, all'azione contrattuale per il risarcimento del danno»⁴⁴.

5. – Molti dei problemi e degli obiettivi affrontati dal legislatore francese in occasione della riforma del codice sono comuni e presenti anche nell'ordinamento italiano. Un interrogativo che ha molto impegnato la dottrina italiana riguarda proprio la natura della responsabilità precontrattuale, su cui non è stata ancora rag-

tata e portata a termine esteriormente o in apparenza, si ripresenta in tutti i casi di applicazione di questa domanda, e deve quindi farci immediatamente presumere che sia proprio nel legame che viene ad instaurarsi in questi casi tra la responsabilità ed il rapporto contrattuale che si trova racchiusa l'intima natura della nostra pretesa risarcitoria. Del resto è incredibilmente sorprendente che, fuori da questo cerchio strettamente limitato, l'idea di attribuire alla *culpa* una forza obbligatoria assoluta appaia come un'impossibilità, mentre in questo stesso cerchio essa si presenta come una necessità irrinunciabile, imposta dalle esigenze della giustizia. Questo legame tra la *culpa* ed il rapporto contrattuale lo si può concepire come meramente esteriore [...] Ma questo legame è in realtà un legame interno; la *culpa* che si presenta qui è esattamente della stessa specie di quella che noi incontriamo solamente nei rapporti contrattuali».

⁴¹ R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 15: «Un errore di scrittura, una commissione mal eseguita, un dispaccio telegrafico trasmesso con errori non generano in alcun modo, nel mondo delle relazioni extracontrattuali, una obbligazione per il risarcimento dei danni. Questo era innegabile. Quanto all'opzione di rendere responsabile delle conseguenze dannose della propria culpa chi ha commesso un errore, comunicando per mera cortesia gli ultimissimi andamenti di mercato o una importante notizia politica capace di influenzarli, io non mi sentivo in alcun modo spinto a farlo, mentre nei tre casi sopra menzionati la mia sensibilità mi spingeva senza esitazione alcuna a riconoscere la responsabilità. Qual è dunque la differenza degli elementi di fatto che caratterizza questo genere di casi? Nell'ultimo, la culpa è commessa in occasione di un progetto di rapporto contrattuale. Una delle parti ha sofferto un danno in ragione dell'esecuzione di un negozio proposto dall'altra e perfezionatosi successivamente sulla base delle condizioni apparenti. Per questa via ero giunto ad una netta delimitazione del campo di azione della nostra culpa, vale a dire la culpa nella conclusione dei contratti: *culpa in contrahendo*».

⁴² R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 11.

⁴³ Jhering, aderendo all'opinione di Richelmann, sosteneva che la nullità del contratto escludesse sicuramente l'azione diretta all'esecuzione di quest'ultimo, ma non anche l'azione risarcitoria a titolo di *culpa* (R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 7). Così la vendita di una *res extra commercium* escludeva la possibilità dell'adempimento, ma non l'obbligo del risarcimento che si ricollega al contratto (cfr. F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1 ss.). Egli, in altre parole, sosteneva che l'espressione «nullità», riferita ovviamente al contratto, designasse l'assenza, non di tutti, ma solo di alcuni effetti (R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 59).

⁴⁴ R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 105 e 84 s.: «... vedremo che essa [la *culpa*, ndr] consiste nel fatto che il venditore contratta senza poter garantire le condizioni della validità del contratto imputabili alla sua persona, ed induce la controparte in errore per la falsa apparenza di un contratto. Il contraente esce in questo preciso momento dalla sfera meramente negativa dei rapporti extra-contrattuali, per entrare nell'ambito positivo dei contratti».



giunta una posizione unanime⁴⁵. È forse prevalente l'opinione di chi ne afferma la natura extracontrattuale, ma vi sono voci autorevoli anche tra chi, sulla scorta degli insegnamenti di Jhering e della più recente dottrina tedesca, sostengono la tesi della natura contrattuale. Non mancano poi coloro che propongono soluzioni intermedie (la responsabilità precontrattuale come «terzo genere» di responsabilità) o miste (la responsabilità sarebbe contrattuale nel caso di rottura delle trattative, extracontrattuale in altri casi).

Secondo la tesi extracontrattuale, la relazione qualificata che si creerebbe tra le parti nella prospettiva della conclusione di un contratto non sarebbe sufficiente a determinare la natura contrattuale della responsabilità. Ciò anche a voler ammettere che sulle parti gravino speciali doveri a protezione dei reciproci interessi. Tale relazione, secondo questa tesi, sarebbe infatti presente anche in altri contesti, ove tuttavia non sfiora l'idea di ricondurre l'illecito al campo diverso da quello della responsabilità *ex art.* 2043 cod. civ. In questo senso si propongono gli esempi delle relazioni fra i protagonisti della circolazione stradale oppure fra gli imprenditori che competono sullo stesso mercato⁴⁶. In sostanza, pur ammettendo la presenza di doveri di condotta in capo ai soggetti agenti, questa dottrina non ritiene che essi siano tali da essere considerati alla stregua di vere e proprie obbligazioni. L'obbligazione e la responsabilità contrattuale, secondo questa impostazione, proteggono l'interesse del creditore rappresentato (solo) dall'aspettativa della prestazione; gli altri interessi messi a rischio nelle relazioni sociali andrebbero invece protetti all'interno dell'area della responsabilità extracontrattuale⁴⁷.

Il noto saggio di Luigi Mengoni, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*⁴⁸, scritto negli anni '50, rappresenta il punto di riferimento della dottrina italiana che sposa la tesi avversa, ossia quella della natura contrattuale. Mengoni sosteneva che, secondo quanto emerge dal tenore letterale degli artt. 1337 e 1338 cod.

⁴⁵ Sulla responsabilità precontrattuale nella dottrina italiana v., tra gli altri, G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I, 1107 ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 361 ss.; M. TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1958; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963; ID., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impresa*, 1987, 292 ss.; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 962 ss.; G. ALPA, *Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 535 ss.; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1 ss.; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Giuffrè, 1993; P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Utet, 1998; M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 400 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, 2002; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 c.c.*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Rimedi, V, 2, Giuffrè, 2006, 1025 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Giuffrè, 2006, 497 ss.; P. SIRENA, *Responsabilità precontrattuale e obblighi informativi*, in L. FREDIANI, V. SANTORO (a cura di), *L'attuazione della direttiva Mi-fid*, Giuffrè, 2009, 102 ss.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 534 ss.; ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità e responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 19 ss.; E. NAVARRETTA, *Le trattative e la responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Diritto privato*, I, Utet, 2010; C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1949 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Brevi note circa la natura della responsabilità precontrattuale secondo la Cassazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Università Bocconi Editore, 2014, 1377 ss.; A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 344 ss.; A. DI MAJO, *Il contatto sociale – la culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, 2565 ss.; A. ALBANESE, *La responsabilità precontrattuale*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Jovene, 2018, 1695 ss.; M. ORLANDI, voce *La responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, *Contratto*, I, Giuffrè, 2021, 996 ss.

⁴⁶ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 177.

⁴⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Rresponsabilità civile*, cit., 521 ss.; F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 8; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Utet, 1968, 675; G. VISINTINI, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, con *Postilla di aggiornamento*, 2008, 2.

⁴⁸ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 361 ss.



civ., l'obbligo di comunicare le cause di invalidità del contratto fosse un «obbligo relativo»⁴⁹, imposto alle parti e non ad altri soggetti indeterminati, e dunque ascrivibile all'area della responsabilità contrattuale.

Un'obiezione alla tesi dell'autore consisteva nel ritenere l'art. 1337 cod. civ. non interpretabile alla stregua di una norma in grado di instaurare un rapporto obbligatorio protettivo di interessi specifici tra le parti, poiché «specifici» in realtà potrebbero non esserlo in quanto già protetti dalla responsabilità aquiliana collegata alla violazione del generico dovere di «*alterum non laedere*». A tale obiezione Mengoni replicava affermando l'inesistenza nel nostro ordinamento del dovere generale di «*neminem laedere*»: tale espressione, secondo l'autore, può essere accettata soltanto come «sintesi terminologica, come indicazione breviloquia di una serie indefinita di doveri specifici, a noi derivanti dai fatti costitutivi di situazioni giuridiche assolute a favore di altri»⁵⁰.

In tale prospettiva, dunque, l'art. 1337 cod. civ. determinerebbe un'estensione della buona fede contrattuale alla fase delle trattative⁵¹, perciò andrebbe attribuita identica natura alla responsabilità per violazione del dovere di buona fede, sia che esso si ricollegi al rapporto contrattuale sia che si fondi sul rapporto prenegoziale⁵².

Tale impostazione è stata successivamente ripresa e affinata dalla moderna dottrina⁵³, che è giunta a coniare la controversa figura della «obbligazione senza obbligo di prestazione»⁵⁴. Il punto di contatto tra la *culpa in contrahendo* così intesa e la moderna applicazione del danno da «contatto sociale» sembra intravedersi nelle parole dello stesso Mengoni: «Quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio». Alla stregua dell'art. 1337 cod. civ., infatti, si è ritenuto che altre ipotesi di responsabilità meritassero medesimo trattamento in quanto analogamente presiedute dalla regola di buona fede. In tal senso talune fattispecie di «contatto sociale», diverse da rapporti precontrattuali ma comunque caratterizzate dalla figura del «rapporto obbligatorio senza prestazione», ben potrebbero possedere le medesime caratteristiche formali e comportare quindi una responsabilità di pari natura⁵⁵.

In conclusione, merito della *culpa in contrahendo* è quello di aver dato rilevanza al principio di affida-

⁴⁹ L'Autore riteneva che: «L'obbligo di comportarsi secondo buona fede, e in particolare l'obbligo di comunicare le cause di invalidità del contratto, è formulato dagli artt. 1337-1338 come obbligo *inter partes*, cioè imposto a una o più determinate persone (l'altra parte): non si tratta dunque di un dovere assoluto, bensì di un obbligo relativo che, in quanto rispondente ai requisiti dell'art. 1174 cod. civ., costituisce un rapporto di obbligazione» (L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 361).

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*: «Con la disposizione dell'art. 1337 il nuovo legislatore ha esteso l'imperativo della buona fede alla fase delle trattative e della formazione del contratto, e ciò importa che gli obblighi reciproci di correttezza, di cui parla l'art. 1175, sorgono già in questa fase in funzione dello specifico interesse di protezione di ciascuna parte nei confronti dell'altra in quanto tale, in quanto cioè, attraverso la relazione instaurata dalle trattative, viene investita di una specifica possibilità (che altrimenti non avrebbe) di ingerenze dannose nella sfera giuridica di controparte. Quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede».

⁵² F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 8.

⁵³ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 521 ss.: «se la linea discrezionale è la preesistenza di obblighi, che caratterizza la responsabilità contrattuale e invece manca nella responsabilità aquiliana, la responsabilità da violazione di obblighi che pur siano altri dall'obbligo di prestazione non potrà che mettere capo ugualmente a responsabilità contrattuale».

⁵⁴ V. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 521 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 708; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 55 ss. Cfr. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 675; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 446 ss., il quale sostiene si debba piuttosto parlare di «prestazione senza obbligazione»; e per una ricca trattazione critica v. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, 2003, spec. 90 ss. e 142 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

⁵⁵ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 538 ss.



mento mediante l'identificazione ed il riconoscimento di obblighi la cui violazione sottrae la responsabilità dall'area del torto. D'altro canto, l'enfaticizzazione della responsabilità di tipo "contrattuale" ha comportato, specie in Germania, la riconducibilità ad essa di ogni ipotesi di affidamento con esito dannoso; pure quelle che in realtà non si radicavano in un rapporto volto alla stipulazione di un contratto⁵⁶.

In Italia la giurisprudenza è stata per molto tempo monolitica nel ritenere la responsabilità precontrattuale di tipo extracontrattuale, senza tuttavia mai entrare nel vivo delle questioni sollevate in dottrina⁵⁷. Tale atteggiamento è stato definito un'anomalia⁵⁸, un orientamento «tanto granitico, quanto sordo ad ogni contraria sollecitazione, nel ripetere tralaticciamente lo slogan sulla natura extracontrattuale della responsabilità»⁵⁹. La giurisprudenza più recente della Cassazione sembra però aver nettamente mutato indirizzo in favore della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, proprio in virtù dell'applicazione della teoria del «contatto sociale qualificato»⁶⁰. Sotto questo profilo, dunque, il sistema italiano pare oggi avvicinarsi più alla soluzione del BGB piuttosto che a quella del *Code civil*.

6. – Nella prospettiva di riforma del codice civile italiano, l'ormai abortito disegno di legge delega (d.d.l. S 1151) presentato al Senato nella XVIII legislatura, oggetto di ampio e approfondito studio da parte dell'Associazione Civilisti Italiani⁶¹, rivolgeva al legislatore delegato l'appello di «prevedere, nel corso delle

⁵⁶ Si sono fatti gli esempi del danno da prodotti e quello da informazioni non veritiere. Proprio in Germania fu avanzata la tesi secondo cui tra produttore e consumatore si instaurerebbe una relazione precontrattuale: la presentazione del prodotto sul mercato con determinate caratteristiche provocherebbe un ragionevole affidamento nel consumatore, per cui il danno cagionato dal prodotto verrebbe a configurarsi nei termini di una delusione di tale affidamento alla stregua di quanto accade nella *culpa in contrahendo*. Siffatta impostazione è stata però criticata in dottrina, ritenendo che si possa fondatamente parlare di responsabilità precontrattuale soltanto quando il comportamento delle parti sia oggettivamente orientato alla stipulazione di un contratto (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 546 ss.). Allo stesso modo, nella categoria delle informazioni non veritiere, la *culpa in contrahendo* fu pensata come involucro dogmatico esclusivo di una responsabilità da violazione dell'affidamento. Secondo Castronovo, dopo la recente riforma del 2002 che ha interessato alcuni paragrafi del BGB, il § 311, comma 3, sembra orientato nella prospettiva che l'affidamento come tale faccia nascere un rapporto obbligatorio non necessariamente precontrattuale (v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 552). La norma dispone che: «un rapporto obbligatorio contenente obblighi accessori secondo la previsione del § 241, comma 2, può sorgere anche tra soggetti che non sono destinati a diventare parti di un contratto. Un tale rapporto obbligatorio sorge in particolare nei confronti di un terzo che abbia suscitato in misura rilevante un affidamento, influenzando in maniera significativa le trattative contrattuali o la conclusione del contratto».

⁵⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2012, 128 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2016, 1516 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, 35 ss.; A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1129 ss.

⁵⁸ Così C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, cit., 1516.

⁵⁹ L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, nel *Trattato Bessone*, XII, 2, *Il contratto in generale*, Giappichelli, 2000, 347 ss. V. anche G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1107, il quale nota: «la singolarità di un dibattito pressoché esclusivamente dottrinale, a fronte di un indirizzo giurisprudenziale assolutamente (monolitico e) consolidato nell'affermazione della natura aquiliana della responsabilità per culpa in contrahendo».

⁶⁰ Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2016, 1451 ss. con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*. In dottrina v. C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, cit., 1515 ss.

⁶¹ V. il volume a cura di V. CUFFARO, A. GENTILI, *Materiali per una riforma del codice civile*, vol. I, Giuffrè, 2021. Si segnalano, in particolare, i contributi di G. D'AMICO, *Proposta di attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. f) del d.d.l. s. 1151* e M. DELLACASA, *L'informazione precontrattuale nel disegno di legge di riforma del codice civile (xviii legislatura)*, in corso di pubblicazione nel vol. II.



trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto» (art. 1, comma 1, lett. f) del predetto d.d.l.). Nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge si invocava inoltre la necessità di allineare l'attuale disciplina «agli approdi giurisprudenziali più recenti in tema di responsabilità precontrattuale»⁶².

A tale riguardo, è lampante l'evoluzione del nostro ordinamento nel senso di un ampliamento e amplificazione dei doveri d'informazione precontrattuali⁶³. Basti pensare alla crescente valorizzazione del principio di buona fede in ambito contrattuale e precontrattuale, che talora impone «obblighi di parlare là dove prima si riconosceva la facoltà di tacere»⁶⁴. Sintomatico di tale tendenza è il moltiplicarsi di norme ispirate alla «trasparenza», le quali prevedono un dovere d'informazione chiara e veritiera verso l'altro contraente.

La previsione del d.d.l. in materia di reticenza precontrattuale appare chiaramente ispirata all'analoga disposizione inserita nel *Code civil* riformato, che ha introdotto l'art. 1112-1, secondo il quale «*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*» (comma 1), con la precisazione che «*Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation*» (comma 2)⁶⁵.

Sul fronte italiano, è stato fatto notare che il legislatore delegante intendeva approntare un'esplicita disciplina delle semplici «condotte omissive reticenti» – dalla giurisprudenza non considerate, allo stato, come causa di invalidità né di risarcimento – allargando «la tutela sul (solo) terreno della responsabilità precontrat-

⁶² Viene citata, in particolare, la sentenza Cass. n. 5762/2016 della Prima Sezione, e segnatamente la massima secondo cui: «La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso».

⁶³ Per alcuni riferimenti sul tema degli obblighi precontrattuali v. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Cedam, 1972, 108 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, 1990, 94; ID., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali IV*, Giuffrè, 2011, 595 ss.; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Giuffrè, 1993, 103 ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, 10 ss.; A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, 12 ss.; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 555 ss.; A. ALBANESE, *L'obbligo di informazione nelle trattative*, in questa *Rivista*, 2020, 154 ss.

⁶⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 765.

⁶⁵ Tali disposizioni sono esaminate con molta chiarezza da Andrea Garofalo nel contributo pubblicato in questo fascicolo, ma qui è appena il caso di evidenziare alcune divergenze tra la disciplina che il ddl-delega prevedeva di introdurre nell'ordinamento italiano e la disposizione francese appena citata. Per un approfondimento v. anche C. GRANELLI, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, cit., 1205 ss.; A. FEDERICO, *Négociations e obblighi di riservatezza*, cit., 1309 ss.; P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Osservatorio di Diritto Commerciale*, 2018, 41, il quale è critico sulla scelta finale di compromesso operata dal legislatore francese: «Il contenuto dell'obbligo di informazione sancito dal nuovo art. 1112-1 Cod. Nap. è eccessivamente ampio e suscita una certa perplessità dal punto di vista della politica del diritto. L'esistenza di asimmetrie informative tra le parti contraenti è generalmente fisiologica e costituisce anzi un presupposto necessario affinché sia esercitata la libertà di iniziativa economica privata, e pertanto anche quella di autonomia privata. Al di fuori delle ipotesi in cui può verificarsi un fallimento del mercato, come accade soprattutto qualora il contratto sia unilateralmente redatto da un professionista e sottoposto all'adesione di un consumatore, un generale obbligo di informazione nella fase precontrattuale si pone dunque in contrasto con un presupposto naturale dell'economia capitalistica e può risultare pregiudizievole per il benessere economico e anche sociale della collettività, per quanto il nuovo art. 1112-1, al. 1, Cod. Nap. richieda che la controparte «*légitimement [...] ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*»».



tuale, con un ampliamento significativo [...] dell'area di operatività di questa forma di responsabilità, nella direzione auspicata anche da una parte della dottrina, che è del resto alla base dell'evoluzione giurisprudenziale che verrebbe in tal modo recepita anche legislativamente»⁶⁶.

Il nuovo diritto francese dispone esplicitamente che la violazione dell'obbligo di informazione possa comportare anche l'annullamento del contratto⁶⁷, oltre la responsabilità precontrattuale. Sul punto è stato rilevato che «la posizione del legislatore francese sembrerebbe dunque nel senso che l'obbligazione risarcitoria (per responsabilità precontrattuale) possa sorgere sia in presenza di una fattispecie di contratto annullabile sia in presenza di una fattispecie di contratto valido»⁶⁸.

Anche con riguardo alla nozione – piuttosto vaga – di «informazione di rilievo determinante per il consenso» (art. 1, comma 1, lett. f) del predetto d.d.l.)⁶⁹, è utile osservare come il legislatore francese abbia precisato che «*Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*» (art. 1112-1). Nel *Code civil* riformato il carattere determinante del consenso viene inteso in senso ampio: errore, dolo e violenza sono considerati determinanti del consenso allorché senza di essi la parte protetta non avrebbe concluso il contratto o avrebbe pattuito condizioni sostanzialmente diverse (art. 1130).

Sempre in sintonia con il modello francese, il d.d.l. escludeva dal contenuto dell'obbligo di comunicazione «le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto»; la proposta di attuazione in esame prevedeva che le parti non fossero tenute a scambiarsi informazioni in ordine al «valore delle prestazioni»⁷⁰.

In conclusione, si può affermare che la riforma francese sulla responsabilità precontrattuale sia volta per lo più a consolidare il diritto vivente. Specialmente l'art. 1112, oggetto di questa breve analisi, non presenta novità rispetto all'attuale orientamento della giurisprudenza francese. Ciò nonostante il nuovo diritto francese merita una riflessione non soltanto per gli aspetti forse più innovativi degli 1112-1 e 1112-2, che affrontano nello specifico il tema degli obblighi d'informazione, ma anche per aver esplicitato una «cornice» di principi che costituiscono ora un punto fermo della responsabilità precontrattuale, rispetto al quale la *Cour de Cassation* sarà ora chiamata a pronunciarsi.

⁶⁶ Così G. D'AMICO, *Proposta di attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. f) del d.d.l. s. 1151*, cit. Cfr. anche M. DE POLI, *La reticenza prenegoziale nel progetto di riforma del codice civile*, in questa Rivista, 2021, 254 ss. Con particolare riferimento alla dottrina che ha sostenuto la risarcibilità del danno in presenza di c.d. «vizi incompleti del contratto», v. M. MANTOVANI, *I «vizi incompleti» del contratto*, Torino, 1996, *passim*, e la letteratura ivi richiamata.

⁶⁷ Cfr. l'ultimo comma dell'art. 1112-1, il quale statuisce che «*Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants*».

⁶⁸ G. D'AMICO, *Proposta di attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. f) del d.d.l. s. 1151*, cit.

⁶⁹ Secondo M. DELLACASA, *L'informazione precontrattuale nel disegno di legge di riforma del codice civile (xviii legislatura)*, cit., è preferibile sostituire tale locuzione con «informazione rilevante in ordine alla conclusione del contratto».

⁷⁰ Cfr. ancora G. D'AMICO, *Proposta di attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. f) del d.d.l. s. 1151*, cit.



DANIELA MARIA FRENDÀ

Professoressa associata di Diritto privato – Università Cattolica di Milano

**“EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE”
TRA VECCHI E NUOVI MODELLI ITALO-FRANCESI ***

SOMMARIO: 1. Rimedi specifici contrattuali negli ordinamenti francese e italiano: una premessa. – 2. *Exécution forcée en nature* tra adempimento ed esecuzione forzata. – 3. *Condamnation en nature* e risarcimento in forma specifica.

1. – L’interesse che il giurista italiano ha per il diritto francese, mosso vuoi da ragioni di tradizione storica vuoi da affinità culturali, ci vede coinvolti in questa nuova fase di riforma del *Code civil*¹ non solo in veste di spettatori. Al contrario, la modifica di una parte considerevole del codice civile francese ha fatto insorgere alcuni interrogativi di base non soltanto sulle scelte governative francesi, quanto sulla situazione interna al nostro sistema.

Il tema della “*exécution forcée en nature*”, in particolare, si presenta come una buona cartina di tornasole per un’analisi parallela dei rimedi specifici contrattuali nei due sistemi italiano e francese per via delle affinità e delle analogie che si riscontrano nell’evoluzione dei due diritti, sicché uno sguardo oltralpe arricchisce la riflessione in questo campo tanto sugli istituti in vigore, quanto in una prospettiva *de iure condendo*.

Il parallelismo tra i due sistemi prende le mosse, in maniera incrociata, dal raffronto tra l’attuale disposizione del nostro art. 1218 cod. civ. e il previgente art. 1142 *code civil* francese, da un lato, e la formula del precedente art. 1218 del nostro cod. civ. con gli attuali artt. 1217 e 1221 *code civil* francese, dall’altro.

Invero, se la tradizionale convinzione della superiorità del rimedio risarcitorio rispetto a quello consistente nell’esatto adempimento della prestazione ineseguita ha voluto trovare una base, nel nostro ordinamento, nella formulazione attuale dell’art. 1218 cod. civ., che si concentra sulla previsione dell’obbligo risarcitorio in capo al debitore inadempiente senza nominare il suo obbligo di eseguire esattamente la prestazione dovuta², essa fa eco, nel diritto francese, al disposto del previgente art. 1142 *code civil* che, in caso di inadempimento, prevedeva la conversione automatica dell’obbligazione originaria in un obbligo risarcitorio per equivalente³, tanto da suggerire l’idea che, in quest’ottica, le obbligazioni nascano già come

* Intervento svolto dall’A. nell’ambito dell’incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l’Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell’Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell’ISAIDAT.

¹ Come noto, si tratta della riforma inaugurata dalla *Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

² “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno...”.

³ “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur*”.



obbligazioni di “indennità”, sì che per esse sia obliterato il passaggio dell’obbligo dell’adempimento in natura⁴.

Tale impostazione trova il suo terreno elettivo in relazione agli obblighi di fare, con riferimento ai quali, più che ad altri, si giustificano le preoccupazioni, proprie di un sistema garantista e liberale, di non compressione della libertà individuale. Invero, l’idea dell’incoercibilità degli obblighi di fare, riflesso del dogma dell’incoercibilità del volere, si è sviluppata in seno ad una società ispirata ai principi di eguaglianza formale, autonomia negoziale e libertà di iniziativa economica, propri del secolo passato, ed è forte altresì dell’eredità lasciataci dall’esperienza giuridica romana, di cui è figlio il principio *nemo ad factum praecise cogi potest*⁵.

Così, l’apparenza che l’introduzione del nuovo testo dell’art. 1218 avesse il significato di un segnale di rottura con il precedente ha contribuito ad alimentare l’opinione secondo cui la tutela del creditore per crediti diversi da quelli pecuniari potesse essere sostanzialmente limitata alla pretesa di una somma di denaro in qualità di risarcimento per equivalente del danno procuratogli con l’inadempimento, in un contesto in cui il risarcimento del danno assumerebbe il ruolo di rimedio di carattere generale per l’inadempimento; sicché una tutela in forma specifica potrebbe ottenersi soltanto nel caso di debiti in denaro, per il tramite dell’esecuzione forzata del debitore⁶.

Ma, come tale interpretazione del nostro art. 1218 cod. civ., e il suo accostamento al previgente art. 1142 *code civil*, è il portato di una lettura esasperata della norma da parte di una certa dottrina, più che essere una reale suggestione derivante dalla lettera, o dalla storia, della norma stessa⁷, così neppure nel diritto francese, a sua volta, l’art. 1142 *code civil* pre-riforma ha condotto realmente, nella pratica, alla supremazia della tutela risarcitoria su quella dell’esatto adempimento.

Al contrario, il ridimensionamento dell’ambito di applicazione dell’art. 1142 *code civil* è avvenuto in

⁴ Così F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*, 12° ed., Paris, 2018, 832 s.; nonché G.A. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, 2257 s. e, in particolare, 2310; e, sotto il vigore del vecchio codice, cfr. G. PACCHIONI, *Il concetto dell’obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 209 s. e, in particolare, 227, secondo cui “il diritto del creditore è un diritto sul patrimonio del debitore”.

⁵ Cfr. M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 6 s.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 206; G. PACCHIONI, *Il concetto dell’obbligazione*, cit., 212 s.; cfr., inoltre, S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 713 s. e, in particolare, 729; ID., *L’attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 17 s., 121.

⁶ Di quest’avviso S. SATTA, *L’esecuzione forzata*, in *Tratt. Vassalli*, XV, I-2, Torino, 1950, 9 s.; G.A. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, cit., 2264, che indica il risarcimento del danno come «unica e precisa conseguenza dell’inadempimento dell’obbligazione», e 2309 s.; L. MONTESANO, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 524 s. e, in particolare, 527; F. COSENTINO, *Efficienza economica dell’inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull’inadempimento del contratto*, in *Quadr.*, 1988, 484 s. e specificamente, 501; R. PARADOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell’analisi economica del diritto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, 515 s. e, in particolare, 543.

⁷ La differenza tra i due testi dell’art. 1218, dal vecchio al nuovo codice civile, è dovuta al fatto che la nuova formulazione dell’art. 1218 non aveva come riferimento la precedente versione dello stesso articolo, il cui contenuto si dava in qualche modo per scontato perché inerente al concetto stesso di obbligazione, bensì era corrispondente al contenuto dell’art. 1225 c.c. prev., il quale appunto prevedeva che “il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l’inadempimento dell’obbligazione quanto per il ritardo nell’esecuzione, ove non provi che l’inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta mala fede”, e dell’art. 1226 c.c. prev., che invece prevedeva che “il debitore non è tenuto a verun risarcimento dei danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato”: cfr. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell’impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell’attività amministrativa*, Milano, 2004, 22; ne è conferma la Rel. al codice civile, che riporta come, con l’art. 1218, “il nuovo codice ha voluto porre principi più precisi di quelli che il codice del 1865 esprimeva negli articoli 1225 e 1226, [...essendo] noto che entrambe le norme diedero luogo, nella loro applicazione, a gravi dissensi dottrinali, non ancora del tutto sopiti”.



Francia sia per il tramite di un orientamento dottrinale volto a sovvertire l'impianto tradizionale che assegna priorità al rimedio risarcitorio e ad affermare, prima di tutto su di un piano culturale, i valori dell'adempimento in natura dell'obbligazione, sia per via giurisprudenziale, atteso che la stessa *Cour de cassation* ha assegnato al creditore delle obbligazioni contrattuali il diritto alla loro esecuzione coattiva, affermando che “*la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsque celle-ci est possible*”⁸. E, infine, per via della creazione, prima giurisprudenziale, poi legislativa, delle *astreintes*⁹, le quali, supplendo alla mancanza di strumenti esecutivi idonei, hanno segnato “una linea di sviluppo dell'istituto della coazione al *facere*” grazie alla previsione di sanzioni crescenti per il mancato ottemperamento alle sentenze di condanna¹⁰.

Fa da cornice a tale quadro l'evoluzione della società verso un sistema industriale moderno; in essa, poiché i beni rilevano, nella loro individualità, in quanto parti di un ciclo produttivo e non già come mere fonti di reddito, una tutela per il solo equivalente pecuniario non risulta più adeguata a soddisfare l'interesse del creditore. Si assiste, all'orizzonte, al tramonto del principio del liberismo economico, che in passato aveva alimentato la tesi dell'incoercibilità del volere e, con esso, al declino del principio del *favor debitoris* e del dogma della parità formale tra le parti¹¹.

È su questo sfondo che ha buon gioco l'affermarsi del concetto di obbligazione come rapporto in cui la priorità dell'adempimento discende da struttura, contenuto e profilo teleologico del rapporto obbligatorio¹², secondo l'idea per cui la norma di cui all'attuale art. 1218 cod. civ. avrebbe non già la precipua funzione di fondare l'obbligo risarcitorio, bensì sarebbe rivolta ad assicurare al creditore l'utilità che doveva derivargli dal titolo originario e, solo in seconda istanza, a risarcire il danno, consistente non già nello stesso mancato adempimento, ma nel pregiudizio conseguente all'inadempimento.

Lungo il filo dell'affermazione del primato della tutela specifica reintegratoria si pongono i nuovi artt. 1217 e 1221 *code civil* – il primo ad inaugurazione della sezione sulla “*inexécution du contrat*”¹³ – che ricordano, in una certa misura, la norma espressa dal nostro art. 1218 cod. civ. prev.: come, invero, “chi ha contratto una obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente”, sicché il creditore può rivolgersi al debitore infedele domandando innanzitutto la prestazione, così il creditore dell'obbligazione inadempita può “*poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation*”.

In questo scenario, il primato dell'adempimento in natura sul rimedio risarcitorio trova, invero, fonda-

⁸ V. Cass. 11 maggio 2005, n. 03-21.136, in *Bull. civ. III*, n. 103; in *Rev. juridique*, 2005, 299, con nota di P. Malinvaud; in *Rev. juridique*, 2006, 307, con nota di O. Tournafond; Cass. 16 gennaio 2007, in *Bull. civ. I*, n. 19; in *Rec. Dalloz*, 2007, 1119, con nota di O. Gout; Cass. 22 maggio 2013, n. 12-16.217, in *Rev. de contrats*, 2014, 22, con nota di Y.-M. Laithier.

⁹ Consistenti “*dans la condamnation du débiteur à payer au créancier, à titre de peine privée, telle somme d'argent fixée par le juge, de manière globale ou, plus fréquemment, par jour (ou semaine, ou mois...) de retard, s'il s'agit d'une obligation de faire, ou par infraction constatée, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire*”: così F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, cit., 1606.

¹⁰ Contiene una disciplina delle *astreintes* la L. 5-7-1992 n. 72-626, successivamente modificata con la L. 9-7-1991 n. 91-650, che ne contiene una generale. Cfr. anche MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., 52 s. e F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 31 s.

¹¹ Così G. GANDOLFI, *In tema di rapporto obbligatorio e di «inibitoria»*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 160; cfr., altresì, S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., 124 s. e ID., *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in questa Rivista, 1988, 74 s. e, in particolare, 88.

¹² Così PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 95 s.; in questo senso già S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., 40, 122.

¹³ E idealmente opposta alla “*exécution forcée en équivalent*”: F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, cit., 832. Cfr. altresì O. DESHAYES, T. GENICON, Y. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2° ed., Paris, 2018, 553.



mento nel “carattere vincolante dell’obbligazione e nella concezione di quest’ultima come vincolo di mezzi in funzione del conseguimento di un risultato”¹⁴: la supremazia dell’esatto adempimento discende perciò, innanzitutto, dall’essenza stessa dell’obbligazione, la quale postula sempre, come finalità sua prima, l’attribuzione al creditore della prestazione originariamente attesa¹⁵. Il che equivale a dire che l’obbligazione non perde mai la sua direzione originaria, neppure a seguito dell’inadempimento da parte del debitore (fintantoché, ovviamente, la prestazione rimanga possibile)¹⁶, e perciò che l’obbligazione è in grado di sopravvivere alla sua violazione, sicché il rimedio specifico si pone in prima istanza sul piano del giudizio di cognizione e, solo in una seconda fase, sul piano dell’esecuzione¹⁷.

Le due fasi, se concettualmente e temporalmente ben distinte – il giudizio di cognizione essendo il momento, per il debitore, di porre in essere, a seguito del ricevimento di una sentenza di condanna, l’adempimento mancato (o, altrettanto spontaneamente, di pagare il risarcimento del danno), quello di esecuzione, invece, essendo il terreno di attuazione di quei diritti del creditore non adempiuti spontaneamente dal debitore – sono al contempo tra loro necessariamente correlate nel perseguimento della soddisfazione in natura del creditore, in linea con l’assunto secondo cui “l’eseguibilità in forma specifica è in primo luogo un corollario dell’astratto principio della priorità dell’adempimento”¹⁸.

La stretta correlazione esistente tra i due piani ha portato a facili sovrapposizioni tra essi, nel nostro ordinamento veicolate, come diremo, dalle norme sull’esecuzione forzata in forma specifica di cui agli artt. 2930 ss. cod. civ., a loro volta eredi dei precedenti artt. 1220-1222. Ma ad ancora maggiori ambiguità si piega oggi il sistema francese, dove l’espressione “*exécution forcée en nature*” di cui agli artt. 1217 ss. *code civil* viene usata per indicare entrambi i concetti dell’adempimento (anche detta “*exécution forcée directe*”) e dell’esecuzione in forma specifica (la cd. “*exécution forcée indirecte*”): il primo, rispettivamente, nell’art. 1217, dove “*poursuivre l’exécution forcée*” è un’alternativa alla richiesta di risoluzione del contratto, di riduzione del prezzo e di risarcimento del danno, nonché nell’art. 1221, anch’esso contenente la possibilità, per il creditore, di “*poursuivre l’exécution en nature*” e si collocano, perciò, nella fase di cognizione; il secondo nell’art. 1222, che prevede che il creditore provveda egli stesso a far eseguire la prestazione (da un terzo da lui scelto e) a spese del debitore, rinviando perciò alla fase esecutiva del giudizio¹⁹. Anche se, ad aumentare la complessità, l’espressione “*exécution forcée directe*” viene usata ad indicare in realtà anche l’esecuzione in forma specifica, e la locuzione “*exécution forcée indirecte*”, per contro, le altre modalità esecutive²⁰.

In un ideale dialogo tra i due sistemi italiano e francese – all’indomani della imponente riforma che ha

¹⁴ S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 732.

¹⁵ Così F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 81 s. e 94 s.; A. di MAJO, *L’adempimento «in natura» quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 1149 s. e, in particolare, 1158; v. anche ID., *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1989, V, 132 s.; S. MAZZAMUTO, *L’attuazione dell’obbligazione e l’adempimento in natura*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 513 s. e, in particolare, 518; G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell’obbligazione risarcitoria*, in *Studi in onore di Davide Mesinetti*, a cura di F. RUSCELLO, II, Napoli, 2009, 111 s. e, in particolare, 120 s.; e, nel senso in cui si dirà nel prosieguo, anche C.A. CANNATA, *L’inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, 5 s.

¹⁶ E, cioè, fintantoché l’inadempimento non sia definitivo: cfr. L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 95; ID., *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157 s. e, in particolare, 170 s.; S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 734 e, altresì, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 37.

¹⁷ Così A. MOTTO, *Note per uno studio sull’azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 914.

¹⁸ S. MAZZAMUTO, *L’attuazione degli obblighi di fare*, cit., 129.

¹⁹ V. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, cit., 832 ss., 838 ss.

²⁰ V. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, 1597 ss. Se, in quest’ultima accezione, l’*exécution forcée indirecte* comprende le *astreintes*, il dibattito rimane aperto in tema di obbligazioni *de donner*: v. *infra*, par. 3.



coinvolto il secondo, e nell'auspicio che questa possa fornire spunti di riflessione al dibattito avente ad oggetto un possibile rinnovamento anche del primo – è al rapporto tra adempimento ed esecuzione specifica, da un lato, ed alle sovrapposizioni di questi ultimi con il rimedio del risarcimento in natura, dall'altro, che queste pagine sono dedicate.

2. – Benché, nel nostro ordinamento, la distinzione tra adempimento ed esecuzione forzata possa dirsi ormai chiara nell'impianto normativo del codice civile attuale, il rapporto tra detti due termini ancora forti porta i segni di una confusione passata, tramandata con gli artt. 1220 ss. del nostro cod. civ. prev., aventi ad oggetto l'esecuzione coattiva degli obblighi di fare e di non fare.

Il disordine tra i concetti di adempimento e di esecuzione in forma specifica, invero, ha da noi radici nell'equivoco, sorto a inizio secolo scorso e solo di recente smentito con decisione, dato dalla credenza che la tutela in natura dovesse essere costretta entro i limiti della possibilità dell'esecuzione in forma specifica²¹: la qual convinzione, portando a sovrapporre la fase dell'adempimento (e dunque della coazione all'adempimento, propria della dimensione della cognizione), alla fase esecutiva, ha spinto gli interpreti, alle prese con la tutela specifica dei diritti di credito, a spostare il problema della realizzazione in natura del credito tutto a ridosso del processo esecutivo, provocando, conseguentemente, la confusione tra i concetti di "tutela specifica", nel senso dell'adempimento in natura dell'obbligazione originaria, e di "esecuzione forzata in forma specifica", nel senso fatto proprio dall'espressione posta ad introduzione della sezione II, titolo IV, del libro VI cod. civ.²².

Un siffatto errore nell'impostazione della questione ha portato all'ovvia conseguenza che la credibilità del primato dell'esatto adempimento sia stata compromessa dall'assenza – a lungo nella nostra tradizione giuridica – di adeguati strumenti in grado di garantire, sul piano dell'esecuzione, quanto predicato in punto di cognizione²³.

L'equivoco nasceva già nel vigore del nostro cod. civ. prev., nonostante che l'allora testo dell'art. 1218 formulasse espressamente l'obbligo del debitore di eseguire esattamente la prestazione dovuta, e dunque sancisse apertamente la priorità logico-giuridica dell'adempimento in natura; ciò in quanto, malgrado l'esistenza degli artt. 1220-1222 cod. civ., pur volti all'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare e corrispondenti agli odierni artt. 2931 e 2933 cod. civ., mancava, dietro all'affermazione della facoltà del creditore di ottenere l'attuazione di dette obbligazioni, un adeguato corredo di strumenti processuali idonei a fargli ottenere il risultato perseguito²⁴. Gli artt. 1220 ss. cod. civ. prev., peraltro, collocati appresso alla norma sull'obbligo del debitore di eseguire esattamente la prestazione dovuta (di cui all'art. 1218 cod. civ. prev.), ed insieme con essa raggruppati sotto il Capo intitolato "Degli effetti delle obbligazioni", davano

²¹ O che è lo stesso, dell'esecuzione diretta, così denominata per indicare il contrasto con l'esecuzione processuale indiretta che, avendo ad oggetto le obbligazioni di fare infungibile, non può attuarsi tramite la surrogazione del debitore, bensì soltanto mediante la coercizione di questi all'adempimento.

²² Così osserva F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 53, 55; cfr., al riguardo, in particolare, F. CARNELUTTI, *Appunti sull'obbligazione. Distinzione fra diritti reali e diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 533 s. e ID., *Obbligo del debitore e dovere del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, 295 s.

²³ Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., 129.

²⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., 69 s.; G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1964, 183; A. CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta (astreinte) e l'infungibilità convenzionale della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 23 s.



l'impressione di continuare senza soluzione di continuità la fase dell'adempimento, anziché di cominciare la successiva fase dell'esecuzione.

Il medesimo malinteso si è protratto anche dopo l'entrata in vigore dell'attuale cod. civ., nonostante che esso abbia introdotto, agli artt. 2930-2933, misure esecutive in forma specifica per l'attuazione di obblighi di consegna e di obblighi di fare fungibile e di non fare, e nonostante il richiamo da dette norme operato, per le modalità attuative, alle forme stabilite dal cod. proc. civ. di cui agli artt. 612 ss. (di modo che potesse affidarsi agli organi esecutivi, e non già più al creditore, il compito di provvedere all'attuazione del proprio diritto a spese dell'obbligato).

Detto malinteso è stato alimentato, da un canto, dalla mancanza di riferimenti normativi cui ancorare, sotto il vigore del nostro codice civile attuale, il primato dell'adempimento in natura, il che ha fatto sì che tutto il peso delle aspettative, al riguardo, fosse addossato sulle norme aventi ad oggetto l'esecuzione in forma specifica, favorendo così l'indebita sovrapposizione dei piani²⁵.

Schema per molti versi analogo si ripete oggi, in Francia, con la nuova architettura delle norme sulla "*inexécution du contrat*": essa, nel fare perno sugli artt. 1217 e 1221, da un lato, e 1222, dall'altro – tutti collocati nel capitolo IV su "*les effets du contrat*" – ripropone nel sistema francese quella stessa ambivalenza tra adempimento ed esecuzione che nel nostro ordinamento ha potuto affermarsi in virtù dell'originaria previsione codicistica, che come abbiamo visto raggruppava insieme sotto lo stesso capo – in un contesto di apparente omogeneità dei rimedi – tanto l'obbligo del debitore di eseguire esattamente la prestazione dovuta, quanto la facoltà del creditore di farla eseguire a spese del debitore.

Così, da un canto, l'art. 1217 *code civil*, aprendo la sezione su "*l'inexécution du contrat*", prevede il rimedio reintegratorio dell'adempimento (contrattuale) accanto a – e sullo stesso piano di – altri rimedi specifici, quali la sospensione dell'adempimento dell'obbligazione della controparte, la riduzione del prezzo, il rimedio risolutivo o, ancora, quello risarcitorio²⁶, e, dunque, tutti propri del giudizio di cognizione. Da un altro canto, l'art. 1221 *code civil*, che ne introduce la sotto-sezione su "*l'exécution forcée en nature*", contiene la possibilità, per il creditore della prestazione ineseguita, di pretenderne l'esecuzione da parte del debitore²⁷, confermando anche qui il significato dell'*exécution forcée* nel senso di azione di adempimento (quella che parte della dottrina chiama, come si è detto, *exécution forcée directe*).

Da un altro canto ancora, l'art. 1222 *code civil*, riproponendo, con qualche modifica, i precedenti artt. 1143-1144 del precedente *code civil*, dispone invece che "*le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation*" e, in maniera speculare, che *le créancier* possa, "*sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci*" e che, a tal fine, egli "*peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées*": riecheggiando con la prima di tali norme la disposizione dell'art. 1220 del nostro cod. civ. prev. in tema di esecuzione specifica, che autorizzava il creditore a far eseguire egli stesso l'obbligazione a spese del debitore; e con la seconda ricordando, invece, il testo dell'art. 1222 ns. cod. civ. prev., sempre in tema di esecuzione specifica, secondo cui il creditore poteva domandare che fosse distrutto ciò che dal debitore fosse stato fatto in violazione dell'obbligo di non fare, oltre ad essere autorizzato a distruggerlo egli stesso a spese del debitore.

²⁵ V. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 53.

²⁶ Secondo un ordine che dia conto delle reazioni del creditore: così F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, cit., 809.

²⁷ V. a patto che questa sia possibile e non esista una evidente sproporzione tra il costo della prestazione in natura per il debitore e l'interesse del creditore: v. *infra*, par. 3. O. DESHAYES, T. GENICON, Y. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 553. L'art. 1217 e l'art. 1221 *code civil*, peraltro, utilizzano la medesima formula di "*poursuivre l'exécution en nature*" dell'obbligazione: v. par. prec.



Sicché la medesima *exécution forcée*, che negli artt. 1217 e 1221 equivale all'azione di adempimento, nell'art. 1222, pur collocato nella stessa sotto-sezione dell'art. 1221, tale espressione indica invece i rimedi specifici della fase esecutiva, come si evince dal suo declinarsi nel *faire exécuter* o *détruire* a spese del debitore.

In particolare, l'accostamento degli artt. 1221 e 1222 sotto la stessa rubrica (denominata, peraltro, proprio *exécution forcée en nature*), suggerisce l'esistenza di due rimedi paralleli, poiché lascia pensare che la scelta tra essi da parte del creditore sia libera, solo preceduta – ugualmente, peraltro, per entrambi i casi – dalla “*mise en demeure*” del debitore²⁸; come peraltro intende quella dottrina che ritiene che “*le créancier est libre, entre autres, de préférer l'exécution forcée directe par son débiteur, plutôt que de chercher lui-même des solutions de remplacement*”²⁹. Quando, invece, dovrebbe trattarsi di fasi temporali diverse: la richiesta di adempimento, come prima risposta, rivolta al debitore infedele (e già moroso); e, soltanto in un secondo momento, la scelta del creditore di procurarsi da sé la prestazione mancata a spese del debitore, per la quale occorre un titolo esecutivo, che il creditore si procurerà tramite la condanna del debitore, se non ne sia già provveduto ai sensi dell'art. 111-3 *Code des procédures civiles d'exécution*³⁰.

Il doppio binario di facoltà che si presenta al creditore lastrica così la strada dell'ambivalenza tra i rimedi offerti dall'ordinamento francese avverso l'inadempimento. E tale ambivalenza, se certamente si annida nel contenuto e nella collocazione delle norme indicate (emblematici sono tanto il parallelismo del richiamo alla “*mise en demeure*”, quanto la sequenza degli artt. 1221 e 1222), è però altrettanto certamente veicolata dalla terminologia in uso al giurista francese, dove l'espressione “*exécution (forcée) en nature*” indica sia il rimedio dell'adempimento da parte del debitore, sia l'esecuzione forzata in forma specifica ad opera di un terzo su impulso del creditore³¹, per la quale peraltro ora, in seguito alla riforma, non occorre più un'autorizzazione giudiziale preventiva, se non per far distruggere ciò che il debitore ha fatto in spregio all'obbligazione assunta³².

Di tale ambiguità è conferma il dibattito, non ancora sopito, sull'appartenenza delle obbligazioni pecuniarie alle obbligazioni *de donner* o invece a quelle *de faire*: propendere, come fa parte della dottrina, per questa seconda soluzione porta ad una sovrapposizione di piani, poiché “bypassa” la distinzione tra il pagamento di una somma da parte dello stesso debitore (*i.e.* adempimento) ed il soddisfacimento del creditore direttamente sul patrimonio del debitore, tramite l'esecuzione forzata (ma indiretta). In questa seconda situazione non dovremmo parlare di *obligation de faire*, perché il fatto che al creditore si trasferisca comunque una somma di denaro discende unicamente dalla coincidenza dell'obbligazione primaria con gli effetti del pignoramento (stante a monte il principio generale di cui all'art. 2284 *code civil*³³), senza che rilevi che, attesa la non necessità di una vendita forzata, il risultato coincida nel concreto con un *paiement forcé*³⁴.

²⁸ Seguendo l'idea, appiattita per entrambe le norme sul medesimo istituto, secondo cui “*l'exécution en nature directe bénéficie en quelque sorte d'une priorité*”: O. DESHAYES, T. GENICON, Y. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 554.

²⁹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 553. Mentre, per contro, se il debitore è libero di offrire l'adempimento, egli non può comunque pretendere che il creditore continui a richiederlo (al posto del risarcimento, o, stante l'assenza di soluzione di continuità tra le norme contenute negli artt. 1221 e 1222 *code civil*, invece dell'esecuzione in forma specifica: v. il prosieguito del par.), atteso che “*l'article 1221 ne confère pas au débiteur un «droit de correction»*” (ivi, 548).

³⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, cit., 1582 s.

³¹ Allo stesso modo in cui il termine “*enforcement*” designa sia l'adempimento, sia l'esecuzione forzata negli ordinamenti di common law e nei draft di diritto privato europeo.

³² O. DESHAYES, T. GENICON, Y. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 554 s.

³³ Secondo cui “*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*” e corrispondente a quello del nostro art. 2740 cod. civ.

³⁴ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, cit., 1597 s.



La previsione di cui al novellato art. 1222 *code civil* sembra, allora, riportarci indietro all'art. 1220 del ns. cod. civ. prev., ove si affidava al creditore, in mancanza di organi esecutivi, il compito di provvedere all'attuazione del proprio diritto a spese dell'obbligato. All'ambivalenza delle norme codicistiche sull'*exécution forcée*, che per la loro formulazione sembrano far arretrare la tutela del creditore alla fase del giudizio di cognizione anche quando egli provveda all'attuazione del proprio diritto a spese dell'obbligato, l'ordinamento francese sopperisce però con le *astreintes*³⁵: la previsione di un sistema atipico di misure coercitive, infatti, consente al sistema rimediale francese di non arroccarsi sul principio della "correlazione tra condanna ed esecuzione forzata"³⁶, così da non limitare, com'è stato invece a lungo nel nostro ordinamento, la portata del titolo esecutivo cui la sentenza di condanna tende³⁷.

3. – Arricchisce il quadro così tratteggiato l'istituto del risarcimento in forma specifica, che in generale, configurando una modalità risarcitoria alternativa a quella per equivalente, consente al danneggiato di restaurare "il valore d'uso di un proprio bene", così come di ripristinare "il pieno godimento di un proprio diritto"³⁸, e in particolare, nel campo della responsabilità contrattuale, interviene laddove danni cd. materiali siano derivati dall'inadempimento dell'obbligazione.

Se, già in ambito extracontrattuale, il risarcimento in forma specifica è stato al centro di un annoso dibattito circa la sua natura, restitutoria o risarcitoria, per via delle peculiarità di detta modalità risarcitoria e delle non rare interferenze che essa ha con il rimedio restitutorio³⁹, perplessità ancora maggiori esso ha generato nell'ambito della responsabilità contrattuale, dove le attitudini restitutorie del risarcimento in forma specifica si sono sovrapposte, in un modo che a volte è parso inestricabile, agli effetti propri della tutela reintegratoria, data in questo contesto dall'azione di adempimento.

³⁵ Che consistono "*dans la condamnation du débiteur à payer au créancier, à titre de peine privée, telle somme d'argent fixée par le juge, de manière globale ou, plus fréquemment, par jour (ou semaine, ou mois...) de retard, s'il s'agit d'une obligation de faire, ou par infraction constatée, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire*": così F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*, cit., 1606. V. *supra*, nota 9.

³⁶ Cfr. C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1342 s.; ID., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. priv.*, 1975, 20 s.; e, nello stesso senso, G. MONTELEONE, *Su nti per una revisione del concetto di condanna come titolo esecutivo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 173 s.

³⁷ Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., 154. La previsione generale di una misura coercitiva indiretta ha fatto ingresso nel nostro codice di procedura civile, all'art. 614-bis, soltanto nel 2009, con la l. 18 giugno 2009, n. 69, e successivamente modificata nella rubrica dalla d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

³⁸ Il risarcimento in forma specifica, in generale, configura una modalità risarcitoria alternativa a quella per equivalente, consentendo al danneggiato di restaurare "il valore d'uso di un proprio bene", così come di ripristinare "il pieno godimento di un proprio diritto": v. A. D'ADDA, *Risarcimento in forma specifica e criteri di quantificazione del danno*, in *Resp. civ.*, 2004, 198. *Ex multis*, al riguardo, R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1957, 201 ss.; C. SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 582 ss.; C. EBENE COBELLI, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 485 ss.

³⁹ La tesi – minoritaria – contraria alla natura risarcitoria della fattispecie ex art. 2058 cod. civ. e a sostegno, invece, di una sua natura restitutorio-reintegratoria è sostenuta da M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. d. priv.*, 1995, 389 ss., che sulla norma di cui all'art. 2058 cod. civ. fonda l'azione inibitoria; da G. CECCHERINI, *Risarcimento in forma specifica e diritti della persona?*, in *Riv. crit. d. priv.*, 1993, 92 s. e A. D'URSO, *Tutelabilità dell'immagine e limiti della tutela inibitoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 392 ss. *Contra* invece, tra gli altri, A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro. it.*, 1989, V, 136; A. BELLELLI, *Risarcimento del danno in forma specifica e azioni dirette alla tutela dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1292 ss.; M. MOCCIOLA, *Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 367 ss.; D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 26 ss.



Il disordine concettuale che accompagna la figura del risarcimento in forma specifica in ambito contrattuale affonda le sue radici, nel nostro ordinamento, nella sistemazione del codice civile del 1865, in cui nessuna norma prevedeva la possibilità di un risarcimento in natura per il danno derivante da illecito aquiliano; sicché gli interpreti usavano argomentare l'ammissibilità del risarcimento in forma specifica del danno extracontrattuale per il tramite dell'applicazione analogica delle norme di cui agli artt. 1220 ss. cod. civ. (prev.), aventi ad oggetto l'esecuzione coattiva degli obblighi di fare e di non fare⁴⁰. In questi termini, il risarcimento in natura appariva pertanto come l'equivalente, in campo aquiliano, delle norme sull'esecuzione in forma specifica, confluite oggi negli artt. 2930-33 cod. civ.

Tale impostazione sembrò trovare una conferma nei lavori di preparazione al codice civile vigente, atteso che la Relazione al Re, n. 802, riporta che "al pari del creditore nelle obbligazioni *ex contractu*, il danneggiato, in quelle per fatto illecito, ha diritto innanzitutto alla reintegrazione in forma specifica della situazione patrimoniale anteriore: questa norma è consacrata nel primo comma dell'art. 2058"; dando così a credere che il risarcimento in natura altro non fosse che il risvolto, nel campo dell'illecito, del rimedio avverso l'inadempimento delle obbligazioni in campo contrattuale; e stabilendo, per via del tradizionale richiamo alle norme sull'esecuzione coattiva, quel parallelismo tra esecuzione coattiva e risarcimento in natura che ancora oggi inquina il dibattito sull'ammissibilità del risarcimento in forma specifica in tema di responsabilità contrattuale⁴¹.

Analogamente, in Francia, la figura del risarcimento in forma specifica si è fatta strada, nonostante il silenzio del *code civil* pre-riforma, per via giurisprudenziale; l'istituto della *condamnation en nature*, che la giurisprudenza francese ha introdotto nel sistema a fronte dell'unico riferimento codicistico del risarcimento del danno extracontrattuale nell'art. 1382 *code civil*, si è affermato con contorni incerti, in una forma ibrida tra risarcimento ed esecuzione⁴². Esso, imitando in ambito aquiliano – similmente a quanto avvenuto da noi – le norme sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, di cui agli artt. 1142 e 1143 del *code civil* pre-riforma, si è caricato di profili di ambiguità dati dalla sovrapposizione di strumenti riparatori del danno (la vera e propria *réparation en nature*) a strumenti esecutivi operanti invece direttamente sulla sua fonte (più propriamente riconducibili alla locuzione della *condamnation en nature*, e, in ambito obbligatorio, attratti nell'orbita della *exécution forcée*)⁴³.

⁴⁰ Al riguardo cfr. A. BELLELLI, *Risarcimento del danno in forma specifica e azioni dirette alla tutela dei diritti reali*, cit., 1295 s., nt. 13. V., più di recente, anche C. PRUSSIANI, *Il risarcimento in forma specifica dei danni da responsabilità contrattuale: lo spazio di operatività della tutela risarcitoria nei rapporti con l'adempimento coattivo e l'esecuzione forzata*, in *Contr. impr.*, 2019, 1113 ss.

⁴¹ Così avviene ad esempio in Cass. 21 luglio 1949, n. 1924, in *Foro it.*, 1950, 560 ss., con nota contraria di T. PACIFICI, *In tema di risarcimento del danno in forma specifica nelle obbligazioni contrattuali*; e ancora, in Cass. 29 luglio 1950, n. 2170, in *Mass. giur. it.*, 1950; Cass. 3 ottobre 1972, n. 2843, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1089 ss.; Cass. 17 febbraio 2004, n. 3004, in *Mass. giust. civ.*, 2004. Nello stesso senso A. DE CUPIS, *Teoria generale della responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 1976, 300 s.; e G. CECCHERINI, *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Contr. impr.*, 1991, 796 s. Di affinità tra risarcimento in forma specifica ed esecuzione forzata parla anche E. BETTI, *Sul cosiddetto risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 1948, I-2, 262; in modo critico invece R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 224 ss.

⁴² V. C. EBENE COBELLI, *Le «grandi braccia» del risarcimento in forma specifica e della condemnation en nature (Note critiche sulla giurisprudenza italiana e francese)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 703.

⁴³ V. ancora C. EBENE COBELLI, *Le «grandi braccia» del risarcimento in forma specifica*, cit., 703 s. Dei riflessi sistematici dei "confini mobili" della *condamnation en nature* non sembra peraltro essersi troppo avveduta la giurisprudenza, che con l'uso disinvolto, e sovente incerto, di detto istituto tanto in funzione riparatoria quanto esecutiva, è andata incontro in maniera forse poco consapevole a soluzioni confuse, anche atteso il carattere obbligatorio dell'esecuzione (nel senso dell'obbligo del giudice di dare corso all'esecuzione su richiesta del creditore) e quello facoltativo che le corti hanno impresso alla riparazione in natura (nel senso che vie-



Nel *code civil* attuale, in seguito alla riforma data dalla l. n. 2016-1087 sulla riconquista della biodiversità⁴⁴, una norma fondativa esplicita della *reparation en nature* è presente all'art. 1249, con riguardo al risarcimento del danno ecologico (*préjudice écologique*), la cui *réparation* "...s'effectue par priorité en nature" e, solo in via subordinata nel caso in cui la prima soluzione non sia (più) attuabile, per mezzo dell'equivalente monetario.

Senza che gli sia accordata una via prioritaria, il risarcimento in forma specifica viene tradizionalmente ammesso però anche in via generale: dottrina e giurisprudenza francesi sono pressoché d'accordo nel ritenere che, di regola, il giudice possa disporre il risarcimento in natura anziché quello per equivalente, tutte le volte che egli lo ritenga più adatto a cancellare la situazione dannosa per la vittima e a ripristinare lo stato delle cose, sempre che ciò non si traduca in una misura coercitiva sulla persona del danneggiante⁴⁵.

E, altrettanto tradizionalmente, la riparazione in natura è ammessa in Francia nell'ambito della responsabilità contrattuale, che pure la giurisprudenza francese ha aperto all'applicazione dell'istituto della *condamnation en nature*. Quest'ultimo, in tale ambito, si presta in modo particolare ad intrecciare i rimedi dell'esecuzione e del risarcimento in natura, aggiungendo così ulteriore ambiguità alla figura dell'*exécution forcée*, i cui due rami reintegratorio ed esecutivo si incrociano, qui, con lo strumento della *réparation*, potendo indurre finanche a credere – similmente a quanto si riteneva sotto il vigore del nostro previgente codice – che in ambito contrattuale il contraltare della *réparation en nature* sia proprio l'*exécution forcée*, nella sua veste di adempimento o in quella esecutiva (che entrambe, come si è visto, l'espressione designa).

Una tale incertezza sembra incoraggiata dal testo dell'art. 1221 *code civil* attuale che, nell'accordare al creditore il diritto di "*poursuivre l'exécution en nature*" di un'obbligazione, ne indica ora come limite non soltanto quello tradizionale dell'impossibilità, bensì anche quello di una "*disproportion manifeste*" tra il costo dell'adempimento per il debitore e l'interesse che ad esso possa avere il creditore⁴⁶.

Il confronto, richiamando alla mente il nostro art. 2058 cod. civ. – ed ora anche la norma pensata per sostituire l'art. 1261 *code civil* all'interno del *Projet de réforme de la responsabilité civile*⁴⁷, che pure contiene i limiti dell'*impossibilité* e della *disproportion manifeste* – evoca un parallelismo tra adempimento e risarcimento in natura, che a ritroso, tramite il doppio filo che lega l'introduzione del secondo all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, ci riporta ancora al disordine concettuale intorno al rapporto tra adempimento ed esecuzione coattiva⁴⁸.

Ma se la scelta compiuta dal legislatore francese del 2016 con il nuovo testo dell'art. 1221 *code civil* appare disorientante, essa non è però inedita: limiti all'esercizio dell'azione di adempimento, che rievocano le condizioni che da noi presidiano l'attuazione del risarcimento in forma specifica, si rinvencono anche nei vari progetti di diritto contrattuale europeo.

ne lasciato al giudice il potere discrezionale nella scelta della modalità risarcitoria): V. C. EBENE COBELLI, *Le «grandi braccia» del risarcimento in forma specifica*, cit., 703, 713. Ma v. anche F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, cit., 1201 s., che disegnano anche i limiti di tale discrezionalità giudiziale.

⁴⁴ *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*.

⁴⁵ V. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, cit., 1201. Così, il giudice potrà ordinare la riparazione in natura quando sia la vittima a richiederlo, purché in quest'ultimo caso la decisione del giudice non si traduca in un'imposizione al danneggiante oppure allorché entrambe le parti – vittima e danneggiante – siano d'accordo, o ancora quando il danneggiante stesso offra alla vittima la riparazione in natura.

⁴⁶ Cfr. ancora O. DESHAYES, T. GENICON, Y. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 549.

⁴⁷ *Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016*.

⁴⁸ Scriveva, invero, F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, 2, Padova, 1928, 212, che "d'altra parte l'art. 1220 c.c., in quanto si tratti di obbligazione di fare, contempla non una forma propria di esecuzione, ma una forma mista di esecuzione e risarcimento".



Così, ad esempio, l'art. 7.2.2 dei Principi dei contratti commerciali internazionali elaborati dall'Istituto Unidroit (PICC), sotto la Sezione II "*Right to performance*" appartenente al Capitolo 7, "*Non performance*" dispone, tra i limiti del creditore al conseguimento della sua pretesa creditoria, sia che "*performance is impossible in law or in fact*", sia che "*performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive*"; similmente, l'art. 9:102 dei Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando (PECL), fissa il limite della pretesa all'adempimento, tra gli altri, al caso in cui "*performance would be unlawful or impossible*" ed al caso in cui "*performance would cause the obligor unreasonable effort or expense*"⁴⁹.

L'incerta applicazione cui in ambito contrattuale il rimedio del risarcimento in natura va incontro, vuoi per le sue attitudini restitutorie, vuoi per l'interferenza della tutela esecutiva diretta, vuoi per l'assonanza tra la "*disproportion manifeste*" della *exécution en nature*, l'"*unreasonably burdensome or expensive*" *performance* e l'"eccessiva onerosità" della reintegrazione in forma specifica, restituisce un'immagine piuttosto opaca e disorganica del panorama dei rimedi specifici contrattuali.

In questo scenario, tuttavia, un messaggio positivo arriva proprio dall'ordinamento francese: il nuovo art. 1217 *code civil* sembra confermare l'idea, già tramandata dalla giurisprudenza con la *condamnation en nature*, della *réparation* come di uno strumento di portata generale, oltre che trasversale agli ambiti di responsabilità. Tra i rimedi avverso l'*inexécution du contrat*, invero, l'art. 1217 enumera, in coda a quelli reintegratori e caducatori, altresì il rimedio risarcitorio della "*réparation des conséquences de l'inexécution*": qui, il termine "*réparation*" potrebbe evocare, più di quanto non avrebbe fatto il termine "*compensation des dommages et intérêts*", un risarcimento in forma specifica, in aggiunta agli altri rimedi, cumulabili tra loro.

Chiudono il cerchio, in quest'ultimo senso, le norme pensate per sostituire gli artt. 1259 e 1260 *code civil* nel *Projet de réforme de la responsabilité civile*, in cui, all'interno del capitolo su "*Les effets de la responsabilité*" – tanto aquiliana quanto contrattuale – si prevede, rispettivamente, che "[l]a *réparation* peut prendre la forme d'une *réparation en nature* ou de *dommages et intérêts*", e che "[l]a *réparation en nature* doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage".

Da queste ultime norme, e dalle suggestioni provenienti dall'art. 1217 *code civil*, potremmo allora partire per districare l'intreccio di rimedi eterogenei che compongono, anche da noi, il nodo della tutela contrattuale specifica; al fine decifrare, di volta in volta, la richiesta di "riparazione in natura" formulata dal creditore.

⁴⁹ Peraltro, tanto nel diritto contrattuale europeo quanto nel diritto civile francese, un contributo all'ambiguità gioca il linguaggio che veicola i concetti in parola, atteso che, come nel primo l'espressione "*enforcement*" traduce sia "adempimento", sia "esecuzione in forma specifica", nel secondo è la locuzione "*exécution forcée en nature*" a designare il rimedio dell'adempimento (*exécution forcée directe*) e, al contempo, quello esecutivo diretto (*exécution forcée indirecte*).



BIANCA GARDELLA TEDESCHI

Professoressa associata di Diritto privato comparato – Università del Piemonte Orientale

IL DIRITTO FRANCESE DEL CONTRATTO E I CONTRATTI DELLA FILIERA PRODUTTIVA *

SOMMARIO: 1. Alcuni limiti della riforma francese del diritto generale dei contratti. – 2. La produzione di beni e servizi nella realtà economica contemporanea. – 3. Il contratto all'interno della filiera produttiva. – 4. Come regolare le catene produttive? – 5. L'Ordonnance è adatta per assicurare la giustizia contrattuale nella produzione di filiera?

1. – L'*Ordonnance* francese del 2016 costituisce un intervento importante del legislatore per rendere il diritto francese dei contratti più adatto alla realtà economica contemporanea¹. A ben vedere, la giurisprudenza, già poco dopo l'adozione del *code Napoléon*, aveva costantemente tenuto il passo con i cambiamenti della produzione e dell'economia, ma le precisazioni e le innovazioni della giurisprudenza non erano state trasposte in un testo legislativo. E così, fino all'*Ordonnance* del 2016, acquisire la conoscenza del diritto dei contratti vigente costituiva un'impresa piuttosto complicata, che comportava compulsare ed apprendere il manuale di diritto dei contratti più in voga del momento.

La riforma del codice francese non è, però, del tutto adeguata a riconoscere la complessità che il contratto presenta nel mondo contemporaneo. In questa opera di riordino e di ammodernamento, il legislatore non si è, infatti, spinto ad anticipare soluzioni alle problematiche che la configurazione dei processi produttivi chiede

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

Vorrei ringraziare Daniele Imbruglia, Giulia Terlizzi, Shaira Thobani ed Emanuele Tuccari – organizzatori del convegno – per il gentile invito come *discussant*. Un grazie particolare è per Giulia Terlizzi con cui ho potuto confrontarmi su alcuni dei temi toccati in questo scritto. Il testo mantiene uno stile colloquiale e riporta una bibliografia succinta. Il 23 febbraio 2022, durante il processo di pubblicazione, la Commissione Europea ha pubblicato la proposta di Direttiva in materia di *Corporate Sustainability Due Diligence* in risposta alla risoluzione del Parlamento Europeo del marzo 2021 che richiedeva la definizione di un *framework* comune in materia di obblighi di *due diligence* nella *supply chain* delle imprese. La proposta di direttiva mira alla creazione di un obbligo comune di *due diligence*, al fine di considerare i temi ambientali e dei diritti umani all'interno del mondo dell'impresa nonché spingere sui temi della sostenibilità e della condotta responsabile per le imprese operanti in UE che sono nel perimetro di azione della proposta di direttiva. La proposta di direttiva non ha potuto essere esaminata per la redazione di questo articolo.

¹ Tra i primi commenti alla *Réforme* B. FAUVARQUE-COSSON, F. ANCEL, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017; O. DESHAYES, TH. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexisnexis, 2017. In Italia, P. SIRENA, *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile profili metodologici della ricodificazione*, Jovene, 2019; G. VETTORI, E. NAVARRETTA, S. PAGLIANTINI, *La riforma del Code civil ed il diritto dei contratti in Europa*, in *Pers. e merc.*, 2018, I, numero monografico.



al diritto dei contratti. L'*Ordonnance* è elaborata seguendo un crittotipo ben saldo nel paradigma di chi ha scritto la riforma: Il legislatore ha aggiornato il diritto dei contratti avendo come modello di riferimento il contratto di scambio nelle sue diverse forme, a partire dalla compravendita. Possiamo, però, dire che oggi il diritto dei contratti è usato solo per lo scambio più o meno immediato tra le parti, oppure c'è qualcosa di maggiore e di diverso?

Muriel Fabre Magnan², nell'immediatezza della *Réforme*, metteva in risalto il grande sforzo della riforma per garantire tutela alla parte debole del contratto. Al contempo, metteva in risalto tre questioni, importanti per garantire la giustizia contrattuale, che non sono state affrontate con l'*Ordonnance*. “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”.

Ciò su cui vorrei concentrare la mia attenzione in queste brevi note riguarda il terzo punto messo in evidenza da Muriel Fabre Magnan, cioè la funzione del contratto nei meccanismi di produzione di beni e servizi.

2. – Così come il legislatore francese, molti di noi riconducono il contratto alla sua funzione archetipica: lo scambio. Oggi, però, gli accordi tra le parti sono posti in essere con altra funzione. In particolare, sempre di più nella produzione di beni e servizi, per organizzare la catena produttiva di diversi soggetti economici. L'organizzazione giuridica, e non solo economica, della catena produttiva è una sfida del presente e possiamo chiederci se la riforma francese sia adeguatamente attrezzata per affrontare il cambio di paradigma dell'organizzazione dei mercati.

Se noi analizziamo la produzione nella realtà economica odierna, vediamo una frammentazione e una delocalizzazione dei processi produttivi. La fabbrica del Lingotto che a Torino produceva automobili Fiat è l'immagine della fabbrica del passato. Per ferrovia, arrivavano le materie prime direttamente in fabbrica. Queste venivano poi che venivano lavorate, formate e poi assemblate. La costruzione dell'automobile iniziava al piano terreno e terminava al quarto piano, con una pista automobilistica dove avveniva il collaudo. Una rampa elicoidale collegava il quarto piano con il piano stradale: da lì usciva una nuova automobile, pronta per la consegna.

L'economia è attualmente organizzata in catene produttive e le diverse fasi non sono gestite da un'unica società, come accadeva nello stabilimento Fiat del Lingotto, ma per ogni fase possiamo avere differenti attori, organizzati secondo uno schema a catena o a rete, in modo che ogni anello della catena conduca il prodotto alla forma finale. Il principio economico che è alla base dell'organizzazione prevede che il valore del prodotto debba aumentare ad ogni passaggio. Quando è così, la filiera produttiva prende il nome di (Global) *Value Chain* (GVC). La forma giuridica tradizionale di una GVC vedeva nella società commerciale l'istituto

² M. FABRE MAGNAN, *What is a Modern Law of Contracts? Elements for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2017, 376.



giuridico di riferimento dell'intera catena produttiva: i diversi anelli non sono infatti anelli indipendenti ma le diverse tappe produttive si svolgono all'interno di un medesimo ente che coordina l'intero processo. Questo accade se una determinata società decide non di produrre ciò di cui ha bisogno, bensì di farlo fare, o di acquistarlo, da un fornitore esterno. Le aziende, siano esse grandi multinazionali o realtà più ridotte, hanno nel tempo trovato vantaggioso procedere all'outsourcing di certe attività ad altre aziende che a loro volta possono procedere all'outsourcing. La catena produttiva, prima organizzata intorno alle realtà societarie, si sviluppa in catene di approvvigionamento o di filiere produttive, che iniziano con la materia prima e finiscono con il prodotto o servizio finito e la sua distribuzione.

L'organizzazione della produzione in catene di produttori indipendenti che lavorano secondo uno schema predisposto dal committente finale ha portato alcuni benefici in termini di concorrenza, efficienza e riduzione dei prezzi per il consumatore finale. Allo stesso tempo, però, l'organizzazione della produzione secondo questo schema comporta grandi sfide per la tutela dei lavoratori, dell'ambiente e non solo. In questa realtà, l'istituto giuridico che lega le diverse fasi della produzione e dell'approvvigionamento è il contratto. La filiera produttiva è, quindi, costituita da una serie di transazioni commerciali che possono essere viste come i singoli anelli della catena e che sono quindi regolati dal diritto dei contratti. Si tratta, però, di contratti che hanno lo scopo di organizzare relazioni di lunga durata tra le parti, attraverso logiche che vedono nella cooperazione e nella conservazione della relazione stessa tratti fondamentali dell'assetto contrattuale. Un modello commerciale fondato sulla cooperazione tra diverse parti di un lungo processo produttivo comporta rilevanti ripercussioni sul modello contrattuale. L'archetipo cessa di essere quello dello scambio “one shot” e si sposta su uno schema contrattuale cooperativo in cui la presenza di “repeat players” diventa parte integrante della costruzione e della struttura della produzione³.

I termini chiave per comprendere il diverso paradigma economico e giuridico sono *supply chain*, *network*, *organizational contract* e *contract governance*. I termini non sono omogenei e provengono da diversi contesti culturali.

La *supply chain*, o filiera produttiva⁴, è un termine tecnico dell'organizzazione aziendale, studiata sia da economisti che da ingegneri. Con questa espressione, si indica il processo che permette di portare sul mercato un prodotto o servizio, trasferendolo dal fornitore fino al cliente.

Il *network*⁵ indica un insieme di entità produttiva che si organizzano, o vengono organizzate, per raggiungere uno scopo. I *network contracts* sono relazioni contrattuali di lunga durata, caratterizzati da una forte interdipendenza tra le prestazioni indicate nei singoli contratti e il risultato finale cui tende l'intero network, condiviso tra i diversi partecipanti al network⁶. Ad esempio, i singoli contratti di vendita acquistano un senso economico se le vediamo nel loro insieme, mentre possono esserne prive se vediamo le singole operazioni economiche. Il network è invece un concetto giuridicamente più nebuloso. Richard Buxbaum affermò che “network is not a legal concept”⁷. Ma il network rende meglio l'idea, rispetto alla catena contrattuale, del fatto che tutti gli attori si stanno muovendo per raggiungere un medesimo scopo, quello della produzione finale di un determinato bene. Zara può darci bene l'idea di come funziona un network: l'idea del prodotto da produrre parte da una singola entità economica che coordina una serie di altre entità con diversi strumenti

³ Sulla distinzione tra *one shot* e *repeat players* in diversi contesti, cfr. M. GALANTER, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *Law & Society Review*, 95 (1974).

⁴ V. UFBECK, A. ANDHOV, K. MITKIDIS, *Law and Responsible Supply Chain Management*, Routledge, 2019.

⁵ M. AMSTUTZ, G. TEUBNER, *Networks. Legal Issues in Multilateral Co-operation*, Hart Publishing, 2009.

⁶ S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI, G. VETTORI, *op. cit.*, 7.

⁷ R. BUXBAUM, *Is Network a Legal Concept*, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1993, 698.



contrattuali, in cui l'uso delle licenze o del design svolgono una parte rilevante, per arrivare alla produzione e poi alla vendita del prodotto finito. I vari anelli della catena non sono più liberi di comprare e vendere ma devono adattare la loro produzione, distribuzione, ecc. ad un modello comune. Ogni entità ha quindi un particolare compito all'interno della complessa struttura produttiva.

*Organizational contract*⁸ è, secondo i proponenti di questa espressione, un modo di usare lo strumento contrattuale in presenza di tre elementi di fatto: la durata della relazione tra le parti, il numero di partecipanti all'organizzazione, che sono in numero superiore a due, ed una vicinanza al diritto delle società dal momento che l'organizzazione contrattuale tiene il posto della gerarchia presente all'interno delle società.

*Contract governance*⁹ è un'espressione proposta per indicare il complesso sistema di contratti di, analogamente a quanto accade per le società, regola i rapporti all'interno della catena produttiva e distributiva.

3. – Il contratto all'interno della filiera produttiva ha caratteristiche abbastanza definite. Innanzitutto è spesso un contratto di durata, in cui la cooperazione tra le parti è un tratto caratteristico. Il riferimento è all'articolo di S. Macaulay che nel 1963 analizza le relazioni non contrattuali nel mondo degli affari. In effetti, si trattava di relazioni giuridiche che, pur riconducibili ad un paradigma contrattuale, erano diverse dallo schema contrattuale dello scambio. Attraverso la volontà delle parti si instaurano delle relazioni di durata in cui la relazione stessa è più importante della singola prestazione. Proprio per l'importanza della relazione più che della prestazione, questo tipo di contratto prese poi il nome, negli Stati Uniti, di *relational contract* e fu l'oggetto della ricerca di Ian McNeil a partire da un celebre articolo del 1985¹⁰.

All'interno delle filiere produttive sono soprattutto questo tipo di contratti che hanno la prevalenza, perché le catene produttive sono destinate a durare nel tempo. Ed è proprio la presenza della variabile tempo all'interno della relazione che permea l'insieme dei rapporti, economici e giuridici¹¹.

La proiezione della relazione nel futuro comporta la necessità di affrontare le incertezze. Il contratto viene quindi ad essere, in primo luogo, uno strumento per regolare l'incertezza di queste relazioni. La mancanza di certezza per il futuro può sottrarre alle parti la possibilità di determinare con esattezza il contenuto del contratto e l'accordo serve soprattutto a mantenere viva e operativa la relazione. L'incompletezza del contratto può indurre le parti a comportamenti opportunistici, maggiormente rispetto ai contratti cd. one shot. Inoltre, il contratto che organizza la relazione può prevedere clausole che richiedono la rinegoziazione del contratto quando si verificano determinati eventi. Inoltre, un contratto inserito in una più ampia filiera o network, richiede di tenere in conto anche le ripercussioni che un singolo contratto può avere sui terzi, che sono però partecipanti del network.

Una seconda peculiarità delle relazioni giuridiche all'interno delle filiere produttive sono gli investimenti che sono fatti per la produzione. Ad esempio, alcuni contraenti si dotano di un macchinario particolare, il cui investimento sarà ripagato esclusivamente continuando a far parte di una determinata filiera e, quindi, man-

⁸ S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI, G. VETTORI (eds.), *The Organizational Contract, From Exchange to Long Term Network Cooperation in European Contract Law*, Ashgate, 2013.

⁹ S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN, K. RIESENHUBER, *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford University Press, 2015.

¹⁰ I. MACNEIL, *Relational Contract: What Do We Know and Do Not Know*, 60 *Wisconsin Law Review*, 1985, 483.

¹¹ Per l'analisi delle tre caratteristiche dei contratti (incertezza, investimenti, rimedi all'inadempimento) all'interno della filiera: S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI, G. VETTORI, *The Overall Basis of Long-Term Organization*, in S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI, G. VETTORI (eds.), *The Organizational Contract*, cit., 9 ss.



tenendo la relazione, economica ancor prima che giuridica, con la controparte e, al contempo, il proprio posto nella catena. I partner che hanno effettuato degli investimenti in vista della loro partecipazione alla filiera produttiva sono parti che sono particolarmente vulnerabili¹². Infatti, se la relazione termina prima del previsto, o sopravvengono eventi legati all'incertezza che caratterizza le relazioni destinate a protrarsi nel tempo, l'investimento diventa a tutti gli effetti una perdita.

Una terza caratteristica è la possibilità di reazione che una parte ha nei confronti di un eventuale inadempimento dell'altra. Mentre nei contratti che si concludono con un singolo scambio di prestazioni, è possibile ricorrere a tutti i mezzi messi a disposizione dal diritto per "punire" la controparte, cioè per ottenere il massimo risarcimento possibile, questo non è possibile se si è coinvolti in una relazione di durata. Se si fa ricorso a rimedi troppo "punitivi", pur all'interno di un paradigma risarcitorio, si possono recuperare i danni ma si distrugge irrimediabilmente un bene importante, cioè la relazione, e si mette a repentaglio l'appartenenza ad un determinato network¹³. La vulnerabilità è anche qui chiara: pur di non perdere asset importanti, la relazione e l'investimento, alcune parti sono disposte a subire irregolarità più o meno importanti, per salvare la propria appartenenza ad un determinato gruppo.

Queste caratteristiche fanno dubitare chi si è occupato dei contratti relazionali che si possa in effetti parlare di una presunzione di somiglianza tra i contratti le due tipologie di contratti e che quindi le regole formulate per un tipo di operazione economica valgano esattamente senza ritocchi per l'altro tipo di contratto.¹⁴ Che la forma archetipica del contratto continui ad essere per il giurista, non solo nazionale, il contratto di vendita è reso esplicito dalla letteratura e dalla legislazione sulla vendita internazionale che non sembra adatta a disciplinare l'aspetto relazionale della relazione giuridica.

Attraverso i contratti, dunque, possono essere costruite delle organizzazioni che hanno la medesima funzione economica di una corporation. A questo proposito, chi ha cominciato a occuparsi di organizzazioni contrattuali mette in evidenza i punti di contatto tra la *corporate governance* e la *contract governance*¹⁵. L'argomento è vasto e complesso, ma è importante mettere in risalto alcuni aspetti di questi studi. In particolare, è messo in evidenza come l'organizzazione delle società sia basata sulla gerarchia interna tra il management e i diversi livelli gerarchici appunto dei dipendenti. Se raggiungiamo il medesimo risultato con organizzazioni contrattuali, bisogna chiedersi cosa rimane della presunta autonomia delle parti, della loro libertà di autodeterminazione e di scelta consapevole dell'assetto contrattuale. È chiaro, almeno da un punto di vista economico, che la libertà delle parti è in molti casi una semplice finzione. Una riforma, come quella francese, che è chiaramente schierata a favore di un modello liberale non sembra essere d'aiuto nel governare queste nuove realtà, dal momento che presume una libertà e una coscienza delle parti che in effetti, all'interno di più vaste organizzazioni, può non essere presente.

¹² O WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *Journal of Law and Economics*, 1979, 233.

¹³ Sul ruolo della sanzione sociale nel contratto, cfr. B. GARDELLA TEDESCHI, *Gentlemen's Agreement*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, 730.

¹⁴ Cfr. S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI, G. VETTORI, *The Overall Basis of Long-Term Organization*, cit., 3. Cfr. B. GARDELLA TEDESCHI, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali*, Giuffrè, 2008, 364.

¹⁵ S. GRUNDMANN, *Between Market and Hierarchy*, in S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ, M. RENNER, *New Private Law Theory. A Pluralist Approach*, Cambridge University Press, 2021, p. 315; S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN, K. RIESENHUBER, *Contract Governance: Dimension in Law and Interdisciplinary Research*, in S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN, K. RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance*, cit., 11.



4. – Come regolare oggi le catene produttive in modo che sia assicurata la giustizia nella relazione contrattuale? La discussione è aperta. Non credo che il solo diritto dei contratti, così come lo abbiamo concepito fino ad oggi, possa essere la soluzione, né è il mercato che da solo può aggiustare la vulnerabilità di alcune parti. Sono necessari interventi da parte del legislatore con cui si possano assumere alcuni provvedimenti, che sono anche difficili da concepire in modo universale.

Un esempio importante viene dalla legislazione europea che ha recentemente introdotto la direttiva contro le pratiche commerciali sleali all'interno della filiera produttiva agroalimentare¹⁶. Dopo la crisi del 2008, il rapido aumento dei prezzi dei prodotti agroalimentari, a fronte di una diminuzione del prezzo delle materie prime, destò la preoccupazione della Commissione Europea che nel 2009 indirizzò al Parlamento, al Consiglio e Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni la comunicazione "Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa". La Commissione, dopo aver analizzato l'andamento dei prezzi e l'importanza strategica della filiera agro-alimentare per l'economia europea, esamina la distribuzione del potere commerciale all'interno della filiera dove individua una serie di pratiche commerciali scorrette. "All'interno della filiera alimentare si osservano con frequenza notevoli squilibri nel potere negoziale delle parti contraenti, aspetto che preoccupa seriamente gli operatori. Questa asimmetria nel potere negoziale può dar luogo a pratiche commerciali sleali, laddove operatori più grandi e potenti cercano di imporre accordi contrattuali a loro vantaggio, mediante prezzi o condizioni migliori. Tali pratiche possono verificarsi a qualsiasi livello della filiera e consistono, ad esempio, in pagamenti tardivi, modifiche unilaterali dei contratti, cambiamenti ad hoc dei termini contrattuali, versamento di anticipi per partecipare ai negoziati. Nell'ambito delle filiere di prodotti alimentari non trasformati, le aziende e le cooperative più piccole spesso trattano con acquirenti più grandi, siano essi produttori, grossisti o dettaglianti. Nell'ambito delle filiere di prodotti alimentari trasformati, si hanno da un lato le piccole imprese di trasformazione che negoziano contratti in genere con dettaglianti di maggiori dimensioni che sono spesso il loro unico canale d'accesso al mercato, dall'altro le grandi multinazionali di prodotti alimentari che possono anch'esse avere un importante potere negoziale in quanto offrono prodotti di marca da cui i dettaglianti non possono prescindere"¹⁷. La Commissione Europea, in un primo momento, invita gli Stati membri a intervenire a livello nazionale per contrastare il disequilibrio contrattuale all'interno della filiera agro-alimentare. È poi nel 2019 che l'Unione Europea adotta una direttiva, la 2019/633¹⁸, per contrastare le pratiche commerciali scorrette all'interno della filiera agroalimentare. La direttiva individua una serie di pratiche commerciali che sono dichiarate scorrette e quindi vietate. Proprio per non lasciare la singola parte nel dubbio se denunciare le pratiche commerciali scorrette ed uscire, con buona probabilità dal mercato, oppure subire per continuare le relazioni commerciali, la direttiva prescrive agli Stati membri di individuare delle autorità di contrasto che, oltre a ricevere eventuali denunce, possano avviare e condurre indagini di propria iniziativa (art. 6).

5. – Alcune novità introdotte dalla *Ordonnance* del 2016 costituiscono, per alcuni, una apertura verso una

¹⁶ Regolamento (CE) N. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare. Cfr. B. GARDELLA TEDESCHI, *Contract Law in the Agri-Food Supply Chain*, 14 *FIU L. Rev.* 2021, 427.

¹⁷ COM(2009)591, IT, p. 5.

¹⁸ Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, adottata dal Governo, per legge delega 22 aprile 2021, n. 53, il 4 novembre 2021.



JUS CIVILE

presa in conto di realtà complesse. L'introduzione di alcuni articoli potrà essere d'aiuto nell'affrontare i nuovi assetti produttivi. La nuova disciplina della cessione dei diritti contrattuali potrebbe essere una spia che segnala una maggiore attenzione per la rilevanza che il singolo contratto può avere anche per i terzi. Il nuovo articolo 1324 *code civil* regola la cessione del credito, per la quale non sono previste, come nel passato, formalità particolari¹⁹. L'art. 1327 *code civil* prevede, per la prima volta, la cessione del debito, con forma scritta a pena di nullità. I due articoli sarebbero un indice di una maggiore apertura del diritto francese dei contratti ad una apertura verso i terzi estranei al singolo contratto, così come è per le filiere produttive²⁰. Ma questo non può essere certamente considerato un punto di arrivo, solo l'apertura di un piccolo spiraglio su un tema ben più vasto.

Con la *Réforme* è stato introdotto nel formante legislativo il contratto di durata, che non era stato previsto dal codice del 1804. L'Ordonnance ha introdotto la dimensione temporale all'interno del diritto dei contratti, prevedendo all'art. 1229 al 3²¹, in tema di risoluzione, i contratti in cui le prestazioni trovano la loro utilità soltanto con l'esecuzione completa (*par l'exécution complète*) e i contratti in cui invece l'utilità si acquisisce man mano che si procede con l'esecuzione delle prestazioni (*au fur et à mesure*)²². L'articolo 1111-1 introduce l'elemento temporale nel contratto con una diversa terminologia, distinguendo tra *contrat à exécution instantanée*, in cui le obbligazioni possono essere adempiute in un'unica prestazione, e *contrat à exécution successive*, in cui l'obbligazione di almeno una parte è formata da più prestazioni, ripartite nel tempo. Per quanto l'inserimento della variabile tempo all'interno del contratto sia importante nella corrispondenza, necessaria, tra disciplina giuridica e realtà, ci sono voci autorevoli che ritengono che non aver previsto un *contrat à interesse commun*, cioè un contratto in cui si è in presenza d'une opération globale qui suppose, pour que l'objectif poursuivi soit atteint, quel es prestations quel es prestations s'enchainent dans un certain ordre (...). Mais on est alors non plus dans les classifications traditionnelles mais dans les classifications qu'appelle une systématisation d'une réalité contractuelle profondément renouvelée par la pratique²³.

Credo, quindi, che si possa concordare con le osservazioni di Muriel Fabre Magnan, riportate in apertura, che le filiere produttive di beni e servizi non possano ancora essere regolate dal diritto generale del contratto, così come riformato.

¹⁹ Alla cessione del credito, come fenomeno di mercificazione dell'obbligazione ai fini di una sua più agile circolazione, si veda V. CONFORTINI, *Sulla cession de créance*, in questo fascicolo.

²⁰ S. GRUNDAMNN, M.S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in G. VETTORI, E. NAVARRETTA, S. PAGLIANTINI, *La riforma del Code civil ed il diritto dei contratti in Europa*, cit., p. 25.

²¹ Art. 1229 al 3: "Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation".

²² F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les Obligations*, 12^e ed., Paris, 2019, 883-884.

²³ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les Obligations*, cit., p. 125.



ANDREA MARIA GAROFALO

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Trento

LA NUOVA DISCIPLINA FRANCESE DEL DOVERE DI INFORMAZIONE PRECONTRATTUALE: UN MODELLO PER L'ITALIA? *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il dovere generale di informazione: linee essenziali della nuova disciplina francese. – 3. Le scelte metodologiche e politiche del legislatore: l'approccio fondato sulla buona fede e l'ispirazione ordoliberal. – 4. Le scelte tecniche del legislatore: l'esclusione del dovere informativo e il rinvio all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. – 5. Segue. La rilevanza causale dell'informazione e la restante disciplina del dovere informativo. – 6. Le criticità della réforme: il mancato coordinamento del dovere generale di informazione francese con la disciplina dei vizi del consenso. – 6.1. Il dol. – 6.2. L'erreur. – 7. Segue. Per una regolazione unitaria dell'informazione precontrattuale a fronte della duplicità dei rimedi attivabili. – 8. Conclusione.

1. – Da sempre nel diritto contrattuale convivono istanze contrapposte: l'una, volta ad assicurare che i contraenti in sede precontrattuale si scambino tutte le informazioni rilevanti per poter giudicare con precisione circa i termini dell'affare; l'altra, invece, di stampo liberale e diretta a consentire a ciascuna delle parti di tacere tutte queste informazioni, onde massimizzare il profitto che ciascuna intende trarre dall'affare.

È ben noto che la prima istanza corrisponde a una visione solidaristica del contratto e la seconda, invece, a una visione antagonista; che le giurisdizioni di *civil law* tradizionalmente hanno prediletto il primo approccio; e, infine, che negli ultimi decenni questa tensione solidaristica si è addirittura incrementata negli ordinamenti di *civil law*. Ciò si è tradotto, pressoché ovunque, in un maggior ruolo della buona fede precontrattuale e, in particolare, in più intensi obblighi di informazione a carico di ciascuna delle parti, di fonte ora legislativa, ora giurisprudenziale.

All'interprete italiano è ben noto il percorso che ha portato, tra l'altro, il legislatore a prevedere una miriade di obblighi di informazione (specie nel caso di contratti conclusi da consumatori o comunque tra parti in posizioni di squilibrio)¹ e che ha condotto dottrina e giurisprudenza prima ad ampliare l'ambito di applicazione riservato ai vizi del consenso (in particolare al dolo)² e poi a elaborare e accogliere la teoria dei vizi

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ Impossibile una, anche parziale, elencazione: basterà, a tal fine, compulsare i tantissimi testi legislativi che hanno regolato tali obblighi informativi (a partire dal codice del consumo, dalle leggi speciali dedicate alla disciplina di certi contratti tipici, dal testo unico della finanza e da quello in materia bancaria).

² In dottrina v. ad esempio G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 98 ss. In letteratura è diffusa l'opinione secondo cui la giurisprudenza stessa ha allargato le maglie del dolo negli ultimi decenni (v. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di*



incompleti del consenso (stando alla quale è possibile chiedere il risarcimento per lesione di un obbligo precontrattuale di informazione anche se il contratto concluso è svantaggioso, ma valido)³. Ma un simile percorso si è riproposto, in termini assai simili, in tutti i principali ordinamenti continentali⁴: e così, in particolare, anche in Francia, ove l'intensa opera legislativa, volta a dettare numerose previsioni relative a specifici doveri informativi (per lo più nell'ambito di quello che, con linguaggio municipale, chiameremmo secondo o terzo contratto)⁵, è stata preceduta e poi comunque affiancata dalla proposta dottrinale di estendere i vizi del consenso (e in particolare il *dol*)⁶ e di far assumere alla buona fede precontrattuale un ruolo di supplenza⁷.

Non apparirà strano quindi che il legislatore francese, chiamato a riformare la disciplina delle obbligazioni e dei contratti del codice civile, si sia soffermato anche sul dovere precontrattuale di informazione, dettando un'apposita previsione, di applicazione generale, che ne stabilisce alcune coordinate essenziali. Tale disposizione – il nuovo art. 1112-1 *Code civil*⁸ – appare di grande interesse anche per l'interprete italiano, costituendo la risposta a un interrogativo che pure in chiave interna si pone con estrema urgenza: è opportuno regolare espressamente, nell'ambito della disciplina generale del contratto, il dovere d'informazione precontrattuale?

Nel presente contributo descriveremo la nuova disciplina francese (tenendo anche in considerazione i commenti dottrinali che, nei cinque anni che ci separano dalla riforma del *Code civil*, vi sono stati dedicati)⁹, per poi passare a valutarla dal punto di vista dell'interprete italiano, verificandone così i punti di forza e i lati deboli nella prospettiva di un possibile futuro intervento legislativo sul codice civile¹⁰. Le criticità della riforma francese, come vedremo, riguardano essenzialmente il mancato coordinamento tra il nuovo dovere

*diritto privato*²², Milano, 2018, 186 s.); tuttavia, vi è chi di recente ha criticato tale convinzione (v. in particolare M. DE POLI, *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale"*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 694).

³ Cfr. in particolare M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 187 ss. Non è vi è dubbio che la giurisprudenza abbia fatto proprio questa proposta, almeno a partire dalle notissime sentenze Rordorf (Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 432); v. pure Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1063.

⁴ V. su questi profili R. SEFTON-GREEN, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, 2005. In particolare, sull'evoluzione tedesca del dolo (*arglistige Täuschung*) e dell'obbligo precontrattuale di informazione (poi trasfuso nel § 311 BGB dalla *Schuldrechtsmodernisierung*), che ha rappresentato il modello più noto di estensione dell'informazione precontrattuale per supplire alle lacune dei vizi del consenso (anche in virtù del fatto che, in Germania diversamente che in altri ordinamenti, si consente di chiedere una *Naturalrestitution* per il caso di violazione degli obblighi precontrattuali di informare, con conseguente caducazione del vincolo contrattuale), v. M.J. SCHERMAIER, §§ 116-124. *Willensmängel*, in M. SCHMOECKEL-J. RÜCKERT-R. ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, 2003, 495 ss.

⁵ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*⁸, Paris, 2002, 260 ss.

⁶ Per la Francia v. J. GHESTIN, *La formation du contrat*³, in ID. (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, 1993, 535 ss., e, in giurisprudenza, Cour de Cassation, Chambre civile 3, 15 janvier 1971, 69-12.180.

⁷ Sempre per la Francia v. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*⁸, cit., 255 ss. e, in giurisprudenza, Cour de Cassation, Chambre civile 1, 18 avril 1989, 87-12.053.

⁸ L'obbligo generale di informare veniva, prima della riforma, fondato sui vecchi artt. 1134, *alinéa* 3, e 1135 *Code civil*. Quanto ai progetti dottrinali, l'*avant-projet* Catala dedicava al dovere di informazione gli artt. 1110 e 1110-1; l'*avant-projet* Terré l'art. 33. Limitando i riferimenti bibliografici alla letteratura italiana che si è occupata nuovo art. 1112-1, v. E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1307 ss.; D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. impr.*, 2018, 96 ss.; A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. merc.*, 2018, 88 ss.; P. SIRENA, *The New Design of the French Law of Contract and Obligations*, in J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER (eds.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, London, 2017, 357 ss.

⁹ § 2.

¹⁰ §§ 3-5.



d'informazione precontrattuale e la disciplina dei vizi del consenso: di esse dovremo interessarci da vicino, anche al fine di suggerire a chi eventualmente vorrà mettere mano al codice civile soluzioni che vi si sottraggano¹¹.

2. – Come si è detto, a fronte di una legislazione speciale a macchia di leopardo, che ha introdotto una miriade di obblighi di informazione speciali, e di un'interpretazione giurisprudenziale sempre più incline ad ammettere un generale dovere delle parti delle trattative di scambiarsi informazioni rilevanti, il legislatore francese ha sentito il bisogno di dettare un'apposita disposizione relativa agli obblighi di informazione: e, cioè, il nuovo art. 1112-1¹².

La nuova previsione sul dovere di informazione, anzitutto in virtù della sua collocazione topografica, è di diritto comune e di portata generale: ne deriva che, da un lato, riguarda qualsiasi tipo di contratto e, da un altro lato, non esclude che specifici tipi di contrattazione possano prevedere obblighi di informazione più penetranti.

Nel suo primo *alinéa*, l'art. 1112-1 stabilisce che: “celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant”¹³.

Come si vede, la disposizione non solo conferma l'esistenza di penetranti obblighi di informazione tra le parti delle negoziazioni (indipendentemente dalla sussistenza di un vizio del consenso), ma individua pure un criterio per guidare la giurisprudenza nell'opera di concretizzazione di questo dovere, creando inoltre una cornice sistematica entro cui inserire gli obblighi già previsti dalla legge (i quali, infatti, talvolta specificano il dovere generale di informazione; altre volte – e qui si tratterà soprattutto dei casi dei contratti tra diseguali, come il contratto del consumo – lo estendono ulteriormente¹⁴).

Converrà indugiare sul criterio così posto, che costituisce il perno attorno a cui ruota tutto l'art. 1112-1 e che, in larghissima parte, consacra i risultati cui era giunta la giurisprudenza negli anni precedenti¹⁵.

Anzitutto, il legislatore esclude la sussistenza, nel diritto francese, di un generale obbligo di informarsi per informare. Per meglio dire: non vi è dubbio che un tale dovere può sussistere, ma ciò avverrà in casi specifici, che si porranno quindi al di fuori della nuova previsione codicistica¹⁶. Si tratta, peraltro, di una regola che in chiave comparatistica non è affatto nuova e, anzi, appare abbastanza diffusa¹⁷: il dovere di informarsi per informare non è mai “generale”, ma riguarda semmai casi “particolari” e, quindi, è anche di portata ristretta¹⁸.

¹¹ §§ 6-8.

¹² Inserito nella sotto-sezione del *Code civil* riformato dedicata alle negoziazioni, subito dopo l'art. 1112, che riguarda la rottura delle trattative, e l'art. 1112-2, sulla divulgazione di informazioni riservate apprese durante le trattative.

¹³ Ossia: “la parte che conosce una informazione di importanza determinante per il consenso dell'altra parte, deve condividerla, se quest'ultima legittimamente la ignora o fa affidamento nella sua controparte”.

¹⁴ V. in linea generale F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*¹², Paris, 2019, 375 ss.

¹⁵ V. PH. MALAURIE, L. AYNÉS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, Paris, 2018, 425.

¹⁶ V. M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme*, in JCP, 2016, 706; G. CATTALANO-CLOAREC, *Obligation d'information et réticence dolosive: une obscure clarté?*, in M. LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Paris, 2017, 41. L'obbligo di informarsi per informare può sorgere anche in virtù di un'informazione non dovuta e spontaneamente offerta (ipotesi di cui parleremo ampiamente nel prosieguo): v., prima della *réforme*, Cour de Cassation, Chambre civile 2, 19 juin 1996, 94-12.777.

¹⁷ V. D. KÄSTLE-LAMPARTER, *Art. 2:401: Duty to Disclose Information*, in R. ZIMMERMANN, N. JANSSEN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, 418 s.

¹⁸ Il progetto Catala aveva, invece, esteso il dovere generale di informazione sino ad abbracciare l'obbligo di informarsi per in-



In Francia esiste invece oggi un generale obbligo di rivelare alla controparte le informazioni di cui una parte è (già) a conoscenza. Tale obbligo, o dovere (si useranno qui i due termini quali sinonimi), è generale, nel senso che non richiede particolari condizioni per sorgere, se non quelle relative al perimetro che ne definisce l'estensione. Perimetro che, per l'appunto, è rispecchiato dal criterio guida previsto dall'art. 1112-1 e che si declina in una triplice dimensione¹⁹.

In primo luogo, si richiede che l'informazione abbia un'importanza *déterminante*; con "determinante" s'intende qualsiasi informazione che, più che semplicemente "pertinente"²⁰, sia tale da avere un'incidenza causale – un'*influence* – sul consenso dei contraenti (in altri termini: un'informazione che, se fornita, avrebbe fatto sì che non si sarebbe concluso il contratto o si sarebbe concluso il contratto a condizioni anche parzialmente diverse)²¹.

È il legislatore stesso, all'*alinéa* 3, che specifica che sono "determinanti", in questo senso, le informazioni che hanno un "ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties"²². Secondo la dottrina, il riferimento al "contenuto" – che qui come altrove ha sostituito *objet* e *cause* – va inteso come all'oggetto delle obbligazioni, al prezzo, alle prestazioni attese²³; a sua volta, il richiamo alla "qualità delle parti" viene ritenuto rilevante solo per i contratti *intuitu personae*²⁴.

In secondo luogo, è necessario che la controparte "legittimamente ignori l'informazione o faccia affidamento sul fatto di riceverla dalla sua controparte".

Questa formula sottende, in realtà, due previsioni diverse: anzitutto implica che l'ambito dell'obbligo di informazione non è – o non è primariamente – quello dell'errore spontaneo, in cui una parte cade, ma è quello dell'errore per così dire causato. Si tratta dei casi in cui una parte "legittimamente" non conosce una certa informazione e, quindi, confida nel fatto che sarà la sua controparte a informarla: o, per meglio dire, nel fatto che la situazione – e così il bene o il servizio – abbia tutte le caratteristiche normali e che ci si può aspettare in base alle circostanze, salva una diversa informazione proveniente dalla controparte²⁵.

Quando sia tutelato un simile affidamento risponde, anzitutto, a una regola generale, che non è espressa a chiare lettere nel nuovo testo del *Code civil*, ma che sicuramente vi è implicita (corrispondendo, del resto, a un principio che ritroviamo in diversi ordinamenti): il dovere di informazione nasce ogni qual volta le parti, pur tra loro in posizione di equilibrio, risultino in posizione di asimmetria rispetto all'informazione²⁶, nel

formare (cfr. l'art. 1110, secondo cui «celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner»). Così, peraltro, pure il progetto di *ordonnance* del febbraio 2015, all'art. 1129.

¹⁹ V. PH. MALAURIE, L. AYNÉS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., 425.

²⁰ Così invece l'*avant-projet* Catala, all'art. 1110, *alinéa* 3, che riprendeva l'espressione di M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, 1992, 132 s.

²¹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*², Paris, 2018, 164.

²² Ossia che "hanno un legame diretto e necessario con il contenuto del contratto o la qualità delle parti". Caio compra da Tizio una villetta solo perché l'albero che è sul fondo del vicino è una magnolia che ricorda la sua gioventù; Tizio, che in ipotesi nulla sa di questa motivazione, non sarà tenuto a dire a Caio che il vicino di casa sta per sradicare l'albero.

²³ Cfr. art. 1162 ss., nonché G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 164.

²⁴ V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 370.

²⁵ Sempre il progetto Catala aggiungeva, all'art. 1110, comma 2, che «cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties».

²⁶ La dottrina francese esprime in modo vario questo principio, senza però incidere sulla sostanza. Ad esempio, F. TERRÉ-PH. SIMLER Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 372, sottolineano come il dovere di informazione nasca se una delle due



senso che una è – e appare essere – più vicina dell'altra all'informazione e, quindi, è tenuta a condividerla²⁷.

Ma la formula poc'anzi esposta – la controparte “legittimamente ignora l'informazione o fa affidamento sul fatto di riceverla dalla sua controparte” – richiama anche qualcosa di diverso e di ulteriore, che coincide con la terza dimensione in cui criterio generale fatto proprio dall'art. 1112-1 si esprime.

Non qualsiasi informazione può essere ignorata “legittimamente”: a prescindere dall'asimmetria rispetto alla stessa, vi sono informazioni rispetto alle quali il dovere di informare appare disattivato. In altri termini, non basta essere “più lontani” dall'informazione per potersi aspettare di venire informati; serve qualcosa in più, ossia che la parte non a conoscenza dell'informazione non sopporti il rischio relativo alla sua ignoranza.

Ovviamente, questa ulteriore precisazione richiede di comprendere quando si producano situazioni di questo tipo: quando, cioè, una parte debba senz'altro informarsi da sé.

Un chiarimento al riguardo si può rinvenire nello stesso art. 1112-1, all'*alinéa* 2, secondo cui “néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation”. Il dovere di informazione, quale che sia la distanza dalla fonte di informazione, non può mai riguardare “la stima del valore della prestazione”, rispetto alla quale ciascuna parte deve compiere le sue verifiche e deve adoperarsi per reperire informazioni, senza doverle condividere con la sua controparte²⁸. Si tratta di una precisazione – che rimanda a quella che in chiave italiana chiameremmo “valutazione di convenienza del contratto” – fornita dal legislatore della riforma per “rassurer les milieux économiques”²⁹, nel solco della più recente giurisprudenza della *Cour de Cassation*³⁰.

In realtà, la specificazione così offerta, la cui importanza è comunque indiscutibile, si limita semplicemente a recepire un principio applicato in qualsiasi ordinamento fondato sull'autonomia privata: anzi, lo recepisce in modo abbastanza generico, senza nemmeno chiarire tutti i dubbi che vi si collegano³¹. Del resto,

parti è nell'impossibilità di ottenere un'informazione o anche semplicemente se per essa è difficile ottenerla, così come se sussiste una relazione di particolare affidamento, in particolare perché una delle parti del contratto agisce professionalmente.

²⁷ Ad esempio: Tizio vende a Caio una villetta senza rivelargli che sta per venire costruita proprio di fronte una superstrada, sebbene tale informazione non sia “de la connaissance de tout” (così *Cour de Cassation, Chambre civile 3*, 6 mars 2002, 99-20.637; v. pure *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 17 juillet 2001, 97-17.259, a proposito di un'autorizzazione comunale oggetto di una campagna di stampa tale per cui essa ha beneficiato “d'une très grande notoriété”).

²⁸ Il testo fa espresso riferimento a “valutazioni”, sicché sembrerebbe che il dovere di informazione non riguardi quelle opinioni personali, e per loro natura spesso incerte, sull'evoluzione del mercato. La dottrina, tuttavia, intende la disposizione come estesa anche ai veri e propri “dati” relativi all'esistenza di un mercato e alle sue possibilità di futuro sfruttamento: v. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 370. Del resto, una gran parte delle opinioni personali sfuggono, già a monte, dall'ambito di applicazione dell'art. 1112-1, che si riferisce solo a “informazioni” (tra le quali possono rientrare, a tutto voler concedere, perizie di terzi, avvertimenti circa fatti che presentano un margine di incertezza, ma non già semplici consigli: v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*, cit., 164).

²⁹ V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 370. Del resto, la *réforme* non è rimasta affatto sorda alla necessità di assicurare l'“efficacia economica”, anche aderendo a scelte politiche liberali (sul rapporto tra scelte politiche e riforma francese v. oltre, § 3): su tutto ciò v. in particolare D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 808 ss.

³⁰ V. in particolare il noto *arrêt* Baldus (*Cour de Cassation, Chambre civile 1*, 3 mai 2000, 98-11.381). Questi i fatti: un venditore aveva alienato, in un'asta pubblica, al prezzo di 1.000 franchi l'una, cinquanta fotografie di Baldus (fotografo famosissimo: informazione ignorata dal venditore, che aveva perciò richiesto un prezzo irrisorio). L'acquirente, poi, aveva comprato altre trentacinque e poi altre cinquanta fotografie allo stesso prezzo. Il venditore, venuto a scoprire dell'autore delle fotografie, chiedeva di dichiarare la nullità delle ultime vendite per dolo; peraltro, si scopriva che dopo il primo acquisto il compratore aveva già rivenduto alcune delle prime cinquanta fotografie a un prezzo molto più alto di quello d'acquisto. Secondo la Cassazione, tuttavia, non esisteva alcun dovere di informare circa la propria stima del valore di un bene: sicché la Corte cassava la sentenza d'appello, che aveva dichiarato nulla la vendita.

³¹ Basti pensare che, poco dopo aver deciso il caso Baldus, la Corte di cassazione francese aveva pronunciato una sentenza apparentemente contrastante (*Cour de Cassation, Chambre civile 3*, 15 novembre 2000, 99-11.203), in cui si dichiarava nulla una vendita,



sebbene in ipotesi semplici sia assai chiaro a cosa si riferisca la stima del valore della prestazione – pagare 1 o 2 lo stesso bene è una valutazione di convenienza; non lo è, invece, sapere se un bene è d’oro o d’argento –, in altre ipotesi non è così banale rispondere³²; per di più, non è scontato nemmeno comprendere se, accanto a questi casi, ve ne siano altri simili in cui il dovere di informazione si disattiva (dovendosi applicare allora un regime analogo a quello vigente per le valutazioni sulla convenienza)³³.

D’altro canto, lo stesso legislatore ammette, per quanto in modo non del tutto nitido, che l’area di quello che potremmo definire “diritto al silenzio” è variabile a seconda dei diversi casi. Infatti, l’*alinéa* 1 della disposizione in commento aggiunge, come già si è visto, che anche chi non ignora legittimamente un’informazione può aspettarsi di riceverla dalla controparte informata, se fa “legittimo” affidamento in ciò.

Si tratta di un’ulteriore indicazione che i giuristi francesi collegano a tutta una vasta congerie di casi in cui, visto il particolare rapporto che esiste tra due soggetti (è il caso di contratti conclusi tra membri della stessa famiglia oppure tra soci e presidente della stessa società)³⁴, l’uno può aspettarsi di ricevere più informazioni dall’altro di quanto non avverrebbe in una situazione normale e pienamente commerciale³⁵. Così, tra le informazioni rispetto a cui in questi casi non opera l’esenzione – e che quindi ricadono a pieno titolo nel dovere di informazione – rientrano anche, e soprattutto, dati concernenti l’evoluzione prevista di un certo mercato, che in altre ipotesi non dovrebbero essere rivelati³⁶.

Ecco che, in casi simili, sembra che l’ampiezza della valutazione di convenienza, rispetto alla quale non è necessario fornire informazioni, si restringa: o, comunque, che alcune informazioni, per le quali di solito non sussiste un obbligo di divulgazione, debbano venire rivelate, sottraendosi all’esclusione del dovere di informazione, per rientrare nuovamente nell’obbligo generale³⁷.

Come si può appurare soprattutto considerando la terza dimensione in cui si declina il criterio volto a sovrintendere al dovere generale di informazione, il legislatore non ha voluto porre regole precise, ma solo clausole mobili, demandando alla giurisprudenza, con la sua stratificazione quotidiana, il compito di fissarle in prescrizioni più precise.

Esaminato il criterio attorno a cui ruota l’estensione del dovere di informazione, possiamo approfondire il resto della regolazione che trova spazio nell’art. 1112-1 e che si sostanzia nei commi 4, 5 e 6.

per dolo, a causa del fatto che l’acquirente – una società, che agiva però per il tramite di un incaricato avvalendosi di una *clause de substitution* – non aveva informato i venditori delle qualità del loro terreno e in particolare della ricchezza della composizione del sottosuolo. In dottrina, un autore – E. SAVAUX, in *Rép. Defrénois*, 2001, 243 ss. – aveva provato a far convivere le due decisioni, sostenendo che la prima riguardava un’ignoranza relativa al valore di un bene, la seconda invece un’ignoranza relativa a certe qualità.

³² Mancando una vera e propria nozione di “informazione sulla convenienza”. Ci chiederemo oltre, però, se sia compito del legislatore o piuttosto di dottrina e giurisprudenza costruire questa nozione.

³³ Torneremo sul punto, nella prospettiva italiana, nel § 4; per il momento, v. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 373, che notano come i confini dell’ignoranza legittima non siano semplici da tracciare, tanto che si rinvergono numerose decisioni giurisprudenziali all’apparenza contrastanti.

³⁴ A tal riguardo si richiama spesso il caso Vilgrain, in cui un soggetto, avendo ereditato alcune azioni, si era rivolto al presidente della società, a cui aveva chiesto di cercare un acquirente; il presidente, sig. Vilgrain, assieme ad altri azionisti, aveva acquistato quelle azioni, per poi rivenderle immediatamente a terzi a un prezzo molto più alto. Secondo la Cassazione francese (Cour de Cassation, Chambre commerciale, 27 février 1996, 94-11.241) il silenzio serbato dal sig. Vilgrain non era conforme a correttezza, visto il suo particolare ruolo nella società.

³⁵ Ad esempio: Tizio vende al fratello Caio un *bistrot*, senza rivelargli che negli anni a seguire gli avventori nel quartiere caleranno, perché alcuni uffici pubblici si sposteranno in un altro quartiere.

³⁶ V. G. CHANTEPIE M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 169.

³⁷ In effetti, non è del tutto chiaro se tali informazioni rientrino in sé e per sé in una nozione a perimetro fisso di “valutazione di convenienza” oppure siano, in virtù di altre ragioni, normalmente escluse dal generale dovere di trasparenza e, quindi, dall’ignoranza “legittima”: ma su questo v. § 4.



Secondo l'*alinéa* 4 l'onere della prova relativo all'esistenza del dovere di informazione grava su chi deve riceverla, mentre è chi doveva fornire l'informazione che deve dimostrare di aver tenuto la condotta richiesta³⁸.

La previsione segue i principi generali posti dal codice di procedura francese in tema di onere della prova (art. 9): incombe su chi fa valere un diritto dare la prova dei suoi fatti costitutivi (qui: la nascita del dovere di fornire una certa informazione), mentre, nel caso di prove di fatti negativi, in virtù del principio di vicinanza della prova è la controparte che deve dimostrare il corrispondente fatto positivo (qui: l'aver effettivamente condiviso l'informazione)³⁹.

Inoltre, l'*alinéa* 5 prevede che "les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir" (ossia, il dovere generale di informare).

La dottrina francese desume dalla previsione che il dovere di informare è di ordine pubblico e per tale ragione non può essere limitato, né escluso (così come non può essere esclusa o limitata la responsabilità che deriva dalla sua violazione)⁴⁰. Ciò non toglie, ovviamente, che le parti possano indirettamente estendere il dovere di informare, ad esempio fornendo informazioni spontaneamente e, così, assumendo su di sé il rischio della loro inesattezza (tema, questo, non espressamente regolato dalla riforma francese)⁴¹.

In ultimo, l'*alinéa* 6 stabilisce espressamente che la violazione dell'obbligo di informazione comporta una responsabilità risarcitoria, la cui natura è sicuramente extracontrattuale⁴²; nondimeno, tale violazione può, se del caso, condurre anche alla caducazione del contratto⁴³.

In linea di massima, ciò viene inteso dalla dottrina nel senso che, se la mancanza d'informazione ha un'efficienza causale rispetto al contratto concluso (giacché l'informazione è *déterminante*), vi sarà risarcimento del danno in base alle regole della responsabilità extracontrattuale; se, però, il contratto concluso è – anche e addirittura – sostanzialmente diverso rispetto a quello che si sarebbe concluso se si fosse ricevuta l'informazione, l'ignoranza può ridondare addirittura in un *erreur* o in un *dol*, con conseguente nullità relativa dell'accordo (*erreur* e *dol* richiedono infatti che il vizio del consenso sia determinante, qui nel senso di non incidente, ossia tale da aver condotto a un contratto sostanzialmente diverso rispetto a quello ipotizzato). Insomma, e in breve, l'ignoranza, pur sempre causalmente efficiente, produce anche nullità relativa se va oltre la soglia del vizio incidente⁴⁴.

Da questa descrizione potrebbe sembrare che la *réforme* abbia creato, all'interno del dovere di informazione, un insieme più vasto, tutelato in via risarcitoria, e un sottoinsieme, cui sarebbe abbinato (anche) un rimedio caducatorio; il tutto, verrebbe fatto di pensare, a prescindere da altre ipotesi di caducazione del contratto (quelle, in particolare, in cui l'*erreur* o il *dol* non corrispondono alla violazione di un obbligo informativo gravante sulle parti della negoziazione in quanto tali). Tuttavia, così non è. Il legislatore francese non solo ha disciplinato in modo del tutto separato il dovere di informazione precontrattuale e i vizi del consenso

³⁸ "Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie".

³⁹ V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*¹², cit., 374.

⁴⁰ V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*¹², cit., 373.

⁴¹ V. ancora F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*¹², cit., 373, nonché M. MEKKI, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés: rupture ou continuité ? Le contrat*, in *Rev. Sociétés*, 2016, 483.

⁴² Giacché tale forma di responsabilità è assai estesa nell'ordinamento francese: v. sul punto G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 170. Nella giurisprudenza precedente alla riforma v. Cour de Cassation, Chambre civile 1, 28 mai 2008, 07-13.487.

⁴³ "Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants".

⁴⁴ V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*¹², cit., 374.



(questi ultimi agli artt. 1130 ss. *Code civil*), ma addirittura ha previsto per quei vizi del consenso che potremmo chiamare “informazionali” (*erreur* e *dol*), e proprio nell’ambito dell’errore causato dalla violazione di un obbligo di informare gravante sulle parti della trattativa, condizioni di rilevanza non del tutto coincidenti con quelle del dovere generale di informazione⁴⁵.

Così facendo, il legislatore francese ha rifiutato, per lo meno all’apparenza, l’idea per cui l’informazione precontrattuale conosce e deve conoscere una disciplina unitaria, che pur si accompagna a un duplice ordine di rimedi (risarcimento del danno e caducazione del vincolo contrattuale, a seconda dei casi). Il che, di riflesso, fa emergere altre questioni: è inevitabile chiedersi se la duplicità formale di disciplina non debba essere superata in via interpretativa (in particolare, integrando le indicazioni che provengono dall’art. 1112-1 e dagli artt. 1130 ss. al fine di dar vita a una disciplina unitaria) oppure se i due gruppi di regole debbano rimanere in tutto o in parte reciprocamente autonomi (sussistendo ragioni sufficienti per distinguere le condizioni di rilevanza del dovere di informazione, da un lato, e di *erreur* e *dol*, dall’altro o, comunque, non esistendo margini ermeneutici sufficienti per procedere a tale integrazione, pur necessaria o per lo meno opportuna da un punto di vista funzionale)⁴⁶.

L’interrogativo è assai delicato e l’*alinéa* 6 non ci offre risposta definitiva: su di esso, allora, dovremo tornare nel prosieguo.

3. – Vale la pena di considerare più da vicino la disposizione dell’art. 1112-1, valutandola soprattutto nella prospettiva di una futura riforma del codice civile⁴⁷. E conviene farlo prima soffermandoci sulle opzioni di teoria generale seguite dal legislatore francese⁴⁸, per poi interessarci più puntualmente delle singole regole poste⁴⁹.

È diffusa convinzione che l’informazione rappresenti economicamente un “valore”: essa, cioè, ha un suo valore di scambio e, per chi la possiede, rappresenta un vantaggio. A fronte di ciò, il tema dell’informazione precontrattuale viene spesso indagato chiedendosi perché una parte delle trattative deve condividere un’informazione, perdendo così un valore che per essa può aver rappresentato anche un costo⁵⁰; e a tale quesito altrettanto spesso si risponde verificando quale sia la regola migliore, perché più efficiente (quella, cioè, che consente di massimizzare l’informazione, riducendo i costi di transazione)⁵¹.

⁴⁵ Cfr. § 6. Tali differenze, beninteso, vanno oltre quella distinzione generale, relativa al carattere necessariamente “determinante” del vizio del consenso, che potrebbe ben giustificarsi in virtù di un “doppio binario” di rimedi: anche quelli caducatori, per i vizi più rilevanti (determinanti); solo quelli risarcitori, per i vizi meno rilevanti (incidenti).

⁴⁶ Leggendo l’*alinéa* 6 – secondo cui *erreur* e *dol* rilevano alle loro proprie “condizioni” – sembrerebbe corretta la seconda opzione. Tuttavia, come oltre vedremo, non c’è ragione alcuna per creare due discipline indipendenti dell’informazione precontrattuale dovuta tra le parti delle negoziazioni in quanto tali (due discipline, cioè, dell’obbligo generale di informazione, l’una rilevante a fini risarcitori e l’altra a fini caducatori): a fronte di ciò l’indice testuale ricavabile dall’*alinéa* 6 appare troppo debole per sostenere la seconda scelta ricostruttiva.

⁴⁷ Ciò che, del resto, pare consentito anche da un punto di vista metodologico: l’orizzonte culturale e giuridico in cui si muove il giurista italiano è, per quel che qui rileva, quasi identico a quello del suo omologo francese. Analoghe sono infatti le strutture socio-economiche, così come molto simile è l’assetto del sistema giuridico (e in particolare il reciproco rapporto tra formanti); molto rassomigliante, poi, è la disciplina di fonte giurisprudenziale che, in tema di dovere generale di informazione, vigeva in Francia sino al 2016 e quella che vige tuttora in Italia. Le differenze, comunque esistenti, possono quindi ai nostri fini considerarsi trascurabili e non essere prese in considerazione.

⁴⁸ § 3

⁴⁹ §§ 4-5.

⁵⁰ V. G.J. STIGLER, *The Economics of Information*, in *J. Pol. Econ.*, 1961, 213 ss.

⁵¹ Spesso tale regola porta a collocare il rischio dell’ignoranza sulla parte per cui era più semplice reperire l’informazione. V. su questi temi R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*², Boston, 1977, 73 ss.



Questo approccio, se portato ai suoi esiti estremi, conduce a creare una regola ispirata dalla sola efficienza, trascurando l'importanza che rivestono invece altri fattori della dinamica sociale. Rispetto a questa prospettiva la nuova disciplina legislativa francese appare impostata su un modo di vedere più tradizionale, peraltro assai simile a quello diffuso nella giurisprudenza italiana: un modo di vedere che ha al suo centro la buona fede, intesa come normalità dei commerci, letta e ricostruita alla luce di una scelta politica generale posta in essere dall'ordinamento (e, in particolare, dal legislatore codicistico)⁵².

Proviamo a descrivere allora questo modo di vedere, per poi indicare in che modo la *réforme* appaia dividerlo.

Come noto, molte – e molto diverse – sono le opinioni a riguardo della buona fede, che, intesa come clausola generale, è stata vista ora quale rimando a un'etica estranea all'ordinamento (e solo sociale), ora quale strumento di autointegrazione dell'ordinamento (a prescindere da tutto ciò che avviene nella società). Probabilmente entrambe queste opinioni sono, se estremizzate, insoddisfacenti: con la buona fede il legislatore vuole effettivamente rifarsi a una normalità dei rapporti, che non è però solo sociale; si tratta di una normalità che per sua natura si proietta sull'ordinamento, ambendo alla sanzione giuridica (e che in tal senso è già di per sé socio-giuridica), e che comunque all'interno dell'ordinamento trova una migliore definizione, superando le ambiguità che altrimenti le sono connaturate.

Tali ambiguità, a loro volta, appaiono di due tipologie differenti⁵³: da un lato, vi è un margine di vaghezza che richiede una scelta davvero politica, giacché questa normalità dei rapporti può venire colorata in senso ora più solidarista, ora più liberale⁵⁴; da un altro lato, il margine di vaghezza dipende dal fatto che, pur data una certa scelta politica (o pur non essendovene necessità in un certo caso), può accadere che in una data ipotesi risulti difficile ricostruire la regola di buona fede, che pur necessita solo di venire 'rinvenuta' tramite un ragionamento tecnico (più che pratico)⁵⁵. Ed è anche per risolvere queste ambiguità che l'ordinamento interviene: o, meglio, che intervengono i suoi formanti, ciascuno con le specificità che gli sono proprie alla luce dell'assetto istituzionale – spesso implicito e non verbalizzato – di quel sistema.

⁵² Su questo si veda anche M. MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 240.

⁵³ Proprio con riferimento alla *réforme*, H. MUIR WATT, *The Reform of the French Civil Code at a Distance: an International and Comparative Perspective*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2017, 456 s., mette in guardia da un approccio comparatistico che non tenga in debita considerazione la presenza, al fondo di ogni diritto dei contratti, di certe scelte politiche.

⁵⁴ La scelta politica è necessaria ogniqualvolta non vi sia condivisione rispetto agli assunti valoriali di base. Nel caso della buona fede ciò si esprime nel fatto che tutta la normalità dei rapporti – la regola deontologica che corrisponde a tale normalità – può assumere note più solidaristiche oppure più liberali (ossia, più etiche o meno repressive). Non si tratta, cioè, di creare una regola *ex novo* sulla base di scelte politiche, ma di far assumere a un sistema di regole, che già nasce spontaneamente, tinte che vadano più in un senso o più nell'altro. Così, ad esempio, nessuno dubiterebbe oggi che sia "sbagliato" tacere certe informazioni nella fase delle trattative; tuttavia, scelte più solidaristiche oppure più liberali sposterebbero tutto il sistema dell'informazione precontrattuale (tutte le regole che gli sono interne, con tutte le loro reciproche implicazioni) più verso l'estensione del dovere di informare o verso il diritto al silenzio.

⁵⁵ La scelta tecnica è richiesta di fronte a casi difficili, che si pongono sulla linea di confine tra regole diverse, tanto che non è chiaro come essi andrebbero risolti (sono gli *hard cases* di Dworkin). Nell'ambito della buona fede emergono vari casi difficili, giacché, a fronte di ipotesi in cui è chiaro come specificare la clausola generale, ve ne sono altre in cui invece, pur essendo nota la scelta politica di fondo, tale chiarezza si perde. Ad esempio, ammesso che un ordinamento segua una linea politica ordoliberal (o moderatamente solidaristica), può non essere immediatamente evidente se l'acquirente di un violino usato deve informare il suo venditore (in ipotesi: un erede che sta liquidando i beni dell'eredità) che si tratta in realtà di uno Stradivari (v. oltre, nt. 75). Beninteso: una scelta politica appena più o appena meno solidaristica – all'interno di un'opzione generalmente ordoliberal – potrebbe spingere nell'uno o nell'altro senso; nondimeno, data la scelta politica (o, comunque, laddove la scelta politica non consenta di superare il dubbio), non si può che cercare una risposta nel sistema, inteso come insieme ordinato di regole che seguono una logica e che si tengono reciprocamente.



A chi si chiedesse, poi, come nasce una simile deontologia spontanea, verrebbe fatto di rispondere – pur con la brevità imposta dalla presente sede – che chiunque viva in una certa società assorbe dei *patterns*, dei modelli di comportamento, associati a situazioni tipiche; questi, a loro volta, non nascono dal nulla, ma piuttosto in base a processi sociali, che a loro volta assorbono, collegano e proiettano razionalmente in regole i valori accettati (pur con il loro margine di ambiguità, di cui si è detto)⁵⁶. Di fronte alla buona fede, del resto, ciò che fa l'interprete non è altro che scomporre questa stratificazione razionale, chiedendosi perché in certi casi tipici s'imponga socio-giuridicamente prima e giuridicamente poi una certa regola e fino a che punto le *rationes* su cui tale regola poggia si ripresentino con una forza analoga, o maggiore o minore, in altri casi⁵⁷.

Una simile visione, imperniata sulla buona fede come deontologia spontanea, è tradizionale nei Paesi di *civil law*, in cui l'interprete – a fronte di una data scelta politica generale, di norma moderatamente solidaristica – trae spunto da casi tipici, per cercarne i principi giustificatori e verificarne l'estendibilità⁵⁸. A questo processo partecipano, in realtà, tutti i formanti ordinamentali: il legislatore, declinando in parte la buona fede in precetti specifici (in particolare per porre alcune scelte generali di ordine politico, ma anche per munire di autorità alcune opzioni fondamentali di stampo tecnico); la dottrina, inserendo questi precetti in un sistema compiuto che dia conto dell'assetto deontologico complessivo cui la buona fede dà vita (e così colmando gli spazi di discrezionalità politica lasciati aperti dal legislatore e, soprattutto, ricostruendo i principi giustificatori che fondano il sistema sotteso alla clausola generale); la giurisprudenza, decidendo casi specifici e quindi indicando cosa la buona fede richieda in concreto (tanto che le decisioni concrete ripetute potranno venire inserite in "gruppi di casi" dalla dottrina, onde ridurre l'ambito di incertezza che, nonostante qualsiasi intervento politico e tecnico, necessariamente residua a fronte dell'applicazione di una clausola generale)⁵⁹.

Tornando alla riforma francese, ci accorgiamo che proprio su questo terreno si muove l'ordinamento d'oltralpe anche dopo il 2016.

Anzitutto, in Francia è tuttora riconosciuto che il dovere di informazione poggia sulla buona fede, costituendone una specificazione⁶⁰: del resto, il legislatore in larghissima parte non ha fatto altro che ratificare orientamenti giurisprudenziali, al fine di rendere le disposizioni del codice maggiormente corrispondenti al

⁵⁶ Del resto, la deontologia spontanea si forma, in assenza di *bias* cognitivi, proprio riflettendo la razionalità di mercato; e anche dove sussistono *bias*, se essi assurgono a veri e propri valori, è necessario rispettarli, onde non dar vita a scelte di politica del diritto che, nell'ambito di un certo orizzonte culturale, appaiono irragionevoli.

⁵⁷ Queste *rationes* – o principi giustificatori – non sono quindi le ragioni per cui viene posta una regola dall'alto, ma semmai quelle in virtù delle quali nasce dal basso, e spontaneamente, una regola; si tratta di una giustificazione della deontologia spontanea, che però al tempo stesso aiuta l'interprete a verificarne l'applicabilità ad altri casi (ossia, in una parola, a intenderla). Così, chiedersi perché appare naturale che il venditore di una casa informi l'acquirente del fatto che le sue travi di legno sono abitate da tarne risulta necessario per poter comprendere fino a che punto si possa applicare una regola analoga (ossia, fino a che punto si possa onerare la parte informata di condividere l'informazione con la sua controparte durante le trattative).

⁵⁸ Si potrebbe supporre che negli ordinamenti di *common law* le cose stiano diversamente. Tuttavia, anche leggendo testi di autori inclini all'analisi economica del diritto – come noto, particolarmente apprezzata soprattutto oltreoceano –, si ha l'impressione che essi spesso siano volti a giustificare certe regole spontanee di buona fede, individuate dai giudici e facenti parte del *case law*, più che a ricercare regole nuove, da imporre e sovrapporre a questa deontologia spontanea in nome del solo valore dell'efficienza. In questo senso possono leggersi, ad esempio, i testi di E.H. RABIN, *A Proposed Black-Letter Rule Concerning Mistaken Assumptions in Bargain Transactions*, in *Texas Law Rev.*, 1967, 1273 ss. e spec. 1292 ss., e di A.T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, in *J. Legal Stud.*, 1978, 1 ss.

⁵⁹ Sul diverso ruolo dei formanti si consenta il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Principi, formanti e ricodificazione*, in P. SIRENA, *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Napoli, 2019, 227 ss.

⁶⁰ Espressamente in tal senso G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 163.



diritto vivente⁶¹; e al fondo di tali orientamenti si rinveniva proprio l'idea per cui il dovere di informazione precontrattuale costituisce una declinazione del principio di buona fede nelle trattative⁶².

Nel farlo, il legislatore ha ritenuto evidentemente corretto che la clausola generale di buona fede venisse in parte già declinata dal codice civile, così da ridurre l'evidente genericità coesistente a una simile regola. Leggendo il testo dell'art. 1112-1, come le altre previsioni dell'*ordonnance* di riforma, ci rendiamo conto che il legislatore francese si è voluto ispirare a una scelta politica ordoliberal (o moderatamente solidaristica), che coniuga libertà dei traffici e tutela delle parti deboli⁶³: ne è espressione, per stare al solo obbligo di informazione precontrattuale, l'ampiezza con cui il dovere generale è previsto e, in pari tempo, l'esclusione di qualsiasi obbligo informativo relativo alle valutazioni di convenienza; la subordinazione del dovere di informazione alla previa conoscenza dell'informazione da parte di chi è chiamato a condividerla e, al contempo, la necessità che l'ignoranza della sua controparte sia legittima⁶⁴.

Una simile scelta politica, di cui si può trovare conferma anche in altre parti della *réforme*, non è stata però completata nel dettaglio dall'estensore dell'art. 1112-1, che ha presumibilmente ritenuto che ogni ulteriore specificazione fosse di stampo tecnico e potesse essere meglio risolta da dottrina e giurisprudenza. Così, in particolare, non è chiaro – lo si è già detto – fino a dove si spinga quella stima del valore della prestazione che si sottrae all'obbligo di informazione, così come quale sia l'estensione dell'area in cui l'ignoranza è legittima o comunque è protetto l'affidamento nell'attività informatrice di controparte. Il testo dell'art. 1112-1 non offre nessun aiuto in tal senso, non comparando alcun esempio o alcuna altra indicazione; semplicemente, esso rinvia all'opera degli altri formanti per mezzo di ulteriori clausole generali⁶⁵.

Al contempo, però, la disposizione contiene alcune precisazioni che non sembrano di stampo prettamente politico, ma che al contrario appaiono per lo più tecniche. Evidentemente, il legislatore ha apparentemente

⁶¹ Così espressamente il *Rapport au Président de la République*, secondo cui “la sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve”; e ancora: “la sécurité juridique impose également la prise en considération de la jurisprudence développée depuis deux cents ans. Force est de constater que les textes actuels ne permettent pas d'appréhender le droit positif, tant la jurisprudence a dû les interpréter, par analogie, a contrario, voire *contra legem*. La compréhension de nombreuses dispositions passe ainsi nécessairement par la consultation des décisions rendues par les tribunaux, voire par l'interprétation qu'en fait la doctrine. Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites. Il restitue ainsi au droit commun des contrats, sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental. L'ordonnance prévoit notamment de reconnaître expressément la réticence dolosive aux côtés du dol comme cause de vice du consentement, la faculté de fixation unilatérale du prix, ou encore l'enrichissement injustifié. L'ordonnance met également fin à certaines hésitations jurisprudentielles nuisibles à la sécurité juridique, en déterminant par exemple à quelle date se forme le contrat”. Insomma, non vi è dubbio che uno degli scopi della *réforme*, volontariamente ed esplicitamente perseguito, era quello di incrementare la certezza, consacrando soluzioni giurisprudenziali che si erano allontanate dal testo scritto delle disposizioni del 1804: v. M. MEKKI, *The French Reform of Contract Law: The Art of Redoing Without Undoing*, in *J. Civil Law Stud.*, 2017, 227.

⁶² V. PH. MALAURIE, L. AYNÉS, PH. STOFFEL, MUNCK, *Droit des obligations*⁴, Paris, 2009, 398.

⁶³ Secondo G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 280, l'ispirazione dell'art. 1112-1 è liberale; B. FAUVARQUE-COSSON, *The French Contract Law Reform and the Political Process*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2017, 350, aggiunge che però lo stesso è stato criticato dal mondo del commercio. Sulle scelte politiche di fondo della *réforme* v. pure G. HELLERINGER, *The Anatomy of the New French Law of Contract*, *ivi*, 355 ss., nonché il già menzionato *Rapport*, che spiega come la riforma abbia mirato a coniugare libertà privata, efficienza economica e giustizia contrattuale, anche per rendere il diritto francese attrattivo a livello internazionale (non soltanto quale modello per legislazioni estere, ma anche quale possibile legge scelta dalle parti per il loro contratto).

⁶⁴ Ovviamente, le scelte politiche del legislatore sono espresse tramite la posizione di precetti: il cui tasso di contenuto politico è però, ovviamente, molto alto.

⁶⁵ In tal senso si parla di ignoranza legittima o di legittimo affidamento nella controparte.



sentito la necessità di troncare ogni dibattito al riguardo, prevedendo regole apposite, da un lato, a proposito della rilevanza dell'informazione per cui sussiste il dovere di informazione e, da un altro lato, in merito alla deroga dell'obbligo informativo, all'onere della prova e pure al cumulo di rimedi (risarcitori e caducatori: questi ultimi, però, affidati a un insieme ulteriore di previsioni, formalmente autonomo da quella sul dovere generale di informazione)⁶⁶.

Tirando le somme, la scelta francese appare da un punto di vista squisitamente politico persuasiva (in base a un ragionamento pratico che vada oltre la semplice giustificazione autoritaria) e anche importabile in Italia (quanto meno nel senso che essa collima con le opzioni di fondo del sistema italiano attuale). Convincente è anche il fatto che il codice civile abbia inteso regolare l'obbligo generale di informazione, chiarendo in modo esplicito – in un'area massimamente importante per i privati – la posizione del sistema giuridico.

A fronte di ciò, però, restano aperti molti interrogativi, che dovremo ora sciogliere: in che modo possa completarsi tecnicamente la disciplina del perimetro dell'obbligo di informazione e se sia condivisibile l'omissione di precisi riferimenti a tal riguardo da parte del legislatore; fino a che punto siano importabili le altre regole di disciplina, inerenti non solo al rilievo dell'informazione, ma anche alla deroga dell'obbligo informativo, all'onere della prova e ai rimedi garantiti dall'ordinamento; se sia convincente la tecnica legislativa adottata relativamente a tali regole.

4. – Con i primi tre commi dell'art. 1112-1, come si è visto, il legislatore francese ha inteso perimetrare l'obbligo di informazione precontrattuale, in particolare esprimendo alcune scelte politiche di forte rilievo, tutte pienamente convincenti (anche nella prospettiva italiana): persuade, anzitutto, che solo chi è informato sia soggetto a un generale dovere di condividere informazioni (mentre solo in casi particolari può sussistere un dovere di informarsi per informare⁶⁷); persuade, inoltre, che la disposizione richieda un'asimmetria tra le parti della negoziazione perché sorga l'obbligo di informare (ciò che avviene, secondo l'interpretazione più condivisibile, allorché una delle due parti è – e appare essere – più vicina a fonte di informazione, come tipicamente accade per chi è e appare nell'ambito della trattativa più esperto dell'altra parte⁶⁸ oppure, in casi diversi o comunque per informazioni differenti, per colui che presta un bene o un servizio e che per ciò stesso ne conosce più da vicino alcune caratteristiche⁶⁹).

A fronte di ciò, però, il legislatore francese non ha chiarito in modo esaustivo quando non sussiste l'obbligo di informazione, venendo disattivato in virtù del suo particolare oggetto o delle altre particolari cir-

⁶⁶ Sono le regole dei commi 3-6 (e del comma 1, quanto al requisito di importanza “determinante” dell'informazione).

⁶⁷ Ovviamente, il discorso che si va svolgendo vale nell'ambito di quello che, con terminologia italiana, definiremmo “primo contratto”; e, in particolare, con riferimento all'area del contratto di scambio. È evidente che più ci si allontana dallo scambio (in particolare se ciò avviene per entrare nell'area della liberalità), più il dovere informativo ne risente e deve venire modulato di conseguenza. Al contempo, è ovvio che, nell'ambito del “secondo” e del “terzo” contratto la logica informativa di parte generale non può più applicarsi; le particolarità di queste diverse aree di regolazione, infatti, impongono non solo di adattare il dovere informativo di cui alla disciplina generale, ma piuttosto di adottare logiche diverse, proporzionate rispetto alle peculiarità delle situazioni. In altri termini: la formalizzazione di due dimensioni ulteriori del contratto impone anche di regolare in modo autonomo – per quanto coordinato rispetto alla disciplina del contratto in generale – tutto ciò che riguarda il dovere di informazione precontrattuale.

⁶⁸ Non si tratta di colui che accidentalmente è a conoscenza di una certa informazione, ma di chi riveste nelle trattative un ruolo – verrebbe da dire istituzionalmente – di “esperto” (ad esempio, perché agisce professionalmente o perché assume la posizione di chi è particolarmente esperto di una certa materia).

⁶⁹ Ciò vale anche nel caso del contratto di assicurazione, ove l'assicurato, nel trasferire un rischio, è maggiormente vicino rispetto all'altra parte alle informazioni che attengono a tale rischio (artt. 1892 s. cod. civ.).



costanze: le uniche, laconiche, disposizioni precisano che l'ignoranza dev'essere "legittima" o che dev'esservi un "legittimo" affidamento nella controparte e che l'informazione non può attenere alla valutazione di convenienza.

Per poter apprezzare – e valutare – il *drafting* della disposizione francese, verificando se il livello di specificità scelto nella riforma sia ottimale, conviene allora allargare lo sguardo e soffermarsi, più in generale, sull'esclusione del dovere di informazione⁷⁰. Per la precisione, ci chiederemo quali siano le ipotesi in cui, ferma restando una scelta politica analoga a quella compiuta dal legislatore francese e quindi ragionando su un piano il più possibile tecnico, potrebbero dirsi esclusi gli obblighi informativi, per poi verificare se il legislatore francese avrebbe potuto, con una presa di posizione meno vaga, aiutare a superare le incertezze che qualsiasi svolgimento di disciplina a livello interpretativo porta con sé oppure se sarebbe stato comunque inevitabile affidarsi all'opera di dottrina e giurisprudenza, risultando impossibile o controproducente adottare una disposizione maggiormente analitica.

Iniziamo allora a domandarci quando, in astratto (in un ordinamento analogo a quello italiano o a quello francese, ispirato da scelte politiche corrispondenti in ambito contrattuale), l'obbligo generale informativo potrebbe essere disattivato.

Anzitutto, esistono sicuramente alcune ipotesi in cui non si può richiedere a una parte di scambiare certe informazioni con l'altra parte, sussistendo altri principi che già in una dimensione socio-giuridica e poi anche, e con miglior precisione, dall'interno dell'ordinamento vi si oppongono. Si tratta di ipotesi in cui il diritto al silenzio appare imposto da una fonte diversa, esterna alla logica contrattuale: pensiamo ad esempio al caso in cui il dovere di informazione confligge con un obbligo di riservatezza di carattere personale⁷¹ o, anche e addirittura, di carattere patrimoniale⁷².

Le ipotesi testé menzionate, comunque, non sono le più importanti. Ben più centrale è il diritto al silenzio collegato a quell'area di informazioni relative alla valutazione di convenienza di un affare: nelle situazioni "normali" (perché assunte, di base, a paradigma), ossia nella contrattazione di parte generale, la valutazione

⁷⁰ Non sarà inutile, a tal riguardo, citare parte dell'amplissima bibliografia in tema di obbligo di informazione. V. allora in particolare, in Italia, gli studi di G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; A.M. MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in Riv. dir. civ., 2007, I, 641 ss.; R. SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007, I ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in Riv. dir. priv., 2009, 241 ss.; in Germania, v. S. BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München, 1989; R. SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, Tübingen, 2001; H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*, München, 2001; nel diritto privato europeo, v. S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in Eur. dir. priv., 2001, 257 ss.; C. CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in Eur. Rev. Priv. Law, 2009, 560 ss.; D. KÄSTLE-LAMPARTER, *Art. 2:401: Duty to Disclose Information*, cit., 415 ss.

⁷¹ Ad esempio: un gioielliere vende un anello prezioso a un suo cliente, sapendo che questi ne farà dono alla fidanzata, la quale tuttavia – come ben noto al gioielliere, ma non al cliente – da qualche giorno ha deciso di troncare la relazione e si è definitivamente trasferita all'estero.

⁷² Ad esempio: il concessionario che vende un'automobile non è tenuto a rivelare che la casa madre sta per lanciare sul mercato un nuovo modello. Più in generale, un soggetto non è tenuto a dare un'informazione qualora, nel farlo, svelerebbe un proprio segreto oppure comprometterebbe i suoi piani commerciali, che al contrario debbono essere tutelati perché proprio su di essi si fonda il gioco del mercato. Nonostante l'apparenza, non si rientra qui nella casistica di cui parleremo a breve, connessa all'esclusione del dovere informativo onde evitare di comprimere il ruolo del contratto quale strumento di un'economia di mercato: nei casi ora in esame, infatti, il diritto al silenzio non è implicato direttamente dalla necessità di preservare un'area, all'interno del contratto, in cui ciascun soggetto fa valere la propria migliore conoscenza del mercato e di altre circostanze a scapito della controparte; al contrario, nelle ipotesi ora in discorso il diritto al silenzio si impone proprio per tutelare un interesse contrastante della parte che, se obbligata a rivelare un'informazione, vedrebbe sfumare alternativamente l'affare oppure la possibilità di produrre o vendere nuovi beni.



sulla convenienza deve essere lasciata a ciascuna parte, perché tramite essa si esercita il gioco del mercato. E tale valutazione va intesa come ogni scambio di informazioni – o anche solo di opinioni – sul “mercato”: o, per meglio dire, su quelle “qualità economiche” dell’affare che gli derivano dalla situazione del mercato e dalle sue evoluzioni future⁷³.

Più precisamente, potremo definire valutazione sulla convenienza quella che corrisponde all’andamento futuro del mercato, inteso a livello generale (ad esempio, l’aumento di tutti i prezzi o dei prezzi di quella categoria di beni⁷⁴) o a livello più particolare (ad esempio, l’aumento dei prezzi di beni di quella categoria ristretta, per vicende più specificamente inerenti agli stessi⁷⁵). Le informazioni che la riguardano sono, quindi, tutte quelle relative all’andamento del mercato generale o particolare⁷⁶.

In quest’ottica la convenienza appare essere una nozione per così dire fissa. Ciò non toglie che, al contrario, l’esenzione dall’obbligo di informare risulta avere un perimetro variabile, solo tendenzialmente coincidente – quanto al diritto al silenzio imposto dalla logica contrattuale – con le valutazioni sulla convenienza dell’affare.

Infatti, vi possono essere casi in cui certe informazioni, queste sì relative a qualità non economiche, non sono comunque oggetto di un obbligo di informazione. Si tratta di situazioni in cui ciascun contraente può tacere, mentre la sua controparte non può confidare di essere informata; situazioni che costituiscono specificazioni, in casi tipici e come tali generalizzabili laddove si ripresentino caratteristiche simili, della necessità di assicurare il libero gioco del mercato⁷⁷.

I casi in cui ciò può avvenire sono diversi e molteplici: ciascuno di essi riproduce un certo *pattern* e ha una sua logica di fondo, che, una volta identificata, può venire esportata a ipotesi simili (in tanto in quanto ne riproducano la predetta logica di fondo).

⁷³ La ragione, come si vede, sta nel fatto che una certa area della contrattazione più da vicino coincide con quella in cui si esercita il gioco di mercato: quella, cioè, in cui ciascuna parte confida di aver fatto un “buon” affare. Spesso, peraltro, la valutazione sulla convenienza è anche assai opinabile e soggettiva e, anche per tale motivo, non potrebbe essere oggetto di un obbligo di informazione: tuttavia, questa seconda considerazione è solo accessoria e non è il fulcro della *ratio* per cui il dovere di informazione non emerge. Del resto, anche quando la valutazione sulla convenienza precipita in vere e proprie informazioni – del tipo: altri contraenti hanno offerto cifre maggiori o minori per lo stesso bene – non sorge il dovere di informazione (e, viceversa, sussiste un diritto al silenzio). Si veda il caso deciso da Cass. civ. 3, 17 janvier 2007, n° 06-10.442, in cui è stato ritenuto che una parte, pur agendo professionalmente e da esperta, non dovesse informare l’altra parte circa il valore di un fondo.

⁷⁴ Ad esempio: l’andamento dell’inflazione o l’aumento dei prezzi delle case in Italia o in una specifica Regione o in una determinata città (tenendo presente che, più si va nel dettaglio, più ci si avvicina alla casistica di cui alla nota successiva).

⁷⁵ Ad esempio: l’apertura, nei pressi di una pizzeria, di nuovi uffici pubblici, con conseguente aumento della clientela. Qui il confine tra informazioni che attengono alla valutazione di convenienza e informazioni che invece si collegano a una qualità anche immateriale della prestazione può diventare più sfumato: tuttavia, la differenza esiste. Si tratta di qualità se l’informazione attiene, alla luce delle circostanze particolari della contrattazione, a maggiore bellezza, comodità, pregio, decoro e così via; di convenienza, invece, se riguarda la redditività, ossia la capacità di produrre entrate.

⁷⁶ In tal senso v. pure F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 370, che menzionano i dati “propres à l’existence d’un marché et aux perspectives d’exploitation qui y sont attachées, en d’autres termes ce qui a trait à la rentabilité économique de l’opération”. La dottrina francese, a tal riguardo, nota comunemente che nel caso di contratti di cooperazione (come quelli di distribuzione) l’obbligo di informazione si estende anche a (taluni) dati relativi al mercato di riferimento: la ragione, si afferma, è che in virtù del particolare assetto d’interessi essi entrano nello “champ contractuel” (ossia, sono oggetto non tanto della valutazione di convenienza, quanto di quella sull’oggetto e sul contenuto del contratto). Del resto, si aggiunge, per contratti come quelli di distribuzione è il legislatore stesso a prevedere appositi obblighi informativi (cfr. art. L330-3 Code de commerce, sugli obblighi informativi nel caso in cui un soggetto “met à la disposition d’une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d’elle un engagement d’exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l’exercice de son activité”; in Italia, v. ad esempio gli artt. 6 e 8, l. 129/2004, sul *franchising*).

⁷⁷ In Cour de Cassation, Chambre civile 3, 15 novembre 2000, 99-11.203, su cui già ci siamo soffermati, la mancata informazione riguardava certe qualità del fondo e, di conseguenza, si era applicata la disciplina del *dol*. Tuttavia, come subito vedremo, non sempre la mancata informazione relativa a qualità può considerarsi irrispettosa dell’obbligo generale di informazione.



Anzitutto, può accadere che sia oggettivamente incerto se un bene o un servizio abbiano una certa qualità e che tale incertezza si rifletta sulla negoziazione (e, poi, sul contratto)⁷⁸. In tali ipotesi bene e servizio non vengono scambiati per l'una o l'altra qualità: al contrario, anche sul contratto – e prima ancora sulla contrattazione – si proietta l'ambiguità, a sua volta oggetto di valutazioni discrezionali dall'esito incerto. Di conseguenza, si disattivano eventuali obblighi di informazione di chi vende il bene o presta il servizio (così come eventuali garanzie contrattuali nella vendita di beni): l'esatta individuazione di quelle qualità diviene oggetto di una conoscenza personale che questi, per quanto più vicino all'informazione, può sfruttare anche a scapito della sua controparte, senza con ciò abusarne.

In secondo luogo, in determinate circostanze – in particolare laddove si assista a operazioni tra parti esperte, assai complesse e dal contenuto ampio – la parte più vicina all'informazione è tenuta a scambiare informazioni per così dire di primo livello, anche se di difficile lettura, ma non a interpretarle e a rivelarne l'esatto contenuto (che rimane in un secondo livello, rispetto a cui incombe sulla controparte un onere di diligenza)⁷⁹. In un certo senso, si rimane qui in un'area di libertà, in cui non opera un dovere di cooperazione nel selezionare le informazioni più importanti e nel condividere solo queste onde non abusare della propria conoscenza: con la conseguenza che, anche in simili ipotesi, si disattivano i corrispondenti doveri di informazione (e così pure eventuali garanzie).

Un terzo esempio riguarda i casi in cui, per la serialità della contrattazione, lo scambio prescinde da qualità del bene o del servizio (intese in senso amplissimo, ossia materiali e immateriali, ma pur sempre non meramente economiche) che in altre ipotesi avrebbero invece un diverso rilievo⁸⁰. La situazione particolare fa sì che chi vende si avvantaggi della serialità della sua operazione, più che del prezzo applicato in virtù delle ca-

⁷⁸ Ad esempio: viene compravenduto un quadro di cui non è chiaro l'autore; viene alienato un fondo in cui non è chiaro se è presente petrolio o meno (la *réforme* si riferisce a questi casi nell'art. 1133, *alinéa* 3, in tema di *erreur*; e sul punto v. pure il noto *arrêt* Verrou de Fragonard: Cour de Cassation, Chambre civile 1, 24 mars 1987, 85-15.736). In entrambi i casi le parti sono a conoscenza dell'ambiguità oggettivamente esistente, che apre la strada a valutazioni necessariamente discrezionali (e non sicure), e ciascuna se ne assume pienamente il rischio (e anche se, grazie alla sua maggiore conoscenza, una parte risolvesse con certezza la questione dubbia, non dovrebbe comunque condividere l'informazione finale). Ne consegue che anche chi aliena o presta, pur essendo più vicino alla fonte di informazione, non deve informare l'altra parte circa la sua valutazione. Ove, peraltro, una delle due parti agisca quale esperto, sarà tenuta solo ad additare all'altra parte l'incertezza della valutazione (salvo che la relazione tra le parti non si innesti su un particolare rapporto fiduciario, su cui v. allora *infra*, nell'ultima parte di questo paragrafo).

⁷⁹ È la posizione, ad esempio, in cui si trova l'alienante nelle operazioni di *merger and acquisition* e quindi, in particolare, nel *sale and purchase agreement*, ossia nel contratto di cessione di quote o azioni negoziato tra operatori economici di un certo livello (o anche tra un privato e un operatore economico di un certo livello, ma nell'ambito di una dimensione commerciale di alto profilo). Spesso si dice che le garanzie – e in parte anche i doveri informativi – non operano in queste operazioni perché si tratta di beni a due livelli: si osserva che ciò che viene venduto sono quote o azioni e non già l'azienda. Tuttavia, tale logica potrebbe spiegare (forse) perché non sussistono le garanzie, ma non certo perché i doveri informativi, a volerli ritenere esistenti, si considerano comunque assolti semplicemente mettendo il potenziale acquirente in condizione di visionare, nella cd. *data room*, la documentazione della società *target* condivisa dal futuro venditore (normalmente consistente in diversi metri cubi di documenti, necessariamente oggetto di un'accurata *due diligence*). È da notare che, secondo la giurisprudenza francese, l'obbligazione tra parti esperte non sussiste che “dans la mesure où la compétence de cet acheteur ne lui donne pas le moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques des biens qui lui sont livrés”: così Cour de Cassation, Chambre civile 1, 3 juin 1998, 96-16.439).

⁸⁰ È il caso delle compravendite ai mercati delle pulci, ove chi vende nulla dichiara (e nemmeno garantisce in alcun modo) e chi compra nulla deve dichiarare: anche se, come nel famoso caso deciso da AG Coburg, 24 April 1992, 14 C 1485/91, in *NJW*, 1993, 938, si rinvenivano fogli di spartiti di Mozart (a tal proposito v., anche da un punto di vista di analisi economica del diritto, G. WAGNER, *Lügen im Vertragsrecht*, in R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Tübingen, 2007, 94 s.). Ma è il caso pure, ad altro livello, delle compravendite poste in essere da un grande operatore e relative a centinaia di fondi, alienati magari a lotti, rispetto ai quali le circostanze particolari esimono da qualsiasi dichiarazione reciproca rispetto a qualità positive o negative (ad esempio: la presenza di petrolio o, al contrario, di inquinamento). Probabilmente tale è anche il caso dell'acquisto a un'asta pubblica, connotato da una spersonalizzazione e da una procedura tali per cui mancherebbe anche lo spazio per offrire informazioni.



ratteristiche dei beni o dei servizi, e chi compra invece possa approfittare delle circostanze per porre in essere un ottimo affare, quantunque appaia in seno alla contrattazione come contraente esperto e addirittura più esperto, e quindi più vicino alla fonte di informazione, senza che ciò concreti un abuso perpetrato a scapito della controparte (la quale, a sua volta, preferisce puntare sulla quantità degli scambi, anziché sulla loro qualità): per il che si disattivano, anche qui, eventuali doveri informativi.

Un ultimo esempio attiene alle ipotesi in cui la presenza di qualità in un bene o in un servizio è riconosciuta da colui che se lo procura, in virtù di una sua conoscenza non casuale e accidentale, ma acquisita sostenendo un costo⁸¹ o addirittura direttamente acquisita, sempre sostenendo un costo, con riferimento al caso specifico⁸². Taluno ha supposto che questo soggetto non sia tenuto a divulgare la sua conoscenza: tuttavia, nel nostro contesto ordinamentale appare probabile che l'obbligo di informazione in fattispecie del genere non venga meno, per quanto ciò possa comportare un'inefficienza economica; difatti, oltre alla difficoltà di comprendere se una parte ha acquistato un'informazione casualmente o meno⁸³, appare maggiormente in linea con l'approccio solidaristico di *civil law* imporre a chi è – e soprattutto appare nell'ambito della negoziazione – più esperto la condivisione dell'informazione⁸⁴.

Come si vede, nei primi tre casi il dovere di informazione viene meno: benché l'informazione non riguardi una valutazione di convenienza, ma anzi si riferisca direttamente a una qualità del bene o del servizio (qualità intesa in senso ampio, ma pur sempre come “qualità reale” e non come “qualità economica”), essa resta oggetto di una conoscenza prettamente individuale e individualistica, che non va condivisa anzitutto perché tramite il suo possesso si esercita il gioco del mercato (nel duplice senso che a venire premiata sarà, per lo meno su base statistica, la parte che possiede la migliore conoscenza e che necessariamente va garantito che ciascuna parte possa approfittare di tale conoscenza e non debba dividerla). Nell'ultimo caso, in-

⁸¹ È il noto caso, immaginato – sulla scorta dalla legislazione statunitense e in particolare del Restatement (Second) of Torts al § 551(2)(e) – da A.T. KRONMAN, *Mistake*, cit., 29, in cui un soggetto, esperto di musica classica, scopre un violino di Stradivari in vendita, senza che l'alienante ne sia a conoscenza. Secondo l'autore in quest'ipotesi il potenziale compratore deve poter tenere per sé l'informazione, giacché, per acquisirla, egli ha studiato molti anni. Altri autori (v. ad esempio R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, 2008, 380) criticano quest'impostazione, notando come solitamente si acquisiscono nozioni di musica classica o anche di arte liutaia non già per scovare Stradivari persi in cantine, ma piuttosto per altri fini; e che tali conoscenze sono solitamente compensate in altri modi. Va solo apparentemente in senso contrario alle considerazioni svolte l'*arrêt* Baldus (v. sopra, nt. 28): è vero che in quel caso l'acquirente esperto aveva taciuto al venditore la circostanza che le fotografie oggetto di compravendita erano state scattate da un noto fotografo, ma in quel caso lo scambio (almeno il primo scambio) era avvenuto in un'asta pubblica; inoltre, il venditore non ignorava una qualità del bene (egli conosceva l'autore delle fotografie), ma semmai non sapeva che, in virtù della fama del fotografo, il prezzo poteva essere ben più alto. L'informazione omessa, quindi, riguardava la convenienza dell'operazione ed era esclusa già di per sé per tale ragione. Certo, si sarebbe potuto ritenere che l'ignoranza sul fatto che Baldus fosse un fotografo così importante ridondasse in un'informazione non già sulla convenienza, ma sulle qualità. Forse, allora, sarebbe stato più corretto utilizzare un criterio parzialmente diverso, chiedendosi se vi fosse una differenza sostanziale tra le foto di un fotografo famoso e quelle di un maestro della fotografia a livello mondiale e, in caso di risposta positiva, se il venditore collocava Baldus tra i “fotografi famosi” o tra i “maestri mondiali della fotografia”.

⁸² Si pensi al caso in cui un soggetto, avendo compiuto analisi approfondite, sa – a differenza del potenziale alienante – che sotto un certo fondo si trova un giacimento di petrolio. Sempre secondo A.T. KRONMAN, *Mistake*, cit., 21, in queste ipotesi non sorgerebbe alcun dovere di informazione, salvo le ipotesi in cui sussiste un particolare rapporto fiduciario tra le parti (su cui comunque v. *infra*, al termine di questo paragrafo).

⁸³ A.T. KRONMAN, *Mistake*, cit., 24, immagina il caso in cui un soggetto possiede un'abitazione le cui travi sono mangiate da termiti: in questa ipotesi, secondo l'autore, la conoscenza è acquisita per assicurare la manutenzione dell'edificio e non già in sede di compravendita (o per valutarne la convenienza). Tuttavia, ci si potrebbe chiedere se questo è vero anche allorché il proprietario alienante commercia professionalmente abitazioni, che compra e immediatamente rivende, e quindi reperisce l'informazione non già per vivere nella casa, ma piuttosto – e proprio – in un'ottica commerciale.

⁸⁴ La posizione di Kronman, cui più volte si è fatto riferimento, si ispira a un liberismo maggiore, tipico del *common law*, ma estraneo alle scelte di fondo – per lo meno, alle scelte di fondo attuali – degli ordinamenti continentali.



vece, l'informazione va condivisa, perché, quantunque il suo possesso coincida con una "bravura" commerciale, una simile maggiore competenza, se non collegata a un dovere di divulgazione, verrebbe sfruttata abusivamente a danno della controparte: la differenza, se ben si vede, è che le parti, iniziando la contrattazione, non hanno accettato come "regola di quel particolare mercato" il silenzio su certi connotati del bene o del servizio⁸⁵ (né, peraltro, tale silenzio è oggetto di una regola applicabile in via generale: come s'è detto, di norma la maggiore esperienza di una parte, apparente e visibile, la pone immediatamente in una maggiore vicinanza alla fonte di informazione, con ogni ovvia conseguenza in tema di affidamento della controparte).

Peraltro, la coincidenza solo tendenziale di informazioni inerenti alla valutazione di convenienza e dovere informativo non vale solo "in aumento", ossia per dilatare i casi di esclusione di un siffatto dovere; essa vale anche "in diminuzione", ossia per restringerli (e di conseguenza estendere il corrispondente dovere).

Il riferimento va qui proprio a quei casi menzionati dalla riforma francese: casi abbastanza specifici (e sicuramente assai più specifici rispetto alle altre ipotesi di cui ai primi due commi dell'art. 1112-1), in cui il dovere informativo aumenta di perimetro in forza del fatto che tra le parti del contratto sussiste un particolare rapporto di affidamento.

Sono le ipotesi dei contratti conclusi tra parenti stretti⁸⁶; ma anche le ipotesi – potrebbe aggiungersi – in cui un soggetto si avvicina a un'altra parte non solo proponendole di acquistare un bene o un servizio, ma anzitutto chiedendole di indicarne il valore di mercato sulla base di una valutazione esperta, e l'altra parte esplicitamente o implicitamente accetta (caso in cui si crea un evidente conflitto di interessi, che nondimeno impone anzitutto un'informazione esatta rispetto al valore di mercato o, per meglio dire, una valutazione informata e diligente da condividere con chi la richiede)⁸⁷.

Non è il caso di soffermarci oltre su queste fattispecie, per cui si potrebbero ripetere considerazioni analoghe a quelle poc'anzi svolte. È meglio procedere, tirando le fila complessive del discorso.

Abbiamo visto come il diritto al silenzio potrebbe essere ricostruito: anzi, abbiamo provato a formulare una ipotesi al riguardo. Nel farlo, di ci siamo accorti della complessità del fenomeno oggetto di studio: non è semplice comprendere quando sussiste il dovere informativo e quando è escluso; è difficile ricorrere, per definirlo, a formule generali; è necessario, invece, comprendere la *ratio* giustificatrice di una certa casistica, scomponendo quei fattori che spontaneamente danno vita a certe regole (alla luce di un portato socio-giuridico, che si proietta sull'ordinamento e lì viene colorato da una certa scelta politica).

Alla luce di tutto ciò e, soprattutto, della complessità incontrata, possiamo e dobbiamo tornare all'interrogativo da cui prendevamo le mosse all'inizio del paragrafo, chiedendoci cioè se la scelta di *drafting* del legislatore francese, volta a rimandare la disciplina specifica dell'esclusione del dovere generale informativo all'opera costante, attenta e premurosa di dottrina e giurisprudenza, sia o meno convincente.

Di norma si ritiene che al legislatore spettino compiti politici, nell'ambito di un dibattito parlamentare volto ad assicurare il rispetto dei principi democratici, e a dottrina e giurisprudenza compiti tecnici, rispetto ai quali esse sono meglio attrezzate (per il tempo che hanno a disposizione per formulare le loro considerazioni, così come per la possibilità di migliorarle e aggiornarle). Tuttavia, questa visione può apparire sempli-

⁸⁵ L'intento delle parti di accettare le regole di un certo mercato non va certo inteso in senso eccessivamente volontaristico: si tratta di una formula breviloquente per avvertire che, se le parti entrano in un mercato particolare con una sua logica manifesta, esse necessariamente vi si sottopongono.

⁸⁶ Quale esempio, può citarsi nuovamente il caso di cui alla nt. 33.

⁸⁷ Si pensi all'ipotesi in cui un privato chiede una stima di un suo dipinto a un mercante d'arte, proponendogli contestualmente di acquistare il dipinto. Nel caso Baldus (v. nt. 28) anche la mancanza di un tale rapporto fiduciario può aver convinto la Cour de Cassation a escludere ogni obbligo informativo della parte più esperta.



ficante: non solo perché oggi si riconosce pacificamente che dottrina e giurisprudenza sconfinino nel politico, quanto meno negli spazi lasciati liberi dal legislatore, ma anche perché il legislatore spesso adotta scelte formalizzanti che hanno una ricaduta tecnica: a volte perché ciò è inevitabile per porre regole dal sapore anche, e prevalentemente, politico; altre volte perché ciò è funzionale a troncare o a evitare un dibattito tecnico che, per la difficoltà della materia e l'ambiguità delle soluzioni (tutte magari potenzialmente “buone” e nessuna sufficientemente “migliore”), potrebbe creare incertezza.

L'art. 1112-1, quanto ai temi di cui si va ora scorrendo, demanda numerose scelte tecniche, di completamento, a dottrina e giurisprudenza, affidandosi a due ulteriori clausole generali (l'ignoranza legittima e l'affidamento legittimo). Probabilmente sarebbe stato più proficuo, pur senza addentrarsi nei rivoli di una disciplina eccessivamente analitica (e quindi troppo rigida a fronte di regole che mutano con il mutare della società e che, comunque, solo una riflessione pacata e corale può contribuire a individuare e precisare), scendere a un livello maggiore di dettaglio, specificando alcune delle cause generali di esclusione del dovere di informazione (così anche da chiarire che il diritto di tacere circa le informazioni sulla convenienza è solo un'ipotesi del generale diritto al silenzio, per quanto sia la più importante)⁸⁸.

Così, gli *alinéas* 1 e 2 dell'art. 1112-1 *Code civil* e i primi due commi di un eventuale art. 1337-*bis* cod. civ. basato sull'art. 1112-1 francese rispettivamente avrebbero potuto e potrebbero così suonare:

“La parte che conosce informazioni determinanti per la conclusione del contratto è tenuta a darne notizia all'altra parte che le ignora, salvo che ciò non dipenda da colpa”⁸⁹.

Il dovere di informazione non attiene a tutto ciò che riguarda le valutazioni di convenienza dell'affare, nonché alle informazioni che un contraente può mantenere riservate, quali quelle inerenti a situazioni personali e riservate di altri soggetti e quelle che, in virtù del contenuto del contratto da concludere, della qualità delle parti e delle altre circostanze, risultano necessariamente oggetto di una ricerca individuale, salvo che il particolare rapporto di fiducia tra le parti non implichi comunque l'esistenza di un dovere di informazione”.

Possiamo, a questo punto, procedere oltre. Del resto, il testo proposto corrisponde solo ai primi due commi dell'art. 1112-1: dobbiamo ora proseguire nella nostra valutazione della disposizione francese, guardando più da vicino ai quattro restanti *alinéas*.

5. – Tra le previsioni di cui agli ultimi quattro *alinéas* dell'art. 1112-1 occupa un ruolo di rilievo l'*alinéa* 3, il quale stabilisce che sono di importanza determinante le informazioni *qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* (così completando di contenuto quella parte dell'*alinéa* 1 in cui si prevede che l'informazione da divulgare è solo quella *déterminante pour le consentement de l'autre partie*).

⁸⁸ La presumibile ragione per cui il legislatore non vi ha provveduto è la stessa, di cui parleremo nel § 8: la riforma francese è avvenuta “a giurisprudenza costante” e a essa non ha corrisposto uno sforzo normativo, e innovativo, del legislatore.

⁸⁹ Il riferimento all'ignoranza non dovuta a colpa corrisponde, utilizzando il lessico dell'art. 1338 cod. civ., a quello della maggiore vicinanza di una parte all'informazione; peraltro, la precisazione non esclude che nel caso di errori di tipo diverso (errore spontaneo riconoscibile e/o riconosciuto o errore comune) possano emergere altri rimedi (ma sul punto v. il § 7). Da un altro punto di vista, va rilevato che nella disposizione potrebbe farsi riferimento anche alla parte che “dovrebbe conoscere” certe informazioni (così come fa oggi l'art. 1338 cod. civ.). Il legislatore francese, in realtà, ha ommesso questo riferimento, per non dare troppo risalto all'obbligo di informarsi per informare, ritenuto eccezionale. La scelta è condivisibile; tuttavia, anche una diversa opzione risulterebbe, per altri versi, persuasiva (soprattutto perché, altrimenti, i casi di informazione da reperire per fornirla risulterebbero privi di un appiglio normativo). In ultimo, sulle informazioni “determinanti”, si rinvia al prossimo paragrafo.



Anche questa specificazione appare per lo più tecnica, non spostando molto dal punto di vista politico: essa appare più che altro ispirata alla necessità di superare ogni dibattito (per l'appunto, tecnico) sull'individuazione dell'informazione da divulgare, ferma la scelta politica ordoliberalista contenuta in altre parti dell'art. 1112-1.

Nel merito, appare sicuramente condivisibile l'indicazione fatta propria dal legislatore francese: non ogni informazione dev'essere oggetto di rivelazione, ma solo quella sufficientemente importante o, per meglio dire, quella che esercita un'efficacia causale sulla conclusione del contratto, nel senso che, se fosse stata fornita, la controparte avrebbe deciso di non concludere quell'esatto contratto che poi ha invece concluso. Si tratta, del resto, di una regola che recepisce un'indicazione proveniente dalla comparazione: in tutti i principali sistemi giuridici le informazioni prive di rilevanza causale non sono oggetto di un dovere di informazione⁹⁰.

Tuttavia, nonostante l'apparente banalità della disposizione, vi sono almeno due fronti su cui emergono dei dubbi.

Anzitutto, dal tenore della previsione sembrerebbe che l'interprete debba chiedersi se realmente il contraente, se fosse stato informato, avrebbe accettato comunque quel contratto oppure avrebbe rifiutato di concluderlo. Se però così si ragionasse, si cadrebbe in una serie di verifiche controfattuali assai ardue, che per di più potrebbero addirittura condurre ad esiti non del tutto convincenti (ad esempio, la controparte informata potrebbe dimostrare, in certi casi, che avrebbe avuto la forza di imporre un contratto anche notevolmente diverso da quanto ipotizzato dall'altro contraente)⁹¹.

In secondo luogo, e nonostante il chiarimento fornito dal comma 2, l'art. 1112-1 non consente di comprendere se la verifica di efficienza causale vada compiuta sulla base di interessi, gusti e aspettative assolutamente normali oppure, e in quali termini, sulla base dei particolari interessi, gusti e aspettative dell'altra parte. D'altro canto, l'*alinéa* 2 aggiunge qualcosa di abbastanza scontato (l'informazione ha un'efficienza causale se riguarda il contenuto del contratto e – sottinteso: nei soli contratti *intuitu personae* – la qualità delle parti), ma non chiarisce in modo definitivo se tale contenuto va guardato in modo rigidamente oggettivo oppure sulla base di un criterio soggettivo-oggettivo⁹².

Entrambi i quesiti vengono, evidentemente, lasciati a dottrina e giurisprudenza. Possiamo allora provare a chiederci come essi dovrebbero essere risolti e se non sarebbe stato conveniente prendere posizione sugli stessi (e se non sarà conveniente che il legislatore della riforma del codice italiano, in sede di disciplina legislativa dell'obbligo di informazione nel nostro ordinamento, li dirima in modo espresso).

Quanto al primo, sarebbe preferibile ritenere che il giudizio di efficienza causale sia condotto valutando se tra il contratto concluso e quello ipotizzato dal contraente non informato (o, comunque, tra le situazioni di

⁹⁰ Si tratta di un requisito ben noto in chiave comparatistica: v. ad esempio l'art. 4:103 PECL e, a tal riguardo, anche S. LOHSSE, *Art. 4:103: Fundamental Mistake as to Facts or Law*, in R. ZIMMERMANN, N. JANSSEN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, 418 s., così come il quadro generale, ma al tempo stesso assai preciso, offerto da J.M. SMITS, *Contracts Law. A Comparative Introduction*², Cheltenham, UK-Northampton, MA, 2017, 163.

⁹¹ Esemplificando: Tizio compra un appartamento da Caio, offrendo una cifra ingente anche in virtù della particolare vista che dall'abitazione si gode; Caio, però, non gli rivela che di fronte all'appartamento sta per essere edificato un centro commerciale, che nasconderà tale vista. Caio potrebbe riuscire a dimostrare che Tizio era tanto innamorato di quell'appartamento che, anche se avesse ricevuto l'informazione, avrebbe fatto di tutto per accaparrarsi il bene: e, onde vincere la concorrenza di altri potenziali acquirenti, avrebbe comunque offerto la cifra a cui ha alla fine pagato l'immobile.

⁹² Esemplificando: se Tizio si convince a comprare un certo fondo il cui pregio è dato anche dal fatto di confinare con un bellissimo parco privato, l'informazione relativa al fatto che uno degli alberi del parco – una magnolia secolare – è malata e sta per essere sradicata non parrebbe rilevanza causale se sul fondo del vicino vi sono altri numerosi alberi di particolare bellezza. Tuttavia, se il venditore Caio avesse saputo da Tizio che egli si era deciso a formulare una certa offerta per l'acquisto del fondo unicamente perché innamorato della magnolia, avrebbe dovuto informarlo di quanto a lui noto circa la malattia dell'albero?



fatto reali e quelle ipotizzate) vi sia uno scarto non indifferente. Deve, cioè, aprirsi uno spazio tale per cui i due accordi non sembrino praticamente collimanti, ma siano sufficientemente diversi, così da ritenere che il consenso relativo all'uno non implichi, naturalmente, consenso anche all'altro, in ragione della differenza sostanziale – anche se minima – tra i contratti (vedremo oltre che il requisito dell'efficienza causale non va confuso con quello della “determinanza” del vizio del consenso)⁹³.

Con riferimento al secondo quesito, apparirebbe più congruo utilizzare un criterio soggettivo-oggettivo per valutare se una certa informazione è dotata di rilevanza causale. Tale rilevanza, quindi, deve ritenersi propria non solo delle informazioni attinenti a qualità (in senso lato e anche immateriali) normalmente ricercate in un bene o in un servizio, ma anche di tutte quelle qualità (sempre in senso lato e anche immateriali) specificamente ricercate da un contraente, in virtù dei suoi particolari gusti e delle sue particolari esigenze, di cui sia stata messa seriamente a conoscenza la sua controparte (a prescindere dal fatto che tali qualità rientrino o meno nell'assetto di interessi pattizio)⁹⁴.

Del resto, queste sono le soluzioni cui addivene la dottrina francese sulla base della generale scelta politica ordinamentale e al fine di completare i precetti posti dall'art. 1112-1. Gli autori, infatti, guardano all'efficienza causale dell'informazione più che altro come discrepanza sostanziale tra il contratto concluso e quello ipotizzato⁹⁵; essi, inoltre, intendono l'espressione *déterminante* proprio facendo applicazione di un criterio soggettivo-oggettivo⁹⁶.

A questo punto, e passando a valutare la formulazione dell'art. 1112-1 quanto al requisito della rilevanza causale dell'informazione, apparirà chiaro perché – quanto meno nell'ottica di una futura riforma del codice civile italiano – la disposizione sembri, da un lato, ridondante e, da un altro lato, poco utile. Quel che la previsione dice, infatti, è banale e scontato; quello che non dice, invece, avrebbe forse necessitato di una regola espressa.

Vero è che si tratta di profili per lo più tecnici: i punti che restano aperti, infatti, sono limitati e la scelta di una soluzione o dell'altra non appare davvero espressione di una preferenza politica, ma più che altro di uno svolgimento a rime obbligate di certi valori già posti a monte. Tuttavia, i profili in questione fanno emergere problemi interpretativi delicati, il cui grado di complessità e di ambiguità è tale da richiedere un intervento positivo. Solo questo, infatti, può troncargli sul nascere qualsiasi questione, a beneficio della certezza del diritto.

Se si fosse seguita questa indicazione, ne sarebbe derivato un *alinéa* 3 dell'art. 1112-1 (e ne potrebbe derivare un comma terzo dell'art. 1337-*bis*) dal seguente tenore:

⁹³ Quindi, nell'esempio di cui alla nt. 86, il dovere generale di informazione è comunque leso. Da ciò si desume anche che il *quantum* di risarcimento dell'interesse differenziale – rilevante in presenza di un vizio solo incidente – non può appiattirsi sulla ricerca di un vero nesso causale e su un vero giudizio controfattuale, ma piuttosto deve valorizzare la differenza tra il contratto concluso e quello ipotizzato. Ma su questo v. oltre, nt. 144.

⁹⁴ Tornando all'esempio di nt. 20, se l'interesse soggettivo – e idiosincratico – fosse noto alla controparte (in modo sufficientemente serio alla luce delle circostanze), la mancata informazione risulterebbe rilevante.

⁹⁵ Ciò avviene per lo più implicitamente: la dottrina, infatti, esclude un giudizio controfattuale che valuti a quali diverse condizioni il contraente disinformato avrebbe concluso il contratto, accontentandosi di verificare la normale incidenza dell'informazione e, così, dando l'impressione che sia sufficiente uno scarto tra il contratto concluso e quello ipotizzato (semmai, il giudizio controfattuale è da taluno richiesto in sede di quantificazione del danno: su cui v. oltre, nt. 97).

⁹⁶ Cfr. O. DESHAYES, TH. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*², Paris, 2018, 105; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 167, che richiamano Cour de Cassation, Chambre civile 1, 28 mai 2008, 07-13.487, secondo cui, se il venditore sa dell'importanza determinante rivestita per l'acquirente dalla “vue dégagée à l'arrière de son jardin” e sa che una costruzione ostruirà tale vista, deve fornire la corrispondente informazione.



JUS CIVILE

“Le informazioni determinanti per la conclusione del contratto sono tutte quelle tali da incidere sulla conclusione del contratto o per lo meno sulle condizioni del contratto, alla luce di quanto normalmente praticato o degli interessi che la parte non informata aveva seriamente portato a conoscenza della parte informata”.

Passiamo a questo punto a parlare dell’ultima parte dell’art. 1112-1 *Code civil* (*alinéas* 4-6), ove possiamo rinvenire una regolazione, assai essenziale, del dovere generale di informazione, anch’essa per lo più di stampo tecnico (sempre nel senso che non è in essa che l’ordinamento precipita ed esprime una certa scelta politica). Di tale disciplina è preferibile parlare distinguendo la prospettiva francese da quella dell’interprete italiano, giacché essa tocca profili – come la ricostruzione della responsabilità precontrattuale e della sua natura e la derogabilità della buona fede – fortemente implicati da scelte ordinamentali estranee alla disciplina del dovere generale di informazione e diverse in Francia e in Italia. Vedremo, comunque, che anche nell’ottica del giurista italiano tale disciplina appare essere in buona parte ragionevole e bilanciata, anche se superflua.

Anzitutto, la distribuzione dell’onere della prova che si ricava dall’*alinéa* 4 è condivisibile pure in chiave italiana, corrispondendo sostanzialmente ai principi generali: è l’attore, che lamenta di non essere stato informato, a dover dimostrare l’esistenza del dovere altrui; è il convenuto, invece, a doverne provare l’adempimento.

Anche, poi, nella prospettiva del dovere precontrattuale di buona fede quale fonte di un rapporto obbligatorio di protezione, l’esito appare corretto: chi si duole della violazione, posta in essere da un altro contraente, della buona fede precontrattuale deve provare quale contenuto essa aveva assunto nella concreta dinamica delle trattative (per l’appunto, dando prova dello stadio a cui esse erano giunte e delle altre circostanze); viceversa, chi sostiene di aver tenuto una condotta conforme a buona fede deve dimostrare di aver adempiuto l’obbligo di informazione.

Semmai, la condivisibilità della disposizione francese può far sembrare superfluo porre espressamente una regola sul riparto dell’onere della prova come l’onere della prova di cui all’*alinéa* 4 si distribuisce: sicché, presumibilmente, un futuro legislatore italiano potrebbe tacere sul punto, lasciando che anche in quest’ambito operino i principi generali.

Pure la previsione dell’inderogabilità dell’obbligo generale di informare, di cui all’*alinéa* 5, appare persuasiva, anche nell’ottica del nostro ordinamento. La buona fede, in generale, non può essere derogata: quel che le parti possono cambiare, semmai, è la situazione concreta su cui si innesta l’obbligo generale di buona fede.

Così, e per esemplificare richiamando un ambito attiguo, le varie clausole che consentono di recedere dalle trattative senza pagare alcun danno vanno lette, anche per preservarne la validità, non come deroghe alla buona fede, ma piuttosto come dichiarazioni volte a privare – per quanto possibile – di serietà le trattative stesse. Allo stesso modo, un’eventuale disposizione che miri a escludere o limitare il dovere di informare varrebbe, tutt’al più, a rendere più generico l’oggetto del contratto o, comunque, a modificare – sempre per quanto possibile – la posizione delle parti rispetto all’informazione⁹⁷.

Nondimeno, la (indiretta) ammissibilità di una clausola di “deroga” alla buona fede – in tanto in quanto riletta quale previsione che muta la situazione concreta in cui le parti si trovano ad agire – potrebbe sconsigliare di introdurre, nell’articolato codicistico, una disposizione come l’art. 1112-1, *alinéa* 5, lasciando alla

⁹⁷ Anche la dottrina francese chiarisce che le parti possano precisare quali informazioni rivestono per loro un carattere determinante: v. J.-J. ANSAULT, *Réforme du droit des contrats. Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition*, in *JCP E*, 2016, 1307.



dottrina il compito di porre questi principi (che, peraltro, non sono oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza pratica e teorica in Italia).

Prima di giungere all'*alinéa* 6, v'è da considerare quello che l'art. 1112-1 non dice, evidentemente rimettendosi all'integrazione dottrinale e giurisprudenziale. Come già anticipato, la disposizione francese tace sul rilievo temporale del dovere generale di informazione: essa non chiarisce quando il dovere sorge, così come quando può considerarsi violato. Parimenti, essa nulla dice sul *quantum* risarcitorio derivante dalla sua violazione, sia essa scoperta prima della conclusione del contratto o dopo.

Molto brevemente, il giurista italiano, interrogato a tal riguardo, potrebbe ben ritenere che il dovere sorge con un certo contenuto fin dal momento in cui la buona fede impone di fornire una certa informazione, visto l'oggetto delle trattative, lo stadio delle stesse e le altre circostanze⁹⁸; che l'inadempimento a tale obbligo è sempre fonte di responsabilità (salvo ove non sia imputabile, per caso fortuito o forza maggiore)⁹⁹; che il *quantum* di danno è diverso, a seconda che la mancanza di informazione sia scoperta durante le trattative (nel qual caso si potrebbe ritenere che, scoperta l'informazione, la parte possa recedere dalle trattative imputando il loro costo alla controparte fin dal momento di violazione dell'obbligo di informare¹⁰⁰) oppure a contratto concluso (nel qual caso il danno dovrebbe distinguersi a seconda della natura del vizio¹⁰¹).

Con riferimento ai menzionati profili, appare condivisibile che il legislatore francese non si sia espresso: parimenti, un futuro 1337-*bis* potrebbe ben tacere su tutti questi aspetti, senza perdere nulla e anzi risultando preferibile. Infatti, si tratta di punti dalle implicazioni sistematiche così consistenti che appare preferibile non irrigidirli in via positiva, lasciandoli invece all'elaborazione costante, e flessibile, di dottrina e giurisprudenza.

Siamo giunti, così, alla fine della prima parte del nostro percorso: stando all'analisi svolta, l'iniziativa del legislatore francese risulta, per lo più, apprezzabile, tanto da potersi suggerire al legislatore italiano di copiarla, salvo alcuni elementi di dettaglio che potrebbero essere rivisitati o modificati. I veri punti dolenti iniziano, tuttavia, ora: e sono punti che lasciano fortemente scettici sull'impianto della riforma francese, già da un punto di vista metodologico, e ancor più perplessi sulla sua importazione in Italia. In linea generale, si tratta di tutto quanto relativo al collegamento tra dovere precontrattuale di informazione e la disciplina dei vizi del consenso¹⁰²: a tal riguardo esamineremo prima le disposizioni codicistiche frutto della riforma francese e,

⁹⁸ In Francia v. oggi G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 170, anche richiamando il *rapport de présentation e l'ordonnance du 10 février 2016*.

⁹⁹ Sul punto v. in particolare, nella nostra dottrina, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in ID., *Scritti*, II, Milano, 2011, 271.

¹⁰⁰ Salvo che controparte non proponga di continuare le trattative alle condizioni ipotizzate dall'altro contraente; in tal caso, quest'ultimo comunque potrebbe abbandonarle, senza costo alcuno, quanto meno nell'ipotesi di dolo della controparte.

¹⁰¹ Ma su questo v. oltre, § 7; sulle soluzioni dottrinali in Francia v. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*¹², cit., 347 s.; PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., 297; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 171.

¹⁰² D'altro canto, è finanche il regime del risarcimento per la violazione dell'obbligo di informazione – cui si è poc'anzi accennato molto brevemente – che impone di chiedersi se e come la disciplina del dovere di informazione si integri con quella dei vizi del consenso: del resto, è ovvio che attivando un rimedio quale quello caducatorio si può, in qualche parte, superare la necessità di risarcire un danno, così come è ovvio che, avendo a disposizione un rimedio caducatorio, sorga l'interrogativo circa la pregiudizialità di tale strumento di tutela rispetto al risarcimento del danno; parimenti, il ristretto ambito di applicabilità dei rimedi caducatori – in Francia come in Italia tradizionalmente collegati a vizi del consenso determinanti e non solo incidenti – esige di chiedersi se il *quantum* di danno deve essere liquidato, a fronte di un vizio determinante, in modo simile o diverso da quanto avviene nel caso in cui il vizio sia solo incidente (tutelato solo in via risarcitoria). Tali questioni, assai complesse, possono essere affrontate solo combinando rimedi caducatori e rimedi risarcitori, ossia solo rinvenendovi due rimedi diversi che trovano fondamento nella stessa disciplina sostanziale, necessariamente unitaria.



quindi, le prese di posizione del legislatore d'oltralpe¹⁰³, per poi verificare come le criticità emerse in Francia potrebbero essere evitate in Italia¹⁰⁴, per concludere poi offrendo un giudizio complessivo su quella parte della *réforme* di cui ci siamo interessati¹⁰⁵.

6. – Fin dalle prime righe di questo scritto si era notato come dovunque in Europa la disciplina tradizionale dei vizi del consenso sia apparsa, nel corso del Novecento, troppo rigida e restrittiva: il che ha aperto la strada a due percorsi evolutivi. Da un lato, si sono ampliate le maglie dei vizi del volere, e in particolare del dolo (estendendolo a ipotesi omissive e addirittura, talvolta, solo colpose¹⁰⁶); da un altro lato, si è affidato alla responsabilità precontrattuale un ruolo di supplenza rispetto ai vizi del consenso (e a tal proposito è ben nota, in Italia, la teoria dei vizi incompleti del consenso, che trova degli omologhi funzionali anche negli altri ordinamenti di *civil law*¹⁰⁷).

Ne è derivato un po' ovunque un sistema frutto di stratificazioni, dove per riempire le lacune di tutela lasciate aperte dai vizi del consenso ci si è rivolti, in modo spesso disordinato, alla responsabilità precontrattuale (e, quindi, a uno strumento di tutela diverso e spesso meno efficace)¹⁰⁸. Un sistema in cui è sorta la necessità di mettere ordine e di collegare in modo ragionevole i due tipi di tutela: quella demolitoria dei vizi del consenso e quella sostanzialmente manutentiva offerta dalla responsabilità precontrattuale.

Quest'istanza ha peraltro trovato una sponda in una concezione diversa e rimediabile dei vizi del consenso, intesi oggi non più come patologie derivanti dalla carenza di un elemento strutturale del contratto, ma semmai come rimedi predisposti dall'ordinamento a favore di una parte¹⁰⁹. Rimedi che, esattamente come il risarcimento del danno, si fondano su una distribuzione precontrattuale di rischi e che su questa trovano la loro giustificazione¹¹⁰.

Il risultato che ne è disceso è ben apparente nei progetti di codificazione europea, come i PECL, e si so-

¹⁰³ § 6.

¹⁰⁴ § 7.

¹⁰⁵ § 8.

¹⁰⁶ Sul dolo commissivo come semplice menzogna v. M. LOBUONO, *Art. 1439*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 173 s., e Cass. civ., sez. II, 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro it.*, 1994, I, c. 423; sul dolo omissivo cfr. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 283, nonché Cass. civ., sez. II, 7 agosto 2002, n. 11896, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 911; sul dolo colposo, in una prospettiva anche storico-comparatistica, v. P. LAMBRINI, *Dolo colposo: una figura della scienza giuridica romana*, in ID., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 117 ss.

¹⁰⁷ Sui vizi incompleti in Italia v. nuovamente M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., 187 ss.

¹⁰⁸ Basti pensare, in Italia, a quelle ipotesi di violazione colposa di obblighi di informazione che non ammontano a errore (difettando di essenzialità), né a dolo (mancando di intenzionalità); in questi casi non vi è la possibilità di caducare il vincolo contrattuale, anche se il vizio è determinante. Solo pochi autori peraltro ammettono in Italia l'applicazione dell'art. 2058 cod. civ. nel caso di responsabilità precontrattuale da violazione di obblighi di informazione (R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, 611); e, comunque, l'utilizzo del risarcimento in forma specifica quale base per far venire meno un contratto (o forse solo un rapporto contrattuale) sconta alcuni limiti, giacché richiede comunque che la conclusione del contratto rappresenti un "danno" (il che potrebbe non essere: basti pensare ai casi in cui l'affare è concluso a prezzi di mercato).

¹⁰⁹ Si tratta dell'ultima tappa di un processo che ha attraversato vari secoli e che, tra l'altro, si collega alla visione del negozio come atto di autoregolamento (e non – o, meglio, non solo – come atto di volontà). V., con riguardo all'errore, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 600 ss.

¹¹⁰ Il che, a sua volta, si collega a una disciplina dei vizi del consenso, e in particolare dell'errore, incentrata sulla loro *source*, più che sulla loro *nature*: v., proprio rimarcando il fatto che il legislatore francese non ha aderito a questa moderna linea di tendenza, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 259. Su questa linea di tendenza v. per tutti, S. LOHSSE, *Introduction before Art. 4:101*, in R. ZIMMERMANN, N. JANSSEN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, 649 ss.



stanza in una unificazione della disciplina dei vizi del consenso e del dovere precontrattuale di informazione, la cui violazione ha conseguenze di stampo diverso (ora la caducazione del vincolo, ora il risarcimento del danno)¹¹¹.

Seguendo questo esempio, il legislatore francese avrebbe ben potuto dettare le condizioni di rilevanza del dovere precontrattuale di informazione, prevedendo che in ogni caso la sua violazione comporti conseguenze risarcitorie e ammettendo che, dove l'informazione è di una certa importanza (ossia, è tale che, di norma, se la si fosse conosciuta si sarebbe trattato a condizioni totalmente diverse o non si sarebbe nemmeno trattato), il contratto sia caducabile. Inoltre, avrebbe potuto prevedere appositi rimedi per i casi che restano fuori da queste ipotesi, subordinati a particolari condizioni di rilevanza (ad esempio, per l'errore spontaneo o per l'errore comune, su cui si rinvia al prossimo paragrafo).

Tuttavia, nulla di ciò ha fatto il legislatore francese¹¹², il quale – lo si era anticipato – nell'introdurre nel codice un dovere generale di informazione e nel riformare il sistema dei vizi del consenso (e in particolare *dol* ed *erreur*¹¹³) ha dato vita a due sistemi che tra loro non sono immediatamente comunicanti e che, soprattutto, regolano in modo non uniforme il dovere generale di informazione. Il riferimento non va, ovviamente, al fatto che la caducazione è ammessa solo in presenza di errori più gravi rispetto a quelli che, invece, danno luogo solo a una vicenda risarcitoria; piuttosto, il fatto è che il perimetro del generale dovere informativo, previsto a carico della parte informata e a favore di quella non informata e nascente in virtù della reciproca posizione nelle trattative, è disciplinato separatamente e in modo diverso¹¹⁴.

Tale scelta, alla luce delle indicazioni comparatistiche, non appare giustificata¹¹⁵, non essendovi ragione alcuna per introdurre nell'ordinamento una duplice disciplina del dovere generale di informazione. La soluzione dei PECL, che può ben essere presa ad esempio, è nel senso di regolare autonomamente differenti ipotesi di errore, tra cui quello derivante dalla violazione del dovere generale di informazione, collegando allo stesso rimedi manutentivi (nei casi più gravi) e rimedi risarcitori (nei casi più gravi e pure in quelli più lievi)¹¹⁶. L'esito è, per l'appunto, la creazione di una disciplina unitaria, in cui la duplicità è dei rimedi e non

¹¹¹ Su questi profili v. N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 2011, 647 ss.; N. JANSEN, *Irrtumsanfechtung im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, H. SCHULTE-NÖLKE, N. JANSEN, R. SCHULZE (eds.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, München, 2012, 172 ss.

¹¹² Nonostante l'intendimento del legislatore della *réforme* di fare un passo in avanti nell'armonizzazione del diritto francese a quello europeo: v., sul punto, ancora una volta il *Rapport*, ove tra l'altro si legge che il "mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste" di cui alla riforma "le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires". Cfr. anche L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, 318.

¹¹³ V., nella prospettiva dell'interprete italiano, A. GORGONI, *I vizi*, cit., 91 ss.

¹¹⁴ Alla dottrina francese è ben noto che la disciplina del dovere d'informazione e quella dei vizi del consenso costituiscono due plessi che devono integrarsi e coordinarsi a vicenda. A dire il vero, però, gli autori d'oltralpe tendono non tanto a combinare due tipi di rimedi – risarcimento e caducazione –, ma piuttosto a distinguere tra misure preventive (il dovere di informare) e misure curative (la caducazione del vincolo): v. F. TERRÉ-PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 365. Questa prospettiva, già utilizzata prima della riforma (F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*⁸, cit., 208), non giova a un approccio unitario al tema dell'informazione precontrattuale; tuttavia, reca in sé, in nuce, quella necessità di coordinamento reciproco delle due discipline, che sfocia poi nell'esito di cui si va parlando nel testo.

¹¹⁵ Al contrario il progetto d'ordinanza di riforma del 2015 aveva per lo meno regolato in un'unica *sous-section* (dedicata al *consentement*) dovere d'informazione e vizi del consenso (cfr. artt. 1129 ss.): scelta che, al netto di varie incongruenze del progetto (poi migliorate in sede di stesura definitiva) e del fatto che, comunque, la disciplina era solo topograficamente vicina (ma non sostanzialmente unitaria), appare oggi, allo sguardo di un interprete esterno, più condivisibile di quella della *réforme*.

¹¹⁶ V. in particolare gli artt. 4:103 ss. PECL e, in particolare, gli artt. 4:103 (che indica varie categorie di errore), 4:106 (sulla rilevanza dell'informazione inesatta anche se non ricorrono le condizioni per annullare il contratto, perché l'informazione non era *fun-*



già del perimetro del dovere d'informazione: e così pure avrebbe potuto fare il legislatore francese, evitando di individuare condizioni di rilevanza diverse per il dovere generale d'informazione a valenza risarcitoria e per quello a valenza caducatoria¹¹⁷.

Ma non solo le indicazioni comparatistiche conducono a un giudizio negativo, anche e soprattutto nell'ottica dell'introduzione in Italia di una disciplina dell'informazione precontrattuale. Gli esiti poco ordinati che derivano dalla riforma francese sono sotto gli occhi di tutti, se è vero – com'è vero – che si è già palesata la necessità di interventi legislativi e giurisprudenziali volti a superare le più vistose incongruenze di disciplina: ossia, volti, in via positiva, a unificare quel regime di disciplina dell'informazione precontrattuale che, formalmente, la riforma ha tenuto distinto e, in via ermeneutica, ad appianare tale divergenza (con l'inevitabile portato di interpretazioni incerte, difficili e non sempre tali da condurre pienamente all'esito sperato).

Per chiarirlo vale la pena di prendere brevemente in considerazione i vizi “informazionali” del consenso (ossia legati all'informazione: *dol* ed *erreur*) e, per la precisione, quell'area di *dol* ed *erreur* che tendenzialmente si sovrappone al dovere informativo di cui all'art. 1112-1 (dal discorso resteranno cioè esclusi quei casi in cui l'errore di una parte deriva una informazione spontaneamente data dall'altra parte e intenzionalmente o colposamente sbagliata e quelli in cui non sussiste un dovere di informare e l'errore è spontaneo oppure è comune ad ambedue le parti; su tali casi, come già anticipato, si rinvia al § 7).

6.1. – Quanto alla disciplina del dolo¹¹⁸, essa prevede oggi che la reticenza dove sussiste un obbligo di informare, o la falsa informazione dove esiste questo obbligo, se intenzionali, producono nullità relativa del contratto¹¹⁹. Nella disciplina del dolo rientra, quindi, anche la violazione – dolosa – del dovere generale di informazione sorgente tra le parti delle trattative in virtù della loro posizione nelle trattative, che costituisce l'oggetto della nostra attenzione.

Nel regolare il *dol*, il legislatore francese poi aggiunge due ulteriori precisazioni, che complicano però – e non poco – le cose.

Anzitutto, l'art. 1130 prevede che il dolo debba essere determinante del consenso.

Evidentemente, la previsione è volta a contrapporre il dolo solo incidente a quello determinante, ossia il

damental), 4:107 (sul dolo) e 4:117 (sul rimedio risarcitorio). In dottrina, v. soprattutto S. LOHSE, *Art. 4:106: Incorrect Information*, e ID., *Art. 4:117: Damages*, entrambi in R. ZIMMERMANN, N. JANSSEN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, rispettivamente 689 ss. e 730 ss. Per attinenza, v. pure gli artt. II.-7:201 ss. DCFR, su cui cfr. CH. VON BAR, E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, Munich, 2009, 457 ss.

¹¹⁷ Il legislatore avrebbe cioè potuto disciplinare una sola volta il dovere di informazione, soffermandosi poi solo sulla differenza tra vizi incidenti e vizi determinanti (i primi solo a valenza risarcitoria, i secondi anche a rilievo caducatorio) e sull'integrazione tra rimedi differenti (a parte il diverso *quantum* di danno, il riferimento va in particolare alla pregiudizialità della caducazione sul risarcimento, nei casi in cui entrambi i rimedi risultino attivabili: v. § 7).

¹¹⁸ Il dolo è sicuramente il vizio della volontà più vicino alla logica del dovere generale di informazione e, più ampiamente, della distribuzione precontrattuale di rischi. Del resto, e tornando a quanto si diceva alla nt. 104, il dolo per sua natura è regolato tenendo conto della fonte del vizio; l'errore, soprattutto se trova il suo baricentro nella “scusabilità” (come in Francia) anziché nella “riconoscibilità” (come in Italia), può invece facilmente allontanarsi da questa idea di fondo (cui invece si riavvicina se viene disciplinato, come avviene oggi negli strumenti europei di *soft law*, proprio guardando alla sua fonte).

¹¹⁹ Non è ben chiaro se, alla luce della *réforme*, l'errore non causato, ma riconosciuto e non corretto, ammonti a dolo. Parrebbe di no: ma la difficoltà di comprenderlo si ricollega al solito fatto che la disciplina francese non sistematizza dovere di informazione, errore e dolo per coordinarne l'ambito di applicazione.



dolo in assenza del quale si sarebbe contratto ma a condizioni parzialmente diverse da quello in assenza del quale non si sarebbe concluso il contratto o lo si sarebbe concluso a condizioni del tutto diverse. L'idea, nelle sue linee essenziali, appare in sé e per sé persuasiva: serve un vizio del consenso determinante per aversi caducazione del vincolo contrattuale; se il vizio del consenso è solo incidente, non si può avere caducazione, ma solo risarcimento. Parimenti, sembra scontato che l'informazione non fornita o fornita in modo falso debba essere "determinante" nel senso dell'art. 1112-1, ossia debba avere un rilievo causale sul contratto (quantunque l'uso dello stesso vocabolo non appaia certo frutto di una scelta felice del legislatore francese).

Il problema sta nel fatto che, per valutare se il dolo è determinante, il legislatore chiede di valorizzare alcuni elementi concreti: più esattamente, si prevede che il *dol*, come gli altri vizi del consenso¹²⁰, rilevino a patto che "sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes"¹²¹, fermo restando che "leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné" (art. 1130). La disposizione non brilla di chiarezza: non solo, come detto, perché usa lo stesso aggettivo (*déterminant*) che l'art. 1112-1 utilizza per l'informazione con semplice efficacia causale, ma anche e soprattutto perché non chiarisce davvero in che modo si debba verificare la "determinanza" del vizio.

Si ripropone qui, in primo luogo, quella stessa difficoltà che si era incontrata a proposito del requisito dell'efficienza causale dell'informazione, con riferimento alla quale ci chiedevamo se una simile efficienza causale andasse dimostrata sulla base di un giudizio controfattuale basato su una realtà storica (per quanto ipotetica: ciò a cui il contraente caduto in errore avrebbe in effetti consentito) oppure richiedesse di guardare, più semplicemente, allo scarto esistente tra il contratto concluso e quello ipotizzato. A suo tempo rispondevamo nel secondo senso, osservando che tale soluzione è sostanzialmente condivisa anche dai giuristi d'oltralpe; e anche con riferimento al requisito di "determinanza" del vizio del consenso potremmo offrire una analoga risposta.

Tuttavia, anche ammettendo che il vizio sia determinante, e non incidente, se il contratto concluso è in sé e per sé diverso da quello ipotizzato dalla parte in errore o se le sue condizioni sono sostanzialmente diverse da quelle ipotizzate¹²², resta difficile comprendere se la divergenza tra contratto concluso e contratto ipotizzato o la discrepanza sostanziale tra condizioni vada valutata secondo un rigido criterio oggettivo di normalità sociale (che apprezzi il concreto assetto di interessi) oppure alla luce delle preferenze e dei gusti seriamente comunicati all'altra parte dalla parte caduta in errore (benché estranei poi all'assetto di interessi condiviso) oppure ancora alla luce delle preferenze e dei gusti della parte caduta in errore (anche non rivelati all'altra parte)¹²³.

Questa ulteriore, e più grave, oscurità riecheggia peraltro l'altra su cui ci si era soffermati in tema di ef-

¹²⁰ In realtà, però, l'art. 1130 è poi specificato in modo assai diverso per le ipotesi di *erreur*; sicché, per i nostri fini, ben possiamo ritenere che la disposizione si riferisca al solo *dol*. V. in questo senso G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 254.

¹²¹ Ad esempio, e rispettivamente: anziché comprare, Tizio prende in locazione; anziché comprare per 100, Tizio compra per 100.000.

¹²² Sul punto v. PH. MALAURIE, L. AYNÉS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., 285, secondo cui, a fronte anche della difficoltà di svolgere un giudizio controfattuale in tema di "determinanza" del dolo, la giurisprudenza tende – con soluzione fatta propria dall'art. 1112-1 – ad apprezzare "en général l'importance dans le contrat de l'élément sur lequel porte le vice, plutôt que le caractère déterminant de ce dernier, difficile à apprécier directement".

¹²³ Né la dottrina francese è di aiuto, limitandosi a ribadire che l'analisi deve compiersi in concreto: v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 256. Peraltro, ciò spesso è inteso nel senso che va valutato in concreto se il dolo era tale da far cadere in errore una parte (v. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 345): il che, però, riguarda piuttosto il perimetro della falsa informazione o dell'omissione rilevante, e non quello della "determinanza" del vizio.



ficienza causale dell'informazione: con l'unica differenza che, lì, la terza soluzione poc'anzi prospettata era sicuramente esclusa dal tenore testuale dell'art. 1112-1. La presenza di un testo come quello dell'art. 1130 pone però nuovi e numerosi problemi: se il quesito andasse risolto nello stesso senso di cui all'efficienza causale dell'informazione, resterebbe da spiegare perché il legislatore ha aggiunto all'*alinéa* 2 dell'art. 1130 che il vizio è determinante alla luce delle persone da cui, e delle circostanze in cui, è stato prestato il consenso, mentre l'*alinéa* 3 dell'art. 1112-1 chiede di verificare l'efficacia causale dell'informazione sulla base di un criterio diverso. Le due disposizioni debbono integrarsi a vicenda oppure sono rispettivamente autonome?

Certo, apparirebbe strano che un'informazione sia priva di efficacia causale e, però, che il corrispondente vizio sia determinante; tuttavia, risulta poco chiaro perché il legislatore abbia posto due regole diverse, se il regime era in fondo unitario. Forse l'intendimento del legislatore era nel senso di collegare a dati soggettivi, anche non rivelati e purché seri e apprezzabili, la valutazione di "determinanza", quanto meno nell'ipotesi di dolo. Il che potrebbe avere due conseguenze alternative: o portare ad ampliare anche il requisito dell'efficienza causale dell'informazione nel caso di dolo (anche, però, nei casi di dolo incidente, ossia di vizi a rilievo unicamente risarcitorio, con necessità di reinterpretare in tal senso pure l'art. 1112-1 quanto alle ipotesi di violazione intenzionale dell'obbligo generale informativo); oppure consentire all'interprete, ferma la normale verifica di efficienza causale dell'informazione, di valutare se tale informazione era determinante o incidente facendo riferimento anche a elementi prettamente soggettivi, purché seri e oggettivi.

Ma non è tutto. Il punto più interessante, ai nostri fini, della disciplina del dolo è infatti un altro: il legislatore della *réforme* ci dice – o, meglio, ci diceva – che il dolo è sempre rilevante, anche se riguarda un motivo e addirittura se attiene al valore della prestazione.

La dottrina francese ha da subito denunciato l'incongruenza di questa previsione – l'art. 1139: "l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat" – con l'art. 1112-1, spiegandola sulla base di un'ispirazione maggiormente solidaristica della disciplina del dolo: quest'ultimo avrebbe consentito di caducare il vincolo contrattuale anche in presenza di una mancata informazione per cui non sussisteva alcun dovere di divulgazione, come in particolare le mancate informazioni "sul valore della prestazione" o "su un semplice motivo"¹²⁴.

Il Parlamento, con la legge di ratifica del 2018, ha voluto superare questa incongruenza, prevedendo che il dolo omissivo inerente alla valutazione del valore della prestazione non sia rilevante: e, a tal fine, ha aggiunto un nuovo *alinéa* 3 all'art. 1137, stando al quale "néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation". Insomma, nel caso di dolo omissivo la mancata rivelazione della stima del valore – evidentemente, nel senso di cui all'*alinéa* 2 dell'art. 1112-1 – non è sanzionata¹²⁵.

L'intervento correttivo non ha riguardato il dolo commissivo, con riferimento al quale la falsa informazione parrebbe aver rilievo anche se attinente alla semplice valutazione di convenienza. Come si spiega una tale disposizione? A ben vedere, il dovere generale di informare può venire violato anche con una falsa in-

¹²⁴ Sul dibattito che ha poi portato alla modifica dell'art. 1137, *alinéa* 2, v. C. GRIMALDI, *Proposition de modification de l'article 1137, alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive*, in *Rev. contr.*, 2017, 175 ss. (e già dello stesso autore v. pure *Quand une obligation d'information en cache une autre: inquiétudes à l'horizon*, in *Rec. Dalloz*, 2016, 1009 ss.); G. CATTALANO-CLOAREC, *Obligation*, cit., 37 ss.

¹²⁵ Così G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 281. Da ciò, però, deriva un ulteriore dubbio: perché prevedere in due sedi diverse una disciplina identica (o, per meglio dire, che mira a essere identica)?



JUS CIVILE

formazione e non solo con un silenzio: in tal caso quindi riemerge la rilevanza dell'errore sulla valutazione di convenienza?

Probabilmente la disposizione va spiegata in altro modo¹²⁶: il dolo commissivo, per essere tale, non richiede una semplice informazione sbagliata; ciò può valere solo ove vi fosse, a monte, un dovere di informare derivante dalla posizione delle parti rispetto all'informazione. Può accadere, a prescindere da tale dovere di informare (e quindi oltre i suoi confini), che un soggetto si assuma un ulteriore dovere informativo, proprio fornendo la stessa informazione; e che questa sia errata (anzi, intenzionalmente errata). Proprio in tal caso, allora, il dolo commissivo potrà rilevare anche con riferimento alla valutazione di convenienza: purché vi sia tale assunzione di rischio, sulla base di elementi su cui la disciplina francese tace.

Come si vede, la disciplina francese attuale non brilla per ordine¹²⁷: sarebbe forse stato preferibile, a monte, distinguere l'errore causato intenzionalmente per mezzo della violazione del dovere generale di informazione da quello causato intenzionalmente per mezzo di una falsa informazione, con contestuale assunzione di uno specifico dovere informativo prima non esistente. Una volta regolata unitariamente questa casistica, ben si sarebbero potuti collegare rimedi risarcitori a entrambe le ipotesi, prevedendo un rimedio caducatorio nel solo caso di dolo determinante¹²⁸.

6.2. – Consideriamo ora la disciplina dell'errore, che al suo interno comprende giocoforza anche i casi in cui il dovere generale di informazione viene leso, seppur in forma soltanto colposa (e non dolosa). Si tratta di ipotesi abbastanza rare, ma in astratto non impossibili¹²⁹.

La regolazione dell'*erreur* prevede che l'errore, per rilevare, dev'essere scusabile: il che, giocoforza, ricorrerà sempre nei casi di violazione colposa, da parte dell'altro contraente, di un obbligo di informazione. Ma non è tutto: è anche previsto che l'errore deve riguardare una "qualità" anche "immateriale" e che la qualità dev'essere "essenziale", ossia "determinante" del consenso (art. 1132: "l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant")¹³⁰.

Quanto all'afferenza dell'errore a una "qualità" della prestazione, non è ben chiaro se con qualità si intenda perimetrare ulteriormente l'errore rispetto all'obbligo di informazione (limitandolo in modo più stringente) o se si voglia riprodurre la stessa estensione (in particolare lasciando al di fuori l'informazione sul valore della prestazione).

Il dubbio resta pure intendendo in senso ampio il termine "qualità", come di norma fanno i giuristi francesi (ossia come comprensivo anche di qualità immateriali¹³¹) e pure rivolgendo l'attenzione al resto della disciplina in tema di *erreur*, soprattutto là dove essa prevede che "l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se

¹²⁶ La letteratura francese non approfondisce molto questo profilo, che è però necessariamente insito nella definizione del dolo commissivo come "artificio" o "menzogna" e, soprattutto, nella sua distinzione dal *dolus bonus*: v. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 336 ss.

¹²⁷ V. PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., 296.

¹²⁸ Sul punto cfr. anche F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*¹², cit., 339.

¹²⁹ Anche se la dottrina francese sembra disconoscerlo: v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 167 e 280, che coerentemente con tale premessa definiscono l'*erreur* come *erreur spontanée* (ivi, 259). In senso contrario v. però F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, 2016, 39.

¹³⁰ Il requisito di "determinanza" è così assorbito da quello di "essenzialità": v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 253.

¹³¹ V. PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., 287.



tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité" (art. 1136)¹³². La previsione, in effetti, ricorda da vicino l'art. 1112-1, *alinéa* 2, ma la sua formulazione non è del tutto corrispondente: sicché non è chiaro se le due disposizioni si sovrappongono, se si integrano a vicenda o se semplicemente sono diverse¹³³.

L'errore, poi, deve riguardare una qualità "essenziale" della prestazione: ossia quelle "qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté" (art. 1133, *alinéa* 1; e si veda pure l'art. 1135, *alinéa* 1, secondo cui "l'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement").

La previsione si pone – come conferma la dottrina francese – in diretta connessione con l'art. 1130, specificando il requisito di "determinanza" del vizio nel caso di *erreur*. Ciò sembrerebbe voler dire che la qualità dev'essere entrata nell'assetto di interessi condiviso tra le parti: con esclusione, quindi, di tutte quelle qualità corrispondenti a interessi unilaterali, fossero essi conosciuti o meno dalla controparte¹³⁴. Una soluzione, quindi, non corrispondente a quella vista in tema di dovere informativo e a quella, ancora diversa, apparentemente vigente in tema di dolo.

Il che, peraltro, ci porta ad accorgerci che, mentre nel caso di dolo il legislatore sembrava estendere il dovere informativo (e in effetti così faceva, prima del 2018), nel caso di errore il legislatore appare voler limitare le conseguenze dell'ignoranza (restringendone gli effetti caducatori).

Nel caso di dolo ciò avveniva in virtù della forte influenza del dolo commissivo o, per meglio dire, dell'errore intenzionalmente causato tramite assunzione del rischio informativo: la regolazione di queste ipotesi infatti aveva portato a rendere rilevante qualsiasi errore, dovuto a una condotta intenzionale dell'altra parte, sebbene inerente a valutazioni sul valore della prestazione.

Nel caso di errore è probabile che il retropensiero del legislatore francese sia stato quello di porre una disciplina che risultasse congrua anzitutto per quella casistica che, in Italia, riterremmo afferente all'errore spontaneo o all'errore comune: all'errore, cioè, non causato dall'altra parte, obbligata a fornire un'informazione (esatta) in virtù della sua posizione nelle trattative o a causa della sua condotta, ma in cui una parte cade spontaneamente (sia esso riconoscibile o anche solo riconosciuto dall'altra parte), e all'errore in cui entrambe le parti cadono, senza che nessuna delle due parti sia tenuta a scoprirlo e a correggerlo.

Proprio la necessità di limitare il campo di questa casistica – che peraltro in Francia rischierebbe di dilatarsi alquanto, giacché l'unica rete di contenimento è affidata alla "scusabilità" dell'errore – ha presumibilmente portato a una redazione della disciplina dell'*erreur* su cui aleggia una certa tendenza restrittiva. Senonché, con la regolazione dell'*erreur* il legislatore francese ha abbracciato anche le ipotesi di errore causato

¹³² Su cui v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 272 ss.

¹³³ Cfr. PH. MALAURIE, L. AYNÉS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., 291. Il dubbio, d'altro canto, deriva dal fatto che, in sede di dovere informativo, il riferimento alle valutazioni di convenienza riguarda direttamente le condizioni alle quali sorge l'obbligo (la distribuzione precontrattuale di rischi); in sede di *erreur*, invece, esso emerge con riguardo all'individuazione dell'errore rilevante dal lato dell'*errans* stesso (senza dire che la disciplina dell'*erreur*, non richiedendo che l'errore sia riconoscibile o riconosciuto, ma solo scusabile, finisce per non contemplare, nemmeno oggi, un elemento che direttamente evoca una distribuzione precontrattuale di rischi).

¹³⁴ Sul punto v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 261 s.; PH. MALAURIE, L. AYNÉS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., 288 (ove anche l'utilizzo dell'avverbio *tacitement*, contenuto nell'art. 1133, *alinéa* 1, non si vede assegnata una grande importanza). Invece, l'*avant-projet* Catala, all'art. 1112-1, seguiva una soluzione mediana: "l'erreur sur la substance de la chose s'entend de celle qui porte sur les qualités essentielles en considération desquelles les deux parties ont contracté, ou, semblablement, l'une d'elles, à la connaissance de l'autre".



dalla violazione colposa del dovere generale informativo, finendo per dar vita a ipotesi di inosservanza dell'obbligo informativo che non ammontano a *erreur* solo perché l'informazione non fornita, pur astrattamente determinante stando al criterio posto dall'art. 1112-1, *alinéa* 2, non è determinante ai sensi dell'art. 1133, *alinéa* 1.

Ancora molto vi sarebbe da dire sull'*erreur*: a mero titolo esemplificativo, ci si potrebbe chiedere se le previsioni dell'art. 1133, *alinéa* 2¹³⁵, dell'art. 1133, *alinéa* 3¹³⁶, e dell'art. 1135, *alinéa* 2¹³⁷, tutte relative a ipotesi abbastanza specifiche, ma non meno importanti, possano venire applicate anche, ove ne ricorresse l'occasione, nell'ambito del dovere generale informativo. Tuttavia, è il caso di procedere oltre e di valutare come, in sede di riforma del codice civile italiano, si potrebbero evitare le disfunzioni cui la *réforme* ha dato vita.

7. – Nella prospettiva del giurista italiano il doppio binario francese appare ripetere le difficoltà cui oggi deve far fronte l'interprete municipale: il quale, da un lato, ha a disposizione una disciplina dei vizi del consenso "informativi" che è stata estesa interpretativamente, ma che ancora non è tale da coprire – ad esempio – tutto l'ambito della violazione colposa e determinante (non incidente) dell'obbligo di informare, mentre, da un altro lato, può riempire le lacune di tutela per mezzo del dovere di buona fede precontrattuale (applicando la teoria dei vizi incompleti del consenso), che costituisce però spesso un rimedio spuntato (non permettendo di caducare il contratto) e, in altre occasioni, eccessivo (imponendo di risarcire un danno differenziale anche in ipotesi in cui il contraente tutelato mai avrebbe concluso il contratto).

Il sistema italiano attuale e quello francese successivo alla riforma condividono, quindi, la stessa logica (o, meglio, la stessa illogicità) di fondo: non coordinare l'informazione precontrattuale a rilevanza risarcitoria e a rilevanza caducatoria, costruendo un solo sistema, ma accettare che l'obbligo di informazione, tutelato in via risarcitoria, e i vizi del consenso, che conducono alla caducazione del vincolo, siano soggetti a discipline non interamente corrispondenti e, quindi, in parte autonome.

Come si è detto, questo esito finisce per essere poco ragionevole rispetto agli interessi in gioco e all'evoluzione degli ordinamenti, vista anche in chiave comparatistica, la quale ha dovunque condotto a intendere i vizi del consenso quali rimedi basati su una particolare distribuzione precontrattuale di rischi. Ma non è tutto: questo esito, già di per sé poco opportuno, appare pernicioso nel momento in cui è il frutto di una riforma, ovvero di un intervento legislativo che, di per sé, dovrebbe portare ordine nel sistema.

Parleremo oltre della probabile ragione per cui in Francia la riforma non ha condotto a una complessiva rivisitazione dell'informazione precontrattuale; per il momento, conviene chiedersi come, invece, dovrebbe agire sul codice civile un futuro legislatore italiano, onde superare gli inconvenienti attuali¹³⁸ e, al contempo, evitare le criticità della riforma d'oltralpe¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 263.

¹³⁶ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 263 s.; PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., 288 s.

¹³⁷ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 271 s.

¹³⁸ Sulla necessità di ammodernare il sistema dei vizi del consenso v. già A.M. MUSY, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 618, e oggi, in una prospettiva europea, F.P. PATTI, "Fraud" and "Misleading Commercial Practices": *Modernising the Law of Defects in Consent*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2016, 310.

¹³⁹ La proposta che si avvanzerà ripete i tratti di quella revisione ermeneutica che, *de iure condito*, si era ipotizzata in una diversa sede, cui si consenta di rinviare: v. A.M. GAROFALO, *Towards a Unitary and Consistent System of Informational Defects in Consent and Pre-Contractual Liability Under Italian Law*, in *It. Law Journal*, 2020, 113 ss.



L'idea di base dovrebbe essere, come apparirà ormai chiaro, quella di integrare il sistema del dovere precontrattuale di informazione e quello dei vizi del consenso "informazionali", facendo sì che i secondi rispondano alla stessa distribuzione precontrattuale di rischi cui risulta ispirata la disciplina del dovere d'informazione. In tal modo si perseguirebbero, in uno, il risultato di una coerenza funzionale e sistematica e quello di una semplicità di disciplina, a tutto vantaggio anche della sua certezza.

Nel merito, è possibile formulare – con estrema sintesi e solo per immagini – una proposta di disciplina per errore e dolo, basata su un presupposto finora mai esplicitato in queste pagine, ma che le considerazioni svolte hanno consentito di far emergere¹⁴⁰: errore e dolo, quali vizi del consenso, costituiscono due figure che la dottrina e la giurisprudenza recenti hanno assai esteso, tanto da inglobare al loro interno figure assai diverse ed eterogenee; una nuova disciplina, conscia di ciò, dovrebbe allora frantumare errore e dolo in più figure distinte (anzitutto a livello legislativo), onde prevedere per ciascuna regole idonee (ragionevoli e proporzionate). Si dovrebbero allora così distinguere: un errore causato dalla violazione del dovere generale informativo (colpevolmente o dolosamente); un errore causato da una falsa informazione spontaneamente offerta al di fuori di qualsiasi dovere (ancora, colpevolmente o dolosamente); un errore spontaneo riconoscibile dalla controparte (e a seconda dei casi riconosciuto o non riconosciuto); un errore spontaneo non riconoscibile, ma riconosciuto; un errore comune.

Limitando l'attenzione al solo errore causato, cui abbiamo sinora dedicato la nostra indagine, si potrebbe ben prevedere che qualsiasi violazione dell'obbligo di informazione consenta di caducare il contratto, qualora si tratti di un vizio determinante e non solo incidente: ossia, non solo causalmente efficiente, ma anche tale da aver condotto a un contratto oggettivamente diverso da quello che si sarebbe altrimenti concluso. In ogni caso, poi, l'errore causato darebbe vita a un risarcimento del danno subito dal contraente leso. Tale errore, peraltro, se deliberatamente indotto ammonterebbe a un vero e proprio dolo.

In secondo luogo, dovrebbe regolarsi l'errore causato da una falsa informazione spontaneamente offerta al di fuori di qualsiasi dovere: errore che rilevarebbe ogni qual volta, fornendo un'informazione, un soggetto ha assunto su di sé il rischio della veridicità¹⁴¹. Quando ciò avvenga, ancora una volta, può essere rilevato facendo riferimento a *patterns* condivisi che rappresentano casi tipici: deve anzitutto trattarsi di casi in cui non sussiste già un obbligo generale di informare; inoltre, rileva la sussistenza di una condotta che, quanto ad altre informazioni, implichi un'assunzione di responsabilità. Tale condotta non può essere una mera esaltazione della merce, ma deve costituire un'informazione seria su qualità non apparenti e causalmente rilevanti che la parte, facendo sorgere un dovere informativo altrimenti escluso (nel caso di qualità reali)¹⁴² o volendo

¹⁴⁰ In parte, nel formulare la proposta, ci si ispirerà alla disciplina già menzionata dei PECL, la quale, oltre a distinguere vari casi di errore a seconda della loro fonte, tra l'altro richiede che l'errore, per avere rilievo caducatorio, sia *fundamental*. Per maggiori dettagli si rinvia al testo citato alla nota precedente.

¹⁴¹ Attribuzione del rischio che potrebbe assumere le forme di una responsabilità oggettiva o per colpa. In ogni caso, ove non sussistessero gli estremi della responsabilità, l'errore sarebbe inevitabilmente comune (e rilevarebbe alle condizioni, per l'appunto, dell'errore comune, su cui v. *infra*).

¹⁴² L'emergere di un simile obbligo di informazione riguarda in particolare le ipotesi in cui il generale dovere informativo risulta escluso per le varie ragioni indicate nel § 4 (salvo quelle, su cui v. la nota successiva, relative all'assenza di dovere di informazione sulla convenienza economica). Si pensi al caso delle *representations and warranties* in un *sale and purchase agreement*: ossia di quelle dichiarazioni con cui una parte, e per lo più l'alienante di quote sociali o azioni, rappresenta una certa realtà, garantendone la veridicità. Tale informazione spontanea viene offerta al di fuori di qualsiasi dovere e può, in astratto, inserirsi nella casistica di cui si va parlando. Più difficile, semmai, è individuare il rimedio corretto per il caso in cui tali informazioni risultino erronee, giacché ben si può ritenere che esse ammontino anche a garanzie convenzionali (nel qual caso emerge il problema relativo al concorso tra violazione del dovere di informazione e garanzie; problema tanto più complicato in casi come quelli del *sale and purchase agreement*, in cui le parti spesso intendono derogare ai rimedi legali, con clausole la cui validità – integrale



esonerare la controparte da un'indagine sulla convenienza (nel caso di qualità economiche)¹⁴³, garantisce.

L'errore causato da una falsa informazione spontaneamente offerta condurrebbe anch'esso, a seconda del suo carattere determinante o incidente, a rimedi risarcitori e caducatori o solo risarcitori. Anche questo errore, se volontariamente causato, ammonterebbe a dolo.

In terzo luogo, si darebbe l'ipotesi di un errore spontaneo¹⁴⁴: di un errore in cui un soggetto cade, senza rendersene conto e senza che fosse già sorto un obbligo di informare (per la maggiore vicinanza della controparte, informata, alla fonte di informazione o addirittura per il suo obbligo di informarsi per informare)¹⁴⁵. È il caso dell'errore "banale", già sotteso all'art. 1431 cod. civ., in cui sarebbe possibile chiedere il solo annullamento del contratto (se l'errore non è riconosciuto ed è determinante) o anche il risarcimento del danno (se l'errore è riconosciuto ed è determinante) o il solo risarcimento del danno (se l'errore è riconosciuto, ma non è determinante)¹⁴⁶. Ma è il caso anche dell'errore "non banale", di per sé non riconoscibile, ma concretamente riconosciuto, con riferimento al quale i rimedi attivabili sarebbero – a seconda del carattere determinante o meno – l'annullamento e il risarcimento o il solo risarcimento¹⁴⁷.

L'errore spontaneo causalmente efficiente sarebbe escluso, comunque, se attenesse alle solite ipotesi rispetto alle quali sussiste in concreto un diritto al silenzio, di cui già si è detto con riferimento all'errore causato (potendosi quindi rinviare alla trattazione che precede)¹⁴⁸.

Infine, dovrebbe prevedersi un particolare trattamento per l'errore comune: ossia, per quell'errore in

o per lo meno parziale – non sempre è chiara). Sul punto v., per tutti, G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*³, Torino, 2019, 153 ss. e 224 ss.

¹⁴³ Questa ipotesi è assai meno frequente, perché solitamente le dichiarazioni sulla convenienza non esimono dal controllo della controparte (costituendo, dunque, solo un *dolus bonus*, ossia solo un'esaltazione della propria merce); ma se così dovesse avvenire (ad esempio, se Tizio davvero, assicurando che il prezzo da lui praticato è quello di mercato ed esimendo la controparte da qualsiasi verifica, si assumesse il rischio della veridicità della sua informazione), allora l'informazione spontanea farebbe sorgere un corrispondente obbligo informativo.

¹⁴⁴ A sua volta, l'errore ostativo andrebbe ricondotto alle sole ipotesi in cui vi è un errore sulla trasmissione della dichiarazione, esattamente come accade in Germania (v. §§ 119 e 120 BGB, nonché R. SINGER, § 119 BGB, in *Staudinger Kommentar*, Berlin, 2016, 536 ss.); esso, inoltre, dovrebbe essere ricondotto all'errore che si è detto "banale". Il punto richiederebbe, in realtà, una spiegazione più approfondita, che tuttavia per ragioni di spazio si deve omettere.

¹⁴⁵ Ed è ben noto, a tal riguardo, il dibattito tra chi ha ritenuto che la "riconoscibilità" dell'errore sia perfettamente sostituibile dal suo concreto riconoscimento (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966, 165; si tratta dell'opinione maggioritaria) e chi invece ha sostenuto un'opinione contraria (P. BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 76 ss.).

¹⁴⁶ L'errore è banale perché l'informazione è scontata in capo ad ambedue le parti o comunque in capo alla parte che la possiede, pur senza che questa abbia a monte un obbligo di svelarla (situazione, quest'ultima, che normalmente non si pone, giacché se l'informazione fosse scontata solo in capo a una delle due parti questa sarebbe già di per sé obbligata a condividerla). È il caso di chi vorrebbe comprare 100 plichi di carta, ma erroneamente ne ordina 10.000.

¹⁴⁷ L'errore non è banale perché non è scontato che la controparte abbia quell'informazione. È il caso del contraente non esperto che si accorge che la sua controparte, anch'essa non professionale, ha classificato un'opera d'arte autentica tra le riproduzioni moderne (non già a causa di una svista, ma proprio per un errore di attribuzione, magari anche difficile da rintracciare e correggere).

¹⁴⁸ L'esclusione del dovere di correggere l'errore riguarda anzitutto l'errore sulla convenienza (la posizione, più moderata, di A.T. KRONMAN, *Mistake*, cit., 31, non persuade: l'esempio che l'autore adduce, ossia il caso in cui un soggetto si accorge dell'errore accidentale in cui è caduta la controparte, la quale intende – ad esempio per un errore di battitura – far pagare una cifra irrisoria per un bene assai costoso, riguarda a ben vedere un errore sulla dichiarazione). Nei casi poi di errore non banale il silenzio può riguardare anche il contraente che possiede certe informazioni, se l'oggetto è incerto e richiede valutazioni discrezionali, oppure se la contrattazione avviene tra parti esperte e l'errore riguarda informazioni di secondo livello (e *a fortiori* se la contrattazione avviene tra una parte esperta e una che non lo è, ed è quest'ultima ad accorgersi dell'errore), oppure ancora se il contratto è concluso in contesti particolari connotati da una serialità della contrattazione (v. § 4, le cui considerazioni possono venire qui in buona parte replicate e, in quanto compatibili, applicate).



cui entrambe le parti sono cadute e che, oltre a non poter essere corretto in via interpretativa¹⁴⁹ e a non dar vita a un vizio della causa¹⁵⁰, attiene a qualità che hanno un riflesso immediato e condiviso sul corrispettivo o comunque che sono state dichiarate seriamente (sempre salva l'area presidiata dal diritto al silenzio)¹⁵¹. L'errore comune è escluso dalla presenza di errori causati e, al contempo, dalla maggiore vicinanza della parte che attiva la tutela alla fonte di informazione o comunque dal fatto che essa sopporti il rischio corrispondente (nei casi in cui sarebbe stato impossibile, o estremamente difficile, accedere all'informazione)¹⁵².

L'errore comune consentirebbe di ricorrere a un rimedio particolare: non già la caducazione del vincolo contrattuale, che potrebbe essere in talune ipotesi eccessiva e che, soprattutto, non tiene in sufficiente considerazione gli interessi di ambo le parti e non si presta a venire utilizzata al di fuori delle ipotesi in cui il vizio è determinante, ma piuttosto la rinegoziazione del contratto (entro termini di prescrizione da regolare anch'essi espressamente)¹⁵³.

E ancora: dal punto di vista rimediabile, una disciplina complessiva e unitaria permetterebbe di risolvere, in modo coerente e sistematico, alcuni problemi di grande rilievo.

In particolare, essa permetterebbe di regolare espressamente il requisito della "determinanza", stabilendo che essa va valutata, in modo analogo a quanto avviene per l'efficienza causale dell'informazione, apprezzando il margine di discrepanza tra il contratto concluso e quello ipotizzato¹⁵⁴. Così, l'errore sarebbe "determinante" se il contratto è sostanzialmente diverso, in sé e per sé o per le condizioni a cui è stato concluso¹⁵⁵. Inoltre, si potrebbe chiarire che per tutti i vizi – salvo forse il dolo determinante – la valutazione, come quella dell'efficienza causale dell'informazione, è da condurre sulla base degli interessi della parte in errore, purché noti e rivelati in modo serio e apprezzabile all'altra parte.

¹⁴⁹ Ciò che avverrebbe se l'errore attenesse alla sola dichiarazione, giacché essa potrebbe venire corretta tramite l'istituto della *falsa demonstratio*: su cui v. per tutti E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in V. ROPPO (dir.), *Trattato del contratto*, II, Milano, 2006, 317 s. Si tratta, del resto, di un'applicazione della nota regola tedesca *Auslegung vor Anfechtung*.

¹⁵⁰ Come avviene nel caso di errore comune su un motivo che, essendo comune e unico determinante, diventa interesse, con la conseguenza che la sua irrealizzabilità costituisce patologia della causa: cfr. per tutti M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, spec. 270, 273 e 282 s.

¹⁵¹ Si pensi al caso di vendita di un quadro che entrambe le parti, non esperte, credono sia privo di ogni valore, per essere una copia moderna, e che invece è autentico.

¹⁵² Se, nell'esempio della nota precedente, il venditore del quadro agisce professionalmente, egli si assume con ogni probabilità anche i rischi relativi a qualità non emerse subito e che nemmeno sarebbero potute emergere subito (né per mezzo di uno sforzo di ricerca diligente, né, in ipotesi, con il massimo sforzo immaginabile).

¹⁵³ Del resto, v. il rimedio previsto in Germania per l'errore comune dall'art. 313 II BGB, nonché, a tal proposito, TH. FINKENAUER, § 313 BGB, in *Münchener Kommentar*⁸, München, 2019, Rn. 147 e Rn. 273 ss. (che ricorda come, per la dottrina dominante, l'errore comune in Germania rientri nella previsione citata e non già nel § 119 BGB in tema di *Irrtum*).

¹⁵⁴ Ogni altra proposta rischia di cadere in un soggettivismo e volontarismo esasperato: non può mai davvero sapersi se il contraente in errore avrebbe concluso anche quel contratto in sé e per sé sostanzialmente diverso o a quali altre condizioni sarebbe stato disposto a contrattare. L'unica opzione convincente è quella che valorizza la discrepanza tra contratto concluso e contratto ipotizzato.

¹⁵⁵ Questa seconda ipotesi di "determinanza" (che correttamente è stata contemplata dal nuovo art. 1130, *alinéa* 1, *Code civil*: v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 255) è, in realtà, prevista a tutela di chi subisce l'annullamento. Un esempio potrà chiarire quest'affermazione: se Tizio suppone di concludere un contratto pagando un prezzo di 100, e invece il contratto prevede un prezzo di 100.000, è evidente che il contratto concluso è per lui – salvo l'elemento del prezzo – soddisfacente (diversamente da quanto avverrebbe se egli volesse comprare oro e invece comprasse argento). Tuttavia, se si trattasse di un vizio incidente, il rimedio previsto sarebbe il solo risarcimento dell'interesse differenziale: il che finirebbe per tradursi in un forte – ed eccessivo – pregiudizio a carico della controparte. Meglio è, invece, trattare questo vizio come determinante, prevedendo l'annullabilità del contratto (e prevedendo che essa sia pregiudiziale rispetto ad altri rimedi).



Quanto, poi, ai rimedi attivabili, il risarcimento, là dove previsto, dovrebbe distinguere le proprie poste a seconda che si tratti di vizio determinante o incidente¹⁵⁶: nel primo caso il danno potrebbe essere pari al pregiudizio derivante dal contratto concluso (se esso è stato concluso a valori inferiori di quelli di mercato) e alle altre occasioni perse e alle spese sostenute durante le trattative¹⁵⁷; nel caso, invece, di vizio incidente il danno potrebbe essere pari al valore che l'elemento su cui è caduto l'errore aveva nell'economia del contratto (ferma restando la possibilità di agire anche ai sensi dell'art. 2058 cod. civ.)¹⁵⁸.

Il rimedio caducatorio – l'annullamento – dovrebbe poi essere regolato in modo da prevederne espressamente la pregiudizialità¹⁵⁹: nei casi in cui è ammissibile l'annullamento, esso deve essere richiesto; in mancanza, sarà decurtata dal risarcimento una somma pari a quella che, in caso di caducazione del vincolo, non sarebbe stata pagata. Inoltre, sempre in tale sede sarebbe possibile disciplinare – come peraltro già oggi avviene – la rettifica del contratto, forse da escludere espressamente nel caso di dolo.

Andrebbero poi previsti, nel dettaglio, i rapporti tra la disciplina dei vizi del consenso e quella delle garanzie contrattuali¹⁶⁰: difatti, sarebbe da regolare espressamente il caso in cui i due rimedi astrattamente concorrano, per verificare se, come sostiene parte della dottrina, una volta concluso il contratto le garanzie escludano ogni responsabilità precontrattuale e ogni vizio del consenso oppure se vi sia un qualche tipo di concorso (fermo restando che, prima di concludere il contratto, ciò che in proiezione contrattuale sarebbe attribuito alla dimensione delle garanzie rilevarebbe nell'ambito dell'informazione precontrattuale).

¹⁵⁶ La dottrina tradizionale afferma che il risarcimento del danno si parametrizza sul contratto che sarebbe stato concluso in assenza di errore (cfr. A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, Milano, 1966, 210 ss.); si tratta, tuttavia, di una nozione ambigua, giacché essa ben potrebbe riferirsi al vero e proprio contratto ipotizzato da chi cade in errore oppure all'estremo opposto al contratto che effettivamente questi sarebbe riuscito a concludere (con un'ampia scala di grigi nel mezzo: ad esempio, il riferimento potrebbe andare al valore – a prezzo di mercato o in proporzione al corrispettivo contrattuale – che aveva l'elemento su cui è caduto l'errore). La giurisprudenza, dal canto suo, utilizza la nozione di interesse differenziale (v. ad esempio Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, c. 440), la quale, oltre a replicare le stesse ambiguità, appare di difficile utilizzo nel caso di vizi determinanti (prestandosi bene al calcolo del risarcimento del danno nel solo caso di vizi incidenti). A ben vedere, ad oggi mancano – se si esclude G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008 – studi analitici sulle conseguenze risarcitorie della scorrettezza precontrattuale di stampo informativo.

¹⁵⁷ Con una precisazione: nel caso in cui il vizio è determinante a tutela della parte che subisce l'annullamento (cfr. la nota precedente), le due poste di risarcimento potrebbero sovrapporsi (se Tizio compra per 200 supponendo di comprare per 100, il prezzo di mercato è 150 e Tizio ha perso un'occasione di acquistare a 100, il risarcimento è pari a 100, giacché il risarcimento dell'occasione persa ingloba anche quello del pregiudizio arrecato dal contratto).

¹⁵⁸ La quantificazione dell'interesse differenziale – da ritenere come tale risarcibile solo se il vizio è incidente – porta a chiedersi se si deve dare rilievo alla normale differenza di valore di mercato tra il contratto concluso e il contratto ipotizzato oppure al peso che proporzionalmente aveva sul contratto concluso quell'elemento di discrepanza (l'esito è identico solo se un contratto è concluso a condizioni perfette di mercato). Probabilmente la seconda opzione è quella preferibile. Nel caso, poi, in cui l'elemento di discrepanza sia di stampo idiosincratico, ma comunque portato seriamente a conoscenza della controparte, il suo valore (sempre proporzionalmente rispetto al valore del contratto effettivamente concluso) dovrebbe essere commisurato al peso ragionevolmente assunto da quel particolare interesse.

¹⁵⁹ Salve, a tutto voler concedere, le ipotesi di dolo. Ad oggi la dottrina non ha assunto una posizione univoca (v., ad esempio, le opinioni discordanti di F. BENATTI *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 68, e di S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest*, in *Contratti*, 2014, 113 e 119). Nel diritto amministrativo, nondimeno, tale pregiudizialità è ben conosciuta: v. ovviamente l'art. 30, comma 3, cod. proc. amm.

¹⁶⁰ È noto il dibattito dottrinale sul punto: per il pieno concorso V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 412 s. (e così l'opinione dominante); in senso contrario C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², *Il contratto*, Milano, 2000, 653 s. Resta peraltro fermo, da un altro punto di vista, che le garanzie hanno un qualche rilievo sul perimetro dell'obbligo di informazione precontrattuale (del dovere di informare e di informarsi per informare): non solo perché ciò che contrattualmente è oggetto di garanzia in chiave precontrattuale è, o per lo meno può essere, oggetto di un dovere informativo, ma anche perché il sistema complessivo dell'informazione precontrattuale si basa su una distribuzione di rischi diversa per ogni tipo contrattuale, da ricostruire tenendo in debita considerazione anche l'allocatione di rischi cui, in chiave contrattuale, darebbero vita le garanzie.



Come si vede, una disciplina unitaria dell'informazione precontrattuale andrebbe molto oltre la semplice aggiunta, al codice civile, di un nuovo art. 1337-*bis* e imporrebbe anzitutto un ripensamento dei vizi del consenso "informativi" (che, a sua volta, travolgerebbe tutte le previsioni di cui agli artt. 1338 e 1427 ss.)¹⁶¹.

8. – Dalla trattazione che precede è emerso che l'art. 1112-1 *Code civil* reca in sé diversi elementi di pregio: tanto che se ne può proporre una importazione in Italia (ferme restando alcune lievi modifiche, volte ad adattare lessicalmente la disposizione al nostro codice e a risolvere alcune piccole criticità). Tuttavia, si è anche visto come una riforma dell'informazione precontrattuale dovrebbe, in realtà, essere ben più ampia e soprattutto toccare i vizi del consenso "informativi": sicché, se il legislatore italiano volesse mettere mano al codice, dovrebbe preoccuparsi anzitutto di rivedere il complessivo sistema di dolo ed errore.

In ultima conclusione, dall'esposizione si possono trarre alcuni insegnamenti.

È condivisibile che il legislatore – un legislatore – intervenga anche in una materia cui sovrintende una clausola generale, per specificarla; nondimeno, ciò che è richiesto al legislatore è porre alcune scelte politiche di fondo e quelle scelte tecniche che, lasciate a dottrina e giurisprudenza, rischiano – per la loro natura o per lo stato dell'ordinamento – di risultare di soluzione eccessivamente incerta. Non solo: la riforma francese attesta, tra l'altro, anche l'attualità indiscutibile di strumenti di normazione come il codice civile, che si propongono di regolare in modo sistematico un insieme assai ampio di rapporti.

Quello che è meno convincente è che una riforma complessiva, che riguardi aree dell'ordinamento occupate da clausole generali e che si proponga di aggiornare il codice civile (ossia quella disciplina che dovrebbe valere, in via generale, per tutti i rapporti), avvenga "a giurisprudenza costante", ossia risulti essere una mera recezione di orientamenti giurisprudenziali, onde consentire al diritto scritto di avvicinarsi maggiormente al diritto vivente.

In effetti, la *réforme*, proprio perché avvenuta "a giurisprudenza costante", presenta numerose debolezze. Ne abbiamo incontrate diverse: il legislatore francese non ha ben chiarito il perimetro dell'esclusione del dovere informativo precontrattuale, così come non è intervenuto su aspetti di disciplina secondari, ma che avrebbero avuto bisogno di un intervento espresso, limitandosi a recepire quanto pacifico in giurisprudenza. Ma la maggiore debolezza riguarda il mancato coordinamento dei vizi del consenso e del dovere di informazione precontrattuale: mancato coordinamento che si deve proprio a questo connotato della riforma francese¹⁶².

Il legislatore d'oltralpe, infatti, si è limitato a consacrare alcune soluzioni giurisprudenziali in tema di errore e dolo¹⁶³, senza proporsi, nel momento in cui veniva introdotto un dovere generale di informazione precontrattuale, di porre una disciplina dei vizi del consenso volta a creare un sistema unitario e ragionevole dell'informazione precontrattuale, pur a fronte della varietà dei rimedi attivabili. Tutto ciò, però, fa sì che ora emergano incongruenze inevitabili, oltre che difficili problemi interpretativi: quando, invece, una riforma maggiormente coraggiosa e innovatrice avrebbe consentito di costruire un sistema ordinato e fondato su criteri semplici¹⁶⁴.

¹⁶¹ Ben oltre a quanto prevedeva l'art. 1, lett. f), d.d.l. delega per la riforma del codice civile S. 1151/2019, che delegava il Governo a "prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto". La previsione, a dire il vero, si limitava a copiare nei suoi tratti essenziali l'art. 1112-1 francese.

¹⁶² Cfr. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*¹², cit., 309.

¹⁶³ Lo riconosce anche la dottrina francese: v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit*², cit., 252.

¹⁶⁴ La riforma "a giurisprudenza costante" potrebbe essere indice di un particolare rapporto tra formanti, proprio del solo ordina-



JUS CIVILE

Il legislatore, in realtà, ha un ruolo diverso da quello di mero ratificatore delle scelte giurisprudenziali. Se è vero che, inevitabilmente, la giurisprudenza non può creare diritto in modo sistematico e ordinato, è anche vero che spetta al legislatore supplire a questa mancanza di sistematicità, in particolare allorché interviene per modificare e aggiornare la disciplina di uno o più istituti. In altri termini: una riforma può anche avvenire “a giurisprudenza costante”, ma solo nel senso che può farsi ispirare da alcune soluzioni giurisprudenziali, andando però per il resto oltre a queste. Una riforma, infatti, deve farsi carico di quanto la giurisprudenza – chiamata a pronunciarsi su singoli casi – non può fare: ossia, deve creare un sistema (ovviamente, con l’aiuto della dottrina).

Forse non è più il tempo delle grandi costruzioni, dei Domat e dei Pothier. Ma il legislatore francese, mettendo mano al monumento di Napoleone, qualcosa in più avrebbe potuto fare: e, soprattutto, v’è da sperare che questa inclinazione sistematica, che è mancata in Francia, animi il legislatore italiano, quando deciderà di riformare il nostro codice civile.

mento francese: il che impedirebbe una critica a tale tecnica legislativa e, a monte, confuterebbe l’ipotesi di lavoro posta alla nt. 43 (secondo cui le differenze, anche istituzionali, tra ordinamento francese e italiano nella materia d’indagine sono minime e possono essere trascurate). Tuttavia, per quanto in Francia l’importanza della giurisprudenza della Cour de Cassation sia sicuramente notevole, non può negarsi che il formante legislativo occupi un ruolo altrettanto rilevante e che esso possa perseguire i suoi obiettivi – di giustizia e di certezza – mediante tecniche di regolazione che, in astratto, non divergono molto da quelle adottabili in Italia. L’ipotesi di lavoro ne risulta, quindi, confermata; al contempo, il dubbio qui emerso deve ritenersi infondato.



DANIELE IMBRUGLIA

Ricercatore di Diritto privato – Università di Roma “La Sapienza”

VERSO UN ORDINE GIURIDICO SENZA MORALE? NOTE SULL’ABBANDONO DELLE *BONNES MŒURS* *

SOMMARIO: 1. Ricodificazione e *bonnes mœurs*. – 2. L’ascesa: le *bonnes mœurs* nel Code, nella giurisprudenza e nella dottrina. – 3. La caduta: le *bonnes mœurs* tra riflusso e spostamento. – 4. L’abbandono. – 5. L’impoverimento del Code. – 6. La resilienza delle *bonnes mœurs*. – 7. Un modello per il nostro legislatore?

1. – La storia del diritto privato codificato è un’opera di scrittura (codificazione) a cui segue una continua riscrittura (ricodificazione)¹. Talvolta, la parola del legislatore interviene per fare propria quella altrui, recependo la parola dei giudici nel testo di legge; talaltra, il suo dettato determina la caducazione di un certo indirizzo pretorio². Un esempio palese di questa dinamica di scrittura e riscrittura è rappresentato dalla esperienza francese successiva al 1804 sul buon costume (*bonnes mœurs*) in materia di validità contrattuale³. In tale

* Intervento svolto dall’A. nell’ambito dell’incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l’Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell’Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell’ISAIDAT.

¹ Sulla questione della ricodificazione si v. i contributi di A. DE CUPIS, *A proposito di codice e di codificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 47; R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 117; ID., *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *D. disc. priv., sez. civ., Agg. V*, 2010, 320; C. CASTRONOVO, *Decodificazione delegificazione e ricodificazione*, in *Jus*, 1993; G. BRAYBANT, *Utilité et difficultés de la codification*, in *Droits*, 1996, 61; P. REMY, *La recodification civile*, in *Droits*, 1997, 3; M. MC AULEY, *Proposal for a Theory and a Method of Recodification*, in *Loyola Law Rev.*, 2003, 261; M.W. HESSELINK, *The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience*, in *Eur. Law Journ.*, 2006, 279; O. MORETAU, A. PARISE, *Recodification in Louisiana and Latin America*, in *Tulane Law Rev.*, 2009, 1103; S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 435.

² Si v., per tutti, J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), in ID., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (publiés par le Vte Frédéric Portalis), Joubert, 1844, 20, dove si legge: “Il est utile de conserver tout ce qu’il n’est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations en se succédant se mêlent, s’entrelacent et se confondent”. Su tale notevole testo e il suo A. si v. il ricco volume AA.VV., *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis, 2004.

³ Come è noto, nel testo originale del *Code civil* la formula è contenuta in diverse disposizioni oltre all’art. 1133. Si veda, il celeberrimo art. 6 (“On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs”; sul punto, si v. M. PENA, *Les origines historiques de l’article 6 du Code civil*, in *RRJ*, 1992, 499), l’art. 900 (“Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites”; (una decisione in materia testamentaria è TGI La Roche-sur-Yon, 2 mai 1995, in *D.* 1997, 13)), l’art. 1172 (“Toute condition d’une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend”). In seguito alla *Loi* 13.7.1965 n° 570 vi è poi, l’art. 1387 che così recita: “La loi ne régit l’association conjugale, quant aux



vicenda si manifestano tutte le dinamiche della ricodificazione: come si vedrà, infatti, l'intervento del legislatore sul testo del *Code civil* e fuori ha cercato di affermare per iscritto il perimetro del patto immorale, in dialogo con la giurisprudenza sorta nel frattempo.

Da ultimo e con il tipico obiettivo perseguito con una ricodificazione (vale a dire quello di assicurare massima centralità al diritto scritto), il testo che consentiva al giudice di affermare l'immoralità di un certo contratto è stato eliminato dalla recente *réforme* 2016-2018⁴. Tale scelta interrompe il rapporto sinora intercorso tra giudice e legislatore in punto di contratto immorale. Essa merita attenzione, giacché, a ben vedere, molto dice dell'attuale stato delle clausole generali nel diritto dei contratti e apre la discussione sul come i problemi risolti dalle *bonnes mœurs* verranno risolti in un codice senza morale.

Nella prima parte del presente contributo si darà conto dell'ascesa della regola nel *Code* (§2), esaminandone la storia antecedente (con un limitato riferimento all'*ancien droit*), la discussione nei lavori preparatori, la prima giurisprudenza e la ricostruzione che la dottrina francese tradizionale ha operato della clausola. Nella sezione successiva si individueranno le cause che hanno portato alla caduta dell'utilizzo del parametro delle *bonnes mœurs*, a vantaggio di altre clausole generali (*in primis*, quella dell'*ordre public*) (§3). Nel quarto paragrafo verrà descritto, a partire dai progetti di *réforme* e dal *Rapport* di accompagnamento all'*ordonnance* del 2016, l'abbandono operato dalla *réforme* 2016-2018, verificando la lettura che di tale scelta la dottrina francese contemporanea sinora intervenuta ha offerto (§4). Nel quinto paragrafo si avanzerà una critica dell'abbandono, suggerendo che esso abbia determinato un impoverimento del *Code* (§5). Nel penultimo paragrafo si darà seguito a questa critica anche sulla scorta di una singolare pronuncia che, intervenuta dopo la *réforme*, ha richiamato la moralità, così dimostrando una notevole resilienza di quella clausola generale (§6). Infine, si prenderà posizione rispetto all'ipotesi in cui la scelta del legislatore francese venga ripresa in una ipotetica riforma del codice italiano, che è tra i pochi testi nazionali a non avere subito una strutturale riscrittura negli ultimi trenta anni (§7).

2. – Nell'epoca antecedente all'entrata in vigore del *Code civil*, la regola che esclude la forza vincolante al patto immorale era pacifica⁵. Essa era richiamata nella voce *Conventions* dell'*Encyclopédie* di Diderot e D'Alembert, dove tra le "*plusieurs causes différentes*" di "*nullité*" si rinviene l'ipotesi in cui "*la convention*

biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent").

⁴La *réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* – realizzata con l'*ordonnance* n° 131, licenziata lo scorso 10 febbraio 2016 e la *loi de ratification* n° 287 approvata lo scorso 20 aprile 2018 dal Parlamento francese dopo due anni di discussioni – hanno cambiato oltre trecentocinquanta articoli del *Code civil des Français* (nel prosieguo, anche *Code*), procedendo i) alla ricezione a livello codicistico della giurisprudenza più consolidata (c.d. *codification à droit constant de la jurisprudence*); ii) all'adozione di uno stile più semplice e coerente nella struttura e nel linguaggio; iii) all'abbandono delle nozioni codicistiche più dibattute e discusse; iv) all'inserimento di diverse disposizioni innovative; v) e al superamento delle lacune più evidenti. L'importanza della *réforme* si coglie considerando la (eccezionalità della) longevità del *Code* (sul punto, J. CARBONNIER, *La codification dans les États de droit: le cas français*, in *Année Canonique*, 1996, p. 91 e ora in J. Carbonnier 1908-2003. *Écrits*, PUF, 2008, p. 710), nonché la più specifica "*longévité formelle*" del terzo libro del *Code*, (sul punto si vedano P. CATALA, *Au-delà du bicentenaire*, in *Rdc*, 2004, p. 1145 e P. REMY, *Réviser le titre III du livre troisième du Code civil?*, in *Rdc*, 2004, p. 1169). Per una riflessione sulla storia della ricodificazione francese sia consentito il rinvio a D. IMBRUGLIA, *Appunti di storia della ricodificazione francese*, in *Pol. dir.*, 2019, 495.

⁵E. GERAUD-LLORCA, *L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil*, in *Les bonnes mœurs*, Paris, 1994, 63. Nella letteratura in lingua italiana, il contributo di riferimento è il lavoro di G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, ESI, 2013.



est contraire au droit public, ou à quelque loi prohibitive, ou aux bonnes mœurs”⁶. I testi giuridici di maggior riferimento del secolo XVIII affermavano altresì la regola. In essi si legge infatti che “*tous les contrats qui contiennent des conventions contraires aux bonnes mœurs sont absolument nuls et doivent être inefficaces*”⁷, che “*il est permis aux parties de mettre dans les contrats toutes les clauses & toutes les conditions que bon leur semble, à moins qu’elles ne soient contre les lois, ou contre les bonnes mœurs*”⁸ e che “*on regarde toutes les conventions comme irrévocables pourvu qu’elles paraissent avoir été faites sérieusement et avec réflexion, qu’elles ne soient ni contre les lois ni les bonnes mœurs et qu’il n’y ait ni dol ni surprise*”⁹. Le fondamentali opere di Domat e Pothier confermano l’esistenza di questa regola. Nella trattazione sulle convenzioni illecite (“*celles qui blessent les lois*”), il primo afferma che “*comme il y a deux sortes de lois, celles qui sont du droit naturel, et celles qui sont du droit positif, il y a aussi deux sortes de conventions illicites; celles qui blessent le droit naturel et les bonnes mœurs, et celles qui sont contraires au droit positif*”. Come esempio di convenzione contraria a “*le droit naturel et les bonnes mœurs*” Domat richiama le convenzioni – “*toujours nulles*” – per commettere un furto o un assassinio¹⁰. In modo analogo, Pothier afferma che “*Lorsque la cause pour laquelle l’engagement a été contracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme*”¹¹.

Considerata la continuità tra il dettato codicistico in materia contrattuale e il diritto antecedente (*ancien droit*)¹², non sorprende che la questione del recepimento delle *bonnes mœurs* si sia poi posta in sede di codificazione del diritto privato francese. A fronte della maggioranza che propendeva per la conferma della tradizione, si opponeva la tesi contraria al recepimento nel nuovo testo scritto di una formula ritenuta vaga, poco precisa e che, in ultima analisi, rimette il contratto all’arbitrio del giudice¹³. Tale indirizzo, minoritario, tendeva a considerare sufficiente il riferimento all’ordine pubblico¹⁴ e ciò anche sul rilievo che “*tout ce qui concerne les bonnes mœurs intéresse l’ordre public; mais tout ce qui intéresse l’ordre public ne concerne pas les bonnes mœurs*”¹⁵. Come noto, nonostante queste voci contrarie, il *Code* instaurò un sindacato di validità del contratto (art. 1108, cod. civ. anc.: *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une conven-*

⁶ *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Briasson-David-Le Breton-Durand, 1754, IV, 163a.

⁷ J.B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Desaint, 1771, IV, I, 705.

⁸ G. ARGOU, *Institution au droit françois*, Martin, 1764, 338.

⁹ F. DE BOUTARIC, *Les Institutes de l’Empereur Justinien conférées avec le droit français*, Hénault, 1757, I, 436.

¹⁰ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Coignard, 1776, I, XVIII, IV, 145.

¹¹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations* (1761-1764), Dalloz, 2011, 22.

¹² In argomento, per tutti, J.-L. GAZZANIGA, *Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l’Ancien Régime*, in *Droits*, 1990, 45: “*Tout est romain dans la conception, mais un droit romain revu et corrigé par le droit canonique et le droit naturel dont précisément Domat et Pothier ont fait la synthèse. Il serait facile, presque fastidieux, de mettre face à chaque article du Code le nome de celui qui l’a plus particulièrement inspiré*”. Attribuisce l’art. 1133 cod. civ. anc. al passo di Pothier di cui alla nota precedente, P.A. FENET, *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil et mis en ordre sous chacun des articles de ce code, ou Les législations ancienne et nouvelle comparées*, Gobelet, 1826, 328.

¹³ ANDRIEUX, *Rapport fait à l’Assemblée Générale, par M. Andrieux, au nom de la Commission Spéciale, séance de Tribunal du 12 frimaire An X – 3 décembre 1801*, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, 1827, VI, 67 (con riferimento a ciò che è poi divenuto l’art. 6, “*Il y a plus; d’après la rédaction, on pourra donc être admis à prouver devant un tribunal que la loi à laquelle la convention attaquée sera contraire, n’est pas une loi qui intéresse l’ordre public ou bien, si la convention est contraire aux bonnes mœurs, qu’elle ne dérobe du moins à aucune loi*”).

¹⁴ Sul punto, E. GÉRAUD-LORCA, *L’introduction des bonnes mœurs*, cit., 74 e G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona*, cit., 10.

¹⁵ FAURE, *Discours prononcé par le tribun Faure, Séance du 14 ventose an XI. – 5 mars 1803*, in P.A. FENET, *Recueil complet*, cit., VI, 389.



tion: *Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation*) che passava per una verifica della liceità della causa (art. 1131 cod. civ. anc.: *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*), articolata su tre criteri e tra questi, accanto alle norme imperative e all'ordine pubblico, le *bonnes mœurs* (art. 1133 cod. civ. anc.: *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*)¹⁶.

Così procedendo, la versione originaria del *Code* ha fatto propria la posizione per cui “*la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes moeurs, par l'utilité publique*”¹⁷. Il mantenimento della regola che non riconosce capacità vincolante all'accordo che viola le *bonnes mœurs* è giustificato da Portalis con diversi argomenti. Innanzitutto, una simile norma è prevista “*chez toutes les nations policées*”. In secondo luogo, il mantenimento del riferimento al limite delle *bonnes mœurs* (“*véritable ciment de l'édifice social*”) è giustificato richiamandone il loro carattere fondamentale: “*suppléer les bonnes lois*”. Se non venisse previsto questo divieto, ben presto “*l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom, et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel, et par les calculs du vice*”¹⁸. Oltre a mantenere il riferimento al limite delle *bonnes mœurs* quale figura supplente alle “*bonnes lois*”, il dettato del *Code* ha offerto continuità alle diverse elaborazioni pretorie raggiunte durante periodo di *ancien droit*, recependo nel testo i risultati ritenuti condivisibili.

2.1. – Nel corso del diciannovesimo e del ventesimo secolo la giurisprudenza transalpina ha individuato numerose ipotesi di contratto invalido (art. 1108, cod. civ. anc) per causa illecita (art. 1131, cod. civ. anc) per violazione del buon costume (art. 1133, cod. civ. anc.).

Tra le prime pronunce riportate si colloca quella relativa al contratto di *claque*, ossia all'accordo tra un direttore di teatro e una persona che, a fronte di un pagamento di un certo salario, obbliga quest'ultimo ad assicurare il successo alle rappresentazioni organizzate dal primo per il tramite di applausi o di altre “*démonstrations fausses*”. Tale accordo è considerato da una prima giurisprudenza come “*null*”, giacché “*fondé sur le mensonge et comme contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs*”¹⁹. Un secondo patto a lungo ritenuto dalle corti francese nullo per immoralità è quello in cui una parte si obbliga a pagare alla controparte una somma di denaro affinché questi si adoperi “*pour la négociation d'un projet de mariage*”²⁰. Per tutto il secolo decimonono, tale contratto (c.d. *courtage matrimonial*) era colpito perché idoneo “*à altérer la liberté du consentement des époux et de celui de leurs parents*” e perché “*incompatible avec la dignité du mariage*”²¹.

Un importante filone di contratti considerati immorali dalla giurisprudenza francese è costituito dagli ac-

¹⁶ Per una discussione sull'approvazione di questa disciplina a partire dai lavori preparatori, si v. ancora E. GÉRAUD-LLOCA, *L'introduction des bonnes moeurs*, cit., 65.

¹⁷ J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., 41.

¹⁸ Come si legge in J.E.M. PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi intitulé: Titre Préliminaire: de la publication, des effets et de l'application des lois en général présenté le 4 ventose an XL*, in ID., *Discours, rapports*, cit., 160.

¹⁹ C. Paris, 3 juin 1839, in *D.*, 1840, II, 176. Si tratta di un indirizzo consolidato per tutto il secolo decimonono: v. C. Paris 23 juillet 1853, in *D.* 53, 540 e C. Lyon 25 mars 1878, in *S.* 73, II, 179. In tale ultima pronuncia, si legge che “*on ne peut admettre comme compatible, avec le respect de la saine morale, une stipulation dont le but avoué est de provoquer des démonstrations et des applaudissements mensongers, payes à prix d'argent; que de tels engagements, repoussés par la conscience et la morale, sont également contraires à l'ordre public, puisqu'ils ont pour résultat d'entraver la liberté d'examen des spectateurs*”.

²⁰ *Ex multis*, C. Civ., 1 mai 1855, in *S.*, 1855, 337.

²¹ C. Nîmes, 18 mars 1884, in *S.*, 1884, II, 100.



cordi relativi alle c.d. case di tolleranza²². Si tratta di una classica ipotesi di immoralità: sino alla seconda guerra mondiale, la giurisprudenza francese colpiva con la nullità per immoralità della causa il contratto di vendita²³ e di locazione di un immobile quando adibito a casa di tolleranza²⁴, nonché di quello di prestito concesso per l'apertura di una casa di tolleranza²⁵. Un distinto orientamento si consolidò altresì in materia di donazione in favore della persona con cui si intrattiene una relazione extraconiugale. Per quanto, infatti, il *Code* non avesse recepito l'incapacità a ricevere per donazione dei concubini propria dell'*ancien droit*, la giurisprudenza affermava la nullità per immoralità dell'accordo che costituisce il c.d. *pretium stupri* o "*prix du concubinage*"²⁶. Sul punto, nel corso del tempo la giurisprudenza aveva chiarito che "*le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretiendrait avec la bénéficiaire de la disposition des relations illicites et même adultères ne suffit pas pour invalider l'acte*" e aveva altresì riconosciuto la validità di donazioni rese al fine di compensare le sofferenze connesse alla fine della relazione²⁷. Al contrario, per questo tradizionale orientamento vi sarebbe nullità allorché la causa della donazione sia la "*formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux, soit leur rémunération*"²⁸.

Tra i diversi contratti ritenuti immorali si può segnalare altresì l'accordo con cui si promettono lasciti testamentari al marito affinché egli acconsenta la relazione con la moglie²⁹, quello di corruzione elettorale³⁰ o quello concernente all'organizzazione di un colpo di stato in territorio straniero³¹. In epoca più recente, la giurisprudenza francese ha qualificato come immorale una donazione in favore di figli adulterini³², un contratto tra un produttore cinematografico e una minorenne per farla posare nuda in un film e per farle fare un tatuaggio sulle natiche da poi rimuovere e vendere a terzi³³, nonché una convenzione relativa alla rappresentazione di spettacoli di *strip-tease*³⁴.

Questa giurisprudenza conferma il carattere del limite delle *bonnes mœurs* come individuato da Portalis.

Esso consente ai giudici di colpire l'ingiustizia non prevista dal legislatore e ricopre il ruolo di supplire all'assenza di leggi nel mantenimento dell'ordine ("*suppléer les bonnes lois*"). Talvolta la giurisprudenza si limita a richiamare solo la contrarietà alle *bonnes mœurs* (così, *i.a.*, la giurisprudenza sulle case di tolleranza), talaltra invoca anche il distinto parametro dell'*ordre public* (come, ad esempio, rispetto al caso del contratto di *claque* o di *courtage matrimonial*).

La qualifica di immoralità del contratto, infine, non rilevava solo sul piano della invalidità del contratto per nullità della causa. Sino alla *réforme*, la giurisprudenza francese, invero non senza una qualche incertezza e ambiguità, aveva infatti riconosciuto l'irripetibilità della prestazione (anche detta *exception d'indignité*)³⁵

²² *Ex multis*, T. Seine, 5 février 1867, in *S.*, 1867, II, 328; Cass. Civ., 15 février 1873, in *S.*, 1874, I, 241.

²³ C. Caen, 28 juillet 1874, in *S.*, 1875, II, 298.

²⁴ Tra le tante, C. Paris, 30 novembre 1839, in *S.*, 1840, II, 121 e T. Lyon, 11 juillet 1862, in *S.*, 1863, II, 165.

²⁵ Cass. Req., 1 avril 1895, in *S.*, 96, I, 289.

²⁶ Cass. Req., 2 février 1853, in *D.*, 1853, I, 57.

²⁷ Cass. req., 16 mars 1860, in *D.*, 1860, I, 259.

²⁸ Cass. Req., 8 juin 1926, in *D.*, 1927, I, 113 (tesi ribadita, tra le altre, in Cass. Civ. 1e., 10 décembre 1969, in *Bull. civ.* I, n° 386).

²⁹ Cass. req., 4 mars 1914, in *D.*, 1916, I, 27.

³⁰ Trib. civ. Tarbes, 14 mars 1899, in *S.*, 1900, II, 219.

³¹ T. Seine, 2 juillet 1932, in *D. H.*, 1932, 502.

³² Cass. Civ. 1e., 24 juin 1970, in *Bull. Civ.*, I, n° 223, 180.

³³ TGI Paris, 3 juin 1969, in *D.*, 1970, 136.

³⁴ TGI Paris, 8 novembre 1973, in *D.*, 1975, 401.

³⁵ Sul punto si v. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 23 (dove il richiamo al brocardo *Ubi dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus*); H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, Dalloz,



eseguita in forza di un contratto immorale affermando che “*une convention intervenue entre les parties a une cause contraire aux bonnes mœurs, celles-ci sont irrecevables à fonder sur elle aucune action, soit pour l’exécution de cette convention, soit pour la restitution des sommes payées ou des avances faites pour son exécution*”³⁶. Nonostante l’assenza di una norma scritta le corti transalpine avevano con sempre maggiore costanza applicato il principio c.d. *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* e riconosciuto che esso fosse proprio del solo contratto immorale e non già di ogni contratto illecito³⁷.

2.2. – La dottrina francese ha discusso la figura del contratto immorale a più riprese e con risultati di sicuro interesse. Se è classica la distinzione tra le *bonnes mœurs* e l’*ordre public* per ciò che concerne la fonte, in un caso pretoria e nell’altro legislativa³⁸, la scienza transalpina, come quella nazionale³⁹, è divisa tra chi professi una visione c.d. sociologica o empirica e chi, invece, ha una concezione c.d. idealista della morale. I riferimenti sono noti. In una chiara pagina del *Traité des obligations en général* René Demogue afferma che le *bonnes mœurs* “*ne se déterminent pas d’après un idéal religieux ou philosophique, mais d’après les faits et l’opinion commune*”. Il riferimento all’opinione pubblica è decisivo: “*Seront donc valables des actes en eux-mêmes à désapprouver si l’opinion publique ne les condamne pas*”⁴⁰. In tempi recenti tale lettura, maggioritaria, è ripresa, ancorché in toni meno netti, da coloro i quali guardano alle *bonnes mœurs* come a una “*morale coutumière*” o come una “*morale sociale du comportement extérieur*” idonea a indicare le “*règles de morale sociale considérées comme fondamentales pour l’ordre même de la société*”⁴¹. All’opposto della teoria sociologica, si colloca la ricostruzione c.d. idealista, operata da Georges Ripert e tutta tesa a dimostrare l’insufficienza di quella visione che riduce “*la morale à la science des mœurs*”⁴² e ad argomentare in favore di un recupero della morale cristiana⁴³.

Ciò detto, quale che sia la tesi seguita (idealista, sociologica), è un dato che la maggioranza degli Autori francesi offre una visione delle *bonnes mœurs* come di un concetto legislativo di rinvio⁴⁴. Con una lettura tipicamente moderna che tenta di ridurre l’arbitrarietà del giudice ad un qualche contenuto predeterminato, infatti, si ritiene che l’art. 1133 cod. civ. anc. articoli il controllo giudiziale della causa negoziale secondo quanto previsto da un certo insieme di regole, esistenti altrove (nella morale cristiana, nella prassi sociale, ecc.) e non esplicitate dal legislatore⁴⁵. Tali regole troverebbero applicazione dinnanzi al giudice grazie –

1927, 247; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* (1949), LGDJ, 1994, 183; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1954, VII, 38; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, Montchrestien, 1956, 226; P. LE TOURNEAU, *La règle “Nemo auditur...”*, LGDJ, 1970; J. CARBONNIER, *Droit Civil. Les biens. Les obligations*, PUF, 2004, 2104; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, 2, LGDJ, 2013, 1465; G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona*, cit., 115.

³⁶ Cass. Civ. 1e, 15 février 1967, in *Bull. civ.*, I, n° 67, 50.

³⁷ Cass. Civ. 3e, 25 février 2004, 02-15269, in *Bull. civ.*, III n° 42, 39. Sulla decisione v. le osservazioni di P. BRUN, *Cause illicite de la remise d’un acompte et restitution*, in *Rdc*, 2004, 689.

³⁸ In luogo di tanti, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations I. L’acte juridique*, Sirey, 2014, 287.

³⁹ Per un intelligente confronto tra la dottrina francese e quella italiana, si v. G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 629.

⁴⁰ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, II, Rousseau, 1923, 598.

⁴¹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 2018, 575-576.

⁴² G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, 159.

⁴³ G. RIPERT, *La règle morale*, cit., 28.

⁴⁴ Riprendo qui la categoria proposta (ed esattamente criticata) da G. GORLA, *L’interpretazione del diritto* (1941), Giuffrè, 2003, 142.

⁴⁵ In luogo di tanti, si può citare la ricostruzione di George Ripert: a partire dalla classificazione della giurisprudenza sino ad allora



appunto – al riferimento codicistico alle *bonnes mœurs*, il cui significato sarebbe dunque quello di agire come da rinvio a un sistema altro (religioso, prassi, etc.).

3. – Durante la seconda metà del ventesimo secolo si assiste a una sostanziale caduta del ricorso al parametro della illiceità per contrarietà alle *bonnes mœurs*. Le ragioni di questo declino sono diverse. Attorno all'inizio di questo secolo, si è individuato la causa principale di questa sostanziale “*disparition*” nella “*protection juridique accrue des intérêts particuliers*”. Nell'attuale contesto storico, si sostiene, la regola di governo delle relazioni tra le persone risiede nella “*autonomie de la volonté*”, intesa come “*capacité de chacun de déterminer ce qu'il estime bon pour lui*”. Tale principio di “*autonomie de la volonté*” allontana dall'utilizzo di criteri “*déterminée par référence à des valeurs communes*” e incoraggia il ricorso a paradigmi diversi da quello proprio delle *bonnes mœurs* come, ad esempio, è quello del “*droit au respect de la vie privée*”⁴⁶.

In questa sede, la caduta delle *bonnes mœurs* verrà descritta a partire dall'esame di due fattori: l'intervento del legislatore e la crisi della clausola generale.

3.1. – Innanzitutto, l'intervento del legislatore. Si tratta di una circostanza che, rispetto ai contratti qualificati immorali, ha due effetti distinti. Ove l'intervento del legislatore renda l'atto pattizio ritenuto immorale un atto lecito, si realizza una sorta di riflusso del ricorso alla clausola delle *bonnes mœurs*. Invece, qualora, per effetto dell'intervento del legislatore, l'atto ritenuto immorale diventa un contratto contrario a norme imperative, si assiste a una dinamica di spostamento tra le categorie dell'invalidità.

Con riferimento alla prima dinamica (riflusso), è sufficiente porre a mente le ipotesi di interventi legislativi che rendono caduca la qualifica di immorale per certi contratti. Si pensi, ad esempio, all'abrogazione degli artt. 908 e 908-1 del *Code* che ha determinato la completa assimilazione dei figli adulterini ai figli legittimi⁴⁷. Tale novità, in qualche modo già anticipata dalla l. n° 72-3 che aveva aperto a una limitata liceità di donazioni e testamenti in favore dei figli adulterini⁴⁸, ha evidentemente reso inattuale la giurisprudenza che affermava l'immoralità della donazione in favore del figlio adulterino. Ancora, rispetto al contratto di *courtage matrimonial* si è registrato il medesimo fenomeno e l'immoralità del contratto ha ceduto il passo alla liceità in virtù dell'intervento del legislatore⁴⁹.

Con riguardo alla seconda dinamica (spostamento), vi sono poi interventi del legislatore che, pur mantenendo l'atto considerato immorale nel mondo dell'invalidità, hanno l'effetto di rendere un contratto immorale come uno proibito da una legge imperativa e quindi illecito. Tra gli atti immorali che diventano contrari a norme imperative il caso più rilevante attiene certamente alla *loi Marthe Richard*, che ha comportato la chiu-

ervenuta, l'A. formula i seguenti imperativi: “*tu ne disposeras pas de la vie, du corps, de la liberté de ton prochain pour des fins inutiles; toi-même, tu respecteras ta vie et ton corps; tu ne chercheras pas à tirer profit de ta débauche ou de celle d'autrui; tu ne t'enrichiras pas injustement par le jeu ou le hasard, par l'acte de ruse ou de force, ou par la tromperie alors même qu'elle ne serait pas punissable; tu ne feras pas par intérêt ce que tu devrais faire par devoir; tu ne stipuleras pas de rémunération pour des actes qui ne doivent pas être payés; tu n'acquerras pas à prix d'argent un impunité coupable*” (G. RIPERT, *La règle morale*, cit., 58).

⁴⁶ B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs?*, PUF, 2005, 69.

⁴⁷ Si veda l'art. 16 della *Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral* (testo disponibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/>).

⁴⁸ *Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation* (testo disponibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/>).

⁴⁹ Si veda l'art. 6, della *loi 89-421 del 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales*; oggi artt. L224-90 – L.224-95, *Code consomm.* (testo disponibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/>).



sura delle case chiuse e la caducazione della giurisprudenza sulla immoralità dei relativi contratti di cessione o di sfruttamento⁵⁰.

Da questo punto di vista, la storia del rapporto tra diritto codificato e morale nei primi due secoli del *Code* ci indica che l'immoralità del contratto dura poco: per opera del legislatore, essa diviene ora illiceità e ora liceità. Tale rapporto costituisce un chiaro esempio della dinamica di scrittura e di riscrittura che caratterizza il trascorrere del tempo in un diritto codificato.

3.2. – Accanto all'intervento del legislatore, si registra un ulteriore fattore che determina la caduta del buon costume, rappresentato dalla sua crisi. Anche qui, tale circostanza (crisi della clausola) si sviluppa secondo i due movimenti di riflusso e di spostamento.

Con riferimento alla prima dinamica (da immorale a lecito), il riflusso del buon costume è messo in relazione alla maggiore libertà dei costumi e della sfera privata⁵¹. Di questo ultimo trend è esempio classica l'evoluzione della giurisprudenza in materia di *claque*. All'inizio del secolo ventesimo, la *Cour d'Appel* di Parigi ne ha riconosciuto la validità considerato, per ciò che riguarda la contrarietà alle *bonnes moeurs*, che simili contratti “*ne portent aucune atteinte à la libre appréciation des spectateurs*” e che “*pour les interprètes des oeuvres dramatiques, la claque est nécessaire pour les aider à vaincre l'émotion*”⁵². Ancora. Nello stesso senso (riflusso) è, più di recente, l'evoluzione della giurisprudenza in materia di atti di liberalità tra concubini o di contratto di mediazione (*courtage*) matrimoniale. Quanto alla prima questione, nel 2004 l'*Assemblée plénière* della *Cour de Cassation*, ribadendo una posizione di qualche anno precedente⁵³, ha definitivamente escluso la contrapposizione tra un atto di liberalità in favore del partner adultero e il buon costume, affermando chiaramente che “*n'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire*”⁵⁴. Il limite che la giurisprudenza aveva individuato (e, come visto, rappresentato dall'essere l'atto di liberalità non assimilabile al *prix du concubinage*), pertanto, viene meno e ciò accade anche rilevando come l'evoluzione legislativa avesse reso meno sostenibile la relegazione dell'adulterio nell'immoralità⁵⁵. Quanto, invece, al contratto di intermediazione matrimoniale, la giurisprudenza, dapprima, ne ha dichiarato l'astratta liceità⁵⁶ salvo l'ipotesi in cui il contratto fosse sottoscritto da una persona coniugata⁵⁷ e, poi, è arrivata ad affermare che neanche tale circostanza ne possa determinare la nullità per contrasto con il buon costume (“*n'est pas nul comme ayant une cause contraire aux bonnes moeurs le contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée*”)⁵⁸.

⁵⁰ Loi n° 46-685 du 13 avril 1946 dite *Marthe Richard* tendant à la fermeture des maisons de tolerance et au renforcement de la lutte contre le proxenetisme (testo disponibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/>).

⁵¹ Per tutti, D. FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé à la fin du XXème siècle: Mélanges en l'honneur de P. Catala*, LGDJ, 2001, 486.

⁵² App. Paris, 5 avril 1900, in *S.*, 1900, II, 144.

⁵³ Cass. Civ. 1e, 3 février 1999, in *Bull. Civ.*, 1999, I, n° 43 e in *D.*, 1999, 267. L'indirizzo è stato poi ribadito da Cass. Civ. 1e, 16 mai 2000, n° 98-15950 e da Cass. Civ. 1e, 29 janvier 2002, n°00-18987.

⁵⁴ Cass. Civ. Ap, 29 octobre 2004, in *Bull.* 2004 A. P., n° 12, 27 e in *D.*, 2004, 3175.

⁵⁵ Per tutti, si v. l'analisi di questa giurisprudenza operata da J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, 836.

⁵⁶ Cass. Req., 27 déc. 1944, richiamata in *D.*, 1945, 121.

⁵⁷ App. Dijon, 22 mars 1996, in *RTDciv*, 1996, 880 (il contratto di *courtage* è dichiarato nullo perché al momento della sottoscrizione il procedimento di divorzio della cliente era ancora in corso e lei era ancora in una relazione matrimoniale).

⁵⁸ Cass. Civ. 1e, 4 novembre 2011, in *Bull. Civ.*, 2011, I, n° 191 e in *AJ Famille*, 2011, 613.



Per ciò che concerne invece la dinamica di spostamento (da immorale a illecito), si deve osservare come, correlativamente alla crisi del buon costume, si sia assistito all'emersione dell'*ordre public* quale principale parametro di verifica di validità della causa del contratto ulteriore a quello del contrasto con la norma imperativa, nonché alla dignità della persona⁵⁹ come criterio di giudizio di accordi che dispongono del corpo o della scelta matrimoniale o religiosa⁶⁰. In effetti, coglie certamente nel segno l'osservazione per cui alcuni dei contratti ieri qualificati come immorali oggi verrebbero descritti come lesivi della dignità (si pensi, ad esempio, a quelli connessi con la libertà matrimoniale e religiosa o con le convezioni relative alla messa a disposizione del proprio corpo)⁶¹.

Tale spostamento dell'atto invalido dalla sfera dell'immoralità in quella del contrasto all'ordine pubblico e della indegnità è particolarmente sottolineato dalla dottrina. La fuga dalle *bonnes mœurs*, secondo una impostazione divenuta celebre, sarebbe una conseguenza del trionfo della libertà degli individui e, quindi, dei principi di riservatezza e di autodeterminazione, i quali sarebbero meglio tutelati dall'ordine pubblico come colorato dalla dignità della persona⁶². Il mutamento del criterio comporta dunque che il nuovo (*ordre public*) rifletta, almeno in parte, il precedente (*bonnes mœurs*) e non a caso la dottrina che parla di assorbimento del criterio di buon costume in quello di *ordre public* aggettiva tale seconda figura come morale⁶³ o filantropico⁶⁴.

4. – L'abbandono.

L'intervento del legislatore e la crisi del buon costume hanno segnato il declino – per riflusso o per spostamento – del ricorso al parametro delle *bonnes mœurs* come criterio di illiceità della causa del contratto. Tale declino era salutato con favore da parte della dottrina, che riteneva desueta la formula e che considerava sufficiente la clausola dell'*ordre public* ispirata dai diritti fondamentali⁶⁵. Altri, invece, pur non negandone il declino, ritenevano tuttora valido il criterio⁶⁶. Infine, non mancavano voci che ne auspicavano una ripresa ed una estensione di applicazione⁶⁷. In linea con la lettura maggioritaria, la riforma ha modificato profondamente il sindacato di validità del contratto, eliminando, *inter alia*, ogni riferimento alle *bonnes mœurs*⁶⁸.

⁵⁹ Sul valore della dignità nell'ordinamento francese, si v. la celebre Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 (in <https://www.conseil-constitutionnel.fr>); con commento di M. DELMAS-MARTY, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain*, in *Rev. sc. crim. dr. pen. comp.*, 1994, 477. Illuminante di questa tendenza e del suo significato più profondo è la critica offerta da M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

⁶⁰ B. LAUDAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs?*, cit., 125, dove a proposito del rapporto tra le *bonnes mœurs* e la dignità si legge che esso varia a seconda di come si intende la dignità: intesa come "*attribut de la personnalité de chaque individu*" essa si oppone frontalmente alle *bonnes mœurs*; intesa come "*qualité commune à tous*", essa si avvicina alle *bonnes mœurs*.

⁶¹ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes!*, cit., 514: "*Certaines pratiques que le droit condamnait autrefois sur le fondement des bonnes mœurs procèdent désormais de la notion de dignité. Ainsi en est-il du proxénétisme, rattaché par le Nouveau Code pénal à la dignité; ainsi en est-il de la condamnation par le Conseil d'État du lancer de nain (...)*". Il riferimento è a Conseil d'État, Ass., 27 octobre 1995, in *D.*, 1996, 177.

⁶² D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes!*, cit., 487-493: "*Les bonnes mœurs sont condamnées, en tant que norme juridique, du fait de la liberté [...] parce qu'elles sont libres, [les] mœurs ne sauraient relever du jugement d'un tiers: elles n'ont pas à être bonnes*".

⁶³ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, LGDJ, 1980, 80.

⁶⁴ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes!*, cit., 509.

⁶⁵ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes!*, cit., 486.

⁶⁶ J. FOYER, *Les bonnes mœurs*, in *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, 495.

⁶⁷ G. PIGNARRE, *Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats? «Presque rien ou presque tout?»*, in *Rdc*, 2005, 1290.

⁶⁸ Il richiamo ai "*mœurs*" quale indice di validità resta in altre disposizioni estranee alla disciplina del contratto (art. 900, cod.



4.1. – Interessante può essere osservare come il criterio delle *bonnes mœurs* fosse stato in qualche modo mantenuto nei progetti iniziali di riforma. Così, infatti, l'art. 1126, *Avant-projet Catala*: “*L’engagement est sans justification, faute de cause licite, lorsqu’il est contracté, par l’une au moins des parties, dans un but contraire à l’ordre public, aux bonnes mœurs, ou, plus généralement, à une règle impérative*”. Così, invece, l'art. 59, *Avant-projet Terré*: “*Le contrat ne peut déroger à l’ordre public ou aux bonnes mœurs, ni par son contenu ni par son but que ce dernier ait été connu, ou non, par toutes les parties*”. L’abbandono della nozione risale pertanto ai vari passaggi che hanno caratterizzato i *travaux préparatoires* della *Chancellerie*. Se l'art. 88 del *projet de la Chancellerie* 2008 richiama esplicitamente le *bonnes mœurs* (“*Est illicite le contrat prohibé par la loi ou contraire à l’ordre public ou aux bonnes mœurs*”) e così, ancorché tra parentesi, l'art. 74 del *projet de la Chancellerie* 2011 (“*le contrat ne peut déroger à l’ordre public [ou aux bonnes mœurs], ni par son contenu ni par son but, que ce dernier ait été connu, ou non, par toutes les parties*”), ogni riferimento cadeva nel testo dell'art. 1161 del *Projet de février* 2015, art. 1161 (“*le contrat ne peut déroger à l’ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties*”).

Il testo approvato nel febbraio 2016, come detto, conferma tale abbandono e la scelta non è stata modificata nel 2018, in sede di approvazione della *loi de ratification*. In base all'art. 1102 *post-réforme*, “*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public*”. In forza dell'art. 1162 ricodificato, disposizione che apre la sottosezione sul *contenu* del contratto e che costituisce “*le seul levier à disposition du juge pour faire barrage à la volonté des parties si elle lui semble heurter l’ordre social*”⁶⁹, il contratto “*ne peut déroger à l’ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties*”.

4.2. – L’abbandono del parametro delle *bonnes mœurs* va letto alla luce del *Rapport* e messo in relazione con alcuni degli obiettivi lì dichiarati⁷⁰. Come noto, la *réforme* ha cercato di assicurare un “*droit écrit des contrats*” che sia più accessibile e prevedibile, assicurando un linguaggio e uno stile chiaro e didattico che attragga gli operatori stranieri mediante un vocabolario meno desueto e più semplice e contemporaneo. Oltre a questa finalità (“*moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l’esprit du code civil*”), la *réforme* francese 2016-2018 ha perseguito quale obiettivo primario la c.d. *sécurité juridique*. Rispetto a un dettato “*quasiment inchangé depuis 1804*” e che non rifletteva più, a livello testuale, lo stato del diritto applicato, la *réforme* ha cercato di istituire una disciplina efficace nonché “*adapté aux enjeux d’une économie mondialisée et en perpétuelle évolution*”⁷¹.

Questi obiettivi – “*sécurité juridique*”, primato del “*droit écrit des contrats*” e rafforzamento dell’“*at-*

civ.) e specialmente nell'art. 6, che però ha un distinto campo di applicazione rispetto al vecchio art. 1133 (anc. cod. civ.). Esso non compare più, invece, nella disposizione relativa alla illiceità della condizione (ora art. 1304-1: *La condition doit être licite. A défaut, l’obligation est nulle*; sul punto, tra i tanti, si v. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil*, cit., 1413).

⁶⁹ In tal senso, O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *Réforme des contrats, du régime general et de la preuve des obligations*, 2018, LGDJ, 367.

⁷⁰ *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (testo disponibile in <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>).

⁷¹ *Rapport au Président de la République*, cit.



tractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique” – hanno condotto all’eliminazione della causa e, per ciò che qui interessa, del criterio di liceità delle *bonnes mœurs*. A tal proposito, nel *Rapport* si legge che il nuovo art. 1102, consacrato al valore costituzionale della “*liberté contractuelle*”⁷², si ispiri all’art. 6 cod. civ.: in tal senso, l’abbandono dell’“*interdiction de déroger aux bonnes mœurs*” si spiega con l’essere detta nozione “*en effet désuète au regard de l’évolution de la société*” e con la circostanza che “*la jurisprudence l’a progressivement abandonnée au profit de la notion d’ordre public dont elle n’a eu de cesse de développer le contenu*”⁷³.

Una prima chiave di lettura dell’abbandono della nozione delle *bonnes mœurs* è offerta nell’interessante volume che raccoglie le opinioni e i ricordi personali di alcuni degli autori materiali della riforma. Innanzitutto, si ricollega l’assenza delle *bonnes mœurs* – intesi come un qualcosa di distinto sia dall’*ordre public* sia dalle *libertés fondamentaux* – dalle condizioni di validità del contratto (art. 1102 cod. civ.) alla circostanza che nei tempi recenti “*la société a évolué et, désormais, le contrôle du juge s’opère moins en termes de morale que de licéité*”. In secondo luogo, si richiama la nuova base normativa del controllo del contratto (art. 1128 cod. civ.: “*Sont nécessaires à la validité d’un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain*”), per poi affermare che questa consentirà di “*englober le contrôle des agissements autrefois effectué sous l’angle des bonnes mœurs*”⁷⁴.

4.3. – La dottrina ha salutato l’abbandono delle *bonnes mœurs* indicando innanzitutto l’intento di ammodernamento del dettato codicistico: il superamento del riferimento sarebbe determinato da esigenze di modernità⁷⁵ e andrebbe a concludere il lungo declino degli ultimi decenni⁷⁶.

Ciò rilevato, parte della letteratura sottolinea come il limite delle *bonnes mœurs* sia tuttora valido⁷⁷: ora perché affermato dall’art. 6 cod. civ.⁷⁸, ora perché considerato ricompreso (e quindi recuperato) nel criterio di ordine pubblico (“*La référence aux bonnes mœurs, aujourd’hui inaudible, a été dans le nouvel article 1102 fondue dans celle d’ordre public en général*”)⁷⁹, così riprendendo quell’autorevole orientamento che guardava alle due clausole come a dei termini sovrapponibili e dove l’una (*bonnes mœurs*) rientra nell’altra (*ordre public*)⁸⁰. L’abbandono, insomma, sarebbe solo annunciato e non già effettivo, essendo il criterio di

⁷² A proposito della *liberté contractuelle*, il *Rapport* fa espresso riferimento alla importante e di poco precedente decisione del Cons. const., 13 juin 2013, 2013-672, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>. Sulla importante decisione si v., tra gli altri, J. GHES-
TIN, *La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *SJ*, 2013, 1614, H. BARBIER, *La valeur constitution-
nelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat*, in *RTDciv*, 2013, 832 e C. PERES, *La liberté contractuelle et le
Conseil constitutionnel*, in *Rdc*, 2013, 1285.

⁷³ *Rapport au Président de la République*, cit.

⁷⁴ F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, 107-108; *adde* 167.

⁷⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2020, 355.

⁷⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, Dalloz, 2018, 92.

⁷⁷ F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2018, 22, 67.

⁷⁸ In tal senso, A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2018, 101 e B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 2021, 157.

⁷⁹ Così, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2021, 87.

⁸⁰ Tra i tanti, P. MALAURIE, *L’ordre public et le contrat*, Matot-Braine, 1953, 30; G. FARJAT, *L’ordre public économique*, Pichon
et Durand-Auzias, 1963, 28; G. CORNU, *Cours de droit civil 1971-1972, Le Cours de droit*, 1972, 326; J. GHESTIN, *L’ordre public,
notion à contenu variable, en droit privé français*, in C. PERELMAN, R. VANDER ELST, *Le notions à contenu variable en droit*,
Bruylant, 1984, 85; J. FLOUR, J-L AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil*, cit., 287. Come indicato, l’argomento dell’assorbimento delle
bonnes mœurs nell’*ordre public* era già stato sostenuto dal Tribunale Faure (v. nt. 15).



liceità del contratto proprio delle *bonnes mœurs* tuttora presente, ancorché in via implicita: taluni arrivano a dire che i giudici che dovranno “à l’avenir recourir encore à elles [bonnes mœurs] pourront donc viser directement l’article 1162 qui les contient virtuellement”⁸¹. D’altra parte, nel senso della ricomprensione del buon costume nell’ordine pubblico militano non soltanto, come visto in precedenza, la stessa tradizione di pensiero giuridico francese, ma anche i progetti europei più richiamati dal *Rapport*, alcuni dei quali lasciano infatti intendere una riconduzione del parametro di *good morals* in quello di *public policy*, che nei sistemi di *Common law* ha una portata ben più vasta e sociale di *ordre public*⁸².

Ciò detto, va osservato come non sia mancata una lettura dell’abbandono della clausola come di un segno di resa e ciò in quanto, da un lato “*sa résurgence sous couvert de l’ordre public, elle est très hypothétique*” e, dall’altro, “*plus globalement, l’approche exclusive en termes de droits de l’homme méconnaît qu’il est, dans toute société, des intérêts collectifs qui doivent être sauvegardés pour le bien même de tous les individus qui la composent et non d’un seul d’entre eux*”⁸³. Questa posizione merita condivisione piena. L’idea che tali interessi non esistano o che siano tutelabili solo dal legislatore o secondo il paradigma dell’ordine pubblico ispirato dai diritti umani è, a essere sinceri, tutta da dimostrare.

4.4. – La lunga riflessione sul rapporto tra *bonnes mœurs* e *ordre public* ha permesso, come visto, di leggere l’abbandono delle prime come solamente formale e ciò in quanto il secondo avrebbe la capacità di assorbirne i risultati e il ruolo⁸⁴. Più stupore e più critiche si leggono in letteratura rispetto alla questione della disciplina restitutoria del contratto immorale.

Pur riscrivendo la disciplina sulle restituzioni (a cui rimanda l’alinea terzo del nuovo art. 1178: “*Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352-1352-9*”), infatti, la *réforme* francese, oltre a non aver distinto tra pagamento “*devenu indu*” e quello “*indu ab initio*”⁸⁵, nulla ha detto in relazione all’adagio *nemo auditur*. Ciò, in effetti, sorprende: considerati gli obiettivi, la riforma era l’occasione perfetta per codificare la disciplina restitutoria delle prestazioni eseguite in forza di un contratto nullo perché immorale. È vero che l’assenza nel dettato originario del *Code* non aveva finora impedito

⁸¹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *Réforme des contrats*, cit., 301.

⁸² *Comments to Article 15:101*, PECL.

⁸³ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil*, cit., 160 e 577.

⁸⁴ In modo esemplare, P. MALINVAUD, M. MEKKI, J-B SEUBE, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2019, 262-263 e R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 2020, 25.

⁸⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *Réforme des contrats*, cit., 919. La dottrina francese aveva da tempo invitato a guardare in modo diverso alle restituzioni, denunziandone l’apparente neutralità (i.a., M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Cujas, 1991, 101), ma di ciò la riforma non dà traccia (sul punto si veda il ricco e interamente condivisibile contributo di L. GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato Code civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 646.). Sul trend europeo che, come noto, milita nella direzione di legare la disciplina delle restituzioni a quella sottesa alla caducazione dell’accordo, si v. S. MEIER, *Art. 15:104: Restitution*, in N. JANSEN, R. ZIMMERMANN (eds), *Commentaries on European Contract Laws*, OUP, 2018, p. 1921. Con riferimento al piano interno, parte della dottrina più recente, insoddisfatta dell’insegnamento tradizionale che considera la prestazione svolta prima della dichiarazione di nullità del contratto alla stregua di un indebito (in tal senso, per tutti, E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 436-437), muove verso una costruzione della disciplina restitutoria che sia sensibile allo scopo della norma invalidante (e molto deve a R. JAPIOT, *Des nullités en matière d’actes juridiques* (1909), *La Mémoire du droit*, 2017): si v. i lavori di A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 309; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, 2010; M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un’analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. imp.*, 2018, 1120; F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull’ambito di applicazione dell’art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2021. Sia consentito poi il rinvio a D. IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, 1533.



di affermare la irripetibilità della prestazione immorale e quindi si può immaginare un simile equilibrio anche per il futuro⁸⁶, ma, certamente, in un contesto di riscrittura e di sicurezza giuridica e in uno scenario di affermazione del diritto scritto rispetto a quello giurisprudenziale, tale silenzio desta perplessità perché alimenta incertezza⁸⁷.

Vi sono autori che leggono in questo silenzio una volontà di “*abandoner*” la regola *nemo auditur...*⁸⁸ e altri, invece, che propendono per la continuità con l’esperienza antecedente⁸⁹ e ciò fanno considerando che “*le droit des restitutions a toujours été corrigé par la prise en compte d’éléments extrinsèques*”⁹⁰. Peraltro, come rileva quell’indirizzo autorevole che pure sostiene la continuità della regola, “*la disparition de la notion de bonnes moeurs, ou plus exactement sa fusion dans la notion générique d’ordre public, va certes rendre plus problématique le constat de l’immoralité si celle-ci doit être ici distinguée de l’illicéité*”⁹¹. Pertanto, occorrerà guardare alla futura giurisprudenza per comprendere se la regola esiste ancora, su quale base viene affermata e con riferimento a quali contratti nulli⁹². Anche qui è interessante rilevare come una codificazione della regola *nemo auditur* fosse stata avanzata nei progetti di riforma che si sono susseguiti. Ad esempio, l’*Avant-projet Catala* prevedeva (art. 1162-3) che “*celui qui a sciemment contrevenu à l’ordre public, aux bonnes moeurs ou, plus généralement à une règle impérative, peut se voir refuser toute restitution*” e l’art. 89 del *projet de la Chancellerie* 2008 affermava che “*l’illicéité ouvre droit à une action en nullité absolue. Celui qui a sciemment contrevent à l’ordre public ou aux bonnes moeurs peut se voir refuser toute restitution*”.

5. – L’impoverimento del *Code*.

Si è detto prima come, al netto delle distinzioni tra corrente sociologica e quella idealista, la dottrina francese guardasse al riferimento codicistico alle *bonnes moeurs* come a un rinvio in forza del quale delle regole aliene, ovvero previste altrove (morale cristiana, prassi sociale, etc.) e non esplicitate dal legislatore, troverebbero applicazione dinnanzi al giudice.

Anche la lettura della descritta caduta delle *bonnes moeurs* è pressoché unanime nella letteratura francese. Essa sarebbe conseguenza di una incompatibilità tra quelle regole aliene (es. religione cattolica) e l’attuale società multiculturale e pluralista. A seconda dell’orientamento dell’Autore, poi, l’abbandono della nozione delle *bonnes moeurs* determinato da questa incompatibilità risulta descritto nei termini di una neutra e oggettiva desuetudine oppure in quelli sconsolati e nostalgici che lamentano il trionfo dell’individualismo e del mercato sui valori comunitari.

Invero, la caduta delle *bonnes moeurs* dice qualcosa in più e di diverso rispetto a questa diffusa lettura.

Sul punto è bene procedere con ordine, domandandosi innanzitutto il *Code* quale problema intendesse affrontare mediante il riferimento alle *bonnes moeurs*.

⁸⁶ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Bruylant, 2021, 390-391, il quale peraltro nota come “*Paradoxalement, si les bonnes moeurs passent volontiers pour être “desuetes”, le succes de l’adage nemo auditur ne s’est pas tari.*”

⁸⁷ In tal senso, P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., 393 e O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme des contrats*, cit., 367.

⁸⁸ P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, cit., 405.

⁸⁹ In tal senso, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, cit., 576, F. CHENEDE, *Le nouveau droit*, cit., 273 e F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil*, cit., 657.

⁹⁰ J. SEUBE, *Le juge et les restitutions*, in *Rdc*, 2016, 411.

⁹¹ Così, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, cit., 577. In tal senso, anche O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme des contrats*, cit., 367 e G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau*, cit., 947.

⁹² G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau*, cit., 947.



5.1. – Come ben indicato da Portalis, nell’impianto originale il riferimento alle *bonnes mœurs* svolgeva una figura supplente: il loro impiego consentiva il mantenimento di un ordine anche rispetto ad atti che il legislatore non aveva considerato e la loro assenza avrebbe lasciato l’ordinamento privo di uno strumento con cui fare fronte alle fisiologiche ingiustizie non previste dal legislatore.

A ben vedere, tale riferimento non intende rinviare a regole aliene, proprie di una certa religione o di una certa prassi, ma bensì offrire una base normativa che consentisse al giudice di colpire il patto privato la cui ripugnanza sfugge agli indici espliciti (norme imperative) o impliciti (ordine pubblico) fissati nel sistema. In tal senso milita una chiara pagina di Reichard dell’inizio dello scorso secolo⁹³. Egli muove dalla constatazione per cui in tutte le comunità vi sono atti ritenuti ripugnanti dai consociati e che, in epoca moderna, l’individuazione di simili contratti è svolta in prima battuta dal legislatore che li qualifica illeciti. Al contempo, l’impossibilità per il legislatore di “*circonscrivere, à l’avance, tous ceux qui leur déplaisent*” determina una zona di atti ripugnanti “*impossibles à prévoir en particulier, ou sur lesquels les individus n’ont pas d’opinion ferme, ou que les dirigeants veulent laisser à l’appréciation d’un juge qui a leur confiance. C’est à ces derniers faits qu’on donne le nom d’immoraux*”⁹⁴.

Dunque, nell’impianto originario, la clausola generale delle *bonnes mœurs* affidava al giudice il compito di colpire l’atto la cui ripugnanza non era stata prevista dal legislatore. Tale delega non sorprende⁹⁵ e non necessitava di particolari riferimenti (extragiuridici, religiosi, sociologici): se è vero che “invocare una clausola generale ha sempre implicato l’applicazione dei valori egemoni”⁹⁶, affidare al giudice la repressione di certi atti in un contesto monoclasse costituisce una valida tecnica per il mantenimento di un ordine (“valori egemoni”) anche rispetto a ciò che non si prevede⁹⁷.

5.2. – Nel corso del secolo ventesimo, come visto, il ricorso alle *bonnes mœurs* è divenuto desueto e raro.

Ad andare in crisi (non è la morale cristiana o l’opinione comune, ma) è la fiducia nel giudice (“*un juge qui a leur confiance*”) quale soggetto capace di colpire il patto privato la cui ripugnanza sfugge agli indici espliciti (norme imperative) o impliciti (ordine pubblico) fissati. Questa delega era giustificata e ammissibile in un contesto monoclasse, dominato da valori egemoni, ma essa è apparsa meno sostenibile dinanzi al pluralismo e multiculturalismo che caratterizza l’attuale società⁹⁸.

L’insostenibilità in parola ha significato un azzeramento della clausola generale. Nel tentativo di offrirne una maggiore giustificazione, la dottrina ha cercato di attribuire un significato predeterminato alle *bonnes mœurs* (intese coincidenti ora con i dettami della religione cattolica, ora con le tendenze sociali e ora con l’opinione comune), così che, riempita la clausola di un qualche contenuto, il suo impiego risultasse meno arbitrario e anomalo. Tale identificazione ha determinato una alterazione del ruolo del riferimento alle *bonnes mœurs*, che da delega al giudice è divenuto un rinvio a delle regole aliene. La fiducia nella sua libera competenza è stata così sostanzialmente azzerata. Peraltro, il tentativo di salvare le *bonnes mœurs*

⁹³ CH.-F., REICHARD, *Etude sur le contrats immoraux*, Toso, 1914.

⁹⁴ CH.-F., REICHARD, *Étude*, cit., 156.

⁹⁵ In generale, su tale ruolo delle clausole generali si v. C. LUZZATI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in G. D’AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017, 41.

⁹⁶ P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, ESI, 2021, 58.

⁹⁷ Sul carattere conservatore delle clausole generali si v. C. LUZZATI, *Clausole generali e principi*, cit., 44.

⁹⁸ In tal senso, D. LOCHAK, *Le droit à l’épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique*, in J. CHEVALLIER, *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, 53; cui adde, P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, cit., 12, 37 e 56.



identificandole in un certo sistema è fallito: in un contesto multiculturale e pluralista ad essere insostenibile non è soltanto la delega al giudice di colpire l'atto la cui ripugnanza è impreveduta, ma anche l'idea di un rinvio alla religione cattolica o quella di un giudice capace di verificare il sentire più diffuso di una certa comunità.

5.3. – Non si è assistito solo all'azzeramento delle *bonnes mœurs* quali figure supplenti, ma anche alla loro sostituzione. La società pluralista e multiculturale attuale ha prodotto figure ulteriori e distinte dalle *bonnes mœurs* che siano in grado di rilevare quali strumenti supplenti al testo del *Code*: i principi, i diritti fondamentali e la dignità⁹⁹. Si tratta di figure che colorano l'*ordre public*, aumentandone la capacità di qualificazione del fatto non previsto dal legislatore fino a rendere residuale e raro l'impiego del criterio delle *bonnes mœurs*. Rispetto a tale ultimo criterio, infatti, la giurisprudenza ha preferito il ricorso alle nuove figure supplenti della *dignité* e dell'*ordre public*. Ancorché fluide e a contenuto variabile, esse godono di maggiore consenso perché sono, per un verso, più coerenti con l'assetto multiculturale e, per altro verso, più oggettive, giacché hanno una dimensione più determinata dallo sviluppo dell'ordinamento¹⁰⁰ e meno elitaria¹⁰¹.

In conclusione, la *réforme* ha privato il *Code* di una regola scritta che fungesse da base giuridica per la valutazione di illiceità di atti la cui ripugnanza non era stata prevista dal legislatore o dall'ordinamento. Tale abbandono è stato dettato dalla residualità della clausola e della sua insostenibilità in un contesto profondamente mutato rispetto al 1804. Ciò non di meno, per quanto si voglia colorare l'*ordre public* di diritti fondamentali, dignità e principi vari, esso resta una clausola generale che rimanda al sistema esistente, mentre le *bonnes mœurs* realizzano la supplenza alle "*bonnes lois*" affidando al giudice una delega in bianco. In questo senso, la ontologica differenza tra *ordre public* e *bonnes mœurs* fa sì che l'abbandono delle seconde abbia realizzato un (inconsapevole?) significativo impoverimento del *Code* che perde una formidabile figura supplente nel controllo della "*inventivité des opérateurs*"¹⁰².

6. – Privato del riferimento alle *bonnes mœurs*, il giudice avrà due opzioni davanti ad un atto la cui ripugnanza non era stata prevista dal legislatore o dall'ordinamento. In un primo scenario, egli deciderà di non intervenire perché sprovvisto della base normativa e così facendo l'atto *de qua* sarà vincolante. In un'altra ipotesi, egli interverrà e colpirà l'atto ripugnante, richiamando una regola (la invalidità per contrarietà alle *bonnes mœurs*) divenuta estranea al diritto codificato. Un simile risultato, di tutta evidenza, non è in linea con gli obiettivi di "*sécurité juridique*", primato del "*droit écrit des contrats*" e di rafforzamento dell'"*attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique*".

⁹⁹ Sul passaggio dalle clausole generali ai principi, si v. P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, cit., 45 e C. LUZZATI, *Clausole generali e principi*, cit., 35.

¹⁰⁰ Sulla diversa discrezionalità – massima nel buon costume e minore nell'ordine pubblico – che caratterizza le clausole generali si v. A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme* (1988), in C. GRANELLI (a cura di), *Scritti giuridici di Andrea Belvedere*, I, *Linguaggio e metodo giuridico*, Wolters Kluwer, 2016, 441, nonché la ricerca di V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010, 63.

¹⁰¹ Come è stato autorevolmente osservato, i tribunali leggono le *bonnes mœurs* come "*un renvoi à leur propre conception morale*" (J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 1992, 291-292). Con più generale riferimento alle clausole generali rispetto ai principi, sul punto v. anche P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, cit., 35.

¹⁰² F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil*, cit., 85.



A dimostrazione di quanto ora indicato e della insufficienza dell'*ordre public* – ancorché inteso in senso estensivo e conforme ai diritti fondamentali e alla dignità – milita una recente e singolare sentenza concernente una raccolta di fondi (“*cagnotte*”) aperta a sostegno di un manifestante – *boxeur* professionista e campione di Francia 2007-2008 – indagato per aver picchiato degli agenti delle forze dell’ordine in occasione di un corteo del movimento dei c.d. *gilet jaunes*. Scartata la possibilità di applicare direttamente la norma penale che sanziona il sostegno economico a persone condannate (e ciò in quanto al momento dell’apertura della raccolta, il *boxeur* non era già stato condannato), il Tribunale di Parigi ha fatto ricorso alla clausola dell’ordine pubblico, rilevando che quella legge penale vada intesa come idonea ad evitare anche il sostegno finanziario a futuri condannati. Su questa base, il giudice ha concluso che il “*but*” del contratto concluso da altri manifestanti e la piattaforma online non fosse “*conforme à l’ordre public en sorte que la nullité du contrat doit être prononcée*”. È interessante osservare come (forse perché consapevole dell’incoerenza e della debolezza di un simile argomento) il Tribunale non si sia limitato a richiamare l’ordine pubblico *ex art.* 1162, ma, al fine di rafforzare la valutazione di illiceità del contratto, sia arrivato a dire che una raccolta fondi così strutturata urti “*suffisamment la moralité et l’ordre public pour être considéré comme un but illicite*”¹⁰³. Il richiamo – accanto all’*ordre public* – della morale, ha subito attirato l’attenzione e la curiosità della dottrina¹⁰⁴.

Per ciò che qui interessa, la decisione conferma il carattere resiliente delle *bonnes moeurs*¹⁰⁵, il ruolo assegnato da Reichard alle *bonnes mœurs* e al contempo mette bene in luce come la *réforme*, nonostante fosse stata chiamata a ridurre il diritto applicato a quello scritto, abbia finito con il togliere dal dettato del *Code* una norma che forniva da base giuridica per giudizi rispetto ad atti ripugnanti ancorché non previsti. Un recupero del significato corretto del buon costume – *à la* Reichard – potrebbe condurre a un ripensamento, e ciò non già in nome di una certa idea di morale, ma bensì di quell’esigenza – propria di ogni sistema (anche del c.d. “*happy legal system*”) ¹⁰⁶ – di avere delle regole (c.d. di opinione) idonee a fornire una risposta davanti al (f)atto rilevante e imprevisto.

7. – L’interesse del giurista italiano per la riforma francese ha diverse ragioni. Innanzitutto, la riforma ha avvicinato l’ordinamento francese agli altri sistemi di *civil law* dove di recente si è realizzata una riscrittura, più o meno intensa, del codice civile nazionale e ha così dato continuità e prestigio a questa dinamica che rappresenta una vera e propria tendenza dell’età contemporanea¹⁰⁷, costituendo “il rimedio possibile per evitare l’alternativa, in ogni caso disastrosa, tra disintegrazione sociale mediante la legge e disintegrazione dell’ordinamento ad opera della società”¹⁰⁸. In secondo luogo, i problemi affrontati dal legislatore francese e

¹⁰³ TJ Paris, 6 janvier 2021, n° 19/03587, in <https://www.dalloz-actualite.fr/document/tj-paris-6-janv-2021-n-1903587>.

¹⁰⁴ Si v. C. HELAINE, *De l’annulation de la cagnotte du «boxeur gilet jaune»*, in *D. act.*, 19 janvier 2021; C. DUBOIS, *Victoire per KO de l’ordre public sur la cagnotte de soutien au «boxeur gilet jaune»*, in *Gaz. Pal.*, 23 février 2021, 20 e D. HOUTCIEFF, *Que sont les bonnes moeurs devenues?*, *ivi*, 13 avril 2021, 28.

¹⁰⁵ Su tale aspetto, si v. l’importante ricerca di C. CREA, *La ‘resilienza’ del buon costume: l’itinerario francese e italiano, tra fraternité et diversité*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 872.

¹⁰⁶ Così, ancorché con riferimento a una distinta clausola generale e a un diverso problema, S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Coming to terms with good faith*, in R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, CUP, 2008, 678.

¹⁰⁷ Limitando lo sguardo al periodo successivo all’affermazione a livello europeo dell’opportunità di una codificazione (1989), una risistemazione del dettato codicistico nazionale si è realizzata nell’ordinamento olandese (1992), tedesco (2002), rumeno (2011), ungherese (2013), ceco (2014), russo (2013-2015), nonché in quello brasiliano (2003), argentino (2015) e cinese (2020).

¹⁰⁸ C. CASTRONOVO, *Decodificazione*, cit., 55.



indicati nel *Rapport* sono simili a quelli che caratterizzano il diritto privato nazionale e ciò determina un rinnovato interesse dell'esperienza francese per il giurista italiano¹⁰⁹. In terzo luogo, il debito che la triade affermata all'art. 1343 cod. civ. it. ha con la versione originaria del *Code* rende di estremo interesse quanto verificatosi con la riforma in materia di controllo del contratto¹¹⁰. Infine, anche con riferimento all'esperienza interna si può parlare di buon costume in termini di clausola desueta e in caduta¹¹¹. Ci si deve, allora, domandare se quanto realizzato in Francia con la *réforme* possa costituire un modello da seguire per il legislatore italiano impegnato in una eventuale processo di ricodificazione del diritto privato o meno.

Nel nostro ordinamento, l'art. 1343 cod. civ. indica tra i requisiti di liceità della causa (1418) la conformità al buon costume. La clausola generale ha dato adito ad un dibattito ampio e simile a quello francese, con la contrapposizione tra concezioni idealiste ed empiriche del concetto di buon costume¹¹². Sul piano applicativo, la casistica assomiglia a quella propria dell'originario art. 1133 del *Code* e così l'evoluzione della giurisprudenza, con la importante differenza¹¹³ rappresentata dal ruolo assorbente della Costituzione repubblicana¹¹⁴. Come in Francia, infine, la valutazione dell'immoralità rileva in punto di effetti restitutori (art. 2035 cod. civ.)¹¹⁵. Anzi, diffusa è la massima per cui l'accertamento che un contratto sia contrario a norme imperative e quindi nullo per tale ragione (art. 1343 cod. civ.) non impedisce una autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua eventuale contrarietà al buon costume, al fine di negare l'azione di ripetizione, a norma dell'art. 2035 cod. civ.¹¹⁶.

¹⁰⁹ In termini generali, si v. L. PONTIROLI, *Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel "code civil"*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1238; P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo "Code Napoleon"*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 19; D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1257, nonché i numeri monografici delle riviste *Persona e mercato* (2018, 1) e *Giurisprudenza italiana* (2018, 5). Con specifico riferimento a singoli istituti interessati dalla riforma, invece, si v. S. PAGLIANTINI, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: il modello italiano e la riforma francese (artt. 1219, 1224, 1226, 1227 "Code civil")*, in *Giust. Civ.*, 2017, 607; M. DELLACASA, *La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1539; F. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del "Code civil"*, in *Giur. it.*, 2018, 1273; C. GRANELLI, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, in *Pers. merc.*, 2018, 63; D. IMBRUGLIA, *Le regole di buona fede nell'età della ricodificazione: il caso della clause résolutoire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1657; per quanto concerne la disciplina dei vizi del consenso dopo la *réforme* si veda lo scritto di A. GORGONI, *I vizi del consenso nel "Code civil": un confronto con la disciplina italiana*, in *Giur. it.*, 2018, 1216; con riferimento al riformato art. 1112 E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del Code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1031 e D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. impr.*, 2018, 81.

¹¹⁰ Nella letteratura italiana, con specifico riferimento alla questione dell'abbandono delle *bonnes moeurs*, si v. i contributi di A. GUARNERI, *La scomparsa delle bonnes moeurs dal diritto contrattuale francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 404; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695; EAD., *Erosione e scomparsa della clausola dei "buoni costumi" come limite all'autonomia contrattuale*, in *Pers. Merc.*, 2018, 134; G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordre public dopo la riforma del Code civil*, in *ivi*, 36; N. RIZZO, *La positivizzazione del diritto naturale ed il superamento dei "buoni costumi"*, *ivi*, 116; C. CREA, *La 'resilienza' del buon costume*, *cit.*, 872; S. PAGLIANTINI, *Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume: appunti per una ristampa della Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, in *Pers. Merc.*, 2021, 692.

¹¹¹ Per tutti, D. CARUSI, *Contratto immorale* (voce), in *Enc. dir.*, I tematici – *Il contratto*, Milano, 2021, p. 446.

¹¹² Per tutti, G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume*, *cit.*, 629.

¹¹³ Per tutti, C. CREA, *La 'resilienza' del buon costume*, *cit.*, 896.

¹¹⁴ Nella letteratura italiana, l'avvicinamento del buon costume al dettato costituzionale è operato, tra gli altri, da S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merit.*, I, 1970, 104; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Jovene, 1973, 181; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, ESI, 1993, p. 268; G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Pers. merc.*, 2010, 104. Su tale orientamento, si v. P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, 58.

¹¹⁵ Sul punto, si v. G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona*, *cit.*, 85; G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordre public*, *cit.*, 39; D. CARUSI, *Contratto immorale*, *cit.*, 443.

¹¹⁶ *Ex multis*, Cass., sez. I, 27 ottobre 2017, n. 25631 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 144 con nota di D. ALESSANDRI, *Il con-*



JUS CIVILE

Orbene, rispetto a questo contesto l'eventuale abbandono del parametro del buon costume non pare auspicabile. La circostanza per cui, a differenza dell'età moderna avviata con la codificazione del 1804, la legge e il codice oggi non contengono in via esclusiva le regole degli scambi e che vi sono altre forme di qualificazione dell'atto, fluide e flessibili (come l'ordine pubblico ispirato dai diritti fondamentali) rende certamente residuale il ricorso alle *bonnes mœurs*, quale figura supplente idonea a colpire l'atto la cui ripugnanza non è prevista dal legislatore. Come dimostra la decisione sul *boxeur*, tale residualità non è, però, insignificanza di un simile meccanismo. Pertanto, se si accetta la ricostruzione della clausola di buon costume qui seguita (§5), un simile abbandono determinerebbe lo stesso impoverimento del diritto contrattuale realizzatosi nel *Code* per effetto della *réforme* (§6). Ove non si dovesse seguire questa impostazione e si preferisse insistere nella moderna lettura della clausola come di un concetto legislativo di rinvio a regole aliene, l'eventuale abbandono andrebbe comunque accompagnato a una riforma della disciplina delle restituzioni, onde evitare il risultato di incertezza che caratterizza lo scenario francese post-*réforme* e, quindi, ripetere anche qui il tradimento degli obiettivi di sicurezza giuridica e attrattività del sistema (ri)codificato.

tratto nullo tre volte: difetti di forma e “soluti retentio”) e Cass., sez. VI, ord. 3 aprile 2018, n. 8169 (in *Foro it.*, 2018, I, c. 3240, con nota di A. PALMIERI, *In tema di irripetibilità per contrasto al buon costume*; in *Foro nap.*, 2020, 674, con nota di A. BARALE, *Il problema della soluti retentio in caso di contemporanea violazione dell'ordine pubblico e del buon costume*).



FRANCESCO PAOLO PATTI

Professore associato di Diritto privato – Università Bocconi di Milano

**REVOCA DELLA PROPOSTA CONTRATTUALE:
UN CONFRONTO CON LA DISCIPLINA FRANCESE ***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le nuove norme francesi sulla revoca della proposta contrattuale. – 3. Il carattere innovativo della disciplina. – 4. Alcune considerazioni critiche. – 5. Spunti di interesse per il nostro ordinamento.

1. – La conclusione del contratto è una materia che tradizionalmente induce il giurista a volgere lo sguardo alle legislazioni straniere, alle interpretazioni privilegiate in altri ordinamenti e alle normative modello elaborate a livello internazionale. Le regole sull'accordo delle parti possono infatti assumere un'importanza decisiva nella contrattazione internazionale; inoltre, com'è noto, la conclusione del contratto costituisce uno dei temi più indagati nell'ambito degli studi comparatistici.

I problemi dell'«accordo» sono stati l'oggetto delle ricerche che hanno consentito di sviluppare un nuovo metodo comparativo durante i seminari di *Cornell*, culminati con il volume sulla formazione del contratto del 1968¹, un punto di svolta nella storia del diritto comparato². Il gruppo di studiosi diretto da Rudolph Schlesinger ha affrontato le più significative problematiche relative alla conclusione del contratto adoperando un approccio fattuale idoneo a permettere il confronto tra esperienze giuridiche lontane, con l'ambizione di accertare se esiste un nucleo comune di disciplina tra gli ordinamenti presi in considerazione³.

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ R.B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of Contracts. A Study for the Common Core of Legal Systems*, Dobbs Ferry, New York-London, 1968.

² L'illustrazione dettagliata del metodo e degli obiettivi della ricerca, oltre che nella parte introduttiva dell'opera citata nella nt. precedente, si rinviene in R.B. SCHLESINGER, *Il «nucleo comune» dei vari sistemi giuridici: un nuovo campo di studi comparativi all'orizzonte*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 65 ss.; R. SACCO, *Un metodo di lavoro nuovo: il seminario di Cornell*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, 172 ss. Non sono peraltro mancate analisi critiche, incentrate sull'assenza di informazioni in merito al contesto sociale in cui trovano applicazione le regole: v. M. RHEINSTEIN, *Review*, in 36 *Chicago Law Rev.*, 1969, 448, spec. 453: «The aim of viewing law as a social phenomenon in the total context of social life, has not been pursued». Lo stesso a. tuttavia dà atto che «This book constitutes the most intensive comparison of legal institutions that has ever been undertaken» (*ivi*, 448).

³ Con riguardo all'utilizzazione del metodo nella prospettiva dell'armonizzazione del diritto europeo, v. M. BUSSANI, U. MATTEI, *The Common Core Approach to European Private Law*, in 3 *Colum. J. of European Law*, 1997, 339 ss., spec. 348 s., secondo cui lo scopo del metodo «is to provide a picture of the law existing in the European systems in a number of important areas that is as reliable and exact as possible»; ID. (ed.), *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project*, Trento 2000; M. BUSSANI, A.M. MUSY, *I metodi della comparazione: il common core dei diritti europei del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 537 ss.



L'importante opera costituisce ancora oggi un fondamentale riferimento per chi intende affrontare la materia, ma alle dettagliate informazioni reperibili – per la maggior parte ancora attuali –, occorre ora aggiungere le normative internazionali e i progetti di armonizzazione del diritto. Infatti, convenzioni internazionali e normative modello consentono di ampliare il novero dei riferimenti comparativi, prendendo in esame regole concepite sulla scorta del confronto tra gli ordinamenti nazionali e per far fronte ad interessi della prassi.

Il punto di partenza nel processo che ha portato alla preparazione di queste normative può essere rinvenuto nel noto volume di Ernst Rabel sul diritto della vendita, in cui un'ampia trattazione è dedicata alla conclusione del contratto di vendita tra persone distanti⁴. Oltre a fornire la base per i successivi progetti di armonizzazione del diritto, l'opera si segnala per un prezioso suggerimento metodologico, che appare utile anche in epoca attuale⁵. Nel caso in cui la proposta e l'accettazione provengano da soggetti che non si trovano nel medesimo luogo, la produzione di effetti giuridici non può attendere la conclusione del contratto, ma deve necessariamente collegarsi alle dichiarazioni unilaterali. Movendo da questo assunto, l'articolazione degli effetti giuridici scaturenti dalle dichiarazioni di volontà delle parti diviene una mera questione di opportunità (o di adeguatezza rispetto allo scopo perseguito) e non un problema da risolvere mediante la logica giuridica. Il dogma secondo cui gli effetti giuridici che vincolano le parti traggono origine dal contratto è ormai abbandonato.

Il descritto metodo di affrontare la tematica mette in risalto come la revoca della proposta contrattuale assuma un significato fondamentale nella teoria della conclusione del contratto e in relazione alla valutazione delle modalità con cui i diversi ordinamenti cercano di cogliere un punto di equilibrio tra la posizione del proponente e quella dell'oblato⁶. Da una concezione volontaristica, che vedeva la formazione del contratto come un incontro tra intenti, i sistemi si sono evoluti prestando attenzione alla necessità di tutelare l'affidamento delle parti riposto nelle altrui dichiarazioni⁷.

In questa prospettiva, seguendo l'insegnamento di Gorla⁸, il presente contributo esaminerà la disciplina francese sulla revoca della proposta contrattuale, a cinque anni dalla riforma del diritto delle obbligazioni e

⁴ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, Berlin-Leipzig, 1936, 69-88 su «Abschluß des Kaufvertrages unter Abwesenden».

⁵ E. RABEL, *op. ult. cit.*, 70: «Man kann bei dem Vertrag unter Abwesenden anders als bei dem Vertrag unter Anwesenden Rechtswirkungen nicht erst dem als Einheit gewerteten Vertrag zuschreiben, sondern muß auf die Rechtswirkungen der beiden Parteierklärungen zurückgreifen. Dann aber ist es nur eine Frage der Zweckmäßigkeit und nicht der Rechtsdogmatik, in welcher Weise man die Wirkungen der selbständig betrachteten Vertragserklärung im einzelnen ausgestalten will; denn das Dogma, daß nur der Vertrag als solcher Rechtswirkungen erzeugen kann und nicht die ihm vorausgehende Parteierklärung, ist damit bereits verlassen». Nello stesso senso, in tempi più recenti, D. HENRICH, *Unwiderrufliches Angebot und Optionsvertrag. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.M. MEINCKE (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, 216.

⁶ Infatti, lo stesso E. RABEL, *op. ult. cit.*, 70, mette in luce l'importanza della questione se le dichiarazioni di volontà e le eventuali revoche producano effetti nel momento in cui il destinatario ne viene a conoscenza.

⁷ V. soprattutto A.T. VON MEHREN, *The Formation of Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, *Contracts in General*, Tübingen-Leiden-Boston, rist. 2008, 82: «In the early 19th century this issue – along with many others that arise in connection with the formation of contracts – was approached not in terms of practical and equitable considerations but of “meeting of the minds”. For contemporary law, the greater protection given to the offeree reliance, actual or potential [...], has resulted in stricter limits to the power of revocation than existed in the past; when the issue arises, it is now resolved in far less conceptual and mechanical terms». Da una prospettiva generale, v. l'ampia ricostruzione storica di A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, 178-404.

⁸ Ci si riferisce soprattutto al contributo *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 255, 257 e 261 ss., ove l'a. sostiene che la revoca sia efficace per il solo fatto dell'emissione sulla base del complesso meccanismo di soluzione del conflitto di interessi tra accettante e proponente, accolto dal nostro ordinamento.



dei contratti⁹. Si valuteranno i criteri di bilanciamento degli interessi coinvolti relativamente alla complessiva disciplina della revoca della proposta e della responsabilità precontrattuale, una materia in cui si riscontrano marcate disomogeneità tra gli ordinamenti nazionali¹⁰.

2. – Nel *Code civil* del 1804, come del resto era avvenuto nel nostro codice civile del 1865, la conclusione del contratto non era stata disciplinata¹¹. La riforma del 2016 ha colmato la lacuna con disposizioni contenute in una sotto-sezione denominata «*L'offre et l'acceptation*» (artt. 1113-1122).

La nuova normativa dedica due articoli alla revoca (*rétractation*) della proposta contrattuale. Quest'ultima è definita all'art. 1114 *Code civil*):

«*L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation*».

L'art. 1115 *Code civil* stabilisce che la proposta può essere liberamente revocata fino al momento in cui perviene al destinatario.

«*Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire*».

In ossequio a precedenti indirizzi giurisprudenziali¹², in base all'art. 1116 *Code civil* (dopo che l'oblato l'ha ricevuta) la proposta non può essere revocata prima della scadenza del termine stabilito dal proponente o, in assenza, all'esito di un termine ragionevole. Si precisa che l'eventuale revoca intervenuta in violazione del divieto impedisce la conclusione del contratto. L'atto può rilevare ai fini della disciplina della responsabilità extracontrattuale.

⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Su cui v. i commenti di G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 3 maggio 2016; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto francese dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 432 ss.; F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 627 ss.; L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1543 ss.; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, 311 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate – La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695 ss.; F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, Torino, 2021.

¹⁰ Così E.A. FARNSWORTH, *Comparative Contract Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, 915: «A major difference among legal systems goes to the revocability of the offer before a contract has resulted from its acceptance».

¹¹ Cfr. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2° ed., Paris, 2012, 178-180, il quale con riferimento al tema della conclusione del contratto spiega i motivi per cui la dottrina francese del XIX secolo non ha accolto le teorie tedesche.

¹² La c.d. «obligation de maintien» era già stata configurata dalla giurisprudenza francese, nelle ipotesi in cui il proponente stabilisce un termine entro il quale accettare l'offerta o un termine dovesse essere previsto in ragione delle circostanze del caso o degli usi: v. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11° éd., Paris, 2013, 136-144; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, 1, *L'acte juridique*, 16° éd., Paris, 2014, 128-131.



«Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat».

In merito al contenuto dell'art. 1115 *Code civil*, è possibile osservare che, ove la revoca della proposta pervenga al destinatario prima della (o contestualmente alla) proposta, secondo alcuni autori non dovrebbe neppure parlarsi di revoca poiché la proposta non ha mai prodotto effetto¹³.

Non è chiaro se tale ipotesi di «rétractation non fautive» configuri un atto recettizio o non recettizio. La norma non fornisce alcuna indicazione, mentre l'art. 1118 *Code civil*, relativo alla revoca dell'accettazione, precisa che la revoca deve pervenire al proponente prima dell'accettazione. Quest'ultima norma potrebbe trovare applicazione in via analogica al caso della revoca della proposta contrattuale, ma, secondo un primo commento, ai fini degli effetti, si deve fare riferimento al momento dell'emissione¹⁴. Infatti, la «svista» del legislatore appare troppo accentuata per non essere il risultato di una scelta ponderata volta a distinguere la revoca della proposta dalla revoca dell'accettazione. Inoltre, la «réalité» della revoca potrebbe anche giustificarsi alla luce della regola secondo cui il contratto si conclude soltanto nel momento in cui l'accettazione perviene al proponente (art. 1121 *Code civil*). Nelle questioni relative al consenso il diritto francese farebbe prevalere la volontà interna rispetto a quella esterna e, fino al momento consacrato dall'art. 1121 *Code civil*, la proposta si troverebbe ancora nella sfera di influenza del proponente. La giurisprudenza non ha ancora avuto modo di interrogarsi sulla questione e altri autori sostengono che la revoca, in quanto *actus contrarius* rispetto alla proposta, dovrebbe parimenti pervenire al destinatario per produrre effetti¹⁵.

Il tenore letterale dell'art. 1116 *Code civil* è peculiare. Da un lato, secondo il comma 1, è vietato revocare la proposta contrattuale. Dall'altro, al comma 2 si afferma che la revoca della proposta in violazione del divieto impedisce la conclusione del contratto. Tale formulazione configura una sorta di risposta a un orientamento giurisprudenziale della *Cour de Cassation*.

¹³ Così, con riferimento al diritto tedesco, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, cit., 641: «Geht dem Angebotsempfänger vorher oder gleichzeitig mit der Offerte ein Widerruf zu [...] entsteht selbstverständlich auch keine Bindungswirkung». In merito al diritto statunitense, v. W.J. WAGNER, *A-12: When does Revocation Become Effective?*, *American Report*, in R.B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of Contracts. A Study for the Common Core of Legal Systems*, cit., 840. Più incerti sul punto, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2ª ed., Paris, 2018, 97: «À dire vrai, on serait même en droit de se demander si l'acte par lequel une personne exprime son consentement mais qui n'a jamais été reçue par son destinataire relève bien la qualification juridique d'offre». Appare utile il confronto con la disciplina della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale del 1980 (CISG), che all'art. 15, comma 2, prevede: «Un'offerta, anche se irrevocabile, può essere ritirata se il ritiro giunge al destinatario prima dell'offerta stessa o contemporaneamente». La Convenzione per questa fattispecie adotta il termine «ritiro» (*withdrawal*), diverso da quello della «revoca» (*revocation*), utilizzato dall'art. 16 per le ipotesi in cui l'offerta sia giunta al destinatario. Nello stesso senso si esprimono i Principi *Unidroit*, rispettivamente, agli artt. 2.1.3 e 2.1.4. Peraltro, nel caso in cui l'offerta sia stata inviata mediante posta elettronica, il ritiro, prima della ricezione dell'offerta, è sostanzialmente impossibile.

¹⁴ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. ult. cit.*, 122 s.

¹⁵ Così G. REINER, *Le processus de formation du contrat dans le projet d'ordonnance de la Chancellerie – quelques commentaires*, in R. SCHULZE, G. WICKER, G. MÄSCH, D. MAZEAUD (sous la dir. de), *La réforme du droit des obligations en France. 5èmes Journées Franco-Allemandes*, Paris, 2015, 58. Nello stesso senso, ma con riferimento alla disciplina antecedente all'entrata in vigore della riforma, F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., 139 s., i quali precisano che per esercitare la revoca prima che l'offerta inviata mediante il servizio postale diventi efficace occorre utilizzare un mezzo di comunicazione più rapido come il telegramma o il telefax.



Nel complesso, avuto riguardo ai contenuti dell'art. 1115 *Code civil*, può sostenersi che la disciplina dell'offerta è basata sul principio della libera revocabilità e che i casi previsti dall'art. 1116 *Code civil* integrano delle eccezioni. Tuttavia, in virtù del divieto stabilito dall'art. 1116 *Code civil*, sembra condivisibile l'osservazione secondo cui l'esteso ambito applicativo delle eccezioni riduce notevolmente la portata del principio¹⁶. Invece che illustrare il rapporto tra le due norme in termini di regola-eccezione, appare più proficuo discorrere di una revoca legittima (art. 1115 *Code civil*) e di una revoca illecita (art. 1116 *Code civil*).

Sotto questo profilo, diversamente rispetto a quanto affermato in merito all'art. 1115, non sussistono incertezze in merito al carattere recettizio della revoca illecita (c.d. *rétractation illicite*) disciplinata dall'art. 1116 *Code civil*¹⁷. In termini generali, questa tesi era già stata sostenuta in dottrina prima della riforma avverso indirizzi più risalenti che, analogamente a quanto attualmente sostenuto dalla Corte di cassazione italiana (v. oltre), ritenevano la revoca efficace a partire dal momento della spedizione/emissione¹⁸.

Nel precisare che la revoca esercitata in violazione dell'obbligo di mantenere l'offerta impedisce la conclusione del contratto, la disciplina della riforma elimina le incertezze connesse a una sentenza del 2008 che, sia pure con una formulazione dal significato non chiaro, sembrava attribuire all'oblato il diritto di agire per l'esecuzione in forma specifica (nell'ipotesi di revoca esercitata da un proponente obbligatosi a mantenere ferma l'offerta per un determinato periodo di tempo)¹⁹. Questa lettura si poneva in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui la revoca «illecita» non poteva determinare gli effetti del contratto²⁰. Un intervento del giudice di questo tipo era considerato eccessivo e perfino idoneo a mettere in discussione la concezione tradizionale del contratto e dogmi ancora particolarmente avvertiti come quello dell'*autonomie de la volonté*²¹.

3. – La nuova disciplina della revoca della proposta è descritta come una «Innovation majeure» nel commentario Deshayes-Genicon-Laithier. Si afferma che l'art. 1116 *Code civil*, che costituisce il cardine della

¹⁶ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. ult. cit.*, 124.

¹⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. ult. cit.*, 126: «compte tenu du caractère fautif de la rétractation, il serait plus juste de retenir cette fois une solution favorable à l'acceptant: la rétractation fautive serait donc efficace non pas dès son émission mais seulement à sa réception».

¹⁸ Cfr. P. BONASSIES, *French Report*, in B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of Contracts. A Study for the Common Core of Legal Systems*, cit., 851 s., il quale osservava che la dottrina è divisa: Planiol, Ripert ed Esmein, e Ripert e Boulanger, sulla base di una concezione oggettiva dell'accordo, consideravano la revoca un atto recettizio; Mazeaud, Valéry, Marty e Raynaud, sulla scorta dell'opinione di Pothier, privilegiavano un approccio soggettivo, affermando che la revoca produce effetti dal momento dell'emissione. La giurisprudenza mediante un orientamento consolidato aderiva alla seconda tesi.

¹⁹ Cass., civ. 3e, 7 mai 2008, n° 07-11690, in *Revue des contrats*, 2008, 1109, obs. T. GENICON: «Ayant constaté que le destinataire d'une offre d'achat disposait d'un délai déterminé pour donner son accord, et qu'il en résultait que l'offrant s'était engagé à maintenir son offre jusqu'à cette date, viole l'article 1134 du Code civil la Cour d'appel qui, retenant la validité de la rétraction de l'offre d'achat, fait droit à la demande de restitution de la somme versée par l'offrant à titre de dépôt de garantie». I dubbi derivavano dal riferimento all'art. 1134 *Code civil*, allora in vigore, concernente «la forza di legge» del contratto. Tuttavia, la sentenza omette di indicare il rimedio esperibile dall'oblatore.

²⁰ V. F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., 141; PH. MALAURIE, L. AYNÉS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., Paris, 2015, 241 e ivi i riferimenti giurisprudenziali.

²¹ Cfr. D. MAZEAUD, *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international: comparaisons*, in O. DESHAYES (sous la dir. de), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, Paris, 2008, 22. Sul *l'autonomie de la volonté*, v. anche J.-L. HALPERIN, *L'autonomie privée en France: un concept cantonné ou rejeté*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014, 461 ss., spec. 463 ss.



nuova normativa, opera una messa a punto e un chiarimento di grande ampiezza e lo rende uno dei testi più innovativi della riforma.

Un primo aspetto rilevante riguarda il riconoscimento della responsabilità in caso di revoca illecita. Prima della riforma, la difficoltà di riconoscere tale figura derivava dalla visione classica secondo cui le fonti delle obbligazioni sono la legge, il contratto, il quasi-contratto, il delitto e il quasi-delitto²². Le figure, pur talvolta utilizzate dalla giurisprudenza per configurare la responsabilità del proponente, non ricomprendevano la proposta contrattuale, anche in considerazione della circostanza che la revoca della proposta in linea di principio non è un fatto colposo²³. Per aggirare l'ostacolo spesso la giurisprudenza francese ha fatto ricorso alla finzione di un *avant-contrat* con il quale il proponente si obbligava a mantenere ferma la proposta per un determinato periodo di tempo²⁴.

Parte della dottrina sosteneva che in caso di proposta rivolta a un soggetto determinato, la revoca non avrebbe dovuto impedire la conclusione del contratto se esercitata entro il termine stabilito per l'accettazione (o entro un termine ragionevole)²⁵. Quest'ultima tesi è stata in passato fondata sulla c.d. teoria dell'*engagement unilatéral de volonté*²⁶ e, di recente, sul dovere di comportarsi secondo buona fede nel corso delle negoziazioni²⁷. I dubbi sono ora stati superati alla luce dell'art. 1116 *Code civil* che pone in capo al proponente il divieto di revocare l'offerta e stabilisce la sanzione del risarcimento del danno.

La disciplina francese della revoca della proposta, a seguito della riforma, chiarisce alcuni aspetti della disciplina contenuta nei progetti di armonizzazione del diritto dei contratti, che in tema di revoca sono stati fortemente influenzati dalla Convenzione di Vienna²⁸. In particolari, questi ultimi non specificano esattamente in quali ipotesi si profila un'obbligazione risarcitoria in caso di revoca della proposta.

L'art. 16, comma 2, CISG stabilisce infatti due eccezioni al principio della libera revocabilità:

«Un'offerta non può tuttavia essere revocata: a) se essa indica, fissando un termine determinato per l'accettazione o altrimenti, di essere irrevocabile; b) se per il destinatario era ragionevole ritenere irrevocabile l'offerta e se ha agito di conseguenza».

²² Cfr. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations* (1761), Paris rist. 2011, 6, il quale illustra le differenze tra «proposta» e «contratto».

²³ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., 141; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd. mise à jour, Paris 2016, 304 e ivi i riferimenti dottrinali.

²⁴ Lo schema era il seguente: il proponente presentava due offerte, una principale, concernente il contratto, e una accessoria, riguardante l'impegno a mantenere l'offerta principale per un certo periodo di tempo. Quest'ultima si riteneva accettata tacitamente dall'oblato e ciò permetteva di considerare concluso un *avant-contrat*: v. ancora M. FABRE-MAGNAN, *op. ult. cit.*, 304 s.

²⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op. ult. cit.*, 300 s.

²⁶ V. in particolare J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris 1970, 123 s.; in tempi più recenti, C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, 2007, 322. Tale impostazione trae spunto dall'antica tesi di R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit français*, Paris, 1891, 175, fondata sull'esigenza di tutelare «qui reçoit l'offre».

²⁷ Cfr. J. ANTIPPAS, *De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué*, in *RTD civ.*, 2013, 27.

²⁸ In merito alla disciplina contenuta nella CISG v. P. WINSHIP, *Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention*, 17 *Int'l Lawyer*, 1983, 1 ss.; B.A. LEETE, *Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary*, in 6 *Temple Int'l and Comp. L.J.*, 1992, 193 ss.; F. FERRARI, *A comparative overview on offer and acceptance inter absentes*, in 10 *B.U. Int'l L. J.*, 1992, 171 ss., spec. 201, secondo cui le regole della Convenzione di Vienna dovrebbero essere adottate *de iure condendo*; A.K. SCHNYDER, R.M. STRAUB, *sub Art. 16*, in H. HONSELL (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin-Heidelberg, 1997, 157 s.; M. KÖHLER, *Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt*, Tübingen, 2003, 258 ss.; E. LUIG, *Der internationale Vertragsschluß*, Frankfurt am Main *et al.*, 2003, 5 ss.; M. TORSSELLO, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, in L. DI-MATTEO (ed.), *International Sales Law. A Global Challenge*, Cambridge, 2014, 638.



La prima eccezione recepisce una regola presente in molti ordinamenti di *civil law*; la seconda si ispira al *promissory estoppel* applicato nei sistemi di *common law*. La norma francese si adegua a tale modello, specificando che il proponente può in ogni caso revocare la proposta e andare incontro alle conseguenze risarcitorie. La disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna può invece avere l'effetto di vincolare il proponente alla conclusione del contratto, nel caso in cui abbia esercitato la revoca nei casi previsti dall'art. 16, comma 2, CISG.

4. – Le osservazioni critiche della dottrina si sono soprattutto concentrate sull'obbligazione risarcitoria che scaturisce dalla violazione del divieto di revocare la proposta contrattuale.

In merito alla sanzione, conformemente a quanto affermato nell'esperienza giuridica tedesca, in relazione al diritto francese antecedente alla riforma si osservava che rimettere la tutela dell'affidamento dell'oblato a una mera pretesa risarcitoria rappresenta una soluzione che pregiudica la sicurezza dei traffici commerciali²⁹.

Ulteriori motivi di critica si rivolgono ora alla formulazione dell'art. 1116 *Code civil* che limita le conseguenze risarcitorie derivanti dalla revoca abusiva al danno da lesione dell'interesse negativo³⁰. La scelta del legislatore, che sfavorisce l'oblato, è stata considerata «inattesa»³¹. Infatti, si dà atto che può sembrare eccessivo prevedere una forma di esecuzione dell'obbligo di concludere il contratto, ma appare ingiustificato non consentire all'oblato – come in passato era spesso avvenuto³² – di essere messo nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato ove il contratto fosse stato concluso (interesse positivo)³³. In questa maniera, il risarcimento conseguibile in seguito a una revoca abusiva dell'offerta è quantificato secondo criteri analoghi a quelli utilizzabili in caso di recesso da una trattativa e, secondo alcuni autori, non sussiste ragione per configurare una obbligazione di mantenere l'offerta³⁴. Analogamente al diritto tedesco, la nuova normativa francese ha avvertito l'esigenza di proteggere l'affidamento dell'oblato³⁵, ma residua una fondamentale differenza rispetto al BGB. Come è stato visto, secondo la disciplina del *Code civil*, la revoca illecita, avente natura di atto recettizio, impedisce la conclusione del contratto e la sola sanzione applicabile ha natura risarcitoria. Si tratta di una disciplina di tutela da tempo considerata insoddisfacente nell'esperienza giuridica tedesca, dif-

²⁹ Così E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., 74, il quale discorre di una «verkehrsfeindliche Lösung». Ma v., per una diversa valutazione, B. FAGES, *Le processus de formation du contrat*, in R. SCHULZE, G. WICKER, G. MÄSCH, D. MAZEAUD (sous la dir. de), *La réforme du droit des obligations en France. 5^{èmes} Journées Franco-Allemandes*, cit., 44, il quale ritiene positivo mantenere una certa flessibilità nelle relazioni commerciali.

³⁰ Sul punto, v. ancora B. FAGES, *op. ult. cit.*, 45. In base agli indirizzi della *Cour de cassation*, l'estensione dell'obbligazione risarcitoria risultava controversa.

³¹ O. DESHAYES, *La formation des contrats*, cit., 6; ID., T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 106 s.

³² Cfr. PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., 241, i quali sottolineano come la giurisprudenza ritenga applicabile la disciplina generale della responsabilità extracontrattuale. Non sussiste pertanto ragione per limitare il risarcimento al valore dell'interesse negativo.

³³ O. DESHAYES, *La formation des contrats*, cit., 6.

³⁴ In questo senso, ancora O. DESHAYES, *op. ult. cit.*, 7: «Traiter la révocation de l'offre comme une simple rupture des pourparlers revient tout simplement à nier l'obligation de maintien de l'offre, pourtant explicitement consacrée par l'article 1116»; ID., T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 106 s.; *contra*, FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1, *Contrat et engagement unilatéral*, cit., 303, la quale discorre di una «obligation de maintenir l'offre».

³⁵ Sulla base degli orientamenti giurisprudenziali della *Cour de Cassation*, v. D. HENRICH, *Unwiderrufliches Angebot und Optionsvertrag. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.M. MEINCKE (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, 209.



forme rispetto alla CISG e alle normative modello³⁶. Nel bilanciamento tra gli interessi delle parti, il risarcimento del danno limitato all'interesse negativo è stato ritenuto una sanzione eccessivamente tenue che sfavorisce l'oblato³⁷.

Come si vedrà, tali profili di criticità attengono però soltanto alla quantificazione del risarcimento del danno. La fattispecie della «revoca illecita» configura con certezza la responsabilità in capo al soggetto che esercita la revoca della proposta prima del termine ragionevole o del termine prestabilito. A questo indubbio vantaggio, che dovrebbe ridurre la difficoltà nel valutare la sussistenza di una responsabilità in capo al proponente, si lega al timore relativo a una eccessiva estensione dell'area della responsabilità precontrattuale.

Con riguardo a quest'ultima problematica risulta d'interesse un confronto con l'esperienza giuridica tedesca, in cui la proposta contrattuale ha carattere irrevocabile (§ 145 BGB). Si tratta di uno dei pochi casi di mancata recezione del modello di disciplina privilegiato dalla pandettistica³⁸. I motivi della deviazione vennero esposti da Franz Philipp v. Kübel nel corso dei lavori della prima commissione, il 17 ottobre 1877, in cui egli presentò un progetto dal titolo enfatico «La promessa unilaterale come fondamento dell'obbligo di mantenere la parola (proposta contrattuale)»³⁹. Ad avviso dell'autore, le moderne esigenze dei traffici commerciali richiedevano al diritto civile di obbligare le persone a mantenere la parola data, mediante una proposta irrevocabile⁴⁰. Nel corso dei lavori si suggerì anche una soluzione intermedia, in base alla quale l'obbligo di mantenere la parola sarebbe dovuto sussistere soltanto ove il proponente avesse indicato un termine entro il quale accettare l'offerta⁴¹. Tuttavia, prevalse la tesi più estrema dell'irrevocabilità e le ragioni della scelta furono principalmente due. Anzitutto, la sicurezza dei traffici rendeva necessario che le proposte contrattuali godessero di una certa stabilità⁴². Inoltre, le regole del costume imponevano di tutelare l'affidamento dell'altra parte di poter concludere il contratto accettando la proposta entro un determinato termine⁴³.

In questo quadro, il riconoscimento di una pretesa risarcitoria in favore dell'oblato, basata sulla dottrina

³⁶ Per un confronto v. M. MIGNOT, *L'offre et l'acceptation*, in C. JOURDAIN-FORTIER, M. MIGNOT (sous la direction de), *Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international*, Paris, 2016, 81 ss.

³⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 107 s.

³⁸ Così P. OESTMANN, §§ 145–156. *Vertragsschluß*, in M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, I, Tübingen, 2003, 847.

³⁹ F. PH. VON KÜBEL, *Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zum Worthalten (Vertragsantrag)*, in W. SCHUBERT (Hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, II, 3, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin-New York, 1980, 1145 ss.

⁴⁰ In proposito, nel diciannovesimo secolo, tra i giuristi tedeschi era molto in voga il proverbio «Ein Mann, ein Wort!»: J. HAAS, *Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis*, Berlin, 2010, 19.

⁴¹ Cfr. H. H. JAKOBS, W. SCHUBERT (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, II, Berlin-New York, 1985, 782 ss.

⁴² V. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, I, *Allgemeiner Theil*, Berlin-Leipzig, 1888, 165: «Die Gebundenheit des Antragenden ist ein Bedürfnis des Verkehrs». Nella nostra dottrina, v. P. CESARINI, *Contratti fra persone lontane*, Milano, 1920, 127: «la serietà, la celerità [...], lo *spiritus vivicans commercii*, non possono ammettere, che si faccia perdere del tempo a una persona, e si possa poi impunemente venire a dire: “scusate il disturbo, ho cambiato idea!”. è perciò che per le altre legislazioni, come la tedesca, la semplice proposta obbliga il proponente».

⁴³ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, loc. cit. In tempi recenti, v. C. HERRESTHAL, *Offer and Acceptance – Other Forms of Manifestation of Consent under the German Civil Code*, in R. SCHULZE, M. PILAR PERALES VISCASILLAS (eds.), *The Formation of Contract*, Baden-Baden, 2016, spec. 113, e, da una prospettiva più ampia, estesa in termini generali alle dichiarazioni di volontà, R. SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, München, 1995, 25 ss.



della *culpa in contrahendo*, pur essendo all'epoca considerata la soluzione maggioritaria⁴⁴, non venne ritenuta accettabile. Motivi di ordine economico, connessi a interessi del mercato e dei contraenti, si ponevano in contrasto con questa forma di tutela dell'affidamento. Se un commerciante ordina merce, accettando un'altrui proposta, e la rivende immediatamente a un terzo, il risarcimento del danno non costituisce una misura di protezione sufficiente per l'oblato. Avendo quest'ultimo interesse a eseguire la prestazione nei confronti del terzo, è necessario che il primo venditore sia vincolato alla proposta⁴⁵. A questo semplice esempio si associava l'osservazione di carattere generale, secondo cui la liquidazione in sede processuale del risarcimento del danno in favore degli oblato avrebbe determinato lungaggini e notevoli costi a carico della società⁴⁶. All'affermazione che l'oblato avrebbe potuto speculare su mutamenti successivi alla ricezione della proposta, tali da rendere più conveniente la stipulazione del contratto, si obiettava che il proponente avrebbe avuto la facoltà di eliminare il potenziale effetto negativo riservandosi il potere di revocare o attribuendo all'oblato un termine breve per l'accettazione della proposta⁴⁷.

Il tempo dirà se la nuova disciplina dell'art. 1116 *Code civil* determinerà un pregiudizievole incremento del contenzioso. Nei primi anni dall'entrata in vigore non si riscontra ancora casistica in argomento. Ciò potrebbe dipendere dalla misura esigua del risarcimento e dalle difficoltà di ordine probatorio che normalmente caratterizzano le pretese del soggetto danneggiato.

5. – La soluzione francese potrebbe ispirare il legislatore italiano o, in ogni caso, la nostra giurisprudenza sotto due distinti profili. In primo luogo, per quanto attiene al problema del carattere recettizio o non recettizio della revoca della proposta contrattuale. In secondo luogo, con riguardo alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo al soggetto che abbia revocato la proposta contrattuale.

La questione del carattere recettizio della revoca della proposta è da lungo tempo dibattuta in dottrina⁴⁸. Non si rinvencono numerose sentenze della Cassazione in argomento, ma da ultimo in sede di legittimità ha prevalso l'orientamento che nega il carattere recettizio della revoca della proposta⁴⁹.

Il riferimento è a Cass. n. 7543/2016⁵⁰, secondo cui l'art. 1328 cod. civ. contiene due regole diverse per la

⁴⁴ Un accenno alla revoca della proposta si rinviene già in R. JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4, 1861, 49, nt. 50.

⁴⁵ F.P.H. V. KÜBEL, *Das einseitige Versprechen*, cit., 1151 s. Il testo è ripreso quasi letteralmente nei *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., 165 s.

⁴⁶ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., 166.

⁴⁷ *Ibidem*. Inoltre, secondo autorevole dottrina, un sopravvenuto mutamento delle circostanze, che alteri in modo significativo l'equilibrio dello scambio, legittima il proponente ad esercitare la revoca.

⁴⁸ V. per tutti A.M. BENEDETTI, F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1293 ss.; U. SALANITRO, *Ritorno a Gorla. Revoca della proposta e risarcimento del danno*, in *AdC*, 2016, Torino, 2017, 127ss., e ivi i riferimenti indicati.

⁴⁹ V. ancora A.M. BENEDETTI, F.P. PATTI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ Cass. civ., 15 aprile 2016, n. 7543. In senso contrario, v. Cass. civ., 16 maggio 2000, n. 6323, con nota di A.M. BENEDETTI, *La revoca della proposta tra spedizione e ricezione: la Cassazione cambia rotta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 370 e in *Foro it.*, 2001, c. 227, con nota di R. Pardolesi. In prospettiva prevalentemente storica, v. anche A.M. BENEDETTI, *Ancora sulla revoca della proposta: divagazioni tra storia e comparazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 115 ss. Nel *common law* inglese, ove con riguardo all'accettazione si segue la c.d. «postal rule», secondo cui il contratto tra persone distanti si considera concluso nel momento in cui l'accettazione è stata spedita, alla revoca della proposta è attribuito carattere recettizio fin dal leading case *Byrne & Co. v. Leon Van Tienhoven & Co.* (1880) 5 CPD 344. La regola giurisprudenziale del diritto inglese è riassunta nei ter-



revoca della proposta e dell'accettazione: la prima è possibile «fino a che il contratto non sia concluso», la seconda è possibile purché giunga «a conoscenza del proponente prima dell'accettazione». Quindi, «per la revoca della proposta vale la regola della “spedizione” e non quella della “ricezione”». Ad avviso dei giudici di legittimità, gli artt. 1334 e 1335 cod. civ. non incidono sulla soluzione del problema, nonostante queste disposizioni chiaramente assegnino natura recettizia agli atti unilaterali e alla loro revoca.

La Cassazione, in modo piuttosto sorprendente, afferma altresì che «la revoca della proposta, pur atto recettizio, «opera con effetto retroattivo fin dal momento della sua emissione, e, correlativamente, da tale momento sospende l'efficacia dell'accettazione che nel frattempo dovesse pervenire al proponente». La revoca della proposta sarebbe un atto recettizio «attenuato», proprio per la formula dell'art. 1328 cod. civ., in cui le due revoche sono disciplinate in modo diverso; la revoca della proposta estingue, con effetto dall'emissione, il potere di accettare sorto in capo all'oblato con la ricezione della proposta.

Le discussioni della dottrina francese e la formulazione della nuova disciplina inducono a ritenere che gli argomenti utilizzati dalla Corte di Cassazione non siano decisivi, in quanto alla revoca illecita è attribuito carattere recettizio, diversamente rispetto al caso della revoca lecita che attiene soltanto alle ipotesi (di rara verifica) l'offerta non è ancora pervenuta al destinatario. Se la revoca è esercitata prima dell'arrivo della proposta, quest'ultima è priva di effetti e non si configura neppure un diritto all'indennizzo o al risarcimento da parte del soggetto che avrebbe accettato l'offerta.

La seconda questione di rilievo nel confronto con il nostro ordinamento riguarda i rapporti con la disciplina della responsabilità precontrattuale. La disciplina francese si presenta in parte diversa rispetto a quella italiana, contenuta nell'art. 1328, comma 1, cod. civ., secondo cui il proponente è tenuto a pagare un indennizzo nel caso in cui l'accettante abbia intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca. Ad avviso della tesi maggioritaria, si tratterebbe di una ipotesi particolare di responsabilità di tipo oggettivo da atto lecito, limitata all'obbligo di risarcire l'oblato delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto⁵¹. Ciò peraltro non esclude la possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 1337 cod. civ. ove ne ricorrano i presupposti.

In base al nuovo diritto francese, la revoca di cui all'art. 1116 *Code civil* è da considerare in ogni caso «fautive» e dovrebbe quindi di per sé, senza ulteriori oneri probatori, determinare una obbligazione risarcitoria nei confronti dell'oblato, pari all'interesse negativo, a prescindere dall'avvenuto inizio dell'esecuzione della prestazione. La norma francese sembra assicurare condizioni più favorevoli per l'oblato e un ristoro più esteso rispetto alle voci che formano l'indennizzo, ai sensi dell'art. 1328 cod. civ.

Un avvicinamento alla soluzione francese potrebbe discendere da una interpretazione evolutiva degli artt. 1328, comma 1, e 1337 cod. civ. nel senso di applicare la prima norma soltanto nei casi in cui la revoca sia

mini che seguono da A. BURROWS (assisted by an Advisory Group of Academics, Judges and Practitioners), *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016, «The revocation of an offer, even one made by post, must generally be communicated to (that is, received by) the offeree; but the revocation may be communicated by a third party rather than by the offeror» (Sezione 7(16)).

⁵¹ Cfr. G. GORLA, *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, cit., 256; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, 205: «Si tratta piuttosto di un'ipotesi di responsabilità per atto lecito che realizza un contemperamento tra l'interesse alla revoca della proposta (tutelato direttamente) e l'interesse dell'oblato a dare inizio all'esecuzione del contratto dopo l'accettazione»; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2a ed., Milano, 2011, 146 s.; nell'ambito di una trattazione dedicata alla responsabilità precontrattuale, G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 37 ss. Da una prospettiva diversa, già G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 229 ss., spec. 238-240.



JUS CIVILE

giustificata (e, dunque, lecita) e riconoscere la sussistenza di responsabilità precontrattuale in ogni altra ipotesi di revoca esercitata entro il termine stabilito dall'art. 1326, comma 2, cod. civ. Nel nostro ordinamento, l'ambito applicativo della responsabilità precontrattuale riguarda certamente la fase della formazione del contratto e appare condivisibile, in considerazione degli orientamenti giurisprudenziali degli ultimi anni⁵², che in presenza di una proposta contrattuale – in senso tecnico – si generi un affidamento tutelabile in capo all'oblato.

⁵² In recenti sentenze di legittimità si afferma che «per ritenere integrata la responsabilità precontrattuale occorre che tra le parti siano in corso trattative; che queste siano giunte ad uno stadio idoneo ad ingenerare, nella parte che invoca l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto»: così Cass. 15 aprile 2016, n. 7545, in *Rep. Foro. it.*, 2016, voce *Contratto in genere*, n. 369. Nello stesso senso, Cass. 10 marzo 2016, n. 4718, n. 380; Cass. 29 marzo 2007, n. 7768, *ivi*, 2007, voce cit., n. 389. In effetti, posto che la proposta contrattuale costituisce in genere la fase più avanzata di una trattativa appare in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale ricordato non tutelare l'affidamento dell'oblato in caso di revoca della proposta.



TOMMASO PELLEGRINI

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi Roma Tre

IL RIMEDIO DELLA SOSTITUZIONE DEL DEBITORE E LA CONVERSIONE IN DENARO DELLA PRESTAZIONE *

SOMMARIO: 1. Il nuovo art. 1222 e il vecchio art. 1144 del codice civile francese. Introduzione al rapporto con il risarcimento del danno. – 2. L'art. 2931 del codice civile italiano e la differenza con il vecchio art. 1144 francese. Sviluppo del rapporto con il risarcimento del danno. – 3. Conversione in denaro della prestazione e dovere di tollerare l'inadempimento. – 4. Segue. Interferenze tra sostituzione del debitore e risoluzione per inadempimento. – 5. Il nuovo art. 1222 francese e il sistema italiano.

1. – Nel codice francese riformato l'art 1222 è la seconda delle due norme che compongono la sottosezione nominata “esecuzione forzata in natura” e si occupa della *faculté de remplacement*, ossia la possibilità riconosciuta al creditore di reperire la prestazione che gli era dovuta sul mercato per poi farsi rimborsare la spesa dal debitore inadempiente¹. La differenza rispetto alla disciplina del vecchio art. 1144 abr. è che dove prima serviva l'autorizzazione del giudice ora basta una messa in mora². Il creditore mette in mora il debitore e decorso il termine è libero di trovare altrove la prestazione dovuta. Dal meccanismo viene tolto il giudice.

È dunque facile inquadrare la modifica nell'obiettivo complessivo di de-giuridicizzare i traffici economici³, limitare quanto più possibile l'intermediazione dei tribunali nella circolazione della ricchezza.

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ Questo il testo: [primo comma] «Dopo la messa in mora, il creditore può altresì [ossia oltre l'azione di adempimento del precedente art. 1221], entro un termine ragionevole e a costi ragionevoli, far eseguire lui stesso l'obbligazione ovvero, previa autorizzazione del giudice, distruggere quanto fatto in violazione di essa. Può chiedere al debitore il rimborso delle somme impegnate a tal fine. [Secondo comma] Può anche chiedere in giudizio che il debitore anticipi le somme necessarie per questa esecuzione o per questa distruzione». Nel proseguo non mi occuperò del diverso regime che governa la distruzione di quanto fatto in violazione dell'obbligazione, mentre due cenni all'anticipo del denaro previsto da questo secondo comma si troveranno *infra* note 8 e 92.

² *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*: «l'article 1222 facilite la faculté de remplacement par le créancier lui-même, puisqu'il supprime l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable pour faire procéder à l'exécution de l'obligation».

³ M. FAURE-ABBAD, *Article 1222: la faculté de remplacement*, in *RDC*, 2016, 784; D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, in *RDC*, 2016, 353 ss. e spec. par. 28-29; ID. *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 2482; M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, in *RDC*, 2016, 400 ss.; L. BOTTIN, *La sanction de l'inexécution après la réforme du droit des contrats*, Paris, 2020, 41; Y-M. LAITHIER, O. DESHAYES, T. GENICON, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, Paris, 2016, 490-491; cfr. anche D.



za⁴. È possibile isolare due linee tecniche di questa de-giuricidizzazione: l'introduzione di vincoli procedurali e la traslazione del controllo giudiziale dal prima al dopo la modifica del mondo inscritta nel credito. Il controllo non avviene più *ex ante* in sede di attuazione del diritto del creditore, ma *ex post* in sede di opposizione del debitore alla soddisfazione stragiudiziale del creditore. Il risultato è una inversione dell'onere del processo⁵.

Per quanto il *Rapport au Président* descriva precisamente uno slittamento del controllo giudiziale rispetto alla disciplina abrogata⁶, la perdita dell'autorizzazione del giudice potrebbe non inverare alcuna inversione dell'onere del processo⁷. In caso di perdurante mancata collaborazione del debitore – prima nel fornire la prestazione, ora nel rimborsare le spese – sarà sempre il creditore a doversi rivolgere al giudice che avrà così modo controllare la legittimità della pretesa. Il controllo giudiziale interviene prima della modifica della situazione sostanziale del debitore e si atteggia perciò a controllo *ex ante* e non *ex post*⁸. Ed è un controllo *ex ante* che verte sull'*an* e sul *quantum* (sottoforma di giudizio sulla ragionevolezza della spesa) della pretesa non ben distinguibile da quello disegnato dalla disciplina del risarcimento del danno da inadempimento di cui ricalca l'onere probatorio (nostri artt. 1218 e 1223 cod. civ.).

Colgo così l'occasione per introdurre il secolare dibattito che interessa il rimedio in parola: quale è il suo

PLANTAMP, *Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale*, in *Recueil Dalloz*, 2010, 247 e per la letteratura italiana v. F. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, in *Giur. it.*, 2018, 1281.

⁴Tale disintermediazione è guardata con tendenziale favore, rafforza il credito velocizzando la sua soddisfazione. Analoga linea si registra in Italia in particolare sul tema delle garanzie del credito (v. da ultimo V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020, *passim*, ma v. 17 ss.). Si è parlato di «effettività in-vece del processo»: A. ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 679 (pubblicato anche in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto*, a cura di G. GRISI, Napoli, 2019). Nel mirino c'è il “monopolio statutale sull'esecuzione”, autoritarismo accentrato in mano pubblica, agli antipodi del quale si colloca il rischio di un autoritarismo privato diffuso che si proietta nel momento più delicato delle vicende economiche individuali, quello in cui il patrimonio del debitore viene aggredito e con esso la sua condizione materiale di vita. Cfr. V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., 20: «intorno agli spazi di autonomia privata nella tutela del credito si agita un problema di ripartizione del potere; per di più, sul confine del baluardo ultimo e supremo che è il monopolio statutale dell'uso della forza».

⁵Cfr., tra gli altri, V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., *passim* e spec. 31.

⁶*Rapport au Président*, cit.: «Le contrôle du juge n'intervenant qu'a posteriori en cas de refus du débiteur de payer ou de contestation de celui-ci». Cfr. M. FAURE-ABBAD, *Article 1222: la faculté de remplacement*, cit., 789.

⁷Cfr. la «déjudiciarisation limitée» che si legge in: H. BOUCARD, *Les sanction de l'inexécution contractuelle, de l'art de faire du neuf avec du vieux, et réciproquement*, in *La réforme du droit français des contrats*, dir. par B. Fauvarque-Cosson, G. Wicker, Paris, 2019, 165. L'idea contraria a quella presentata nel testo si legge in D. MAZEAUD, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, cit., 2482. In questo stesso solco v. la modifica all'art. 1222 proposta da C. GRIMALDI, *Proposition de modification de l'article 1222 du Code civil: l'exécution aux frais du débiteur*, in *RDC*, 2017, 192 che ben vedrebbe il ritorno all'autorizzazione giudiziale in caso di esplicito rifiuto del debitore di procedere all'esecuzione là dove tale rifiuto sia motivato da una dichiarata sproporzione tra costo di esecuzione e interesse del creditore (*ex art.* 1221). La proposta sembra in bilico tra due diverse esigenze: armonizzare gli artt. 1221 e 1222 e garantire la tutela del legittimo rifiuto del debitore. L'ordine di idee proposto nel testo porta a sminuire questa seconda esigenza. Il debitore vede tutelata la sua posizione in sede di (negata) condanna al rimborso delle spese, nella stessa identica forma con cui sarebbe tutelato dalla (negata) autorizzazione giudiziale alla sostituzione.

⁸Il quadro può dirsi confermato dal secondo comma dell'art. 1222 a mente del quale, là dove il creditore volesse obbligare il debitore ad anticipargli le spese per la sostituzione, così determinando una modifica nella situazione sostanziale di quest'ultimo, il passaggio giudiziale resta imprescindibile. Potrebbe essere obiettato che, richiesta di anticipo o meno, la situazione del debitore è comunque cambiata essendo in entrambi i casi convertito in denaro l'oggetto della sua prestazione. È pertanto bene precisare che in caso di sostituzione tramite intimazione ad adempiere (messa in mora) non si assiste all'automatica conversione dell'obbligazione – cosa che invece avviene con la richiesta *giudiziale* dell'anticipo – poiché al debitore che voglia contestare la trasformazione (vuoi perché l'inadempimento non c'è stato o era scusabile, il termine concessogli irragionevolmente breve o la spesa di rimpiazzo irragionevolmente alta) basterebbe restare inerte e aspettare che, su domanda del creditore, un giudice accerti la (non) legittimità della pretesa cui si oppone. In altre parole bisogna osservare che quando vi è la necessità di mettere effettivamente la mano nel patrimonio del debitore (modificandone la sostanza) serve sempre un giudice, e si mette effettivamente questa mano solo in caso di condanna alle spese già sostenute o al loro anticipo. In entrambi questi casi, dunque, il giudice controllerà la pretesa del creditore prima che la modifica si compia, ed è per questo che definisco tale controllo *ex ante*.



JUS CIVILE

rapporto con il risarcimento del danno?⁹. Entrambi i rimedi convertono in obbligazione pecuniaria un'obbligazione diversa; tornare sul mercato per trovare la prestazione alternativa può poi considerarsi una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento alla luce del fatto che il contenuto minimo del risarcimento – risarcimento sostitutivo della prestazione, c.d. *aestimatio rei* – si quantifica proprio con il valore di mercato della prestazione inadempita. Tale vicinanza apre all'interrogativo: perché il creditore dovrebbe scegliere il rimedio della sostituzione del debitore laddove potrebbe ottenere la stessa somma di denaro *semplicemente* domandando il risarcimento?

Questo 'semplicemente' balza agli occhi pensando alla vecchia disciplina dell'art. 1144. Nel meccanismo lì disegnato il creditore doveva, in ipotesi, bussare due volte alla porta di un giudice, la prima volta per farsi autorizzare alla sostituzione del debitore, la seconda per veder condannare quest'ultimo al rimborso delle spese sostenute. Il risarcimento si compone solo di questo secondo momento e dunque appare come la via più breve per raggiungere il risultato. Al posto di chiedere l'autorizzazione dell'art. 1144, il creditore chiede al giudice – a titolo di risarcimento – direttamente la somma di denaro necessaria allo scopo di sostituire il debitore, ossia il valore di mercato della prestazione.

Come si vedrà, nulla sembra contraddire questo quadro per il sistema italiano, salvo un argomento che sarà esemplificato nella posizione di Domenico Rubino sull'appalto¹⁰. In Francia tale quadro mi pare invece trovi una conferma indiretta nella nuova coerenza che con la riforma è stata data tra il risarcimento e la sostituzione: per la sostituzione serve ora la semplice messa in mora (intimazione ad adempiere) ed è la stessa messa in mora che serve per ottenere il risarcimento ai sensi dell'art. 1231¹¹. In Italia la distanza tra i due rimedi è apparentemente, invece, ben più significativa, e dunque – in un ordine di idee suggerito da più parti –

⁹ Disputa che affonda le sue radici probabilmente nell'idea che le obbligazioni di fare trovino esclusiva tutela nel risarcimento per equivalente, secondo la nota e controversa impostazione al tempo portata con forza da S. SATTA, *L'esecuzione forzata*⁴, Torino, 1963, 18. Idea che si trova come noto in Pothier sebbene anche lì contraddetta sul tema delle obbligazioni negative come segnala G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, 19 (stesso rilievo in P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, in *Le sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, dir. par M. Fontaine, G. Viney, Bruxelles-Paris, 2001, 249, nota 178). Resiste poi per lungo tempo l'opinione che la sostituzione non sia altro che un risarcimento quantificato a posteriori e dunque più esatto rispetto al suo equivalente determinato *ex ante* (così, al tempo, M.L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1862, I, 369, n. 3). Per un'introduzione al tema v., tra gli altri, il menzionato G. BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 54 ss.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 133; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 36; G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*⁴, Torino, 2020, 73 ss. Per la dottrina francese v. Y.M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2004, 76 ss. e spec. 83 che offre una panoramica delle ricostruzioni d'oltralpe tra le quali merita d'essere menzionata quella della *qualification mixte*, ossia, nella sintesi di Laithier: «exécution en nature pour le créancier, exécution par équivalent pour le débiteur». Per la dottrina francese v. anche (il belga) P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, cit., 248 ss.; G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, in *Le sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, cit., 188 ss. e spec. 192 ss. e 200 ss.; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², *Traité de droit civil*, Paris, 2001, 51; V. FORTI, *L'exécution en nature*, in *Répertoire de droit civil*, Paris, 2016, par. 105. Tornerò diffusamente nel testo sul rapporto tra la sostituzione del debitore e il risarcimento per poi fermare uno spunto di soluzione – ma giusto di uno spunto si tratta – all'ultima nota di queste pagine (*infra* nota 92).

¹⁰ *Infra* par. 3. Il quadro appare contraddetto anche da quelle ricostruzioni che non ritengono il semplice ritardo sufficiente per accedere al risarcimento sostitutivo della prestazione (v. ad es. G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, II, a cura di F. RUSCELLO, Napoli, 2009, 115 ss.). V. *infra* note 87 e 88. Prenderò a contraddittore Domenico Rubino poiché nelle sue pagine è centrale l'art. 2931 cod. civ., ossia proprio la forma che – si vedrà a breve – potrebbe aver assunto nel nostro sistema la *faculté de remplacement*.

¹¹ A mente del quale «salvo che l'inadempimento sia definitivo, il risarcimento è dovuto solo se il debitore è stato preventivamente diffidato ad adempiere [*mis en demeure*] entro un termine ragionevole». Cfr. H. BOUCARD, *Responsabilité contractuelle*, Paris, 2019, 154 ss.



l'illogicità d'un creditore che preferisca la sostituzione al risarcimento appare ancora più marcata¹²: da un lato il risarcimento non è vincolato alla messa in mora¹³, ed è dunque più libero e rapido dell'omologo francese, dall'altro la sostituzione del debitore è sottoposta ad un meccanismo più complesso della semplice autorizzazione (art. 2931 cod. civ.), ed è dunque meno libero e rapido dello stesso meccanismo francese pre-riforma, e a maggior ragione di quello post-riforma.

2. – È utile muovere dall'idea che il nostro art. 2931 cod. civ. – «se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile» – corrisponda in qualche modo al vecchio 1144 francese¹⁴. Una pagina di Vittorio Polacco testimonia la trasformazione di quest'ultimo nel primo¹⁵. Fosse effettivamente così sarebbe agevole concludere che l'eventuale recepimento nel nostro ordinamento di questo nuovo art. 1222 liberi la soddisfazione del creditore non da uno, ma da due giudici. Rispetto al modello francese, il meccanismo italiano si differenzia infatti per un dettaglio significativo sintetizzato in un semplice mutamento di vocabolo: in Francia il giudice *autorizzava* la sostituzione del debitore, in Italia invece il creditore *può ottenere* che l'adempimento sia dato a spese del debitore¹⁶. Il cambio di formula si deve al rinvio che il nostro art. 2931 cod. civ. fa al codice di procedura ed in particolare all'art. 612 cod. proc. civ. dove si legge di un giudice dell'esecuzione che – sentita la parte obbligata – decide la modalità e i soggetti chiamati a sostituirsi al debitore. In Francia, invece, ex art. 1144 abr., nulla impediva che fosse lo stesso creditore a scegliere modalità e soggetti¹⁷. E così in Francia il creditore veniva *autorizzato*, mentre in Italia gli viene chiesto di aspettare che il giudice della cognizione e quello dell'esecuzione si adoperino per *fargli ottenere* la prestazione¹⁸. Alla luce di tale itinerario si affaccia

¹² S. SATTA, *L'esecuzione forzata*⁴, cit., 273: «a nessuno salterebbe in mente di pensare che se un pittore mi ha promesso di dipingere un quadro o un operaio di compiere un certo lavoro io possa cercare nell'esecuzione forzata il rimedio contro l'inadempimento. Se sarà possibile io farò dipingere il quadro da un altro pittore, o farò fare il lavoro da un altro operaio, e mi rivolgerò all'inadempiente per le maggiori spese per il risarcimento». Cfr. G. BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 109. È in tale ordine di idee che si muove P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 60 là dove scrive che rispetto l'art. 2931 cod. civ.: «è più semplice per l'avente diritto chiedere la condanna al pagamento di un'adeguata somma di denaro, che potrà poi utilizzare per l'esecuzione dell'opera».

¹³ G. GRISI, *La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.* 2010, 73: «né nell'art. 1223 cod. civ., né in altra disposizione [è] espressamente prevista una regola tanto rilevante», v. però nello stesso testo le pp. 78 ss. e *infra* nota 88.

¹⁴ F.D. BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Della tutela dei diritti*², a cura di L. BIGLIAZZI GERI, D.D. BUSNELLI, R. ROMEO, Torino, 1980, 358 che, deve essere precisato, prende come riferimento l'art. 1220 del codice del 1865 corrispondente al vecchio art. 1144 francese.

¹⁵ V. POLACCO, *Le obbligazioni*, Roma, 1915, 566-567.

¹⁶ Cfr. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 31.

¹⁷ Cfr. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 53; P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, cit., 250-251.

¹⁸ Cfr. S. SATTA, *L'esecuzione forzata*⁴, cit., 273; F.D. BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, cit., 358; S. MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2020, 584 ss. e 591 ss. Il legislatore italiano del '42 potrebbe dunque aver superato il suo modello francese in diffidenza nei confronti d'una esecuzione lasciata ai privati. V. F. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, cit., 1283 che parla di una «scelta di giurisdizionalizzare l'esecuzione forzata, abbandonando il modello francese dell'attuazione del diritto sotto controllo giudiziale per affidare la realizzazione forzata dei diritti all'ufficio del giudice, come sancito dagli artt. 2910 e segg. cod. civ., in ossequio al principio del monopolio statale della giurisdizione». Torna così il tema del «monopolio statale sulla esecuzione» (v. sopra nota n. 4) a sua volta espressione di quello stato forte che ritiene di dovere – e dunque anche di potere – mediare da vicino i conflitti tra privati. L'esecuzione presuppone un inadempimento e perciò una situazione già conflittuale tra le parti, lo Stato nel '42, in quest'ottica, sembra dire al creditore di mettersi da parte e



l'ipotesi che una disposizione analoga a questo nuovo art. 1222 francese, nel nostro ordinamento, finirebbe per togliere i due giudici che 'fanno ottenere' così come raggiunge l'effetto di togliere l'unico giudice che in Francia 'autorizzava'.

Il panorama è però ben più complicato e intercetta punti nebulosi del sistema nostrano. Pensare questo nuovo art. 1222 francese operativo nel nostro ordinamento appare un esperimento mentale in grado di porre in evidenza tali punti oscuri e indagare questioni rilevanti come – ad esempio e per anticipare un tema su cui avrò modo di soffermarmi – l'esistenza o meno di un dovere del creditore di tollerare l'inadempimento.

Il discorso può cominciare rilevando altre due differenze del sistema italiano rispetto al modello francese: la prima è il dovere di mitigare il danno *ex art. 1227 cod. civ.*¹⁹; la seconda è la disciplina della compravendita in danno *ex artt. 1515 ss.* Questi due temi incidono direttamente sul nostro come prova il fatto che grosso-modo incarnano le due eccezioni che furono configurate in Francia in riferimento all'operatività dell'art. 1144 *abr.* L'autorizzazione giudiziale alla sostituzione del debitore non serve, si diceva in Francia, in due casi: l'urgenza²⁰ e i rapporti commerciali²¹. L'urgenza si sovrappone praticamente al nostro dovere di minimizzare il danno, sebbene in Italia salti all'evidenza che il creditore, in determinati casi, non solo può sostituire il debitore senza passare per l'art. 2931 *cod. civ.*, ma addirittura deve (o ha l'onere di)²². Più significativa è però la disciplina degli artt. 1515 *ss.* che ricalca – ma modifica profondamente – quella che in Francia appare come l'eccezione dei rapporti commerciali²³. Ricordo che la disciplina degli artt. 1515 *ss.* non deriva dal codice civile del 1865 (e dunque da quello francese del 1804), ma da quello di commercio del 1882 (art. 68)²⁴. La natura del rimedio è però cambiata nel trasferimento di sede. Quella che era una disciplina speciale dei rapporti commerciali – come, ripeto, è tutt'ora in Francia – diventa una disciplina generale del più importante tipo contrattuale, la vendita.

Eccoci all'alternativa: il nuovo art. 1222 potrebbe non comportare in Italia una modifica alla disciplina

lasciar fare al giudice. Anticipo che, come a breve si comincerà a sostenere nel testo, la questione è più complessa poiché al netto di possibili e fondate indagini sulla reale intenzione del legislatore del '42, l'art. 2931 *cod. civ.* mi pare abbia acquistato un significato ben distante dal suo precedente francese dell'art. 1144. V. *infra* spec. par. 3.

¹⁹ Per l'introduzione di tale dovere nel sistema francese v. l'art. 1263 del *Projet de réforme de la responsabilité civile* del 13 marzo 2017 e l'inquadramento di tale disposizione che si trova in A. CINQUE, *Il concorso del fatto colposo del creditore*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 149 *ss.*

²⁰ *Civ.*, 2 luglio 1945, D. 1946. 4, in *RTDciv.* 1946. 39, *os.* J. CARBONNIER; *Civ.* 7 dicembre 1951, D. 1952. 144; L. BOTTIN, *La sanction de l'inexécution après la réforme du droit des contrats*, cit., 40; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 50. Per il diritto belga P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, cit., 258. La condizione relativa all'urgenza è verificata a posteriori dal giudice quando è chiamato a condannare il debitore inadempiente alle spese di sostituzione.

²¹ V. ad es. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 50; G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, cit., 191; V. FORTI, *L'exécution en nature*, cit., par. 100. Per un'indagine centrata sulla facoltà di rimpiazzo nella vendita commerciale v. D. PLANTAMP, *Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale*, cit., 243 *ss.* Per il diritto belga v. P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, cit., 257. È lungo tale direttrice che il nuovo art. 1222 può dirsi ispirato a meccanismi consacrati dal diritto commerciale: L. BOTTIN, *La sanction de l'inexécution après la réforme du droit des contrats*, cit., 39-40; D. Mazeaud, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, cit., 2482.

²² Cfr. P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, cit., 260. Quanto nel testo viene confermato in riferimento ai Principi Unidroit da S. EBERHARD, *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*, Lausanne, 2005, 217-218. Sottolinea che nell'art. 1222 francese non sia iscritto un dovere di mitigare il danno Y.M. LAITHIER, *Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles*, in *La semaine juridique*, Supplément au n. 21, 2015, 53.

²³ Cfr. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 50.

²⁴ Per i tratti essenziali di tale vicenda storica v. L. FOLLIERI, *La compravendita in danno*, in *Obb. e contr.* 2012, 125 *ss.*



inscritta nell'art. 2931 cod. civ., ma una generalizzazione di quella degli art. 1515 ss. Se la riforma francese non facesse altro che assecondare la medesima linea che troviamo agli art. 1515 ss., ebbene ci troveremmo dinnanzi a ciò che in Italia prese al tempo il nome di “commercializzazione del diritto civile”. Osservazione ben più importante: se così fosse nel sistema italiano potrebbe cambiare poco, essendo ben sedimentata l'idea – perlomeno in giurisprudenza, in dottrina troviamo la posizione che esemplificherò con il menzionato Rubino – che il «principio di cui è espressione» tale disciplina sia assolutamente generalizzabile²⁵.

Spiego questo ‘principio’ prendendo la compera in danno che – al contrario della vendita in danno – è precisamente un'ipotesi di adempimento a spese del debitore inadempiente²⁶, una *faculté de remplacement* e, in quanto tale, di riflesso dal secolare dibattito menzionato in apertura, vede la sua natura discussa tra attuazione dell'obbligazione e risarcimento del danno²⁷. L'art. 1516 cod. civ. prevede un limite di operatività e un vincolo procedimentale (che fece guadagnare al meccanismo la qualifica di «esercizio controllato del diritto»²⁸): può riguardare solo beni mobili aventi un prezzo di mercato *ex art.* 1515 cod. civ. e deve essere fatta da persone determinate (ufficiale giudiziario, commissario nominato dal tribunale e, *ex art.* 83 disp. att., agenti di cambio e mediatori iscritti in apposito albo). Fuori dalla condizione d'operatività o là dove non volesse sottomettersi al menzionato vincolo procedimentale, il creditore appare comunque libero di procedere da sé alla compera salvo poi farsi rimborsare tale somma a titolo di risarcimento. La giurisprudenza sul punto sembra pacifica²⁹ e questo è il nucleo operativo della compera in danno, ossia l'espressione del “principio” detto sopra. Che questo nucleo possa prendere la forma del classico danno contrattuale *ex art.* 1223 cod. civ. spiega lo scarso utilizzo del preciso meccanismo dell'art. 1516 cod. civ. testimoniato dai pochi precedenti giurisprudenziali che lo trattano³⁰. Salvo una relativa sicurezza sull'entità del rimborso, il creditore non ha ragione di esercitare il suo diritto in maniera controllata là dove gli viene concesso di attuarlo in autonomia. Per quel che qui interessa si può dunque annotare che, perlomeno nella ricostruzione dominante, «l'acquisto delle cose sul mercato è, in sé per sé, esercizio di un potere sostanziale spettante al creditore e inerente alla sua sfera di autonomia»³¹.

Questo potere sostanziale si pone forse (e questo ‘forse’ preciserò a breve) in contrasto con l'art. 2931 cod. civ., ma salta meglio all'evidenza come tale potere si ponga in termini incompatibili con il vecchio art. 1144 francese³²: non serve alcuna autorizzazione giudiziale per procedere alla compera – che è comunque una forma di attuazione – in danno. E infatti, come detto, in Francia la stessa disciplina era considerata eccezione all'art. 1144 abr., ma è un'eccezione che veniva giustificata con la peculiarità dei rapporti mercantili.

²⁵ V. ad es. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 117 da cui ho preso la formula «principio di cui è espressione».

²⁶ D. RUBINO, *La compravendita*², Milano, 1962, 928.

²⁷ Tra gli altri: G. BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 97 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 926 A. LUMINOSO, *La vendita*, Milano, 2014, 638-639; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 933-934; L. FOLLIERI, *La compravendita in danno*, cit., 127.

²⁸ V. ad es. V. DENTI, *L'esecuzione in forma specifica*, Milano, 1953, 34.

²⁹ V. ad es. Cass. 30 maggio 2014, n. 12272, in banca dati *Dejure*: «In tema di vendita di cose mobili, in caso di inadempimento od inesatto adempimento del venditore, il compratore, che non possa avvalersi della facoltà prevista dal primo comma dell'art. 1516 cod. civ. ed acquisti altrove le cose oggetto della vendita, ha diritto ad ottenere il risarcimento del danno corrispondente alla differenza tra l'ammontare della spesa occorsa per l'acquisto ed il prezzo convenuto, purché dimostri di avere acquistato le stesse cose o altre aventi le medesime caratteristiche qualitative». V. anche Cass. 27 agosto 1990, n. 8840, in banca dati *Dejure*.

³⁰ Tra questi pochi precedenti v. ad es. la recente Trib. Forlì 10 maggio 2021, n. 541, in banca dati *Dejure*.

³¹ Così G. BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 98.

³² In riferimento all'abrogato art. 1220 del codice del 1865 v. un analogo spunto in L. FOLLIERI, *La compravendita in danno*, cit., 125.



In Italia tale disciplina non sembra invece interferire in alcun modo con l'art. 2931 cod. civ.³³, forse anche perché “civilizzata” e dunque difficilmente eccezionale.

Non è utile individuare una qualche specialità delle obbligazioni di dare rispetto a quelle di fare³⁴. Anche a queste si applica il “nucleo” della compera in danno confermando l'esistenza d'un potere sostanziale del creditore frustrato di tornare sul mercato in autonomia. Prendo il contratto di appalto e così mi avvicino a Rubino. Art. 1668: «il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore». L'esecuzione in danno deve qui prendere la forma dell'art. 2931 cod. civ.? C'è bisogno perciò di un giudice che condanna e un altro che controlla l'esecuzione o il committente può fare da sé e poi chiedere il risarcimento di quanto ha speso? Può fare da sé, è l'opinione maggioritaria (talvolta precisata: ma solo dopo aver chiesto al debitore l'esatto adempimento³⁵); deve comunque passare per l'art. 2931 cod. civ., ritiene Rubino.

La ragione del può fare da sé è semplice: «altrimenti argomentando» dice la nostra Cassazione, «si perverrebbe irragionevolmente alla negazione del riconoscimento di un risarcimento per equivalente [...] laddove esso possa sortire (anche) gli effetti di una non proposta domanda risarcitoria in forma specifica»³⁶. Che l'esecuzione in danno produca l'effetto di un risarcimento in forma specifica è controverso, per il nostro tema è sufficiente però osservare come torni così l'intricato rapporto del rimedio in analisi con il risarcimento del danno: basta chiamarla risarcimento e la sostituzione del debitore a spese di quest'ultimo viene liberata dalle stringenti maglie dell'art. 2931 cod. civ.

Di riflesso il quadro è definitivamente confermato da chi ritiene che l'art. 2931 cod. civ. sia necessario solo là dove l'adempimento del terzo non possa darsi senza una violazione della sfera possessoria del debitore, dato che solo in tale ipotesi si configura un ostacolo giuridico al potere sostanziale del creditore di reperire sul mercato la prestazione che gli era dovuta³⁷. L'affermazione ci pare dominante e dominante dovrà allora

³³ Il problema viene individuato anche da G. BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 99. Una interferenza registra coerentemente, invece, D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 929 ss. Uno spunto sulla distanza tra i due articoli si trova anche in F.D. BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, cit., 363.

³⁴ Contro, per ragioni che andranno chiarendosi, D. RUBINO, *La compravendita*², cit., 292 ss.

³⁵ E. LUCCHINI GUASTALLA, *La risoluzione di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, 102.

³⁶ Così Cass. 14 maggio 2015, n. 9879, in banca dati *Pluris*, interessante anche per la disamina lì contenuta dei precedenti giurisprudenziali solo apparentemente (a dire di questa sentenza) contrastanti. Nella stessa direzione: Cass. 7 aprile 2014, n. 8098, in banca dati *Pluris*; Cass. 14 luglio 2011, n. 15520, in banca dati *Pluris* e la giurisprudenza riportata da M. DELLACASA, *La garanzia per vizi e difformità: i rimedi*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. ROPPO, III, *Opere e servizi*-I, Milano, 2014, 389, nota 12. Per quanto interessa a queste pagine, un po' ambigua è Cass. 1 marzo 1995, n. 2346, in banca dati *Pluris* (ripresa sul punto anche da Cass. 16 marzo 2011, n. 6181, in banca dati *Pluris*), dove prima si legge che «il committente che lamenta difformità o difetti dell'opera può richiedere, a norma dell'art. 1668 cod. civ., comma 1, che le difformità o i difetti siano eliminati a spese dell'appaltatore mediante condanna da eseguirsi nelle forme previste dall'art. 2931 c.c.», ma poi precisa che le «spese di rifacimento che il committente abbia provveduto a fare eseguire direttamente» possono essere risarcite in quanto «pregiudizio che non [è] eliminabile mediante un nuovo intervento dell'appaltatore». Esplicitamente contraria sembra invece la recente Cass. 23 agosto 2021, n. 23291, in banca dati *Dejure*: «il risarcimento per equivalente ancorato all'entità delle somme necessarie per l'eliminazione di difetti può essere richiesto allorché sia stata svolta domanda di eliminazione delle difformità e dei difetti a cura e spese dell'appaltatore» e «l'eliminazione delle difformità o dei difetti dell'opera a spese dell'appaltatore [deve avvenire] ex art. 2931 cod. civ.», ma qui va osservato che il frammento riportato costituisce un *obiter* poiché il committente non aveva chiesto né l'eliminazione del vizio né il risarcimento sostitutivo, bensì la riduzione del prezzo.

³⁷ Convincente sul punto: G. BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 100 ss., sebbene sia opinabile che là dove non ci sia da invadere la sfera possessoria del debitore il rimedio dell'art. 2931 cod. civ. resti precluso, dato che tale rimedio può utilmente tutelare l'interesse del creditore alla sicurezza del *quantum* del rimborso. V. sul tema generale I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 35 e la dottrina lì citata alla nota 71. V. anche S. MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata*, cit., 580 e 596 ss. e M. CIRULLI, *Parti e terzi nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Esecuz. forz.* 2018, 257: «se il creditore può conseguire l'utilità materiale che



considerarsi anche il suo corollario: se non c'è da invadere la sfera possessoria del debitore il creditore potrà sempre fare da sé. In tale ottica, concludo, l'art. 2931 cod. civ. non può dirsi la sede nella nostrana *faculté de remplacement*, occupandosi di una particolare ipotesi all'infuori della quale la sostituzione del debitore appare senza specifica disciplina nel nostro codice.

Ben si spiega in tal modo come il "principio di cui è espressione" l'art. 1516 cod. civ. possa non apparire in contraddizione con l'art. 2931 cod. civ., ed anzi inizia a chiarificarsi l'itinerario storico che ha portato tale principio a guadagnare quello spazio altrimenti precluso dal vecchio art. 1144 abr. francese o dall'analogo art. 1220 del nostro codice del 1865.

3. – Arrivo finalmente a Rubino e all'idea che il passaggio dall'art. 2931 cod. civ. sia invece imprescindibile³⁸. Siamo in tema di appalto e l'appalto è un contratto particolare³⁹, ma una qualche generalizzazione di quanto segue sembra comunque possibile. L'esigenza da cui muove Rubino è quella di tutelare il debitore; debitore a cui il fare del terzo chiamato in sostituzione costerà più della prestazione eseguita personalmente dovendo necessariamente comprendere anche il lucro di questo terzo⁴⁰. Il commento ufficiale dei Principi Unidroit aggiunge un argomento che proietta il tema oltre la correzione dell'adempimento inesatto e l'appalto: sebbene non sia riuscito a rispettare il termine per adempiere, il debitore, qualunque sia il suo obbligo, potrebbe aver già preparato la prestazione o comunque sostenuto delle spese in tale direzione⁴¹. Quello che configura Rubino è un diritto (che preferisce chiamare legittimo interesse⁴²) di correggere il proprio adempimento inesatto che diventa però anche un diritto a consegnare in ritardo la propria prestazione.

Primato dell'adempimento in natura⁴³ a tutela debitore⁴⁴, dunque; da non confondere con il suo – meno

gli spetta sostituendosi al debitore senza privarlo, nemmeno temporaneamente (i.e. per il tempo necessario al compimento delle operazioni materiali), della detenzione o del possesso, non ha necessità di promuovere l'esecuzione in forma specifica: opererà sul proprio bene, salvo chiedere all'obligato (in sede cognitiva) il rimborso della spesa ed il risarcimento del maggior danno».

³⁸ D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*⁴, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, 405-406, 408. V. anche C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008, 295. Attribuisco al solo Rubino l'idea espressa nel testo perché questa già si trova in D. RUBINO, *Dell'appalto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1961, 239 ss.

³⁹ V. anche lo stesso D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*⁴, cit., 422-423 che comunque unifica appalto e vendita nella peculiarità – rilevante alla luce di quanto sarà detto nel testo – di non permettere un risarcimento del danno in via autonoma, ossia non collegato ad una risoluzione, né ad un'azione di esatto adempimento.

⁴⁰ D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*⁴, cit., 405-406. V. anche C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., 294; M. DELLACASA, *La garanzia per vizi e difformità: i rimedi*, cit., 386. Preciso che tale argomento è concorrente, in Rubino, con la sicurezza del debitore di essere ancora ed effettivamente tale nel momento in cui si rifiuta di correggere il proprio inadempimento; sicurezza che, ritiene Rubino, si dà con certezza solo in caso di sentenza di condanna. Ciò che in quelle pagine si va anche configurando, mi pare, è dunque un "timbro giudiziale" sull'inadempimento; timbro su cui avrò modo di tornare a breve sebbene nella diversa declinazione orientata a liberare il creditore dalla prestazione del debitore. Che però nelle pagine di Rubino sia dominante l'argomento presentato nel testo mi sembra avvalorato anche dal piccolo inciso posto a conclusione di questo secondo argomento, ossia quello in cui l'Autore indica che dunque l'interesse del debitore ad eseguire personalmente la prestazione è tutelato anche dopo la sua chiamata in giudizio.

⁴¹ Principi Unidroit, sub. Art. 7.2.5. Unidroit Principles, Of international commercial contracts, Roma, 2010, 248. V. anche S. EBERHARD, *Les sancion de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*, cit., 109 ss. Riprenderò il punto dei principi Unidroit *infra* nota 58.

⁴² D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*⁴, cit., 405, nota 3.

⁴³ «Modo un po' enfatico di evocare l'intangibilità *ab uno latere* del rapporto obbligatorio», così L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019, 91.

⁴⁴ Sul tema., *ex multis* A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 135 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 584; G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, cit., 121; A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*,



controverso – omologo a tutela del creditore, ossia la confutazione della libertà dell'obligato di scegliere se adempiere o risarcire. Primato dell'adempimento in natura a tutela del debitore, dicevo, che prende la forma d'un divieto in capo al creditore di procedere con disinvoltura – sua sponte, al di fuori di ogni dialogo e controllo – alla sostituzione del debitore inadempiente, ossia alla conversione dell'obbligazione in obbligazione pecuniaria. La conclusione di Rubino è che se il creditore procede da sé alla sostituzione, fuori dal meccanismo dell'art. 2931 cod. civ., non avrà diritto ad alcun risarcimento⁴⁵.

Provo a inquadrare l'idea di Rubino in un dibattito più ampio fermando due semplici considerazioni. Alla domanda su quali siano i meccanismi e presupposti della trasformazione della prestazione nell'equivalente in denaro⁴⁶, sembra che Rubino risponda: meccanismi e presupposti dell'art. 2931 cod. civ. All'affermazione: «se la prestazione in natura è ancora possibile, il debitore [non può] essere costretto, con una semplice azione di responsabilità, a pagare i danni in luogo dell'adempimento»⁴⁷, sembra che Rubino aggiunga: non basta la semplice azione di responsabilità perché è necessario il procedimento dell'art. 2931 cod. civ. Riannodando il discorso al nuovo art. 1222 si potrebbe concludere che – accolta l'impostazione di Rubino – l'eventuale recepimento nel nostro sistema della modifica francese finisca effettivamente per liberare il meccanismo della sostituzione non dall'unico giudice che in Francia *autorizzava*, ma dai due giudici che in Italia *fanno ottenere*. È possibile che legislatore francese della riforma abbia attribuito al vecchio art. 1144 un significato analogo a quello che Rubino finisce per assegnare all'art. 2931 cod. civ., ossia configurare un limite al potere del creditore di convertire in denaro l'obbligazione.

Milano, 2018, 264 ss. e, per un'analisi panoramica, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, spec. 196 ss. V. anche la posizione contraria di C. CASTRONOVO, *Spigolature da processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Omaggio a Salvatore Mazzamuto*, cit., 711 ss. Per la Francia v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 52 che proprio in tema di *remplacement* si trovano a considerare il *primauté de l'exécution en nature*; P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, cit., 216-217. Tale primato trova talvolta riconoscimento in giurisprudenza, v. T.a.r. Lazio 8 gennaio 2019, n. 250: «l'azione risarcitoria può essere proposta in via autonoma solo ove l'adempimento della prestazione non sia più possibile, altrimenti consentendosi al creditore insoddisfatto di convertire unilateralmente l'obbligazione originariamente assunta dal debitore in una sorta di prestazione pecuniaria per equivalente», ma ciò non toglie, continua la sentenza «che il creditore possa pretendere il risarcimento per equivalente anche in via autonoma, quando sia oggettivamente venuto meno il suo interesse all'adempimento in forma specifica ovvero quando l'inadempimento sia, in concreto, definitivo e non più tollerabile».

⁴⁵ D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*⁴, cit., 406, resterebbe intatto solo il diritto alla riduzione del prezzo. Preciso che il risarcimento cui mi riferisco nel testo è il c.d. risarcimento sostitutivo della prestazione, il danno da ritardo o all'interesse conservativo del creditore (tutela dell'appartenenza), ossia un danno alla persona o altre cose del creditore restano logicamente al di fuori del meccanismo dell'art. 2931, come viene indicato anche in D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*⁴, cit., 422.

⁴⁶ Cfr. A. BELFIORE, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del debitore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 227. Sul problema v. anche A. LUMINOSO, *La tutela risarcitoria nella manutenzione del contratto*, in *Della risoluzione per inadempimento*, t. I., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, cit., 132 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*³, Milano, 2003, 299 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 61 ss.; G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, cit., *passim* e F. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, cit., 1288.

⁴⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' (studio critico)*, ora in *Scritti*, II, Milano, 2011, 188, nota 41 e su tale passaggio cfr. C. CASTRONOVO, *Spigolature da processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 711 ss. e L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, cit., 71 ss. V. tra gli altri, A. LUMINOSO, *La tutela risarcitoria nella manutenzione del contratto*, cit., 137; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 20-37; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, *Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, 332, ma v. anche ID. *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, Torino, 2018, 200-201 e il già citato *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, cit., 74 ss. e 92 ss. Un accenno anche in C.M. BIANCA, *La responsabilità*³, Milano, 2021, 349 che però mi sembra riportare un'opinione comune che male si combina con la possibilità – che si legge a p. 88 dello stesso volume – di considerare definitivo anche il ritardo nell'adempimento là dove questo «ritardo diviene obiettivamente intollerabile».



Torno all'*autorizzazione* dell'art. 1144 abr. Esistevano varie letture dello scopo di questa autorizzazione⁴⁸, ma pare verosimile che il legislatore della riforma abbia sposato l'idea che questa servisse per concedere un *termine di grazia al debitore*⁴⁹: il giudice francese avrebbe autorizzato la sostituzione solo là dove gli fosse sembrato irragionevole confidare ancora nel debitore inadempiente. Possibilità di concedere un termine di grazia imprescindibile nella disciplina della risoluzione per inadempimento pre-riforma (art. 1184 abr.)⁵⁰ e che sparisce da questa e da quella sostituito in entrambe dalla semplice messa in mora del debitore. Una messa in mora a cui viene comunque riconosciuta la funzione di consegnare una ultima *chance* al debitore di adempiere spontaneamente⁵¹; un debitore su cui così ricadrà la scelta – purché il creditore non abbia un interesse specifico, ma in tal caso quest'ultimo agirà *ex art.* 1221 – tra adempiere o sopportare le conseguenze economiche dell'inadempimento⁵². Là dove prima serviva un "timbro giudiziale" per liberare il creditore dal diritto del debitore ad eseguire, se pure in ritardo, la prestazione, ora basta la messa in mora, sia che l'obiettivo sia la risoluzione sia che sia l'adempimento a spese del debitore. Tornerò a breve su questa armonia tra risoluzione e sostituzione del debitore.

Se il significato che il legislatore francese della riforma potrebbe aver dato all'art. 1144 abr. è proprio questa possibilità di correggere l'inadempimento che sopravvive sotto forma di messa in mora (intimazione ad adempiere) nel nuovo art. 1222⁵³, non è però questo il significato che da noi ha assunto l'art. 2931 cod. civ.⁵⁴. Marcando il profilo dell'esecuzione – ponendosi a stretto ridosso di due titoli esecutivi: quello che av-

⁴⁸ V. ad es. V. POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 564. Dinanzi un art. 1220 del codice del 1865 corrispondente all'art. 1144 francese abrogato, Polacco, ponendo in alternativa la sostituzione del debitore con il risarcimento del danno riteneva che l'autorizzazione del giudice non fosse discrezionale, pena cadere nell'idea del primato del risarcimento per equivalente. La diversa ragione che a breve sarà presentata nel testo pone invece l'alternativa tra sostituzione del debitore e conservazione del rapporto obbligatorio. Per la più recente dottrina francese analoga all'impostazione di Polacco v. G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, cit., 191 ss.; nello stesso ordine ma con un'esposizione più articolata G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 50 ss. V. anche le note di Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 88.

⁴⁹ Accenno in G. VINEY, *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français*, cit., 194: «le juge peut parfois avoir à choisir entre l'exercice de la faculté de remplacement et l'exécution par le débiteur lui-même», e tale ipotesi si concretizzerà – continua Viney – ogni qual volta il debitore proponga, in sede di autorizzazione giudiziale, di adempiere lui stesso (v. anche G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 52). Cfr. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Bruxelles, 1993, 251 e anche ID. *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, cit., 225 e 254, che vedeva nell'art. 1144 la caratteristica di un'azione sussidiaria all'adempimento tardivo a cura dello stesso debitore. Anche là dove la domanda di sostituzione fosse proposta a titolo principale, opzione che l'autore non esclude (253-254), il giudice avrebbe comunque optato per l'adempimento dello stesso debitore se quest'ultimo si fosse offerto (in nota si trova una sentenza belga). Sulla discussa possibilità di costruire una gerarchia tra i rimedi dell'azione di adempimento e della sostituzione v. V. FORTI, *L'exécution en nature*, cit., 106.

⁵⁰ Per la letteratura italiana v. M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 65.

⁵¹ Y.-M. LAITHIER, O. DESHAYES, T. GENICON, *Réforme du droit des contrats*, cit., 489. In tema di risoluzione, S. PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento del duemila*, in *Persona e mercato*, 2018, 78.

⁵² L. BOTTIN, *Las sanction de l'inexécution après la réforme du droit des contrats*, cit., 41; D. MAZEAUD, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, cit., 2482.

⁵³ Y.-M. LAITHIER, O. DESHAYES, T. GENICON, *Réforme du droit des contrats*, cit., 489. Cfr. F. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, cit., 1282.

⁵⁴ Potrebbe però essere il significato dell'art. 1668 cod. civ. V. sempre D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*⁴, cit., 406 che ritengono che il chiedere sia «chiedere giudizialmente»; un chiedere giudizialmente che potrebbe assumere la stessa veste – aggiungo – dell'autorizzazione francese dell'abrogato art. 1144. Certo, però, se così fosse – se effettivamente la sola manifestazione dell'art. 1144 si trovasse nel nostro ordinamento nella speciale disciplina dell'appalto – verrebbe avvalorata l'idea che la rimozione d'un qualsiasi limite al potere di sostituzione sia una precisa scelta del legislatore del '42, che coscientemente ha inteso conservare un tale limite solo per ipotesi determinate (v. la conclusione di questo par.). L'idea corre parallela a V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in *Contratti*, 2017, 443: «Si dica pure, se si vuole, che qui trova applicazione



via il procedimento e quello che lo chiude, condannando il debitore al rimborso (cfr. art. 614 cod. proc. civ.) – l'art. 2931 cod. civ. smette di essere un “timbro giudiziale” sull'inadempimento e diventa una norma centrata sul post-inadempimento, per l'appunto l'esecuzione⁵⁵ assumendo la veste ultima di «particolare tecnica di attuazione del titolo esecutivo»⁵⁶. Affrontando il tema da altro versante, quello che pone Rubino è un problema vero e sentito nella pratica degli affari⁵⁷ – come anche confermano i Principi Unidroit⁵⁸ – ma il passaggio obbligato dai due giudici dell'art. 2931 cod. civ. appare come una soluzione spropositata per risolverlo⁵⁹: cosa c'entra il fatto che il giudice supervisioni l'esecuzione con il diritto del debitore di correggere il proprio inadempimento?⁶⁰

Il punto della questione si potrebbe così individuare: non sembra esserci altra sede – nel nostro diritto positivo – che l'art. 2931 cod. civ. per tutelare questa “possibilità di rinnovare l'adempimento”, ma l'art. 2931 cod. civ., al contrario del suo antenato francese, si occupa oramai di altro⁶¹. Tramite la modifica dell'art. 2931 cod. civ. rispetto all'art. 1144 abr. francese (o, meglio, art. 1220 del nostro codice del 1865) e in uno con la “civiltà” della disciplina della compera in danno, ciò che il nostro sistema positivo potrebbe

una politica di “conservazione del contratto”: ma si prenda atto che si tratta di una “politica” applicata in questo caso specifico, normativamente definito; e dunque non di un “principio” generale, e tanto meno universale» e confluisce nella conclusione di M. DELLACASA, *La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1541: nella legislazione italiana «la salvaguardia delle istanze di autonomia e affidamento delle parti coinvolte nel conflitto determinato dall'inadempimento viene anteposta alla manutenzione del rapporto contrattuale».

⁵⁵ Cfr. G. BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 57 e S. MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata*, cit., 591: al contrario del suo precedente l'art. 2931 cod. civ. «contempla una vera e propria esecuzione coattiva interamente affidata all'autorità giudiziaria». Anche per la dottrina riportata v. M. CIRULLI, *Parti e terzi nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 258, nota 28, dove si trova un accenno alla distanza tra l'art. 1220 abr. e il 2931 cod. civ.

⁵⁶ S. MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata*, cit., 611.

⁵⁷ Diverso spunto in M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., 66 dove la premura di conservare la possibilità di adempiere del debitore dell'ordinamento francese, rilevante in punto di risoluzione, viene presentata come una forma di paternalismo correlato ad un antimoderno retaggio di influenze canoniste (p. 70).

⁵⁸ Art. 7.1.4: «La parte inadempiente può, a proprie spese, prendere tutte le misure per correggere l'inadempimento, a condizione che [...] il creditore non abbia alcun legittimo interesse a rifiutarle». V. anche art. 7.2.5: «Il creditore che ha richiesto l'adempimento di un'obbligazione non pecuniaria e che non è stato soddisfatto entro un lasso di tempo determinato o ragionevole, può ricorrere ad ogni altro rimedio». Entrambe queste disposizioni strutturano un dovere del creditore di tollerare l'inadempimento; dovere che viene meno solo per “legittimo interesse” o decorso infruttuoso di un termine (di grazia) “determinato o ragionevole”. Osservo che la formulazione letterale di quest'ultimo virgolettato adoperando la congiunzione disgiuntiva “o” potrebbe essere interpretata nel senso che il diritto del creditore ad adempiere venga meno in caso di termine determinato, senza che tale termine debba sottostare ad un criterio di ragionevolezza. La combinazione delle due disposizioni menzionate, e dunque l'emersione del dovere di tollerare l'inadempimento, suggerisce però che tale termine debba essere sempre ragionevole, determinato o no che sia, e che dunque la congiunzione disgiuntiva “o” apra all'alternativa: termine determinato e ragionevole contro termine ragionevole ma non determinato, autorizzando così una liberazione del creditore senza una preventiva fissazione d'un termine determinato per adempiere. Il che disallinea il sistema Unidroit dal meccanismo francese – che tramite la messa in mora su cui tornerò nel testo – configura la necessaria fissazione di un termine per adempiere.

⁵⁹ M. DELLACASA, *La garanzia per vizi e difformità: i rimedi*, cit., 387 e 392.

⁶⁰ Merita un accenno il fatto che la possibilità di adempiere in ritardo potrebbe essere un aspetto indiretto dell'art. 2931 cod. civ., là dove si riconosce la facoltà in capo al debitore di adempiere anche dopo la notifica del precetto, ma comunque prima dell'udienza ex art. 612 cod. proc. civ.

⁶¹ Cfr. M. GIORGIANANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, cit., 61: «una visione unitaria degli interessi delle due parti, dovrebbe [...] attribuire al debitore la possibilità di rinnovare l'adempimento»; visione degli interessi, osservo e sottolineo, e dunque non una specifica regola di diritto positivo. V. anche A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 134-135 dove per risolvere il problema, si legge, «non resta allora all'interprete che affidarsi a principi di ordine generale...». L'affermazione nel testo potrebbe poi trovare conforto nel dato che «la dottrina formatasi subito dopo l'emanazione del codice vigente si è mostrata proclive ad ammettere con una certa larghezza che il creditore possa domandare [...] il risarcimento per equivalente in luogo della prestazione originaria, nonostante la stessa sia ancora possibile», così A. LUMINOSO, *La tutela risarcitoria nella manutenzione del contratto*, cit., 132.



aver perso è dunque proprio questo dovere di tolleranza nei confronti dell'inadempimento rilevante in sede di conversione dell'obbligazione inadempita in somma di denaro, o quanto meno – è bene precisare alla luce delle ricostruzioni dottrinali che riescono comunque a configurare tale dovere⁶² – la sua forma tecnica.

Questo dovere di tolleranza emerge – ma il tema è notoriamente dibattuto⁶³ e certamente complicato dall'effetto preclusivo dell'adempimento tardivo della domanda giudiziale *ex art. 1453 cod. civ.*⁶⁴ – in tema di risoluzione sottoforma di giudizio sull'importanza dell'inadempimento (declinabile in giudizio sull'importanza del ritardo⁶⁵), oppure di “congruo termine” nella risoluzione per diffida là dove si ritenga, come appare fondato ritenere, che in tal caso la risoluzione prescinda dal giudizio di gravità⁶⁶: è la scadenza del termine – purché congruo – a qualificare come “grave” il ritardo, proprio perché “congruo termine” e “gravità dell'inadempimento” (ripeto: nel caso in cui l'inadempimento sia dia nella forma del ritardo) potrebbero⁶⁷ trovare il loro scopo comune nel dare la possibilità al debitore di correggere da sé il proprio inadempimento⁶⁸. Possibilità che nella risoluzione per inadempimento appare anche sovra-tutelata rispetto a quanto la lettera della legge permetterebbe⁶⁹, ma che non sembra giocare alcun ruolo nella conversione in denaro della prestazione.

Tale conversione appare infatti libera e – mi pare confermi il tenore letterale dell'art. 1218 cod. civ.: «il debitore che non esegue (...) è tenuto al risarcimento» – condizionata solo al dato oggettivo dell'inadempimento⁷⁰. Il debitore è tenuto al risarcimento purché il creditore non intenda insistere per l'adempimento e sempre che l'obbligazione non si sia estinta per impossibilità sopravvenuta non imputabile⁷¹. En-

⁶² V. *infra* note 87 e 88.

⁶³ V. ad es. M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., 63 ss.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 85 ss.; ID, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contr. imp.*, 1991, 61 ss.; A. SMIRLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 343 ss.; G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*⁴, cit., 52 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., 158. Certo la complicazione verrebbe meno se si accedesse all'idea che anche la risoluzione giudiziale presuppone una preventiva messa in mora, come si legge, ad esempio e forse non a caso in D. RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1970, 175 ss. Ipotesi questa, però, largamente respinta (v. la dottrina in A. SMIRLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 375, nota 104).

⁶⁵ Cfr. A. SMIRLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 379 ss.

⁶⁶ Secondo la nota impostazione di G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, *passim*, ed espressamente già a p. 656. Stessa idea, ma con diversi argomenti in G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, 119: «l'interesse del debitore a non vedersi privato del contratto trova adeguata tutela nel requisito della congruità del termine» (p. 120). V. anche M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V. *Rimedi-2*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 283 ss.

⁶⁷ Il condizionale si deve alle diverse interpretazioni di tale disciplina, per una ragionata e sintetica panoramica degli scopi che potrebbe avere il “congruo termine” nella risoluzione per diffida v. C. GRANELLI, *Diffida ad adempiere*, in *Le parole del diritto, Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 505 ss.

⁶⁸ V. sempre G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, cit., 658-659.

⁶⁹ V. ad es., sul fronte della risoluzione per diffida, C. GRANELLI, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, in *Persona e mercato*, 2018, 72 che mette all'indice «l'italico costume [...] secondo cui, non appena un debitore diviene inadempiente, è tutta una corsa ad apprestargli le più ampie tutele a scapito della sua vittima – nel timore che l'esercizio del diritto potestativo alla risoluzione stragiudiziale possa tradursi, nel caso concreto, in un sacrificio eccessivo ed ingiustificato per la parte inadempiente».

⁷⁰ C. CASTRONOVO, *Spigolature da processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 713: «l'art. 1218 ci dice anzitutto che l'inadempimento genera responsabilità, e che questa si traduce nell'obbligazione di risarcimento del danno». Diversa idea si legge, ad es., in G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, cit., 115; ID, *Responsabilità e risoluzione del contratto*, in *Le parole del diritto, Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, 1670.

⁷¹ Preferisco parlare di obbligazione *estinta* là dove si potrebbe parlare di obbligazione *inadempita* (come vorrebbe l'art. 1218 cod. civ.) perché in tal modo mi pare possibile sottolineare la distanza operativa della prima parte dell'art. 1218 cod. civ. che connette inadempimento e risarcimento e la sua seconda parte che si limita a ripartire l'onere della prova in punto di esclusione di quel risarcimento astrattamente già assegnato dalla prima parte dell'articolo in parola. Tale distanza operativa sconsiglia di qualificare la so-



trambe le precisazioni hanno il suono dell'ovvietà, ma la prima è utile per porre in rilievo che in questa lettura la libertà di convertire in denaro l'obbligazione inadempita è prerogativa esclusiva del creditore. Da ciò precipita che il "primato dell'adempimento in natura" giova solo al creditore⁷² e il diseguale operare della vincolatività del rapporto si può ben giustificare osservando che l'inadempimento è in sé un'ottima ragione di tale asimmetria. Debitore inadempiente e creditore frustrato non stanno sullo stesso piano, unificare le due posizioni sotto l'unica regola della non convertibilità in denaro dell'obbligazione inadempita significherebbe trattare in maniera uguale posizioni ben diverse finendo così per difendere, allo stesso modo e in virtù di un unico principio, il torto del primo e la ragione del secondo.

Tutto ciò serve per concludere: si può guardare con favore o sfavore al dovere di tolleranza del creditore nei confronti dell'inadempimento e chi fosse di questo secondo avviso avrebbe buon gioco nel ritenere il quadro italiano fin qui descritto frutto d'un precisa scelta legislativa indirizzata a «non indulgere eccessivamente verso il debitore [inadempiente]»⁷³.

4. – Una certa disarmonia deve però essere registrata tra una sostituzione del debitore libera da qualunque vincolo e la disciplina della risoluzione per inadempimento⁷⁴; disarmonia che in Francia, come visto, viene scongiurata (ma un punto di frattura permane⁷⁵) subordinando la variante stragiudiziale di entrambi i rimedi alla medesima messa in mora in funzione di termine di grazia⁷⁶. Preciso il rapporto tra sostituzione del debi-

pravvenuta impossibilità (imputabile) come condizione di operatività del risarcimento sostitutivo della prestazione (v. sopra il testo corrispondente alla nota 47), perché ciò potrebbe significare prendere un elemento della fattispecie 'estinzione' e collocarlo nella diversa fattispecie della 'responsabilità'. Non c'è dubbio che le due fattispecie interagiscano – l'effetto della prima si risolve in un elemento impeditivo della seconda – ma questo non significa che debbano confondersi in un'unica regola che per l'appunto condiziona il risarcimento all'impossibilità della prestazione.

⁷² Cfr. C. CASTRONOVO, *Spigolature da processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 713.

⁷³ Con queste parole la Relazione al codice (n. 661) spiegava l'eliminazione del termine di grazia in punto di risoluzione per inadempimento. Ricollegandomi a quanto appena affermato nel testo trovo comunque importante osservare – e colgo qui l'occasione di farlo – che il dibattito precedente alla trasformazione del vecchio art. 1220 abr. nel nuovo art. 2931 cod. civ. appare indirizzato a garantire al creditore quanto gli spetta (afferma il primato dell'adempimento in natura a tutela del creditore) e non a rimuovere una qualche cautela nei confronti del debitore inadempiente (negazione del primato dell'adempimento in natura a tutela del debitore), come emerge nitidamente dalla già citata pagina di V. POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., 564.

⁷⁴ Una messa in relazione della sostituzione del debitore con la risoluzione si trova anche in P. WÉRY, *L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel*, cit., 257 e 259 e M. FAURE-ABBAD, *Article 1222: la faculté de remplacement*, cit., 784 ss; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*², cit., 42. Quanto segue nel testo mi pare a grandi linee coerente con il rapporto tra risarcimento in via autonoma e condizioni di operatività dell'art. 1455 cod. civ. proposto da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 62.

⁷⁵ La *mise en demeure* e relativa scadenza del termine non produce automaticamente la risoluzione poiché ai sensi del terzo comma dell'art. 1226 riformato è necessaria anche una successiva notifica al debitore della volontà di risolvere. La sostituzione a spese del debitore sarebbe dunque perfettamente coerente con la disciplina della risoluzione solo se scaduto il nuovo termine per adempiere contenuto nella diffida, il creditore dovesse ribadire la volontà di tornare sul mercato tramite una notifica analoga a quella dell'art. 1226.

⁷⁶ Altro punto di confronto e possibile disarmonia è la configurazione del termine di grazia in sede di risoluzione giudiziale che dovrebbe trovare un omologo nella disciplina della domanda giudiziale volta alla sostituzione del debitore; domanda giudiziale necessaria – ricordo – là dove il creditore voglia farsi anticipare le spese della sostituzione ai sensi del secondo comma dell'art. 1222. In alte parole: là dove il creditore agisca giudizialmente per la sostituzione è dato al giudice di assegnare al debitore un termine di grazia? Non sono sicuro della riposta positiva, ma assecondando l'idea vista sopra che legge nell'autorizzazione giudiziale alla sostituzione uno strumento di tutela dell'adempimento tardivo del debitore è possibile inferire che il rigetto della domanda di sostituzione può farsi portatore – in una forma più rigida e meno conveniente per il creditore (che si vedrà rigettare quella stessa domanda che in caso di risoluzione potrebbe essere accolta sebbene subordinata al termine di grazia) – della stessa premura di cui si fa carico l'assegnazione giudiziale del termine di grazia nella risoluzione giudiziale.



tore e risoluzione muovendo dall'idea che possano essere rimedi incompatibili: dove c'è sostituzione non mi sembra ci possa essere risoluzione e viceversa⁷⁷. Non fossero incompatibili bisognerebbe ammettere la possibilità d'un contratto – contemporaneamente – risolto ed eseguito (dal terzo-sostituto). Rimedi incompatibili, dunque, ma uniti dal fatto che con entrambi il debitore può perdere la facoltà di adempiere in ritardo⁷⁸: talvolta materialmente nel caso di sostituzione⁷⁹, giuridicamente in caso di risoluzione.

Questo possibile effetto comune suggerisce di portare a coerenza i due rimedi; una coerenza ispirata anche dalla funzione riconosciuta alla risoluzione di permettere al creditore di tornare serenamente sul mercato, manifestando così uno scopo simile dall'attuazione in danno; scopo che infine diventa identico alla luce di un c.d. danno da risoluzione che copra l'eventuale maggior spesa di ricompera⁸⁰. Una coerenza che pare infine necessaria in virtù del punto di interferenza che è possibile individuare con la seguente alternativa: reperire velocemente la prestazione ineseguita sul mercato incarna un'oggettiva perdita di interesse del creditore rilevante *ex art.* 1455 cod. civ. (ma si potrebbe anche dire *ex comma 2, art. 1256 cod. civ.*⁸¹) o una prestazione divenuta impossibile per causa imputabile al creditore?⁸².

⁷⁷ Il rapporto tra esecuzione in danno e risoluzione è spinoso soprattutto nella definizione dogmatica dell'art. 1516 cod. civ., dove è stata autorevolmente sostenuta l'idea (ad es. G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, 202 ss.) che l'ipotesi (in riferimento al precedente 68 cod. comm., nel menzionato studio di Gorla) non sia un'esecuzione, ma una «risoluzione per autorità del creditore». V. anche A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 640 e M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 63 secondo il quale il meccanismo della compravendita in danno «presuppone ovviamente la scelta per la risoluzione del rapporto». Cfr. L. FOLLIERI, *La compravendita in danno*, cit., 127. Ad onor del vero là dove il prezzo di ricompera non sia superiore a quello concordato e, per una chiara ragione pratica, nel caso in cui il creditore non abbia ancora pagato il prezzo della cosa, la risoluzione basta a soddisfare l'interesse del creditore. In tal caso l'art. 1516 cod. civ. si atteggierebbe a risoluzione pura e non ad attuazione, così confermando – mi pare – la contrapposizione tra risoluzione ed esecuzione in danno, poiché qui non essendoci “danno” non ci potrà neanche essere “esecuzione in danno”, ma solo puro scioglimento del vincolo. Si può comunque obiettare che il costo di ricompera maggiore non è il costo dell'esecuzione in danno, ma un c.d. danno da risoluzione. Altra e più importante osservazione: solo un qualche effetto risolutivo è in grado di spiegare come sia possibile che un bene già di proprietà del creditore e che solo aspetta l'adempimento dell'obbligazione di consegna del debitore possa smettere, per il solo fatto dell'esecuzione *ex art.* 1516 cod. civ., di essere di proprietà del creditore. Per la letteratura francese deve essere menzionata l'idea – contraria a quanto nel testo – che la sostituzione non sia altro, funzionalmente, che una «résolution suivie d'un contrat de substitution» (idea che si può leggere ad es. in V. FORTI, *L'exécution en nature*, cit., par. 13); idea importante anche alla luce del fatto che la delega al governo per la riforma delle obbligazioni comprendeva la possibilità d'una risoluzione stragiudiziale, ma non quella d'una sostituzione stragiudiziale. Questa seconda possibilità non avrebbe però bisogno di particolare delega, perché, adottando, nella lettura dell'art. 1222 «une approche fonctionnelle, en y voyant une résolution unilatérale suivie d'un contrat de remplacement», così sempre V. FORTI, *L'exécution en nature*, cit., par. 100. Opinione analoga a quella espressa nel testo si trova in D. PLANTAMP, *Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale*, cit., 248, cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali delle note 54 ss.

⁷⁸ Emerge così un parallelismo suggerito anche da M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 94 ss. sebbene lì ritagliato sulla contrapposizione tra risoluzione e artt. 1515 ss.

⁷⁹ In taluni casi tornare sul mercato significa non solo perdere l'interesse per la prestazione inadempita, ma renderla impossibile. Se in sostituzione faccio riparare una finestra rotta, il debitore non potrà più eseguire la sua prestazione.

⁸⁰ F. PIRAINO, *Danno da risoluzione*, in *Le parole del diritto, Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, cit., 486 ss. Cfr. G. GRISI, *Responsabilità e risoluzione del contratto*, in *Le parole del diritto, Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, cit., 1689.

⁸¹ La disposizione si trova ad avere un ruolo centrale (v. ad es. A. LUMINOSO, *La tutela risarcitoria nella manutenzione del contratto*, cit., 139 ss.; L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 100; ID. *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, cit., 81; contro: P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 61-62) in quella distinzione tra inadempimento semplice e definitivo che a breve riprenderò nel testo. Il rapporto tra l'art. 1455 e l'art. 1256 viene messo in rilievo anche dal citato L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, cit., 88.

⁸² Esempio: il debitore – già remunerato dalla controparte – deve riparare una finestra del creditore un dato giorno, ma quel giorno il debitore non si presenta a casa del creditore. Il giorno dopo il creditore si rivolge a qualcun'altro che ripara immediatamente la finestra e subito dopo invia al debitore la domanda giudiziale di risoluzione. Da qui l'alternativa: il debitore può giovare del fatto che la prestazione sia diventata impossibile per causa imputabile al creditore o deve restituire la controprestazione perché reperire altrove la prestazione giustifica il venir meno dell'interesse del creditore all'adempimento ai sensi dell'art. 1455 cod. civ.?



L'inadempimento non estingue certo l'obbligazione. Restando in piedi il rapporto persisterà, allora, anche il dovere del creditore di mettersi in condizione di ricevere la prestazione⁸³. È però possibile che il creditore nell'attesa perda interesse per la prestazione e proprio per non costringerlo a ricevere (in ritardo) quanto non gli sarebbe utile può essere delineato il concetto – ad onor del vero non molto chiaro in virtù del cangiante significato che riceve in letteratura – di “inadempimento definitivo”, distinguendolo dall’“inadempimento assoluto” perché la prestazione è ancora possibile e dal semplice ritardo (o “inadempimento semplice”) perché per l'appunto il creditore non ha più interesse alla prestazione⁸⁴. In un sistema di mercato concorrenziale ben strutturato la più importante causa di perdita d'interesse consiste proprio nella reperibilità altrove dell'utilità promessa. Alla luce di questo significato di “inadempimento definitivo”, e anche allo scopo di precisarne il confine, riformulo così la domanda posta poco sopra: se 1): l'inadempimento è da considerarsi definitivo là dove la prestazione sia «oggettivamente priva d'un apprezzabile interesse del creditore»⁸⁵; e 2): l'aver reperito altrove la prestazione porta sicuramente ad un *disinteresse oggettivo* del creditore per la prestazione inadempita; è possibile concludere che 3): al creditore è concessa la facoltà di determinare, tornando di sua iniziativa sul mercato, la “definitività” dell'inadempimento?

Rispondere positivamente – mi pare – imporrebbe di “liberalizzare” la risoluzione, ossia permetterla in caso di ritardo attraverso una semplice dichiarazione unilaterale del creditore dato che solo tale soluzione è coerente con il fatto che possa essere un'iniziativa unilaterale del creditore (tornare velocemente sul mercato) a consegnare all'inadempimento la qualifica di “definitività”. Accettata questa premessa si potrebbe poi concludere che il giudice non possa sindacare – giudiziale o stragiudiziale che sia la risoluzione – la gravità del ritardo (il ritardo è grave quando lo decide il creditore), restando così il giudizio sulla gravità dell'inadempimento circoscritto all'ipotesi d'un adempimento dato, ma in maniera inesatta⁸⁶. Rispondere negativamente imporrebbe al contrario di riqualificare i presupposti sostanziali della domanda di risarcimento in via autonoma attraverso una procedimentalizzazione della sostituzione del debitore e il risarcimento sostitutivo, che dunque non saranno così liberi come vorrebbe il tenore letterale dell'art. 1218 cod. civ., ma neanche così stringenti come vorrebbe l'art. 2931 cod. civ.; solo con tale procedura, infatti, quella cautela nei confronti del debitore in punto di risoluzione (precipitata dal fatto che non potrà essere l'iniziativa unilaterale del creditore a rilevare per la perdita di interesse ex art. 1455 cod. civ.) non verrebbe contraddetta in punto di risarcimento.

5. – Fuori dall'analisi del diritto positivo è facile guardare con favore alla concretizzazione di questo dovere di tolleranza del creditore, restando comunque aperta la questione del migliore strumento tecnico per la sua configurazione. La logica concorrenziale del mercato efficiente suggerisce innanzitutto di espellere dal mercato la parte che non merita di starci, ossia quella che con il proprio inadempimento ha dimostrato di non

⁸³ Ex multis, C.M. BIANCA, *La responsabilità*³, cit., 89, ma v. G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*⁴, cit., 50 ss.

⁸⁴ Cfr. A. LUMINOSO, *La tutela risarcitoria nella manutenzione del contratto*, cit., 129 e 140 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*³, cit., 299; ID., *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 106; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 60 ss.; G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, cit., 118; L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 100 e F. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, cit., 1288.

⁸⁵ A. BELFIORE, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del debitore*, cit., 247-248, ripreso anche da G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, cit., 118.

⁸⁶ Riecheggia qui G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, cit., 667: «il requisito dell'importanza dell'inadempimento non si riferisce all'ipotesi di ritardo» (ma integra il virgolettato con p. 670). Su tale posizione cfr. A. SMIRLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 390 ss. e A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento* (voce), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1323.



saper fare il proprio lavoro. Permettere al creditore di tornare rapidamente sul mercato in caso di inadempimento è un corollario intuitivo del principio premial-competitivo dato che assume la plastica forma del dirottamento di utilità: da chi non se le merita (debitore inadempiente) a chi potrebbe meritarsela (terzo sostituto). Ogni ostacolo legale a questo repentino dirottamento di utilità assume i tratti del depotenziamento della logica concorrenziale.

Se ciò è vero bisogna però anche considerare che è la stessa logica dell'efficienza a suggerire un temperamento nel rigore di tale dinamica che in alternativa porterebbe con sé il rischio d'una distruzione ingiustificata di ricchezza. Penso a un armadio fatto su misura o una merce trasportata da chissà quale parte del mondo: se pure il debitore è inadempiente rispetto al giorno della consegna la prestazione potrebbe già essere stata iniziata, il debitore ha già speso ed una spesa che incarna una perdita secca di ricchezza se venisse concessa al creditore la facoltà di tornare a sua semplice discrezione, magari lo stesso giorno dell'inadempimento, sul mercato. Quell'armadio già iniziato sarebbe trasformato in rifiuto, quella merce già in cammino sarebbe costretta a tornare al punto di partenza. E questo è, come anticipato, anche l'argomento che si trova nel testo più attento alla concreta prassi mercantile, ossia i Principi Unidroit. Ben fondate, dunque, dal punto di vista funzionale, sembrano quelle ricostruzioni che finiscono per configurare tale dovere di tolleranza del creditore nei confronti dell'inadempimento considerato rilevante, in punto di conversione dell'obbligazione, talvolta vestito da dovere di buona fede⁸⁷, talaltra da corollario della distinzione vista sopra tra inadempimento semplice e definitivo⁸⁸. L'esistenza di tali letture denuncia l'in-

⁸⁷ C.M. BIANCA, *La responsabilità*³, cit., 265 (già in *La responsabilità*², in *Diritto civile*, 5, Milano, 2012, 269) che pur discorrendo solo di riparazione e sostituzione formula un'idea generalizzabile con le seguenti parole: «il codice non prevede espressamente il 'diritto' del debitore di regolarizzare la prestazione. Tale diritto può tuttavia ritenersi fondato sul principio di correttezza (1175 cod. civ.) [...]. In applicazione del principio di buona fede il creditore non può quindi rifiutare arbitrariamente l'offerta seria del debitore di riparare o sostituire la cosa, salvo che sia già stato esperito il rimedio della risoluzione del contratto». M. DELLACASA, *La garanzia per vizi e difformità: i rimedi*, cit., 393-394: «come è evidente [...] sarebbe contraria a buona fede la pretesa del committente di ottenere da un altro imprenditore l'eliminazione del vizio quando l'appaltatore si dichiara disposto ad intervenire sull'opera difettosa e il suo comportamento pregresso non giustifica il rifiuto dell'offerta». Un accenno alla buona fede anche in E. LUCCHINI GUASTALLA, *La risoluzione di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 103. V. anche App. Bari, 3 agosto 2020, in banca dati *Pluris* che configura «un obbligo di *pati* per la parte non inadempiente, la quale deve tollerare l'inadempimento dell'altra parte, a condizione che lo stesso inadempimento, interpretato secondo buona fede l'intero rapporto contrattuale, non sia tale da risultare intollerabile. L'obbligo di *pati* per la parte non inadempiente, ed il suo limite nella non rilevanza dell'inadempimento, invero, trovano giustificazione nel dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost.».

⁸⁸ G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, cit., 118; ID., *La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento*, cit., spec. 78: «il ritardo, che pure è inadempimento, non può legittimare il creditore a pretendere il risarcimento integrale, essendo quest'esito conseguibile solo a fronte di un inadempimento che possa dirsi "definitivo"; inadempimento, che il ritardo protratto oltre il normalmente ed obiettivamente tollerabile certamente configura» (corsivo aggiunto). È interessante osservare come la messa in mora (alla francese, ex art.1231) trovi in quelle pagine rilevanza proprio come strumento in grado di provocare la definitività dell'inadempimento e dunque consentire, con il decorso infruttuoso del nuovo termine per adempiere, e sempre che la prestazione sia ancora possibile, «l'accesso – altrimenti precluso – alla tutela di risarcimento». Uno spunto in tal senso anche in A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*³, cit., 301 e cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità*, cit., 200-201, ma anche 203 e ID., *L'adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, cit., 1289 ss.: «la costituzione in mora con assegnazione di un termine di grazia mette a disposizione del creditore un procedimento, incentrato sull'intimazione ad adempiere, sulla concessione di un termine aggiuntivo per prestare e sulla sua infruttuosa scadenza, tramite il quale rendere definitivo l'inadempimento tenendo, però, anche conto dell'interesse del debitore ad adempiere tardivamente o a correggere il proprio iniziale adempimento inesatto». V. anche L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, cit., 90, nota 92. È possibile aggiungere che l'ipotesi della mora automatica sub 2) art. 1219 cod. civ., «il debitore ha dichiarato per iscritto di non voler eseguire l'obbligazione», si coordina con l'impianto presentato nel testo poiché può anche trovare il significato di esplicitare la rinuncia del debitore al suo diritto all'adempimento tardivo. Problematica è invece l'ipotesi di mora automatica sub 3) art. 1219 cod. civ., ma solo là dove non intervenga per un'obbligazione pecuniaria, il diritto del debitore ad adempiere dovrebbe infatti qui trovare tutela in un'altra, espressa, intimazione ad adempiere.



soddisfazione nei confronti d'un dato positivo incompleto che dunque potrebbe giovare di una norma analoga a questo art. 1222 francese.

Ci sono infatti, ora, tutti gli elementi per comprendere l'effetto che nel nostro sistema potrebbe avere questa disposizione, ossia non la liberazione dai due giudici dell'art. 2931 cod. civ. – poiché, come detto, tale disposizione si occupa ormai di altro – ma l'intimazione ad adempiere come condizione imprescindibile della trasformazione dell'obbligazione (ancora possibile) in obbligazione pecuniaria⁸⁹. Intimazione che prende la forma sostanziale di un termine di grazia – ragionevole, e dunque controllabile giudizialmente – che il creditore è costretto a concedere al debitore⁹⁰. Per la parte in cui si sovrappone con la sostituzione a spese del debitore (restano fuori i danni “accanto alla prestazione” e l'impossibilità della prestazione imputabile al debitore), il risarcimento dovrebbe incontrare, come in Francia, la medesima disciplina, essendo entrambe tecniche di conversione dell'obbligazione. Medesima disciplina che potrebbe precipitare anche dalla definitiva consacrazione della natura risarcitoria di questa sostituzione⁹¹ e lascio in nota le due indicazioni (forse solo apparentemente) contrarie che provengono dal sistema francese in riferimento alla possibilità di sciogliere la sostituzione a spese del debitore nel risarcimento del danno, ossia il limite del costo ragionevole e il vincolo di destinazione della somma eventualmente anticipata dal debitore⁹². Lascio in nota a passo a una conclusione a mo' di riepilogo.

⁸⁹ Il meccanismo della doverosa concessione di un termine ragionevole per adempiere potrebbe comunque non essere il migliore per mettere virtuosamente a sintesi gli interessi contrapposti delle parti. Riprendo i due principi funzionali espressi in apertura del paragrafo: sanzionare il demerito ed evitare distruzione ingiustificata di ricchezza. Il miglior meccanismo dovrebbe riuscire a conservare la logica della prima funzione garantendo anche la seconda. Intendo dire che solo il rischio di una distruzione ingiustificata di ricchezza potrebbe giustificare il sacrificio del creditore costretto a restare vincolato, contro la sua volontà, al contratto ineseguito. Evitare distruzione ingiustificata di ricchezza non significa infatti conservare l'affare del debitore che con il suo inadempimento potrebbe già aver dimostrato di non meritare tale affare. Il meccanismo del termine di grazia finisce invece per tutelare anche l'affare del debitore. Per tale ragione può apparire meglio congegnato un meccanismo che imponga al debitore che intende conservare il rapporto di indicare lui un nuovo termine (ragionevole) per adempiere contestualmente all'indicazione di quanto già fatto in direzione dell'adempimento. Il creditore potrà a questo punto ritenere eccessivo il ritardo o non giustificato il suo sacrificio. Là dove dovesse sorgere una controversia su questi due temi sarà poi il giudice a decidere la legittimità del comportamento del creditore. Primo pregio di tale dinamica è che la decisione del giudice si potrà giovare dello scambio di informazioni tra le parti che il meccanismo in parola disegna. Secondo e più significativo pregio è che l'intervento giudiziale sarà, comunque, a priori evitato, con soddisfazione del creditore e contro il debitore, là dove quest'ultimo non si sia attivato per conservare il rapporto.

⁹⁰ Cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità*, cit., 213 ss.

⁹¹ Preciso: purché non serva – ad esempio per violare il possesso del debitore – l'intervento della pubblica autorità, ma qui sarebbe pura esecuzione condizionata dunque al procedimento dell'art. 2931 cod. civ.

⁹² Il limite del costo ragionevole non pone particolari problemi. Tale limite non esiste nella disciplina del risarcimento per equivalente ma – a tacere della possibilità, confutabile, di intravedervi l'applicazione analogica dell'art. 2058 cod. civ. – può essere assorbito dalla “conseguenza immediata e diretta” che si legge all'art. 1223 cod. civ.: la “riparazione irragionevole” non appare una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento. Anche il dovere di mitigare il danno ex art. 1227 cod. civ. potrebbe ispirare tale risultato. Più spinoso è il vincolo di destinazione della somma eventualmente anticipata dal debitore per la sua sostituzione. Si era già accennata la possibilità (v. sopra nota 8) riconosciuta al creditore di farsi anticipare – ai sensi del secondo comma dell'art. 1222 – la somma necessaria a reperire sul mercato la prestazione non attuata. Già la formula «avance les sommes» lascia intendere che il creditore non sia libero di disporre poi a piacimento della somma percepita: questo è denaro *anticipato* e dunque vincolato allo scopo di attuare la prestazione. La Cassazione francese ha recentemente avuto modi di precisare (Cass. civ., 21 décembre 2017, n° 15-24.430) che tale vincolo di destinazione precipita dalla natura “esecutiva” dell'art. 1144 abrogato, natura ribadita dal titolo della sottosezione in cui si trova l'attuale art. 1222, ossia «L'exécution forcée en nature». Insomma: è proprio perché l'art. 1222 è una esecuzione che il creditore è vincolato a destinare questa somma all'attuazione del suo credito, fosse un risarcimento non si potrebbe configurare un analogo vincolo. La conclusione viene da sé: la sostituzione a spese del debitore non può in alcun modo essere avvicinata al risarcimento del danno. Suggerisco però una soluzione differente ispirata innanzitutto dal fatto che se tale rimedio fosse effettivamente un'esecuzione, l'obbligazione dovrebbe estinguersi con la sostituzione-esecuzione, ma ciò qui non avviene dato che solo ne viene trasformato l'oggetto in somma di denaro. Anche l'impianto del *Projet de réforme de la responsabilité civile* del 13 marzo 2017 mi pare apra alla possibilità di inquadrare il rimedio in parola in una forma di risarcimento. In tale progetto si trova ribadito all'art. 1264 che «la victime est libre de disposer des sommes allouées», ossia non è obbligata a utilizzare il risarcimento per riparare effettiva-



JUS CIVILE

Quello che sembrava – e in Francia viene letto come – un rafforzamento del credito diventerebbe nel nostro sistema un rafforzamento della posizione del debitore libero di correggere da sé, purché in un tempo ragionevole, il proprio inadempimento. Itinerario curioso questo che alla stessa regola riesce a far dire, in due sistemi diversi, una cosa e il suo contrario, finendo da noi per valorizzare il frammento apparentemente meno significativo di questo nuovo art. 1222, ossia la messa in mora; itinerario che può trovare ragione solo alla luce dell'intricato combinarsi tra il sistema normativo e la sua funzione economica. È l'aver cambiato due piccoli e periferici ingranaggi del sistema (il rinvio al codice di procedura dell'art. 2931 cod. civ. e la "civiltizzazione" degli artt. 1515 ss.) ad aver determinato il risultato ribaltato italiano; ma è la costante attenzione alla funzione economica del sistema a far sì che tale risultato possa apparire l'utile concretizzazione di un'istanza avvertita anche nel dibattito italiano.

mente il danno. Eppure anche in quel progetto si trova espressamente un'ipotesi di *anticipo* (e dunque vicolo di destinazione) della somma di denaro riconosciuta al danneggiato. Art. 1261 terzo comma: il danneggiato può vedersi *anticipata* la somma necessaria alla riparazione in natura del danno. Seguendo una linea che ho provato a sviluppare in un altro lavoro (*I costi di riparazione come risarcimento per equivalente. Spunti a partire dal progetto di riforma della responsabilità civile francese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, spec. 451 ss.) si può arrivare a sostenere che in Francia il c.d. risarcimento pecuniario in forma specifica – nulla di ontologicamente diverso dal risarcimento per equivalente, sostengo – è sempre vincolato all'effettiva destinazione della somma di denaro alla riparazione (per il nostro sistema un'idea analoga si trova in A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica, Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 276 ss.; ID., *Sub Art. 2058*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, artt. 2044-2059, Torino, 2011, 646 ss.). Abbracciata tale prospettiva, dunque, il vincolo di destinazione che si trova all'art. 1222 potrebbe non precipitare dalla natura esecutiva del rimedio, ma dalla specifica modalità di quantificazione del danno richiesta del creditore. Una specifica modalità che dovrebbe permettere di far ricevere al creditore una somma di denaro maggiore rispetto al generico risarcimento sostitutivo della prestazione (astratto valore di mercato), dato che solo ciò sarebbe in grado di spiegare come mai: dal punto di vista normativo tale somma sia poi vincolata al risultato dell'obbligazione; dal punto di vista pratico il creditore abbia optato per un meccanismo che non lo lascia poi libero di destinare il denaro a suo piacimento.



GIULIA TERLIZZI

Ricercatrice di Diritto privato comparato – Università degli Studi di Torino

IL CONTRAT D'ADHÉSION NEL CODE CIVIL RIFORMATO: PROBLEMI E PROSPETTIVE *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina del contrat d'adhésion all'interno del codice civile francese, fra vecchie e nuove definizioni. – 3. Le modifiche apportate dalla l. n° 2018-287. – 4. I problemi applicativi. – 5. Il contrat d'adhésion nella giurisprudenza esistente, fra problemi e incerte prospettive. – 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. – L'emergere di un'economia digitale sta dando vita a nuovi processi contrattuali, le cui parole chiave sono standardizzazione, automazione e disintermediazione. La gran parte dei contratti, compresi quelli *on line* conclusi attraverso le piattaforme digitali, si realizza senza alcuna possibilità di trattativa tra le parti per definire il contenuto del contratto; quest'ultimo è predisposto unilateralmente da una parte ed accettato – o respinto in toto – dalla parte aderente¹. Tale fenomeno si estende aldilà dei confini delineati dalla disciplina a tutela del consumatore, e tocca ambiti nuovi rispetto alla tipica contrattualizzazione standard o di massa caratterizzata dalla presenza delle condizioni generali di contratto². Seguendo l'evoluzione della regolamentazione dell'Unione Europea, che ha profondamente influenzato i sistemi nazionali di diritto privato, i legislatori nazionali hanno incominciato a regolamentare i rapporti contrattuali sulla base della caratterizzazione dei contraenti secondo il loro *status* sul mercato, con l'introduzione della disciplina dedicata ai contratti del consumatore, sulla scia delle direttive 93/13/CEE, 2011/83/UE e della recentissima Direttiva 2019/2161³, e dall'altra parte di regole di protezione dell'«impresa debole»⁴.

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ Cfr. sul tema, fra i molti, il recente contributo di C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in questa *Rivista*, 2021, 4, 870, 875.

² Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Giappichelli, 2020, 68, 72 s.

³ Direttiva (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. La direttiva è stata adottata in Francia con l'*ordonnance* n° 2021-1734 du 22 décembre 2021, JORF n° 0298 del 23/12/2021, le nuove regole entreranno in vigore il 28 maggio 2022. Cfr., nella dottrina francese, J.D. PELLIER, *Regard sur la directive dite Omnibus 2019/2161 du 27 novembre 2019*, in *RDC* 2020, n° 116w8, p. 76.

⁴ Anche in questo settore, il legislatore francese è intervenuto recentemente con l'*Ordonnance* n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux



Il panorama del diritto contrattuale attuale è dunque caratterizzato dall'insieme di questi tre fattori: l'abbandono del paradigma unitario del contratto basato sul consenso libero e uguale, la consapevolezza del problema generale causato dalle situazioni di squilibrio fra le parti da cui discendono contratti inefficienti e, infine, lo sforzo comune degli ordinamenti nazionali teso alla ricerca di una soluzione volta alla repressione di contratti o clausole nocivi per l'ordine sociale ed economico, attraverso sistemi di controllo sulle clausole abusive⁵. La ricerca di nuovi paradigmi muove appunto dalla *ratio* di correggere un contratto che non costituisce il frutto di una negoziazione efficiente: la protezione della parte debole è strettamente connessa a quella della concorrenzialità del mercato⁶.

In questo contesto si colloca l'inserzione della figura del contratto di adesione – e della connessa disciplina di controllo delle clausole abusive all'interno del diritto comune dei contratti – che rappresenta una delle maggiori – e più dibattute⁷ – innovazioni della riforma del *Code civil* francese del 2016⁸.

In linea con gli obiettivi enunciati nel rapporto di presentazione⁹, la legge di riforma introduce, accanto alla categoria tradizionale dei contratti liberamente negoziabili tra le parti – e cioè *de gré a gré*, letteralmente da volontà a volontà – una nuova categoria, quella del contratto di adesione, che disciplina l'ipotesi in cui una delle parti ha il controllo del contenuto del contratto, con la conseguente possibilità di introdurre stipulazioni che le sarebbero eccessivamente vantaggiose, e stabilisce, con riferimento alla figura in esame, regole particolari sulle clausole abusive e sull'interpretazione.

L'inserzione di questo nuovo articolo muove dalla constatazione che il diritto contrattuale è un diritto vivente, le cui evoluzioni toccano e mutano anche la nozione di contratto di adesione tradizionalmente concepita. Ciò emerge anche dalle dichiarazioni al pubblico del Ministro della giustizia, che per giustificare l'introduzione di un “meccanismo per combattere le clausole abusive nei contratti di adesione” porta ad esempio il contratto concluso sulla piattaforma *Airbnb*: “il contratto permette al proprietario dell'appartamento di cambiare il periodo della locazione in qualsiasi momento, senza l'accordo e senza alcun diritto dell'altra parte. Grazie alla riforma, potrò chiedere al giudice di eliminare questa clausola”¹⁰. Se il contesto evolve, va da

autres pratiques prohibées, JORF n° 0097 du 25 avril 2019 e con la Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021, JORF n° 0244 du 19 octobre 2021. Sulla protezione dell'imprenditore debole e sul contratto asimmetrico in Italia, cfr., fra i molti, V. ROPPO, *Contratto*, cit. 68, 72 s.; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali V, Giuffrè, 2012, 370 ss.

⁵ Cfr., sul punto, l'analisi compiuta da R. FORNASARI, *Crepuscolo degli idoli. Dalla frammentazione del soggetto alla frammentazione del contratto*, in questa *Rivista*, 2019, 5, 451-452.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ciò è dimostrato dal fatto che il tema ha attirato l'attenzione della dottrina italiana sul tema. Cfr., fra i molti, D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019; P. SIRENA, *Dal fitness check alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Jovene, 2019 ed in particolare il contributo di F. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti tra parte generale e discipline di settore*, in P. SIRENA (a cura di), *Dal fitness*, cit., 163-208; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti*, in *Annuario del Contratto 2019*, Giappichelli, 2019, 242-250; ID., *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2019, 132 ss.; E. MINERVINI, *Contratti per adesione e clausole abusive nel codice civile francese riformato*, in *Contratto e Impresa*, Cedam, 2018, 2, 621 ss.; F.P. PATTI, *Le clausole abusive nei contratti tra professionisti*, in *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, 2018, 86-124, 89; G. ALPA, *Verso la riforma del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 3 ss.

⁸ *Ordonnance* n° 2016-131 del 10 febbraio 2016, JO 11 février, consultabile qui <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939/>.

⁹ Cfr. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, JORF n°0035 du 11 février 2016, Texte n° 25.

¹⁰ Cfr. *Communiqué de presse de Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*: «Un dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion est introduit. Cas concret: j'ai loué un appartement pour mes vacances sur Airbnb, et le contrat permet au propriétaire de l'appartement de changer la période de location à n'importe quel moment, sans mon accord et sans indemnité. Grâce à la réforme,



sé che con esso evolve anche la nozione del contratto di adesione, come peraltro dimostrato dai lavori di riforma del codice, che ne hanno operato un'interpretazione evolutiva, come si cercherà di illustrare.

Il nuovo impianto codicistico delineato per creare un sistema “generalizzato” di tutela della parte debole sul terreno del diritto comune attraverso l'introduzione del *contrat d'adhésion* è costruito su una triade normativa: l'art. 1110, l'art. 1171 e l'art. 1190 cod. civ.

Secondo l'art. 1110 *Code civil* il *contrat d'adhésion* è “quello che comporta un insieme di clausole non negoziabili, determinate in anticipo da una delle parti” (*celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties*).

Al contratto di adesione si applica l'art. 1171 cod. civ., che introduce un meccanismo per sanzionare le clausole abusive attraverso un rimedio concesso al contraente debole. In particolare, l'art. 1171 cod. civ. stabilisce che “in un contratto di adesione, qualsiasi clausola non negoziabile, determinata in anticipo da una delle parti, che crea uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti del contratto è considerata non scritta”. Palesemente richiama la disciplina consumeristica prevista dal *Code de la consommation*¹¹ anche il secondo comma dell'art. 1171 cod. civ., il quale precisa che “la valutazione dello squilibrio significativo non riguarda l'oggetto principale del contratto o l'adeguatezza del prezzo del servizio” (*l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*)¹².

A completamento del quadro normativo disciplinante il contratto di adesione, occorre infine segnalare l'art. 1190 *code civil*, da cui si ricava il criterio interpretativo secondo il quale nel dubbio si interpreta il contratto di adesione in favore dell'aderente e contro colui che lo ha predisposto.

Di fronte alla conclamata esigenza di una disciplina in grado di stabilire la *justice contractuelle* e di tutelare la parte debole nelle relazioni contrattuali¹³, non sono però mancate perplessità, manifestatesi, fin dalla sua prima apparizione all'interno del Progetto di riforma contenuto nell'*ordonnance* del 2016, sia nella dottrina nel dibattito politico, che si sono in particolare focalizzate sulla difficile definizione dei criteri con cui identificare la nuova figura del *contrat d'adhésion* rispetto al *contrat de gré a gré*, da un lato, e sulla difficoltà di delineare l'ambito di applicazione del contratto di adesione, a causa della coesistenza della nuova norma generale del *Code civil*, prevista all'articolo 1110 con le due norme previste nei codici di settore già esistenti, quella dell'art. L 212-1 del Codice del consumo e quella dell'art. L 442-6 del Codice commerciale, dall'altro.

je pourrai demander au juge de supprimer cette clause”. Il testo è consultabile qui <http://www.presse.justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/archives-des-communiqués-de-2016-12818/droit-des-contrats-28735.html>.

¹¹ Cfr. *Rapport au Président*, cit., sous-section 3: «les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives». Infatti, l'art. L. 212-1 cod. cons., stabilisce che nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori, sono abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto di creare, a danno del consumatore, uno squilibrio significativo tra i diritti e le obbligazioni delle parti del contratto.

¹² Secondo l'art. L 212-1 cod. cons., l'apprezzamento del carattere abusivo delle clausole non incide né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto né sull'adeguatezza del prezzo o della remunerazione del bene venduto o del servizio offerto, purché le clausole siano redatte in modo chiaro e comprensibile. Cfr. in dottrina, M. 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*, 2016, 116 ss.

¹³ Cfr. *Rapport au Président*, cit.: “l'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible. Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires. On peut enfin rappeler que cet objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible d'être compris sans l'assistance d'un spécialiste. La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle”.



In effetti, le stesse disposizioni sono cambiate nel tempo dopo il 2016. Non a caso, proprio con riguardo alle modifiche – simboliche e sostanziali – apportate dalla legge di ratifica n. 2018-287 del 20 aprile 2018¹⁴, alcuni autori parlano di una “riforma della riforma”¹⁵, con particolare riguardo all’emendamento più discusso dai parlamentari e dai giuristi: la definizione del contratto di adesione e la corrispondente determinazione del campo della lotta contro le clausole abusive¹⁶.

Nel quinto anniversario della riforma francese delle obbligazioni e dei contratti, pare utile procedere ad una analisi della dottrina e della giurisprudenza esistente per tentare di offrire, attraverso l’analisi comparativa, utili spunti di riflessione al dibattito dottrinale italiano che da tempo sente l’esigenza di rinnovare l’impianto codicistico e colmare i “vuoti” lasciati dal legislatore nell’attuale panorama del diritto contrattuale, in vista di una più efficace tutela del contraente debole attraverso un controllo sulle clausole abusive non confinato ai soli rapporti tra professionisti e consumatori, o tra professionisti, ma generalizzato a tutti i rapporti¹⁷.

L’articolo si propone quindi di ricostruire le tappe dell’ingresso del contratto di adesione nel codice civile francese fino alla versione attualmente in vigore, per verificare se gli obiettivi del legislatore francese di conciliare l’esigenza della giustizia contrattuale e della tutela del contraente debole, da un lato e quella dell’attrattività del diritto francese e dell’efficienza del mercato, dall’altro, siano stati nella pratica raggiunti.

2. – 2.1. – La nozione di contratto di adesione è, come noto, una creazione dottrinale. Fu Raymond Saleilles¹⁸ a coniarla per primo nella sua opera *De la déclaration de volonté*¹⁹ nel 1909. Nell’opera l’autore os-

¹⁴ Loi n. 2018-287, 20 avril 2018, ratifiant l’ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO, 21 avril 2018, consultabile qui <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000036825602/>.

¹⁵ In questo senso si pronuncia M. MEKKI, *La loi de ratification de l’ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ?*, in *Rec. Dalloz*, 2018, 900 ss., ma anche D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, in *RDC*, 2018, 65 ss.; Id., *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *Dalloz*, 2018, 912; T. REVET, *L’incohérent cantonnement, par l’Assemblée nationale, du domaine du contrat d’adhésion aux contrats de masse*, in *Dalloz*, 2018, 125 ss., specialmente al n. 3.

¹⁶ Sull’acceso dibattito dottrinario e sulle diverse proposte presentate durante i dibattiti tra le due camere, si vedano, fra i molti, F. CHENEDE, *La réforme droit de contrat et dialogue des chambres*, in *AJ contrat*, 2018, 25 ss.; M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss.; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification de la réforme du droit des obligations: analyse de la deuxième lecture du Sénat*, in *Rec. Dalloz*, 2018, 309 ss., in particolare nn. 6, 7, 8, 11; D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, in *RDC*, 2018, 65, il quale considera «l’intrusione» del *contrat d’adhésion* nel *code civil*, la vera rivoluzione operata dall’*Ordonnance* del 2016; N. BLANC, *Contrat d’adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, in *RDC*, 2018, 20 ss., spec. nn. 3 e 4.

¹⁷ Nonostante l’embrionale tutela prevista – con netto anticipo rispetto ad altri ordinamenti – dagli articoli 1341 e 1342 del nostro codice italiano del 1942 dedicati alle condizioni generali di contratto e ai contratti conclusi mediante moduli e formulari, e successivamente quella di settore prevista dal Codice del consumo, si rende più che mai necessario tutelare le parti deboli di rapporti contrattuali caratterizzati, in un modo o nell’altro, da una asimmetria fra le parti, quali i contratti asimmetrici fra professionisti o quelli “supplier to customer” non rientranti nella disciplina predisposta dal Codice del consumo, né in quella volta a tutelare altre categorie di soggetti, quali i “viaggiatori” o i “clienti”, e neppure in quella, di tipo oggettivo, posta a tutela dei soggetti che concludono contratti standard, già prevista dal codice civile. Sul tema, cfr. F. AZZARLI, *Ricodificazione*, cit., 163-208; F.P. PATTI, *Le clausole*, cit., 86-124, 89 ss.

¹⁸ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le Code civil allemand*, LGDJ, 1901, 229-230.

¹⁹ Nell’opera di Raymond Saleilles l’autore cita a titolo di esempio, il contratto di lavoro o il contratto di trasporto senza trarre da questi esempi alcuna conseguenza essenziale, se non in termini di interpretazione degli accordi; questo concetto rimarrà quindi per molto tempo un concetto senza una disciplina definita. La nozione di contratto di adesione godrà di un certo successo e sarà ripresa nella prima metà del XX secolo da numerosi autori che cercano di chiarirla e di costruirne la definizione e il regime. Si vedano, in particolare, V. PINCHON, *Des contrats d’adhésion. Leur interprétation et leur nature*, tesi, Lyon, 1909, che aggiunge all’elenco già formulato da Ray-



serva che “ci sono dei cosiddetti contratti che sono contratti solo di nome, la cui costruzione giuridica resta da fare (...) che potrebbero essere chiamati, in mancanza di un termine migliore, contratti di adesione, nei quali vi è il predominio esclusivo di una volontà, che agisce come una volontà unilaterale, che detta la sua legge, non più a un individuo, ma a una collettività indeterminata, e che si impegna già in anticipo, unilateralmente, salvo l’adesione di coloro che vogliono accettare la legge del contratto, e appropriarsi di questo impegno già creato su se stessi”²⁰.

Sebbene non sia dunque una invenzione degli estensori dell’ordinanza n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, la nozione di contratto di adesione non trovava tuttavia alcun esplicito riferimento nel diritto positivo. È infatti opportuno ricordare che a partire dalla diffusione del fenomeno dei contratti standard, che ha ulteriormente accentuato la situazione di inferiorità di una delle parti contrattuali, il legislatore francese era intervenuto puntualmente, elaborando alcune norme di protezione della parte debole specifiche per alcuni tipi contrattuali, quali i contratti di lavoro e i contratti di assicurazione. Successivamente si è provveduto a introdurre norme specifiche a seconda delle qualità dei contraenti, che hanno trovato sede nel *Code de la consommation* e nel *Code de commerce*.

2.2. – Con la riforma del *Code civil*, il tema del *contrat d’adhésion* è tornato ad occupare la scena del dibattito, dividendo la dottrina fra coloro che riconoscevano l’opportunità di inserire il *contrat d’adhésion* e la sua disciplina rimediabile nella parte generale del contratto²¹ e coloro che non ne ravvisavano la necessità²².

La soluzione che ha prevalso è, come noto, quella dell’inserimento del *contrat d’adhésion* nella disciplina generale del codice civile, in conformità agli obiettivi del processo di ricodificazione richiamati nella Relazione di presentazione del Progetto di riforma²³, in particolare quello della lotta contro le clausole abusive. Sul punto, è interessante notare che l’espressione “clausole abusive” non compare nell’*ordonnance* di riforma del 2016, ma non vi è dubbio che ad esse si riferiscono le disposizioni ora citate, come peraltro indicato nel Rapporto di presentazione della riforma: «l’*ordonnance* si propone (...) di punire l’abuso di dipendenza assimilato alla violenza e le clausole abusive nei contratti di adesione, per proteggere gli interessi della parte più debole”.

La spinta verso un diritto contrattuale più giusto ed equo permette altresì di avvicinare il diritto francese ad altri ordinamenti e ai progetti di armonizzazione europei²⁴.

A ciò si deve aggiungere un altro importante obiettivo, anch’esso richiamato nel Rapporto: il rafforzamento della “*cohérence*” del diritto contrattuale francese. Attraverso la codificazione di questa disciplina si è inteso applicare a una serie di ipotesi di contratti il cui contenuto è predeterminato in via unilaterale da una

mond Saleilles i contratti di fornitura di beni di consumo; G. DEREUX, *La nature juridique du contrat d’adhésion*, in *RTD civ.* 1910, 503; M. DOMERGUE, *Étude d’ensemble sur le contrat d’adhésion*, tesi, Bordeaux, 1935; A. RIEG, *Contrat type et contrat d’adhésion*, in *Travaux et recherches de l’Institut de droit comparé de Paris*, 1970, 105; G. BERLIOZ, *Le contrat d’adhésion*, LGDJ, 1973.

²⁰ R. SALEILLES, *De la déclaration*, cit., 229-230: “Sans doute, il y a contrats et contrats [...]. Il y a de prétendus contrats qui n’ont de contrat que le nom [...] que l’on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d’adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d’une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s’engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s’emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même”.

²¹ Tra la dottrina favorevole alla ricezione del *contrat d’adhésion* sul “terrain du droit commun”, cfr. T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *Dalloz*, 2015, 1220-1221.

²² Per una posizione, invece, contraria alla scelta di rendere il *contrat d’adhésion* una «catégorie ordinaire» cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2020, 227 e s.

²³ *Rapport au Président*, cit.

²⁴ Si veda in tal senso la disposizione dell’art. 4: 110 PECL.



delle parti, ma che restano fuori dalle ipotesi prese in esame dalla legislazione commerciale o da quella consumeristica, i medesimi principi sottesi a queste ultime²⁵.

Tutela della parte debole (e dunque perseguimento della giustizia contrattuale), rafforzamento dell'attrattività del diritto francese, avvicinamento del diritto francese ad altri ordinamenti e al diritto europeo: ecco le parole d'ordine alla base di questa scelta innovativa²⁶.

3. – Come già anticipato, la legge di ratifica n° 2018-287 del 20 aprile 2018 ha modificato la definizione del contratto di adesione e, in misura minore, la definizione del contratto liberamente negoziato fra le parti (*contrat de gré a gré*).

A partire dal 1° ottobre 2018, secondo quanto disposto dall'articolo 1110 *Code civil*, il contratto di *gré a gré* (o contratto oggetto di trattativa) è un contratto le cui condizioni sono negoziabili tra le parti. (*“est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties”*), mentre il contratto di adesione è quello che “comporta un insieme di clausole non negoziabili determinate in anticipo da una delle parti” (*“est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties”*).

3.1. – Le modificazioni apportate dalla legge di ratifica ruotano intorno a tre elementi.

Il primo è l'abbandono del riferimento alle condizioni generali²⁷, utilizzato nella prima versione dell'*ordonnance*.

Occorre infatti ricordare che nella sua versione iniziale e fino alla legge di ratifica (dal 2016 al 2018), l'articolo 1110 del *code civil* definiva il contratto di adesione come un contratto “le cui condizioni generali sono sottratte alla negoziazione e sono determinate in anticipo da una delle parti”, mentre il contratto oggetto di trattativa era definito come quello “le cui clausole sono liberamente negoziate fra le parti”.

I contorni di questa definizione sono stati oggetto di un acceso dibattito²⁸. La dottrina si è divisa sul punto, specialmente sul significato da dare all'espressione “condizioni generali” e sulla portata di tale catego-

²⁵ Come dichiarato nel *Rapport au Président*, cit.: «*l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le code civil (article 1171), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats: en effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrite les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties; dans les contrats conclus entre professionnels, le code de commerce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause*”.

²⁶ Cfr. *Rapport au Président*, cit.: «*Renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché. (...) L'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible. Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires. On peut enfin rappeler que cet objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible d'être compris sans l'assistance d'un spécialiste. La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle*”.

²⁷ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.

²⁸ F. CHENEDE, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil*, in *JCP*, 2016. Act. 776 ss.; Id., *Le contrat d'adhésion dans*



ria²⁹. Infatti, mentre una parte della dottrina difendeva una interpretazione restrittiva della norma, limitandone l'applicazione ai contratti di massa che contengono termini e condizioni generali pre-redatte, che non possono essere negoziati³⁰, altri optavano per una interpretazione più ampia, non limitata ai contratti "di massa", ma comprensiva dei contratti di "dipendenza"³¹.

Sul punto, è interessante segnalare che in questa fase alcuni autori avevano rivolto la loro attenzione a modelli stranieri per trarne ispirazione.

Con particolare riguardo al rischio, paventato da una parte della dottrina, di lasciare una zona grigia e indeterminata tra i contratti di adesione e i contratti *de gré à gré*, gli stessi autori avevano suggerito di adottare la soluzione prevista dal *Code civil du Québec*, all'articolo 1379, 2 comma, secondo il quale "qualsiasi contratto che non sia un contratto di adesione è un contratto di mutuo accordo"³².

Sebbene la proposta di seguire il modello del *Code civil du Québec*, non sia stata accolta, è tuttavia opportuno riconoscere che, sotto il profilo della "incongruenza" tra le due definizioni di contratto (*de gré à gré* e *d'adhésion*) e del possibile rischio di creare una zona grigia fra le due categorie di contratti, la modifica apportata dalla legge di ratifica ha avuto il pregio di ristabilire la coerenza testuale all'articolo 1110, allineando la formulazione testuale del primo e del secondo comma della norma³³.

Anche la proposta di guardare al modello tedesco non è stata accolta, ma in questo caso la scelta di abbandonare il riferimento alle "condizioni generali" del contratto non è affatto casuale. Come osservato in dottrina, il legislatore ha "voluto distinguere il *contrat d'adhésion* dal "contratto standardizzato", o "di massa".

Ciò significa che anche un contratto predisposto per una singola operazione, se predisposto unilateralmente, "può essere qualificato come *contrat d'adhésion*"³⁴. La nuova definizione ha tolto ogni dubbio: il contratto di adesione non è più limitato ai soli contratti di massa³⁵.

le projet de réforme, in Dalloz, 2015, 1226 ss. Per una interpretazione estensiva cfr., T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion*, in Dalloz 2016, 1771; ID., *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in Dalloz, 2015 1217 ss.; ID., *Une philosophie générale ?*, in RDC, 2016, hors-série, 5, spec. n. 14; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, in M. MEKKI (dir.), *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, in RDC, 2016, 358 ss.; M. MEKKI, *Fiche pratique sur le contrat d'adhésion*, in *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, 16 ss.

²⁹G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.

³⁰ F. CHENEDE, *Le contrat*, cit., 776 ss.; ID. *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme*, cit., 1226 ss.

³¹ Per una interpretazione estensiva cfr., T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion*, in Dalloz 2016, 1771 ss.; ID. *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in Dalloz 2015 1217 ss.; ID. *Une philosophie générale ?* in RDC 2016, hors-série, 5, spec. n. 14; M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss.; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, in M. MEKKI (dir.), *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, in RDC, 2016, 358 ss.; M. MEKKI, *Fiche pratique sur le contrat d'adhésion*, in *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, 16.

³² In merito al rischio di lasciare una zona grigia e indeterminata tra i contratti di adesione e i contratti *de gré à gré* cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.; ID., *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises*, Dalloz, 2018, i quali avevano suggerito di adottare la soluzione prevista dal *Code civil du Québec*. Il comma 2 dell'articolo 1379 stabilisce che "qualsiasi contratto che non sia un contratto di adesione è un contratto di mutuo accordo. Nel diritto quebecchese, cfr. M. LEMIEUX, *Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion*, in *Les Cahiers de droit*, 2001, 42 (3), 841-872.

³³ Cfr. M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss.

³⁴ La scelta di non fare più riferimento alle "condizioni generali" ma ad "un insieme di clausole" è stata salutata con favore, dal momento che risolve, almeno in parte, la confusione ingenerata dalla previgente versione, secondo la quale i contratti di adesione erano sostanzialmente "accantonati" nella categoria dei contratti di massa. Cfr. T. REVET, *L'incohérent*, cit., 124 ss. per cui fra cui quello di dover considerare i contratti in cui solo alcune clausole non sono negoziabili all'interno della classificazione dei contratti di adesione, o di trovarsi di fronte ad una categoria "pigliatutto", sprovvista di un preciso regime giuridico; ID. *Les critères du contrat d'adhésion*, in *Rec. Dalloz*, 2016, 1771 ss., spec. n. 10.

³⁵ T. REVET, *L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général*, in RDC, 2018, 4; D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, in RDC 2018, n° 115g0, 65 ss., no. 15; G. CHANTEPIE e M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss., n. 7.



3.2. – Il secondo elemento di novità apportato dalla legge di ratifica è l'adozione del criterio della “negoziabilità” in luogo di quello della “negoziiazione”³⁶. Si tratta della modifica più innovativa³⁷. Sostituendo al requisito della negoziazione, quello della negoziabilità, la legge di ratifica della riforma ha evidenziato che la distinzione tra un *contrat de gré a gré* (oggetto di trattativa) e un *contrat d'adhésion* si basa, più che sulla effettività della negoziazione fra le parti, sulla sua stessa possibilità: quando questa possibilità (di trattativa, di negoziazione) esiste, si tratta di un contratto *de gré a gré*, quando, invece, questa possibilità manca, si tratta di un *contrat d'adhésion*³⁸. Ne discende che un contratto di fatto non negoziato, ma che avrebbe potuto esserlo, non può essere qualificato come un “contratto di adesione”³⁹. Come già anticipato, la modifica è stata ritenuta opportuna in quanto elimina la “zona grigia” lasciata aperta dalla definizione precedentemente adottata, allineando sul medesimo requisito le definizioni del contratto liberamente negoziato dalle parti e del contratto di adesione, contenute rispettivamente nel primo e nel secondo comma dell'art. 1110 *code civil*⁴⁰.

Restano molti problemi aperti. Alcuni autori si sono infatti chiesti cosa si debba intendere per “insieme di clausole non negoziabili”. Si vuole così introdurre un criterio quantitativo? Per una parte della dottrina tale riferimento a un «ensemble de clauses» ha lo scopo di evitare che un contratto che è essenzialmente negoziabile, ma che contiene un esiguo numero di clausole che non sono oggetto di negoziazione, venga considerato un contratto di adesione⁴¹.

3.3. – Il legislatore del 2018 è intervenuto anche sulla formulazione dell'art. 1171, già sopra menzionato. Nell'ambito del *contrat d'adhésion*, il legislatore ha inserito, quali ulteriori condizioni per l'apprezzamento di una clausola ivi contenuta e comportante un «déséquilibre significatif», altre due condizioni: il suo essere non negoziabile e il suo essere predeterminata da una delle parti. Ne deriva che, all'interno di un contratto di adesione, non tutte le clausole sono sottoposte al controllo del “significativo squilibrio” operato dal giudice: lo sono solo quelle non negoziabili e predeterminate in anticipo da una delle parti⁴².

In questo senso, una parte della dottrina ha sollevato qualche perplessità sulla ulteriore riduzione dell'ambito di controllo da parte del giudice. Sembra infatti quanto meno ingiustificato, sotto il profilo della

³⁶ Tale sostituzione era stata proposta da F. CHENEDE, *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats. À propos de quelques observations de la Direction des affaires civiles et du Sceau et de leurs suites*, in *Dalloz* 2017, 2214, secondo il quale «un contratto di comune accordo è un contratto i cui termini sono negoziabili tra le parti». In precedenza, la “negoziabilità” era stata evocata anche da O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexiNexis 2016, 64: “(...) è più esatto definire un contratto di mutuo accordo come uno il cui intero contenuto (compresi i termini e le condizioni generali) è liberamente negoziabile”. Più dubbioso è invece M. MEKKI, *Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016*, *Dalloz*, 2017, 462 ss., il quale «non è certo che la nozione di “negoziabilità” non ponga gli stessi problemi, soprattutto in termini di prove», cfr., nello stesso senso, M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss. Favorevoli al criterio della negoziabilità e all'abbandono delle condizioni generali di contratto sono anche T. REVET, *L'achèvement*, cit., 4; N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 e ss.; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.

³⁷ In questo senso, cfr., fra gli altri, L. ANDREU, *Le nouveau contrat d'adhésion*, in *AJContrat*, 2018, 262 ss. e N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss., spec. 9.

³⁸ L'antinomia fra le due norme è delineata sulla base di questo criterio: ciò che è negoziabile è definito *contrat de gré a gré*, mentre ciò che non lo è, necessariamente, un *contrat d'adhésion*. Cfr. T. REVET, *L'achèvement*, cit., 4.

³⁹ In questo senso, cfr. N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss., 9.

⁴⁰ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.; Id., *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises*, *Dalloz*, Paris, 2018.

⁴¹ In questo senso, cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss., no. 6; N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss., n. 10.

⁴² Cfr. N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss.



lotta alle clausole abusive, mantenere nel contratto una clausola che provoca uno “squilibrio significativo” in un contratto di adesione, senza poterla sottomettere al sindacato di abusività, sulla base del fatto che essa sia stata negoziata o che fosse negoziabile⁴³. D’altra parte, si è osservato che questa soluzione, “benché scioccante”⁴⁴, risponde alla logica posta alla base della disciplina del contratto di adesione. Se la protezione dell’aderente ha come ragion d’essere la sua impossibilità a negoziare liberamente il contenuto del contratto (o della clausola), è logico che l’aderente venga protetto solo da quelle clausole determinanti un significativo squilibrio che non sono il frutto della libertà negoziale, ma, bensì, della sola unilaterale volontà del predisponente⁴⁵. Per contro, se tali clausole sono state liberamente negoziate (o avrebbero potuto esserlo), il controllo di abusività da parte del giudice deve – logicamente – essere escluso perché l’aderente aveva il potere di discutere il contenuto della clausola e di rifiutarla⁴⁶.

4. – Di fronte alla “novella” apportata dalla legge di ratifica sopra delineata, molti dubbi rimangono aperti.

Se è vero che, da un lato, il superamento del riferimento alle *conditions générales* ha permesso una più chiara estensione anche oltre la contrattazione di massa della figura del *contrat d’adhésion*; dall’altro lato è opportuno constatare che la definizione è ancora accusata di essere fonte di incertezza.

4.1. – Il requisito della non *négociabilité* solleva interrogativi non di poco conto sotto il profilo probatorio⁴⁷. Si è sul punto sottolineato che la nuova distinzione tra clausole negoziabili e clausole non negoziabili solleva il problema dell’onere probatorio, che dovrebbe essere – secondo la logica – messo a carico di colui che invoca la “negoziabilità”⁴⁸. Certamente non basterà un’eventuale espressa dichiarazione in contratto della negoziabilità. Ci si chiede quali possano essere le prove atte a convincere il giudice, il quale, potrebbe essere, d’altra parte, tentato di concludere che il contratto non è negoziabile sulla base di un criterio personale e soggettivo come, ad esempio, quello della ineguaglianza tra le parti (intellettuale, economica, sociale, ecc.)⁴⁹. Sul tema, alcuni autori ritengono che le parti potranno conservare e produrre scambi di e-mail, bozze di contratto e altri simili documenti per dimostrare che il contratto era negoziabile e dunque *de gré a gré*⁵⁰.

⁴³ Così N. BLANC, *Contrat d’adhésion*, cit., 20, n. 13; M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss.

⁴⁴ D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, RDC, 2018, Hors-série, 65 ss., n. 18.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ D. MAZEAUD, *Le nouveau*, cit., 65 ss., n. 18. Cfr., in questo senso, i chiarimenti apportati dal Ministro della Giustizia, Nicole Belloubet, sul disegno di legge adottato dal Senato sulla riforma del diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni, all’Assemblea Nazionale l’11 dicembre 2017: «Il testo che avete davanti oggi definisce chiaramente la portata del divieto delle clausole abusive. Questo è importante. Un dibattito ha effettivamente avuto luogo sulla estensione di questo campo che, secondo il vostro lavoro, copre le clausole non negoziabili all’interno dei contratti di adesione. Questo emendamento, il cui impatto sarà limitato nella pratica – lo sottolineo – ha il merito di essere coerente con i criteri individuati durante la navetta per definire un contratto di adesione: la diminuzione della forza vincolante del contratto è precisamente giustificata dalla sottrazione alla negoziazione delle clausole in questione», <http://www.assemblee-nationale.fr>.

⁴⁷ N. BLANC, *Contrat d’adhésion*, cit., 20 ss.

⁴⁸ Cfr., in questo senso, D. MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme du droit des contrats*, in Dalloz 2018, 912 ss.; M. MEKKI, *La loi*, cit. 900 ss.; N. BLANC, *Contrat d’adhésion*, cit., 20 ss.; C. GRIMALDI, *La preuve et le contrat d’adhésion*, in RDC, 2019, n. 115z4, 135 ss. Contra, L. ANDREU, *Le nouveau*, cit., 262 ss., spec. 2.2, 9.

⁴⁹ Cfr. M. MEKKI, *La loi*, cit. 900 ss.; spec. n. 31; A.L. ZABEL, *L’application de l’article 1171 du Code civil refusée à une clause de réduction de la prescription contenue dans un contrat de travail*, in *Les Petites Affiches*, 6 mai 2021, n° 160h6, 16 ss.

⁵⁰ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.



Si deve però segnalare che con riferimento all'art. L 442-1 del *Code de commerce* prevale l'orientamento opposto. Si deve segnalare infatti una decisione della sezione commerciale della Corte di Cassazione, basata sull'art. L 442-1 del *Code de commerce* che, secondo alcuni autori, potrebbe essere estesa agli articoli 1110 e 1171 del codice civile e chiarire il regime della prova⁵¹. Nel caso in esame, la Corte afferma che è l'attore che deve provare l'assenza di negoziazione (o negoziabilità, ex art. 1110 del *code civil*) e precisa che la prova di un fatto negativo può essere provata attraverso fatti positivi, come, per esempio, la prova del rifiuto della parte che redige il contratto di modificare una o più clausole. Il giudice, in tali ipotesi, può anche ricorrere a una serie di indizi per ravvisare l'assenza di negoziabilità, fra cui, per esempio, l'esistenza di diversi contratti emessi dallo stesso datore di lavoro e contenenti le stesse clausole⁵².

4.2. – Ulteriori dubbi emergono in merito all'ampiezza del potere di controllo affidato al giudice. Considerata l'importanza di tale potere di controllo, la dottrina ha ritenuto che sarebbe stato prezioso identificare alcuni indicatori sulla base dei quali il giudice deve qualificare una clausola come abusiva⁵³, per evitare una eccessiva “*judiciarisation du contrat*”⁵⁴ e preservare la certezza del diritto, soprattutto nel determinare il campo di applicazione della regola fra disciplina generale e discipline settoriali⁵⁵. Il legislatore ha scelto di fare ricorso a una semplice clausola generale, senza uno sforzo per articolare meglio i tratti distintivi né di fornirne una esemplificazione.

4.3. – Un notevole problema posto dalla nuova disciplina è quello del rapporto del diritto comune dei contratti di adesione con le regole proprie dei contratti conclusi tra professionisti (disciplinati nel *Code du commerce*) o tra un professionista e un consumatore (disciplinati nel *Code de la consommation*), fra cui peraltro esistono punti di connessione. Come dichiarato dai promotori della riforma⁵⁶, la nozione di *significativo*

⁵¹ Cfr. H. BARBIER, *Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat*, in *RTD civ* 2020, 109 ss.: «Cette solution, rendue sur le terrain de l'article L. 442-1 du code de commerce, nous semble devoir être étendue à l'article 1171 du code civil. Il appartient au demandeur d'établir l'existence d'un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du code civil, si bien qu'il doit prouver, lui aussi, l'absence de négociabilité des clauses litigieuses et ne bénéficie d'aucune présomption pour l'aider».

⁵² Cfr. Com. 20 nov. 2019, n° 18-12.823, con commento di H. BARBIER, *Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat*, in *RTD civ.*, 2020, 109; e in *AJ contrat*, 2020, 35, con osservazioni di F. BUY; Civ. 1re, 11 déc. 2019, n° 18-21.164, in *Dalloz*, 2019, 2405 e in *Dalloz*, 2020, 353 ss., con osservazioni di M. MEKKI; in *AJ contrat*, 2020, 97, con osservazioni di V. Legrand.

⁵³ M. MEKKI, *Droit des contrats – janvier 2019 – janvier 2020*, in *Recueil Dalloz*, 2020, 353 ss.; N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss., spec. 17.

⁵⁴ L'espressione è utilizzata da D. MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2018, 912 ss.

⁵⁵ Cfr. D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, in *RDC*, 2016, n. 2, 353 ss.

⁵⁶ Con riguardo alla nozione contenuta nell'art 1171 *code civil*, la relazione presentata al Presidente della Repubblica precisa che “i criteri di valutazione dello squilibrio sono già noti in quanto si ispirano a quelli del Codice del Consumo e derivano dal recepimento della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive”. Il governo invita quindi a fare riferimento alle soluzioni trovate nel diritto dei consumatori per qualificare le clausole abusive. Cfr. *Rapport au Président*, cit.: «*enfin l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le code civil (article 1171), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats: en effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrite les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties; dans les contrats conclus entre professionnels, le code de com-*



squilibrium contenuta nella disciplina del contratto di adesione non è nuova, ma mutuata dal diritto dei consumatori e dal diritto commerciale, benché vi siano fra loro alcune differenze non irrilevanti.

Partendo dalla disciplina consumeristica, l'articolo L. 212-1, comma 1, del codice del consumo prevede che "nei contratti conclusi tra professionisti e non professionisti o consumatori, sono abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto di creare un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti del contratto a danno del consumatore". Il paragrafo tre dell'articolo prevede poi che "la valutazione del carattere abusivo delle clausole non riguarda la definizione dell'oggetto principale del contratto o l'adeguatezza del prezzo o della remunerazione del bene venduto o del servizio offerto, purché le clausole siano redatte in modo chiaro e comprensibile".

Ai fini di una comparazione dell'art. 1171 cod. civ. con le norme del codice del consumo è opportuno soffermarsi su un primo elemento, riguardante la valutazione del concetto di squilibrio significativo. Nel codice del consumo, se la clausola comportante un significativo squilibrio rientra all'interno del cosiddetto elenco nero predisposto dall'articolo R. 212-1, essa si presume abusiva "*de manière irrefragable*"⁵⁷. Invece, secondo la nuova disposizione del codice civile, per dichiarare il carattere abusivo della clausola occorre rilevare

merce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause. Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites. Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives; l'alinéa 2 de l'article 1171 précise que cette appréciation ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

⁵⁷ Art. R. 212-1, Code de la consommation: Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irrefragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de:

1° Constater l'adhésion du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion;

2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires;

3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre;

4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;

5° Contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service;

6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations;

7° Interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service;

8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur;

9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat;

10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel;

11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel;

12° Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.



la presenza di tre condizioni: si deve essere in presenza di un contratto di adesione, la cui clausola determinante lo squilibrio significativo sia non negoziabile e predeterminata in anticipo da una parte. Da tale impianto normativo, sembra si possa escludere l'ipotesi che il giudice nell'applicare la norma del codice civile debba necessariamente condannare ogni clausola corrispondente all'elenco dell'articolo R. 212-1, del codice del consumo.

È bene ricordare, inoltre, che nei rapporti con i consumatori, contrariamente al diritto comune e al diritto commerciale, se una clausola rientra fra quelle previste dalla lista nera la specifica trattativa non assume rilievo ai fini della sanzione di abusività, ma è sufficiente che il consumatore provi che la clausola determinava uno squilibrio significativo, e dunque la prova della negoziabilità non può essere utilizzata per rovesciare la presunzione di abusività quando la clausola contestata è inclusa all'interno del suddetto elenco⁵⁸. È evidente qui la differente logica che sta alla base, da un lato, degli articoli 1171 del codice civile e L. 442-1 del codice del commercio, focalizzati sulle circostanze di negoziazione del contratto, e, dall'altro, dell'articolo L. 212-1 del Codice del consumo, la cui unica finalità è la protezione di una categoria di contraenti.

La nozione di "squilibrio significativo" appare anche nel codice del commercio. Ai sensi dell'articolo L. 442-, I, no. 2 del codice del commercio, come modificato dalla recente legge n° 2021-1357 sono sanzionate le clausole vessatorie in tutti i contratti in cui è parte un professionista⁵⁹. Va tuttavia segnalato che, se nel diritto comune non è possibile ravvisare uno "squilibrio significativo" se esso verte sul prezzo o sull'oggetto della prestazione, siffatta esclusione non è contemplata nella disciplina commerciale. Anzi, si sottolinea frequentemente che l'articolo L. 442-1, I, no. 2, del codice del commercio è pensato nel contesto delle relazioni tra grandi distributori e piccoli produttori, in cui una parte economicamente forte costringe l'altra ad accettare condizioni squilibrate proprio sotto un profilo economico⁶⁰.

Nella complessità dello scenario appena descritto, ci si è domandati se sia possibile applicare la regola prevista dall'art. 1171 del *code civil* in presenza di una clausola abusiva posta in un contratto concluso tra professionisti, o tra un professionista e un consumatore. Come noto, la prima ipotesi è retta dall'articolo L. 442-6, I del codice commerciale, mentre la seconda ipotesi è specialmente regolata dall'articolo L. 212-1 del codice del consumo. In tale quadro, quale è il posto da riservare all'articolo 1171 del codice civile?

Una prima risposta arriva dall'art. 1105 del *code civil*, il quale stabilisce che «*les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières*», conformemente al principio «*specialia generalibus derogant*». Ciò permette di risolvere il problema, escludendo l'articolo 1171 ogni volta che si applica l'articolo L. 442-6, I, 2°, del codice di commercio o l'articolo L. 212-1 del codice del consumo. Nella stessa direzione, la Commissione legislativa del Senato ha chiarito la natura sussidiaria dell'articolo 1171 del codice civile: "per

⁵⁸ Si veda, sul punto, la sentenza resa dalla Cour de cassation – Première chambre civile, 11 décembre 2019 / n° 18-21.164, in *Dalloz*, 2020, 353, con commento di M. MEKKI; "la clause ayant pour objet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement du professionnel à l'une de ses obligations est présumée abusive de manière irréfragable". Cfr., anche il commento di V. LEGRAND, *Clause abusive noire et pouvoir d'interprétation du juge: une incompatibilité sanctionnée par la Cour de cassation*, in *AJ contrat*, 2020, 97.

⁵⁹ Cfr. l'articolo L442-1 Code du commerce, come modificato dalla LOI n° 2021-1357 du 18 octobre 2021: I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services.

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties;

⁶⁰ Cfr., in questo senso, F. CHENEDE, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, in *RDC*, 2015, 655 ss., n. 7.



chiarire l'intenzione del legislatore al momento della ratifica dell'ordinanza e per garantire la coerenza del diritto, (...) l'articolo 1171 del codice civile non può essere applicato nei campi già coperti dall'articolo L. 442-6 del Codice di commercio e dall'articolo L. 212-1 del Codice del consumo, che già permettono di sanzionare le clausole abusive nei contratti tra professionisti e nei contratti di consumo. L'articolo 1171 del codice civile ha lo scopo di sanzionare le clausole abusive nei contratti di adesione che non sono già coperti dalle discipline già esistenti"⁶¹.

Il nuovo articolo 1171 del codice civile, relativo alle clausole abusive, sarebbe in tal modo accantonato quando è applicabile l'articolo L. 212-1 del codice del consumo o l'articolo L. 442-6 del codice commerciale⁶². Tale interpretazione, sostenuta da una parte della dottrina⁶³, è stata fortemente criticata da alcune voci dottrinarie che non hanno esitato a definire tale interpretazione un'applicazione "dogmatica" dell'adagio secondo cui la norma speciale deroga alla norma generale⁶⁴ per una serie di ragioni.

In primo luogo, sebbene il principio *specialia generalibus derogant* sia pacifico, bisogna considerare che lo spirito dei testi è animato da esigenze diverse: mentre l'articolo L. 442-1 (*ex C. com.*, art. L. 442-6) è un testo di diritto della concorrenza, che istituisce un sistema di controllo del mercato volto a contrastare il comportamento di quei soggetti che operano in una situazione di dominio economico, l'articolo 1171 del codice civile è un testo di diritto contrattuale, limitato ai contratti di adesione, che stigmatizza l'assenza di negoziazione e quindi la limitazione della libertà contrattuale.

In secondo luogo, vi è una divergenza anche nel campo di applicazione della regola sul controllo delle clausole abusive, in particolar modo tra la disciplina comune e quella del codice del commercio. Esso è limitato ai contratti di adesione, nel caso del diritto comune, mentre non lo è nel codice commerciale. Anche in merito alla sanzione prevista in caso di clausole abusive occorre infine fare delle distinzioni: l'articolo L. 442-1, I, 2° del codice commerciale prevede la sanzione della nullità e della "responsabilità civile" con il conseguente risarcimento, mentre l'articolo 1171 del *code civil* "reputa non scritta la clausola abusiva".

Di fronte alla posta in gioco, la dottrina, considerando "*réglable*" che il legislatore non abbia ritenuto utile precisare i criteri di articolazione tra diritto comune e discipline di settore correggendo la formulazione dell'articolo 1105 cod. civ.", ha sostenuto la possibilità di un'opzione fra le discipline, in conformità con i criteri fatti propri, sia pure con riferimento ad altre norme, dalla giurisprudenza di Cassazione (ma non seguiti dal legislatore)⁶⁵. Come già ricordato, i testi del codice civile, del codice del commercio e del codice del consumo non sono fra loro antinomici; ognuno di essi ha un campo distinto⁶⁶. In tale scenario, un diritto di

⁶¹ Cfr., in questo senso, la relazione depositata dal senatore F. PILLET, *Rapport Sénat* n° 22, 2017-2018, <https://www.senat.fr/rap/17-022/17-0221.pdf>; cfr. anche il Rapp. AN n° 247, 2017-2018, e i dibattiti sull'articolo 1171 del codice civile discussi all'Assemblea nazionale l'11 dicembre 2017.

⁶² Cfr. *Rapp. Sénat*, n° 22, 2017-2018, cit., 60 e 61: "l'articolo 1171 del Codice civile non può essere applicato nei campi già coperti dall'articolo L. 442-6 del Codice di commercio e dall'articolo L. 212-1 del Codice del consumo, che già permettono di sanzionare le clausole abusive nei contratti tra professionisti e nei contratti di consumo".

⁶³ Cfr. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le code civil*, in *JCP*, 2016, 391 ss.

⁶⁴ Cfr. M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss., specialmente n. 15.

⁶⁵ Con riferimento all'ambiguità della disposizione contenuta nell'art. 1105 *code civil*, cfr. M. MEKKI, *La loi*, cit., 900, no. 15: "*L'ambiguïté de cette disposition a été plusieurs fois soulignée. La première difficulté consiste à savoir si les règles particulières à certains contrats renvoient au droit des contrats spéciaux ou au droit spécial applicable aux contrats (droit de la concurrence, droit de la distribution, droit de la consommation...) ? L'autre difficulté réside dans le fait que cette disposition, censée consolider la jurisprudence antérieure, n'utilise pourtant pas les conditions dégagées par la Cour de cassation. Selon cette dernière, il convient de se demander si les règles en conflit poursuivent la même finalité et si elles sont incompatibles*". Favorevole ad una opzione fra le discipline laddove compatibili è anche N. BLANC, *L'équilibre du contrat d'adhésion*, in *RDC*, 2019, n° 116b6, 155 ss., no. 8.

⁶⁶ Si veda a questo proposito, K. LAFAURIE, *Clauses abusives: l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux*, in *JCP E*, 2017, 1453 e ss; M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss., n. 15.



opzione sembra quindi concepibile, come dimostrato da alcune pronunce su norme in materia processuale proprio con riferimento al rapporto tra la disciplina comune e quella commerciale⁶⁷.

5. – Il contenzioso derivante dalle prime applicazioni dell’articolo 1171 del codice civile sta gradualmente occupando le aule delle corti d’appello. Le difficoltà di applicazione che questo testo prometteva cominciano così ad emergere.

5.1. – Con riferimento alla precisa delineazione dei confini dell’ambito di applicazione della disciplina introdotta con le norme già esistenti del codice del consumo e del codice commerciale, è interessante segnalare due decisioni rese dalla Corte d’Appello di Lione in merito a due contratti di locazioni finanziarie aventi condizioni generali particolarmente severe per i locatari⁶⁸.

Nel caso di un contratto di leasing finanziario che riservava al solo locatore il diritto di risolvere il contratto di diritto, la Corte d’Appello di Lione ha deciso che si trattava di uno squilibrio significativo ai sensi dell’articolo 1171 del codice civile⁶⁹. Nel secondo caso, riguardante la pretesa abusività di una clausola penale che obbligava l’inquilino in caso di recesso anticipato a pagare la totalità dell’affitto rimanente, i giudici hanno negato l’applicabilità dell’art. 1171 cod. civ., basandosi sul comma 2 dell’articolo 1171 del codice civile, che vieta qualsiasi controllo che verta sulla “adeguatezza del prezzo del servizio”.

Nel primo caso, è interessante notare che l’articolo 1171 del codice civile è letteralmente “venuto in soccorso” della parte che lamentava l’abusività della clausola contenuta nel contratto, in quanto quest’ultima si è vista rifiutare la possibilità di invocare l’articolo L. 442-1, I, 2° del codice commerciale dinanzi alla Corte d’Appello di Lione. Va infatti precisato che inizialmente l’appellante aveva denunciato lo squilibrio della clausola risolutiva, sulla base degli articoli L. 442-1, I, 2 del codice di commercio, e 1171 del codice civile. Avendo la Corte d’Appello di Lione sostenuto che i reclami basati sull’articolo L. 442-1 erano inammissibili dinanzi ad essa, “*en raison de l’exclusivité de compétence laissée à d’autres juridictions*”, ma non in ragione

⁶⁷ Cfr. *Cour d’appel de Paris*, 5 novembre 2021, n° 20/00022. In questa decisione, contrariamente all’orientamento precedente che stabiliva che in virtù dell’adagio “*specialia generalibus derogant*”, l’articolo 1171 doveva essere escluso a favore dell’articolo L. 442-6, I, 2° del codice commerciale, la corte ritiene che il testo del codice civile abbia una portata generale e non possa essere messo da parte a favore di quest’ultimo. La Corte di Cassazione ha stabilito che, nell’ambito delle controversie relative all’applicazione dell’ex articolo L. 442-6, ora L. 442-1, i ricorsi contro le decisioni rese dai tribunali non specializzati sono ammissibili davanti ai tribunali ordinari d’appello, i quali devono pronunciarsi nei limiti del loro potere giurisdizionale. Seguendo questo argomento, sembra che il giudice ordinario possa così pronunciarsi in applicazione della legge ordinaria quando è questa ad essere invocata, salvo il caso in cui l’attore abbia avanzato solo la domanda di risarcimento del danno, fondata sugli articoli a tal fine preposti contenuti nel *Code de commerce*. In quest’ultimo caso, sarà il giudice specializzato quello competente a decidere. Cfr. Cass. com., 18 settembre 2019, n. 18-10.225, in *Concurrences*, 2019-4, p. 119; Cass. com., 4 novembre 2014, n. 12-25.856; Cass. com., 29 marzo 2017, n. 15-17.659, in *Bull. civ. IV*, n. 49, in *Concurrences*, 2-2017, art. 83737, con commento di M.-C. MITCHELL; in *JCP E*, 2017, 1238 con commento di R. Loir; in *JCP G*, 2017, n. 18, 498, con commento di M. BEHAR-TOUCHAIS. In dottrina, cfr. in questo senso, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, in *La semaine juridique*, 14, 2016, 391 ss.; AA.VV., *Le pouvoir accru du juge: une ingérence dans la relation entre partenaires commerciaux*, in *Revue Lamy de la concurrence*, 49, 2016.

⁶⁸ CA Lyon, 27 févr. 2020, n° 18/08265 et n° 18/08026 con il commento di H. BARBIER, *De l’articulation de l’article 1171 du code civil avec l’article L. 442-1 du code de commerce*, in *RTD civ.*, 2020, 375 ss.

⁶⁹ CA Lyon, 27 févr. 2020, n° 18/08265, cfr. L. VOGEL – J. VOGEL, *L’article 1171 du Code civil à la rescousse d’une partie irrecevabile à invoquer l’article L. 442-1, I, 2°, du Code de commerce devant la cour d’appel de Lyon*, in *L’essentiel – Droit de la distribution et de la concurrence* – n°04 – 3 ss.; H. BARBIER, *De l’articulation*, cit., 375 ss.



della sua inapplicabilità alla controversia, si è quindi concentrata sulla verifica della applicabilità dell'articolo 1171, invocato in via sussidiaria dall'appellante. La Corte d'Appello di Lyon ha ritenuto che la clausola dovesse essere ritenuta non scritta poiché determinava un notevole squilibrio ai sensi dell'art. 1171 *code civil*⁷⁰.

In tale scenario, spetterà alla Corte di Cassazione portare alla luce una norma interpretativa al momento latente⁷¹. In ogni caso, sembra che aldilà di queste due pronunce l'orientamento dei giudici si stia consolidando verso una applicazione residuale dell'art. 1171 *code civil*⁷².

5.2. – La seconda serie di problemi con cui la giurisprudenza si è dovuta confrontare riguarda l'articolo 1171 del *code civil*. Nella prima delle due decisioni rese dalla Corte d'Appello di Lyon, i giudici hanno reputato “*non écrite*” la clausola di risoluzione inclusa nelle condizioni generali del contratto di locazione finanziaria⁷³, mentre nel secondo caso, riguardante la pretesa abusività di una clausola penale che obbliga l'inquilino in caso di recesso anticipato a pagare la totalità dell'affitto rimanente, i giudici hanno negato l'applicabilità dell'art. 1171 cod. civ., basandosi sul comma 2 dell'art. 1171 cod. civ., che vieta qualsiasi controllo che verta sulla “adeguatezza del prezzo del servizio”, dichiarando in tal modo infondata la denuncia della abusività della clausola che obbliga l'inquilino a pagare il prezzo totale. Il ragionamento dei giudici nel se-

⁷⁰ CA Lyon, 3e ch. A, 27 févr. 2020, no 18/08265. In dottrina cfr. i commenti di L. VOGEL, J. VOGEL, *L'article*, cit., 3 ss.; H. BARBIER, *De l'articulation*, cit., 375 ss.

⁷¹ In questo senso, è opportuno segnalare che con riferimento alla prima delle due decisioni rese dalla Corte di appello di Lyon, (CA Lyon, 27 févr. 2020, n° 18/08265), la Cassazione si è recentemente espressa. Cfr. Cour de cassation, 26 gennaio 2022, n. 20-16.782, in cui la Corte cassa parzialmente la decisione della Corte d'appello di Lyon che aveva ritenuto che la clausola di risoluzione espressa concessa ad una sola delle parti integrava lo “squilibrio significativo” e perciò era da ritenersi non scritta. Secondo la Corte, «*si dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite, un tel déséquilibre ne saurait s'inférer de la seule absence de réciprocité d'une clause résolutoire de plein droit, dès lors que son unilatéralité s'explique par l'objet même du contrat et la nature des obligations dont sont respectivement tenues les parties; qu'en matière de location financière, et eu égard au caractère purement financier de son intervention, le loueur exécute instantanément l'intégralité des obligations mises à sa charge, en réglant immédiatement au fournisseur le prix des biens commandés par le locataire et en les mettant à la disposition de ce dernier, si bien que seul le locataire reste ensuite tenu, jusqu'au terme du contrat, d'obligations susceptibles d'être sanctionnées par une clause résolutoire; qu'en prétendant néanmoins, s'agissant de la clause résolutoire de plein droit pour défaut de paiement des loyers inscrite à l'article 12.a des conditions générales du contrat de location financière, déduire un déséquilibre significatif de son seul défaut de réciprocité, la cour d'appel a violé l'article 1171 du code civil*”.

⁷² Si veda in materia commerciale, CA Caen – ch. civile et commerciale 02 – 23 septembre 2021 – n° 19/01684. L'applicazione residuale dell'art. 1171 cod. civ. è evidente anche nelle controversie relative al diritto del lavoro. In una recente decisione della corte d'appello di Parigi, chiamata a pronunciarsi sull'esistenza di un notevole squilibrio tra le parti, in conseguenza di una clausola di riduzione del termine di prescrizione contenuta in un contratto di lavoro, i giudici hanno deciso di escludere l'applicazione dell'art. 1171 cc sulle clausole abusive in quanto il contratto di lavoro non era un contratto di adesione e la clausola contestata era caratterizzata dalla reciprocità. Cfr., CA Paris, 10 février 2021, n. 18 /11116 con commento di A.L. ZABEL, *L'application de l'article 1171 du Code civil refusée à une clause de réduction de la prescription contenue dans un contrat de travail*, in *Les Petites Affiches*, 2021, n° 160h6, 16 ss.

⁷³ Per una serie di diverse ragioni. In primo luogo, perché essa è inserita solo a beneficio del locatore senza prevedere tale prerogativa a beneficio del locatario. Come noto, l'assenza di reciprocità costituisce uno dei principali criteri per la determinazione dello “squilibrio significativo”. In secondo luogo, perché la clausola risolutiva agisce nel caso di inadempienze del locatario concernenti l'esecuzione di altri contratti e nei confronti di società diverse da quelle del locatore, ossia quelle appartenenti al gruppo del locatore. In terzo luogo, la clausola risolutiva operava anche in caso di eventi che non costituivano violazioni contrattuali. Una clausola risolutiva che rinvii ad eventi esterni è soggetta al controllo sull'abusività se il tipo e il numero di eventi cui fa riferimento finiscono per indebolire e rendere eccessivamente ingiusto il contratto in una sola direzione, come nel caso di specie. In questo senso, cfr. H. BARBIER, *De l'articulation*, cit., 375 ss. In senso contrario, cfr. Cfr. Cour de cassation, 26 gennaio 2022, n. 20-16.782.



JUS CIVILE

condo caso è parso ad una parte della dottrina molto discutibile. Che si consideri o meno questa clausola di risoluzione anticipata come una clausola penale⁷⁴, la natura della somma versata sembra debba configurarsi non tanto come il prezzo, ma piuttosto come indennità, che ben può rientrare nell'ambito coperto dal primo (e non dal secondo) comma dell'art. 1171. In questo senso, sarebbe del tutto ipotizzabile il controllo sull'abusività ex art 1171 cod. civ.⁷⁵.

D'altra parte, potrebbe essere vantaggiosamente preso in prestito dalle due discipline – consumeristica e commerciale – il criterio che prevede la valutazione dello squilibrio in considerazione del contratto nel suo insieme, di modo che una clausola che, presa isolatamente, sarebbe squilibrata sia riequilibrata da altre stipulazioni. In effetti, i giudici hanno già accolto una tale interpretazione sulla base del vecchio articolo L. 442-6, I, 2°, del codice di commercio (ora C. com. art. L.442-1, I, 2°)⁷⁶. Anche il diritto dei consumatori prevede la medesima regola all'articolo L. 212-1 del codice del consumo, il quale stabilisce al secondo comma: “fatte salve le regole d'interpretazione previste dagli articoli (...) del codice civile, il carattere abusivo di una clausola è valutato facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che ruotano attorno alla sua conclusione, così come a tutte le altre clausole del contratto. La valutazione sarà fatta anche tenendo conto delle clausole contenute in un altro contratto quando i due contratti sono giuridicamente legati nella loro conclusione o esecuzione”.

Il criterio della valutazione globale dell'abusività delle clausole secondo le discipline speciali ora descritte potrebbe rappresentare un modello anche per il giudice ordinario che incomincia ora a pronunciarsi sullo squilibrio significativo ai sensi dell'articolo 1171 del codice civile.

5.3. – Un'altra serie di decisioni riguarda infine il regime delle sanzioni.

Il nuovo articolo 1171 del codice civile stabilisce che una clausola abusiva è “considerata non scritta”. La sanzione prevista dal legislatore nel diritto comune è identica a quella prevista nel diritto dei consumatori all'articolo L241-1⁷⁷, ma si discosta dalla soluzione sancita dal diritto commerciale, ai sensi del quale l'esistenza di uno squilibrio significativo può portare alla nullità e alla responsabilità del suo autore⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. a favore di questa caratterizzazione, Cass. Com. 10 mars 2015, n. 13-27.993, in *RTD civ.*, 2015, 378, con nota di H. BARBIER; contra, Cass. Civ. 2e, 13 juin 2013, n° 12-21.300, in *RTD civ.*, 2013, 601, con nota di H. BARBIER e Cass. Civ. 1re, 11 mai 2017, n° 15-21.456.

⁷⁵ Sul problema dell'articolazione delle due sanzioni allegate ad una clausola penale eccessiva, cfr. Cass. Com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, in *Dalloz*, 2015, 1204 con nota di H. BARBIER, *Une clause pénale excessive créant un déséquilibre significatif peut-elle être annulée plutôt que réduite?*, in *RTD civ.*, 2015, 606 ss.

⁷⁶ Cfr. Cass. com., 3 mars 2015, no 13-27.525, *Bull. civ.*, IV, no 42, D. 2015, 1021; Cass. com., 27 mai 2015, no 14-11.387, *Bull. civ.*, IV, no 87, in *RTD civ.*, 2015, 606, com. comment di H. Barbier.

⁷⁷ Article L241-1, Code de la consommation (Création Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016): *Les clauses abusives sont réputées non écrites*.

⁷⁸ Article L442-4, come modificato dalla recente Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019: I.-Pour l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités.

Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.

Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pra-



Il regime giuridico e l'effetto delle due sanzioni differiscono, anche se i giudici hanno da sempre avuto qualche difficoltà nel distinguere i due piani. Tuttavia, tale distinzione è sottolineata in una decisione resa dalla prima sezione civile della Corte di Cassazione, secondo cui la domanda volta a fare ritenere non scritte le clausole oggetto della controversia non equivale a una domanda di nullità e pertanto non è soggetta al termine di prescrizione quinquennale⁷⁹. La sanzione prevista per le clausole abusive ai sensi dell'articolo 1171 del codice civile è dunque ben diversa da quella prevista ai sensi degli articoli L. 442-1 e L. 442-4 del codice commerciale.

Ci si chiede infine se sia possibile procedere alla sostituzione della clausola “reputata non scritta” con le norme suppletive nazionali, seguendo l'esempio della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di diritto dei consumatori⁸⁰, oppure sulla base del rinvio agli usi e alle prassi da parte del giudice commerciale, come avviene in caso di significativo squilibrio ex art. L. 442-1, I, 2, del codice del commercio. In conformità a quanto dichiarato dalla Corte di giustizia europea, sembra che tale possibilità debba essere accordata in via eccezionale e solo nel caso in cui le norme suppletive permettano di mantenere in vita il contratto ed evitare così che la sanzione sia dannosa per il contraente debole⁸¹. In ogni caso, la lacuna non può essere colmata da un generico riferimento ai principi di equità o agli usi, in quanto si tratta di disposizioni troppo generali. Infatti, mentre la sostituzione di una clausola suppletiva non richiede alcuna interpretazione da parte del giudice, la situazione è diversa per un riferimento a una disposizione troppo generale che permetterebbe al giudice, attraverso la sostituzione, di modificare “l'equilibrio degli interessi voluto dalle parti”⁸².

6. – Alla luce delle posizioni dottrinarie e delle pronunce giurisprudenziali analizzate, sembra si possa parlare, secondo un'espressione usata in dottrina, di ascesa e caduta del contratto di adesione.

La riforma ha sicuramente avuto il merito di mostrare la necessità di rispondere alla mutata realtà contrattuale. In questo senso l'aver preso in seria considerazione il problema è stato senz'altro opportuno in quanto corrispondente ad una esigenza del reale.

Come dichiarato da una autorevole dottrina, l'intenzione della riforma era quella di “adottare una regola comune, un principio generale di controllo giudiziario delle clausole vessatorie”. Sotto questo profilo, il pregio della riforma è stato senz'altro quello di non far coincidere il contratto di adesione con la categoria dei contratti di massa. In questo scenario, anche il contratto predisposto per una singola operazione, purché unilateralmente, può essere qualificato come *contrat d'adhésion*⁸³. Tuttavia, la nuova disciplina ha posto, come abbiamo visto, seri problemi interpretativi. I problemi maggiori, come si è cercato di evidenziare, riguardano il coordinamento con le discipline già esistenti nella legislazione del Codice del consumo e del codice del commercio, e la difficile individuazione del contratto di adesione all'interno del diritto comune come con-

tiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. (...).

⁷⁹ Cass. 1re civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169, in *Dalloz*, 2019, 1033, la quale ha precisato che «la demande tendant à voir réputer non écrites des clauses au titre de la lutte contre les clauses abusives “ne s'analysait pas en une demande de nullité de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale”»; in *RTD civ.*, 2019, 334 e s., con nota di H. Barbier.

⁸⁰ Cfr. Corte giust. UE, 14 marzo 2013, aff. C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, in *Dalloz* 2014, 1297.

⁸¹ Cfr. Corte giust. UE, 30 aprile 2014, aff. C-26/13, in *Dalloz* 2014, 1038.

⁸² Come peraltro confermato da una sentenza della Corte giust. UE, del 3 ottobre 2019, cfr. Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, aff. C-260/18, D. v/ Raiffeisen Bank International AG, in *Dalloz*, 2019, 1932 ss.

⁸³ T. GÉNICON, *Il contrat d'adhésion*, cit., 107.



tratto antinomico a quello oggetto di trattativa e cioè come contratto “negoziabile”. Se la nuova inserzione aveva il compito di rispondere alla esigenza di sanzionare la condotta di una parte che abusa della situazione di debolezza dell’altra, in un’ottica di giustizia contrattuale, non si può negare che tale innovazione appaia un po’ deludente rispetto ai desiderata della riforma, avendo causato una frammentazione della disciplina⁸⁴. Lo scenario giuridico attuale presenta tre figure: il contratto d’*adhésion*, il contratto B2B, il contratto B2C, disciplinate da normative che sono diverse per alcuni aspetti, e comuni per altri⁸⁵. Poiché le relazioni tra professionisti e consumatori sono soggette all’articolo L. 212-1 del codice del consumo e le relazioni tra professionisti in diritto commerciale e artigianale sono soggette all’articolo L. 442-6, I, 2°, del codice del commercio, è inevitabile che all’articolo 1171 del codice civile sia riservato un campo di applicazione davvero limitato⁸⁶.

Come si è visto, il punto è controverso. A fronte del dettato dell’art 1105 *code civil*, che escluderebbe il ricorso alla norma di diritto comune laddove si può applicare la disciplina speciale, in alcuni casi i giudici hanno comunque ammesso l’opzione fra le discipline.

Da quanto finora emerso, nell’azzardare un primo e necessariamente limitato tentativo di bilancio, certamente la riforma è stato un generoso tentativo di introdurre una norma ispirata alla giustizia contrattuale in grado di sanzionare il significativo squilibrio fra le parti contrattuali, in una prospettiva di unità che storicamente è basata sul codice civile – “ed in una prospettiva che possa catturare nuove ipotesi di squilibrio estranee all’ottica dei diritti speciali”, pensiamo ai piccoli professionisti, ai liberi professionisti, ai rapporti tra privati⁸⁷. Tuttavia, non sembra che, nelle sue scelte di dettaglio, la riforma del diritto comune francese possa rappresentare una soluzione o un modello convincente. In effetti, è legittimo chiedersi che senso abbia moltiplicare i meccanismi di sanzione delle clausole che creano uno squilibrio significativo⁸⁸, attraverso meccanismi che sembrano sovrapporsi in larga misura, sia per quanto riguarda lo scopo della protezione fornita che per quanto concerne le sanzioni previste. L’ambito di applicazione della disciplina del contratto di adesione sembra d’altronde davvero ridotto al minimo. In questa veste, che come già detto è frutto di un compromesso, il legislatore ha a mio parere tradito gli obiettivi di partenza e vanificato gli sforzi inizialmente intrapresi.

⁸⁴ Per questo motivo, una parte della dottrina avrebbe volentieri alla sua introduzione nel codice civile. Cfr. M. BEHAR-TOUCHAIS, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, N. MARTIAL-BRAZ, *Study on all mandatory rules applicable to contractual obligations in contracts for sales of tangible goods sold at a distance and, in particular online*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

⁸⁵ T. GÉNICON, *Il contrat d’adhésion*, cit., 116.

⁸⁶ Si potrebbe pensare che l’applicazione dell’art. 1171 *code civil* sia ridotta ai rapporti che coinvolgono un libero professionista cui è vietato per statuto di esercitare attività commerciale (ed è quindi escluso dal campo di applicazione del C. com. L. 442-6, I, 2°) e i suoi soci; ai rapporti tra un agente commerciale e il suo mandante, che non è coperto dall’articolo L. 442-6, I, 2°, del codice di commercio. Cfr. Cass. com., 3 avril 2013 n° 11-13.527, in *JurisData*, n° 2012-006422. Si potrebbe anche pensare ai rapporti tra privati, ma in questa ipotesi il contratto deve essere un contratto di adesione. Torna qui alla mente il caso prospettato dal ministro di giustizia in sede di presentazione degli obiettivi della riforma: quello di un contratto tra privati concluso tramite una piattaforma di economia digitale. Ma, anche qui, non è escluso che tale ipotesi possa rientrare nel campo d’applicazione dell’articolo L. 212-1 del Codice del Consumo come stabilito dalla Corte di Cassazione: “l’azione preventiva di rimozione delle clausole abusive aperta alle associazioni riconosciute di difesa dei consumatori è destinata ad applicarsi ai contratti tipo destinati ai consumatori e redatti da professionisti in vista di un uso diffuso”, Cfr. Cass. 1re civ., 3 febbraio 2011, n. 08-14.402, in *JurisData*, n. 2011-000999; e in *JCP*, G 2011, 414.

⁸⁷ T. GÉNICON, *Il contrat d’adhésion*, cit., 107.

⁸⁸ Benché sia impossibile in questa sede approfondire il tema, è importante segnalare che l’attuale modello tripartito della protezione del contraente debole previsto dall’ordinamento francese dovrà necessariamente confrontarsi e coordinarsi con le nuove direttive 2019/770/UE, 2019/771/UE e 2019/2161 finalizzate alla unificazione della disciplina sulla tutela dei consumatori nel mercato digitale.



JUS CIVILE

Rispetto alle diverse opzioni possibili, presenti nel dibattito italiano, fra l'adozione di un'unica figura contrattuale contrapposta a quella di diritto comune (ad esempio quella del "contratto asimmetrico"), con una normativa unica, e la creazione di tre figure con tre diverse normative (il "terzo contratto", il contratto del consumo" e il "contratto di diritto comune"), il legislatore francese ha optato per un'altra soluzione, inserendo, attraverso il contratto di adesione, una disciplina volta a sanzionare l'assenza di negoziabilità nei contratti conclusi anche in situazioni di parità delle parti, a prescindere dalle situazioni di forza e debolezza, mantenendo pur tuttavia le discipline di settore.

Infine, un'ulteriore critica può sollevarsi in merito al requisito cardine della negoziabilità determinante il contratto di adesione. A fronte della restrizione operata sul sindacato sull'abusività ex art. 1171, ci si può domandare se sia il riferimento al *contrat d'adhésion* la vera soluzione, o se non rappresenti invece una soluzione più efficace e coerente con gli obiettivi della Riforma l'adozione di una disciplina che, sul modello dell'articolo 4: 110 dei *Principles of European Contract law*, sanzioni le singole clausole abusive che non sono state oggetto di specifica trattativa, a prescindere dal tipo di contratto⁸⁹.

⁸⁹ Come stabilito nell'articolo 4: 110 dei PECL Cfr. articolo 4: 110 dei PECL: *A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded.* In senso simile, cfr. DCFR, II. – 9:408. Come già peraltro evocato nel prezioso contributo di D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1273, una tale soluzione avrebbe avuto il vantaggio di avvicinare davvero la disciplina francese a quella propria delle fonti europee di armonizzazione, secondo gli obiettivi della Riforma.



EMANUELE TUCCARI

Docente a contratto di “Elementi fondamentali dei rapporti di diritto privato” – Università degli Studi di Pavia

LEZIONI FRANCESI SULL’ABUSO DI DIPENDENZA (ECONOMICA?) *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina dell’originario Code Napoléon ed il ruolo del diritto vivente. – 3. La riforma dell’art. 1143 cod. civ. – 3.1. Il ruolo dei modelli nazionali stranieri e dei progetti di diritto privato europeo ed internazionale. – 3.2. Le diverse tappe del processo di approvazione della riforma francese. – 4. L’attuale testo normativo dopo la loi de ratification n. 2018-287 del 20 aprile 2018. – 4.1. Presupposti applicativi. – 4.2. Rimedi. – 5. L’abuso di dipendenza dopo la riforma: una storia di successo? – 5.1. Dalle (roboanti) dichiarazioni governative alle prime (caute) posizioni giurisprudenziali. – 5.2. La disciplina sull’abuso di dipendenza fra limiti (normativi) “interni” ed “esterni” al Code civil. – 6. Uno sguardo all’ordinamento italiano. – 7. Considerazioni conclusive.

1. – *L’abus de l’état de dépendance*, recentemente consacrato dalla “Ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”, si pone in un affollato crocevia di più direttrici dell’odierno dibattito giuridico, sollevando diverse problematiche riguardanti non soltanto numerosi profili di diritto dei contratti, ma anche, fra l’altro, di diritto della concorrenza¹.

Nella consapevolezza pertanto di dover astrattamente inserire ogni ricostruzione complessiva sull’argomento nell’alveo di un ancora più ampio e generale ripensamento sistematico, s’intende limitare la presente riflessione soltanto ai profili strettamente contrattuali. Questi, infatti, si presentano molto controversi poiché richiedono, a loro volta, la considerazione non soltanto di classiche problematiche, già di per sé, particolarmente complesse – come la predeterminazione della rilevanza giuridica (o meno) delle condizioni di debolezza di una parte contrattuale e l’incerto rapporto fra regole di validità e regole di responsabilità – ma anche il coinvolgimento di una pluralità di principi del diritto dei contratti – come la tutela della libertà dei contraenti, per un verso, e la tutela della vincolatività del contratto, dell’affidamento e dei terzi, per un altro – caratterizzati spesso da un’evoluzione non indifferente (e non sempre coerente) nell’ambito dei vari sistemi giuridici (nazionali e sovranazionali)².

* Intervento svolto dall’A. nell’ambito dell’incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l’Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell’Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell’ISAIDAT.

¹ Nella letteratura francese (specie successiva alla riforma del 2016) sono numerose le riflessioni che sottolineano l’evidente multidisciplinarietà dell’abuso dello stato di dipendenza. Cfr., *ex multis*, AA.VV., *La violence économique. À l’aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, sous la direction de Y. Picod, D. Mazeaud, Paris, 2017, 11 ss.; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, VII éd., Paris, 2017, 282 ss., spec. 285.

² L’incerto rapporto fra regole di validità e di comportamento rappresenta notoriamente un argomento rilevante di confronto dottrinale tanto in Italia quanto in Francia. Sul punto, con impostazioni ed esiti differenti, cfr. G. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; ID., «Regole di validità» e principio di correttezza



Si mira pertanto a muovere dall'analisi dei caratteri fondamentali della disciplina dell'abuso di dipendenza nell'ordinamento francese – prima e dopo la riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti del 2016 (richiamando anche l'influenza esercitata, nel corso del tempo, da modelli stranieri e progetti di c.d. “soft law”) – per apprezzarne, dapprima, l'evoluzione nazionale transalpina e, poi, l'eventuale contributo nella prospettiva di un possibile ripensamento complessivo nell'ambito del sistema giuridico italiano.

2.– In origine, l'abuso dello stato di dipendenza non era disciplinato nel *Code Napoléon*³.

Già alla fine del XIX secolo, la giurisprudenza francese di legittimità aveva riscontrato, però, gli estremi della nullità (relativa)⁴ con riferimento a contratti di assistenza marittima negoziati in una situazione di pericolo da capitani di navi nell'intento di salvare un'imbarcazione persa in mare⁵. Successivamente, la Corte di Cassazione aveva ammesso anche la nullità di un contratto di lavoro svantaggioso concluso da un lavoratore in evidente stato di necessità derivante dall'urgente bisogno di denaro per affrontare la malattia di un minore⁶.

nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 7 ss., 44 ss.; M. MANTOVANI, “Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, XII ss.; e, più recentemente, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2017, 31 ss. Per alcuni riferimenti sull'attuale dibattito, anche con specifico riferimento specifico all'*abus de l'état de dépendance*, nella letteratura francese, v., *infra*, § 4.2., nt. 65.

³ Sul punto, cfr., per tutti, L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 5^e éd., Paris, 2020, 124.

⁴ L'ordinamento francese, a differenza di quello italiano, non conosce la distinzione fra nullità e annullabilità, prevedendo però un'articolazione fra le diverse figure di nullità. Si tratta, in estrema sintesi, di distinguere tradizionalmente nullità assoluta e relativa. Sulla distinzione la dottrina francese (c.d. “classica” e c.d. “moderna”) si è lungamente interrogata, rintracciando, di volta in volta, criteri discretivi e discipline differenti. Per alcuni minimi riferimenti alla letteratura francese precedente alla riforma, si rinvia – oltre che ai fondamentali (ma risalenti) studi di F. DROGOUL (*Essai d'une théorie général des nullités*, Aix-en-Provence, 1902) e di R. JAPIOT (*Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, Dijon, 1909) – agli studi di E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1965, 147 ss.; PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, 1969; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, 1972; CH. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Toulouse, 1972; C. GUELFUCCI-THIBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, 1992; M. MEKKI, *Nullité et validité en droit des contrats: un exemple de pensée par les contraires*, in RDC, 2006, 679 ss.; e, più recentemente, all'interessante ricostruzione dottrinale di M. BOUDOT, *Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^e et 20^e siècles*, in *La théorie des nullités*, a cura di M. BOUDOT e P. M. VECCHI, Paris, 2008, 79 ss. La riforma del 2016 ha cercato di fissare i caratteri fondamentali della disciplina della nullità (distinta in «judiciaire» e «conventionnelle» nonché, ai nostri fini, sempre in «absolue» e «relative»: artt. 1178-1185 *Code civil*), sollevando, per un verso, commenti positivi e, per un altro, vecchi e nuovi problemi. Per una panoramica della disciplina della nullità dopo la riforma, cfr. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, XII ed., 2019, 532, 611 ss.; M. MEKKI, *The French Reform of Contract Law: The Art of Redoing Without Undoing*, in *J. civ. l. stud.*, 2017, 244 ss.; G. WICKER, H. BOUCARD, *Les sanctions relatives à la formation du contrat*, in JCP, 2015, 21, 32 ss.; P. PUIG, *Le nullités abolues, quel avenir? – Les enjeux*, in RDC, 2019, 130 ss.

Dalla nullité si distingue, invece, la caducité (che riguarda un contratto validamente perfezionato), cfr. Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Paris, 1963; F. GARRON, *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, Aix-en-Provence, 1999; R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques – Étude de droit civil*, Paris, 2006; e, dopo la riforma del 2016 (che ha, fra l'altro, specificato i presupposti applicativi e gli effetti della caducité agli artt. 1186-1187), cfr. J.-B. SEUBE, *L'article 1186 du projet: la caducité*, in RDC, 2015, 769 ss.; Y.-M. LAITHIER, *Dispositions relatives à la validité du contrat*, in *La réforme du droit des contrats: du projet à l'ordonnance*, a cura di PH. CHAUVIRÉ, Paris, 2016, 27 ss.; C. ZOLYNSKY, *Nullité et caducité, in Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, a cura di M. BAHAR-TOUCHAIS, I, Paris, 2016, 261 ss.; PH. SIMMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, II éd., Paris, 2018, 29 ss.; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, sub art. 1186, II éd., Paris, 2018, 392 ss.; N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations: 10 articles à connaître*, Paris, 2019, 34 ss. Nella letteratura italiana successiva alla riforma del *Code civil*, cfr. I. MASPEL, *Caducité et nullité successive: deux remèdes en comparaison pour le contrôle fonctionnel du rapport contractuel*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 901 ss.

⁵ Cfr. Cass. req. 27 avr. 1887, S. 1887, 1.372, D. 1888, 1, 263.

⁶ Cfr. Cass. 5 juill. 1965, Bull. civ., V, n. 545.



Nonostante il persistente silenzio legislativo – perlomeno nell’ambito del *Code civil*⁷ – l’esigenza di tutela era destinata ad emergere sempre di più, seppur in forme parzialmente diverse, nel diritto vivente.

A partire dai primissimi anni 2000, la giurisprudenza di legittimità ha cominciato a riconoscere – sull’onda anche dell’influenza (prevalentemente dottrinale) del c.d. “*solidarisme contractuel*” (riguardante peraltro, come in Italia, non soltanto la fase della formazione, ma anche, seppure diversamente, quella dell’esecuzione del contratto)⁸ – particolare rilevanza allo sfruttamento abusivo dello stato di dipendenza (e non più allo stato di necessità o di pericolo), riconducendo sempre più spesso la fattispecie all’istituto della violenza (e, in particolare, della c.d. “*violence économique*”) anziché della lesione⁹. Quest’ultima ricostruzione – forse allo scopo d’impedire possibili riflessi negativi sulla sicurezza giuridica – è stata poi precisata tramite l’indicazione di condizioni (sempre di matrice giurisprudenziale) particolarmente stringenti, a partire dall’esigenza, mutuata dalla disciplina generale della violenza come vizio del consenso, di provare sempre, ai fini dell’annullamento dell’accordo, un comportamento attivo da parte dell’altro contraente: «seule l’exploitation abusive d’une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d’un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement»¹⁰.

Anche l’introduzione nel *Code civil* dell’*abus de l’état de dépendance* – come molte altre “novità” della riforma del 2016 – risulta così decisamente preannunciata dall’evoluzione del diritto vivente¹¹.

⁷ Per i problemi riconducibili alla disciplina dell’abuso di dipendenza (o di tematiche limitrofe) al di fuori del *Code civil* nonché per i problemi di coordinamento fra le diverse normative (generali e speciali) sull’argomento, v., *infra*, §§ 5 ss., spec. § 5.2.

⁸ Nella letteratura francese, sul c.d. “*solidarisme contractuel*” (con riferimento anche al tema specifico dell’abuso di dipendenza), si rinvia alle diverse posizioni di J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat: formation*, IV éd., *Traité*, Paris, 2013, 392, 294 ss.; S. BRUNENGO, *Réforme du droit des obligations et modes amiables de résolutions des différends*, in AA.VV., *L’influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, sous la direction de C. Bloch, A. Cerati-Gauthier, V. Perruchot-Triboulet, Paris, 2017, 4.13, 40-41; C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in AA.VV., *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, 441 s.; AA.VV., *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de L. Grynbaum, M. Nicod, 2004; AA.VV., *La nouvelle crise de contrat*, sous la direction de C. Jamin, D. Mazeaud, Paris, 2003, 1 ss.; C. JAMIN, *Le solidarisme contractuel: un regard franco-québécois*, IX conférence Albert Maynard, Montréal, 2005, 5; A.-S. COURDIÉ, *Le solidarisme contractuel*, Thèse Dijon, 2003; D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle?*, in AA.VV., *Mélanges en hommage à F. Terré*, Paris, 1999, 603; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, cit., 42, 46 ss.

⁹ Cass. 30 mai 2000, n. 98-15.242, P I, n. 169; D. 2000, 879, note J.-P. Chazal; D. 2001, 1140, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.*, 2000, 827, obs. J. Mestre, B. Fages; *RTD civ.*, 2000, 863, obs. P.-Y. Gautier.

¹⁰ Cfr. Cass. 3 avr. 2002, n. 00-12.932, P I, n. 108, D. 2002, 1860, note J.-P. Gridel, note J.-P. Chazal; D. 2002, 2844, obs. D. Mazeaud; *RTD civ.*, 2002, 502, obs. J. Mestre, B. Fages; *RTD com.*, 2003, 86, obs. A. Françon. Nell’ottica di configurare una «violence économique» soltanto in presenza di un comportamento attivo dell’altro contraente, diretto ad approfittare delle circostanze per ottenere un vantaggio eccessivo, si muove anche Cass. 4 févr. 2015, n. 14-10920. Ancora di recente viene escluso ogni rimedio, a seguito dei presupposti applicativi particolarmente restrittivi di matrice pretoria, da Cass. 18 févr. 2015, n. 13-28.278, P I, n. 44; D. 2015, 432; D. 2016, 566; obs. M. Mekki; AJCA 2015, 221, obs. L. Perdrix, *RTD Civ.*, 2015, 371, obs. H. Barbier.

¹¹ Secondo lo stesso “Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance no 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”: «L’une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l’abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de «violence économique», même si le texte est en réalité plus large, et n’est pas circonscrit à la dépendance économique (article 1143)». Il testo integrale del Rapporto ufficiale del Ministero della Giustizia al Presidente della Repubblica è reperibile anche online: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539>. Questo Rapporto – seppure privo di portata (e, pertanto, di vincolatività) normativa (cfr. J.-S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français, entre continuité et européanisation*, in *Annuario del contratto 2016*, a cura di A. D’ANGELO, V. ROPPO, Torino, 2017, 8; V. RIVOLLIÉ, *L’influence du droit européen et international des contrats sur la réforme française du droit des obligations*, in *RIDC*, 2017, 758-759) – fornisce sicuramente (come si avrà modo di apprezzare anche nel prosieguo della trattazione), specie in assenza dei lavori parlamentari della riforma del 2016 (data la scelta di procedere allora *par ordonnance*), numerosi utili elementi di riflessione sulla nuova disciplina del *Code civil*.



3. – Nell’odierna (formulazione e) disciplina francese dell’abuso di dipendenza – già parzialmente nota, come si è visto, alla (dottrina e soprattutto alla) giurisprudenza nazionale – confluiscono peraltro significative suggestioni ed indicazioni provenienti dai più recenti modelli stranieri di ricodificazione, dai progetti di diritto privato europeo e di diritto uniforme (v., *infra*, § 3.1.), ma anche dai progetti nazionali susseguitisi, a partire dagli anni 2000, nelle diverse fasi dell’*iter* di riforma del *Code civil* (v., *infra*, § 3.2.).

3.1. – L’intera riforma – consapevole, come dimostrato già dal Rapporto ufficiale del Ministro della Giustizia al Presidente della Repubblica, della sopravvenuta crisi di competitività dell’ordinamento francese¹² – mira a potenziare, seppur in osservanza dei principi di buona fede e giustizia contrattuale, soprattutto la sicurezza giuridica e l’attrattività complessiva del sistema¹³.

Quest’aspirazione ad una maggior attrattività – “politico-culturale” (tale da riportar il *Code civil* ad essere “modello” per altri sistemi giuridici stranieri) ed “economica” (così da renderlo nuovamente appetibile come legge applicabile per opera delle parti)¹⁴ – ha sicuramente contribuito a sviluppare nei redattori della riforma un’attenzione particolare nei confronti delle principali previsioni dei più recenti modelli nazionali stranieri di ricodificazione¹⁵ nonché dei progetti di “soft law” europeo ed internazionale¹⁶.

¹² Nell’ambito del “Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance no 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations” s’individuano espressamente due obiettivi principali della riforma: «La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l’ordonnance, qui vise tout d’abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, régime des obligations, et de la preuve [...] Le deuxième objectif poursuivi par l’ordonnance est de renforcer l’attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international».

¹³ Quest’articolata impostazione emerge chiaramente laddove, sempre nel suddetto *Rapport*, si puntualizza come il perseguimento di una maggior attrattività del diritto francese non implica la rinuncia a «des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l’économie du marché». Sul punto, cfr., per tutti, C. CHAMPALAUNE, *Les grands traits de la réforme*, in AA.VV., *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, diretto da PH. STOFFEL-MUNCK, Paris, 2015, 7 ss.; PH. STOFFEL-MUNCK, *Les enjeux majeurs de la réforme «Attractivité, Sécurité, Justice»*, in AA.VV., *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, diretto da PH. STOFFEL-MUNCK, Paris, 2015, 17 s., spec. 19 s.; A. OUTIN-ADAM, F. ARNAUD-FARAUT, *Attractivité. Les enjeux d’un droit français des affaires attractif et compétitif à l’international*, in *J.C.P.*, 2015, 25, 742.

¹⁴ Questa duplice dimensione dell’*attractivité* – di carattere “politico-culturale” ed “economico” – è stata sottolineata dalla dottrina. Cfr., *ex multis*, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, II éd., Paris, 2018, 18 ss.; L. USUNIER, *L’attractivité du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur à la poursuite d’une chimère*, in *RTDCiv.*, 2017, 344. Anche nella letteratura italiana l’aspetto è stato puntualmente rilevato: cfr. S. BALBUSSO, *L’obiettivo del rafforzamento della attrattività nella riforma francese del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in AA.VV., *Dal “Fitness check” alla riforma del Codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, a cura di P. SI-RENA, Napoli, 2019, 389 ss., spec. 395 ss.

¹⁵ Anche quest’aspetto è stato puntualmente sottolineato nel “Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance no 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”: «dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l’absence d’évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale. Tout d’abord, des pays qui s’étaient autrefois grandement inspirés du code Napoléon ont réformé leur propre code civil, en s’affranchissant du modèle français, trop ancien pour demeurer source d’inspiration, comme le Portugal, les Pays-Bas, le Québec, l’Allemagne ou l’Espagne, et il est apparu à cette occasion que le rayonnement du code civil français passait par sa rénovation. Mais en dehors même de cette dimension politique, l’enjeu au niveau international d’une telle réforme du droit français est économique: les rapports «Doing business» publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l’image d’un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d’un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s’attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu’une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d’attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français». Quest’aspetto è stato sottolineato anche in letteratura.



L'odierna disciplina dell'abuso di dipendenza s'inserisce così pienamente nell'alveo delle nuove disposizioni, più o meno direttamente, "ispirate" anche dall'esperienza giuridica straniera.

L'influenza maggiore sembra esercitata, nonostante le note premesse giuseconomiche di matrice perlopiù nordamericana¹⁷, dai sistemi giuridici continentali e soprattutto – per ovvie ragioni di carattere, oltre che strettamente giuridico, socio-economico e culturale – dalla disciplina prospettata, anche all'esito della c.d. "Schuldrechtsmodernisierung", dall'ordinamento tedesco¹⁸.

Cfr., per tutti, M. MEKKI, *The French Reform of Contract Law: The Art of Redoing Without Undoing*, cit., 224 ss., spec. 227: «A stated objective is also to fit in with a globalized world where legal systems compete. French law must be modernized to remain a model or offer itself as a model again. While resisting the idea of restating French law as an attractive model, reforming the law of obligations projects the image of a rejuvenated and modern law, connected with the surrounding world».

Per una panoramica generale sull'argomento della concorrenza fra sistemi giuridici, si rinvia, senza pretese di completezza, ai contributi contenuti in AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. ZOPPINI, Roma-Bari, 2004 e in AA.VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di A. PLAIA, Milano, 2007.

¹⁶ Lo stesso (più volte richiamato) "Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations" sottolinea l'influenza ed il ruolo dei progetti di "soft law" nel processo di riforma del *Code civil*: «Dans le même temps, au cours de ces vingt dernières années, les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats se sont multipliés: les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004, les principes du droit européen des contrats (PDEC) élaborés par la commission dite Lando, publiés entre 1995 et 2003, le projet de code européen des contrats ou code Gandolfi, publié en 2000, le projet de cadre commun de référence (DCFR), qui couvre tout le droit privé et a été remis officiellement au Parlement européen le 21 janvier 2008, et enfin les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008». Quest'aspetto è stato puntualmente sottolineato anche dalla dottrina italiana, cfr., *ex multis*, S. PATTI, *Il metodo scientifico di Reiner Schulze per l'armonizzazione del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, spec. 340-341.

Per una ricostruzione dei rapporti (a dir poco altalenanti) fra sistema giuridico francese e diritto privato europeo, cfr. F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, 2017, 9 s., spec. 15 s., 31 ss. (con recensione di W. DORALT, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, 496 ss.); J.-S. BORGHETTI, *Réforme du droit des contrats: un projet s'en vient, l'autre s'en va*, in *Recueil Dalloz*, 2015, 24, 1376-1377; per alcune riflessioni generali circa il ruolo svolto dal diritto comparato e dai progetti di "soft law" nel perseguire gli obiettivi della riforma francese del 2016, cfr. H. MUIR WATT, *The Reform of the French Civil Code at a Distance: an International and Comparative Perspective*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2017, 445 ss., spec. 456 ss.

¹⁷ Si tratta, in particolare, della letteratura giuseconomica sugli investimenti specifici o cc.dd. "idiosincratici" (con i conseguenti rischi di c.d. "hold-up") nell'ambito dei contratti fra imprese. Cfr., *ex multis*, P.L. JOSKOW, *Asset specificity and vertical integration*, in P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave. Dictionary of Economics and the Law*, I, London-New York, 1998, 107 ss.; ID., *Vertical Integration and Long-Term Contracts: The Case of Coal Burning Electric Generating Plants*, in *J. L. Econ. & Org.*, 1985, 33 ss.; ID., *Contract duration and relationship specific investments*, in *A.E.R.*, 1987, 168 ss.; ID., *Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence*, in *J. L. Econ. & Org.*, 1988, 95 ss.; O.E. WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, New York, 1985 (trad. it., *Le istituzioni economiche del capitalismo: imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1992); ID., *Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *J. L. & Econ.*, 1979, 233-261, 245 ss. (trad. it., *Teoria dei costi di transazione: il controllo delle relazioni contrattuali*, in *L'organizzazione economica*, Bologna, 1991, 135-174); B. KLEIN, *Hold up problem*, in P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave. Dictionary of Economics and the Law*, II, London-New York, 1998, 241 ss.; D.A. GRAHAM, E.R. PEIRCE, *Contract Modification: An Economic Analysis of the Hold-up Game*, in *Law & Contemp. Probs.*, 1989, 9 ss.; P.W. SCHMITZ, *The Hold-up Problem and Incomplete Contracts: a Survey of Recent Topics in Contract Theory*, in *Bull. Econ. Res.*, 53, 2001, 1 ss.; P.G. KLEIN, *New Institutional Economics*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, I. B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (eds.), Cheltenham, 2000, 456 ss.; B. KLEIN, *Why Hold-Ups Occur: The Self-enforcing Range of Contractual Range of Contractual Relationship*, in *Econ. Inq.*, 34, 1996, 444 ss.; ID., *Fisher-General Motors and the Nature of the Firm*, in *J. L. & Econ.*, 2000, 105 ss.; R. H. COASE, *The Acquisition of Fisher Body by General Motors*, in *J. L. & Econ.*, 2000, 15 ss.; ID., *The Conduct of Economics: the Example of Fisher Body and General Motors*, in *J. E. M. S.*, 2006, 255 ss. Per una riflessione sulle richiamate premesse giuseconomiche nella letteratura italiana, cfr., per tutti, M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 226 ss.; A. NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, in A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Roma, 2015, 195 ss.

¹⁸ Si tratta di un'influenza ormai ammessa, seppur a denti stretti, dalla stessa dottrina francese. Da ultimo, cfr. M. CANNARSA, *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, in questo fascicolo.



Nell'ambito dell'odierno art. 138 del BGB – dopo la disciplina generale sulla nullità degli accordi stipulati in contrasto con la legge e con il buon costume – si prevede espressamente la *nullità del contratto* se prestazione e controprestazione «si pongono in *evidente sproporzione*» (i) e una delle parti ha sfruttato, per concludere l'accordo, «*lo stato di costrizione, l'inesperienza, la mancanza di discernimento o la rilevante debolezza della volontà*» dell'altra (ii)¹⁹. Si tratta di una scelta legislativa (condivisibile o meno, ma) chiara: l'art. 138 (§ 2) del BGB, in presenza dei suddetti presupposti applicativi, statuisce, infatti, la nullità del contratto. Ne deriva un indiscutibile riconoscimento della rilevanza – di carattere “generale” (e non più soltanto “speciale” o “particolare”)²⁰ – delle richiamate circostanze²¹.

Nella stessa direzione, peraltro, si sono mossi – nonostante la resistenza ancor oggi manifestata dall'ordinamento (e, in particolare, dalla giurisprudenza) inglese²² – diversi sistemi giuridici europei²³ ed altri li seguiranno presto²⁴.

¹⁹ Questo l'originale testo dell'art. 138 (§§ 1 e 2) BGB: «(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen». Nel testo si richiamano degli estratti della traduzione italiana ad opera di S. PATTI (*Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano, 2005, 69).

²⁰ Figure parzialmente simili erano già contenute (e continuano ad esserlo) anche in alcuni testi di diritto “speciale”. Per alcuni riferimenti al dibattito sulla disciplina “speciale” (tedesca e francese) del (recente) passato, v., per tutti, M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 23 ss., 67 ss. Sulla centralità della disciplina “speciale” nell'intento di ricostruire l'intero sistema dell'abuso dello stato di dipendenza contrattuale, cfr., *infra*, § 5.2.

²¹ Per un'analisi compiuta, a partire dall'art. 138, § 2, BGB (ma con interessanti riferimenti anche al panorama dei diversi Stati nazionali e dei progetti di c.d. “soft law”), cfr. H. KOTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, II ed., Milano, 2017, 187 ss., spec. 189 ss.

²² Cfr. *National Westminster Bank v. Morgan* [1985], in 1 *All E.R.* 821, 830. Nella dottrina inglese non mancano, invece, voci di diverso avviso, cfr., per tutti, già S.M. WADDAMS, *Unconscionability in Contracts*, in *Mod. L. Rev.* 39, 1976, 369.

Una posizione decisamente diversa sembra essere stata assunta dell'ordinamento statunitense. In particolare, l'art. 2-302 UCC sancisce la nullità di un contratto o di una clausola contrattuale considerata “unconscionable” dal giudice. Per una riflessione sistematica di diritto comparato sulla disciplina statunitense e, in particolare, sulla *unconscionability* e sull'*economic duress*, v. B. TASSONE, «Unconscionability» e abuso di dipendenza economica, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 527 ss. e, più di recente, F. CASTRONOVO, *Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano*, Milano, 2021, 27 ss., 37 ss. Quest'ultimo autore sottolinea, in particolare, la funzione euristica del diritto comparato, suggerendo, a partire dall'*economic duress* (c.d. “violenza economica”), una rilettura della disciplina italiana dei vizi della volontà diretta a valorizzare – attraverso la figura della violenza economica – l'art. 1435 cod. civ. it. ed il rimedio dell'annullamento del contratto.

²³ Si pensi, per esempio, all'attuale disciplina del codice civile austriaco (§ 879, c. 2, n. 4, ABGB), greco (art. 179), portoghese (art. 282), polacco (art. 388), ungherese (artt. 201, c. 2, e 202), nonché alla legge svedese sui contratti (§ 31). Nello stesso senso, malgrado non sia richiesta la sproporzione delle prestazioni contrattuali, si muove anche il codice civile olandese (art. 3:44, III, BW).

²⁴ Il riferimento è soprattutto alla prossima riforma belga. Il 24 febbraio 2021 è stata ufficialmente depositata alla Camera dei Rappresentanti una proposta di riforma del Libro 5 “Les obligations” del codice civile belga con importanti riferimenti e novità sull'argomento. Questo il testo della proposta di riforma: «Art. 5.41. Abus de circonstances – (1) Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie. (2) En ce cas, la victime peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative». Si tratta di previsioni che confermano, come in altri Paesi, le riflessioni sviluppate dalla precedente dottrina e giurisprudenza sull'opportunità dell'introduzione legislativa di una figura di portata generale (la c.d. “lésion qualifiée”) nel caso di contratti caratterizzati *ab initio* da uno squilibrio manifesto fra le prestazioni derivante dall'abusivo sfruttamento da parte di un contraente della posizione di debolezza dell'altro contraente. Nella prospettiva rimediabile si riconosce la centralità del rimedio manutentivo dell'adeguamento (seppur in assenza di criteri d'intervento giudiziale) e, nel caso di abuso determinante, della nullità (relativa) del contratto. Il 21 aprile 2022, la Camera dei rappresentanti ha ufficialmente adottato il Libro I (“Dispositions générales”) e il Libro V (“Droit des obligations”) del nuovo Codice civile: la loro definitiva entrata in vigore è prevista 6 mesi dopo la pubblicazione sul *Moniteur belge* (dunque, con ogni probabilità, per fine 2022 o inizio 2023). In letteratura, cfr. L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, n° 54 ss.; A. DE BERSAQUES, *L'oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion*, in *Mélanges Jean Dabin*, II, Bruxelles, 1963, 487-518; C. Goux, *L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons*,



Anche numerose previsioni contenute nei progetti di c.d. “soft law” europeo²⁵ – dall’art. 4:109 dei *Principles of European Contract Law* (P.E.C.L.)²⁶ all’art. II. – 7:207 del *Draft Common Frame of Reference* (D.C.F.R.)²⁷ – ed internazionale – a partire dall’art. 3.2.7 degli *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (cc.dd. “Unidroit Principles”)²⁸ – hanno riconosciuto, a loro volta, la rilevanza giuridica (e sistematica) dell’abuso dello stato di dipendenza²⁹.

in *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2000, 6-41; J.-F. ROMAIN, *Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations*, in *Journal des tribunaux*, 1993, 749 ss.; ID., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, 2000, n° 176 ss. La giurisprudenza, pur ammettendola, ha sempre fatto un’applicazione modesta della figura (e soltanto in casi piuttosto chiari dove ricorrevano chiaramente tutti i presupposti applicativi richiamati dall’elaborazione dottrinale sull’argomento). Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 9 novembre 2012 in *R.W.*, 2012-13, 1416, note E. Adriaens, in *T.B.B.R.*, 2013, 168, in *T. Not.*, 2013, 363, in *Not. Fisc. M.*, 2013, 119, note H. Casman; Cass. 29 avril 1993, in *Journal des tribunaux*, 1993, 749 ss.; e nella giurisprudenza di merito, cfr. Anvers, 5 settembre 2011, in *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2014, 76; Mons, 14 février 2000, in *Journal des tribunaux*, 2000, 469.

²⁵ Sempre nell’ambito del c.d. “soft law” rientra anche il Progetto di codice europeo dei contratti dell’Accademia dei Giusprivatisti europei di Pavia (c.d. “Progetto Gandolfi”). In particolare, l’art. 30, c. 3, recita così: «Est rescindable, [...], tout contrat par lequel une des parties, abusant de la situation de danger, de nécessité, d’incapacité de comprendre et de vouloir, d’inexpérience, d’assujettissement économique ou moral de l’autre partie, fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers une prestation ou d’autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qu’elle a fournie ou promise». Sul punto, cfr. *Code Européen des Contrats, Avant-projet*, I, Milano, 2002, spec. 146. Nella (più recente) letteratura francese, cfr. H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, in *JCP*, 2016, 15, 421 ss.; E. CLAUDEL, *L’abus de dépendance économique: un sphinx renaissant de ses cendres? (commentaire de l’article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l’abus de dépendance économique)*, in *RTD com.*, 2016, 460 ss.

²⁶ Ai sensi dell’art. 4:109 dei *Principles of European Contract Law* (PECL): «(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party’s situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may, if it is appropriate, adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it». Per un’attenta riflessione sull’art. 4:109 dei PECL, cfr. C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, XIII ss., spec. XXXVI ss.

²⁷ L’Article II. – 7:207 (*Unfair exploitation*) del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) recita: «(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party’s situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it». Sul punto, cfr., per tutti, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (D.C.F.R.), a cura di C. von Bar e E. Clive, Full edition, v. I, Munich 2009, spec. 507 ss.

²⁸ Questo il testo dell’articolo 3.2.7 (*Gross disparity*) dei cc.dd. “Unidroit Principles” (versione 2016): «(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party’s dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. Article 3.2.10(2) applies accordingly». Sull’argomento, anche per un rapporto con l’art. 4:109 dei PECL, si rinvia alla recente analisi di F. CASTRONOVO, *Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano*, cit., 121 ss.

²⁹ Per una panoramica francese sull’argomento nell’ambito della disciplina dei progetti di c.d. “soft law” si rinvia alle riflessioni



Tali fonti (cc.dd. “persuasive”) – dopo avere riaffermato l’esigenza di riscontrare una significativa sproporzione fra le prestazioni contrattuali e, al contempo, un approfittamento da parte di un contraente della condizione di dipendenza dell’altro – hanno poi previsto, seppur attraverso formulazioni leggermente distinte fra loro, l’annullabilità dell’accordo, consentendo però, su domanda della parte legittimata all’annullamento, anche l’adeguamento giudiziale del contratto così da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. Al rimedio caducatorio del vincolo contrattuale si è così affiancato, ove possibile, il rimedio manutentivo dell’adeguamento³⁰.

3.2. – Un’attenzione particolare è stata poi riservata allo stato di dipendenza dei contraenti da tutti i principali progetti francesi di riforma del diritto dei contratti che hanno preceduto l’odierna formulazione dell’art. 1143 del *Code civil*.

Già il primo progetto di riforma – il c.d. “Avant-projet Catala”³¹ (2005) – dedicava una disciplina specifica all’argomento, assimilando, anche ai fini più strettamente rimediali, all’ipotesi della violenza «lorsqu’une partie s’engage sous l’empire d’un état de nécessité ou de dépendance, si l’autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif» (art. 1114-3, al. 1)³². Si trattava – come sottolineato allora nel Rapporto ufficiale della Commissione al Ministro della Giustizia – di una “innovation réelle” diretta a consacrare, per la prima volta anche a livello legislativo, la rilevanza giuridica dell’abuso di dipendenza³³. A tal fine, probabilmente anche sulla scia dei primi suddetti progetti di c.d. “soft law”, si richiedeva la verifica dell’eccessivo vantaggio conseguito da un contraente a seguito del-

di G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, in CCC, 2016, 18. Nella letteratura italiana, cfr., ex multis, A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. merc.*, 2018, 107, nt. 103; ID., *I vizi del consenso nel Code civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Giur. it.*, 2018, 1231, nt. 102; F. RENDE, *Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale*, in *Pers. merc.*, 2021, 21 ss., spec. 26 ss.; M. FARINA, *Unfair Terms and Supplementation of the Contract*, in *ERPL*, 2021, 461, nt. 51.

³⁰ Tale disciplina – sostanzialmente condivisa, come si è detto, da PECL, DCFR e Unidroit Principles – dev’essere tenuta distinta, invece, dalla soluzione rimediale prospettata dal c.d. “Progetto Gandolfi”, laddove si delinea soltanto, in presenza dei medesimi presupposti applicativi, la rescindibilità del contratto.

³¹ Per una panoramica sul c.d. “avant projet Catala”, senza nessuna pretesa di completezza, cfr. P. CATALA, *Présentation générale de l’avant projet*, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, 2006, 2 ss.; B. FAUVARQUE-COSSON, *La réforme du droit français des contrats: perspective comparative*, in *RDC*, 2006, 147 ss.; R. CABRILLAC, *Réforme du droit des contrats: révision-modification ou révision-compilation?*, in *RDC*, 2006, 25 ss.; P. MALAURIE, *Présentation de l’avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, in *RDC*, 2006, 7 ss.; D. TALLON, *Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative*, in *RDC*, 2006, 131 ss.; O. LANDO, *L’avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences*, in *RDC*, 2006, 167 ss.

³² Questo il testo ufficiale dell’art. 1114-3 del c.d. “Avant-projet Catala”: «(1) Il y a également violence lorsqu’une partie s’engage sous l’empire d’un état de nécessité ou de dépendance, si l’autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif (2) La situation de faiblesse s’apprécie d’après l’ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l’existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique».

³³ Queste le considerazioni contenute nel Rapporto ufficiale della Commissione al Ministro della Giustizia: «L’innovation réelle provient de la consécration de l’idée d’exploitation abusive d’une situation de faiblesse provoquée par un état de nécessité ou de dépendance. L’opportunité de retenir en ce cas la violence, récemment débattue, se trouve reconnue sous la forme d’un nouvel article 1114-3 qui précise également les critères en fonction desquels ce cas particulier de violence sera apprécié» (*Validité du contrat – Consentement (art. 1108 à 1115-1)*, par Y. LEQUETTE, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, in AA.VV., *Avant-Projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) – Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 Septembre 2005).



l'abusivo sfruttamento della situazione di debolezza (*"situation de faiblesse"*) derivante da uno stato di necessità o di dipendenza dell'altro contraente³⁴.

Anche il secondo progetto di riforma – il c.d. *"Projet Terré"*³⁵ (2008) – disciplinava, dopo avere stabilito l'irrelevanza generale dello squilibrio tra le prestazioni (laddove non espressamente previsto e regolato dal legislatore), l'abuso dello stato (di necessità o) di dipendenza. Questo secondo progetto³⁶ non riconduceva più l'istituto – seppur in presenza sostanzialmente dei medesimi presupposti applicativi – ad una nuova forma di violenza, preferendo delineare, invece, una *"lésion qualifiée"*³⁷. Non solo: l'art. 66 del *"Projet Terré"* consentiva alla parte pregiudicata di conseguire prioritariamente l'adeguamento giudiziale – pur in assenza d'indicazioni chiare su modalità e criteri di revisione contrattuale – al fine di ristabilire l'equilibrio fra le prestazioni. Soltanto laddove tale riequilibrio risultasse materialmente impossibile, il giudice avrebbe dovuto dichiarare la nullità del contratto.

Nell'ambito del più recente *"Projet de la Chancellerie"*³⁸ (2015), sulla cui base è stata poi forgiata

³⁴ Lo stesso Catala ha sottolineato l'influenza significativa dei progetti di *"soft law"* europeo (e, in particolare, dei *Principles of European Contract Law*) già sull'avvio delle prime proposte di riforma del *Code civil*: «Le déclin provint d'un colloque organisé par la faculté de Sceaux qui mettait en parallèle le droit français avec le 'principes européens du droit des contrats' issus des travaux de M. Landö» (P. CATALA, *Présentation générale de l'avant-projet*, in *L'avant projet Catala* (progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione – artt. 1101/1386 e 2234/2281 del *Code civil* – redatto da una Commissione di civilisti francesi diretta da Pierre Catala), a cura di G.B. FERRI, P. SPADA, Milano, 2008, 16). Nello stesso senso, cfr. F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, cit., 20 s.; IID., *The Process of Elaboration of the Reform of the Law of Contract*, in J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER (eds.), *The Code Napoléon rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford-Portland, 2017, 21 (l'opera collettanea è stata peraltro pubblicata successivamente anche in lingua francese: J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON, S. WHITTAKER (eds.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Paris, 2018). Sottolinea peraltro come la genesi dell'*«Avant projet Catala»* possa leggersi come una sorta di reazione nazionale ai progetti di *«soft law»*, rilevando così anche un orientamento complessivamente antieuropeo dell'epoca, D. MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence*, in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, 2009, 330.

³⁵ Per un'interessante panoramica delle principali caratteristiche del c.d. *"Projet Terré"*, cfr., *ex multis*, D. MAZEAUD, *Nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 1364 ss. Nella nostra letteratura, cfr. L. FALLETTI, *L'Avant-projet di riforma del libro III del Code civil dell'Académie des sciences morales et politiques*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1133 ss.

³⁶ L'art. 66, al. 1, del c.d. *"Projet Terré"* recitava così: «Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat».

³⁷ Cfr. F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Paris, II ed., 2018, 63; nella letteratura italiana recente, cfr. F. RENDE, *Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale*, in *Pers. merc.*, 2021, 21 ss., spec. 22, nt. 5.

³⁸ Il richiamato *"Projet de la Chancellerie"* non è, in verità, il primo progetto di riforma elaborato dal Ministero della Giustizia e denominato *"Projet de la Chancellerie"*. Già nel 2008, infatti, il Ministero – interpellando anche il mondo delle professioni (cfr. *Table ronde: Le regard des professionnels*, in *RDC*, 2009, 351 ss.) – aveva, poco prima della diffusione del c.d. *"Projet Terré"*, predisposto un altro progetto di riforma del *Code civil*. Per una prima ricostruzione del dibattito dottrinale generato dal *"Projet de la Chancellerie"* del 2008, cfr., *ex multis*, F. ANCEL, *Genèse, sources, esprit, structure et méthode*, in *RDC*, 2009, 275; R. CABRILLAC, *Le projet de réforme du droit des contrats (premières impressions)*, in *JCP*, 2008, 40, 17 s.; D. MAZEAUD, *Réforme du droit des contrats: haro, en Hérald, sur le projet!*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 2675 ss.; M. FABRE-MAGNAN, *Réforme du droit des contrats: «un très bon projet»*, in *JCP*, 2008, 43, 14; P. MALINVEAUD, *Le «contenu certain» du contrat dans l'avant-projet «chancellerie» de code des obligations ou le «stoemp» bruxellois aux légumes*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 36, 2551 ss.; P. ANCEL, P. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE, S. PIMONT, *Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats*, in *JCP*, 2008, 48, 19; P. MALAURIE, *Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats*, in *JCP*, 2008, 44, 17 ss.; A. GHOZI, Y. LEQUETTE, *La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la Chancellerie*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 2609 ss., 2612. Nella letteratura italiana, anche in un'ottica comparativa con l'*«Avant projet Catala»* e con il *"Projet Terré"*, cfr. M. GIROLAMI, *Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del Code Napoléon nella prospettiva del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 243 ss., spec. 258 ss.



l'attuale riforma del diritto dei contratti³⁹, si è tornati, invece, a ricondurre l'abuso dello stato di dipendenza alla violenza⁴⁰ e – dopo la fase successiva di consultazione pubblica⁴¹ (apertasi nel 2015, subito dopo la presentazione ufficiale del “Projet de la Chancellerie”, fra istituzioni, imprese e categorie professionali e accademiche interessate)⁴² – si è poi ristretto l'ambito applicativo dell'intera disciplina: si è previsto, per un verso, l'inserimento fra i presupposti normativi (oltre allo sfruttamento abusivo e determinante dello stato di dipendenza) del conseguimento di un vantaggio manifestamente eccessivo (tralasciato dall'originario testo dell'art. 1142 del “Projet de la Chancellerie”, ma noto all'esperienza tedesca e dei progetti di “soft law”)⁴³ e, per un altro, l'eliminazione di ogni (confuso e generico) riferimento (presente nei precedenti progetti nazionali di riforma) all'*état de nécessité* e alla *situation de faiblesse* dalla formulazione dell'art. 1143 dell'*ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016⁴⁴.

4. – Neanche la formulazione dell'art. 1143 dell'*ordonnance* ha rappresentato, però, la fine dell'«epopea» della disciplina dell'abuso di dipendenza nell'ordinamento francese poiché la versione definitiva è frutto delle ulteriori modifiche apportate al testo nell'ambito della successiva *loi de ratification* n. 2018-287 del 20 aprile 2018⁴⁵.

³⁹ Sull'*iter* di approvazione della riforma del *Code civil* (avviato con la promulgazione della legge n. 2015-177 del 16 febbraio 2015, che affida al Governo il compito di modificare «par voie d'ordonnance» il Libro III del codice civile) e sul ruolo assunto dal c.d. “Projet de la Chancellerie” (presentato il 25 febbraio 2015 e, dopo le modifiche conseguenti ad una consultazione pubblica con le istituzioni, le categorie professionali interessate e i cittadini nonché dopo il parere favorevole del Consiglio di Stato, portato all'approvazione del Consiglio dei Ministri), cfr. G. ALPA, *Réflexions sur le projet français de réforme du droit des contrats*, in *R.I.D.C.*, 2015, 878 s. (pubblicato anche in italiano: *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 177 s.); C. CHAMPALAUNE, *Les grands traits de la réforme*, cit., 14. Per una panoramica generale sul c.d. “Projet de la Chancellerie” (2015), cfr., per tutti, M. 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, 14, 816 ss.

⁴⁰ L'art. 1142 del c.d. “Projet d'ordonnance” recitava così: «Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse». Anche con interessanti richiami alla giurisprudenza francese precedente, cfr. P. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, in *RDC*, 2015, 747; H. BARBIER, *Le vice du consentement, pour cause de violence économique*, in *Dr. et patr.*, 2014, 240, 50.

⁴¹ La consultazione pubblica – nonché le discussioni e le modifiche successive – hanno comportato novità non soltanto nel contenuto, ma anche nella numerazione del *Code civil*. L'*abus de l'état de dépendance*, anziché essere disciplinato nell'ambito dell'art. 1142, è stato così trasposto nell'ambito dell'odierno art. 1143.

⁴² Centrale nelle diverse fasi di elaborazione della riforma del *Code civil* è sempre stato il dialogo fra i formanti nonché fra le parti sociali. Sul punto, cfr., per tutti, M. MEKKI, *The French Reform of Contract Law: The Art of Redoing Without Undoing*, cit., 224-225, 238-239.

⁴³ Sulla previsione del presupposto applicativo del vantaggio manifestamente eccessivo nell'odierno art. 138 BGB (ed in numerosi progetti di “soft law”), cfr., *supra*, § 3.1.

⁴⁴ Sul riferimento (spesso confuso e generico) all'*état de nécessité* e alla *situation de faiblesse* nell'ambito dei precedenti progetti nazionali di riforma, cfr., *supra*, § 3.2. Questa la formulazione ufficiale dell'art. 1143 *Code civil* contenuta nell'*ordonnance* del 2016: «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif». Il processo di ridimensionamento della portata della disciplina è stato così chiaramente descritto: «Devant la crainte d'une utilisation trop fréquente du texte qui aurait conduit à l'annulation de conventions en raison de l'état de faiblesse de l'une des parties, état potentiellement inconnu de l'autre, l'ordonnance a fait le choix d'en restreindre doublement l'application: tout d'abord seul l'état de dépendance est désormais visé (la référence à l'état de faiblesse a disparu), ensuite la nullité n'est encourue que lorsque le cocontractant a tiré un avantage excessif de la situation» (O. DESHAYES, *La formation des contrats*, in *RDC*, 2016, 21 ss.).

⁴⁵ Per una visione generale sulla *loi de ratification*, si rinvia – oltre ai saggi contenuti rispettivamente in *Revue des contrats*, 2018 (hors-série), *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018* (Paris, 7 juin 2018), in *Actualité Juridique*



In quest'occasione, il legislatore francese – posto davanti alla contrapposizione (prevalentemente dottrinale) fra chi suggeriva di «ratifier sans aucune modification»⁴⁶ e chi, viceversa, proponeva di «véritablement réformer la réforme»⁴⁷ – ha scelto, in effetti, d'intervenire soltanto in alcuni (limitati) settori specifici fra cui, però, proprio la disciplina dell'abuso di dipendenza⁴⁸. A seguito delle persistenti critiche riguardanti la precedente formulazione, ritenuta troppo generica e potenzialmente foriera di situazioni d'incertezza, la *loi de ratification* del 2018 è tornata così specificamente a rivedere la disciplina dell'abuso di dipendenza, confermando tutti i suddetti presupposti applicativi e precisando, al contempo, la rilevanza esclusiva, ai fini dell'applicazione della norma, della dipendenza di una parte nei confronti della controparte («son cocontractant à son égard») senza riconoscere nessun rilievo alla condizione generale di dipendenza di un contraente nei confronti di terzi⁴⁹. Ne deriva un'inevitabile (ed ulteriore) limitazione dell'ambito applicativo della norma⁵⁰ che suggerisce all'interprete di valutare, seppure brevemente, l'odierna complessiva incidenza dei presupposti e delle possibili conseguenze della nuova disciplina del *Code civil*⁵¹.

4.1. – Alla (più recente) limitazione della nuova disciplina soltanto ai rapporti fra contraenti – all'esito, come si è detto, dell'esclusione di ogni rilevanza della violenza esercitata dal terzo⁵² – si affiancano, infatti,

Contrat, 2018, 251 ss., *Dossier – La 'réforme de la réforme' du droit des obligations: (I) Le contrat*, e (sempre) in *Actualité Juridique Contrat*, 2018, 303 ss., *Dossier – La 'réforme de la réforme' du droit des obligations: (II) Régime des obligations et application de la loi de ratification dans le temps* – all'analisi di B. MALLET-BRICOUT, *Une ratification multidimensionnelle – À propos de la loi de ratification n. 2018-287 du 20 avril 2018*, in *RTDCiv.*, 2018, 740 ss.; P. DELEBECQUE, *'Rèforme de la réforme' du droit des contrats: en attendant la jurisprudence, la parole est aux pouvoirs publics*, in *Actualité Juridique Contrat*, 2018, 197; D. HOUTCIEFF, *Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations: le droit schizophrène*, in *Gazette du Palais*, 2018, 15, 14 ss.; T. ANDRIEU, *La réforme du droit des contrats ratifiée: la cohérence et la sécurité juridique préservées*, in *Gaz. Pal.*, 2018, 16, 13 ss.; A. BÉNABENT, *Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats (art. 16 de la loi du 20 avr. 2018)*, in *Recueil Dalloz*, 2018, 1024 ss.

⁴⁶ Cfr. M. MEKKI, *Plaidoyer pour une ratification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations*, in *Gaz. Pal.*, 2017, 11; ID., *Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, Propositions en droit des contrats: Less is more...*, in *AJ contrat*, 2017, 462; N. MOLFESSIS, *Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats*, in *JCP*, 2017, 1045.

⁴⁷ Questo, per esempio, l'orientamento emergente dall'intero dossier *Améliorer les textes issus de la réforme du droit des contrats*, in *RDC*, 2017, 165 ss. Per una panoramica sulla richiamata contrapposizione dottrinale, cfr., per tutti, S. PELLET, *La formation du contrat*, in *AJ Contrat*, 2018, 254 ss.

⁴⁸ Cfr., *ex multis*, D. MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2018, 912 ss.; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n. 2018-287 du 20 avril 2018*, in *JCP*, 2018, 885 ss., spec. 886. Questi ultimi parlano espressamente di una «ratification-rectification, dont l'ampleur est finalement modeste au regard du nombre de dispositions du Code civil réécrites par l'ordonnance». Nella letteratura italiana, per una specifica ricostruzione delle modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza nell'ambito dell'approvazione della *loi de ratification*, cfr. D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1257 ss., spec. 1278 ss.

⁴⁹ Questa, invece, la formulazione definitiva dell'art. 1143 *Code civil* (dopo l'approvazione della *loi de ratification*): «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif».

⁵⁰ La natura di vera e propria riduzione dell'ambito applicativo della norma (e non di una semplice interpretazione restrittiva della stessa) è sottolineata con decisione da M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme?*, in *Recueil Dalloz*, 2018, 900 ss. Quest'orientamento risulta peraltro sostanzialmente pacifico nella dottrina francese, cfr., *ex multis*, B. FAGES, *Droit des obligations*, X éd., Paris, 2020, 123.

⁵¹ Per una panoramica dei presupposti applicativi della norma, cfr., per tutti, F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, cit., 320, 358 ss.

⁵² Ciò si desume soprattutto dall'espresso riferimento allo stato di dipendenza in cui si ritrova «son cocontractant à son égard».



gli ulteriori (e precedenti) presupposti dello stato di dipendenza (i), della prova dello sfruttamento abusivo della situazione di dipendenza (ii), del carattere determinante della violenza (iii) e del conseguimento di un vantaggio manifestamente eccessivo (iv).

Innanzitutto, il presupposto generale dello *stato di dipendenza* (i) se, per un verso, conferma la scelta di non limitare la disciplina (come pure era stato richiesto, da ultimo, dal Senato nell'*iter* di approvazione della *loi de ratification*) alle circostanze di dipendenza “economica” (nell’ambito dei rapporti fra imprese)⁵³, per un altro, conferma anche l’esclusione, ormai definitiva, di ogni generico richiamo ad un’indistinta “*situation de faiblesse*” (pur presente, come si è visto, nella maggior parte delle versioni dei precedenti progetti di riforma). Ne deriva un presupposto ancor oggi molto generale, ma forse leggermente più certo del passato⁵⁴.

Sembra poi difficile trascurare l’esigenza – pur assai dibattuta nella dottrina francese⁵⁵ – di *prover spécifiquement l’abus de la situation de dépendance* (ii). In alternativa, si rischia, in assenza di una puntuale dimostrazione, di ridurre ogni riferimento all’*abus* – di fatto, neutralizzandolo – ad una mera descrizione dello stato di fatto (di dipendenza). Nella stessa direzione sembra militare peraltro l’odierno art. 1168 del *Code civil*: «le défaut d’équivalence des prestations n’est pas une cause de nullité du contrat».

La violenza – così la riforma ricostruisce, come si è detto, lo sfruttamento abusivo da parte di un contraente dello stato di dipendenza dell’altro contraente – dev’essere stata poi *determinante* per la conclusione dell’accordo («un engagement qu’il n’aurait pas souscrit en l’absence d’une telle contrainte») (iii). Si tratta, con ogni evidenza, di una *quaestio facti* da sottoporsi, di volta in volta, all’attenzione dell’interprete. Non c’è dubbio pertanto che anche la giurisprudenza – più o meno restrittiva – sarà chiamata a svolgere al riguardo un ruolo decisivo nell’ampliare o ridurre concretamente la portata della novità legislativa.

Infine, l’abusivo sfruttamento dello stato di dipendenza di un contraente, determinante per la conclusione dell’accordo, deve comportare per l’altro contraente *un vantaggio manifestamente eccessivo* (iv). Sulla scor-

Nel resoconto dei lavori parlamentari del Senato, in seconda lettura, può leggersi, infatti, come l’espressione «à son égard» sia diretta proprio ad indicare «explicitement que l’état de dépendance de l’une des parties au contrat s’entend bien à l’égard de son cocontractant, c’est-à-dire dans le cadre expressément défini du contrat entre les deux parties» (*Rapport n. 247 fait au nom de la commission des lois* del 24 gennaio 2018, specificamente reperibile online: <http://www.senat.fr/rap/17-247/17-2471.pdf>, 19).

⁵³ Risulta decisamente interessante ripercorrere l’*iter* dei lavori parlamentari che hanno portato all’approvazione della *loi* n. 287 del 2018. In particolare, per quanto concerne il *Senat*, si rinvia alle osservazioni contenute nel *Rapport n. 22 fait au nom de la commission des lois* e nel *Rapport n. 247 fait au nom de la commission des lois* presentate dal senatore F. Pillet rispettivamente giorno 11 ottobre 2017 e 24 gennaio 2018; per quanto attiene, invece, all’*Assemblée Nationale*, si richiamano le considerazioni contenute nel *Rapport n. 429 fait au nom de la commission des lois* e nel *Rapport n. 639 fait au nom de la commission des lois* depositati dal parlamentare S. Houlié rispettivamente giorno 29 novembre 2017 e 7 febbraio 2018. Infine, per una panoramica complessiva, può rimandarsi al *Rapport fait au nom de la commission mixte-paritaire* depositato il 14 maggio 2018. Tutti i documenti delle commissioni legislative nonché tutti i resoconti dei lavori dei due rami del Parlamento francese sono semplicemente reperibili online sul sito ufficiale del *Senat* e dell’*Assemblée Nationale*: <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pj116-578.html>; www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/alt/ratification_ordonnance_2016_131. Quest’analisi può risultare peraltro di grande interesse anche per apprezzare i cc.dd. “travaux postparatoires”: «Une autre originalité du processus d’élaboration de la loi de ratification est l’importance attribuée dans cette réforme aux travaux «postparatoires», néologisme exprimant la détermination *a posteriori* de la «ratio legis» par des interprètes qui ne sont pas à l’origine du texte» (M. MEKKI, *La loi de ratification de l’ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme?*, cit., 901).

⁵⁴ Risultano esplicite al riguardo già le parole del Rapporto ufficiale del Ministero della Giustizia al Presidente della Repubblica (reperibile anche online, cfr. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539>): «toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles». Sul punto, cfr., *ex multis*, O. DESHAYES, *La formation des contrats*, in «*La réforme du droit des contrats: quelles innovations?*» (Paris, 16 février 2016)», in *RDC*, 2016, 21 ss.

⁵⁵ Sul punto, cfr. M. MEKKI, *La loi de ratification de l’ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme?*, cit., 900 ss.; ID., *Droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 375 ss.



ta, oltre che dei vari progetti di “soft law”, dei vari modelli stranieri di ricodificazione (e soprattutto dell’art. 138, § 2, BGB), si prevede così anche un parametro di carattere quantitativo – peraltro molto elevato («*manifestement excessif*») e lontano, di conseguenza, dall’eventuale semplice scarto dall’ideale di equivalenza delle prestazioni – dello squilibrio contrattuale. Sembra richiedersi un vantaggio di carattere economico o finanziario (riguardante, con ogni probabilità, soprattutto il prezzo), ma un ruolo fondamentale sarà svolto – oltre, com’è ovvio, dal contenuto dell’accordo – dalle caratteristiche e condizioni dello specifico settore nonché, più genericamente, dagli sviluppi e dalle evoluzioni del mercato⁵⁶.

4.2. – La disciplina dell’abuso di dipendenza solleva, però, significative problematiche anche sul versante più strettamente rimediale.

In particolare, la riconduzione della figura all’alveo dei vizi del consenso – e, in particolare, alla violenza – comporta l’applicazione dell’art. 1131 del *Code civil* («*Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat*»). Ne deriva l’applicazione delle regole sulla nullità relativa del contratto con riferimento, in particolare, alla legittimazione attiva dell’azione riservata soltanto alla parte che l’ordinamento vuole proteggere (art. 1181 cod. civ.) e al decorso del termine di prescrizione (art. 1144 cod. civ.)⁵⁷.

Tale soluzione rimediale – già criticata dalla dottrina (francese e non solo)⁵⁸ – non sembra lasciare nessun margine, perlomeno *prima facie*, alla conservazione (e all’adeguamento) dell’originario contratto, distinguendosi così significativamente, fra l’altro, dai progetti di c.d. “soft law”⁵⁹. Nel caso dell’abuso di dipen-

⁵⁶ Per una panoramica critica sui presupposti della formulazione legislativa dell’art. 1143 del *Code civil*, cfr. H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., 421 ss.; e, successivamente alle modifiche sopravvenute nell’ambito della legge (di ulteriore riforma) del 2018, cfr. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, cit., 320, 358 ss.; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, sub art. 1143, cit., 257 ss.

⁵⁷ A tale conclusione si perviene (piuttosto linearmente) anche solo ripercorrendo l’attuale testo dell’art. 1181 – «(1) La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger. (2) Elle peut être couverte par la confirmation. (3) Si l’action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l’un n’empêche pas les autres d’agir» – e dell’art. 1144 *Code civil* – «Le délai de l’action en nullité ne court, en cas d’erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé».

⁵⁸ Per una critica alla soluzione rimediale proposta – già a partire dal *projet d’ordonnance* – si rinvia a J. P. CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, in *Dr. et patr.*, 2014, 49. Nella letteratura italiana, invece, una posizione critica è stata espressa da F. RENDE, *Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale*, cit., spec. 35 ss.

⁵⁹ Cfr., *supra*, nt. 26 ss. Si rimanda, in particolare, alla seconda parte dell’articolo 4:109 dei *PECL* («[...] (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may, if it is appropriate, adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it»), dell’articolo II – 7:207 del *DCFR* («[...] (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it») nonché dell’articolo 3.2.7 dei cc.dd. “Unidroit Principles” («[...] (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. Article 3.2.10(2) applies accordingly»).

Sempre più spesso – e non soltanto nell’ambito dei progetti di c.d. “soft law” – la disciplina di matrice eurolunitaria prevede, nel caso di squilibri contrattuali derivanti dall’approfittamento dell’altrui condizione di debolezza, un intervento di rimodellamento del programma negoziale (anche soltanto circoscrivendo l’effetto demolitorio alle clausole frutto della condotta abusiva). Nella stessa



denza, infatti, non sembra esser applicabile neanche la disciplina della nullità parziale ai sensi dell'art. 1184 *Code civil*⁶⁰. Quest'ultima norma statuisce l'invalidità dell'intero contratto laddove la clausola nulla (o le clausole nulle) abbia(n) costituito «un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles» come nell'ipotesi (qui considerata) dell'abuso di dipendenza, cui si riconosce, ai sensi dell'odierna formulazione dell'art. 1143, rilevanza giuridica soltanto se *determinante* ai fini della stipulazione dell'accordo (richiedendosi, fra i suddetti presupposti applicativi, «un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte»)⁶¹.

Alcuni studiosi – constatata l'impossibilità di ricorrere, in assenza peraltro di specifiche previsioni legislative, ad ogni rimedio manutentivo dell'originario contratto – hanno allora rivolto lo sguardo al risarcimento del danno, rilevando peraltro come, ai sensi del rinnovato art. 1178 *Code civil*, «indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle»⁶². La parte lesa, rinunciando a far valere la nullità, sembra così poter ottenere – secondo parte della dottrina francese – un risarcimento in misura tale da riequilibrare il contenuto dell'originario contratto⁶³.

Questa proposta rimediale – seppur interessante (già solo perché induce a riflettere, ancor una volta, l'interprete sul complesso rapporto fra regole di validità e di comportamento)⁶⁴ – può sollevare però, a sua volta, delle perplessità.

direzione sembra muoversi, per esempio, la disciplina complessiva delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore e dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (già a partire dalla direttiva 93/13/CE e dalla direttiva 2011/7/UE). Sul punto, cfr., *ex multis*, S. WHITTAKER, *Unfair Contract Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract*, 116 *L. Q. Rev.*, 2000, 95; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, II ed., Cheltenham, 2013, 1 ss., 143 ss.; H. COLLINS (ed.), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis and a Challenge to European Contract Law*, The Hague, 2008; S. ORLANDO, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *ERCL*, 2011, 25 ss.; H.-W. MICKLITZ, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, in N. REICH, H.-W. MICKLITZ, P. ROTT & K. TONNER (eds.), *European Consumer Law*, II ed., Cambridge, 2014, 142 ss.; P. ROTT, *Unfair contract terms*, in C. TWIGG-FLESSNER (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, 287 ss.; S. DELLE MONACHE, *Unfair Contracts in European Contract Law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2019, 153 ss.; F. DELFINI, *The Control of Contract Power and Standard Terms in Italy and Canada: a Comparative "Overview"*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 9 ss.; e, più recentemente, M. FARINA, *Unfair Terms and Supplementation of the Contract*, cit., spec. 443 ss.

⁶⁰ L'attuale versione dell'art. 1184 *Code civil* recita: «(1) Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. (2) Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien».

⁶¹ Sul punto, cfr., per tutti, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, sub art. 1143, cit., spec. 263.

⁶² Questa la formulazione completa dell'art. 1178 *Code civil*: «(1) Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. (2) Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. (3) Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. (4) Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle».

⁶³ Tale ricostruzione rimediale è fornita già dai tempi dell'art. 1142 del c.d. "Projet d'ordonnance" (o "Projet de la Chancellerie"), laddove, come si è visto, si delineava peraltro un ambito di applicazione della nuova disciplina sull'abuso di dipendenza decisamente più ampio: «Sans doute la victime aura, comme le prévoit l'article 1178, la possibilité, au lieu d'agir en nullité, de demander des dommages-intérêts à son cocontractant, ce qui peut avoir, en fait, les mêmes effets qu'un rééquilibrage du contrat, et il n'est pas exclu que la jurisprudence, comme l'a fait la Cour de cassation en matière de dol, reconnaisse au contractant la faculté de demander directement une réduction du prix» (P. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, cit., 748). Nello stesso senso si sviluppano le riflessioni di F. CHÉNEDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, in *RDC*, 2015, 655 ss.; E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique: un sphinx renaissant de ses cendres?*, cit., 460 ss., spec. 474.

⁶⁴ L'argomento, come noto, ha lungamente occupato (anche) la letteratura italiana. Sulla distinzione del piano degli obblighi di condotta da quello dei requisiti di validità del contratto (nonché sulla piena autonomia fra rimedi risarcitori e contrattuali) si rinvia,



Non è semplice – anche dopo avere sciolto le possibili riserve di natura dogmatica⁶⁵ – affrontare così, per esempio, la problematica dei contratti di durata: si pensi, per esempio, alle fattispecie (potenzialmente frequenti) di abuso di dipendenza nell’ambito di un contratto di somministrazione o di lavoro subordinato. Alle difficoltà di determinazione del *quantum* risarcibile – già di per sé aggravate, almeno in parte, dal protrarsi nel tempo dell’esecuzione dei rapporti fra contraenti – si aggiungono, infatti, le perplessità derivanti dall’esigenza di garantire l’adeguamento a condizioni contrattuali (e non soltanto economiche) complessivamente più eque⁶⁶ (come pure era stato specificamente proposto in alcuni progetti di riforma del passato nonché nella maggior parte dei progetti di c.d. “soft law”)⁶⁷.

Ad oggi, fermo restando le persistenti suddette perplessità, la ricostruzione più lineare del dato normativo sembra pertanto riscontrare nella nullità (relativa) del contratto la principale soluzione rimediale, rilevando peraltro come la parte lesa possa, ai sensi dell’art. 1178 *Code civil*, scegliere di agire (in aggiunta o in alternativa) per il risarcimento del danno. Ciò non esclude chiaramente né la possibilità di rinunciare al rimedio contrattuale per avvalersi soltanto del rimedio obbligatorio né la possibilità di cumulare i due rimedi, che, però, rimangono del tutto indipendenti e derivanti peraltro da fonti diverse (l’uno dal contratto, l’altro dal fatto illecito) senza riuscire, specie nell’ambito dei contratti di durata, a risultare sempre pienamente calibrati alla luce dei principali interessi (e delle fondamentali esigenze) dei contraenti⁶⁸.

per tutti, a G. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 37 ss.; ID., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 7 ss., 44 ss. Per una diversa (e recente) lettura, che rimette in discussione il principio di non interferenza fra regole di validità e di comportamento, cfr. G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., 31 ss.

⁶⁵ Solleva perplessità dogmatiche sulla fattibilità dell’operazione ermeneutica testé delineata A. ANDRIEUX, *La codification de la «violence-dépendance»: une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil*, in *LPA*, 22 août 2016, 167, 6 (laddove afferma che il ricorso al rimedio risarcitorio per conseguire un risultato assimilabile al riequilibrio contrattuale «heurte la logique bien établie de la distinction de nature de fondement des actions»). Nell’ottica di sostenere la compatibilità dogmatica dei due tipi di rimedi sembra ormai orientata, oltre alla dottrina francese maggioritaria, la letteratura italiana prevalente: «i due rimedi possono operare in via cumulativa oppure in via alternativa, a scelta della vittima: questa può chiedere l’annullamento del contratto, con (o senza) il risarcimento; oppure rinunciare all’annullamento del contratto pur annullabile, e limitarsi a chiedere il risarcimento. Il risarcimento si calcola in modo diverso nell’uno e nell’altro caso» (V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, II ed., 2011, 759 e 774). Nello stesso senso, cfr. L. MENGONI, *Violenza e responsabilità precontrattuale*, in *Scritti*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, II, 571; F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 68; G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 84; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del consenso e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 245; R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 462; G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 187; e, da ultimo, F. CASTRONOVO, *Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano*, cit., 126, spec. nt. 380. *Contra*, A. RENDA, *Obblighi informativi e responsabilità precontrattuale*, in *Jus*, 2020, 134.

⁶⁶ Considerazioni critiche simili, specie con riferimento ai contratti di durata, sono state sviluppate da F. RENDE, *Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale*, cit., 35 ss., spec. 37.

⁶⁷ Si pensi all’art. 66 del “Projet Terré” che, come si è visto (cfr., *supra*, § 3.2., spec. nt. 36), consentiva alla parte pregiudicata di conseguire prioritariamente l’adeguamento contrattuale al fine di ristabilire l’equilibrio fra le prestazioni, lasciando spazio al rimedio caducatorio della nullità del contratto solo laddove tale riequilibrio risultasse materialmente impossibile. Numerosi riferimenti a rimedi contrattuali manutentivi (e non soltanto estintivi) si riscontrano peraltro, come si è già riportato, nell’ambito di tutti i principali progetti di c.d. “soft law” (cfr., *supra*, § 3.2., spec. nt. 25 ss.). Anche P. ANCEL (*Article 1142: violence économique*, cit., 748) sottolinea, infatti, quest’aspetto: «Dans de nombreux textes étrangers et dans les projets européens, le déséquilibre provoqué par l’exploitation de la situation de faiblesse ouvre au juge un pouvoir de révision du contrat, à la demande soit de la partie lésée, soit du cocontractant, soit des deux, et le projet Terré faisait même de ce rééquilibrage contractuel la solution de principe», concludendo come, nonostante la suddetta ricostruzione dell’apparato rimediale predisposto dalla riforma, «sur ce point comme sur d’autres, le projet nous semble manquer d’audace, et, dans l’entreprise de modernisation qu’il poursuit, rester en quelque sorte au milieu du gué».

⁶⁸ Questa sembra essere, per esempio, la posizione assunta da O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation*, sub art. 1143, cit., spec. 263.



5. – L’odierno art. 1143 costituisce sicuramente una delle novità più significative, perlomeno nell’originaria *intentio legis*, della riforma del 2016, rappresentando addirittura una sorta di “norma-manifesto” del rinnovato *Code civil*⁶⁹. S’intende, infatti, far emergere – per esplicita ammissione governativa⁷⁰ – i «valeurs humanistes du droit français» attraverso la predisposizione di «règles équilibrées, à la fois efficaces et protectrices, toujours dans un cadre clair et précis, permettant des anticipations rationnelles des acteurs économiques»⁷¹. Non stupisce allora – come avvertito dalla dottrina francese già all’indomani dell’approvazione della riforma⁷² – la duplice posta in gioco riconducibile al successo (o meno) dell’istituto generale dell’*abus de l’état de dépendance*: all’indiscutibile rilevanza pratica (perlomeno potenziale) della disciplina si aggiunge la sua collocazione nevralgica nel dibattito teorico generale sul contratto. È stata – almeno finora – “vera gloria”?

5.1. – Nell’ottica di cominciare a considerare l’effettiva portata della novità normativa – dopo averne richiamato presupposti e rimedi – sembra necessario prender in considerazione le prime pronunce giurisprudenziali sull’argomento.

Se, infatti, è vero che nell’ambito del Rapporto Ufficiale del Consiglio dei Ministri del 10 febbraio 2016 si sottolinea(va) con enfasi, per esempio, come, all’esito della riforma del 2016, «la cession des droits d’auteur d’un salarié à une entreprise qui n’aurait été obtenue que dans la crainte d’une compression de personnel sera nulle», non è meno vero che la giurisprudenza di legittimità – fermo restando l’ingente numero di problematiche riguardanti i diritti della proprietà intellettuale astrattamente riconducibili nell’alveo della nuova disciplina⁷³ – aveva già, ben prima dell’entrata in vigore della riforma, finito per ammettere autonomamente l’invalidità per “violenza economica” di numerosi accordi, caratterizzati da un abuso dello stato di dipendenza, nell’ambito del diritto d’autore⁷⁴.

Questo dialogo fra legge e giurisprudenza se, per un verso, ha sicuramente agevolato l’introduzione dell’istituto specifico dell’abuso di dipendenza nella riforma del *Code civil*, per un altro, sembra comportare, perlomeno nei primi anni di applicazione dell’art. 1143, un’interpretazione giurisprudenziale del rinnovato testo normativo che sembra distaccarsi solo minimamente dal diritto vivente precedente. Anzi, talvolta l’entrata in vigore della riforma sembra destinata – come peraltro già rilevato da parte della dottrina francese – a porre dei limiti a talune precedenti “fughe in avanti” della stessa giurisprudenza⁷⁵.

⁶⁹ Sul punto, cfr., *ex multis*, G. HELLERINGER, *The Anatomy of the New French Law of Contract*, in *ERCL*, 2017, 355 ss., spec. 361; B. FAUVARQUE-COSSON, *The French Contract Law Reform and the Political Process*, in *ERCL*, 2017, 337 ss., spec. 348.

⁷⁰ L’orientamento risulta chiaro tanto nel Rapporto del Ministero della Giustizia al Presidente della Repubblica quanto nel Rapporto Ufficiale del Consiglio dei Ministri del 10 febbraio 2016 (si tratta di documenti ufficiali reperibili online, cfr. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539>; <https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-02-10>).

⁷¹ Così recita testualmente il già richiamato Rapporto Ufficiale del Consiglio dei Ministri del 10 febbraio 2016.

⁷² Alcuni studiosi pronosticavano alla disciplina dell’abuso di dipendenza un «bel avenir» (M. MEKKI, *Droit des contrats*, cit., 375 ss.; E. CLAUDEL, *L’abus de dépendance économique: un sphinx renaissant de ses cendres?*, cit., 460 ss.; F. CHÉNEDÉ, *L’équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., 655 ss.), altri dubitano «que ce texte conduise la jurisprudence à se faire violence au point d’accueillir plus largement ce vice du consentement» (D. HOUTCIEFF, *L’admission mesurée de la violence économique*, in *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2015, 190, 16).

⁷³ Sul punto, cfr. P-D. CERVETTI, *Réforme du droit des obligations et propriété intellectuelle*, in AA.VV., *L’influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, sous la direction de C. Bloch, A. Cerati-Gauthier, V. PERRUCHOT-TRIBOULET, Paris, 2017, 8.22, 90.

⁷⁴ Cfr. Cass. 3 avril 2002, n. 00.12.932, in *Bull. civ.*, I, 2002, n. 108, Comm. com. électr., 2002, comm. 80, obs. Ch. Caron; Comm. com. électr., 2002, comm. 89, obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁷⁵ Nello stesso senso, cfr. B. FAGES, *La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril*



Si pensi, per esempio, al caso giurisprudenziale di una proprietaria che, in *uno stato di dipendenza psicologica nei confronti del compagno*, aveva venduto il proprio immobile ad una coppia di acquirenti. Questi, poco dopo, hanno, a loro volta, trasferito lo stesso immobile al doppio del suo prezzo di acquisto. Successivamente l'originaria proprietaria ha chiesto – prima ancora dell'entrata in vigore della nuova disciplina – la nullità del contratto iniziale (e di quello successivo) per vizio del consenso. La Corte d'appello di Rennes, poi confermata dalla Corte di Cassazione, ha dichiarato la nullità di entrambi i contratti per violenza⁷⁶. Tale decisione – proprio alla luce del *presupposto*, introdotto dalla loi 2018-287 du 20 avril 2018, *dell'irrelevanza della violenza del terzo* – difficilmente sarebbe oggi confermata in applicazione dell'art. 1143 *Code civil*⁷⁷.

Nel complesso, si osserva, le prime pronunce giurisprudenziali (di merito e di legittimità), successive all'entrata in vigore della riforma, sembrano restie ad ampliare ulteriormente (ed indiscriminatamente) l'ambito di applicazione dell'abuso di dipendenza, preferendo valutare con estrema cautela la ricorrenza delle condizioni legislative fissate nel 2016 e nel 2018: l'impatto della nuova disciplina dell'art. 1143 *Code civil* nel diritto vivente risulta così, ancor oggi, relativamente modesto⁷⁸.

5.2. – La disciplina sull'abuso di dipendenza ha dato pertanto veste legislativa ad un diritto vivente ormai da tempo foriero di soluzioni distanti dalla lettera dell'originaria formulazione del *Code Napoléon*, ma fatica ad ergersi come l'espressione più diretta del solidarismo contrattuale nel diritto vivente per una pluralità di ragioni di carattere, per così dire, “interno” ed “esterno”.

Innanzitutto, la giurisprudenza successiva alla riforma – forse anche per evitare di frustrare gli scopi di sicurezza giuridica e maggior attrattività politica, culturale ed economica del diritto francese (anch'essi richiamati, come si è visto, già nel Rapporto del Ministro della Giustizia al Presidente della Repubblica) – ha sostanzialmente preso atto, per un verso, dei numerosi presupposti applicativi della formulazione legislativa della disciplina e, per un altro, dell'apparato rimediale caratterizzato, come si è visto, da soluzioni spesso poco confacenti ad interessi ed esigenze dei contraenti.

Inoltre, la nuova disciplina generale dell'abuso di dipendenza non ha stravolto l'attuale panorama contrattuale francese anche per ragioni di carattere “esterno” perché derivanti dall'applicazione di altri (e diversi) istituti. Questa riforma s'inserisce, infatti, in un ordinamento nazionale già decisamente articolato: s'impone

2018, in *RDC*, 2018, 15 ss., spec. 18 ss.; e, più di recente, M. CANNARSA, *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, cit. Nella letteratura italiana, v., per tutti, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Milano, IV ed., 2018, 227.

⁷⁶ Cass., 4 mai 2016, n° 15-12.454, *AJDI* 2016. 539; D. 2017, 375, obs. M. Mekki; LPA, 19 oct. 2016, n° 209, p. 6, note S. Lequette.

⁷⁷ Meno scontata risulta l'esclusione del ricorso alla nuova disciplina, se mai, nel caso di un abuso esercitato da parte di un intermediario o di una filiale, che fanno parte dello stesso gruppo della società che conclude poi materialmente il contratto.

⁷⁸ Cass. Com. 9 juill. 2019, n. 18-12.680, in *RTDCiv.*, 2019, 854 ss., laddove non si riscontrano gli estremi per un abuso di dipendenza (economica) nell'ambito della stipulazione di un contratto fra una compagnia di trasporto aereo ed una società di manutenzione degli aeromobili (malgrado le parti avessero concluso l'accordo con un aumento significativo del prezzo rispetto alle tariffe applicate in passato, la Corte di Cassazione ha ritenuto che non potesse riscontrarsi nel caso di specie un'ipotesi di abuso di dipendenza poiché non risultava provata la particolare rilevanza economica dell'affare, derivante dall'impossibilità di sostituire l'accordo sul mercato, per il contraente che ne invoca la nullità). Nella più recente giurisprudenza di merito rigettano istanze fondate sulla pretesa applicabilità dell'art. 1143 cod. civ.: Cour d'appel de Nancy, 30 septembre 2021, n° 20/01993; Cour d'appel de Poitiers, 8 décembre 2020, n° 19/01006; Cour d'appel de Versailles, 12 novembre 2020, n° 19/07628; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 4 décembre 2018, n° 17/10400 (reperibili online in *Repertoire Dalloz – Doctrine*). In letteratura, cfr. M. LATINA, *L'abus de dépendance: premiers enseignements des juridictions du fond*, in *Recueil Dalloz*, 2020, 2180.



pertanto un'attività significativa di coordinamento della disciplina generale dell'abuso di dipendenza con una serie di altre disposizioni, a loro volta, interne ed esterne al *Code civil*⁷⁹.

In primo luogo, si tratta d'individuare, per la nuova normativa, un ambito applicativo distinto da quello riservato alle previsioni generali sul "classico" vizio del consenso della violenza e alla disciplina sulle clausole abusive (di cui rispettivamente all'art. 1140 e all'art. 1171 dell'odierno *Code civil*)⁸⁰. Come si è detto, infatti, la disciplina dell'abuso di dipendenza nasce e si sviluppa (specie nell'evoluzione giurisprudenziale precedente al 2016-2018) come una sorta di "violenza economica" e, ancora oggi, mantiene rapporti molto stretti con il vizio del consenso "classico" della violenza, di cui finisce per costituire, nell'impianto (anche sistematico) della riforma, una sorta di "sotto-categoria"⁸¹: l'odierna disciplina, seppur estesa ad ogni forma (anche non economica) di dipendenza, mantiene, infatti, la medesima qualificazione (come vizio della volontà) e la stessa soluzione rimediale della violenza tradizionale (la nullité relative), distinguendosi soprattutto con riferimento alle «conditions relatives à l'appréciation du caractère déterminant de la violence et à la admission de la violence exercée par un tiers»⁸² (come si è visto, infatti, la *loi de ratification* del 2018 ha precisato specificamente la rilevanza esclusiva, ai fini dell'applicazione della nuova disciplina, della dipendenza di una parte nei confronti della controparte senza riconoscere stavolta nessun valore all'eventuale violenza esercitata da un terzo)⁸³. Non è poi possibile trascurare – nonostante la disciplina dell'abuso di dipendenza e quella delle *clauses abusives* risultino entrambe emblematiche dell'*intentio legis* di contrastare, in una prospettiva ormai generale, le diverse forme di squilibrio contrattuale – le principali differenze fra l'art. 1143 e l'art. 1171 *Code civil*⁸⁴: mentre la disciplina dell'abuso di dipendenza si applica (perlomeno potenzialmente) ad ogni genere di contratto, le regole sulle clausole abusive riguardano solamente i "contratti di adesione"⁸⁵;

⁷⁹ Per una panoramica complessiva, prima e dopo l'avvento della riforma del 2016, sui rapporti fra disciplina generale e leggi speciali sull'abuso di dipendenza si rinvia ai contributi raccolti in AA.VV., *La violence économique. À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, cit., spec. 51 ss. nonché in AA.VV., *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, cit., 16 ss. Con riferimento specifico ai rapporti fra la rinnovata disciplina del *Code civil* e quella del *Code du commerce*, cfr., ex multis, E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique: un sphinx renaissant de ses cendres?*, cit., 460 ss.

⁸⁰ In realtà, la creazione di un sistema "generale" di tutela della parte debole, a seguito dell'introduzione della categoria dei cc.dd. "contratti di adesione", si sviluppa – com'è stato puntualmente sottolineato – su una "triade normativa" costituita dall'art. 1110, dall'art. 1171 e dall'art. 1190 c.c. (così G. TERLIZZI, *Il contrat d'adhésion nel Code civil riformato: problemi e prospettive*, in questo fascicolo). Ai fini della presente trattazione è però l'art. 1171 *Code civil* a rappresentare sicuramente la disposizione fondamentale per individuare possibili interferenze e distinzioni della disciplina delle clausole abusive con quella dell'abuso di dipendenza.

⁸¹ Tale considerazione sembra suffragata, oltre che da significativi elementi testuali, dalla collocazione sistematica della norma (inserita nello stesso *Paragraphe 2 – Vices du consentement* – della *Sous-section 1 – Le consentement* – della *Section 1 – La validité du contrat* – del *Chapitre II – La formation du contrat* – e, in particolare, subito dopo la disciplina specificamente dedicata alla violenza e dall'*incipit* dello stesso art. 1143 *Code civil* («Il y a également...»).

⁸² O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, sub art. 1143, cit., 254.

⁸³ Sul punto, cfr., *supra*, § 4.

⁸⁴ L'art. 1171 deve, a sua volta, necessariamente coordinarsi, oltre che con l'art. 1143 *Code civil*, con le disposizioni del *Code de la consommation* e del *Code du commerce*. Per una visione complessiva sulle diverse interferenze, cfr. M. 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*, 2016, 116 ss.; J.-D. PELLIER, *L'extension de la protection contre les clauses abusives*, in *RDC*, 2020, 4, 75; H. BARBIER, *De l'articulation de l'article 1171 du code civil avec l'article L.442-1 du code de commerce*, in *RTDCiv.*, 2020, 375.

⁸⁵ Sulla problematica definizione di *contrat d'adhésion* nell'ordinamento francese – prima e dopo le modifiche apportate, anche su quest'argomento, dalla *loi de ratification* – si rinvia alle riflessioni (contraddistinte da impostazioni anche molto diverse fra loro) di T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *D.*, 2015, 1220 ss.; ID., *L'incohérent contonement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, in *D.*, 2018, 126; ID., *L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général*, in *RDC*, 2018, 4; F. CHÉNÉDÉ, *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme*, in *D.*, 2015, 1226 ss.; ID., *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code*



mentre l'art. 1143 attiene alla fase di formazione dell'accordo e soggiace alle previsioni sui vizi del consenso, l'art. 1171 sembra poter trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui lo squilibrio significativo sia emerso durante l'esecuzione del rapporto contrattuale; infine, sotto il profilo strettamente rimediale, mentre l'abuso di dipendenza comporta la nullità del contratto (e/o il risarcimento del danno), le clausole abusive sono (soltanto) considerate come non scritte⁸⁶.

In secondo luogo, si deve coordinare, come preannunciato, la disciplina sull'abuso di dipendenza del *Code de civil* anche con alcune figure limitrofe delineate rispettivamente dal *Code de la consommation* nonché dal *Code du commerce*.

La disciplina di settore sull'*abus de faiblesse* (di cui agli articoli da L. 121-8 a L. 121-10 del *Code de la consommation*) – oltre a trovar applicazione soltanto ai contratti conclusi fra professionisti e consumatori – ruota, per l'appunto, attorno allo sfruttamento abusivo di una situazione di debolezza («Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse [...] d'une personne pour lui faire souscrire [...] des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances [...] font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte»)⁸⁷. Ai numerosi profili comuni fra le due fattispecie (dallo sfruttamento abusivo, passando per la sottoscrizione di un accordo e per la subordinazione a controparte, fino alla condivisa previsione della nullità del contratto) si aggiunge, pertanto, la specificità della situazione di debolezza (peraltro, come si è visto, originariamente considerata, ma poi soppressa, nell'ambito dell'art. 1142 del c.d. «projet de la Chancellerie») riguardante però la singola persona più che il rapporto fra i contraenti nonché l'elencazione normativa di tutta una serie di caratteristiche e circostanze (talvolta sconosciute all'abuso dello stato di dipendenza). La disciplina speciale sull'*abus de faiblesse* mostra così, per un verso, significativi elementi comuni con la normativa generale sull'abuso di dipendenza e, per un altro, presupposti (soggettivi e oggettivi) non sempre del tutto coincidenti.

civil, in *SJ*, 2016, 1334 ss.; ID., *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats*, in *D.*, 2017, 2014; S. PELLET, *Contrat d'adhésion et clauses abusives*, in *Deffrénois*, 2018, 40, 18; L. ANDREU, *Le nouveau contrat d'adhésion*, in *AJContrat*, 2018, 262 ss.; D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, in *RDC*, 2018, 115, 65 ss., 15. Nella letteratura italiana, v. E. MINERVINI, *Contratti per adesione e clausole abusive nel codice civile francese riformato*, in *Contr. impr.*, 2018, 621; D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, cit., 1267 ss.; e, più recentemente, G. TERLIZZI, *Il contrat d'adhésion nel Code civil riformato: problemi e prospettive*, cit.

⁸⁶ Tale considerazione trova riscontro anche nella giurisprudenza recente: cfr. Cass., 13 mars 2019, n. 17-23.169, in *D.*, 2019, 1033; in *RTD civ.*, 2019, 334 e s., con nota di H. BARBIER. Di recente, nella letteratura italiana, sottolinea quest'aspetto (senza tralasciare le incongruenze sistematiche della disciplina complessiva del contratto di adesione e delle clausole abusive) – oltre a G. TERLIZZI (*Il contrat d'adhésion nel Code civil riformato: problemi e prospettive*, cit.) – D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, cit., 1267 ss., spec. 1273.

⁸⁷ Questa l'attuale normativa sull'*abus de faiblesse* contenuta nell'ambito del *Code de la consommation* (dopo le modifiche dell'*ordonnance* del 14 marzo 2016, n. 301): «Article L121-8. Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte. Article L121-9. Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour obtenir des engagements: 1° Soit à la suite d'un démarchage par téléphone ou télécopie; 2° Soit à la suite d'une sollicitation personnalisée, sans que cette sollicitation soit nécessairement nominative, à se rendre sur un lieu de vente, effectuée à domicile et assortie de l'offre d'avantages particuliers; 3° Soit à l'occasion de réunions ou d'excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit; 4° Soit lorsque la transaction a été faite dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé ou dans le cadre de foires ou de salons; 5° Soit lorsque la transaction a été conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers au contrat. Article L121-10. Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour se faire remettre, sans contreparties réelles, des sommes en numéraire ou par virement, des chèques bancaires ou postaux, des ordres de paiement par carte de paiement ou carte de crédit ou bien des valeurs mobilières, au sens de l'article 529 du code civil».



All'esigenza di coordinamento con l'*abus de faiblesse* del *Code de la consommation* si affiancano poi le problematiche sollevate dalle necessità di comprendere le possibili interferenze con alcune disposizioni del *Code du commerce*.

In particolare, l'art. L. 420-2, al. 2, del *Code du commerce*, nel disciplinare le condotte anticoncorrenziali, sanzionava specificamente lo sfruttamento abusivo dello stato di dipendenza economica⁸⁸. Si tratta, però, di una normativa diretta prevalentemente, anche dopo le recenti modifiche legislative dell'estate del 2019, a tutelare il funzionamento e la struttura del mercato concorrenziale pure tramite l'esclusione dell'abusivo sfruttamento dello stato di dipendenza economica di un'impresa o di un gruppo di imprese⁸⁹.

Inoltre, l'art. L. 442-6, I – oggi sostituito dall'art. L. 442-1 (sempre nell'ambito del *Code du commerce*)⁹⁰ – delinea(va) regole, su specifiche pratiche restrittive della concorrenza, che mirano a contrastare determinati squilibri contrattuali⁹¹. Anche stavolta – nonostante la diversa *ratio* complessiva delle disposizioni (ancora

⁸⁸ Questo l'attuale testo dell'art. L420-2 (come modificato a seguito dell'entrata in vigore, di recente, dell'art. 2 dell'*ordonnance* n°2019-698 del 3 luglio 2019): «(1) Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. (2) Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme».

⁸⁹ L'argomento è stato negli ultimi anni oggetto di numerose riflessioni dottrinali e pronunce giurisprudenziali (complessivamente sempre orientate ad evidenziare le peculiarità della normativa speciale). Già prima della richiamata riforma del 2019, v. E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique: un sphinx renaissant de ses cendres?*, cit., 460 ss.; M. CHAGNY, *Dix ans de droit de la concurrence: Rétrospectives et perspectives – Rapport introductif*, in CCC, 2016, 11. Per alcune pronunce giurisprudenziali di legittimità (complessivamente dirette a non estendere eccessivamente l'ambito di applicazione dell'art. 420-2, al. 2), cfr. Com. 12 févr. 2013, n° 12-13.603, *D.* 2013. 494; Com. 3 mars 2004, n° 02-14.529, *SA Concurrence c/ SA Sony*, *D.*, 2004, 1661, note Y. Picod; *ivi*, 874, obs. E. Chevrier; *RTD com.*, 2004. 463, obs. E. Claudel; Com. 9 avr. 2002, n° 00-13.921, *RTD com.*, 2003. 75, obs. E. Claudel; Com. 10 déc. 1996, n° 95-20.931, *D.*, 1997. 16.

⁹⁰ Ecco l'odierno testo legislativo dell'art. L 442-1 (come recentemente modificato dopo l'approvazione e la successiva entrata in vigore degli artt. 7 e 8 della legge n°2021-1357 del 18 ottobre 2021): «(1) Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services: 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie; 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties; 3° D'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17; 4° S'agissant des produits alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie soumis au I de l'article L. 441-1-1, de pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 443-8 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. (2) Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois. Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. (3) Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne proposant un service d'intermédiation en ligne au sens du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, de ne pas respecter les obligations expressément prévues par le même règlement. Toute clause ou pratique non expressément visée par ledit règlement est régie par les autres dispositions du présent titre».

⁹¹ Altre (significative e) recenti modifiche all'originaria disciplina del *Code du commerce* erano già state apportate dall'*ordonnance* n° 2019-359 del 24 aprile 2019 ("portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux



dirette prioritariamente a tutelare la struttura concorrenziale del mercato più che la situazione del contraente dipendente), l'ambito di applicazione delle stesse (limitato ai rapporti *business-to-business*) ed alcune peculiari differenze riconducibili a profili procedurali e sostanziali specifici della disciplina (puntualizzati nell'ampia formulazione odierna dell'art. L. 442-1) – non può nascondersi che, ancor oggi, «l'identité entre ces textes et l'article 1143 du Code civil est évidente: il s'agit de sanctionner une partie qui se comporte de manière fautive (abusiv) dans le but d'obtenir ou de tenter de obtenir l'accord de son cocontractant qui, même si ce n'est pas indiqué explicitement, se trouve dans une situation de dépendance économique»⁹².

Emergono così – tanto nella disciplina dell'*abus de faiblesse* del *Code de la consommation* quanto nelle diverse previsioni del *Code du commerce* (dirette a sanzionare condotte anticoncorrenziali attraverso specifiche condotte di sfruttamento abusivo dello stato di dipendenza economica) – non solo rilevanti differenze, ma anche parziali sovrapposizioni fra la disciplina “generale” del *Code civil* e le diverse discipline “speciali” dei due codici di settore.

Nessun particolare problema sembra porsi, com'è ovvio, nel caso di fattispecie riconducibili, di volta in volta, *esclusivamente* all'ambito di applicazione della norma “speciale” (perché caratterizzate, per esempio, soltanto da una delle peculiari situazioni di debolezza personale del singolo contraente legislativamente richiamate) o della norma “generale” (perché, per esempio, estranee a contesti B2C o B2B oppure caratterizzate da un abuso di dipendenza *non* economica).

Sorge invece la necessità d'individuare un criterio valido per evitare problemi nel caso di fattispecie astrattamente riconducibili tanto all'alveo della norma “generale” quanto a quello della disciplina “speciale”. Viene in soccorso dell'interprete lo stesso *Code civil*, che sancisce che «les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières» (art. 1105, al. 3). Tale previsione (espressione di un principio, noto anche all'ordinamento italiano, di “specialità”) – pur avendo già sollevato un ampio dibattito dottrinale (con illustri studiosi che hanno sottolineato diverse perplessità già all'indomani della riforma complessiva del *Code civil*)⁹³ – rappresenta, come rilevato già nel Rapporto ufficiale del Ministro della Giustizia al Presidente della Repubblica, «une nouveauté importante et attendue des praticiens», puntualizzando come «les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation».

Ne deriva, nel caso di specie, un'ulteriore riduzione dell'effettivo ambito di applicazione (già, come si è visto, relativo) della disciplina “generale” dell'art. 1143 *Code civil* anche a seguito della prevalenza – sancita, come si è detto, dalla stessa riforma ai sensi dell'art. 1105, al. 3 – delle diverse discipline “speciali” del *Code de la consommation* e del *Code du commerce*⁹⁴.

pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées”), specie con riferimento alla “Section 1: Des pratiques restrictives de concurrence: Articles L442-1 à L442-8” (anche se gli artt. L442-1 e L442-3 sono stati poi modificati dalla legge n° 2021-1357 del 18 ottobre 2021, v., *supra*, nt. 90) e alla “Section 2: Des autres pratiques prohibées (Articles L442-9 à L442-11)”.

⁹² O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, sub art. 1143, cit., 256.

⁹³ Cfr. M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme?*, cit., 900 ss., spec. n. 15.

⁹⁴ Per una panoramica complessiva, cfr., per tutti, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, sub art. 1143, cit., 253 ss. Nello stesso senso della riflessione sviluppata nel testo, cfr. M. LATINA, *L'abus de dépendance: premiers enseignements des juridictions du fond*, cit., 2180.



6. – L'analisi dell'esperienza d'Oltralpe – considerata la formulazione specifica (delle diverse tappe) della *réforme* e le sue prime applicazioni giurisprudenziali nonché la sua portata complessiva e sistematica nell'ordinamento francese – sembra così permettere di spostare più consapevolmente l'attenzione sulla prospettiva di un eventuale complessivo ripensamento delle problematiche e della disciplina riguardanti l'abuso dello stato di dipendenza nell'ambito del nostro sistema giuridico⁹⁵.

Se, per un verso, non c'è dubbio, infatti, che le problematiche affrontate dal legislatore francese siano (comuni e) presenti anche nel nostro ordinamento, per un altro, minori certezze possono aversi circa l'opportunità di recepire – *rectius*, di imitare⁹⁶ – la disciplina generale dell'abuso di dipendenza (così come adottata dalla *réforme*) in occasione di una possibile ricodificazione italiana⁹⁷. Quest'ultima riflessione deriva, però, non soltanto dalle considerazioni finora svolte con riferimento all'ordinamento francese, ma anche dalle problematiche emergenti da un'analisi (qui necessariamente sommaria) della disciplina del nostro Paese.

Come noto, nell'ottica di contrastare l'abusivo sfruttamento di talune (particolari) circostanze, l'ordinamento italiano riconosce che un contratto concluso in una situazione di pericolo e a condizioni inique (art. 1447 cod. civ.) oppure in uno stato di bisogno economico, purché la sproporzione ecceda la metà del valore che la prestazione aveva al tempo dell'accordo (art. 1448 cod. civ.), possa essere rescisso dalla parte svantaggiata⁹⁸ (fermo restando la possibilità per il contraente contro il quale è domandata la rescissione di evitar-

⁹⁵ Nello stesso spirito si muove l'attenta analisi dei diversi progetti francesi di riforma del *Code civil* condotta da M. GIROLAMI, *Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del Code Napoléon nella prospettiva del giurista italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 243 ss., spec. 246-247: «I fermenti evolutivi del Code civil francese, dopo aver potuto analizzare, in tempi recenti, le scelte rese definitive dalla Schuldrechtsmodernisierung tedesca che nel 2002 è pesantemente intervenuta sull'originaria formulazione del BGB, può fornire al giurista e al legislatore italiano spunti e stimoli utili per intraprendere quell'opera di revisione del sistema privatistico vigente già diffusamente auspicata». L'Autrice suggerisce così espressamente di adottare la «logica di un confronto costruttivo».

⁹⁶ In generale, a proposito del possibile miglioramento del diritto nazionale mediante (la comparazione e) l'imitazione di modelli stranieri, cfr., per tutti, R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Milano, VII ed., 2019, 15-16.

⁹⁷ Tuttavia, secondo autorevole dottrina, già oggi «non si può escludere l'utile applicazione delle regole a tutela del consumatore (ad esempio, quelle sulle clausole vessatorie) a protezione di tutte le posizioni di debolezza contrattuale, a beneficio cioè di chiunque abbia subito un approfittamento o un abuso della parte di maggior forza negoziale a prescindere dalla qualificazione soggettiva, in termini di "consumatore" o di "professionista"» (P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, 139; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV ed., Napoli, 2020, IV, 145).

⁹⁸ Per alcuni minimi riferimenti necessari per delineare una panoramica sulle principali problematiche interpretative, ormai classiche, sollevate nel corso del tempo dalla riportata disciplina della rescissione in Italia, si rinvia, senza nessuna pretesa di completezza, agli studi di M. COMPARTI, *Fondamento e natura giuridica della rescissione del contratto per lesione*, in *Studi senesi*, 1956, 7 ss.; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, VIII ss.; V. RIZZO, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 166 ss.; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1991, II, 73 ss.; S. ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997; E. MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 764 ss.; M. PROSPERETTI, *Mercato e rescissione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 686 ss.; G. SCHIAVONE, *Approfittamento e lesione "infra dimidium"*, Napoli, 2004, X ss.; R. LANZILLO, A. RICCIO, *Rescissione del contratto (artt. 1447-1452)*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 2005, 1 ss.; U. PERFETTI, *La rescissione*, in *Diritto civile*, vol. III, t. II, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, 1099 ss.; M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2011, 1 ss.; ID., *Rescissione del contratto (artt. 1447-1452)*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2015, 3 ss. Come noto, la formulazione codicistica prova a trovare complessivamente una (prima) soluzione di mediazione; già G. MARINI (voce *Rescissione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, spec. 985), infatti, rileva: «Con la generalizzazione del rimedio operato dal codice del 1942, l'ordinamento mirava a realizzare una mediazione fra gli obiettivi di massima libertà di acquisizione e massima libertà di conservazione dei beni e, al tempo stesso, recuperando il profilo dell'usura interpolato con la lesione, si predispondeva a colpire solo alcuni dei comportamenti più devianti a lato della determinazione contrattuale [...] Non è necessario infatti soltanto un accordo, ma è necessario anche sapere in quali circostanze tali decisioni siano state prese per verificare quali fra loro rendano l'accordo involontario e perciò non vincolante. Se c'è



la offrendo, ai sensi dell'art. 1450 cod. civ., una modificazione del contratto tale da ricondurlo ad equità)⁹⁹.

Alla disciplina (generale?) del codice civile del '42 – complessivamente estintiva del rapporto (seppure, come si è detto, con il diritto, riconosciuto al contraente avvantaggiato contro il quale è domandata la rescissione, di offrire una riconduzione del contratto ad equità) – si affianca poi una disciplina speciale¹⁰⁰ – riguardante specificamente l'abuso di dipendenza *economica* – contenuta nell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192 (come successivamente modificato dalla l. 5 marzo 2001, n. 57 e dalla l. 11 novembre 2011, n. 180)¹⁰¹.

allora un ampio consenso intorno a quei vantaggi che non possono essere assolutamente concessi, come la coazione fisica o morale oppure la deliberata induzione in errore dell'altra parte, il cui uso è prevenuto a prescindere dal contenuto del contratto, è ovviamente più difficile stabilire in che misura i contraenti possano sfruttare i vantaggi relativi alle loro condizioni economiche, alla loro capacità ed intelligenza, alla qualità delle informazioni di cui dispongono».

Anche nell'ordinamento francese si riscontra talvolta il riferimento alla «rescision». Si tratta, in verità, di un arcaico richiamo decisamente secondario e ormai pressoché privo di un autonomo rilievo dopo la riforma del 2016-2018. Emblematiche, al riguardo, le seguenti considerazioni riassuntive: «Pour désigner les nullités, les rédacteurs du code civil, imprégnés par la terminologie de l'Ancien droit, utilisaient à la fois les notions de «nullité» et de «rescision». En effet, autrefois, l'action en rescision se démarquait nettement de l'action en nullité, tant par ses sources que par son délai de prescription. Ainsi, lorsque le plaideur invoquait une nullité tirée du droit romain, il disposait, après obtention d'une autorisation royale, d'une action en rescision qui se prescrivait par dix ans. Les autres nullités relatives, fondées sur les ordonnances et les coutumes, ouvraient, sans formalité préalable, une action en nullité se prescrivant par trente ans. Cette distinction a perdu son sens initial dans le langage du code civil, toutes les actions en nullité puisant leur source dans la loi. Aussi les rédacteurs du code Napoléon employaient-ils indifféremment le terme «rescision» ou «nullité» (C. civ., anc. art. 1117, 1304, 1338). Mais le terme «rescision» a été gommé en tant que synonyme de nullité à l'occasion de la réforme du droit des contrats, laquelle a opéré un toilettage». Un'autonoma rilevanza, seppure del tutto eccezionale, sembra permanere soltanto con riferimento alla c.d. «rescision pour lésion»: «Subsiste néanmoins l'action en rescision pour les cas de lésion (C. civ., art. 889, en matière de partage; art. 1674, en matière d'immeuble). Sous cet angle, l'action en rescision présente, du fait de son caractère exceptionnel, quelques particularités par rapport à l'action en nullité relative» (per altro con non pochi caratteri, ancor oggi, comuni all'istituto italiano della rescissione per lesione). Sul punto, oltre alle richiamate parole di Y. PICOD (*Nullité [en ligne], Répertoire de droit civil*, Paris, [consulté le 20 mars 2022], § 4, n. 35, 36), si rinvia, nella letteratura italiana, alle considerazioni di R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Milano, 2016, 1484-1485.

⁹⁹ La lettera del codice civile non sembra porre particolari problemi interpretativi («il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità», art. 1450 c.c.). Nello stesso senso, con riferimento al soggetto deputato ad avanzare eventualmente l'offerta di riconduzione a equità (nell'ambito della disciplina sulla rescissione come di quella sulla risoluzione del contratto), cfr. F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione a equità*, Milano, 1990, 163 ss., 170 ss.; EAD., voce *Offerta di riduzione ad equità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1997, 603 ss.; S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, 202. Sulla formulazione della disciplina (nonché sui profili processuali dell'offerta di riconduzione a equità), si rinvia, seppure senza pretese di completezza, alle «classiche» riflessioni di E. REDENTI, *L'offerta di riduzione a equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 576 ss.; F. CARNELUTTI, *Preclusione dell'effetto di riduzione del contratto a equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 108 ss.; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., 343; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 125 ss.; B. CARPINO, *La rescissione del contratto (artt. 1447-1452)*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2000, 99 ss.

¹⁰⁰ Sull'interazione fra l'istituto della rescissione e dell'abuso di dipendenza nell'ordinamento italiano (e non solo), cfr., *ex multis*, B. TASSONE, «Unconscionability» e abuso di dipendenza economica, cit., 576 ss., spec. 578 ss.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., 250 ss.; F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 305 ss.

¹⁰¹ Questa è l'odierna formulazione dell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192: «1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni. 3-bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della



Come noto, la normativa delinea – accanto alle possibili azioni giudiziarie inibitorie e per il risarcimento dei danni (e fermo restando l'ulteriore possibilità per l'AGCM, laddove si ravvisi un comportamento potenzialmente rilevante, d'irrogare delle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato) – la nullità del patto che realizza un abuso di dipendenza economica, sollevando, in aggiunta alle questioni di coordinamento fra le diverse suddette soluzioni rimediali, non pochi problemi d'integrazione e successivo adattamento dell'intero accordo contrattuale. Quest'articolata disciplina "speciale" – ritenuta oggi applicabile non soltanto alla subfornitura, ma potenzialmente ad ogni rapporto contrattuale fra imprese (cc.dd. *B2B*) – ha posto numerosi problemi, testimoniati da rilevanti dibattiti e contrasti sorti in dottrina¹⁰² e (seppur in misura minore) in giurisprudenza¹⁰³. Sono, infatti, numerose e rilevanti – già solo limitandosi all'abuso di dipendenza *economica* – le questioni ancor oggi solo parzialmente risolte: dall'individuazione di specifiche fattispecie applicative della disciplina nonché di margini e criteri chiari di conservazione e adattamento del contratto alla necessità di un'interazione più efficiente fra *public* e *private enforcement*.

Ulteriori (sovrapposizioni ed) interferenze con un'eventuale disciplina generale dell'abuso dello stato di dipendenza possono, fra l'altro, derivare – al pari che nell'ordinamento francese (data anche la comune ori-

concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

¹⁰² Per una panoramica sulla molteplicità di orizzonti d'interesse sollevati dall'istituto nell'ambito della dottrina italiana, cfr., *ex multis*, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998, 297 ss., spec. 321 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 1179 ss.; T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 345 ss.; A. GEMMA, *Abuse of economic dependence between competition and contract law*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 357 ss.; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002; R. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 11 ss.; ID., voce *Abuso di dipendenza economica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Agg. I, Torino, 2003, 7 ss.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, 63 ss.; P.P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004, 196 ss.; M. TRECCANI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 704 ss.; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 7 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *Riv. dir. impr.*, 2007, 549 ss.; R. PARDOLESI, *La subfornitura*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, 1061 ss., 1072 ss.; G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, in *Contr. impr.*, 2008, 1333 ss.; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, 7 ss.; ID., *Contratto e divieto di discriminazione*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2014, II, 567 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, 217 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 2013, 1 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, spec. 161 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 103 ss.; F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, 509 ss.; e, più recentemente, V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, 21 ss.; ID., *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 587 ss. Si richiamano poi le riflessioni (caratterizzate anche da impostazioni metodologiche abbastanza differenti fra loro) contenute nella collettanea AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008.

¹⁰³ Si pensi, per esempio, all'ampio dibattito sollevato da Cass., sez. un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805 ss.; in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, I, 739; in *Giust. civ. mass.*, 2011, 11, 1674; in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2012, 300, con nota di V.C. Romano; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25606, in *Foro it.*, 2019, I, 1350; e, nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Trieste, ord. 21 settembre 2006, in *Contr.*, 2007, 112, con nota di P. Quarticelli; in *Giur. it.*, 2007, 1737, con nota di C. Spaccapelo; Trib. Massa, ordd. 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2015, I, 218 ss., con nota di V. Bachelet; Trib. Monza 27 dicembre 2018, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2019, I, 960, con nota di M.R. Maugeri; in *Foro it.*, 2019, I, 2965, con nota di M. Natale; Trib. Roma 20 settembre 2019, in *Leggi d'Italia*.



gine eurounitaria della normativa)¹⁰⁴ – dall’articolata regolamentazione (passata, attuale e, con ogni probabilità, futura) sulle pratiche commerciali scorrette¹⁰⁵.

Già quest’*excursus*, seppure necessariamente molto rapido e sommario, sull’odierno nostro panorama legislativo nazionale sembra pertanto suggerire cautela – avvalorando le perplessità emerse nel corso dell’analisi riguardante l’ordinamento transalpino e scoraggiando, al contempo, un’acritica imitazione dell’art. 1143 del *Code civil* – nell’intento di risolvere genericamente tutte le problematiche riconducibili, più o meno direttamente, alla complessa materia dell’abuso dello stato di dipendenza senza preoccuparsi dell’opportuno (o, meglio, necessario) coordinamento fra le diverse fattispecie e discipline.

Non a caso, di recente, il d.d.l. n. 1151/2019 aveva previsto un’ampia proposta di delega al Governo (poi, come noto, neanche approvata dal Parlamento) per «adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] g) *disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette, o circostanze quali la distanza tra le parti, la sorpresa, la situazione di dipendenza di una parte rispetto all’altra determinano l’invalidità del contratto concluso*»¹⁰⁶. Tale proposta –

¹⁰⁴ Anche il panorama normativo francese è destinato ad evolversi ulteriormente a seguito dell’avvenuta approvazione dell’*ordonnance* n° 2021-1734 del 22 dicembre 2021, che traspone l’ultima (comune) direttiva 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 (per consultare online il testo legislativo cfr. https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTE XT000044546235?init=true&page=1&query=DIRECTIVE+%28UE%29+2019%2F2161+DU+PARLEMENT+EUROP%C3%89E+N+ET+DU+CONSEIL&searchField=ALL&tab_selection=all). Le disposizioni contenute nell’*ordonnance* sono destinate ad entrar in vigore il 28 maggio 2022.

¹⁰⁵ Sull’articolata disciplina delle pratiche commerciali scorrette, cfr., per tutti, C. GRANELLI, voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir., I Tematici, I, Il contratto*, diretto da G. D’AMICO, Milano, 2021, 825 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020, 191 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018, spec. 93 ss.; G. DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir., Ann. V*, Milano, 2012, 1103 ss.; V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 808 ss.; G. GUIZZI, *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1130 ss. Per un’aggiornata panoramica (italiana, ma non solo) – in attesa, anche in Italia, del completo recepimento della direttiva 2019/2161/UE (interventiva ad inserire il nuovo art. 11-bis nella direttiva 2005/29/CE) – si rinvia ai contributi di C. GRANELLI (*L’art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE: ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento*), G. DE CRISTOFARO (*Uno sguardo oltre confine: le soluzioni adottate nei Paesi UE anteriormente e posteriormente al recepimento della direttiva (UE) 2019/2161*), S. PAGLIANTINI (*I rimedi risarcitori: profili problematici*) e M. MAUGERI (*Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale*), tutti pubblicati, da ultimo, in *Jus civile*, 2022, 2 (che rappresentano la rielaborazione delle relazioni presentate in occasione del recente convegno “Pratiche commerciali scorrette e rimedi ‘individuali’ esperibili dai consumatori”, tenuto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Ferrara e co-organizzato con il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Siena, il 28 aprile 2022).

¹⁰⁶ La riforma del codice civile, come noto, sembra essere (almeno per il momento) sfumata, ma resta una possibile proposta di decreto attuativo realizzata e discussa nell’ambito dell’Associazione “Civiliisti italiani” (e presentata in un *webinar* il 14 maggio 2021): «Sono inseriti nel codice civile i seguenti articoli: Art. 1448-bis – *Abuso di una condizione di vulnerabilità o di soggezione*. 1. Qualora la controparte induca una persona fisica a stipulare un contratto sfruttando il suo stato di infermità, ovvero la sua fragilità psichica, o la sua particolare vulnerabilità o inesperienza, o ancora abusando del potere e dell’influenza che possono esercitare in ragione dei rapporti familiari o affettivi con essa intercorrenti, il contratto può essere rescisso su domanda della persona che sia stata in tal modo indotta a concluderlo. 2. La rescissione può essere domandata anche dalla persona fisica che, alle condizioni descritte nel comma 1, è stata indotta a stipulare il contratto da un terzo, se tale circostanza era nota alla controparte che ne abbia tratto vantaggio. Art. 1448-ter – *Abuso di uno stato di dipendenza economica*. Qualora una parte stipuli un contratto abusando dello stato di dipendenza economica nel quale si trovi, nei suoi riguardi, la controparte, e i contenuti del contratto risultino ingiustificatamente gravosi o discriminatori ai danni di quest’ultima, il contratto può essere rescisso su domanda della parte vittima dell’abuso. La disposizione di cui al comma 1 trova applicazione ai soli contratti conclusi, anche per il tramite di intermediari, tra imprenditori, tra lavoratori autonomi non imprenditori, ovvero ancora fra imprenditori e lavoratori autonomi non imprenditori. Art. 1469-ter – *Pratiche commerciali scorrette*. 1. Il consumatore ha diritto al risarcimento dei danni patrimoniali sofferti a causa della pratica commerciale scorretta posta



pur operando una (sicuramente discutibile) scelta di fondo nell'assimilare diverse fattispecie, finora tenute distinte, nell'unica prospettiva rimediale dell'invalidità contrattuale¹⁰⁷ – ha sicuramente avuto il merito di provar a ripensare complessivamente l'intera materia, riscrivendo le diverse discipline previgenti e coordinandole fra loro¹⁰⁸. Anche un eventuale ripensamento futuro della disciplina non può pertanto che avere l'ambizione di sviluppare una riforma di carattere pienamente sistematico, coordinando fra loro diverse problematiche e soluzioni rimediali, in armonia con la prospettiva nazionale ed eurounitaria.

7. – All'esito dell'analisi finora sviluppata, a partire dall'introduzione dell'*abus de l'état de dépendance* nel *Code civil*, sembra di non essere davanti ad un'epocale rivoluzione (come, viceversa, sostenuto, soprattutto dal governo francese, in sede di riforma), ma, se mai, davanti ad una revisione più simbolica che sostanziale.

Si tratta, però, di una considerazione che – proprio nell'ottica di un ampio confronto costruttivo sull'evoluzione dei due sistemi giuridici – merita di esser ulteriormente (e criticamente) sviluppata attraverso diversi ordini di riflessioni conclusive rispettivamente condotte prestando una particolare attenzione non soltanto all'ordinamento francese, ma anche a quello italiano ed eurounitario.

Dalla prospettiva dell'ordinamento francese, in particolare, non sembra possibile trascurare come la previsione di così significativi presupposti applicativi, specie all'esito dell'ultima tappa della riforma nel 2018, finisca per ridurre fortemente l'attuale ambito di applicazione dell'art. 1143 *Code civil*. Ciò – in combinato, come si è visto, con l'esigenza di coordinare la nuova normativa generale con alcune rilevanti discipline di

in essere nei suoi confronti dal professionista. Grava sul consumatore l'onere di fornire la prova dei danni patrimoniali sofferti e del nesso di causalità intercorrente fra tali danni e la pratica commerciale scorretta posta in essere nei suoi confronti. 2. Qualora la pratica commerciale scorretta abbia influenzato in modo determinante la decisione di un consumatore di concludere un contratto con un professionista, il consumatore ha diritto di recedere dal contratto così concluso. Il recesso non può essere esercitato dopo che il contratto ha ricevuto completa e compiuta esecuzione. 3. Il comma 2 trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il contratto venga concluso dal consumatore con un professionista diverso da quello che ha posto in essere la pratica commerciale scorretta, ancorché sia ignota alla controparte la circostanza che la decisione del consumatore di stipulare il contratto sia stata influenzata in modo determinante da una pratica commerciale scorretta. 4. Nei giudizi in cui venga invocata l'applicazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del divieto di cui al comma 1 dell'art. 20 constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 27, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato».

La riportata proposta di decreto – talvolta anche restringendo l'ambito (soggettivo e oggettivo) della delega (si pensi, per esempio, al richiamo “generale” soltanto all'abuso di dipendenza *economica*) – tenta(va) complessivamente di coordinare la disciplina delle diverse fattispecie richiamate dall'art. 1, comma 1, lett. g) del d.d.l. n. 1151/2019, valorizzandone le specificità (e talvolta compiendo persino delle interpretazioni – perlomeno – “correttive” del testo della delega, specie nella prospettiva rimediale). Per alcune considerazioni critiche, si rinvia al testo di P. GAGGERO, *La proposta dell'Associazione “Civilisti italiani” di attuazione della delega ipotizzata dall'art. 1, co. 1, lett. g), D.D.L. n. S. 1151 della XVIII legislatura (comminatoria d'invalidità derivanti da pratiche negoziali scorrette o da talune altre circostanze)*, reperibile online sul sito dell'Associazione “Civilisti italiani”.

¹⁰⁷ Per alcune notazioni critiche sulla formulazione del d.d.l. n. 1151/2019 (seppure con specifico riferimento soltanto ai profili riguardanti la disciplina delle pratiche commerciali scorrette), v. C. GRANELLI, voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 837 ss.; ID., *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, in *Contr.*, 2019, 493 ss.; ID., *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2019, 1074 ss.; ID., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto: il d.d.l. S1151 di revisione del codice civile*, in questa *Rivista*, 2020, 179 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità del contratto nel ddl delega n. 1151 del 2019*, *ivi*, 2020, 157 ss.

¹⁰⁸ A sottolineare l'esigenza di una sorta di *actio finium regundorum* fra i vari istituti dell'ordinamento italiano (nella prospettiva soprattutto di un ripensamento dei vizi della volontà), v., di recente, F. CASTRONOVO, *Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano*, cit., 6 ss.



settore (a loro volta in evoluzione) – comporta una significativa riduzione dell’impatto concreto della riforma¹⁰⁹. Emerge così l’impressione che l’introduzione della disciplina generale (e non più soltanto speciale) dell’abuso di dipendenza – lungi dal rappresentare, come più volte proclamato, una rivoluzione nell’ambito del diritto civile francese – rappresenti, più che altro, un argine legislativo all’imprevedibile evoluzione giurisprudenziale – sviluppatasi, come si è visto, già a partire dalla fine del XIX secolo (e rafforzatasi soprattutto dall’inizio degli anni duemila) sotto la vigenza del *Code Napoléon* – derivante dall’esigenza, percepita nella prassi, di superare l’assoluto silenzio sull’argomento dell’originario assetto normativo¹¹⁰. Nell’ottica complessiva sembra prevalere, in altri termini, l’esigenza di rafforzare così la sicurezza giuridica del sistema francese, scongiurando un’eventuale rincorsa giurisprudenziale verso un’indistinta (e sregolata) giustizia del caso concreto. Si tratta di un approccio che, com’è stato puntualmente rilevato da parte della stessa dottrina francese, risulta perfino *génant*. E ciò non a seguito di una scelta legislativa – quella di applicare concretamente l’istituto soltanto ad un numero molto limitato di fattispecie (anche perché, come si è visto, non mancano nell’ordinamento disposizioni speciali dirette comunque a tutelare spesso i contraenti dipendenti) – ma per «l’insincérité du discours qui consiste, d’un côté, à défendre la présence d’un texte dans le Code civil en le présentant comme l’un des apports majeurs de la réforme et, de l’autre, à faire en sorte qu’il ne puisse en réalité jamais s’appliquer». Anziché «faire croire à la révolution et attiser les attentes d’une partie de la doctrine toujours prompte à la soutenir» sarebbe forse stato «plus honnête de reconnaître ouvertement que, dans un souci de sécurité juridique et de prévisibilité, certains textes-clés de la réforme ont été pensés pour verrouiller plutôt que pour ouvrir. L’article 1143 fait incontestablement partie de ceux-là»¹¹¹.

Anche considerato che sia stato opportuno delineare una siffatta disciplina generale sull’abuso di dipendenza, la previsione della nullità del contratto solleva poi, a sua volta, non poche perplessità¹¹².

Innanzitutto, per come l’istituto è stato tratteggiato (ed inserito nell’odierno sistema codicistico francese), sembra sostanzialmente preclusa – a differenza, per esempio, delle formulazioni normative proposte nell’ambito di numerosi progetti di c.d. “*soft law*” – ogni forma di adattamento contrattuale. Il rischio è che le parti finiscano sostanzialmente per accantonare l’art. 1143 *Code civil* nell’intento di evitare la protezione demolitoria a vantaggio di una tutela esclusivamente risarcitoria. Quest’ultima soluzione – oltre ad esautorare l’opzione rimediata legislativa – rischia però di lasciar insoddisfatti coloro che auspicano, in occasione dello sfruttamento abusivo di una situazione di dipendenza, l’adattamento a condizioni contrattuali (e non soltanto economiche) complessivamente più eque (si pensi, per esempio, alle parti coinvolte nell’ambito dei contratti di durata)¹¹³. Se pertanto la soluzione demolitoria della *nullité relative*, così come delineata dalla riforma, non convince appieno, neanche l’eventuale ricorso al rimedio risarcitorio sembra destinato a risolvere ogni problematica rimediata.

Dalla prospettiva italiana, proprio per evitare d’incorrere nelle medesime criticità finora rilevate nell’ambito dell’ordinamento francese, sembra necessario procedere – prima di metter in cantiere un’eventuale ri-

¹⁰⁹ Tale considerazione – supportata chiaramente, come si è detto, dalle modifiche del dato normativo nonché dall’interpretazione sistematica (oltre che dall’analisi dei lavori parlamentari che hanno portato all’approvazione della legge di ratifica) – risulta ormai patrimonio acquisito dalla letteratura non soltanto francese, ma anche italiana. Nel complesso, secondo D. IMBRUGLIA (*La Loi de ratification dell’Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, cit., 1282), «se già l’ordonnance n. 131 del 2016 aveva realizzato un primo restringimento circa i poteri affidati al giudice rispetto alle varie discipline presentate nel Projet del 2015, la loi n. 287 del 2018 segna un nuovo e ulteriore ridimensionamento del suo ruolo nella protezione della parte debole in diritto comune».

¹¹⁰ Cfr., *supra*, § 2.

¹¹¹ B. FAGES, *La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018*, cit., 19.

¹¹² Cfr., *supra*, § 4.2.

¹¹³ Cfr., *supra*, § 4.2.



forma generale del codice civile – ad un ripensamento profondo e complessivo dell’intera materia: si devono coordinare fra loro, come si è visto, numerose discipline potenzialmente rilevanti (fra cui emergono anche diverse normative di matrice eurolunitaria) per individuare, per un verso, confini chiari fra le diverse figure e, per un altro, soluzioni rimediali efficaci. Solo così sembra possibile provare a tratteggiare un assetto sistematico coerente caratterizzato da novità concrete (e non soltanto da mere “norme-manifesto”).

Nel panorama giuridico italiano, l’eventuale riflessione *de iure condendo* sulla disciplina dell’abuso di situazioni di dipendenza merita pertanto di essere sviluppata perlomeno su due livelli.

Il primo è di politica del diritto. Si tratta di comprendere fino a che punto l’ordinamento vuole spingersi nella prospettiva di tutela del “contraente dipendente”: una scelta, con ogni evidenza, “politica” che presuppone una riforma capace di sciogliere, a sua volta, quanto meno due questioni nodali. La prima attiene all’effettiva ripartizione dei ruoli fra diritto pubblico e diritto privato¹¹⁴: se la materia, infatti, rimane di competenza prevalentemente privatistica (magari nella prospettiva, oggi particolarmente valorizzata, del c.d. “diritto privato regolatorio”)¹¹⁵, non c’è dubbio, però, che le situazioni di dipendenza costringano legislatore ed interprete ad interrogarsi sull’effetto, talvolta non soltanto privatistico, dell’esercizio abusivo del potere (si pensi, per esempio, agli interrogativi suscitati dal ruolo dell’AGCM già nell’attuale disciplina dell’abuso di dipendenza economica e delle pratiche commerciali scorrette). Lungi dal ridurre l’intero ragionamento ad astratte tassonomie, magari distinguendo (o, peggio ancora, contrapponendo) solo teoricamente diritto pubblico e privato¹¹⁶, si vuole pertanto richiamare l’attenzione sull’esigenza pratica d’individuare coerentemente gli strumenti più adatti ed efficaci per affrontare, di volta in volta, le diverse possibili situazioni problematiche. D’altronde, ad oggi, l’esperienza di diversi settori riconducibili – almeno in parte – alla materia dell’abuso di dipendenza ha mostrato quanto sia centrale individuare un adeguato equilibrio e temperamento

¹¹⁴ Si tratta di un argomento giuridico, a dir poco, “classico”. Non è qui possibile dare conto pertanto della sterminata bibliografia e delle diverse possibili ricostruzioni della distinzione. Nella nostra letteratura nazionale, si rinvia, senza pretese né di completezza né di esaustività, allo studio di S. PUGLIATTI (voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 696 ss., spec. 696-697, cui spetta, fra gli altri, il merito di avere rilevato, fin dall’*incipit*, come, in una prospettiva storica, «Ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e quando più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione; cioè si fermano alla superficie, e dimenticano che l’esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato. Infatti, negata la distinzione, si dissolve il diritto: tutto pubblico, espressione di forza non controllata né limitata di chi detiene il potere; tutto privato, organismo senza la forza di un potere – quello, privo di garanzia, questo, privo di vitalità») e alle più recenti riflessioni (sviluppate secondo le diverse sensibilità, che riflettono percorsi formativi e culturali distinti, dei due autori) di A. ZOPPINI (*Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 9 ss.) e di B. SORDI (*Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 7 ss.). Nella letteratura francese, si rinvia, per tutti, alle riflessioni di F. TERRÉ, *Le présent du passé. Sur la distinction du droit public et du droit privé*, in AA.VV., *A l’Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, Milano, 2009, 1809 ss.

¹¹⁵ Si rinvia, *ex multis*, alle riflessioni contenute nel volume AA.VV., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI, Bologna, 2009 e, seppur in una prospettiva più ampia, in AA.VV., *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna, 2006 e in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit. Nella letteratura straniera, cfr., per tutti, H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2009, 254 ss.; ID., *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, 2009, 3 ss.

¹¹⁶ Sono volte a scongiurare futili contrapposizioni fini a se stesse, seppur alla luce d’impostazioni metodologiche diverse fra loro, tutte le più recenti (e rilevanti) riflessioni sull’argomento. Oltre alle già richiamate opere di A. ZOPPINI (*Il diritto privato e i suoi confini*, cit.) e di B. SORDI (*Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit.), cfr., *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 7; ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 56 ss., 130; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 58 ss.; S. CASSESE, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 607 ss.; ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 523 ss.



fra strumenti di *private* e *public enforcement* (contraddistinti da caratteristiche ed effetti diversi fra loro e funzionali a perseguire risultati spesso complementari ma distinti)¹¹⁷. La seconda questione nodale da sciogliere – sempre nell’ambito della riflessione, per così dire, di politica del diritto – riguarda la necessità di coordinare al meglio le scelte dell’ordinamento nazionale con una serie non indifferente, come si è visto, di prese di posizione a livello eurounitario. Nella dinamica di un sistema di tutela multilivello sembra ormai impossibile prescindere, infatti, da un confronto e da un coordinamento fra le diverse fonti del diritto, anche per evitare, come dimostra l’esperienza francese, sovrapposizioni ed incongruenze poi foriere di complesse problematiche ermeneutiche¹¹⁸. Solo una visione complessiva del problema, delle possibili scelte legislative (nazionali ed eurounitarie) e delle loro conseguenze sul sistema possono consentire ad un’eventuale riforma di prendere posizioni chiare ed equilibrate.

Il secondo livello della riflessione *de iure condendo* sulla disciplina dell’abuso di situazioni di dipendenza in Italia non può che essere rappresentato, invece, dai profili più strettamente tecnici chiamati poi a tradurre concretamente le scelte legislative di politica del diritto.

A tal fine, occorre, però, avere preliminarmente delimitato con esattezza l’ambito di applicazione delle diverse possibili figure così da evitare, dapprima, pericolose sovrapposizioni fra problematiche diverse (si pensi, per esempio, alle distinte tematiche riconducibili alla situazione di dipendenza, economica o meno, dei contraenti oppure all’eventuale condizione di vulnerabilità dei singoli soggetti) e, successivamente, confusioni rimediali derivanti da soluzioni poco coerenti ed efficaci. Solo dopo avere chiarito le caratteristiche fondamentali delle figure che si pensa di delineare (o di ridisegnare) sembra possibile, infatti, intervenire

¹¹⁷ Quest’aspetto è stato recentemente già ben evidenziato, seppure con sensibilità talvolta distinte, a proposito dell’attuale disciplina sull’abuso di dipendenza economica e sulle pratiche commerciali scorrette da V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., 354 ss., spec. 358 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., 217 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, cit., spec. 90 ss., 279 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 93 ss.; G. DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 1108 ss.; V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, cit., 808 ss.; G. GUIZZI, *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., 1130 ss.; C. GRANELLI, voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 825 ss. Nella nostra letteratura giusprivatistica, un interessante (e pienamente condivisibile) ripensamento generale della materia è stato elaborato da E. NAVARRETTA. L’Autrice ha così sintetizzato il suo pensiero (sviluppato, prima e dopo, anche in una serie di rilevanti e recenti saggi): «Il ricorso allo strumento contrattuale per perseguire, attraverso la giustizia contrattuale plasmata sulle debolezze nel mercato, una finalità generale di regolamentazione del mercato modulata sull’efficienza, ha determinato una duplice sollecitazione: ipotizzare un controllo sulla giustizia contrattuale plasmato su asimmetrie diverse da quelle macroeconomiche, secondo un modello liberal-egualitarista, e immaginare il perseguimento attraverso il contratto di un obiettivo generale di giustizia sociale. [...] Per costruire un modello di giustizia contrattuale secondo la logica liberal-egualitarista è necessario che o il legislatore o l’interprete identifichino alcune asimmetrie microeconomiche giuridicamente rilevanti, tramite un approccio tipologico non rigido, e dunque suscettibile di progressiva evoluzione, capace di bilanciare con equilibrio e con cautela le ragioni dell’uguaglianza e quelle della diversità, evitando che le infinite disuguaglianze fra le persone possano rimettere costantemente in discussione la vincolatività del contratto. Per consentire, invece, al contratto di perseguire anche una finalità di giustizia sociale, occorre evitare che ricada casualmente su tale istituto tutto il peso delle inadeguatezze dello Stato e dei fallimenti dell’economia, con il rischio che il mercato reagisca proprio estromettendo i più deboli e fragili. Per questa ragione devono ipotizzarsi meccanismi di collaborazione fra pubblico e privato finalizzati ad accompagnare i soggetti socialmente deboli dentro i meccanismi del mercato» (*Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, spec. 57-58).

¹¹⁸ Per un’analisi delle problematiche derivanti dall’ordinamento multilivello, cfr., *ex multis*, M. CANTERO GAMITO, H.-W. MICKLITZ (eds.), *The Role of EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Cheltenham (UK)-Northampton (MA), 2020; A. HARTKAMP, C. SIEBURGH, W. DEVROE (eds.), *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Oxford-Portland, 2017; D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford-Portland, 2013; R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Portland, 2011.



JUS CIVILE

sull'aspetto più strettamente rimediale. Si tratta, in particolare, di prendere posizione sulla specifica previsione di rimedi caducatori e/o manutentivi del contratto, per identificare poi la categoria più adeguata fra nullità, annullabilità e rescissione senza tralasciare, nell'eventuale prospettiva di conservazione del rapporto, di riconoscere un ruolo, sancendone previamente criteri e caratteristiche, all'adattamento contrattuale e/o al risarcimento dei danni.

Dall'analisi dell'esperienza francese, sviluppata nella prospettiva del giurista italiano, emerge così la necessità d'intraprendere un percorso impegnativo – articolato su più livelli – per sviluppare una riflessione complessiva delle problematiche riconducibili all'abuso della situazione di dipendenza. Ne deriva un impegno rilevante da portar avanti senza trascurare – oltre alle preliminari scelte di politica del diritto – tutte le più opportune ed efficaci formulazioni tecniche e combinazioni rimediali¹¹⁹. L'art. 1, comma 1, lett. g) del d.d.l. n. 1151/2019, sebbene mai approvato dal Parlamento, ha rappresentato, come si è visto, un importante (e recente) primo tentativo legislativo di riforma complessiva della materia: l'auspicio è di riuscire a farsi trovare scientificamente (oltre che politicamente) più pronti (e forse anche più consapevoli) nel prossimo futuro. L'ottantesimo anniversario del codice civile del 1942 rappresenterà l'occasione – com'è stato per il bicentenario del *Code Napoléon* – per iniziare a riflettere anche noi più fattivamente sulle possibili scelte di politica del diritto da prendere nonché sulle formulazioni tecniche e soluzioni rimediali da predisporre?

¹¹⁹ L'eventuale sistema rimediale dev'essere, infatti, sempre modulato sull'interesse concreto fatto valere in giudizio (P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, spec. 4-5; e, con riferimento specifico all'argomento della presente trattazione, A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, cit., spec. 111) nonché caratterizzato dall'efficacia complessiva della tutela (derivante soprattutto dall'appetibilità dello strumento per il contraente debole; v. C. GRANELLI, voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 871-872).