

GUIDO ALPA

Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti

1. L' *ordonnance* sulla riforma del contratto, delle obbligazioni e della prova.

I giuristi italiani seguono con attenzione il percorso di riforma del diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni, nonché la riforma delle regole di responsabilità civile inaugurato nel 2004 dal Ministero della Giustizia francese : un percorso segnato da varie fasi in cui si sono alternati i Ministri competenti, e pure i gruppi di lavoro di volta in volta incaricati di predisporre i progetti di riforma senza pervenire ad un progetto definitivo. Questo processo di riforma ha subito una accelerazione improvvisa con l'approvazione della l.n°2015-177 del 16 febbraio 2015 relativa alla modernizzazione e alla semplificazione del diritto e delle procedure nel settore della giustizia e degli affari interni . L'art.8 della l. cit. ha specificamente affidato al Governo il compito di modificare con ordinanza il Libro III del Code civil al fine di <ammodernare, semplificare, migliorare la leggibilità, di rafforzare l'accessibilità del diritto comune dei contratti, del regime delle obbligazioni e della prova, di garantire la certezza del diritto e l'efficacia della normativa>.

Il 25 febbraio scorso la Cancelleria del Ministero della Giustizia ha presentato un progetto di riforma e ha organizzato una consultazione pubblica delle istituzioni, delle categorie professionali interessate e degli stessi cittadini sull' *avant projet d'ordonnance* ; i risultati saranno raccolti e sottoposti insieme con il testo al Consiglio di Stato perché poi sia presentato un testo all'approvazione del Consiglio dei Ministri all'inizio del 2016.

Il progetto riguarda l'intera disciplina del contratto in generale, con innovazioni concernenti diversi istituti e fenomeni emergenti dalla pratica, la disciplina delle talune categorie di obbligazioni e delle prove ; per contro, le regole sulla responsabilità civile, che erano state oggetto di diversi interventi progettuali, per il momento rimangono inalterate.

Il progetto di *ordonnance* è stato pubblicato senza il corredo di una relazione, la quale avrebbe dovuto illustrare, oltre alla composizione della Commissione incaricata di redigere il testo, le finalità perseguite, le scelte via via effettuate e i modelli presi a raffronto – sia i modelli di codice oggi vigenti in Europa e negli altri Paesi a sistemi codificati (che, secondo l'opinione più accreditata , rappresentata graficamente negli atlanti, coprono i due terzi del pianeta) – sia i tentativi di armonizzazione e di uniformazione promossi da accademici e istituzioni .

In mancanza di una relazione è necessario rivolgersi ai siti web per acquisire qualche informazione in più.

Lo scopo della riforma è stato brevemente esposto sul sito del Ministero e in diverse occasioni seminariali e di incontri con gli avvocati, gli altri professionisti e gli studenti, dallo stesso Ministro Christiane Taubira, e da Carole Champalaune, Direttore degli affari civili . Il Ministro ha segnalato soprattutto la esigenza di adeguare il testo alle nuove esigenze tenendo conto dell'orientamento della giurisprudenza e delle richieste degli operatori, sottolineando che il Code civil deve essere considerato come la “costituzione dei rapporti privati”. Nell'intervista pubblicata sul sito da Carole Champalaune gli obiettivi sono più articolati : (i) conformemente al piano d'azione esposto nel progetto <Justice au 21ème siècle> la riforma dovrebbe consentire di <rendere intellegibile la legge, rafforzare la prevedibilità del diritto e la certezza del diritto> per contribuire alla diffusione del diritto francese e renderlo più allettante; (ii) la riforma dovrebbe tener conto dell'adattamento del diritto francese agli obiettivi perseguiti dal progetto di elaborazione di un codice civile europeo ; (iii) e dovrebbe tener conto delle esigenze della esperienza pratica , per quanto possibile , delle indicazioni emergenti dei rapporti *Doing Business* della Banca Mondiale degli Investimenti , da cui, pur essendo criticabili premesse e valutazioni, il sistema francese emerge in una posizione deludente.

Il Direttore ha anche sottolineato il ruolo importante della giurisprudenza e della dottrina, che hanno consentito in questi due secoli di vigenza del Code civil di mantenerlo vivo adattandolo alle sempre nuove necessità , e il ruolo della comparazione, e dei testi che sul piano internazionale sono

considerati più rispondenti alle esigenze del commercio, come i Principi Unidroit oltre che dei risultati cui è pervenuto il diritto amministrativo in materia di contratti.

Si era posto anche il problema di premettere al testo – da considerarsi come un aggiornamento piuttosto che come un rinnovamento totale – una serie di principi generali (*principes directeurs*), i ma la scelta è stata per la negativa, perché essi <non appartengono alla tradizione giuridica francese>. Ciò vale anche per il principio di libertà contrattuale che – ha sottolineato sempre il Direttore - <ha valore costituzionale> ed è implicitamente iscritto nel Code civil, all'art.6. Si è conservato il principio consensualista. Si è rafforzato il principio della buona fede, non più circoscritto alla esecuzione del contratto ma esteso anche alle trattative. Si sono cambiate parole ormai antiche – il testo del Code civil risale al Settecento – come i *bonnes meures*. E quanto alle innovazioni più significative, si è introdotta una nuova definizione del contratto, si sono inseriti il contratto di adesione e il contratto quadro, l' *imprévision* e l'agevolazione della risoluzione unilaterale in caso di inadempimento. E' scomparsa, almeno formalmente, la causa: pur trattandosi <della nozione più celebre del diritto francese delle obbligazioni> se ne è potuto fare a meno perché seguendo la giurisprudenza si può conseguire lo stesso risultato della sua applicazione facendo ricorso a strumenti più comprensibili e prevedibili riguardanti il controllo di liceità del contratto, il controllo delle attese delle parti e la giustizia del contratto (“la police du contrat”). La giustizia del contratto è essenziale e si può perseguire senza scalfire l'efficienza economica. Il contraente che riterrà di aver subito una “violenza economica” potrà ricorrere al rimedio della nullità.< Il dialogo tra legge e giudice consentirà comunque di rinnovare il diritto delle obbligazioni>.

2. Gli antecedenti storici

Né la presentazione del progetto predisposto dalla Commissione presieduta da Pierre Catala né quella del progetto predisposto dalla Commissione di François Terré, e tanto meno i riferimenti, frammentati nelle diverse tecniche di comunicazione del Ministro e dei suoi collaboratori, riguardanti la terza versione del testo di riforma oggetto dell' *ordonnance* cit., menzionano il Progetto italo-francese di riforma della disciplina delle obbligazioni, dei contratti e della responsabilità civile, oltre che dei contratti speciali più rilevanti, delle prove e della prescrizione che venne alla luce in Italia e in Francia nel 1927 con una modernità d'impianto e una lungimiranza nelle scelte di fondo che ancor oggi appaiono ammirevoli.

Il progetto di codice italo-francese (o *franco-italien*) delle obbligazioni richiese quasi un decennio di lavoro, a decorrere dal 1916, anno in cui il proponente, Vittorio Scialoja, professore di diritto romano alla Sapienza, che sarebbe divenuto ministro della Giustizia, membro della Delegazione italiana per le negoziazioni di fine guerra, fece una relazione alla Sorbona, che incontrò il largo favore dei giuristi francesi. Furono così avviati i lavori per la redazione di un testo comune. I due comitati che facevano parte della Commissione bilaterale erano composti da professori universitari, magistrati e rappresentanti della categorie interessate tra i più prestigiosi dell'epoca: tra gli italiani, oltre a Vittorio Scialoja, si contavano tra gli altri, Ascoli, Bensa, Bonelli, Chironi, Coviello, D'Amelio, De Ruggiero, Polacco, Simoncelli, Sraffa e Vivante, di cui Bonelli, Sraffa e Vivante erano docenti di diritto commerciale; il comitato francese, composto da un numero più elevato di membri, era presieduto da Larnaude, e ne facevano parte, tra gli altri, Lyon-Caen, Capitant, Baudouin, Colin, Demogue, Gény, Jossierand, Julliot de la Morandière, Tissier, Valéry e Wahl.

Come si è detto, il progetto fu completato e pubblicato nel 1927, con le Relazioni di Capitant, Colin, Ripert, Ascoli e De Ruggiero.

Nel corso dei suoi lavori il comitato italiano fu trasformato in Commissione Reale per il dopoguerra e poi in Commissione Reale per la riforma dell'intero codice civile (con r.decreto del 3 giugno 1924).

Il comitato francese rimase in vita per alcuni anni, senza un compito ufficiale, ma pubblicò i suoi lavori sul Bulletin de la Société d'études législatives, concernenti in particolare gli effetti del contratto e le prove delle obbligazioni.

Tra i modelli considerati, oltre naturalmente al B.G.B., la Commissione aveva preso in considerazione il codice brasiliano del 1916 (modellato, come si sa, sul codice tedesco), le novelle della riforma del codice civile austriaco (del 1811) anch'esse modellate sul B.G.B., il codice svizzero delle obbligazioni, nel testo riveduto del 1911, il codice civile russo, emanato nel 1917, anch'esso modellato sul B.G.B., e il progetto di codice ungherese.

Il progetto si componeva di 739 articoli, ed includeva, oltre alla disciplina del contratto e delle altre fonti delle obbligazioni, inclusa la responsabilità civile, i più rilevanti contratti speciali. Ripudiava la quadripartizione delle fonti in contratti e quasi contratti, delitti e quasi delitti, ritenuta un relitto senza senso dell'eredità romana. Non distingueva tra contratti di diritto comune e contratti commerciali, includendo nella disciplina regole speciali per i contratti commerciali.

Il progetto si apriva con le disposizioni generali sui contratti (tit.I, disposizioni generali, cap.I, delle fonti delle obbligazioni, sez.I, dei contratti). Considerava la causa tra gli elementi essenziali del contratto, confermava il <valore di legge> dei contratti <per coloro che li hanno fatti>, ne disponeva l'esecuzione secondo buona fede, ne prevedeva l'integrazione dettata da tutte le <conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura>. Colmava le lacune del Code civil e del Codice italiano previgente del 1865 (che ne era diretta derivazione) trattando la conclusione del contratto, la rappresentanza, la distinzione tra nullità e annullabilità, riservando questo rimedio ai vizi del consenso.

Pur essendo espressione di una cultura intrisa della tradizione romanistica ed espressione di un mondo che, nonostante i rivolgimenti della prima guerra mondiale, poteva risultare ancora legato all'Ottocento, con il suo dogmatismo apparentemente insuperabile e il formalismo "di rigore", il Progetto conteneva scelte rivoluzionarie e divenne uno strumento non solo di grande rilevanza pratica, ma un'occasione per una riflessione collettiva critica verso i modelli del passato. Basta leggere le osservazioni di Adler, Bartsch, Graulich, Gutteridge, Lee, Oertmann, Oser, Pereterskij, Perreau, Pollak, Rietler, Savarier, Scaduto, Siegwart, Vialleton, Winfield raccolte dall'Istituto di studi legislativi (Roma, 1930) per rendersi conto dell'attenzione che aveva suscitato. Al punto che Mario Rotondi, uno dei Maestri del diritto civile e del diritto comparato della metà del Novecento aveva lanciato l'idea di riprendere il testo e farne oggetto di discussione per promuovere l'unificazione del diritto delle obbligazioni nei Paesi vicini all'Italia e alla Francia, come la Spagna, il Portogallo, il Belgio, l'Argentina, il Brasile. Di qui la raccolta di saggi di giuristi illustri (Nerson, Diez Picazo, Fontaine, Boffi Boggero, Reale, Orsini, Laneri, Mantilla Pineda, Abascal Zamora) per documentare una delle inchieste di diritto comparato che l'A. aveva promosso (*Le Projet franco-italien du Code des Obligations*, Padova, 1980).

Attesa la sua rilevanza storica e la novità della concezione il testo è stato ristampato a cura del Consiglio Nazionale Forense nei Quaderni della Rassegna forense, con introduzioni di Alpa e Chiodi, (Milano, 2007)

Dalla fine degli anni Venti i destini delle due codificazioni si sono separati: nel 1942 entrò in vigore in Italia un codice che unificava il diritto civile e il diritto commerciale, non riprendeva (se non per qualche marginale disposizione) il Progetto italo-francese, teneva in considerazione il B.G.B., gli orientamenti della giurisprudenza e le nuove esigenze economico-sociali e, pur recando qualche segno del regime fascista che lo aveva voluto (cancellato subito, con un decreto emesso due anni dopo la sua entrata in vigore) eccelleva per il rigore tecnico con cui era stato concepito e redatto.

Da allora, nonostante alcuni tentativi effettuati nel 1964, e qualche proposta ripetuta nelle occasioni celebrative dei Quarant'anni e dei Cinquant'anni di vigenza, non si è più posta la questione della revisione complessiva. Anche nel corso di una riflessione compiuta nel 1992 (AA.VV. *Per la riforma del codice civile*, Atti del Convegno A.I.G.A., Genova, 1992, Padova, 1994) e nel corso di due seminari organizzati nel 2004 dal Consiglio Nazionale Forense i giuristi nella loro totalità hanno manifestato l'opinione che fosse preferibile riformare singole parti del codice (come la famiglia e le successioni, le società, singoli istituti) piuttosto che non operare una revisione completa. La disciplina delle obbligazioni, dei contratti e della responsabilità civile è rimasta intatta, e il suo adattamento alle

nuove esigenze è stato realizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Con l'entrata in vigore del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, e con l'ingresso negli ordinamenti interni degli Stati Membri delle fonti comunitarie, si è discusso se includere nel Codice civile le materie oggetto di attuazione delle direttive comunitarie che afferivano agli istituti del diritto comune, come le clausole vessatorie o le garanzie nella vendita. E così è stato, salvo poi un ripensamento, con la redazione del Codice del consumo del 2005, nel quale sono confluite le regole già entrate nel Codice civile.

In Francia, l'esigenza di riformare il *Code Napoléon* ormai bisecolare si era posta in diverse occasioni, ma le modificazioni sono state via via apportate sotto forma di aggiornamenti. E la tecnica redazionale – come avviene nelle edizioni Dalloz - di pubblicare il testo del *Code* frammentato con le leggi speciali e con il corredo della giurisprudenza coraggiosa e innovativa, sembrava poter soddisfare le esigenze della prassi. Tuttavia la concorrenza degli altri modelli, l'ingresso nel “mercato delle leggi” di formule normative o di “principi” più facilmente leggibili e applicabili ha indotto il legislatore francese ad un ripensamento e quindi ad avviare progetti di riforma più complessi e ambiziosi, potendo, il modello francese, porsi come modello internazionale in concorrenza con quelli di common law. Analoga opportunità non è data al modello italiano, per ragioni che non è qui il caso di approfondire, anche se esso è stato seguito dai legislatori del Centro-America e dell' America Latina e tenuto in considerazione nella redazione delle codificazioni più recenti, oltre che, naturalmente, nei progetti di uniformazione del diritto privato europeo.

3. I tre progetti di riforma.

L'iter del testo che è oggetto dell' *ordonnance* è iniziato nel 2004, ad opera della Commissione presieduta da Pierra Catala, di cui v. il *Rapport sur l'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), La documentation française, 2005*. Anche questo testo è stato pubblicato a cura del Consiglio Nazionale Forense, con il titolo *L'avant-projet Catala, Testo, Exposé des motifs e traduzione in italiano* a cura di P.Spada e G.B.Ferri, Milano, 2008.

Accantonato quel progetto, una nuova Commissione presieduta da François Terré ha predisposto un altro testo, che Terré ed altri autori hanno commentato in tre volumi (*Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, tutti pubblicati a Parigi.

E' stato poi composta una nuova versione, a cura del Ministero della Giustizia, che è frutto sempre della supervisione di François Terré, ma è stata modificata dagli uffici.

Metodo di studio e modelli di riferimento non sono noti, anche se qualche notizia è trapelata dagli atti parlamentari, atteso il complesso iter che ha segnato la vita di questo lavoro. Sul sito web del Senato francese sono registrate le tappe del progetto di legge che riguarda molti altri settori del diritto civile in corso di revisione: Prima lettura al Senato (Testo n°175 rettificato, 2013-2014, presentato dal Ministro Christiane Toubira; lavori di Commissione; Rapporto n° 288, 2013-2014 di Thani Mohamed Soilihi; Testo approvato dalla Commissione n° 289 depositato il 15 gennaio 2014; il Senato ha approvato il Testo n° 69 il 23 gennaio 2014; il testo è approdato all'Assemblea nazionale il giorno dopo e, sentito il Rapporto di Colette Capdeville, la Commissione ha depositato il Testo n° 1808 l' 8 febbraio 2014, e l' Assemblea ha adottato il Testo n° 324 il 16 aprile 2014.

In tempo molto brevi dunque si è pervenuti alla redazione di un testo sottoposto quindi alla Commissione mista paritaria che ha depositato un Rapporto il 13 maggio 2014. l' Assemblea ha riesaminato il testo, e dopo altre audizioni, lo ha approvato il 30 ottobre 2014. Dopo un'altra lettura del Senato si è approvato il testo della legge n° 2015-177 che ha affidato al Governo il potere di modificare il Code civil anche nella parte relativa a contratti, obbligazioni e prove, e ciò mediante *ordonnance*.

4. Il quadro d'insieme

L'*ordonnance* disciplina dapprima il contratto, poi le altre fonti di obbligazione, poi le regole generali sulle obbligazioni e le prove. L'ordine non è mutato rispetto al *Code civil* vigente, neppure nelle versioni precedenti. Nel Progetto Catala, però, la parte sul contratto era preceduta (secondo il modello del B.G.B.) da regole sull'*acte juridique* e sul *fait juridique*.

In tutte le versioni si definiscono le tipologie di contratti, definizioni che appaiono più manualistiche che non adatte ad un codice che deve essere applicato nella prassi, ragione per la quale esse erano state rimosse nella redazione del Codice civile italiano vigente.

Il testo prosegue con la disciplina delle trattative (art.1111), la cui interruzione illegittima implica responsabilità extracontrattuale e il risarcimento del danno negativo; implica analoga responsabilità anche la rivelazione di informazioni riservate ottenute nel corso della trattativa. Si occupa poi della formazione del contratto, della promessa unilaterale e del "patto di preferenza".

Non si è contemplato il *contratto preliminare*.

Il testo disciplina anche la conclusione del contratto mediante mezzi elettronici, con le informazioni obbligatorie che debbono essere comunicate preventivamente alla controparte.

Nell'ambito della disciplina dei vizi del consenso si prevede un obbligo generale di informazione:

<celui des contractants qui connait ou devrait connaitre une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant>. La violazione dell'obbligo implica responsabilità extracontrattuale e se ha influito sulla formazione del consenso, determina l'annullamento del contratto (art.1129).

Errore e dolo implicano vizi del consenso che cagionano la nullità del contratto; la violenza solo la nullità relativa. L' approfittamento dello stato di bisogno o di dipendenza non implica rescissione ma violenza (anche se la formula impiegata potrebbe essere avvicinata al dolo incidente (art.1142).

Segue la disciplina della capacità e dell'incapacità e della rappresentanza.

A differenza del Projet Catala, l'*ordonnance* non contempla la causa tra gli elementi del contratto: segue in questa scelta drastica i progetti di uniformazione del diritto, dal DCFR al CESL. Le funzioni della causa sono assolte dal contenuto del contratto e dalla forma.

Tra le "sanzioni" si annovera la nullità (anche di protezione) e la *caducité* (artt.1186 e 1187).

Questo nuovo mezzo di invalidazione del contratto – la caducazione – si ha quando nel corso della esecuzione viene a mancare uno degli elementi essenziali e quando viene meno una delle operazioni in un quadro di operazioni d'insieme.

Seguono le regole sulla interpretazione del contratto e quelle sugli effetti. Qui si distingue tra effetti obbligatori ed effetti traslativi; e tra gli effetti obbligatori si introduce l'*imprévision*, che è più vicina alla nostra eccessiva onerosità che non alla presupposizione. La rinegoziazione può essere richiesta anche da una sola delle parti, ma occorre l'accordo di entrambe perché, in caso di fallimento della rinegoziazione, il giudice intervenga per effettuare l'*adaptation du contrat* (art.1196).

Seguono gli effetti nei confronti di terzi, la simulazione, il contratto a favore di terzi, la durata del contratto, l'inadempimento, la risoluzione e il danno.

Non mi soffermo sulle altre fonti di obbligazione, sulle prove e sulla prescrizione.

5. Osservazioni sulla presentazione ministeriale.

I giuristi italiani, che, come sottolineavo in apertura, sia per ragioni di tradizione storica sia per affinità culturali, sia per ragioni professionali, sono interessati a seguire l'evoluzione del diritto francese, sono coinvolti in questa nuova fase della riforma in corso perché essa fa insorgere alcuni interrogativi di base, che riguardano sia le scelte governative francesi sia le scelte inerenti la situazione interna al nostro sistema.

Intanto, la determinazione, coraggiosa, di modificare il Code civil, per noi rimasto Code Napoléon, in una sua parte considerevole. Il testo, ovviamente, non era rimasto inalterato dal 1804, come documentano le edizioni annuali che, nella versione *Dalloz*, vedono inserite, oltre alle nuove norme, tutte le connessioni con le leggi speciali, tra le quali occorre menzionare il *Code de la consommation*, in cui sono attuate le più importanti direttive comunitarie sul diritto dei consumatori. La scelta del legislatore francese è stata infatti quella di non inserire nel corpo del Code civil le regole sui contratti dei consumatori, la definizione di consumatore e di professionista, le regole sulle pratiche sleali e i contratti a distanza dei consumatori, perché queste hanno da sempre trovato la loro sede naturale in un codice di settore che ha anticipato e in qualche modo anche esercitato la sua influenza sull' *acquis communautaire*.

In questo senso il legislatore francese ha fatto una scelta di campo che è opposta a quella preferita dal legislatore tedesco, che, con la riforma del 2002, ha inserito nel *B.G.B.* alcune regole sul diritto dei consumatori, dando così luogo ad un ampio dibattito sulla opportunità di “contaminare” un testo originariamente organizzato in modo sistematico e rivolto alla disciplina di interessi avulsi dal ruolo sociale dei cittadini. Ha fatto anche la scelta di campo di non unificare il codice civile e il codice di commercio, e di tenere distinte le regole riguardanti il diritto comune dal diritto speciale del commercio, e tuttavia ha introdotto regole che, proprio riguardando tutti i contratti senza eccezione, finiscono per incidere sui *contratti d'impresa*.

(a) *I contratti d'impresa (B2B, B2C)*

Mi riferisco in particolare ai contratti di adesione, di cui però si dà soltanto la definizione (art.1108), senza stabilire in che modo si possano contemperare gli interessi delle parti (sul punto v. gli artt. 1341,1342,1370 cod.civ.it.); e mi riferisco al “contratto quadro”, anch'esso usato prevalentemente nei rapporti commerciali tra imprese, di cui si dà solo la definizione (sul punto v. ancora gli artt.1341 ss. cod.civ.it, e la giurisprudenza sul contratto normativo).

Nel caso di contratti di adesione, la questione del conflitto tra moduli usati da ciascuna delle parti è risolta in sede di formazione del contratto dall'art. 1120. Qui si parla però non di contratti per adesione ma di “*conditions générales*”, che, a differenza di quanto accade nel cod.civ.it. non sono definite. Il conflitto è risolto in modo un po' semplicistico: <les clauses incompatibles sont sans effet>(art.1121). La *battle of the forms*, come è noto, poteva essere risolta in tre modi diversi: o ritenere che prevalga il testo predisposto dall'offerente, o ritenere che prevalga il testo dell'oblato, il quale accettando impone le sue clausole all' offerente, o ritenere che il contratto non si sia concluso affatto perché l'accettazione è palesemente difforme dall'offerta. Volendo salvare l'affare, come è parso opportuno al legislatore francese, si può per l'appunto stabilire che rimangano efficaci solo le clausole condivise, sovrapponibili, tra loro non in contrasto. Questa è una regola appena sufficiente per trovare una via d'uscita premiale, ma si deve essere consapevoli che l'operazione richiederà comunque, in caso di conflitto tra le parti, l'intervento del giudice il quale dovrà risolvere delicati problemi interpretativi. Di qui la necessità di accompagnare la soluzione con regole di adattamento.

La sola regola che indica la soluzione non può considerarsi completamente soddisfacente: come dimostrano il Draft Common Frame of Reference, che prevede regole di accertamento ulteriore della volontà delle parti (II.-4:209); così il Feasibility Text (art.38); così pure il CESL (art.39). Nello stesso senso si esprimono i Principles of European Contract Law (PECL), art. 2:209 e i Principi Unidroit 2010 (art.2.1.22) prevedendo regole che stabiliscono quando il contratto non si deve ritenere concluso.

Sono un'altra novità di questo progetto le regole sulla formazione del contratto mediante mezzi elettronici: sono regole rivolte a tutti i soggetti, ma si riferiscono anche ai casi in cui i contratti sono conclusi da un *professionnel*. Il termine non è definito, e quindi l'interprete o lo recupera dal Code de la consommation, oppure da dottrina e giurisprudenza.

Ma non è questo il punto. Il punto è che nel testo vi sono regole di diritto comune e regole che concernono la presenza di un *professionnel*; ciò vuol dire che le regole riguardano anche i contratti

d'impresa che dovrebbero essere invece disciplinati nel Code de commerce. In altri termini, sia i progetti di uniformazione del diritto europeo – che non distinguono il diritto civile dal diritto commerciale – sia i Principi Unidroit contengono regole comuni ai contratti e regole che distinguono i contratti B2B e i contratti B2C. Le prime sono eccezioni al regime comune dettate da ragioni di salvaguardia dei rapporti commerciali. E sono numerose, mentre nell' *ordonnance* sono marginali e non evidenziate opportunamente. Si tratta ovviamente di sottigliezze, ma proprio da questi dettagli emerge l'intenzione del legislatore francese di elaborare un modello il più possibile autonomo rispetto al contenitore in cui è collocato, quasi che queste regole fossero un "corpo estraneo" al Code civil (distinto dal Code de commerce) di cui sono parte integrante.

(b) *I diritti fondamentali e la costituzionalizzazione del diritto privato*

In una disposizione collocata in apertura (art.1102) l' *ordonnance* stabilisce che la libertà contrattuale non consente di derogare alle regole che <violano l'ordine pubblico o ledono i diritti e le libertà fondamentali previsti da un testo normativo applicabile ai rapporti tra privati, a meno che tale lesione sia indispensabile per la protezione degli interessi legittimi e proporzionata alla finalità perseguita>.

Molto vi sarebbe da dire sulla nozione di ordine pubblico (*ordre public*), che è clausola generale, qui non definita, e che potrebbe cambiare a seconda dei contesti nazionali; certo, se le regole fossero destinate solo alla loro applicazione nel sistema francese, non vi sarebbero problemi, attesa l'enorme produzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto; ma queste regole non sono riservate solo al sistema francese, come si è anticipato, e come si approfondirà tra poco. Non sono citati, per ragioni di vetustà linguistica, i *bonnes meures*, ed allora si dovrebbe spiegare che i valori che in ogni ordinamento si tutelano dietro formule simili rientrano nell'area del contratto invalido, illecito, illegale. In altri termini, alla vetustà si è posto rimedio con una lacuna.

Quanto poi ai diritti fondamentali, l' *ordonnance* non chiarisce il rimedio applicabile: risarcimento del danno, nullità del contratto o altro?

L'espressione "diritti fondamentali" non ha bisogno di una definizione, perché essi sono ricondotti, con il metodo storico e relazionale, a testi che li codificano: ma perché limitarne l'applicazione ai testi normativi che si applicano ai rapporti tra privati? Se la preoccupazione era quella di non ancorare la disciplina alla Carta europea dei diritti fondamentali, la preoccupazione è presto fugata: la Carta (approvata a Nizza nel 2000) ha iniziato ad essere applicata dai giudici prima ancora che nel 2007 le si riconoscesse valore legale; a maggior ragione ora, che i giudici nazionali ne fanno larga applicazione. Se la preoccupazione riguardava la Convenzione europea dei diritti umani, è questione aperta se essa sia direttamente applicabile ai rapporti fra privati o no; in alcuni ordinamenti la si è resa applicabile mediante un atto legislativo (come lo *Human Rights Act* inglese del 1999).

Di più. Il Trattato FUE all'art.6 richiama i diritti fondamentali come riconosciuti nella Carta e considera altresì "principi generali" i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione. Come si deve configurare il rapporto del Code civil con questi testi normativi?

Il tema non è nuovo alla dottrina francese (v. per tutti Pélissier, *La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats*, ne *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, a cura di R.Cabrillac, D.Mazeaud e A.Prum, Parigi, 2008, p. 29 ss.) anche se in sede di commento ai progetti comunitari e alle proposte della Commissione l'attenzione si è posta soprattutto sulla utilità di un "codice" europeo e sui principi comuni (v. ad es. AA.VV., *Pensée juridique française et harmonisation européenne de droit*, a cura di B.Fauvarque-Cosson e D.Mazeaud, con introduzione di G.Canivet, Parigi, 2003), mentre in altre esperienze la questione è letteralmente dilagata (per una rassegna bibliografica v. Alpa, *Il contratto in generale*, t.1, Milano, 2014; sulla costituzionalizzazione del diritto privato europeo v. anche Alpa e Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005; e ora AA.VV., *Constitutionalisation of European Private Law*, a cura di H. Micklitz, Oxford, 2014).

Qui il problema si fa più spesso, perché sappiamo che la “costituzionalizzazione” del diritto privato ha fatto fatica a penetrare nella cultura del diritto civile francese, e che la distinzione tra *droit civil, ou droit commun* e *droit public* è ancora molto netta, mentre da noi vi è ormai una osmosi di queste due partizioni antiche. Presso di noi è acquisizione non recente che i principi della Costituzione permeano non solo tutto l’ordinamento giuridico ma sono applicabili anche ai rapporti tra privati (sulla *Drittwirkung* nel diritto privato europeo v. AA.VV. General Principles of EU Law and European Private Law a cura di Bernitz, Groussot, Schulyok s.l.2013; Reich, General Principles of EU Civil Law, s.l. 2014).

La problematica è aperta nell’ambito della cultura del diritto privato europeo, ove si discute della nozione di principio generale, degli effetti delle due Carte, della applicazione verticale e della applicazione orizzontale. Di tutta questa problematica non vi è traccia nell’ *ordonnance*, neppure con riguardo al principio di non discriminazione, che occupa invece il capitolo 2 del Libro II del DCFR (v. AA.VV., Il *Draft Common Frame of Reference* del diritto privato europeo, a cura di Alpa, Iudica, Perfetti, Zatti, Padova, 2009, ed ivi Somma, *Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo*, p. 259 ss.). Il CESL ignora i diritti fondamentali, ma questa lacuna è stata oggetto di risentite critiche (AA.VV., *The Proposed Common European Sale Law – the Lawyers’ View*, a cura di Alpa, Conte, Perfetti, Munchen, 2012).

Il problema sarà risolto in via interpretativa? Spetterà dunque al giudice colmare la lacuna?

(c) I principi generali

Tutti i testi di uniformazione del diritto privato europeo si aprono con la enunciazione di principi generali. Nella breve presentazione telematica dell’ *ordonnance* si è precisato che i principi sono “impliciti” e si è fatto comunque riferimento alla libertà contrattuale e al principio di buona fede.

Nei testi dei codici civili vigenti non si riserva uno spazio ad un “preambolo” in cui raccogliere i principi, perché essi sono disseminati nel corpo del testo. Non è quindi sorprendente se nella nuova versione del libro III del Code civil che si propone non si trova un preambolo, e si introduce solo la enunciazione del principio di libertà contrattuale (art.1102) insieme con l’enunciazione del principio di buona fede (art.1103).

Se si fosse preso ad esempio il Codice civile italiano si sarebbe potuto riscontrare che, ad identità di testi in materia di libertà contrattuale, non corrisponde identità per quanto riguarda la buona fede, richiamata in un numero ben più alto di disposizioni (ad es. in materia di interpretazione del contratto o di pendenza della condizione); in più nel Cod. civ. it. si fa riferimento alla solidarietà intesa sotto forma di protezione dell’interesse della controparte (art.1175) e i progetti di uniformazione fanno riferimento all’obbligo di collaborazione o di cooperazione tra le parti, che qui è ignorato. In quei testi si menziona anche la *ragionevolezza*, ma si comprende che la menzione è una concessione alla terminologia e alla cultura giuridica inglese: non era opportuno richiamare quel principio. Ma non è richiamato neppure il principio di *proporzionalità*, ormai accreditato da una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea.

Di europeo, per la verità, nel testo di questa *ordonnance* c’è molto poco, ma ciò non stupisce più di tanto, se si tiene conto della avversità della prevalente dottrina francese alle iniziative di armonizzazione e di uniformazione del diritto privato europeo (sul punto sono eloquenti i contributi pubblicati in *Pensée juridique française*, cit.; e v. per l’appunto Michaels, *Code v.Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code civil in the French Resistance to a European Codification*, *Eu.Rev.Contract Law*, 2012)

Si è salvato il principio *consensualistico*. E’ un fatto positivo, anche per noi italiani, anche se temo che abbia vita breve, dal momento che – a parte il common law – l’ordinamento tedesco contempla la *traditio*, gli ordinamenti dei Paesi nordici e i progetti di armonizzazione coniugano la circolazione della proprietà con le garanzie del credito: già ora l’osservanza del principio finisce per essere solo formale.

(d) *La diffusione del modello francese oltre i confini*

“Rèstaurer, réformer et résister ” sono le parole d’ordine che pare abbiano ispirato i diversi progetti di riforma de Code civil, con particolare riguardo al contratto: in un saggio nel quale manifestano la loro totale adesione al progetto Catala Bénédicte Fauvard-Cosson e Denis Mazeaud (ne *L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, in *Rev.dr.unif.*, 2006, p. 103 ss)spiegano perché è necessario riformare le disposizioni del codice napoleonico in modo da renderle più leggibili, accessibili e fruibili anche da parte degli operatori stranieri, e perché è più conveniente offrire un testo di diritto vigente piuttosto che non fare ricorso alla soft law nella codificazione del diritto dei contratti in una prospettiva internazionale (sul punto v. Fauvard-Cosson, *Codifier le droit des contrats au XXIe siècle:perspective française, européenne, internationale*, in *Travaux de l’ Association Henri Capitant, Journées franco-sudaméricains*, p. 25).

Nel corso della discussione in Parlamento si è discusso della “attrattività” del modello francese di diritto civile rispetto agli altri modelli che sono stati oggetto di ricodificazione o di revisione : quello tedesco , quello brasiliano e quello spagnolo nel 2002, ma si è ricordato anche quello portoghese del 1996. Non si sono menzionati né il nuovo codice civile olandese del 1991, né le riforme intervenute nel Regno Unito; tra i progetti di uniformazione si è fatto riferimento sia alle diverse Comunicazioni della Commissione europea , sia al “codice” predisposto dall’Accademia di diritto privato (per iniziativa del prof. Giuseppe Gandolfi) , al progetto Lando-Beale (PECL) e al progetto dello Study Group diretto da v.Bar (DCFR) , sia ancora alle ricerche predisposte dalla Société de Législation comparé e dall’ Associazione Henri Capitant sui principi e sulla terminologia comune, mentre si è ignorato sia il Feasibility Text, con cui si è semplificato e abbreviato il DCFR in materia di contratti e di obbligazioni, sia il CESL, attualmente in discussione al Parlamento europeo, che ha predisposto una nutrita serie di emendamenti alla proposta presentata dalla Commissione.

Tra gli scopi enunciati nella sintetica presentazione del testo si include anche l’ambiziosa aspettativa che si rivolge agli operatori di tutto il mondo, invitati dunque a scegliere il diritto francese, e, in particolare, il diritto contrattuale (delle obbligazioni e delle prove) come legge applicabile ai propri rapporti. E’ una aspirazione che la dottrina e le istituzioni francesi , attraverso l’ Associazione Henri Capitant , attraverso la Fondation pour le droit continental (Civil Law Initiative) e attraverso l’impegno individuale dei giuristi coltivano da molto tempo, agevolati dalla diffusione del modello di codice civile (napoleonico) in tutti i continenti , dalla diffusione della lingua francese e dalla buona fama dei tribunali francesi e della Camera Arbitrale presso la Camera di Commercio di Parigi (ICC).

La competizione tra ordinamenti è all’ordine del giorno, ed è tanto più dura quanto più forte è la penetrazione della lingua inglese, ormai divenuta una lingua franca, e ampia la diffusione dei *templates*, dei modelli contrattuali scritti in inglese, predisposti dagli studi legali internazionali.

Oltre alla forza della prassi occorre mettere in conto e quanto l’azione pervicace delle istituzioni americane e inglesi: le istituzioni americane, anche grazie ai rapporti della Banca Mondiale degli Investimenti , contro i quali in più occasioni le istituzioni francesi hanno reagito con determinazione (v. in particolare i due volumi curati dalla Associazione Henri Capitant,*Les droits de tradition civiliste en question. A’ propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Parigi, 2006, dedicato l’uno alle relazioni francesi e l’altro alle relazioni dei corrispondenti stranieri; la relazione italiana è stata predisposta da Anna De Vita) ; le istituzioni inglesi, per iniziativa sia del Ministero della Giustizia del Regno Unito (*Plan for Growth:Promoting the UK’s Legal Services Sector e The Legal Services Market in 2025:Scenario Planning, Scenario Overviews*, Dicembre 2012) sia della Law Society (*England and Wales: The Jurisdiction of Choice.Dispute Resolution*, Londra, s.d.).

E’ una competizione difficile: agli occhi del giurista italiano è molto più facile ragionare su un codice e applicarne le regole, anziché ricostruire la disciplina attraverso gli orientamenti della case

law; pertanto il modello francese si risolverebbe in una proposta migliore dal punto di vista della conoscibilità e della certezza del diritto; dall'altro lato però la forza delle cose, la pratica della lingua inglese, l'abitudine all'uso degli strumenti scritti in lingua inglese militano tutte a favore del modello alternativo.

Vi è da dire, in più, che le regole recate dall' *ordonnance* non sono divelte dal corpo del Code civil, ma ne fanno parte integrante. Di solito, quando si sceglie la legge applicabile, si fa riferimento all'intero ordinamento prescelto; se si scelgono corpi normativi a se stanti, occorre che essi incorporino la *merger clause*, in modo da impedire che penetrino nell'interpretazione del contratto regole che le parti non avevano contemplato. Insomma, le regole dell' *ordonnance* non sono "estraibili" dal Code civil e applicabili come un blocco separato.

Esse inoltre, pur avendo accolto alcune delle innovazioni desumibili dai testi più frequentemente utilizzati nella prassi (Unidroit, PECL) , non si collocano in modo appropriato nell'ottica del commercio internazionale: se si confrontano con gli altri modelli , non contengono le minuziose regole previste in materia di informazione precontrattuale, non contengono neppure una compiuta disciplina delle clausole vessatorie (o "abusive). Senza poi menzionare la distinzione tra contratti e quasi-contratti , che è davvero un bene di interesse archeologico.

Ma di taluni di questi aspetti vorrei dire tra poco, a proposito della formulazione tecnica delle norme.

6. Le prime reazioni

La legge sulla semplificazione ha ricevuto il parere favorevole del Conseil constitutionnel (décision n° 2015-710 DC del 12 febbraio 2015) ma il 15 gennaio 2015 il Senato ha deliberato di sopprimere l'art.3 della legge che conferiva al Governo il potere di modificare il Code civil ritenendo che una riforma di tale portata deve essere portata in Parlamento e discussa ampiamente, piuttosto che non ricevere un mero voto di ratifica.

Al suo apparire l' *ordonnance* ha sollevato reazioni favorevoli , fondate soprattutto sugli scopi enunciati dai proponenti e sulla insufficienza, sempre più avvertita, dell'adattamento delle regole effettuato mediante il ricorso all' interpretazione giurisprudenziale per rendere attuale un testo ormai bisecolare. Si è però rilevato che il testo dovrebbe essere coordinato con la disciplina dei contratti speciali e con i "codici satelliti".

Quanto alle norme sulla fase precontrattuale, si è apprezzato lo sforzo legislativo , che ha cercato di porre ordine ad una giurisprudenza caotica, ha introdotto la responsabilità per recesso dalla trattativa e la determinazione del danno , ha precisato le modalità di conclusione del contratto, ha risolto la questione del conflitto tra formulari, ha risolto la questione della revocabilità della promessa unilaterale, ha introdotto il "patto di preferenza".

Si è discusso sulla opportunità di conservare la *causa* (art.1131 Code civil vigente), come aveva proposto l'avant-projet Catala, oppure di sopprimerla, come aveva proposto l'avant-projet Terré. La scelta del Ministero di sopprimere questo elemento del contratto è stata fatta nella prospettiva di avvicinare il testo alle proposte di armonizzazione del diritto privato europeo, in cui , non essendo possibile conciliare la *cause* con la *consideration*, si è deciso di sopprimerle entrambe.

Analoga scelta è stata effettuata dai redattori dell'avant-projet OHADA, che comprende principi generali sul diritto dei contratti per i Paesi afro-asiatici: l'impossibile riconciliazione di *cause* e *consideration* li ha indotti ad abbandonare questo istituto (v. Chappuis, *Le renoncement à la cause et à la consideration dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*, in *Rev.dr.unif.*, 2008, p. 253). Una scelta peraltro condivisa da tutti i progetti di uniformazione del diritto privato europeo.

Il problema tuttavia rimane aperto , nel senso che occorre assicurare comunque la realizzazione degli scopi a cui la causa è votata: liceità e moralità del contratto, sufficienza della controprestazione, ragione giustificativa dell'operazione economica. Per questo si è osservato che la disposizione in

base alla quale nei contratti sinallagmatici (meglio sarebbe stato dire commutativi) l'assenza di equivalenza delle prestazioni non rende nullo il contratto (art.1170) è mal congegnata perché ignora i contratti aleatori (ma potremmo anche aggiungere che non fissa un limite al difetto di equivalenza). La regola non è coordinata con quella che dispone la nullità della clausola che priva di sostanza l'obbligazione essenziale (art.1168) e con la regola secondo la quale un contratto a titolo oneroso è nullo se, < al momento della sua conclusione, la contropartita convenuta a vantaggio di chi si obbliga sia illusoria o risibile > (art.1167)

Sulla codificazione della *imprévision* (art.1196) le reazioni sono state generalmente favorevoli: peraltro, l'obbligo di rinegoziazione era stato ancorato alla buona fede dalla sentenza resa dalla Cass. (ch.com.) il 3 novembre 1992 (in Rev.trim.dr.civ. 1993, 124 con nota di Mestre) che costituisce il precedente in materia. Diverse invece le opinioni sulla soluzione adottata in caso di negoziazione fallita: vi è chi ritiene che il giudice dovrebbe intervenire comunque e chi invece, seguendo l'orientamento del progetto, ritiene preferibile che l'intervento debba essere richiesto da entrambe le parti. Fino ad ora non ho trovato commenti sulle conseguenze della applicazione della disposizione, perché non è chiaro quel che debba fare il giudice: se non vi è accordo, una delle parti può <chiedere al giudice di estinguere il contratto, alla data e alle condizioni che vorrà fissare>. Ciò significa che il giudice prende atto della impossibilità di concludere la negoziazione e quindi dispone delle restituzioni? E quali condizioni potrà mai stabilire in via autonoma?

La generalizzazione della inefficacia della clausola che prevede un significativo squilibrio tra i diritti e le obbligazioni delle parti (sempre che non attenga all'oggetto o al prezzo) (art. 1169) ha dato luogo a opinioni divergenti, perché il principio è comprensibile nel caso di clausole predisposte o imposte alla parte debole, e per questo la direttiva comunitaria n. 93/13 ha introdotto una disciplina assai articolata per i contratti conclusi tra professionisti e consumatori, mentre si è astenuta dall'estendere anche ai contratti B2B o B2b analogo principio; in una prospettiva tradizionale la regola è meno comprensibile per i contratti tra imprese, a meno che non si ritenga che in ogni caso lo squilibrio eccessivo non è giustificabile sulla base della libertà negoziale. Siamo dunque in presenza di una scelta assai rilevante, perché il controllo sull'operazione si estenderebbe al di là dei circoscritti casi in cui si applica l'abuso di dipendenza economica.

Queste ultime novità presentano aspetti molto interessanti per il giurista italiano, atteso il dibattito in atto sia sulla rinegoziazione sia sui contratti d'impresa.

7. Osservazioni di tecnica legislativa . La definizione di “contratto” (art.1101)

Le rapide osservazioni sopra proposte meriterebbero di essere sviluppate in modo più articolato, e tutto il testo meriterebbe di essere analizzato in modo più approfondito, un compito che trascende le finalità assai meno ambiziose di questo scritto.

Presentato il progetto, riassunti i contenuti e gli scopi dell'intervento legislativo, rimane però da dire qualche parola sulla tecnica legislativa. Qui ovviamente il lettore è tentato di esaminare il testo in filigrana, anche alla luce della propria esperienza. Mi soffermerò sulla prima disposizione che reca la definizione di contratto (art.1101)

La formula originariamente inserita nel Code civil recita:

<Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose>.

Nel Progetto Catala, che, come rammentavo, si priva con la disciplina dell'atto giuridico, la definizione di contratto era così formulata:

<Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation > (art.1102)

Nel Progetto Terré :

<Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres >.

Nell' *ordonnance*:

<un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit>.

Nessuna delle definizioni sopra riportate appare apprezzabile da parte del giurista italiano. Non quella del Codice Napoleonico, perché essa risente dalle definizioni di contratto Secentesche e Settecentesche di Domat e di Pothier, ed in più, della tripartizione romana delle obbligazioni di *dare, facere, non facere*. In più di fa riferimento alla “persona” e non alla “parte” come centro di interessi; in ogni caso, il contratto così come definito potrebbe avere solo effetti obbligatori, ed esprimerebbe un vincolo di cui si deve assicurare il valore giuridico con altra disposizione (come in effetti si prevede nel Codice Napoleonico, all’art. 1134:<Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre qui les ont faites>. Troppo elementare quella di Catala, troppo generica e imprecisa quella di Terré. Quella dell’ *ordonnance* migliora il testo e il senso perché precisa lo scopo del contratto che consiste nel creare effetti giuridicamente rilevanti, non si limita dunque agli effetti obbligatori, ma continua ad impiegare il termine “persona” e si incunea nell’ accordo di “volontà”, dando l’impressione di voler accreditare la nozione soggettiva di contratto, anziché quella oggettiva, dimenticando la dichiarazione, il comportamento concludente , etc.

Non è semplice definire i concetti, e tanto meno quando essi si traducono in precetti.

La definizione napoleonica di contratto fu criticata fin dal suo apparire. E su di essa si sono spesi quasi tutti i civilisti di tutte le epoche. François Laurent, lussemburghese, professore all’ Università di Gand, nel suo encomiabile trattato (*Principes de droit civil*, Bruxelles, 1869-1878, vol. XV) tradotto in italiano, come quasi tutte le opere trattatistiche di diritto francese dell’ Ottocento declina tutte le critiche alla formula in esame, ma le supera dicendo che il Code civil è un capolavoro rispetto alla forma (come rammenta Stendhal, che apriva il codice per trovare l’ispirazione...) , e giustifica il fatto che la formula possa apparire riduttiva in quanto non comprende il contratto unilaterale, non comprende i contratti traslativi, non è chiara nell’ suo dell’espressione convenzione, tanto da apparire tautologica.

Queste critiche giustificano tuttavia il fatto che nel codice civile italiano del 1865, di solito così ossequioso nei confronti del Codice Napoleonico da riprenderne le disposizioni in modo letterale, la definizione di contratto porti una variante di non poco conto:

<Il contratto è l’accordo di due o più persone per **costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico**> (art. 1098).

La formula si avvicina, in un certo senso, a quella dell’ *ordonnance*, ma è più precisa, perché indica le diverse modalità con cui ci si vincola, si sopprime il termine generico di “convenzione”, anche se si continua ad usare il termine improprio di “persona”. Le novità della formula non furono subito comprese, come risulta dai primi commentari, in cui si cerca di riaccostare la definizione alle fonti romane e al testo napoleonico (v. ad es. il commento a cura dell’avv. V.Cattaneo, Saluzzo, 1868, p. 463). Un acuto giurista che faceva parte della Commissione reale per la elaborazione del codice aveva proposto che alle parole “vincolo giuridico” si sostituissero le parole “rapporto giuridico” :formula ancora più precisa, tratta dalle teorie di Savigny, ma troppo avveniristica per quei tempi. Ed infatti fu scartata <perché il vocabolo –*rapporto* – racchiude, è vero, un concetto scientifico , ma non andrebbe facilmente compreso da tutti> (Comm. Legisl.Seduta antim. 15 maggio 1865, ne *I motivi del codice civile*, p.421).

Singularmente simile alla formula dell’*ordonnance* è la definizione di contratto che dà Emanuele Gianturco nelle sue fortunate *Istituzioni di diritto civile* (III ed., Firenze, 1889, p.141), secondo la quale < Il contratto è l’accordo tra due o più volontà coll’intento di costituire ,modificare o sciogliere un vincolo *di diritto*>.

La novità del codice civile italiano del 1865 è colta perfettamente da Biagio Brugi che nelle sue *Istituzioni di diritto civile* (Milano, 1923, p. 513) , dopo una dotta digressione sulle origini storiche della formula napoleonica dice: <Il nostro codice presenta un’amplissima definizione del contratto quale accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico; è insomma una definizione della *conventio* giustiniana , ossia quella del negozio giuridico

bilaterale. Il codice Napoleone, in conseguenza del suo ordine, meno lodevole, della materia delle obbligazioni, confonde il contratto con l'obbligazione convenzionale, cioè la causa con l'effetto>.

A che il Progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni – consenziente la componente francese della Commissione – aveva modificato la formula napoleonica e aveva spostata quella italiana, correggendola viepiù:

<Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique>

<Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico> (art.1).

Ma non sempre i commentatori sono sensibili ai termini impiegati. Ad es. Giulio Venzi, magistrato prestigioso e autore di un fortunato *Manuale di diritto civile italiano* (Torino, 1933, p. 387) scriveva: < Per influenza del diritto germanico, del diritto canonico, della filosofia del diritto e in specie della scuola così detta del diritto naturale, è avvenuta una profonda trasformazione nel concetto di contratto; oggidi sono sparite le distinzioni suddette [N.A.: *convenzione, contratto, patto*] e col nome di contratto, e indifferentemente di convenzione, di patto, si designa qualunque accordo di due o più persone su qualsiasi oggetto di interesse patrimoniale, e quindi non soltanto gli accordi diretti a produrre rapporti d'obbligazione, ma anche quelli diretti a sciogliere un vincolo di obbligazione già formato e quelli diretti a costituire diritti reali>.

E per finire questa breve rassegna basti menzionare le splendide pagine delle *Istituzioni di diritto civile* di Roberto de Ruggiero (Messina-Milano, 1935 vol.III,p. 244) che indica nel consenso l'essenza fondamentale del contratto, l'unità della volontà contrattuale, espressione di libertà e di governo dell'attività propria.

Ancora più precisa è la formula scaturita dalla Commissione ministeriale incaricata di redigere il nuovo codice civile:

<1321.Nozione. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale>.

Si deve alla penna di Filippo Vassalli sia il testo approvato sia il passo della relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi che nella Relazione al Re dice: <la definizione di contratto data dall'art.1321 tiene conto della possibilità che ad esso partecipino non soltanto due o più persone ma due o più parti; vale a dire ammette che il contratto possa riferirsi a due o più centri di interessi> (Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile, n.602, riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942 a cura del Consiglio Nazionale Forense, con introduzioni di G.B.Ferri e N.Rondinone, Roma, 2010). Sulla patrimonialità della prestazione, e sull'attualità della formula si dovrebbero aggiungere molte altre cose, ma sia sufficiente qui dare i primi ragguagli (per tutti v. P.Rescigno, voce *Contratto*, in *Enc.giur.*, Roma,s.d., p.1; Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p.36; G.B.Ferri, *I contratti in generale*, Trattato dir.da Gabrielli e Rescigno, Torino, 1999, p.4; Sacco, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005, p.2 ss.).

Ma torniamo alla vocazione internazionale del modello francese come scolpito nell'*ordonnance*. ricordandone la definizione di contratto che insiste sull'incontro di volontà:

<un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit>.

I Principi Unidroit non portano una definizione di contratto, ma enunciano il principio di libertà contrattuale, ne predicano la vincolatività e sottolineano il principio "pacta sunt servanda", oltre alla libertà di forme e al dovere di osservare la buona fede.

Neppure i PECL danno una definizione di contratto, ma enunciano le regole per la sua formazione: <Art. 2:101: Requisiti dell'accordo delle parti

(1) Il contratto è concluso quando

- (a) le parti hanno manifestato la *volontà di vincolarsi giuridicamente* e
- (b) hanno raggiunto un *accordo sufficiente*.

Non è richiesto alcun altro requisito.

(2) Né la conclusione né la prova del contratto necessita della forma scritta o di altro requisito di

forma. La prova del contratto può essere data con qualsiasi mezzo, compresa la testimonianza>.

La definizione che si rinviene nel DCFR si avvicina a quella dell' *ordonnance*:

<II.-I:101: Meaning of “contract” and “juridical act”

(1) A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act 8...>.

Il Feasibility Study riprende nell'ambito della conclusione del contratto formule simili a quelle dei PECL e dell' Unidroit, ma nell'elenco delle definizioni chiarisce che :

<'contract' means an agreement between two or more parties giving rise to obligations or other legal effects> (art.2), semplificando quindi la definizione del DCFR.

Finalmente il CESL definisce all'art. 2 il contratto come < l'accordo diretto a creare obbligazioni o produrre altri effetti giuridici>

Questa è la definizione più semplificata a cui si avvicina il testo dell' *ordonnance*.

Insomma, la conclusione è chiara.

A differenza dei modelli di armonizzazione promossi in ambito europeo, nei quali la semplificazione è resa necessaria dalla uniformazione dei termini e dei concetti, in modo che tutti i giuristi dei Paesi Membri vi si possano riconoscere, possano utilizzarli e ne emerga una applicazione la più possibile identica per tutti i cittadini dell' Unione, i modelli nazionali che si pongono come strumento di commercio sacrificano la coerenza e la sistematicità non per ragioni sociali ma per ragioni economiche.

Se si vuole redigere un testo semplificato, accessibile a tutti e facilmente interpretabile, questo non può che andare a scapito della precisione linguistica e della perfezione tecnica. Siamo nel bel mezzo del dilemma del testo giuridico: testo per addetti ai lavori o testo rivolto all' uomo della strada? Il legislatore deve seguire il modello dei codici svizzeri o quello dei codici tedeschi e italiani? Ma se il testo è muto e quindi deve essere interpretato, con quali addizioni lo si interpreta? Con quelle dettate dal senso comune o con quelle dettate dalla cultura giuridica condivisa?

E poi, ha senso incorporare in un monumento storico come il Codice Napoleone un corpo estraneo che non si uniforma ad esso né per lingua né per stile né per connessioni sistematiche?

Se si fosse davvero voluto semplificare il testo per renderlo accessibile a tutti si sarebbe dovuto procedere ad una revisione globale. Ma qui le finalità sociali si sono intrecciate con quelle commerciali.

Se si deve seguire anche in questo caso la vocazione economicistica, quella che orienta la Banca Mondiale degli Investimenti e gran parte delle istituzioni che operano oggi nel mondo del diritto, si viene a contraddire la conclusione della ricerca con cui gli stessi giuristi francesi volevano contrapporsi a *Doing Business* . Nella pagina finale del volume cit. su *Les droits de tradition civiliste en question* si legge:

<Le droit français reste un droit humaniste. Visant, certes, à encourager les échanges commerciaux, à développer les investissements, à faciliter la création d'entreprise, il entend aussi ne point laisser les individus sans protection. Il ne cultive pas l'efficience économique pour elle-même, à tout prix et à court terme, mais se veut fondateur d'une modèle de société durable (...) Un code civil est, pour les juristes français, “l'instrument qui fonde nos choix de société”: des choix qui ne sauraient être dictés par le seul impératif économique. Gardon toujours à l'esprit la pensée de Jean Bodin: Il n'est de richesse que d'hommes>.

Non è che i giuristi francesi hanno cambiato opinione?