

---

## *Saggi*

---



# Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco

## *The French and the German Reforms of Contract Law*

Stefan Grundmann \*, Marie-Sophie Schäfer \*\*

---

### ABSTRACT

La Francia e la Germania non solo hanno codificazioni di diritto privato molto importanti, ma sono anche paesi che hanno inteso la direttiva CE sulle vendite del 1999 (insieme con altri sviluppi del diritto UE) come un invito ad impegnarsi in una riforma globale dei loro vecchi codici all'inizio del 21° secolo. Ciò offre l'occasione per un confronto, in particolare perché l'una riforma è avvenuta al momento del recepimento della direttiva, entro due anni, l'altra dopo quasi un decennio e mezzo di considerazioni e discussioni. La tendenza comune è quella ad orientare maggiormente il Codice verso modelli internazionali – la CISG (Convention on the International Sale of Goods) da un lato, i diversi insiemi di principi sviluppati nei 20 anni intorno alla svolta del Millennio (e in qualche misura ispirati al CISG) dall'altro. Un'altra spinta comune è quella alla semplificazione, in un caso consistente principalmente nella drastica riduzione delle forme di inadempimento, nella loro razionalizzazione e nell'introduzione di un regime (più) coerente sulla violazione delle obbligazioni contrattuali; nell'altro caso – successivo – consistente in un più ampio sforzo complessivo di semplificazione – in molte parti del Codice e dei suoi istituti. La differenza più evidente potrebbe ritrovarsi nel fatto che la Germania, nella sua riforma, ha scelto di integrare il diritto dei consumatori nel vecchio Codice Civile tedesco – portando così la parte più importante del diritto contrattuale di fonte europea all'interno del Codice Civile tedesco –, mentre la Francia è rimasta fedele al modello che si era attestato come un vero protagonista in questo senso. Si tratta del modello fondato sulla distinzione tra un *Code Civil* e un *Code de la Consommation*. Dietro la diversità di queste scelte si possono individuare diverse concezioni sulle ragioni per cui le parti di un contratto debbano essere protette, per es., in caso di clausole contrattuali “abusive”. Molti altri cambiamenti, anche se di grande importanza, possono essere considerati più specifici e più ristretti. In Francia, il cambiamento

---

\* Professore ordinario nella Humboldt-Universität-zu Berlin e nell'European University Institute; email: stefan.grundmann@rewi.hu-berlin.de.

\*\* Ricercatrice nella Humboldt-Universität-zu Berlin; email: mariesophie.schaefer@gmail.com.

più importante ci sembra non tanto quello dell'“abandon de la cause”, oggetto di severe critiche, quanto piuttosto quello del passaggio a un sistema in cui il principio della buona fede ispira tutte le questioni e tutte le fasi della contrattazione, assumendo così il ruolo di principio davvero generale. Sia il primo che il secondo di questi sviluppi avvicina la Francia ai tratti distintivi delle riforme tedesche. Nel complesso, i due ordinamenti sembrano aver assunto dopo le riforme una più spiccata apertura internazionale e sembrano anche più vicini l'uno all'altro per quanto riguarda i rispettivi codici civili. La “grande réforme française” costituisce, dunque, più un passo verso un modello comune europeo che verso uno splendido isolamento nazionale.

**Parole chiave:** diritto dei contratti – riforma del diritto contrattuale francese e tedesco – diritto dei contratti con i consumatori – diritto dei contratti internazionali

*Not only do France and Germany have very prominent private law codifications, but they have also taken the EC Sales Directive of 1999 (among other EU developments) as an invitation to engage in an overall reform of their old Codes at the beginning of the 21st Century. This invites to a comparison, namely because the German reform occurred when transposing the directive and took two years, while the French reform was preceded by almost 1 ½ decades of considerations and discussions. The common thrust is orienting the Code towards international models – the CISG in one case, the different principles developed in the 20 years around the turn of the Millennium (and to some extent inspired by the CISG) in the other. Another common goal is simplification, which in the case of Germany consists mainly in a drastic reduction of the forms of breach, their streamlining and the establishment of a (more) coherent system on the breach of contracts; in the case of France, it corresponds to a more extensive simplification endeavor including many parts of the Code and its institutions. The most striking difference may well be that Germany chose to integrate consumer law into the old Civil Code – thus bringing the main part of European contract law into the Civil Code –, while France maintained the model it had established as a true protagonist, splitting contract law into a Code Civil and a Code de la Consommation. Two different models of why parties should be protected in contractual relationships – for instance why and when they should be protected against ‘unfair’ contract terms – can be sensed behind these choices. Many other changes, albeit of high importance, may be seen as more specific and narrower. In France, the most important change would seem not the one most severely criticized, the ‘abandon de la cause’, but the shift towards a system where the good faith principle inspires all questions and phases of contracting, thus assuming the role of a truly overarching principle. This second change (but also the first one) moves France closer to what seemed a distinctive feature of the German development. Overall, the two countries would seem more internationally oriented and closer to each other in their grand Civil Codes after their respective reforms. The ‘grande réforme française’ is a step towards a common European model rather than one of splendid national isolation.*

**Keywords:** contract law – French and German contract law reform – consumer contract law – international contract law

---

## SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Portata e idee. – 2.1. Rivitalizzazione di vecchi codici e reintegrazione di

atti minori separati. – 2.2. Risposte innovative e diversificate agli sviluppi internazionali. – 3. Profili principali della struttura architettonica. – 3.1. Il ruolo generale della buona fede. – 3.2. L'unità del diritto contrattuale. – 3.3. Il regime di base sull'inadempimento del contratto. – 4. Alcune delle più importanti soluzioni della riforma francese a confronto. – 4.1. Formazione e validità del contratto. – 4.1.a. Abbandono del requisito della “causa” e introduzione di un regime più severo nella fase precontrattuale. – 4.1.b. Regime dell'informazione precontrattuale e vizi del consenso. – 4.1.c. Controllo sull'adesione alle condizioni contrattuali *standard*. – 4.2. Attuazione e modificazione del contratto. – 4.2.a. Esecuzione e violazione. – 4.2.b. Eventi impreveduti – “Imprévision”. – 4.2.c. Pluralità di parti: trasferimento di diritti contrattuali e catene/reti di contratti. – 5. Conclusioni.

## 1. *Introduzione.*

Dopo circa un decennio di dibattiti e proposte, la Francia ha varato la sua riforma del diritto contrattuale con un'ordinanza presidenziale riguardante il diritto contrattuale, la disciplina generale delle obbligazioni e della relativa prova<sup>1</sup>. Alcuni avrebbero preferito un atto del Parlamento<sup>2</sup>. Questa riforma è

---

<sup>1</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Per una versione inglese del nuovo Codice Civile francese (commissionata dal Ministero della Giustizia francese): B. FAUVARQUE-COSSON, J. CARTWRIGHT AND S. WHITTAKER, *The Law of Contract, the General Regime of Obligations, and Proof of Obligations (English translation of new provisions in French Civil Code)* (Ministero della Giustizia, Repubblica Francese, 2016), disponibile sul sito [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf) (ultima visita 7 maggio 2020). Una traduzione del Codice Civile tedesco è disponibile sul sito [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf) (ultima visita 7 maggio 2020). Entrambe le traduzioni saranno utilizzate in tutto il presente documento.

<sup>2</sup> Sottolineano la pesante critica: J. CARTWRIGHT e S. WHITTAKER, ‘*The Transformation of French Contract Law by Government Decree – and Translated into English*’ (University of Oxford, Faculty of Law, Latest News, 2 novembre 2015), all'indirizzo <https://www.law.ox.ac.uk/news/2015-11-02-transformation-french-contract-law-government-decree—and-translated-english> (ultima visita 7 maggio 2020); A. DOWNE, ‘*The Reform of French Contract Law: A Critical Overview*’ (2016) *Revista da Faculdade de Direito UFPR* 43-68, 45. Giudicano “soprendente” da una prospettiva tedesca la procedura seguita: V. MOLL e A. LUKE, ‘*Die französische Vertragsrechtsreform – Möglichkeiten und Risiken*’ (2017) *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* 43-45, 43. In ogni caso, bisogna tenere presente che il governo è stato incaricato con un atto del Parlamento (loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures à prendre) e sono stati imposti limiti di tempo e limiti al contenuto della riforma. Giustificano questa procedura sulla base del fatto che una procedura parlamentare “avrebbe messo in pericolo l'intero processo”: B. FAUVARQUE-COSSON, ‘*Towards an important reform of the French Civil Code*’ (2015) *Montesquieu Law Review* 2-15, 4.

stata una pietra miliare e una procedura di adozione più solenne avrebbe sottolineato meglio il significato della riforma – o, per formularla dal punto di vista del diritto privato, un atto più solenne ne avrebbe meglio sottolineato la centralità dal punto di vista sociale<sup>3</sup>. La riforma costituisce in effetti un grande passo in avanti<sup>4</sup>, in quanto conclude quanto iniziato con una serie di altre proposte. Quattro grandi proposte di riforma hanno preceduto quella promulgata<sup>5</sup>

---

Per maggiori dettagli sulla procedura di adozione, si veda H. J. SONNENBERGER, *‘Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr 2016-131 vom 10.2.2016’* (2017) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 6-67, 14.

<sup>3</sup> Dal punto di vista tedesco, due dei più importanti studiosi di diritto privato degli ultimi 70 anni (dopo la seconda guerra mondiale) vengono subito in mente. Franz Böhm vede l’ordine pubblico (che oggi è molto più al centro del dibattito politico) come mero strumento per una società di diritto privato in cui le parti possono liberamente modellare i loro affari (principalmente mediante il diritto contrattuale): F. BÖHM, *‘Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft’* (1966) 17 *ORDO* 75-151; traduzione parziale in inglese: F. BÖHM, *‘Rule of Law in a Market Economy’*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (ed.), *Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution* (Londra: Macmillan, 1989) 46-67; sul contesto e sullo sviluppo di questa idea: S. GRUNDMANN, in S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ e M. RENNER, *New Private Law Theory - A Pluralist Approach* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020) capitolo 6. Al contrario, Ludwig Raiser, uno dei pionieri del diritto privato socialmente rafforzato in Germania, vede nel diritto contrattuale il terreno di gioco su cui si decide quanto la giustizia sociale e l’affermazione dei valori sociali abbiano luogo in una società: L. RAISER, *‘Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit’* *Deutscher Juristentag* 1960, 101-131. Su entrambi gli studi di diritto privato si vedano ora i contributi di E.-J. MESTMÄCKER e di F. KÜBLER, rispettivamente in S. GRUNDMANN e K. RIESENHUBER (ed.), *Private Law Development in Context – German Law and Scholarship in the 20<sup>th</sup> Century* (Anversa/Cambridge: Intersentia, 2017) rispettivamente 125-150 e 349-362.

<sup>4</sup> Descrizioni generali si trovano, tra l’altro, in: *‘The Reform of the French Law of Obligations – Les Jeux Sont Faits’* (2016) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1-12, 3. L’importanza del passo è evidenziata, con un apprezzamento per lo più positivo, da S. ROWAN, *‘The New French Law of Contract’* (2017) *International & Comparative Law Quarterly* 1-27, 1, che lo definisce un “grande evento in Francia” e sottolineandone la rilevanza “ben oltre i confini della Francia”.

<sup>5</sup> Le due grandi bozze preliminari provenienti dal mondo accademico hanno preso il nome dai loro iniziatori. Per il ‘progetto Catala’ del 2005 si v. il sito: [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf) (ultima visita 7 maggio 2020). Il “progetto Terré” è stato pubblicato in tre volumi: F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats* (Parigi: Dalloz, 2009); F. TERRE, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* (Parigi: Dalloz, 2011); F. TERRE, *Pour une réforme du régime général des obligations* (Parigi: Dalloz, 2013). Sulla base di questo lavoro accademico, la Cancelleria ha avviato due progetti preliminari: Il primo nel 2008 per il diritto contrattuale e il secondo nel 2011 per il regime generale delle obbligazioni e delle relative prove: <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concer-tation-10179/reforme-du-regime-des-obligations-et-des-quasi-contrats-22199.html> (ultima visi-

che, a sua volta, ha ampiamente beneficiato delle altre e ne ha tenuto conto.

Sotto quasi tutti gli aspetti, la riforma francese mostra un sorprendente parallelismo con la riforma tedesca di circa 15 anni fa, realizzata attraverso la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* del 2002<sup>6</sup> (a cui nella riforma francese si è fatto riferimento, ma solo moderatamente).<sup>7</sup> Ciò è tanto più interessante in quanto questi due Codici – per i sistemi codificati – possono essere considerati

---

ta 7 maggio 2020). Alla fine, questa riforma sembra piuttosto equilibrata, in quanto è il risultato di oltre 300 consultazioni. Essa è stata definita come “un’opera collettiva di tutta la comunità giuridica” in N. MOLFESSIS, *‘Droit des contrats: Que vive la réforme’* (2016) *La Semaine Juridique* 321-322, 322.

<sup>6</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts del 26 novembre 2001, *Bundesgesetzblatt* (Gazzetta Giuridica federale tedesca) 2001 I, 3138. Oggi la legge è oggetto di tutti i commenti *standard* sul *Bürgerliches Gesetzbuch* (Codice civile tedesco). Alcuni dei primi contributi importanti, che in parte influenzano anche la legge stessa, si trovano in S. GRUNDMANN, D. MEDICUS and W. ROLLAND (ed.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts* (Colonia: Heymanns, 2000); W. ERNST and R. ZIMMERMANN (ed.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform – zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz* (Tubinga: Mohr-Siebeck, 2001); C.-W. CANARIS, *‘Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen’* (2001) *Juristenzeitung* 499-524; H. SCHULZE and R. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (Tubinga: Mohr-Siebeck, 2001); poi i sondaggi sui primi anni, per esempio (2007) *Neue Juristische Wochenschrift* 1-8; S. LORENZ, *‘Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002’*, in E. LORENZ (ed.), *Karlsruher Forum 2005* (Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 2006) 5-138; B. DAUNER-LIEB, *‘Drei Jahre Schuldrechtsmodernisierungsgesetz’* (2004) *Anwaltsblatt* 597-601; I. SAENGER and U. KLOCKENBRINK, *‘Das “neue” Kaufrecht in der Rechtsprechung 2002-2005’* (2006) *Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht* 61-65. In questo diario, si veda già S. GRUNDMANN, *‘Germany and the Schuldrechtsmodernisierung 2002’* (2005) 1 *European Review of Contract Law* 128-147; S. GRUNDMANN and F. OCHMANN, *‘German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung’* (2007) 3 *European Review of Contract Law* 450-467.

<sup>7</sup> Per i riferimenti generali alla riforma tedesca: *‘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’* (2016) 35 *Journal officiel de la République française*, text n° 25, disponibile sul sito <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte> (ultima visita 7 maggio 2020); FAUVARQUE-COSSON, nt. 2 sopra, 3. Fa brevemente riferimento alla riforma tedesca e definisce l’ordinanza francese “*Professorenrecht* à la française”: N. RONTCHEVSKY, *‘Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats’* (2016) *Actualité Juridique Contrats d’affaires, Concurrence, Distribution* 111-115, 112. Sottolineano che il CC francese si è mosso “nella direzione della tradizione giuridica tedesca”: SMITS e CALOMME, nt. 4 sopra, 10. Mette in discussione l’influenza di altre riforme europee (come la riforma tedesca del 2002): F. LIMBACH, *‘Die französische Reform des Vertragsrechts und weitere Rechtsgebiete’* (2016) 4 *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 161-164, 161.

quelli più paradigmatici e più influenti. La riforma francese ha suscitato interesse anche in Inghilterra con il suo sistema di common law<sup>8</sup>. Anche in Italia la riforma francese ha fatto sorgere riflessioni sull'opportunità di una riforma<sup>9</sup>. Il confronto, da diversi punti di vista, delle due riforme del diritto contrattuale in Francia e in Germania è oggetto delle prossime pagine, ma un punto deve essere chiarito fin dall'inizio: la riforma tedesca, anche se realizzata come risposta alla direttiva su taluni aspetti della vendita di beni di consumo<sup>10</sup>, non è stata di certo concepita in soli tre anni. Non sarebbe stato possibile se non ci fosse stato un progetto di riforma a lungo termine già negli anni '80, accompagnato da ampie proposte di riforma e discussioni fino agli anni '90<sup>11</sup>. Il legislatore tedesco ha tratto grande beneficio da queste proposte du-

---

<sup>8</sup> Si veda in particolare: J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER and S. WHITTAKER (ed.), *Reforming the French Law of Obligations – Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')* (Oxford: Hart, 2009); J. CARTWRIGHT and S. WHITTAKER (ed.), *The Code Napoléon Rewritten – French Contract Law after the 2016 Reforms* (Oxford: Hart, 2017); P. ROSHER, 'French Contract Law Reform' (2016) 17 *Business Law International* 59-72.

<sup>9</sup> Si v. ad es. i contributi contenuti nel volume monografico *La riforma del Code Civil*, a cura di G. VETTORI, E. NAVARRETTA, S. PAGLIANTINI, in *Persona e mercato*, I, 2018.

<sup>10</sup> Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, *OJEC* 1999 L 171/12; per quanto riguarda la letteratura su questa misura, si veda M. BIANCA and S. GRUNDMANN (ed.), *EU Sales Directive – Commentary* (Colonia: Schmidt, 2002); G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore – l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo* (Padova: Cedam, 2000); S. PELLET, *La garantie légale des biens de consommation – étude comparée des droits français, anglais et communautaire* (Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2003); A. ORTI VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil e mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE* (Granada: Ed Comares, 2002); T. REPGEN, *Kein Abschied von der Privatautonomie – die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie* (Lubecca: Schöningh, 2001).

<sup>11</sup> I due volumi più influenti, contenenti proposte di riforma sulla disciplina degli inadempimenti contrattuali e della vendita (orientati alla CISG o costituenti modelli precursori delle riforme) sono: U. HUBER, 'Leistungsstörungen – Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?', in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I (Bonn: Verlag Bundesanzeiger, 1981) 647-910; U. HUBER, 'Kaufvertrag – welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Kaufrecht im Hinblick auf die technischen, wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten? Sollten Sonderentwicklungen außerhalb des BGB (Abzahlungsgesetz, Handelskauf, kaufrechtliche Bestimmungen des AGBG) in die Kodifikation eingearbeitet werden?', in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I (Bonn: Bundesanzeiger, 1981) 911-950.



rante il processo legislativo della *Schuldrechtsmodernisierung* perché il modello da recepire – la direttiva su taluni aspetti della vendita di beni di consumo – era fortemente improntato al modello internazionale – la Convenzione sulla vendita internazionale di beni (CISG) del 1980 –<sup>12</sup>, che ha costituito anche il punto di riferimento delle proposte di riforma degli anni '80. Anche se a prima vista può sembrare sorprendente che una legge comunitaria sul diritto dei consumatori prenda come modello un atto di diritto commerciale internazionale, ciò non è così sorprendente ad un'analisi più approfondita<sup>13</sup> e certamente ha agevolato molto il legislatore tedesco della riforma<sup>14</sup>.

Il confronto tra le due riforme procede da una prospettiva più generale ad una più specifica (concentrandosi solo sui passaggi molto rilevanti e non comprendoli tutti). In primo luogo, si mettono a confronto i complessivi processi di riforma, con particolare riguardo agli orientamenti principali che hanno ispirato i legislatori (cfr. sezione 2). Poi, vengono discusse quelle caratteristiche che possono essere viste come il quadro architettonico (cfr. sezione 3), e infine i singoli aspetti rilevanti, prima di tutto relativi alla formazione dei contratti (cfr. sezione 4.1), e poi anche alla “attuazione” del contratto, cioè all'esecuzione, all'inadempimento o anche alla cessione, ecc. (cfr. sezione 4.2). Una tale riforma – e forse ancor più un confronto delle riforme – fa emergere sulla scena europea ciò che, in tempi di mero sviluppo giudiziario – cioè con un percorso di sviluppo meno evidente e più lento – rimane visibile generalmente solo a livello nazionale.

---

<sup>12</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 11 April 1980, United Nations, Vienna, *Official Records*, 1981, 178. Per un elenco degli Stati che hanno ratificato la convenzione (87 al 12 luglio 2017), si veda [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status) (ultima visita 7 maggio 2020); si veda anche J. HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law of International Sales* (Boston: Kluwer, 1989); C. M. BIANCA and M. BONELL (ed.), *Commentary on the International Sales Law – the 1980 Vienna Sales Convention* (Milano, Giuffrè, 1987); P. SCHLECHTRIEM and I. SCHWENZER (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2016).

<sup>13</sup> Su questa somiglianza e sulle conclusioni che si possono trarre da questa somiglianza per quanto riguarda il rapporto tra diritto contrattuale dei consumatori e diritto commerciale, si veda più ampiamente S. GRUNDMANN, ‘Consumer Law, Commercial Law, Private Law – how can the Sales Directive and the Sales Convention be so similar?’ (2003) 14 *European Business Law Review* 237-257.

<sup>14</sup> Per l'influenza delle proposte di riforma degli anni '80 ispirate alla CISG su quella del 2002, si veda: U. BÜDENBENDER, ‘Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil I)’ (2002) *Deutsches Steuerrecht* 312-318, 313; si veda anche W. ROLLAND, ‘Schuldrechtsreform – Schuldrechtsmodernisierung Allgemeiner Teil’ (1992) *Neue Juristische Wochenschrift* 2377-2384, 2380.

## 2. Portata e idee.

### 2.1. Rivitalizzazione di vecchi codici e reintegrazione di atti minori separati.

È stato spesso sottolineato che il *Codice Civile francese* (CC) non è stato praticamente riformato nel suo regime sui contratti e sulle obbligazioni dal 1804 o lo è stato solo marginalmente<sup>15</sup>. Diverso è il caso del diritto di proprietà, dei testamenti, delle proprietà immobiliari e del diritto di famiglia<sup>16</sup>. È stato anche spesso sottolineato che il grande Codice è rimasto quindi al margine degli sviluppi del diritto contrattuale e del diritto delle obbligazioni – sviluppi importanti dal punto di vista pratico che spesso sono stati realizzati attraverso specifici interventi legislativi. Il Codice è rimasto elegante, ma in tal modo – e in una certa misura – è diventato anche “legge morta”<sup>17</sup>. La riforma francese apre così una nuova area.

Il *Codice Civile tedesco*, essendo più giovane di un secolo, aveva condiviso questo destino prima della riforma del 2002, anche se in misura minore. Riforme frequenti e profonde avevano riguardato soprattutto i contratti rilevanti dal punto di vista sociale – come i contratti di locazione –<sup>18</sup> ma si erano veri-

---

<sup>15</sup> Per una dichiarazione ufficiale sulla ‘Genèse de la réforme’ si v. il ‘*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*’ (2016) 35 *Journal officiel de la République française*, text n° 25. Si veda anche C. KLEIN, ‘*Die Vertragsrechtsreform in Frankreich*’ (2016) *Recht der internationalen Wirtschaft* 328-331, 328; MOLFESSIS, nt. 5 sopra, 321. Per una prospettiva pre-riforma si veda FAUVARQUE-COSSON, nt. 2 sopra, 2.

<sup>16</sup> Si veda C. ASFAR-CAZENAËVE, ‘*La réforme du droit français des contrats*’ (2015) *Revue juridique Thémis de l’Université de Montréal* 717-755, 725; SONNENBERGER, nt. 2 sopra, 7; MOLL e LUKE, nt. 2 sopra, 43.

<sup>17</sup> In questo senso, in particolare, SMITS e CALOMME, nt. 4 sopra, 3 *et seq.*

<sup>18</sup> Il carattere sociale del diritto di locazione tedesco è stato messo in atto attraverso diverse riforme, in particolare il “Lücke Plan” del 1960, terza legge di modifica della legge locativa del 1967 (‘*Drittes Mietrechtsänderungsgesetz*’), la prima e la seconda legge sulla protezione degli alloggi residenziali del 1971 e 1974 (‘*Erstes und Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz*’) e la riforma della legge sulle locazioni del 2001 (‘*Mietrechtsreformgesetz*’): M. HÄUBLEIN, in F. J. SÄCKER, R. RIXECKER, H. OETKER and B. LIMPERG (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3* (8<sup>a</sup> ed, Monaco di Baviera: Beck, 2020) Vor § 535 comma 59-68, specialmente 59-66; B. MARKESINIS, H. UNBERATH and A. JOHNSTON, *The German Law of Contract - A Comparative Treatise* (2<sup>nd</sup> ed, Oxford: Hart, 2006) 533 *et seq.* Per una spiegazione dettagliata dell’impatto della riforma del 2002 sulla disciplina tedesca in materia di locazione: F. G. VON WESTPHALEN, ‘*Mietrecht und Schuldrechtsreform*’ (2002) *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* 368-377, 368.

ficati anche altri interventi<sup>19</sup>. Per molti decenni, Francia e Germania hanno condiviso la tendenza alla decodificazione, ovvero il recepimento delle direttive CE in singoli atti e decreti specifici.

Una differenza importante è stata però che la Francia, con il *Code de la consommation*<sup>20</sup>, era già andata nella direzione di una certa ricodificazione – tendenza proseguita successivamente. In tal modo, la Francia ha sviluppato nuovamente il suo ruolo di precursore nella codificazione – a spese, tuttavia, della vecchia codificazione napoleonica e della realizzazione di un’unità, potenzialmente auspicabile, del diritto dei contratti (sul tema della separazione o dell’unificazione tra diritto dei contratti e diritto dei consumatori, si veda la sezione 3.2 qui di seguito). Senza l’emanazione di un *Code de la consommation*, il Codice civile francese avrebbe potuto essere riformato prima. In misura minore, la Germania ha conosciuto uno sviluppo simile. Con l’emanazione della *legge (tedesca) sulle clausole contrattuali abusive* – nonostante il fatto che questa legge non sia stata concepita come una vera e propria legge del consumo in Germania –<sup>21</sup> anche in Germania c’è stato un atto più coerente per almeno un settore nuovo, molto rilevante dal punto di vista pratico e con una

---

<sup>19</sup> Altre riforme importanti per il diritto contrattuale tedesco - oltre al diritto di locazione - sono state la legge sulle clausole contrattuali abusive del 1976 (*‘Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen’*) e la legge sui contratti di viaggio del 1979 (*‘Reisevertragsgesetz’*). Anche altri settori del diritto del Codice Civile tedesco sono stati oggetto di riforme, in particolare il diritto di famiglia tedesco. Per maggiori informazioni consultare: F. J. SÄCKER, in F. J. SÄCKER, R. RIXECKER, H. OETKER and B. LIMPERG (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 1* (8<sup>a</sup> ed, Monaco di Baviera: Beck, 2018) Introduzione 15-23; MARKESINIS, UNBERATH and JOHNSTON, nt. 18 sopra, 533.

<sup>20</sup> *Code de la consommation*, che ha avuto origine da Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l’information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. Su questo sviluppo, in una prospettiva attuale, si veda FAUVARQUE-COSSON, nt. 2 sopra, 2; dal punto di vista tedesco C. SZÖNYI, *‘Das französische Werbe- und Verbraucherrecht – Bemerkungen zum Code de la consommation’* (1996) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* 83-98, 83.

<sup>21</sup> La logica della legge sulle clausole contrattuali abusive è diversa in Germania e in Francia. Mentre in Francia esiste ancora l’idea di un potere contrattuale diseguale e persino eccessivo che giustifica misure di tutela a favore dei consumatori, in Germania la logica è piuttosto quella di tutelare quella parte del contratto che si trova in posizione di maggiore svantaggio per quanto riguarda l’informazione e i costi dell’informazione. Si veda M. ADAMS, *‘Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes – Verträge bei asymmetrischer Information’*, 1989 *Betriebsberater*, 781-788, 787; E. G. FURUBOTN, R. RICHTER, *Institutions and Economic Theory – The Contribution of the New Institutional Economics* (2<sup>nd</sup> ed., Ann Arbor, University of Michigan Press, 2005), 241-246; H.-B. SCHÄFER, C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (5<sup>a</sup> ed., Berlin, Springer, 2012), 552-555 – che, *inter alia*, giustifica la tutela anche delle imprese. Si veda anche sotto la sezione 3.2.

dimensione fortemente “sociale”. Per quanto riguarda la portata della sua applicazione, questa legge ha presto raggiunto il diritto contrattuale del Codice Civile: infatti, il numero di cause decise in 25 anni dalla sua esistenza è paragonabile a quello relativo al (rimanente) diritto contrattuale del Codice Civile nel suo complesso<sup>22</sup>. Il profilo più importante della *Schuldrechtsmodernisierung*, i.e. l’integrazione del diritto dei consumatori nel *BGB* nel 2002, sarà trattato separatamente (cfr. sotto sezione 3.2).

## 2.2. Risposte innovative e diversificate agli sviluppi internazionali.

Le due riforme rispondono entrambe agli sviluppi internazionali, nonostante il fatto che alcuni vedano in questo movimento di riforma nazionale un passo indietro rispetto ad un’agenda di armonizzazione, unificazione o europeizzazione<sup>23</sup>. Il punto di riferimento, tuttavia, è un altro.

Mentre la riforma tedesca è stata fondata sulla generalizzazione degli atti giuridici internazionali o sovranazionali più importanti allora esistenti – uno sviluppo di per sé notevole –, la riforma francese ha un modello internazionale più diffuso e un obiettivo più ambizioso. La *Schuldrechtsmodernisierung* tedesca ha recepito la direttiva CE sulle vendite del 1999 nella parte generale del diritto delle obbligazioni/contratti – ampliandone così il campo di applicazione in due modi: dai contratti del consumatore a tutti i contratti, e dai contratti di vendita a tutti i tipi di contratti<sup>24</sup>. Questo passo non solo ha ampliato il

---

<sup>22</sup> Indica le sentenze e le confronta con la giurisprudenza relativa alle altre parti del diritto civile: H. HEINRICH, ‘Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1993’ (1994) *Neue Juristische Wochenschrift* 1380-1432, 1380. Nel diritto comunitario, la direttiva CE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori è alla base di oltre la metà dei casi di diritto contrattuale; si veda l’indagine giurisprudenziale di H. MICKLITZ e B. KAS., ‘Overview on cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2018-2013) Part I and II’ 10 (2014) *European Review of Contract Law* 1-63 e 189-257.

<sup>23</sup> Osserva che – “tra le righe” – la Francia cerca di influenzare l’Europa e il mondo (anziché lasciarsi influenzare dall’Europa e dal mondo): M. G. CASAS, ‘Die causa-Lehre in der französischen und argentinischen Privatrechtsreform’ (2017) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 68-101, 75. Sottolinea l’importante fatto che il CC francese ha notevolmente perso influenza (ritenendo deplorabile l’importanza di questo fatto nel corso della riforma francese): M. SÉJEAN, ‘The French Reform of Contracts: An Opportunity to Tie Together the Community of Civil Lawyers’ (2016) 76 *Louisiana Law Review* 1151-1161, spec. 1151-1154.

<sup>24</sup> La riforma tedesca è stata quindi presa in considerazione per seguire l’approccio di una

campo di applicazione della direttiva CE sulle vendite, ma ha anche fatto entrare indirettamente in gioco la CISG. Non solo questa convenzione, pur essendo stata concepita per la vendita (commerciale), doveva servire da modello internazionale per il contratto più in generale, ma allo stesso tempo la *Schuldrechtsmodernisierung* tedesca ha realizzato uno strano tipo di reintegrazione. Mentre la direttiva 1999/44 CE era stata conosciuta principalmente sui modelli che si trovano nella CISG, essa aveva un campo d'applicazione soggettivo diverso, limitandosi alle vendite ai consumatori. Estendendo il campo di applicazione a tutti i contratti, la *Schuldrechtsmodernisierung* ha fatto sì che il modello si applicasse anche ai contratti commerciali, cioè all'oggetto della CISG. La riforma ha generalizzato e quindi esteso il modello anche, in parte, a tutti i contratti C2C e P2P.

La riforma francese ha assunto altri modelli internazionali, relativi alle misure di soft law (“principi”) sviluppati sulla base della CISG e della direttiva CE sulle vendite: si tratta cioè di forme di sviluppo progressivo e di un adattamento alle più moderne linee di pensiero. Ciò si riferisce ai cosiddetti principi della Commissione Lando, ai principi Unidroit, e anche ai PECL/CESL<sup>25</sup> – anche se la riforma francese è ben lungi dall'essere un mero adattamento di questi principi. Infatti, la riforma francese vuole esplicitamente *entrare nella competizione tra le legislazioni*<sup>26</sup>. Ha senso, quindi, cercare di attingere anche alle fonti più moderne, convincenti (o a ciò che è visto come tale) e internazionali – anche per rendere il diritto francese più facilmente comprensibile e compatibile con la pratica internazionale (che si intende indurre ad utilizzare più spesso il diritto francese). Così, pur non attenendosi rigorosamente a queste fonti di ispirazione, la riforma francese le prende chiaramente come una

---

‘soluzione larga’ (‘große Lösung’): B. DAUNER-LIEB, ‘Die Schuldrechtsreform - Das große juristische Abenteuer’ (2001) *Deutsches Steuerrecht* 1572-1576, 1572; H. DÄUBLER-GMELIN, ‘Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform - Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts’ (2001) *Neue Juristische Wochenschrift* 2281-2289, spec. 2281-2284.

<sup>25</sup> Menziona queste fonti nel contesto di un movimento generale di armonizzazione del diritto contrattuale: ‘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’ (2016) 35 *Journal officiel de la République française*, text n° 25. Riconosce l’influenza dei forum europei e internazionali sulla riforma francese: Asfar-Cazenave, n. 16 sopra, spec. 717 and 728.

<sup>26</sup> Fanno riferimento al “Doing business in 2004: Understanding regulations” della Banca Mondiale, in cui il regime francese si è classificato solo al 44° posto nel confronto internazionale: SMITS, CALOMME, nt. 4 sopra, 4. Discute in modo molto dettagliato il contesto della (non) competitività del regime francese: SONNENBERGER, nt. 2 sopra, 17.

linea guida cui viene data seria considerazione<sup>27</sup>. In sostanza, le caratteristiche principali volte ad aumentare l'interesse per il diritto francese sono individuate nella migliore accessibilità (v'è infatti un'opera di riorganizzazione della sostanza e di codificazione degli aspetti fondamentali della giurisprudenza consolidata) e – ancor più, in via di principio – nell'insistenza su strumenti che favoriscono l'uguaglianza sostanziale delle parti contrattuali<sup>28</sup>.

Una questione generale in questo contesto sembra essere quella relativa al modo in cui questi sviluppi debbano essere interpretati rispetto all'elaborazione di un diritto contrattuale europeo. Due interpretazioni sembrano plausibili. Potrebbe essere visto come un nuovo passo verso un maggiore particolarismo – dopo il fallimento del CESL come proposta legislativa –<sup>29</sup> il fatto che i Codici principali siano stati riformati in modo indipendente, avendo ciascuno di essi imboccato una strada propria. Tuttavia, si può anche notare che – mentre il provvedimento più generale per un diritto contrattuale europeo non è stato adottato – le due principali giurisdizioni / codici, per stile e contenuti, non solo si sono avvicinate l'una all'altra, ma hanno anche tratto ispirazione e spinta riformatrice da modelli internazionali, tutti fortemente legati tra loro.

### 3. *Profili principali della struttura architettonica.*

Per quanto riguarda i profili principali che influenzano il diritto dei contratti in generale, uno di questi pare emergere nella riforma francese (cfr. sottosezione 1) e un altro in quella tedesca (cfr. sottosezione 2). La differenza nella scelta è rivelatrice in quanto è chiaramente in linea con alcune caratteristiche principali di entrambi i codici/giurisdizioni. Inoltre – anche “a livello generale” – i legislatori di entrambe le riforme hanno sostanzialmente modificato il

---

<sup>27</sup> Si veda LIMBACH, nt. 7 sopra, 161. Individua tre fonti di ispirazione “dall'alto”, “dal basso” e “dai lati”: DOWNE, nt. 2 sopra, 44.

<sup>28</sup> Gli obiettivi principali sono quelli di “intelligibilità, prevedibilità e attrattività”: SÉJEAN, nt. 23 sopra, 1153. Sottolinea tre obiettivi della riforma, ovvero “semplicità, efficacia e protezione”: DOWNE, nt. 2 sopra, 45 *et seq.* Riconosce l'obiettivo della leggibilità (‘lisibilité’), ma considera l'impatto e l'importanza dell'interpretazione giuridica sulle nuove disposizioni del CC francese: T. MASSART, ‘*Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*’ in T. MASSART, M. CAFFIN-MOI, E. SCHLUMBERGER, M. BUCHBERGER, J.-F. HAMELIN, S. BAHBOUHI AND S. DOCQ, (2016) 147 *Actes pratiques et ingénierie sociétaria* 1-110, 2.

<sup>29</sup> La proposta è stata ufficialmente ritirata dalla Commissione UE (nel suo programma di lavoro annuale per il 2015) il 16 dicembre 2014. Per informazioni generali si veda: <http://www.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-common-european-sales-law> (ultima visita 7 maggio 2020).

loro regime in materia di inadempimento – non sempre allo stesso modo, ma in modo parallelo (cfr. sottosezione 3).

### 3.1. *Il ruolo generale della buona fede.*

Poiché il vecchio Codice Civile francese risale ad un'epoca rivoluzionaria, ma anche liberale, e poiché la maggior parte dei contenuti “sociali” del diritto contrattuale moderno sono stati piuttosto integrati in altre leggi – l'esempio più importante, naturalmente, è il Code de la consummation –, uno sviluppo è particolarmente significativo. Si tratta dello sviluppo del principio di buona fede (*principe de bonne foi*) che da regola relativa alla sola materia dell'esecuzione dei contratti diventa principio generale del diritto contrattuale nel suo complesso. Così, una volta che il Codice doveva essere riformato, la tendenza principale doveva logicamente essere quella connessa ai principali sviluppi del XX secolo. Si tratta in particolare della tendenza verso più “olio sociale” (Otto von Gierke) o “giustizia sociale”<sup>30</sup>.

Prima della riforma, il Codice prevedeva un dovere di buona fede nella fase di esecuzione. Ciò, tuttavia, non è molto più che un principio di “pacta sunt servanda”, accompagnato dall'idea che i contratti non devono essere letti troppo alla lettera – un'idea universalmente accettata in tutte le principali giurisdizioni del continente. Così, il diritto civile francese non si discostava molto rispetto alla buona fede emergente in una prospettiva di diritto comparato in Europa.<sup>31</sup> Il che è, d'altra parte, in linea con la posizione liberale secondo cui

---

<sup>30</sup> Per la famosa critica secondo cui al momento dell'emanazione del Codice Civile tedesco mancava il necessario “sorso di olio sociale/socialista”, si veda O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlin/Heidelberg: Springer, 1889). Sui valori sociali e sulla protezione delle parti più deboli e contro “solo” il fallimento del mercato come principale orientamento dello sviluppo del diritto civile in Europa, si veda S. GRUNDMANN, ‘The Future of Contract Law’ (2011) 7 *European Review of Contract Law* 490-527.

<sup>31</sup> Il “principe de bonne foi” francese è la vera fonte del principio tedesco di “Treu und Glauben”: SONNENBERGER, nt. 2 sopra, 19 *et seq.* Per una panoramica (piuttosto dettagliata) sulla buona fede in un contesto europeo e internazionale: C. SCHUBERT, in F. J. SÄCKER, R. RIXECKER, H. OETKER and B. LIMPERG (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2* (8<sup>a</sup> ed, Monaco di Baviera: Beck, 2019) § 242 cpv. 150-165. Indaga sul ruolo della buona fede nel diritto contrattuale europeo considerando PECL, UNIDROIT e CISG: O. LANDO, ‘Is Good Faith an Over-Archiving General Clause in the Principles of European Contract Law?’ (2007) 15 *European Review of Private Law* 841-853. Riconoscono il carattere ampio e generale dell'art. 2 CESL (‘Good faith and fair dealing’): S. WHITTAKER and K. RIESENHUBER, ‘Conceptions of Contract’, in G. DANNEMANN e S. VOGENAUER (ed.), *The Common*

l'ordine dello Stato non dovrebbe interferire, o dovrebbe interferire poco, con la formazione e la definizione dei contratti.

La riforma ha cambiato questo approccio sia nell'art. 1104 che nell'art. 1112 del nuovo CC francese<sup>32</sup>. Il principio della buona fede riguarda ora la formazione del contratto, l'interpretazione e tutta la fase precontrattuale con i suoi problemi. Ciò costituisce un significativo allontanamento dal vecchio modello liberale, perché l'applicazione di tale principio generale alla formazione del contratto legittima un controllo più approfondito degli accordi tra le parti ed è possibile una maggiore reinterpretazione della volontà delle parti<sup>33</sup>. L'abbondante giurisprudenza tedesca sull'applicazione della buona fede alla formazione e all'interpretazione dei contratti illustra splendidamente questa affermazione<sup>34</sup>. Inoltre, la "codificazione" di un regime relativo alla fase precontrattuale e ai suoi obblighi costituisce uno sviluppo fondamentale<sup>35</sup>. Anche

---

*European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 120-159, 156 *et seq.* Per una prospettiva europea prima del CESL si veda: M. W. HESSELINK, 'The Concept of Good Faith', in A. S. HARTKAMP, M. W. HESSELINK, E. H. HONDIUS, C. MAK and C. E. DU PERRON (ed.), *Towards a European Civil Code* (4<sup>a</sup> ed., Nimega e L'Aia, Londra, Boston: Kluwer Law International, 2010) 471-498 (Capitolo 27), spec. 476-478.

<sup>32</sup> L'art. 1104 del nuovo CC francese recita: *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. (Contracts must be negotiated, formed and performed in good faith. This provision is a matter of public policy.)*. L'art. 1112 nuovo CC francese (cpv. 1) recita: *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. (Le trattative precontrattuali possono essere avviate, condotte e interrotte liberamente. Essi devono assolutamente soddisfare i requisiti della buona fede.)*. Per la letteratura su entrambe le disposizioni, si vedano i riferimenti nelle prossime note a piè di pagina; per il concetto di buona fede nella riforma francese più in generale, si veda ASFAR-CAZENAIVE, nt. 16, 729 *et seq.*

<sup>33</sup> Fa notare che alcune autorità temono che la discrezionalità dei tribunali possa essere anche troppo ampia (soprattutto per il fatto che il CC francese non contiene una definizione di buona fede) Rowan, n. 4 sopra, 10. Per ulteriore letteratura sull'art 1104 nuovo CC francese: M. BUCHBERGER, in MASSART, CAFFIN-MOI, SCHLUMBERGER, BUCHBERGER, HAMELIN, BAHBOUHI e DOCQ, nt. 28 sopra, 51; KLEIN, nt. 15 sopra, 328.

<sup>34</sup> Sulla densità della giurisprudenza (a causa del ruolo della disposizione come "punto di partenza" per l'ingegneria giudiziaria e il rafforzamento delle istituzioni): SCHUBERT, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, § 242 cpv. 22-27. Collegano il 10% di tutte le cause della Corte di Cassazione tedesca all'art. 242 nuovo CC tedesco: D. LOOSCHELDERS e D. OLZEN, in J. VON STAUDINGER, D. LOOSCHELDERS e G. SCHIE-MANN (ed.), *Staudinger BGB – §§ 241-243* (15<sup>a</sup> ed., Berlino: Sellier – De Gruyter, 2014) § 242 cpv. 79.

<sup>35</sup> C'era già stata una giurisprudenza considerevole; la codificazione risulta quindi meno nuova nella sostanza di quanto ci si aspettasse a prima vista e ciò è coerente con l'intenzione



in questo caso, tuttavia, ciò non va oltre lo stato dell'arte già raggiunto dal Codice Civile tedesco. Un altro aspetto, che è stato fondato in Germania sul principio della buona fede, fintantoché il punto non è stato oggetto di codificazione, è la teoria della *clausula rebus sic stantibus*, che va nella stessa direzione, ma che, per la sua importanza, sarà ripresa separatamente (cfr. infra sezione 4.2.b). Nel complesso, il potente aggiornamento del principio della buona fede nella riforma francese non ha comportato solo la spinta di un diritto privato “socialmente rafforzato” del XX secolo verso un codice civile che era stato formulato un secolo prima. Ha anche portato a una situazione in cui i due Codici paradigmatici risultano talmente simili da far emergere chiaramente un approccio comune paneuropeo in questa importante questione (anche il Codice italiano sembra molto simile)<sup>36</sup>.

### 3.2. *L'unità del diritto contrattuale.*

Il profilo della riforma tedesca che – sia nella sua importanza che nella sostanza – è maggiormente paragonabile all'aggiornamento del principio della buona fede nella riforma francese è l'integrazione delle norme (allora ancora sparse) sui contratti dei consumatori nel codice civile tedesco – e si dovrebbe aggiungere: e non in un codice di diritto del consumo (sostenuto anche da alcuni autori)<sup>37</sup>. La discussione principale all'epoca, tuttavia, non riguardava l'opportunità dell'adozione di un Codice di diritto del consumo o meno, ma riguardava l'opportunità di realizzare l'integrazione di questa disciplina<sup>38</sup>.

---

generale di rendere il Codice più leggibile, codificando la giurisprudenza di base. Per una panoramica dell'art. 1112 nuovo CC francese si veda: N. DISSAUX e CH. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Art. 1112 Code Civil* (Paris: Dalloz, 2016); MOLL e LUKE, nt. 2 sopra, 44.

<sup>36</sup> Per il ruolo preminente che il principio della buona fede riveste nel diritto privato italiano come concetto generale, si veda, ad esempio, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo* (Torino: Giappichelli, 2006).

<sup>37</sup> Per la discussione sull'integrazione del diritto dei consumatori nel CC tedesco, si veda H.-W. MICKLITZ, T. PFEIFFER, K. TONNER e A. WILLINGMANN (ed.), *Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz* (Baden-Baden: Nomos, 2001). Un tentativo più recente non ha avuto successo: H.-W. MICKLITZ, 'Gutachten [Parere degli esperti] Teil A: Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?' *69a Convegno degli avvocati tedeschi (Deutscher Juristentag – DJT)*, vol. I (Monaco di Baviera: Beck, 2012) A1-A129, spec. A25, A117.

<sup>38</sup> Sostiene tale integrazione, ad esempio, W.-H. ROTH, 'Europäischer Verbraucherschutz

L'integrazione non era resa necessaria dal compito di recepire la direttiva su taluni aspetti della vendita di beni di consumo. Pertanto, questo aspetto della riforma tedesca – insieme alla generalizzazione del modello di disciplina dell'inadempimento (cfr. sezione 2.2) – costituisce la scelta veramente innovativa e autonoma del legislatore tedesco. Durante la prima fase dei dibattiti relativi al recepimento, tale integrazione non era ancora all'ordine del giorno. Tuttavia, essa è stata poi fortemente sostenuta in una prima (piccola) conferenza sulla direttiva e sul suo recepimento, in particolare sullo sfondo internazionale della riforma, a Halle-Wittenberg<sup>39</sup>. Probabilmente le argomentazioni più forti e quelle più positive al riguardo sono state le seguenti tre (si veda la dottrina citata nelle ultime due note). (i) Integrando il diritto dei consumatori nel Codice Civile, esso ramo di diritto viene reso più accessibile e quindi “aggiornato”, *divenendo oggetto di trattazione nei commenti più importanti e probabilmente anche da parte dei commentatori più importanti*. Inoltre, ciò impone di valutare – più direttamente, volta per volta – se una certa norma debba favorire solo i consumatori o se debba essere considerata come una regola di diritto privato generale (e di protezione di tutti). (ii) Il diritto dei consumatori – in sostanza – non è così diverso – nei modelli – dal diritto contrattuale generale, come dimostra il semplice fatto che sia la CISG che la direttiva su taluni aspetti della vendita di beni di consumo sono “così simili”. Le differenze principali risiedono probabilmente, dal punto di vista del diritto sostanziale, nel minore livello di informazione dei consumatori e quindi nell'importanza molto maggiore degli obblighi di informazione (ma non dei doveri e delle regole sostanziali) e, naturalmente, anche nei rimedi procedurali. (iii) La mancata integrazione del diritto dei consumatori porterebbe a far sì che la maggior parte dello sviluppo degli ultimi decenni – ossia quello innescato da-

---

und BGB' (2001) *JuristenZeitung* 457-490, 487 *et seq.*; e GRUNDMANN (v. prossime note a piè di pagina). Si oppone a questa scelta, per esempio, H. DÖRNER, 'Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB' in H. SCHULTE-NÖLKE, R. SCHULZE (ed.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (Tubinga: Mohr-Siebeck, 2001) 177-188, spec. 179 *et seq.*

<sup>39</sup> Si veda GRUNDMANN, MEDICUS e ROLLAND, nt. 6; per altri convegni successivi, si vedano anche i riferimenti n. 6; per il mio contributo, poi, pubblicato in inglese in una versione specificamente incentrata sulla questione qui discussa e notevolmente ampliata: si veda GRUNDMANN, nt. 13, 237-257; molto influente su questo argomento una grande monografia pubblicata pochi anni prima: J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge* (Tubinga: Mohr-Siebeck, 1998); si veda anche J. DREXL, 'Verbraucherrecht, Allgemeines Privatrecht, Handelsrecht', in P. SCHLECHTRIEM (ed.), *Wandlungen des Schuldrechts* (Tubinga: Mohr-Siebeck, 2002) 97-151, 105.

gli atti di diritto comunitario – avvenga al di fuori del codice civile (tedesco), lasciandolo così obsoleto e privo di possibilità di sviluppo. L'integrazione del diritto dei consumatori nel Codice Civile tedesco – in contrasto con il *Code de la consommation* e il suo ruolo preminente lasciato intatto nella recente riforma francese – sembra significativa anche per le caratteristiche generali dello sviluppo del diritto civile in entrambi i paesi. In Francia, naturalmente, non v'è la concezione, caratteristica dell'ordinamento statunitense, in virtù della quale la materia dei contratti dei consumatori non costituisce un vero e proprio “diritto contrattuale”<sup>40</sup>. V'è, invece, l'opinione che la protezione dei consumatori sia fortemente necessaria perché i consumatori sono fundamentalmente diversi dagli altri soggetti di diritto privato – nelle loro capacità e nel loro bisogno di protezione<sup>41</sup>. Al contrario, in Germania, gli istituti fondamentali – come il controllo delle clausole contrattuali abusive – si applicano a tutti i soggetti di diritto privato (anche se in modo differenziato)<sup>42</sup> e lo stesso può dirsi (fin dall'inizio) per la clausola della buona fede. Pertanto, il sistema si fonda su una varietà di diverse sfumature di protezione, più che su nette distinzioni. Dato che questi due modelli sono ormai prevalenti in ambito europeo, ancora una volta, gli sviluppi non possono essere considerati connessi esclusivamente ad un contesto nazionale. Dovrebbero piuttosto essere visti come un importante laboratorio di idee di riferimento anche nel contesto europeo – soprattutto se si considera anche il modello italiano, in cui un grande

---

<sup>40</sup> Si veda, ad esempio: K. GUTMAN, ‘*The Development of Consumer Law in the US: Comparisons with the EU Experience*’ (2012) *Journal of European Consumer and Market Law* 212-223, 213 *et seq.* Questo punto di vista negli Stati Uniti può tuttavia essere influenzato dal forte presupposto che nel diritto contrattuale qualsiasi informazione fornita esonera dalla responsabilità sul punto, un presupposto che gli avvocati dei consumatori vogliono evitare. Si veda, ad esempio, O. BEN-SHAHAR, ‘*The myth of the ‘opportunity to read’ in contract law*’ (2007) 3 *European review of contract law*, 1-28, 7-9 e 13-28.

<sup>41</sup> Per una classificazione del consumatore come una delle “parties les plus faibles”, in Francia, si veda ad esempio: P. SIRINELLI, ‘*L'équilibre dans le contenu du contrat*’ (2016) *Revue Dalloz IP/IT (Droit de la propriété intellectuelle et du numérique)* 240-244. Per una descrizione dello sviluppo francese del ruolo del consumatore (nel senso di un soggetto bisognoso di protezione): SZÖNYI, nt. 20 sopra, 83 *et seq.*

<sup>42</sup> Sull'ampio campo di applicazione (e il suo sfondo storico): J. BASEDOW, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, § 305 cpv. 4; l'ampio campo di applicazione è stato giustificato principalmente dal fatto che anche i clienti professionali possono essere soggetti a problemi di asimmetrie informative - rispetto a colui che stabilisce le condizioni contrattuali. Si veda più in dettaglio M. ADAMS, ‘*Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes – Verträge bei asymmetrischer Information*’ *Betriebs-Berater* 1989, 781, 787; e dal punto di vista economico H.B. SCHÄFER e C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (5<sup>a</sup> ed, Berlino/Heidelberg: Springer, 2012) 478-480.

Codice conteneva aspetti civili, commerciali e di consumo (oltre che di diritto societario e del lavoro), ma poi il sistema è stato scisso per adottare un Codice del Consumo<sup>43</sup>.

### 3.3. *Il regime di base sull'inadempimento del contratto.*

Sarebbe necessario un intero articolo per confrontare in dettaglio il nuovo regime francese sulla violazione degli obblighi contrattuali con quello introdotto in Germania dalla *Schuldrechtsmodernisierung* nel 2002. La disciplina dell'inadempimento del contratto è una parte fondamentale di qualsiasi diritto contrattuale. Tuttavia, in questo contesto deve essere sufficiente uno schizzo molto approssimativo per fare un confronto.

La rimodulazione del regime sulla violazione del contratto è stata probabilmente più importante per il legislatore tedesco nel 2002 che per il progetto di riforma francese. Il regime tedesco precedente era particolarmente complicato e insoddisfacente<sup>44</sup>. Esso era caratterizzato dalla definizione di una moltitudine di forme di inadempimento, che sono state poi oggetto di un regime eccessivamente complesso in materia di termini di prescrizione (che andavano dai 6 mesi ai 30 anni), innescando così numerose controversie nella pratica. Si trattava principalmente di controversie sulla precisa delimitazione di questi regimi – nonostante il fatto che tutte queste forme fossero funzionalmente molto simili tra loro, trattandosi sempre di deviazioni dal “piano” originario dell'accordo. Al contrario, il modello della CISG era sorprendentemente semplice. Esso limitava di fatto la gamma dei rimedi e delle forme di violazione a due: la richiesta di risarcimento dei danni e la rescissione. Un rimedio era calcolato sul danno effettivo e (poteva) richiedere una colpa, l'altro costituiva so-

---

<sup>43</sup> La genesi del Codice del Consumo nasce da un significativo disaccordo sul suo rapporto con il Codice Civile, anche a livello istituzionale. Si veda E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*<sup>3</sup>, Torino, Giappichelli, 2014, 28-30. Per un esempio di disaccordo dottrinale, si veda P. SIRENA, 'Il Codice civile e il diritto dei consumatori' 21(5-II) *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2005, 277-281 e S. PATTI, 'Il Codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla' 21(5-II) *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2005, 282-287. Sarebbe che questa scelta abbia costituito l'esempio più eminente nel diritto privato italiano di quella che N. Irti aveva chiamato l'età della decodificazione – molto prima che questa scelta fosse adottata: Si v. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1978.

<sup>44</sup> Si veda più in dettaglio su quanto segue, con ampi riferimenti: S. GRUNDMANN, 'Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach' (2007) 3 *European Review of Contract Law* 121-149; S. GRUNDMANN (2005), nt. 6 sopra, 128-147.

lo una forma di scioglimento del contratto (con restituzione di tutto ciò che era stato ricevuto) e non richiedeva alcuna colpa (con un'eccezione solo in casi inattesi – e rari – di forza maggiore). Una delle principali incertezze di questo regime riguardava la definizione del presupposto della rescissione. L'idea di partenza è che questo rimedio sia una soluzione gravosa, soprattutto per il venditore, che non solo perde il guadagno del contratto (spesso circa il 30% del prezzo), ma riceve anche il bene / servizio indietro (con una riduzione, talora elevata, del suo valore, per via dell'uso) e può dover sostenere i costi di restituzione (trasporto, rimozione e installazione di beni sostitutivi). Pertanto, l'ammissione della rescissione costituisce una soluzione costosa, nonché un forte incentivo per ciascuna parte, ma soprattutto per il venditore/fornitore di servizi, a rispettare gli obblighi previsti dal contratto. Ai sensi dell'art. 24, dell'art. 49, par. 1, lett. a), dell'art. 51, dell'art. 64, par. 1, lett. a), dell'art. 72, par. 1 e dell'art. 73 CISG, il presupposto di applicazione consiste in un "inadempimento essenziale", che tradizionalmente è inteso come l'inadempimento che priva la parte lesa dei benefici che il contratto intendeva realizzare. Se fissare il livello per l'attivazione della rescissione a un livello così elevato può essere ragionevole per i contratti internazionali – viste le lunghe distanze – resta però da risolvere una questione. Si tratta di stabilire se si debba aprire una seconda via verso la rescissione, in particolare attraverso un "avvertimento" sufficientemente chiaro della parte inadempiente. L'art. 3 della direttiva CE su taluni aspetti della vendita di beni di consumo (nella sua corretta interpretazione) e, molto chiaramente, il diritto tedesco – per tutto il diritto contrattuale – rispondono a questa domanda in senso positivo (si veda l'art. 283 e 323 CC tedesco). A meno che il difetto non sia "minore" – un caso che non è così difficile da delineare –, ciascuna parte ha sempre il diritto di fissare un termine "ragionevole" alla parte inadempiente – per qualsiasi tipo di violazione – e di rescindere il contratto dopo la scadenza di tale termine. La logica alla base del regime è questa. Esso garantisce in larga misura la certezza del diritto (la delimitazione sia del concetto di violazione "minore" che di quello di "ragionevolezza" del termine non è così difficile) e, d'altra parte, aggiunge forti incentivi per la parte inadempiente a conformarsi. Ciò rende quindi più probabile una piena e corretta esecuzione, offre certezza allo status del contratto ed evita, in larga misura, le difficoltà di provare i danni (o, meglio, il loro esatto ammontare). Come già accennato, questo regime – ripreso dalla CISG, ma aggiornato per ciò che riguarda il profilo richiamato – era talmente importante per il legislatore tedesco che è stato formulato come un regime generale per tutti i contratti, come il cuore stesso dell'intero regime sull'inadempimento del contratto.

L'impatto della riforma francese può essere illustrato dalle modifiche ap-

portate in materia di inadempimento contrattuale. La situazione giuridica precedente la riforma potrebbe essere paragonata a un labirinto<sup>45</sup>, mentre la situazione giuridica attuale è chiaramente più strutturata<sup>46</sup>. La sezione 5 (“L’inexécution du contrat”) del nuovo CC francese comprende tutti i possibili rimedi negli artt. 1217-1231-7. Anche se questa sistematizzazione consente una maggiore chiarezza, il CC tedesco si è spinto ancora più in là, distinguendo i contratti con obblighi bilaterali dal resto dei contratti<sup>47</sup>. Il nuovo CC francese, tuttavia, elenca tutte e cinque le sanzioni nell’art. 1217 e le disciplina successivamente – una parte contrattuale può ora “rifiutare di adempiere o sospendere l’esecuzione dei propri obblighi; chiedere l’esecuzione forzata in natura dell’obbligazione; chiedere una riduzione del prezzo; provocare la risoluzione del contratto; chiedere il risarcimento per l’inadempimento” (art. 1217 nuovo CC). Nel contesto del presente lavoro, solo due dei cinque rimedi possono essere discussi (brevemente), cioè quelli caratterizzati dai cambiamenti più paradigmatici. Si tratta dei rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto. Il campo di applicazione della riduzione del prezzo (unilaterale e proporzionale) è stato allargato da parte della riforma francese (art. 1223 nuovo CC francese)<sup>48</sup>. Se questo rimedio prima della riforma era riservato a contratti di vendita<sup>49</sup>, ora si applica a tutti i tipi di contratti e presuppone una notifica formale. Non v’è ancora nessuna pronuncia giurisprudenziale sulla possibilità di escludere questa sanzione nel contratto. Per quanto riguarda la risoluzione del contratto (“résolution unilatérale du contrat”), sono state introdotte nuove opzioni nell’art. 1224 del nuovo CC francese. Anche se tutte e

---

<sup>45</sup> Sottolinea il carattere frammentario e vago delle disposizioni precedenti la riforma in materia di violazione del contratto: SONNENBERGER, nt. 2, 54.

<sup>46</sup> Definisce questa parte della riforma la più innovativa: ROWAN, nt. 4 sopra, 17. Accolgo con favore la nuova chiarezza: MOLL e LUCA, nt. 2 sopra, 45; FAUVARQUE-COSSON, nt. 2 sopra, 10. Traccia un confronto illustrativo tra il regime francese e quello tedesco di inadempimento contrattuale, con particolare riguardo alla CISG: J. SCHMIDT-RÄNTSCH, ‘Das neue französische Schuldrecht’ (2017) *IWRZ* 159-163, 161.

<sup>47</sup> Cfr. art. 273-292 per tutti i contratti e art. 320-326 nuovo CC tedesco per i contratti con obblighi bilaterali e sinallagmatici.

<sup>48</sup> Per una panoramica (sistematica) sull’art. 1223 nuovo CC francese: DISSAUX e JAMIN, nt. 35; M. Buchberger, a Massart, Caffin-Moi, Schlumberger, Buchberger, Hamelin, Bahbouhi e Docq, nt. 28, 87 (punto 276). Sottolinea le differenze tra il nuovo regime di riduzione del prezzo francese e quello tedesco: SCHMIDT-RÄNTSCH, nt. 46, 162.

<sup>49</sup> Per maggiori informazioni su questa disposizione vigente da lungo tempo (art. 1644 nuovo CC francese) e un riferimento all’art. 50 CISG: ASFAR-CAZENAVE, n. 16 sopra, 750 *et seq.* Inoltre si veda: M. MEKKI, ‘Ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations’ (2016) *Recueil Dalloz* 494-505, 504 (punto 30).

tre le opzioni per la risoluzione di un contratto erano già state elaborate prima della riforma francese<sup>50</sup>, il regime relativo alla risoluzione mediante comunicazione unilaterale del creditore al debitore è stato profondamente modificato<sup>51</sup>. La disciplina precedente la riforma permetteva ad una parte di risolvere unilateralmente un contratto. Tuttavia, era richiesta la condizione che si fosse verificata una grave violazione degli obblighi contrattuali del debitore e la risoluzione avveniva a rischio del creditore stesso<sup>52</sup>. Il debitore avrebbe potuto quindi contestare questa risoluzione unilaterale davanti ai tribunali, lasciando il creditore privo di certezza giuridica<sup>53</sup>. La riforma francese ha previsto l'opzione della risoluzione a condizione che il debitore si renda inadempiente in misura sufficientemente grave e che il creditore notifichi a quest'ultimo una diffida. Anche se il debitore può contestare la risoluzione in tribunale, la conseguenza giuridica è la risoluzione automatica del contratto, che consente al creditore di concludere un nuovo contratto senza dover attendere un'azione legale incerta<sup>54</sup>. In ogni caso, la certezza del diritto non sarà pienamente garantita fino a quando i tribunali non avranno dato la loro interpretazione e definizione del concetto di "inadempimento sufficientemente grave" del contratto.

#### *4. Alcune delle più importanti soluzioni della riforma francese a confronto.*

In generale, rispetto alla riforma tedesca, la riforma francese sembra toccare più questioni e, quindi, costituisce una riforma più complessiva del diritto contrattuale e del diritto delle obbligazioni. Le grandi caratteristiche della riforma tedesca sembrerebbero piuttosto risiedere (solo o principalmente) nell'integrazione del diritto dei consumatori e nella generalizzazione del modello

---

<sup>50</sup> La risoluzione può dipendere da una clausola risolutiva, da una comunicazione del creditore al debitore (a condizione di un inadempimento sufficientemente grave) o da una decisione giudiziaria. Per ulteriori informazioni si veda: ROWAN, nt. 4, 19; MEKKI, nt. 49, 504 (punto 31).

<sup>51</sup> Confronta con i Principi UNIDROIT relativi al "diritto di risoluzione del contratto" (art. 7.3.1) e in particolare il "preavviso di risoluzione" (art. 7.3.2).

<sup>52</sup> Spiega la precedente condizione di una grave violazione, ('*manquement grave*'): ASFAZ-CAZENAVE, nt. 16 sopra, 751 *et seq.*

<sup>53</sup> Per ulteriori informazioni generali (in particolare sul ruolo della Cour de Cassation): FAUVARQUE-COSSON, nt. 2 sopra, 11.

<sup>54</sup> Definisce questo aspetto l'"idea di fondo" della nuova disposizione: ASFAZ-CAZENAVE, nt. 16 sopra, 752. Sottolinea l'elevata efficienza economica di questo regime: ROWAN, nt. 4 sopra, 20.

di inadempimento del contratto (cfr. sopra, sezioni II *sub* 2 e III *sub* 2). Sembra che altri 15 anni di preparazione portino tipicamente a una più ampia revisione dell'intero diritto contrattuale e del diritto delle obbligazioni. Le seguenti singole questioni di riforma possono essere meglio affrontate ordinandole lungo il ciclo di vita dei contratti – a partire dalla formazione del contratto (con le sue questioni di validità) fino all'attuazione del contratto (con le modifiche delle condizioni durante la sua durata e i cambiamenti delle parti contrattuali). Le questioni trattate di seguito sembrano emergere in entrambe le riforme, anche se costituiscono solo un campione (importante) delle questioni oggetto di disciplina.

#### *4.1. Formazione e validità del contratto.*

La riforma francese è ricca di nuove regole relative alla fase di formazione del contratto o anche alla fase precontrattuale (comprese le questioni di validità). La spinta principale sembra essere quella di dare più peso alla reale volontà delle parti e di portarla avanti in modo più coerente. Ciò può avvenire abbandonando un requisito che sembrava essere solo troppo formale o rendendo vincolanti anche le promesse che non formano ancora il contratto in quanto tale, ma che hanno lo scopo di creare fiducia e di consentire la pianificazione ad opera delle parti (si veda il successivo punto a.). Ciò può anche avvenire dando maggior peso alle garanzie in caso di vizi nella formazione della volontà (cfr. sottosezione b). Infine, l'informazione è certamente fondamentale per favorire un esercizio significativo della volontà delle parti e, a questo proposito, assume grande importanza un controllo più significativo sulle condizioni necessarie affinché le clausole contrattuali standard entrino a far parte del contenuto del contratto (cfr. sottosezione c)<sup>55</sup>.

##### *4.1.a. Abbandono del requisito della “causa” e introduzione di un regime più severo nella fase precontrattuale.*

Per alcuni autori, l'abbandono del requisito della “causa” (ex art. 1108, e anche art. 1131 e seguenti del CC francese) è la caratteristica più importante –

---

<sup>55</sup> Sul ruolo dell'informazione in un moderno diritto contrattuale (caratterizzato dall'attenzione ad un uso significativo e non solo formale della volontà di ciascuna parte), si veda S. GRUNDMANN, 'The Future of Contract Law', 7 (2011) *European review of contract law*, 490-527, 500-509 e 520-522; anche ID., 'Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law', *CMLR* 39 (2002) 269-293, 272 e ss., spec. 285-292.



e probabilmente anche la più dannosa – della riforma francese<sup>56</sup>. Da un punto di vista simbolico, ciò può essere vero; tuttavia, da un punto di vista pratico, queste affermazioni hanno minore valore<sup>57</sup>. Pertanto, l’abbandono di questo requisito è stato considerato uno sviluppo “privo di costi” e, allo stesso tempo, molto importante per rendere più attraente il diritto francese a livello globale. I sostenitori di questa scelta hanno portato avanti due argomenti a favore della riforma. La prima funzione del requisito della “causa” – sottoporre a controllo gli accordi che sono problematici per i loro effetti sui più deboli o su terzi – è stata comunque mantenuta. Infatti, il contenuto del vecchio art. 1133 c.c. che disciplinava la “causa” come strumento per realizzare questo controllo (“soggettivo”) è stato ripreso nell’art. 1162 del nuovo Codice Civile francese. Per contro, la seconda funzione del presupposto della “causa” – vietare quegli accordi per i quali si poteva dimostrare il libero consenso tra le parti, ma dei quali non si poteva dimostrare un obiettivo economico concreto – non aveva grande importanza nella pratica ... ed era, per di più, discutibile<sup>58</sup>. A titolo di paragone, il diritto tedesco non è probabilmente il candidato ideale, in quanto ammette la validità del cosiddetto ‘pactum nudum’ – senza un requisito di ‘causa’ – fin dall’adozione del Codice Civile (e già prima)<sup>59</sup>. Ad ogni modo, l’analisi della giurisprudenza tedesca serve a mostrare che, anche in assenza di tale requisito, non sono molti i contratti fittizi che vengono sottoposti all’attenzione dei giudici e, in ogni caso, sono pochi i casi di contratti pregiudici-

---

<sup>56</sup> Come afferma Chénéde nella sua presentazione della riforma francese: ‘L’abandon de la ‘cause’ est une des plus grandes erreurs dogmatiques et stratégiques de la réforme. On gagne point en compétitivité en s’alignant aux concurrents.’ Si veda anche D. MAZEAUD, ‘*Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!*’ (2014) 240 *Droit et Patrimoine* 39-40; T. GENICON, ‘*Défense et illustration de la cause en droit des contrats*’ (2015) *Receuil Dalloz* 1551-1557. Promuove addirittura l’integrazione della “causa” nel diritto contrattuale europeo (prima della riforma): J. GHESTIN, ‘*Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats?*’ (2005) *European Review of Contract Law* 396-416. Al contrario, chiede la soppressione della causa: L. AYNÈS, ‘*La cause, inutile et dangereuse*’ (2014) 240 *Droit et Patrimoine* 40-41.

<sup>57</sup> Per quanto riguarda la giurisprudenza piuttosto limitata su questo requisito, si veda Y.-M. LAITHIER, ‘*La nullité absolue d’un contrat dont la cause est illicite et la difficulté de s’y échapper*’, (2015) *Revue des contrats* 226.

<sup>58</sup> Si veda per questi argomenti che spingono nella direzione dell’abbandono di un requisito formale di “causa”: FAUVARQUE-COSSON, nt. 2 sopra, 6; CASAS, nt. 23 sopra, 79 *et seq*; ROWAN, nt. 4 sopra, 12 *et seq*. Definisce l’abbandono formale della causa un ‘trompe-l’œil’ perché le sue funzioni nel regime francese sui contratti sono in gran parte mantenute: RONTCHEVSKY, nt. 7 sopra, 112.

<sup>59</sup> Si veda M.-P. WELLER, ‘*Das Privatrecht in Frankreich und Deutschland: Einflüsse und Resistenzen nach 50 Jahren Elysée-Vertrag*’ (2013) 68 *JuristenZeitung* 1021-1030, 1025.

zievoli per le parti più deboli o per i terzi, cui venga data esecuzione<sup>60</sup>. L'Italia (che mantiene il requisito della "causa") o l'Inghilterra (con il suo parallelo requisito della "consideration") possono essere candidati migliori per il confronto. D'altra parte, però, anche questi esempi mostrano che l'importanza dei rispettivi requisiti è fortemente in declino<sup>61</sup>.

Alcuni aspetti della riforma riguardano *la fase precontrattuale*: più precisamente, la fase che precede la stipula del contratto. Uno di questi profili è già stato menzionato – lo sviluppo di un vero e proprio regime di responsabilità precontrattuale ("culpa in contrahendo") sotto l'egida della buona fede (si veda la precedente sezione 3.1). Altri due profili meritano di essere almeno menzionati – sui quali v'è ora in buona parte un allineamento tra diritto francese e diritto tedesco (noto, quest'ultimo, per la sua particolare enfasi sul regime delle promesse precontrattuali)<sup>62</sup>. Si tratta, in primo luogo, dell'introduzione della possibilità di creare un diritto di opzione per il beneficiario attraverso la promessa unilaterale dell'altra parte – cioè l'opzione per la formazione di un contratto le cui condizioni sono fissate nella promessa (offerta). In effetti, l'art. 1124 del nuovo CC francese stabilisce ora che la revoca di tale promessa lascia intatto il diritto di opzione e non ostacola la formazione di un contratto una volta che il beneficiario si avvale del suo diritto di opzione<sup>63</sup>. L'equivalente secondo il diritto tedesco sarebbe l'offerta vincolante (soluzione standard in Germania: v. art. 145 nuovo CC tedesco) – che può essere prorogata per un certo periodo di tempo dal proponente (si veda l'articolo 148 nuovo CC

---

<sup>60</sup> In caso di contratti dubbi, l'efficiente tutela di un terzo nel diritto civile tedesco è dovuta ad altre disposizioni, come l'art. 117 nuovo CC tedesco relativo ai contratti fittizi ("Scheingeschäfte"). Per una panoramica generale su quest'ultimo, consultare: C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band I*, nt. 19 sopra, § 117.

<sup>61</sup> Per una prospettiva di diritto comparato che evidenzia questo movimento verso il basso, si veda: V. BASSANI and W. MINCKE, 'Europa sine causa?' (1997) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 599-614; e v. anche una panoramica molto ampia in H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract law*, (2<sup>a</sup> ed., Oxford, Hart, 2010), 169-238.

<sup>62</sup> Confronta i diversi regimi all'interno dell'UE ed evidenzia il ruolo particolare del diritto tedesco: M. LEHMANN, 'Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht' (2009) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 693-715, 693 e ss.; e v. anche un'ampia panoramica in BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS, TALLON, VOGENAUER, nt. 61 sopra, 371-428.

<sup>63</sup> Si veda per questa regola (in deroga al precedente regime in quanto, prima della riforma, potevano essere richiesti solo i danni in caso di revoca di tale promessa): B. DESHAYES and I. BARSAN, 'Das neue französische Vertragsrecht – Die wesentlichen Züge' (2017) *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* 62-67, 66. Criticando l'esitazione del legislatore francese: MEKKI, nt. 49, 498 (punto 14).

tedesco)<sup>64</sup>. Tuttavia, l'art. 1124 cpv. 3 del nuovo CC francese conferisce carattere vincolante all'opzione anche nei confronti dei terzi che sono a conoscenza della promessa. Il secondo profilo della riforma che si intende menzionare è quello relativo al contratto con cui si concede una prelazione su un determinato oggetto laddove venga successivamente stipulato un contratto per l'alienazione dello stesso oggetto (art. 1123 nuovo CC) – prelazione che, in linea di principio, ha effetto anche nei confronti di terzi<sup>65</sup>. Il diritto tedesco conosce questa soluzione con il termine 'Vorkaufsrecht', ampiamente disciplinato già da un secolo (art. 463 *et seq.* nuovo CC tedesco). In tutto ciò si percepisce la tradizionale preferenza del diritto tedesco per il *pactum nudum*, mentre il diritto francese si discosta fortemente dal requisito della "causa" e lo fa in modo coerente (anche rispetto a momenti importanti come la fase "precontrattuale").

#### 4.1.b. Regime dell'informazione precontrattuale e vizi del consenso.

Sempre per quanto riguarda la fase precontrattuale, sono da segnalare tre nuove regole, delle quali le prime due sono relative allo scambio e alla protezione della riservatezza. La prima novità, i.e. l'introduzione di un obbligo generale di informazione (art. 1112-1 nuovo CC francese), costituisce un'estensione e un ampliamento della giurisprudenza francese pre-riforma che imponeva obblighi di informazione in alcuni casi<sup>66</sup>. I presupposti di applicazione per il nuovo obbligo generale di informazione codificato sono stabilite dal-

---

<sup>64</sup> Diversamente, considera l'"Optionsvertrag" (raramente utilizzato) come l'equivalente nel diritto tedesco: SONNENBERGER, nt. 2 sopra, 27; DESHAYES e BARSAN, nt. 63 sopra, 66. Per la possibilità di fare un'offerta (unilaterale) alla controparte per un periodo di tempo più lungo, si veda D. MEDICUS, J.PETERSEN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, (11<sup>a</sup> ed., Heidelberg: C. F. MÜLLER, 2016), 162 cpv. 370; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, (Tubinga: Mohr Siebeck, 2009), 451 cpv. 105-108.

<sup>65</sup> Si veda per questa norma, che si discosta soprattutto dal precedente regime nel "l'action interrogatoire" (cpv. 3), una "comunicazione scritta al beneficiario che lo obbliga a confermare, entro un termine che il primo fissa e che deve essere ragionevole, l'esistenza di un contratto di prelazione e se intende avvalersene": V. Valais, 'La réforme du code civil: quels enjeux pour nos contrats?' (2016) *Revue Dalloz IP/IT (Droit de la propriété intellectuelle et du numérique)* 229-232, 231; SONNENBERGER, nt. 2 sopra, 27.

<sup>66</sup> Vale a dire un obbligo di informazione (con l'onere della prova) imposto ai venditori professionali: Cour de Cassation, Chambre Civ 1<sup>re</sup>, 29 April 1997, 94-21217. Un più ampio obbligo di informazione è stato imposto al venditore di una casa successivamente dichiarata non idonea ad essere abitata regolarmente, in quanto l'acquirente non aveva avuto facile accesso a queste informazioni prima di firmare il contratto: Cour de Cassation, Chambre Civ 3<sup>e</sup>, 29 November 2000, 98-21224. Per ulteriori informazioni si veda: ASFAR-CAZENAIVE, nt. 16 sopra, 731.

l'art. 1112-1 cpv. 3 nuovo CC francese: l'informazione deve essere di "importanza decisiva", il che dipende dall'esistenza di un "rapporto diretto e necessario con il contenuto del contratto o con lo status delle parti"<sup>67</sup>. Questa formulazione è soggetta all'interpretazione dei tribunali. Una volta accertata la violazione di tale obbligo, la conseguenza è la responsabilità, ma la violazione può anche portare all'annullamento del contratto (art. 1112-1 cpv. 6 nuovo CC francese). La seconda disposizione degna di nota è l'art. 1112-2 nuovo CC francese relativo all'obbligo di riservatezza per le informazioni ottenute durante la fase precontrattuale<sup>68</sup>. Ancora una volta, il legislatore francese ha codificato ciò che i tribunali avevano sviluppato in precedenza<sup>69</sup>. L'art. 1112-2 del nuovo CC francese stabilisce che una parte è responsabile quando utilizza o divulga informazioni riservate ottenute nel corso delle trattative (senza l'autorizzazione dell'altra parte). Contrariamente al regime francese, il diritto contrattuale tedesco non distingue esplicitamente tra obbligo di fornire informazioni e obbligo di riservatezza durante le trattative. Questi due obblighi sono entrambi coperti dall'istituto della "culpa in contrahendo"<sup>70</sup>, un concetto giuridico sviluppato dai tribunali tedeschi e poi "codificato" nel CC tedesco dalla riforma del 2002 (art. 311 cpv. 2 e art. 241 cpv. 2 nuovo CC tedesco)<sup>71</sup>. Una delle questioni più dibattute riguardo a questa disposizione è se esista un obbligo generale di informazione ("Aufklärungspflicht") in quanto la disposizione tedesca non è così esplicita al riguardo, come il nuovo CC francese<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Per una panoramica sull'art. 1112-1 del nuovo CC francese e sui requisiti in esso menzionati, si veda: S. LEMARCHAND, 'Le devoir général d'information: un impact majeur dans la formation des contrats informatiques' (2017) *Revue Dalloz IP/IT (Droit de la propriété intellectuelle et du numérique)* 233-235. Un'altra panoramica (contenente un confronto giuridico con il diritto inglese) è offerta da: ROWAN, nt. 4 sopra, 11.

<sup>68</sup> Il legislatore francese è stato criticato per non aver colto l'occasione per specificare la natura o le categorie di informazioni che necessitano di protezione da ASFAR-CAZENAIVE, nt. 16 sopra, 732.

<sup>69</sup> L'utilizzo delle informazioni acquisite nella fase precontrattuale è stato caratterizzato come un atto di concorrenza sleale da parte della Cour de Cassation, Chambre Com, 3 October 1978, 77-10.915; Cour de Cassation, Chambre Com, 3 June 1986, 84-16.971.

<sup>70</sup> Espressione latina per "colpa nella formazione di un contratto".

<sup>71</sup> L'idea iniziale della "culpa in contrahendo" risale a R. VON JHERING, *Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 4 (Jena: Fischer, 1861).

<sup>72</sup> Il CC tedesco è esplicito solo nelle sue disposizioni relative ai contratti con i consumatori (a causa dell'art. 5 della direttiva 2011/83/UE), anche elencando le informazioni necessarie dovute dall'impresa (art. 246 cpv. 2 della legge introduttiva al CC tedesco). Per maggiori informazioni si veda: C. WENDEHORST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, § 312a cpv. 6-43, spec. cpv. 6.

Poiché non esiste una risposta ampiamente accettata a questa domanda, i giuristi tedeschi distinguono tra diversi tipi di contratti e situazioni<sup>73</sup>. Pertanto, l'esplicita affermazione di un obbligo generale di informazione ai sensi del nuovo CC francese costituisce un'importante differenza rispetto al regime tedesco e, probabilmente, il diritto francese si spinge ancora più in là di quest'ultimo.

La terza disposizione che deve essere trattata a questo proposito è l'art. 1143 nuovo CC francese relativo allo sfruttamento dello stato di dipendenza della controparte, vizio del consenso, questo, che il legislatore francese considera come coercizione<sup>74</sup>. Ancora una volta, il percorso di questa disposizione è stato tracciato dalla giurisprudenza<sup>75</sup>. Tuttavia, la nuova regola si spinge oltre, nella misura in cui la sua formulazione non si riferisce esplicitamente alla sola dipendenza economica. Pertanto, qualsiasi tipo di dipendenza potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 1143 del nuovo CC francese - ma ancora una volta i tribunali dovranno precisare i limiti di questa disposizione, soprattutto per quanto riguarda la dipendenza psicologica (ad esempio quella che si realizza mediante l'esercizio di indebite pressioni sui familiari, come nella famosa giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca)<sup>76</sup>. Oltre

---

<sup>73</sup> Riconosce un obbligo di informazione in alcuni casi eccezionali (ad esempio, accordi di consulenza), ma rifiuta un obbligo generale di informazione: V. EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, § 311 cpv. 64-70, 66.

<sup>74</sup> Per una panoramica generale di questo 'vizio del consenso si veda: H. BARBIER, 'La violence par abus de dépendance' (2016) *La Semaine Juridique* 722-724; ASFAZ-CAZENAËVE, nt. 16 sopra, 738 *et seq.*

<sup>75</sup> Per la giurisprudenza pre-riforma, che ha riconosciuto la dipendenza economica solo come fonte di consenso viziato, si veda: Cour de Cassation, Chambre Civ 1<sup>re</sup>, 30 May 2000, 98-15.242 ('la *contrainte économique* se rattache à la violence et non à la lésion'); Cour de Cassation, Chambre Civ 1<sup>re</sup>, 3 April 2002, 00-12.932 ('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').

<sup>76</sup> Nella stessa direzione: BARBIER, nt. 74 sopra, 723; J.-F. HAMELIN, A. MASSART, CAFEIN-MOI, SCHLUMBERGER, BUCHBERGER, HAMELIN, BAHBOUHI e DOCQ, nt. 28, 7 (punto 24); MOLL e LUKE, nt. 2, 44. Sorprendentemente, alcuni studiosi francesi non sembrano nemmeno considerare questo ambito di applicazione dell'art. 1143 nuovo CC francese (forse in parte perché la restrizione alla "dipendenza economica" nella precedente giurisprudenza è ancora dominante come paradigma, ma anche in parte perché altre parti di questa disposizione sono state pesantemente criticate e quindi alla fine abolite, cosicché gran parte della discussione sull'art. 1143 nuovo CC francese è avvenuta in precedenza). Si veda, ad esempio, MEKKI, nt. 49, 498 (punto 16).

all'elemento dello sfruttamento, il regime francese presuppone anche un "vantaggio manifestamente eccessivo", che porta alla nullità del contratto (art. 1142 nuovo CC francese)<sup>77</sup>. Ciò corrisponde a due disposizioni del CC tedesco: la regola francese sembra, comunque, più vicina all'art. 138 cpv. 2 del nuovo CC tedesco (che sancisce l'usura con nullità immediata) che all'art. 123 del nuovo CC tedesco (che sancisce la minaccia e la frode con nullità solo dopo che la vittima ha optato per essa)<sup>78</sup>.

#### 4.1.c. *Controllo sull'adesione alle condizioni contrattuali standard.*

Può sembrare poco interessante confrontare le leggi francesi e tedesche per quanto riguarda le condizioni generali del contratto, a causa dell'esistenza della direttiva UE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori<sup>79</sup>. Tuttavia, la disciplina in materia è ancora molto varia all'interno dell'Unione Europea a causa del fatto che la revisione dell'incorporazione dei condizioni non era coperta dalla Direttiva –<sup>80</sup> con un'eccezione per l'obbligo di trasparenza (art. 5 della direttiva), che ha una qualche attinenza con la questione<sup>81</sup>.

Nel regime francese delle condizioni contrattuali *standard*, tre sono le disposizioni nuove rilevanti. In generale, il legislatore francese ha adottato ancora una volta ciò che è stato sviluppato dai tribunali in precedenza<sup>82</sup>. Nel complesso, le seguenti disposizioni sono abbastanza simili al regime tedesco

---

<sup>77</sup> Sulla fonte di ispirazione di questa condizione, cioè l'art. 3.2.7 Principi UNIDROIT, sul suo background e sul timore di un margine di apprezzamento troppo ampio dei tribunali: SMITS e CALOMME, nt. 4 sopra, 9.

<sup>78</sup> Si veda in questo senso SONNENBERGER, nt. 2 sopra, 33.

<sup>79</sup> Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, *OJEC* 1993 L 95/29.

<sup>80</sup> BASEDOW, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, Vor §§ 305-310 cpv. 18-21, spec. cpv. 20.

<sup>81</sup> Per quanto riguarda l'art. 5 della direttiva, che è stata parzialmente integrata nel regime tedesco attraverso l'art. 305c del nuovo CC tedesco (che tratta la nullità delle clausole inattese), si veda: BASEDOW, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, § 305c cpv. 2. Per una panoramica generale sul recepimento nel diritto tedesco (anche per quanto riguarda le differenze tra il regime tedesco e quello francese prima della direttiva): H. SCHULTE-NÖLKE, in SCHULZE (ed), nt. 38 sopra, Vor §§ 305-310 cpv. 6-8.

<sup>82</sup> Interessanti casi antecedenti alla riforma sono, ad esempio, quelli corrispondenti all'art. 1170 nuovo CC francese: Cour de Cassation, Chambre Com, 22 October 1996, n° 93-18.632 ('Chronopost'); Cour de Cassation, Chambre Com, 29 June 2010, n° 09-11.841 ('Faurecia').

per quanto riguarda le clausole commerciali *standard*<sup>83</sup>, regime che è stato integrato nel nuovo CC tedesco nel corso della riforma del 2002<sup>84</sup>. L'art. 1119 cpv. 1 nuovo CC francese tratta dell'effettiva integrazione delle condizioni generali e richiede che "siano state portate all'attenzione" della controparte e che "tale parte le abbia accettate". Ciò corrisponde all'art. 305 nuovo CC tedesco, che impone a una parte che si avvale delle condizioni generali di contratto di fare esplicito riferimento alle condizioni commerciali *standard* (a meno che queste non siano chiaramente visibili ed evidenti) e di dare all'altra parte una "possibilità di prendere atto". Inoltre, la norma francese che stabilisce che le condizioni speciali prevalgono sulle condizioni generali (art. 1119 cpv. 3 nuovo CC francese) corrisponde alla norma tedesca che stabilisce la "priorità delle condizioni concordate individualmente" (art. 305b nuovo CC tedesco).

È tuttavia meno chiaro in che misura i due regimi corrispondano anche per quanto riguarda la disciplina e le cause della nullità. Mentre il regime tedesco codifica subito la nullità di alcune clausole contrattuali<sup>85</sup>, il regime francese tratta la nullità in una sezione diversa<sup>86</sup>. Per quanto riguarda i motivi di nullità, la prima importante disposizione è l'art. 1170 nuovo CC francese, in cui si legge che "si considera non scritta qualsiasi clausola contrattuale che privi di sostanza l'obbligazione essenziale del debitore". In secondo luogo, l'art. 1171 nuovo codice civile francese prevede la nullità di qualsiasi clausola che crei un "significativo squilibrio nei diritti e negli obblighi delle parti"<sup>87</sup>. Certamente, l'idea di fondo del regime tedesco va nella stessa direzione; lo si può vedere nell'art. 307 del nuovo CC tedesco che prende in considerazione la ragionevolezza dei contratti ed è paragonabile all'art. 1171 del nuovo CC francese. Tuttavia, esistono delle differenze, in quanto il regime tedesco disciplina espressamente le clausole

---

<sup>83</sup> Si veda SONNENBERGER, nt. 2 sopra, 25.

<sup>84</sup> Prima della riforma, questa materia era disciplinata in un'apposita legge: 'Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)'. Per una discussione sull'integrazione nel CC tedesco e sulle controversie che ne sono derivate, si veda: BASSO, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, Vor § 305 cpv. 13-21, spec. cpv. 18.

<sup>85</sup> Art. 305c-309 nuovo CC tedesco (in questa sequenza di norme, il legislatore tedesco distingue tra la non incorporazione e l'inefficacia delle clausole). Si vedano le note 84 e 85.

<sup>86</sup> Sezione 4 ("Sanzioni") e sotto-sec. 1 ("Nullità") nuovo CC francese.

<sup>87</sup> L'art. 1171 del nuovo CC francese si limitava ai "contrats d'adhésion" a causa delle numerose nuove controversie giuridiche. Si fa riferimento, ad esempio, all'art. L.132-1 *Code de la consommation* in SONNENBERGER, nt. 2 sopra, 41.

inaspettate ed ambigue (art. 305c nuovo CC tedesco)<sup>88</sup> e contiene un elenco delle clausole vietate (art. 308-309 nuovo CC tedesco)<sup>89</sup>.

## 4.2. *Attuazione e modificazione del contratto.*

### 4.2.a. *Esecuzione e violazione.*

La fase di attuazione di un contratto e del suo ulteriore sviluppo è complessa e una parte del relativo regime si distingue chiaramente: il regime sull'inadempimento del contratto. Questa parte della disciplina è stata considerata di tale portata e importanza generale che nel presente lavoro è stata già discussa – tra le altre caratteristiche che abbracciano il diritto contrattuale nel suo complesso (cfr. la precedente sezione 3.3). Pertanto, quanto alla fase di attuazione restano da discutere solo le novità delle due riforme diverse da quelle relative al regime di inadempimento contrattuale. Da un lato, si tratta dell'ulteriore sviluppo dato dalla modifica dei termini del contratto (cfr. sottosezione b) e, dall'altro, dal mutamento delle parti del contratto o dei titolari dei diritti derivanti dal contratto (cfr. sottosezione c). Solo una caratteristica specifica dell'inadempimento del contratto sarà poi ripresa anche in questo contesto, cioè le conseguenze della violazione del contratto per gli altri membri di una catena di distribuzione (su questo argomento, si veda il successivo punto c).

### 4.2.b. *Eventi imprevisi – “Imprévision”.*

Il concetto di (necessità di) modifica dei contratti a causa di eventi imprevisi è un argomento particolarmente interessante per un confronto tra i due sistemi giuridici. Due cose dovrebbero essere precisate fin dall'inizio. In primo luogo, l'“imprévision” è una delle coraggiose innovazioni del legislatore francese in questa riforma<sup>90</sup>. L'art. 1195 del nuovo CC francese non codifica

---

<sup>88</sup> Le clausole inaspettate (art. 305c cpv. 1) e le clausole ambigue (art. 305c cpv. 2) sono eliminate nella prima fase, nell'ambito della revisione dell'incorporazione delle clausole, e non diventano nemmeno parte di un contratto. Non è pertanto necessaria una verifica dell'equità del contenuto. Per le conseguenze giuridiche della mancata incorporazione si veda l'art. 306 nuovo CC tedesco. Poiché il nuovo CC francese non prevede esplicitamente tale disposizione, spetta ai tribunali valutare se una tale norma debba essere sviluppata.

<sup>89</sup> Queste clausole diventano parte di un contratto nella prima fase (revisione dell'inclusione), ma sono tuttavia nulle a causa di una presunta iniquità (si veda l'art. 306 nuovo CC tedesco per le conseguenze legali di tale nullità). Per contro, il nuovo CC francese non contiene una tale lista (nera e grigia).

<sup>90</sup> Coraggioso non nel senso che sia completamente nuovo in Europa, dove questo con-



– in via eccezionale – una linea di giurisprudenza<sup>91</sup>, ma introduce un fenomeno giuridico completamente nuovo nel diritto contrattuale francese<sup>92</sup>. In secondo luogo, ciò costituisce una notevole differenza rispetto al regime tedesco, che ha conosciuto un concetto di modifica dei contratti a causa di eventi impreveduti (“*imprévision*”, “*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”) molto prima che il concetto fosse codificato (art. 313 nuovo CC tedesco). Il concetto ha origini giurisprudenziali in Germania, dovute principalmente a fattori macroeconomici – si pensi, in primo luogo, alla crisi economica del 1929, dove l’inflazione era troppo grave per mantenere lo *status quo*<sup>93</sup>. La seconda grande occasione in cui il concetto è stato ampiamente utilizzato (ancora una volta) è stata la caduta del Muro di Berlino nel 1989<sup>94</sup>. L’istituto degli eventi impreveduti è stato utilizzato anche al di là di questi due eventi – ma, solo come ‘ultima ratio’<sup>95</sup>. Alla fine, ciò ha portato ad una codificazione (quasi parola per parola) nel corso della riforma tedesca del 2002<sup>96</sup>. Come già detto, la codificazione francese non ha invece seguito la giurisprudenza precedente. I tribunali francesi hanno consentito solo eccezionalmente la modifica del contratto, in

---

petto giuridico si può trovare in diversi ordinamenti giuridici: FAUVARQUE-COSSON, nt. 2 sopra, 9; KLEIN, nt. 15 sopra, 329. Nell’ordinamento giuridico francese tale concetto emergeva solo nella giurisprudenza amministrativa: ASFAR-CAZENAIVE, nt. 16, 733; DOWNE, nt. 2, 53.

<sup>91</sup> Nel famoso caso “Canal de Craponne”, la Corte di Cassazione ha deciso di confermare il carattere vincolante dei contratti: Cour de Cassation, Chambre Civ 1<sup>re</sup>, 6 March 1876, 1876.1.193. Per ulteriori informazioni si veda: W. DORALT, ‘*Change of Circumstances – Old and New Elements of the French théorie de l’imprévision*’ (2012) 76 *Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 761-784.

<sup>92</sup> Su questa “rigorosa rottura con il passato”: SMITS e CALOMME, nt. 4, 7; MOLL e LUKE, nt. 2, 44; Limbach, n. 7, 163.

<sup>93</sup> Per una panoramica dell’evoluzione della giurisprudenza e del suo contesto storico: T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, § 313 cpv. 23.

<sup>94</sup> Si veda, ad esempio: J. PRÖLSS and C. ARMBRÜSTER, ‘*Wegfall der Geschäftsgrundlage und deutsche Einheit*’ (1992) *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift* 203-206; J. DREXL, ‘*Die politische und wirtschaftliche Wende in der DDR – ein Fall für den Wegfall der Geschäftsgrundlage?*’ (1993) *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift* 194-199; B. JANSSEN, ‘*Neue Aktualität für das alte Rechtsinstitut vom Wegfall der Geschäftsgrundlage im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung*’ (1912) *Zeitschrift für Rechtspolitik* 418-419.

<sup>95</sup> Il legislatore tedesco ha cercato esplicitamente di mantenere i “requisiti rigorosi” del concetto: FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, n. 31 sopra, § 313 cpv. 26.

<sup>96</sup> FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2*, nt. 31 sopra, § 313 cpv. 26-27.

presenza di una clausola di adeguamento contrattuale<sup>97</sup>. L'art. 1195 nuovo CC francese consente la rinegoziazione di un contratto in caso di cambiamento imprevedibile di circostanze (cpv. 1) e la risoluzione del contratto in caso di rifiuto o di fallimento delle rinegoziazioni (cpv. 2)<sup>98</sup>. A differenza dell'art. 313 nuovo CC tedesco, l'art. 1195 nuovo CC francese non precisa quali siano le circostanze che possono giustificare una modifica del contratto<sup>99</sup>, ma è certamente necessario che il cambiamento abbia una certa importanza. Inoltre, il regime tedesco consente al giudice una maggiore libertà di intervento e di riformulazione del contratto<sup>100</sup>.

#### 4.2.c. *Pluralità di parti: trasferimento di diritti contrattuali e catene/reti di contratti.*

Per quanto riguarda la pluralità delle parti, le riforme vanno entrambe nella direzione di una maggiore adesione alla realtà attuale – vale a dire al fatto che i contratti spesso non sono rilevanti solo per le due parti dirette del contratto stesso – e quindi non vincolano più solo queste parti (carattere “privato” del contratto) senza avere un impatto significativo al di fuori del rapporto bilaterale. Entrambe le riforme si concentrano invece sugli aspetti del coinvolgimento di terzi nel contratto. L'attenzione è, tuttavia, rivolta ad aspetti diversi, che sono i due seguenti. Mentre la riforma francese si concentra sull'introduzione di un moderno regime di modifica dei diritti contrattuali, delle responsabilità contrattuali o anche del contratto in quanto tale, la riforma tedesca è degna di nota soprattutto per la sua regola sulle catene di distribuzione (art. 4 della direttiva CE sulla vendita di beni di consumo), in larga misura a causa della giurisprudenza successiva.

---

<sup>97</sup> MOLL e LUKE, nt. 2 sopra, 44. Sulle clausole di *hardship* (e per l'impatto limitato dell'“*imprévision*” dovuto alla loro prevalenza): ROSHER, nt. 8 di cui sopra, 61 *et seq.*

<sup>98</sup> Per una panoramica sull'“*imprévision*”, si veda ad esempio: P. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat* (2016) *Revue des contrats (Hors-série)* 30-38.

<sup>99</sup> Il regime tedesco precisa i criteri principali in base ai quali possono essere richiesti dei cambiamenti, in particolare facendo riferimento a “tutte le circostanze del caso specifico, in particolare la distribuzione contrattuale o legale del rischio” (cpv. 1) e chiarendo che le errate “concezioni materiali che sono diventate la base del contratto” equivalgono a un cambiamento delle circostanze (cpv. 2). Cfr. Sonnenberger, nt. 2, 48.

<sup>100</sup> L'art. 313 cpv. 1 nuovo CC tedesco consente alle parti contrattuali di “richiedere” l'adattamento (davanti ai tribunali). L'art. 1195 nuovo CC francese prevede solo che una parte possa chiedere a un'altra di rinegoziare il contratto (cpv. 1) e che le parti contrattuali possano rivolgersi al tribunale nel caso in cui la rinegoziazione non sia riuscita e il contratto debba essere risolto (cpv. 2).

Nella  *riforma francese* , due disposizioni del capitolo relativo alle “operazioni sulle obbligazioni” del nuovo CC francese sono degne di nota <sup>101</sup>, il primo è l’art. 1324 nuovo CC francese. Questa regola riguarda i requisiti formali di una cessione di credito (“*cession de créance*”). Mentre il regime giuridico precedente alla riforma richiedeva che la cessione avvenisse con la consegna dell’atto da parte di un ufficiale giudiziario o con una ricevuta per atto pubblico <sup>102</sup>, il regime giuridico attuale presuppone solo un accordo, un riconoscimento o anche solo una notifica della cessione (art. 1324 cpv. 1 nuovo CC francese) <sup>103</sup>. La seconda regola importante è quella contenuta nell’art. 1327 nuovo CC francese, che codifica per la prima volta un’assunzione di debito (“*cession de dette*”) <sup>104</sup>. Ciò richiede – ovviamente – il consenso del creditore. Questi cambiamenti hanno due grandi vantaggi. In primo luogo, poiché le cessioni sono diventate sempre più importanti e i crediti più fungibili – ad esempio a causa della cartolarizzazione –, c’è più bisogno di flessibilità, la quale è garantita da requisiti formali semplificati <sup>105</sup>. Tuttavia, l’ultima crisi finanziaria ha dimostrato che, allo stesso tempo, c’è anche un’esigenza di chiarezza giuridica, che il legislatore francese soddisfa ora, in linea di principio, attraverso un’espressa codificazione dell’assunzione del debito.

Con la  *riforma tedesca*  si è deciso di integrare la maggior parte della direttiva CE sulla vendita di beni di consumo nel diritto generale sulla vendita e persino nel diritto contrattuale generale, trasformando così le norme sulle vendite ai consuma-

---

<sup>101</sup> Titolo IV (“Il regime generale delle obbligazioni”), Capitolo II (“Operazioni relative alle obbligazioni”): Sezione 1 (“Cessione dei diritti derivanti dalle obbligazioni”) e 2 (“Cessione dei debiti”), art. 1321 *et seq* nuovo CC francese. Queste disposizioni non devono essere confuse con la cessione di un contratto (art. 1216 *et seq* nuovo CC francese). Per la “*cession de contrat*” (che è un argomento non espressamente regolamentato nel diritto tedesco, ma solo nel diritto francese), si veda L. AYNÈS, ‘*La cession de contrat*’ (2015) 249 *Droit & Patrimoine* 73-74; MEKKI, nt. 49 sopra, 503 (punto 27).

<sup>102</sup> Si veda, ad esempio: R. DI PRATO, *Die Forderungsabtretung nach dem neuen französischen Schuldrecht* (2016) *Finanzierung Leasing Factoring* 235-238, 235; MOLL e LUKE, nt. 2 sopra, 45; T. MASSART, in MASSART, CAFFIN-MOI, SCHLUMBERGER, BUCHBERGER, HAMELIN, BAHBOUHI and DOCQ, nt. 28 sopra, 42 (punto 122).

<sup>103</sup> Critica le linee sfocate tra riconoscimento e notifica: T. MASSART, in MASSART, CAFFIN-MOI, SCHLUMBERGER, BUCHBERGER, HAMELIN, BAHBOUHI and DOCQ, nt. 28 sopra, 42 (punto 122).

<sup>104</sup> Su questo aspetto si veda T. MASSART, in MASSART, CAFFIN-MOI, SCHLUMBERGER, BUCHBERGER, HAMELIN, BAHBOUHI and DOCQ, nt. 28 sopra, 42 (punto 123); MOLL e LUKE, nt. 2 sopra, 43.

<sup>105</sup> Riconosce che ciò costituisce un “contributo distinto” per gli attori economici: T. MASSART, in MASSART, CAFFIN-MOI, SCHLUMBERGER, BUCHBERGER, HAMELIN, BAHBOUHI e DOCQ, nt. 28 sopra, 42 (punto 121).

tori, che dovevano essere recepite, in regole di diritto contrattuale generale. Tuttavia, un'eccezione riguardava l'art. 4 della direttiva, in virtù del quale qualsiasi risarcimento o restituzione da parte del venditore all'acquirente può, in linea di principio, dare luogo al regresso da parte del venditore finale nei confronti dei venditori precedenti nella catena di distribuzione (fino al produttore)<sup>106</sup>. Ciò costituisce una regola piuttosto rivoluzionaria che risponde alla realtà delle moderne economie di mercato, dove i contratti sono organizzati in reti, per una lunga durata – questi accordi costituiscono infatti un secondo pilastro del diritto contrattuale rispetto al semplice contratto di scambio (“contratti organizzativi”)<sup>107</sup>. Il modello è convincente perché introduce una regola (obbligatoria o di *default*) per le seguenti questioni fondamentali. Essa stabilisce (i) che il cliente che non fa parte della rete di divisione del lavoro deve avere una piena azione di risarcimento / restituzione nei confronti della sua parte contrattuale ogni volta che vi sia un vizio creato in qualsiasi punto della catena. Si afferma inoltre (ii) che la responsabilità finale dovrebbe poi ricadere sul membro della catena responsabile di tale difetto (attraverso il diritto di regresso). La questione principale della causa Putz-Weber – sottoposta dalla Corte di Cassazione tedesca alla Corte di giustizia delle Comunità europee in via pregiudiziale – riguardava la questione se tale risarcimento comprendesse anche i costi di rimozione dei prodotti difettosi e di installazione di prodotti sostitutivi<sup>108</sup>. Questi possono essere costi significativi:

---

<sup>106</sup> Sulle ragioni di questa disposizione – molto importante nelle moderne società di mercato interessate da ampi sistemi di divisione del lavoro – e su quanto segue, si veda più ampiamente (anche con molti ulteriori riferimenti alla letteratura) S. GRUNDMANN, ‘Consumer Sales: The Weber-Putz Case-Law – From Traditional to Modern Contract Law’, in E. TERRY, G. STRAETMANS E V. COLAERT (ed.), *Landmark Cases of EU Consumer Law – in Honour of Jules Stuyck 2013* (Cambridge/Anversa/Portland: Intersentia, 2013) 725-742.

<sup>107</sup> Rivoluzionari su questi aspetti sono gli scritti di: S. MACAULAY, ‘Non-Contractual Relations in Business – a Preliminary Study’ 28 *American Sociological Review* 55-67 (1963); O. WILLIAMSON, ‘Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations’ 22 *Journal of Law & Economics* 233-261 (1979); W. POWELL, ‘Neither Market nor Hierarchy – network forms of organization’ 12 *Research in Organizational Behaviour* 295-336 (1990); si veda per un’ampia indagine sullo stato dell’arte: S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI and G. VETTORI (ed.), *The Organisational Contract* (Cheltenham et al: Ashgate, 2013).

<sup>108</sup> Le tre decisioni citate (il rinvio pregiudiziale della Corte di Cassazione tedesca, la decisione della CGCE e la decisione finale della Corte di Cassazione tedesca) sono le seguenti: CGCE cause riunite 65/09 (*Weber*) e 87/09 (*Putz*), ECR I-5257. I due casi decisi, sotto tutti e tre gli aspetti, presentavano lo stesso schema. In entrambe le cause erano state chieste delle pronunce pregiudiziali da parte dei tribunali tedeschi; in una causa, in particolare, dalla Corte di Cassazione tedesca, il *Bundesgerichtshof*: Bundesgerichtshof (BGH) del 14 gennaio 2009, *Official Reports (BGHReport)* 2009, 485-488 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 1660; su questa sentenza si veda, per esempio, S. LORENZ, ‘Die Reichweite der kaufrechtlichen Na-

nel caso in questione si trattava di costi di rimozione e reinstallazione delle piastrelle. Quando la Corte di Giustizia Europea ha stabilito che anche questi costi potevano essere rivendicati, la questione centrale per la Corte di Cassazione tedesca nella – molto controversa – decisione finale era se questo dovesse valere anche per le vendite commerciali. La Corte di Cassazione tedesca ha risposto in modo negativo. A nostro avviso, tuttavia, il modello di responsabilità a catena (nei confronti del cliente) e di responsabilità finale del responsabile del difetto all'interno della catena è o dovrebbe essere universale – in quanto riflette una risposta ragionevole alla sempre maggiore suddivisione del lavoro.

### 5. Conclusioni.

Il francese è l'unica lingua dell'Europa continentale ancora parlata in tutta Europa – naturalmente, meno dell'inglese. È la lingua del Codice che è all'origine di un intero movimento europeo (continentale) di costruzione di sistemi e istituzioni, che si è poi diffuso in gran parte del mondo. È stato quindi sempre sorprendente per molti in Europa che la presenza del mondo accademico legale francese non sia stata all'altezza di questo ruolo nei circoli di discussione giuridica a livello europeo. Chiunque veda ancora forti vantaggi in un sistema codificato e chi ha a cuore lo sviluppo di un diritto contrattuale europeo accoglierà con grande favore lo sviluppo della riforma. Il fatto che il mondo accademico francese abbia creato questa riforma ampia e profonda – e lo abbia fatto in uno sforzo congiunto e ampiamente condiviso – è un faro per il diritto contrattuale europeo.

---

*cherfüllungspflicht durch Neulieferung* *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 1633-1637; e la causa parallela (e il rinvio pregiudiziale) da parte del tribunale di primo grado (*Amtsgericht*) Schorndorf del 25 febbraio 2009, *Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht* 2009, 525. La decisione finale della Corte di Cassazione tedesca si trova qui: Bundesgerichtshof (BGH) del 21 dicembre 2011, *Official Reports (BGHZ)* 192 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 1073. Per la letteratura tedesca sul caso, si veda il n. 3 del contributo citato al n. 106.

