UniversitÃ di Firenze Biblioteca di Scienze sociali - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le regole di buona fede nell'età della ricodificazione: il caso della *clause résolutoire*

di Daniele Imbruglia*

SOMMARIO: 1. La *sécurité juridique* e le *good faith rules*. – 2. La *réforme* delle "*règles applicables à l'inexécution du contrat*" e la nuova disciplina della "*résolution*". – 3. L'art. 1225 e la codificazione della giurisprudenza in tema di *clause résolutoire*. – 4. Il silenzio dell'art. 1225 sull'esercizio della *clause résolutoire* e la perdurante esigenza di conformità alla *bonne foi*. – 5. Le regole di buona fede nell'età della ricodificazione.

1. La *sécurité juridique* e le *good faith rules*.

Nell'ambito di un percorso avviato all'indomani delle celebrazioni per il bicentenario del *code civil*, il legislatore francese ha recentemente approvato un'*ordonnance* nella materia codicistica delle obbligazioni e delle prove (nº 2016-131), che è, al contempo, storica e tipica di questo inizio di ventunesimo secolo[1]. Per un verso, infatti, quel provvedimento è intervenuto su di un testo rimasto praticamente immutato dal 1804, nonché notoriamente centrale nella storia del diritto privato francese[2] e non solo[3]. Per altro verso, l'*ordonnance* del febbraio 2016 si inserisce a pieno titolo in quel movimento di ricodificazione caratterizzante l'attuale esperienza giuridica civilistica che ha portato ad una riscrittura più o meno sistematica, tra gli altri, dei codici olandese (1992), tedesco (2002), rumeno (2011), ungherese (2013), ceco (2014), russo (2013-2015), nonché di quello brasiliano (2003), argentino (2015) e cinese (2020)[4].

La cifra della ricodificazione francese è l'esigenza di garantire la *sécurité juridique*. In particolare, sull'assunto che la certezza del diritto sia meglio garantita da fonti

---

* **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

[1] Più nel dettaglio, proprio nel momento in cui celebrava il bicentenario del *code civil*, la scienza civilistica francese ne discuteva il futuro (ad esempio, si veda il dibattito *Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil?*, in *Rev. dr. civ.*, 2004, 1145) e avviava un primo importante progetto di riforma, guidato da Pierre Catala, avente ad oggetto la disciplina delle obbligazioni e della prescrizione del *code* (*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, settembre 2005, in *www.justice.gouv.fr*). Di lì a poco, su indicazione dell'*Académie des sciences morales et politique*, un altro gruppo, stavolta guidato da Francois Terré, ha operato una distinta e più ampia revisione del *Code* (i lavori di questo gruppo sono pubblicati in tre distinti volumi, TERRÉ (diretto da), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011; *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013). Nel frattempo, accanto a queste iniziative di impronta accademica, anche la *Chancellerie* del Ministero della giustizia ha presentato dei progetti di riforma in materia contrattuale (2008) di prova e di obbligazioni (2011) (testi disponibili in *www.textes.justice.gouv.fr*). Nel 2013 al *Sénat* francese viene proposta una legge di delega al Governo per la riforma della disciplina sulle obbligazioni e le prove, proposta che verrà approvata con la *loi* 2015-177 del 16 febbraio 2015 relativa alla *modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*. Dieci giorni dopo l'adozione di quella legge, la *Chancellerie* ha sottoposto alla comunità scientifica e al pubblico il testo di un *projet d'ordonnance*, che rifletteva i citati lavori della dottrina e della stessa *Chancellerie*. Anche recependo alcune delle osservazioni ricevute in questo periodo di tempo, il 10.2.2016 è stata approvata la riforma nel suo testo definitivo con entrata in vigore il successivo primo di ottobre. La bibliografia sulla *ordonnance* è estremamente ampia e sia qui ritenuto sufficiente il rinvio ai numeri monografici ad essa dedicati dalle riviste *Revue des contrats* (Hors Série, 2016), *European Review of Contract Law* (2017, 4), *Persona e mercato* (2018, 1), *Giurisprudenza Italiana* (2018, 5), oltre a ANCEL-FAUVARQUE COSSON-GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017; CARTWRIGHT-WHITTAKER (*eds*), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Hart, 2017; DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016; DISSAUX JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016; MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016.

[2] In argomento, HALPÈRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996, 9; ID., *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009, 163; MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon*, Dominique Martin Morin, 2003, 9-10.

[3] Sul punto, AA.VV., *L'influence du Code Civil dans le monde: travaux de la Semaine internationale de droit*, Editions Pedone, 1954; ZWEIGERT-KOTZ, *An Introduction to Comparative Law*, OUP, 1998, 98; FAVARQUE COSSON-PATRIS GODECHOT, *Le code civil face à son destin*, La Documentation Française, 2006, 201; GROSSI, *Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quad. fior.*, 2006, 83; ID., *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2007, 85.

[4] In argomento, la bibliografia è ovviamente sterminata: nell'impossibilità di darne qui conto in modo completo, si segnalano i contributi di SACCO, *Codificare, modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 117; ID., voce «Codificazione, ricodificazione, decodificazione», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, Utet, 2011, 319; S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, 85; ID., *Tradizione civilistica e codificazioni europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 521; ID., *Ricodificazione*, *ivi*, 2018, 435; RODOTÀ, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, 2002, 541; VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743; SIRENA, *Il* "Discorso" *di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 652.

UniversitÃ di Firenze Biblioteca di Scienze sociali - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

scritte, si è riaffermato il testo del *code civil* come fonte primaria della disciplina delle obbligazioni[5], cercando di renderlo quindi più accessibile nello stile, più semplice e coerente nella struttura e, per ciò che qui più interessa, nuovamente in grado di riflettere "*dans sa lettre, l'état du droit*"[6]. Tale ultima finalità ha giustificato l'abbandono di certi istituti, nonché la "*codification à droit constant de la jurisprudence*" sviluppatasi nel corso dei due secoli di vigenza del testo originario e ciò proprio nel tentativo di recuperare a livello codicistico "*solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites*"[7].

Rispetto a questo intervento francese che ben restituisce il contesto attuale di ricodificazione del diritto contrattuale, per il civilista italiano – il quale, come tale ed almeno allo stato, risulta sì estraneo a dinamiche di ricodificazione, ma è certamente immerso in un diritto contrattuale anch'esso caratterizzato dal superamento del monopolio della legge – un tema di sicuro interesse è quello della buona fede[8]. Come noto, nei sistemi di *civil law* questa formula rappresenta la base giuridica prediletta per soluzioni pretorie, che, adottate al fine di evitare che le concrete conseguenze dello *ius strictum* determinino ingiustizie, integrano e correggono il dato positivo scritto e col passare del tempo si affermano come vere e proprie regole (c.d. *good faith rules*), così concorrendo alla erosione del dettato codicistico quale fonte primaria del diritto contrattuale[9]. Orbene, per quanto tale dinamica della regola di giudizio della buona fede non esaurisca le ragioni che spiegano l'attuale diffuso superamento del monopolio del codice, un'indagine su come il legislatore francese abbia trattato le diverse *good faith rules* vigenti al momento della *réforme* consente di verificare lo spazio che la giurisprudenza normativa riveste nell'età della ricodificazione del diritto contrattuale. Considerato che l'*ordonnance* del febbraio 2016 ha perseguito l'obiettivo di riaffermare il dettato del codice come la fonte primaria del diritto contrattuale francese, infatti, si potrebbe immaginare che tutte le *good faith rules* siano state codificate di modo che le stesse, oggi, si rinvengano nella lettera del codice e non più in quella particolare attività che il giudice effettua allorché giudica secondo buona fede e che il legislatore ha voluto ridurre.

Nel presente lavoro intendo discutere appunto tale suggestione nell'esperienza francese e quindi verificare se l'*ordonnance* di ricodificazione abbia totalmente assorbito le *good faith rules* nella lettera del codice, determinando l'abbandono dell'attività che la buona fede affida al giudice o se, invece, la giurisprudenza mantenga anche in un contesto ricodificato il ruolo normativo tradizionalmente svolto con le decisioni assunte secondo buona fede. A tal proposito, tratterò l'attuale assetto di quella particolare *good faith rule* che afferma l'inefficacia della *clause résolutoire* quando il suo esercizio avviene difformemente dal giudizio di *bonne foi*. Pertanto, dopo avere dato brevemente conto

---

[5] Come si evince dal denso testo di accompagnamento all'*ordonnance* (*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*), pubblicato il giorno dopo l'approvazione dell'*ordonnance* nella gazzetta ufficiale e disponibile in *www.legifrance.gouv.fr*, la circostanza per cui la disciplina sulle obbligazioni contenuta nel *code civil* non fosse mai stata modificata conferiva centralità, al momento dell'adozione della *réforme*, alla giurisprudenza e alla dottrina. A fronte dell'inazione del legislatore, queste fonti si erano fatte carico dell'evoluzione dei costumi, della tecnologia e della prassi, effettuando una interpretazione di quel testo così intensa da rendere lo stesso non più capace di restituire "*dans sa lettre, l'état du droit*". La preminenza di fonti non scritte nella disciplina del diritto delle obbligazioni costituiva un limite per il mondo degli affari, giacché esse (e in particolare la giurisprudenza, "*par essence fluctuante, voire incertaine*") sarebbero poco accessibili per l'operatore economico e non garantirebbero la *sécurité juridique* nel modo che, almeno secondo quel legislatore, solo il *droit écrit* saprebbe fare.

[6] *Rapport*, cit. Con riferimento all'esigenza di stile, perseguita mediante l'impiego di un "*vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites, tout en conservant la concision et la précision qui caractérisent le code civil*", si prenda la sostituzione del termine '*répétition*' con '*restitution*' nel nuovo art. 1302. Rispetto alla finalità di un aggiornamento strutturale del *code* si veda la riorganizzazione della disciplina contrattuale secondo un piano cronologico ("*de la formation du contrat jusqu'à sa fin*").

[7] *Rapport*, cit. Per ciò che concerne il superamento di certi istituti occorre distinguere l'opera della *réforme* a seconda che ad essere venute meno siano istituti, tradizionali nel diritto francese, ma la cui disciplina non è determinata dalla legge (come la distinzione tra obblighi di fare e obblighi di non fare) o, invece, nozioni normative, estremamente discussi e incerti (come la causa del contratto).

[8] L'attuale assetto del diritto civile italiano è al centro di un ampio e vivace dibattito proprio per quanto concerne le sue fonti e, in particolare, il rapporto tra legge e giurisprudenza; *ex multis*, si vedano Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1103; Lipari, *Dottrina e giurisprudenza quali fonte integrate del diritto*, *ivi*, 2016, 1153; Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, 32; Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016; Grossi, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 831; Vettori, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, *ibidem*, 869; Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 765; Nivarra, *Dalla crisi all'eclisse: ovvero da un paradigma all'altro*, *ibidem*, 2017, 801.

[9] Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XVI, 1, Giuffrè, 1974, 5; Sacco, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Giuffrè, 1987, 45; Hesselink, *The concept of Good Faith*, in Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mak e du Perron (*eds*), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International Gounot, 2011, 619; Whittaker-Zimmermann, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in *Good Faith in European Contract Law*, Zimmermann-Whittaker (*eds*), CUP, 2008, 7; Ranieri, voce «*Good faith*», in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Basedow, Hopt, Zimmermann e Stier (*eds*), OUP, 2012, 790; Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 147 e 343. In una prospettiva generale sul ruolo nella *réforme* della buona fede – definita nel *Rapport*, cit., come uno dei "*principes généraux du droit des contrats*" del nuovo *Code* – si vedano, sin d'ora, Helleringer, *The Anatomy of the New French Law of Contract*, in *ERCL*, 2017, 366; Grundmann-Schafer, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Pers. e merc.*, 2018, 16; Fenouillet, *Les valeurs morales*, in *Rdc*, 2016, 589; Ancel-Fauvarque Cosson-Gest, *Aux sources*, cit., 108.

UniversitÃ di Firenze Biblioteca di Scienze sociali - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del nuovo sistema di strumenti concessi al creditore per l'inadempimento (§2) e di come il legislatore francese abbia trasposto nel codice la disciplina della *clause* delineata nella prassi precedente (§3), ricostruirò gli odierni confini della regola pretoria che corregge il meccanismo risolutivo convenzionale come previsto dalla legge, restringendo l'efficacia dell'esercizio del diritto di risoluzione (§4). Nel paragrafo conclusivo, infine, proverò ad inserire la soluzione francese nel più ampio dibattito sulla codificazione e le *good faith rules* (§5).

2. La *réforme* delle *"règles applicables à l'inexécution du contrat"* e la nuova disciplina della *"résolution"*.

Con l'obiettivo di garantire la *sécurité juridique* mediante la codificazione di istituti diffusi nella prassi ma assenti dal dettato del *code civil*, la *réforme*, tra le altre cose, ha raggruppato le regole sull'inadempimento[10], procedendo ad un ripensamento del ruolo del giudice[11] e a una razionalizzazione della disciplina esistente[12].

Per effetto della *réforme*, nel primo sottotitolo ('*le contrat*') del terzo titolo ('*des sources d'obligations*') del terzo libro del *code civil*, vi è ora una sezione, la quinta ('*l'inexécution du contrat*'), che individua, elencandoli senza però ordinarli gerarchicamente, e disciplina (artt. 1217-1231.7) i diversi strumenti a disposizione della parte nei cui confronti la prestazione oggetto dell'obbligazione contrattuale non è stata perfettamente eseguita, prevedendo altresì il cumulo di quelli tra loro non incompatibili e fermo restando la possibilità di domandare "*dommages et intérêts*". Pertanto, in base al nuovo art. 1217, il creditore può *i*) rifiutarsi di eseguire (o sospendere) la propria prestazione (artt. 1219-1220), *ii*) domandare la esecuzione forzata "*en nature*" dell'obbligazione dovutagli (artt. 1221-1222); *iii*) agire per la riduzione del prezzo (art. 1223); *iv*) agire per la risoluzione (artt. 1224-1230); *v*) chiedere la riparazione delle conseguenze dell'inadempimento (artt. 1231-1231.7).

L'*ordonnance* del febbraio 2016 ha così inserito nel *code civil* una intera sottosezione dedicata alla '*résolution*' e ciò riflette la consapevolezza del legislatore sul fatto che questa sia la più radicale delle sanzioni previste per l'inadempimento[13]. Questa nuova sottosezione si compone di sette articoli e prevede altri meccanismi rispetto all'unico ammesso nel testo originario del *code*, vale a dire quello della *résolution judiciaire*. La disciplina di questo istituto della tradizione (artt. 1227-1228) è oggi preceduta dalle disposizioni in tema di *clause résolutoire* (art. 1225) e di risoluzione unilaterale (art. 1226), normative che sono caratterizzate da un intervento del giudice solo eventuale e comunque sempre successivo alla manifestazione della volontà risolutiva del creditore. Ad esempio, nel caso della *résolution unilatérale par notification* l'intervento del giudice avviene solo su istanza del debitore che la contesta; qualora in quella sede il creditore non riesca a dimostrare la gravità dell'inadempimento del debitore, il giudice ne dichiara la responsabilità[14].

Per quanto riguarda la disciplina generale della *réso-*

---

[10] *Rapport*, cit. In generale, sul tema dei rimedi creditori contro l'inadempimento, aspetto che costituisce uno dei temi di maggiore interesse della riforma, si vedano: Ancel-Fauvarque Cosson-Gest, *Aux sources*, cit., 142; Deshayes-Genicon-Laithier, *Réforme*, cit., 474; Chantepie-Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016; Mercadal, *Réforme*, cit., 525; Dissaux Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, 136; Laithier, *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, in *Rdc*, 2016, HS, 39; Rowan, *Termination for Contractual Non-performance*, in Cartwright-Whittaker, *The Code Napoléon Rewritten*, cit., 317; Martial Braz, *L'extinction du contrat: Les rôles respectifs du juge et de la volonté*, in M. Behar Touchais, *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code Civil roumain*, 1, IRJS Editions, 2016, 373; Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto francese dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 442. Tra la letteratura in lingua italiana, Granelli, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, in *Pers. e merc.*, 2018, 67, e Dellacasa, *La nuova Résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1539.

[11] Per una prima lucida e condivisibile valutazione sul risultato prodotto dall'*ordonnance*, v. Mekki, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, in *Rdc*, 2016, 400.

[12] Sul punto, Laithier, *Les sanctions*, cit., 39.

[13] *Rapport*, cit. Nella versione originaria, è noto, al vocabolo '*résolution*' corrispondeva una sola disposizione (art. 1184, vecchio *code*), la quale prevedeva che "*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*". Sul punto si vedano: Ghestin, *La résolution pour inexécution (en droit français)*, in Vacca (a cura di), *Il contratto inadempiuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Giappichelli, 1999, 109; Carbonnier, *Droit Civil*, II – *Les biens Les obligations*, PUF, 2004, 2232; Chabas, *Obligations, Théorie générale*, II, 1, Montchrestien, 1998, 1138; Larroumet, *Droit civil*, III, *Les Obligations Le Contrat*, Economica, 1998, 754; Ghestin-Jamin-Billiau, *Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, 489. Nella dottrina più recente vi era da tempo una corrente favorevole ad un ridimensionamento del ruolo del giudice anche sulla scorta di soluzioni adottate altrove (si pensi ai contributi di Tallon, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, *RTDciv.*, 1994, 223; Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004). Il *Rapport* restituisce bene questa posizione, allorché afferma che la previgente disciplina fosse carente, incompleta e caratterizzata da una eccessiva frammentazione (rilevando, ad esempio, come l'*exécution en nature* fosse prevista in seno alla normativa su obblighi di fare). Nei primi commenti alla nuova disciplina sull'inadempimento, è diffuso il rilievo per cui essa rifletta più le soluzioni pretorie esistenti che scelte nuove: *ex multis*, Ancel-Fauvarque Cosson-Gest, *Aux sources*, cit., 148.

[14] Sorta in seno alla giurisprudenza giuslavoristica (Cass. civ., 26.2.1896, in *S.* 97, 187), la figura – che consente al creditore, "*à ses risque et périls*", di "*résoudre le contrat par voie de notification*" – era stata poi estesa anche agli altri contratti: tra le decisioni più recenti, v. Cass., 1ere, 20.2.2001, in *Bull.*, 2001, I, n. 40; Cass., 1ere,

UniversitÃ di Firenze Biblioteca di Scienze sociali - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lution, l'art. 1229 dispone che, quale che sia il meccanismo adottato, essa ha sempre il medesimo effetto: pone fine al contratto. Il momento di produzione di un tale effetto ablativo, invece, varia a seconda del tipo di risoluzione. Nel caso di quello convenzionale, questo si realizza conformemente alla disciplina della *clause résolutoire*; nel caso di risoluzione unilaterale, esso si produce nel momento in cui il debitore riceve la "*notification*"; nella *résolution* giudiziaria, l'effetto in parola si verifica alla data fissata dal tribunale. Infine, l'art. 1229 distingue la possibile retroattività della risoluzione a seconda che si tratti di un contratto dove "*les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu*" (come, ad esempio, nei contratti rateizzati) o uno in cui le stesse "*ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat*" (come, invece, è quello di locazione): nel primo caso, la risoluzione impone alle parti di restituire ciò che si sono scambiati sino ad allora, mentre, nel secondo caso, non vi sarà alcuna restituzione.

3. L'art. 1225 e la codificazione della giurisprudenza in tema di *clause résolutoire*.

La nuova sottosezione sulla *résolution*, lo si è detto, ricomprende tra i vari meccanismi anche quello avente fonte convenzionale, a tal proposito prevedendo una nuova e specifica disciplina in tema di *clause résolutorie* (art. 1225). Questa disposizione è un chiaro esempio della dinamica di "*codification à droit constant de la jurisprudence*" adottata dal legislatore francese nel ripristinare il *code civil* come fonte primaria del diritto contrattuale[15].

Difatti, per quanto la versione originaria del *code civil* non prevedesse una normativa generale di questa clausola, già con una decisione del 1860 la *Cour de cassation* aveva definitivamente ammesso la liceità del patto che attribuisce all'inadempimento effetti risolutivi assoluti e automaticamente operativi, ritenendolo vincolante sia per le parti sia per il giudice. In presenza di questa *clause*, l'inadempimento della prestazione lì dedotta avrebbe *ex se* conferito il diritto di risolvere il contratto al creditore. Contro l'esercizio di tale facoltà interruttiva del rapporto, il debitore inadempiente avrebbe potuto adire il giudice, ma quest'ultimo si sarebbe dovuto limitare a verificare il ricorrere dell'inadempimento previsto e regolato in anticipo dalle parti, senza poter in alcun modo procedere alla valutazione in ordine alla gravità di quel fatto, come invece riconosciutogli nel caso di risoluzione giudiziaria la cui disciplina non era, quindi, da ritenersi come inderogabile[16]. A partire da quella pronuncia, la *clause résolutoire*, intesa come quel patto che consente al creditore di risolvere il contratto per l'inadempimento del debitore senza dovere prima ricorrere al giudice, si è affiancata al meccanismo risolutivo giudiziale previsto dal *code* e ha ricevuto attenzione dalla giurisprudenza e dalla dottrina francesi, le quali ne hanno modellato la disciplina, individuandone i vantaggi[17] e i pericoli[18].

Orbene, la consapevolezza circa i limiti insiti in un meccanismo risolutivo che è interamente rimesso alle parti ha giustificato un orientamento di grande cautela[19] e, nonostante questo atteggiamento giurisprudenziale fosse sorto in un quadro giuridico in cui la *clause* rilevava come una eccezione alla regola codicistica della risoluzione giudiziale[20], le diverse soluzioni erme-

---

28.10.2003, in *RTDciv*., 2004, 89, con osservazioni di Fages e Mestre; Cass., 1ere, 13.3.2007, n. 6-10.229; Cass. com., 10.2.2009, *ivi*, 2009, 318, con osservazioni di Fages; Cass., 3e, 9.10.2013, in *Bull*., 2013, III, n. 122). Sull'istituto, v. Signat, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2018, 447 e, tra la dottrina in lingua italiana, Dellacasa, *La nuova Résolution*, cit., 1547. Per ciò che concerne la gravità dell'inadempimento e limitando i riferimenti alla giurisprudenza meno remota, si può qui osservare che sia stata respinta la domanda del debitore rispetto alla *resolution par notification* effettuata dal creditore in ipotesi di inosservanza di una clausola di esclusiva che legava il medico alla clinica (Cass., 1ere, 13.10.1998, in *Bull*., 1998, I, n. 30) oppure per il caso di mancato pagamento delle fatture da parte del cliente di una compagnia di servizi energetici (Cass., 1ere, 9.7.2002, in *Bull*., 2002, I, n. 187).

[15] Per quanto la versione originaria del *code civile* non prevedesse una disciplina generale di questo patto, non corrisponde al vero l'affermazione per cui la *clause résolutoire* sia stata introdotta nell'ordinamento francese di diritto scritto solo in seguito all'*ordonnance* del 2016. Innanzitutto, oltre alle ipotesi extracodicistiche, e quindi fuori da quelle recenti e specifiche normative in materia locatizia, consumeristica *etc*., il testo originario del *code* prevedeva un meccanismo risolutivo convenzionale in materia di vendita, ammettendo che il mancato pagamento determinato del prezzo avrebbe determinato lo scioglimento del contratto ("*résolu de plein droit*"), qualora così le parti avessero previsto. In particolare, il precedente art. 1656 prevedeva che, pur in presenza della clausola, l'acquirente potesse pagare il prezzo (e quindi adempiere alla prestazione dedotta nella *clause*) anche quando fosse scaduto il termine a condizione che il venditore non lo avesse messo in mora "*par une sommation*", intervenuta la quale al giudice sarebbe stata precluso accordargli una dilazione.

[16] Cass., 2.7.1860, in *DP*, 1860, 1, 284.

[17] La *clause* consente al creditore di sciogliere velocemente e senza costi processuali il contratto che non gli ha fornito la prestazione voluta il che facilita l'eliminazione di un "*organisme mort*" (Carbonnier, *Droit*, cit., 2236-2237; Ghestin, *La résolution*, cit., 122; Larroumet, *Droit*, cit., 771).

[18] La dottrina maggioritaria è propensa a riconoscere nella *clause résolutoire* una dimensione punitiva, sanzionatoria (in tal senso, in particolare, Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, 120 e Ghestin Jamin Billiau, *Les effets*, cit., 638) e a ritenere che l'assenza di un controllo del giudice precedente alla risoluzione si potrebbe prestare ad abusi della parte contrattuale più forte e ciò sarebbe particolarmente frequente nella società contemporanea dove gli accordi sono meno concretamente negoziati dalle parti (Chabas, *Obligations*, cit., 1157).

[19] In argomento: Mestre, *Nouvelles limites à la mise en oeuvre des clauses résolutoires*, in *RTDciv*, 1989, 316; Picod, *La clause résolutoire et la règle morale*, in *JCP*, 1990, I, 3347; Osman, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en oeuvre de la clause résolutoire de plein droit*, in *Defrénois*, 1993, 65.

[20] *Ex multis*, Ghestin, *La résolution*, cit., 121, e Paulin, *La clause*,

UniversitÃ di Firenze Biblioteca di Scienze sociali - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

neutiche di stampo restrittivo sono state recepite nel nuovo testo e sono quindi in vigore anche oggi, dove, per un verso, un tale rapporto regola\eccezione non può più dirsi sussistente e, per altro verso, il meccanismo che conferisce al creditore il diritto di risoluzione in conseguenza dell'inadempimento è riconosciuto e disciplinato dal legislatore[21].

Innanzitutto, l'*ordonnance de réforme* del 2016 riprende la giurisprudenza transalpina precedente che, conformemente al principio favorevole alla conservazione del contratto proprio di quel sistema, aveva a lungo ritenuto necessario che, nel dichiarare al debitore di avvalersi della *clause résolutoire*, il creditore dovesse assegnargli un termine entro cui quello avrebbe potuto adempiere alla prestazione dovuta ed evitare lo scioglimento del vincolo[22]. Solo in un secondo momento, quella stessa giurisprudenza aveva ammesso accordi convenzionali che dispensassero il creditore dalla messa in mora[23], peraltro ribadendo i requisiti di chiarezza e di inequivocità anche per questo patto[24]. Per effetto dell'*ordonannce* del febbraio 2016, tale disciplina pretoria è oggi codificata al secondo comma dell'art. 1225, allorché, per l'appunto, si subordina l'effetto risolutivo della *clause* alla non fruttuosità della formale messa in mora del debitore e, ciò, a meno che tra le parti non sia stato concordato che il diritto allo scioglimento del vincolo possa derivare dal solo fatto dell'inadempimento[25]. Ancora, una codificazione di quel medesimo filone giurisprudenziale sorto a tutela del debitore e restrittivo dell'efficacia del patto si verifica anche all'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 1225 del nuovo *code*, il quale, a ben vedere, non fa che ripetere nel dettato codicistico l'indirizzo precedente alla *réforme* per cui la messa in mora non produce il suo effetto se non quando richiama "*expressément la clause résolutoire*"[26].

Invece, quando l'art. 1225 afferma che la *clause* precisa le prestazioni il cui inadempimento le parti hanno dedotto nel patto risolutivo, la *réforme* mostra di fare propria la tendenza restrittiva del meccanismo risolutivo di fonte convenzionale andando addirittura oltre ai risultati della giurisprudenza precedente e limitando il gioco della *clause résolutoire* in modo finanche inedito (almeno per quella esperienza). Nell'offrire una interpretazione restrittiva della *clause*, l'orientamento giurisprudenziale precedente si era, infatti, limitato ad escludere l'applicazione del meccanismo risolutivo *i*) per inadempimenti di obblighi che trovassero la loro fonte nel diritto comune e non già nel contratto[27]; *ii*) quando nel patto non fosse espressamente previsto che le parti intendeva sottrarre l'inadempimento alla valutazione del giudice[28]; *iii*) in caso di difformità tra l'esercizio della clausola e le condizioni dell'utilizzo prevista da quello stesso patto[29], ma non si era mai spinto sino ad escludere la validità delle c.d. *clauses résolutoires balais* ossia di quei patti in cui le parti non precisano le specifiche prestazioni la cui mancata esecuzione comporta il sorgere del diritto di risoluzione del contratto per il creditore. Oggi, invece, a partire dal nuovo dettato codicistico che richiama esplicitamente la precisazione delle prestazioni, queste *clauses* generiche che ricollegano il sorgere della facoltà risolutiva all'inadempimento di una qualunque prestazione contrattuale sono per lo più considerate come dei patti non idonei a regolare le conseguenze dell'inadempimento[30].

---

cit., 1, il quale nota come il carattere derogatorio della *clause* fosse estraneo alla tradizione francese, fino all'adozione del *Code* e alla scelta di una risoluzione unicamente giudiziale. Sulla storia della *clause* nel diritto romano e intermedio francese si veda anche Ghestin Jamin Billiau, *Les effets*, cit., 639.

[21] Sulla nuova disciplina: Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 2017, 306; Deshayes-Genicon-Laithier, *Réforme*, cit., 499; Malaurie-Aynes-Stoffel Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 2017, 506; Mercadal, *Réforme*, cit., 208; Martial Braz, *L'extinction*, cit., 379; Pagliantini, *La risoluzione per inadempimento del duemila*, in *Pers. e merc.*, 2018, 78; Id., *La clausola risolutiva espressa tra regole e principi*, in *Giur. it.*, 2018, 1293; Granelli, *Uno strumento*, cit., 66; Dellacasa, *La nuova Résolution*, cit., 1562.

[22] Cass., 3e, 28.11.1968, in *Bull*, 1968, III, n. 498.

[23] Cass., 3e, 30.6.1977, *ivi*, 1977, III, n. 293.

[24] Cass., 1re, 3.2.2004, *ivi*, 2004, IV, n. 122.

[25] Per effetto del primo periodo del secondo comma dell'art. 1225 la messa in mora del debitore non è sempre richiesta come necessaria e le parti possono riconnettere la risoluzione al "*seul fait de l'inexécution*". Come è stato immediatamente notato, la formulazione della norma è infelice laddove, rendendo automatico l'effetto risolutivo per il solo fatto dell'inadempimento, pare aprire ad una eccessiva compressione della posizione del creditore (e che, a ben vedere, stride con la libertà che l'art. 1217 invece gli riconosce). Per ovviare a questa incertezza, la dottrina maggioritaria riprende la precedente giurisprudenza e ritiene che, anche quando vi sia una dispensa dalla messa in mora, l'effetto risolutivo non si produce che dopo una dichiarazione del creditore di volere così procedere (Laithier, *Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles*, in *SJ*, 2015, 54; Deshayes-Genicon-Laithier, *Réforme*, cit., 500). Sul punto si v. anche Pagliantini, *La clausola*, cit., 1294-1295. In virtù di questa continuità nonché in forza del dettato dei nuovi artt. 1217 e 1227, è poi ragionevole considerare che trovi tuttora spazio anche il precedente distinto indirizzo giurisprudenziale che ammette la rinuncia da parte del creditore e la sua scelta di domandare l'esecuzione del contratto o di procedere con la risoluzione per via giudiziaria (Cass., 26.1.1953, in *Bull.*, 1953, III, n. 38; Cass., 3e, 29.4.1985, *ivi*, 1985, n. 70; Cass., 3e, 4.5.1994, in *RTDciv.*, 1995, 367 con osservazioni di Mestre).

[26] In tal senso, Cass., 3e, 11.6.1982, in *Bull.*, 1986, III, n. 94.

[27] Cass., 3e, 11.6.1986, *ivi*, 1986, III, n. 92, e Cass., 3e, 18.5.1988, *ivi*, 1988, III, n. 94.

[28] Nel senso che "*la clause résolutoire de plein droit, qui permet de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recouvrent leur pouvoir d'appréciation*": Cass., 1ere, 25.11.1986, in *RTDciv.*, 1987, 313, con osservazioni di Mestre; Cass., 1re, 13.12.1988, in *JCP*, 1990, II, 273, con nota di Béhar Touchais; Cass., 3e, 12.10.1994, in *JCP*, 1995, 3828, con osservazioni di Jamin; e Cass., 3e, 24.2.1999, in *Bull.*, 1999, III, n. 54. In presenza di una clausola equivoca, al creditore non restava che azionare il meccanismo giudiziale di risoluzione. Sul punto, Paulin, *La clause*, cit., 26.

[29] Cass., 1re, 15.6.1994, in *Bull.*, 1994, I, n. 217.

[30] Su questa novità della *réforme*, v., tra i tanti, Mekki, *Le juge*, cit., 402. Sussiste, invero, un indirizzo che considera tuttora valide e am-

UniversitÃ di Firenze Biblioteca di Scienze sociali - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

4. Il silenzio dell'art. 1225 sull'esercizio della *clause résolutoire* e la perdurante esigenza di conformità alla *bonne foi*.

In questo contesto di riaffermazione del dettato codicistico quale fonte primaria della disciplina del contratto, l'art. 1225 del nuovo *code*, lo si è ora visto, ha recepito la giurisprudenza intervenuta successivamente alla pronuncia favorevole alla liceità delle *clause résolutoire* intervenuta nel luglio 1860. Invero, la "*codification à droit constant*" annunciata nel *Rapport* non ha riguardato tutta la giurisprudenza consolidata in tema di *clause résolutoire*. In particolare, l'*ordonnance* del febbraio 2016 non ha ritenuto di richiamare l'indirizzo giurisprudenziale per cui "*une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en oeuvre de mauvaise foi par le créancier*"[31] e, ciò, nonostante questo orientamento fosse assolutamente centrale in quella strategia di contenimento del meccanismo risolutivo convenzionale sopra descritta e i cui altri risultati sono stati invece recuperati, nei modi testé detti, dal legislatore nel nuovo testo del *code*[32].

Il punto di partenza dell'indirizzo che afferma l'inefficacia della *clause résolutoire* quando *mise en oeuvre de mauvaise foi* era la statuizione per cui se è vero che le clausole risolutive si impongono ai giudici, nel senso di sottrargli la valutazione della gravità dell'inadempimento, è altresì vero che, in forza della disposizione che afferma la buona fede come regola di giudizio della fase esecutiva dell'accordo, la "*leur application on reste subordonnée aux exigences de la bonne foi*"[33]. La concreta subordinazione della *clause résolutoire* alla *bonne foi* si coglie quando all'esercizio del diritto di risoluzione attribuito al creditore della *clause* si oppone un interesse giuridicamente riconosciuto (obbligo di correttezza, tutela dell'affidamento, *etc.*). Tale evento determina il sorgere, nella fase esecutiva del contratto, di un conflitto non regolato dalle parti tra l'esigibilità del meccanismo risolutivo convenzionalmente pattuito e la tutela di quell'interesse. Questo contrasto viene risolto dal giudice adito dal debitore tramite l'applicazione della regola di giudizio della buona fede. Qualora l'interesse giuridico che si oppone al diritto attribuito dalla *clause* gli sia prevalente, la buona fede evita che l'esercizio di quella facoltà determini la lesione di quell'interesse, correggendo l'efficacia del meccanismo risolutivo convenzionale come previsto dalla legge. In concreto, la correzione ad opera della *bonne foi* ha significato la paralisi del diritto di risoluzione *ex contractu* quando esercitato in modo scorretto – come, ad esempio, nel caso del locatore che l'aveva attivata quando sapeva essere il conduttore legittimamente assente[34] nonché della sua invocazione davanti alla mancata esibizione di un certificato assicurativo di cui il creditore conosceva l'esistenza[35] – oppure in contrasto con l'affidamento che il comportamento del creditore aveva legittimamente ingenerato nel debitore[36]. Ad esempio, in un caso relativo ad una vendita di immobile dietro pagamento di una rendita vitalizia, la *Cour de cassation* ha rilevato l'inefficacia dell'invocazione da parte del creditore della *clause résolutoire* prevista dal contratto, statuendo che un tale esercizio rappresentasse "*une situation imprévisible*" considerato che il creditore non avesse reclamato i canoni per oltre dieci anni con ciò alimentando nei debitori l'affidamento che il canone non sarebbe mai stato rivendicato[37].

Questo indirizzo che propende per la paralisi della

missibili le *clauses résolutoires balais*: Mercadal, *Réforme*, cit., 209. A margine, si può osservare come tale nuova posizione francese ulteriormente restrittiva della *clause résolutoire* sia condivisa anche dal nostro codice, dove si attribuisce alle parti la facoltà di convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una "determinata obbligazione" non sia adempiuta secondo le modalità stabilite (v. Cass., 6.4.2001, n. 5147, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce «Contratto in genere», n. 482; Cass., 27.1.2009 n. 1950, in *Contratti*, 2009, 547, con nota di Della Chiesa, *Contenuto, effetti e funzione della clausola risolutiva espressa*; Cass., ord. 11.3.2016, n. 4796, in *www.italgiure.giustizia.it*). Sulla scorta di questa previsione la dottrina maggioritaria afferma che quando la clausola risolutiva espressa risulta disancorata da una specifica prestazione essa si distanzia dal modello legale (Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Utet, 2016, 1627), che, appunto, parla di "determinata obbligazione" (art. 1456 cod. civ.), così da divenire una clausola pleonastica (Simone, *Le clausole negoziali c.dd. di stile*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 352, nt. 83, e Roppo, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, 433) e comunque non vincolante (Busnelli, voce «Clausola risolutiva», in *Enc. del dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 197; Grondona, *La clausola risolutiva espressa*, Giuffrè, 1988, 24; Sartori, *Contributo allo studio sulla clausola risolutiva espressa*, Esi, 2012, 98; Tamponi, *Clausola risolutiva espressa*, in Conforitini (a cura di), *Le clausole negoziali*, Utet, 2017, 886) se non, secondo taluno, in merito "alla volontà delle parti di risolvere il contratto al di fuori del processo" (F.P. Patti, *Due questioni sulla clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2017, 695, 707). Sul punto, un primo paragone tra la nuova disciplina francese e la nostra esperienza è in Dellacasa, *La nuova Résolution*, cit., 1562-1563, nonché in Pagliantini, *La clausola*, cit., 1298-1299.

[31] Cass., 1re, 31.1.1995, in *Bull.*, 1995, I, n. 57.

[32] Su questo orientamento, si vedano per il diritto antecedente alla riforma, Picod, *La clause*, cit., 3447; Paulin, *La clause*, cit., 1996, 192; Ghestin, *La résolution*, cit., 126; Lathier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, 247; Mazeaud, *La confiance légitime et l'*estoppel, in *Rev. int. droit comp.*, 2006, 373; Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, 253-254; Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat – etude comparative*, *ivi*, 2008, 499, e Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *ivi*, 2016, 410. Questa giurisprudenza ha riscosso grande attenzione dalla dottrina, anche oltre al tema della clausola risolutiva, e ciò in quanto essa costituisce "*le terrain de prédilection de l'intervention du juge sur le fondement de la bonne foi*" (Mazeaud, *Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en oeuvre de mauvaise foi par le créancier*, in *RD*, 1995, 230).

[33] Cass., 1re, 14.3.1956, in *D.*, 1956, 449.

[34] Cass., 3e, 16.10.1973, in *Bull.*, 1973, III, n. 529, e Cass., 3e, 15.12.1976, in *RTDciv.*, 1977, 340, con osservazioni di Cornu.

[35] Cass., 3e, 13.4.1988, in *Bull.*, 1998, III, n. 68.

[36] Cass., 1re, 16.2.1999, *ivi*, 1999, I, n. 52.

[37] Cass., 3e, 8.4.1987, *ivi*, 1987, III, n. 88. Più di recente, in senso analogo, Cass., 1re, 16.2.1999, *ivi*, 1999, I, n. 52.

UniversitÃ di Firenze Biblioteca di Scienze sociali - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

clause résolutoire quando il suo esercizio integra una lesione di un interesse contraria a buona fede, ad esempio perché viola l'altrui affidamento, riflette l'evoluzione della *bonne foi* nel diritto francese[38], giunto ora a considerarla come idonea a intervenire per giustificare obblighi e limitazioni quando il "*contrat ne dit rien*"[39]. Esso, peraltro, ha resistito anche davanti a quel recente orientamento (c.d. *jurisprudence des Maréchaux*) che restringe le conseguenze della violazione della buona fede nella fase esecutiva del contratto, affermando che tale obbligo consente di sanzionare "*l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle*", ma non autorizza il giudice ad alterare la sostanza stessa dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto[40]. Difatti, anche volendo aderire a questa ricostruzione dottrinaria della violazione della *bonne foi*[41], è evidente che, rientrando la *clause résolutoire* pacificamente nella categoria della "*prérogative contractuelle*", il suo esercizio sia comunque sindacabile[42].

Orbene, stando così le cose, ci si può chiedere se il dato per cui il nuovo testo dell'art. 1225 nel disciplinare la *clause résolutoire* non ha richiamato la buona fede significhi che sia da considerarsi come superata la posizione per cui "*une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en oeuvre de mauvaise foi par le créancier*". In altri termini, determina il nuovo dettato codicistico in materia di *clause résolutoire* l'esclusione per il debitore della possibilità di opporre all'esigibilità del meccanismo legislativo di risoluzione disciplinato dall'art. 1225 ed inserito dalle parti nel contratto l'esistenza di circostanze tali per cui l'esercizio di quel diritto risolutivo costituirebbe una lesione ingiusta di un interesse riconosciuto? In attesa che sul punto si formi una giurisprudenza consolidata, occorre rilevare come la maggioranza della dottrina francese sia propensa a rispondere negativamente al quesito, ritenendo tuttora possibile la paralisi della *clause résolutoire* quando l'esercizio di quella facoltà determina la lesione di un interesse giuridico prevalente[43].

Tale soluzione di continuità con l'orientamento antecedente alla riforma avanzata dalla dottrina francese sembra essere invero giustificata[44]. Come si è esattamente rilevato, infatti, sebbene la buona fede nell'esecuzione della *clause résolutoire* non sia espressamente richiamata dal nuovo testo dell'art. 1225 del *code*, la subordinazione dell'esercizio del diritto di risoluzione convenzionalmente attribuito al creditore per l'ipotesi di inadempimento alla regola di giudizio della buona fede risulta "*logiquement*" dalla norma generale dell'art. 1104 del nuovo *code*, la quale prevede che i contratti siano negoziati, formati ed eseguiti secondo *bonne foi*[45]. Sulla base di tale norma, il conflitto sorto nella fase

---

[38] Già in Domat, subito dopo l'affermazione della prima regola generale (per cui "*les engagements de chacun sont comme ses lois propres*"), si legge che "*dans les engagements volontaires, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour ce faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où ils sont entrés*" e, per altro verso, che "*en toute sorte d'engagements, soit volontaires, soit involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi, et de toute autre manière de nuire ou de faire du tort*" (*Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le Droit public et legum delectus*, I, Savoye, 1735, VII). Mentre sino alla prima metà del secolo scorso tale obbligo – che nel testo originario del *code civil* era affermato al terzo comma dell'art. 1134 subito dopo il celebre passo per cui "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites*" – era inteso come il dovere di eseguirle "*conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées*" (Aubry-Rau, *Cours de droit civil français*, Marchal et Billard (Marchal et Godde), 1871, 326; in senso analogo, Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, 1928, 33) e ciò al fine di assicurare il rispetto del dogma della volontà (Lyon Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, in *RTDCiv.*, 1946, 75), attorno alla metà del ventesimo secolo, si è affermata una diversa visione della regola della buona fede nell'esecuzione del contratto, da intendersi come di un qualcosa di distinto dalle direttive sull'interpretazione dell'accordo e che piuttosto va nella direzione di rendere obbligatoria per le parti una "*conduite honnête et loyale*" (Demogue, *Traité des obligations en général*, VI, Rousseau, 1931, 8-9) nell'esecuzione del contratto, rimettendo al giudice la concreta valutazione (*ex multis*, Planiol Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, a cura di P. Esmein, VI, LGDJ, 1952, 509-510). Sull'art. 1134 ante riforma: J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, 41; Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, 6 e 81; Bénabent, *Rapport Français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, XLII, *La bonne foi*, Litec, 1994, 291; Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'Art. 1134 du CC*, in *D.*, 2002, 901; Jabbour, *La bonne foi*, cit., 13.

[39] Picod, *Le devoir*, cit., 82. In posizione analoga è Sacco, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, cit., 47.

[40] Cass., 10.7.2007, in *Bull.* 2007, IV, n. 188; su questa sentenza si vedano le osservazioni di Aynes e di Mazeaud, in *Rdc*, 2007, 1107 e 1110, nonché di Stoffel Munck, *Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier*, in *D.*, 2007, 28939. L'indirizzo in parola è ribadito da Cass., 3e, 9.12.2009, in *Bull.*, 2009, III, n. 275, e Cass., 3e, 26.3.2013, n. 12-14.870. Sulla *jurisprudence des Maréchaux* si veda, in luogo di tanti, Fenouillet, *La notion de prérogative: instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme?*, in *Rdc*, 2011, 644.

[41] La *jurisprudence des Maréchaux* riprende le tesi di Stoffel Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, e non trova espressi riferimenti nel nuovo testo del *code*: parte della dottrina la considera tuttora in vigore (Saube, *Quel avenir pour la jurisprudence sur l'usage abusif d'une prérogative contractuelle après la réforme du 10 février 2016?*, in *Rdc*, 2017, 69, e Dissaux-C. Jamin, *Réforme*, cit., 2016, 11), mentre per altri essa è rimessa alla giurisprudenza (Deshayes-Genicon-Laithier, *Réforme*, cit., 49).

[42] Bénabent, *Droit*, cit., 244.

[43] In questo senso, tra gli altri, Laithier, *Les sanctions*, cit., 39; Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 2017, 271, nonché Mazeaud, *La place du juge en droit des contrats*, in *Rdc*, 2016, 353, e Mekki, *Le juge*, cit., 400. Coerentemente con la propria impostazione ultra liberale, autorevole dottrina critica l'eventualità di un simile controllo sulla clausola (Aynes, *Le juge et le contrat: nouveaux rôles?*, in *Rdc*, 2016, HS, 15).

[44] Non a caso, la soluzione indicata dalla dottrina francese è ripresa anche nei contributi che meglio hanno dato conto di questo aspetto della *réforme*: Dellacasa, *La nuova Résolution*, cit., 1564 F.P. Patti, *Due questioni*, cit., 703, e Pagliantini, *La clausola*, cit., 1296-1297 (a cui si rinvia anche per i riferimenti sull'analogo indirizzo giurisprudenziale interno).

[45] Chantepie-Latina, *La réforme*, cit., 564-565. Concordi sull'estensione della *bonne foi* alla ipotesi di *rupture* anche Ancel-Fauvarque Cosson-Gest, *Aux sources*, cit., 111 e Rowan, *Termination*, cit., 317-318.

UniversitÃ di Firenze Biblioteca di Scienze sociali - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

esecutiva del contratto e non regolato dalle parti o dalla legge tra il diritto potestativo dedotto nella *clause résolutoire* e il prevalente interesse giuridicamente riconosciuto del debitore sarà risolto dal giudice tramite la paralisi dell'esercizio del meccanismo risolutivo. Per queste ragioni, pur con tutte le cautele del caso, appare ragionevole ritenere che il dato per cui la riforma non abbia previsto che l'invocazione della clausola sia conforme a buona fede "*ne devrait rien changer*"[46], così che anche oggi "*une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en oeuvre de mauvaise foi par le créancier*".

5. Le regole di buona fede nell'età della ricodificazione.

Quando agisce in un contesto di ricodificazione il legislatore si pone l'obiettivo di riaffermare il monopolio del codice come fonte del diritto. Il meccanismo principe di questo intervento è il trasferimento nel dettato codicistico degli orientamenti giurisprudenziali più consolidati. A questa dinamica di "*codification à droit constant de la jurisprudence*" non si sottraggono neanche le *good faith rules*, con ciò intendendo quelle regole elaborate dalla giurisprudenza utilizzando come base normativa la regola di giudizio della buona fede. Anzi, nell'età della ricodificazione risultano essere numerosi gli istituti che, sorti in attuazione di quella regola di giudizio che consente la correzione e l'integrazione del dato positivo in funzione delle varie circostanze, sono stati trasferiti dalla fonte giurisprudenziale a quella codicistica[47].

A fronte di questa tendenza propria dell'età di ricodificazione vi sono però *good faith rules* che non vengono codificate e che sembrano destinate ad essere "*principles of an intermediate level of abstractness* (*like* dolo agit or venire contra factum proprium) *which apply across the field of contract law and cannot, therefore, be fitted into any other systematic niche*"[48]. Ad esempio, e come visto *supra*, nel momento in cui ha portato all'interno del dettato del *code* la disciplina che la giurisprudenza sulla *clause résolutoire* aveva prodotto in circa centocinquanta anni, il legislatore francese ha lasciato fuori dalla lettera del testo la *good faith rule* per cui "*une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en oeuvre de mauvaise foi par le créancier*". A ben vedere, questa mancata codificazione si spiega in ragione della impraticabilità di una sua riduzione a diritto scritto. In effetti e almeno su di un piano astratto, il legislatore francese ben avrebbe potuto codificare la *good faith rule* in parola esplicitando l'inefficacia della *clause résolutoire* quando *mise en oeuvre de mauvaise foi*. La scelta si sarebbe rivelata inutile, giacché, per un verso, la subordinazione del diritto regolato dalla *clause* è comunque esistente e, per altro verso, la sua esplicitazione non avrebbe evitato che la fonte della paralisi della *clause* sia comunque il giudizio secondo buona fede e non già la lettera della legge. Ancora: sempre al fine di codificare l'indirizzo in parola, il legislatore francese avrebbe potuto recepirne i risultati sinora raggiunti, ad esempio, affermando l'inefficacia dell'esercizio tardivo del diritto di risoluzione. Anche questa scelta sarebbe stata inutile. Difatti, si sarebbe trattato di una norma parziale, destinata ad essere superata dalla casistica e ciò proprio perché la regola di giudizio della buona fede ha per oggetto situazioni impreviste nonché conflitti non regolati dalle parti o dalla legge.

Orbene, la circostanza per cui la regola pretoria tendente ad evitare che l'attuazione *strictum ius* del meccanismo risolutivo convenzionale possa determinare una lesione di un interesse giuridico riconosciuto e prevalente sia rimasta estranea al testo del *code* appena ricodificato non ne ha significato il superamento. Al contrario, ribadendo che i contratti devono essere "*exécutés de bonne foi*" (art. 1104), il legislatore ha conservato la base giuridica di quell'indirizzo e ne quindi ha consentito la continuità anche nel nuovo contesto ricodificato. Qui, l'inefficacia della *clause résolutoire* quando *mise en oeuvre de mauvaise foi* non è prevista nella lettera della legge, ma, oggi come ieri, si rinviene altrove e cioè nell'utilizzo giurisprudenziale della regola di giudizio della buona fede.

A ben vedere, tutto ciò dimostra che il bisogno di tecniche idonee ad evitare che l'applicazione di una norma scritta possa determinare "*particular injustice on the facts*" (quale può essere inteso un ordinamento appena ricodificato)[49] non solamente sussiste anche in un "*happy legal system*", ma, addirittura, giustifica il mantenimento, anche in un contesto di ricodificazione, di un ruolo normativo per la giurisprudenza.

---

[46] Chantepie-Latina, *La réforme*, cit., 564-565. In genere sulla buona fede nell'esecuzione dopo la *réforme*: si vedano, *ex multis*, Deshayes-Genicon-Laithier, *Réforme*, cit., 48 e Malaurie-Aynes-Stoffel Munck, *Droit*, cit., 254.

[47] Su questa dinamica v. Hesselink, *The concept*, cit., 642 e, *ivi*, i riferimenti alla figura della rinegoziazione nelle ricodificazioni olandese e tedesca. Senza tacere la possibile impraticabilità di codificare nella disciplina dell'istituto interessato delle *good faith rules*, tale tendenza è rilevata anche da Whittaker-Zimmermann, *Good Faith in European contract law: surveying*, cit., 32.

[48] Eid., *op. loc. ult. citt.* Con riferimento ad una altra *good faith rule*, si v. Astone, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Jovene, 2006, 70.

[49] Whittaker-Zimmermann, *Coming to terms with good faith*, in Zimmermann-Whittaker (*eds*), *Good Faith in European Contract Law*, cit., 679.