

PRINCIPI ROMANISTICI DELLA CONTRATTAZIONE A DISTANZA NELL'UE

[ENG] *Roman law principles of distance contracting in the EU*

JOSÉ RUIZ ESPINOSA

Universidad Católica San Antonio de Murcia

(España)

jrespinosa@ucam.edu

Sommario: L'obiettivo di questo articolo è quello di analizzare i fondamenti del diritto romano che si sono cristallizzati intorno a diversi principi giuridici che attualmente danno forma al regime giuridico-sostanziale della contrattazione a distanza con i consumatori nel quadro dell'UE. In particolare, ci occuperemo dei principi che regolano i contratti dalla loro genesi e successiva evoluzione, quali: a) la buona fede come principio ispiratore di perfezione (art.1.258 e 1.262 del Codice Civile) destinato a informare il contratto (artt. 97 e 98 del Testo Rivisto della Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti, d'ora in poi TRLGDCU); b) e il diritto di recesso come eccezione al *pacta sunt servanda* o all'adempimento di quanto concordato (art. 102 TRLGDCU).

Parole chiave: buona fede contrattuale; *pacta sunt servanda*; informazione precontrattuale; recesso.

Abstract: The purpose of this paper is to analyse the foundations of Roman law that have crystallized around different legal principles that currently shape the legal-substantive regime of distance contracting with consumers in the framework of the EU. In particular, we will deal with the principles that govern contracts from their genesis and subsequent development, such as: a) good faith as an inspiring principle of perfection (art. 1.258 and 1.262 of the Civil Code) intended to inform the contract (art. 97 and 98 of the Revised Text of the General Law for the Defence of Consumers and Users, hereinafter, TRLGDCU); b) and the right of withdrawal as an exception to *pacta sunt servanda* or fulfilment of what has been agreed (art. 102 TRLGDCU).

Key words: contractual good faith; *pacta sunt servanda*; pre-contractual information; withdrawal.

1. INTRODUZIONE

Questo lavoro non è un argomento settoriale, materialmente ben delimitato e per il quale deve essere analizzato un solo testo giuridico. L'oggetto del nostro studio



comprenderà l'esame dei principi giuridici presenti nel diritto romano. In particolare: quella della buona fede e dell'esecuzione dei contratti (*pacta sunt servanda*), nonché la possibile eccezione a quest'ultima mediante il diritto di recesso. In questo ordine, si esaminerà la misura in cui questi principi sono impliciti o positivizzati nel regime giuridico che disciplina i contratti a distanza conclusi con i consumatori nell'ambito del diritto dell'UE in generale e del diritto spagnolo in particolare.

Tuttavia, è necessario avvertire delle loro difficoltà oggettive e delle loro implicazioni soggettive. Partendo da quest'ultimo aspetto, è chiaro che la maggior parte delle regole nasce e si mantiene per ragioni di mera contingenza storica i cui limiti cronologici proposti vengono a coincidere approssimativamente con quelli di una persona all'interno del nostro ambito scientifico. Per quanto riguarda i limiti oggettivi: a) il primo corrisponde all'analisi di un regime giuridico certamente asistemico e frammentario, il cui recepimento è stato effettuato dal legislatore spagnolo al di fuori di modelli come quello italiano, francese e tedesco. Questo, come si vedrà, ci farà vagare tra i diversi testi giuridici in cui è inquadrato il diritto dei consumatori; b) la seconda difficoltà di natura sostanziale sarà quella di determinare i legami e la portata dei principi del diritto romano che potrebbero essere ritrovati nel nostro attuale diritto positivo.

2. REGIME GIURIDICO DEI CONTRATTI A DISTANZA

2.1. QUADRO GENERALE

Il diritto, come sistema di norme di natura imperativa, regola i rapporti tra le persone in quanto membri della società umana (diritto oggettivo) e, fin dall'Antica Roma, è stato suddiviso in due settori principali: pubblico e privato. Anche se il diritto dei consumatori non esisteva nell'antichità, era incluso nel sistema del diritto privato civile o commerciale. Ma questa delimitazione del diritto privato non è sempre esistita. In effetti, Roma non concepiva il diritto commerciale come un ramo distinto e separato dello *ius civile* o del diritto comune. Le ragioni erano: a) perché il pretore poteva adattare la legge alle esigenze del traffico commerciale¹; b) perché il lavoro degli schiavi era la sua

¹ ALPHA, G., *Il Diritto dei consumatori*, Roma 1999, p. 155; PETRUCCI, A., «Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil», in *Anuario Mejicano de Historia del Derecho* 15 (2003), p. 601; TORRENT RUIZ, A., «Actividad bancaria e inflación en época diocleciana-constantiniana», in *IURA* 57 (2009), p. 56. Ci sono autori che difendono l'esistenza del diritto commerciale romano CERAMI, P., PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, Torino 2010, p. 3; GOLDSCHMIDT, L., *Universalgeschichte des*

principale fonte di reddito; c) perché era l'unico modo per adattare la legge commerciale alle esigenze del traffico commerciale; d) dato il carattere internazionale (*ius gentium*) delle relazioni commerciali con altri popoli².

Per il diritto romano, il contratto o *contractus* era considerato il principale strumento giuridico di circolazione, in virtù del quale due persone si accordavano (*conventio*) su qualche aspetto commerciale secondo determinati tipi, cioè secondo una certa formalità. L'inosservanza di questa formalità renderebbe il contratto inefficace, nel qual caso si tratterebbe di un semplice accordo o *pactum* privo di azione. Anche se in alcuni casi il pretore li dotava di un'azione - *et est pactio duodorum plurimvum in idem placitum consensus* (D.2.14.1.2). Nelle XII Tavole troviamo riferimenti al *pactum* che permette ai membri di un'associazione di stabilire di concludere accordi tra loro - Tavole VIII.2 e Digesto (D. 47.22.4) -. Il *corpus iuris civilis* si è rivelato la spina dorsale della tradizione giuridica e ha fornito ai sistemi giuridici europei solidi principi per lungo tempo. A seguito dell'intenso traffico commerciale tra le diverse parti d'Europa, si creò un vero e proprio corpus giuridico chiamato *ius commune*³.

Solo alla fine degli anni '60 il diritto dei consumatori è nato come categoria giuridica - fatta salva l'applicazione di altre norme -⁴. Per quanto ci riguarda, arriverà a regolare le relazioni attraverso la comunicazione a distanza -telefono e internet- tra imprenditore e consumatore⁵. Ciò è dovuto alle caratteristiche particolari di questo tipo di contratto, in cui persone estranee al mondo degli affari, economicamente più deboli e giuridicamente inesperte⁶, non dispongono delle informazioni necessarie. Ciò è in

Handelrechts, Lieferung, (1), F. ENKE, (1891), p. 48; LEHMANN, K., Lehrbuch des handelsrechts, Veit & comp (1912), p. 14; BOURCART, G., «Esquisse historique du droit commercial», in *Annales du droit commercial* (1924), p. 262.

² ROCCO, A., GARRIGUES, J., *Principios de Derecho Mercantil: parte general di Alfredo Rocco; traduzione dalla Revista de Derecho Privado*; prologo all'edizione spagnola di Joaquín Garrigues, Pueyo 1931, p. 7.

³ ZIMMERMANN, R., «Römisches Recht und europäische Kultur», in *Juristenzeitung* 1 (2007), p. 7.

⁴ BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», in *Revista de Administración Pública* 87 (1978), pp. 251-300.

⁵ ARROYO SAN JOSÉ, L., «La información precontractual como elemento reequilibrador en la contratación de consumo», in (Dir.) GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÀS, C. E., *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson 2017, p. 298; LLÁCER MATAÇAS, M. R., «Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de Consumo», in *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Llamas Pombo, Eugenio*, volumen II, La Ley, Madrid (2006), p.151; MARÍN LÓPEZ, M. J., «Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo», in *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2011), p. 1.

⁶ Cause C-89/91, punto 18), 3 luglio 1997 Benincasa, C-269/95, punto 17 e 11 luglio 2002 Gabriel, C-96/00, punto 39. La logica è cambiata dopo la CGUE del 26 ottobre 2006 (*Mostaza Claro*, C-168/05, punto 25, nel contesto delle clausole abusive), per affermare: "il consumatore si trova in una situazione di



contrasto con il modello stabilito nei codici del XIX secolo, in cui le parti erano poste su un piano di parità⁷. Quindi quando vi sono buone ragioni per l'applicazione di norme imperative, si tratta di compensare e prevedere il necessario equilibrio formale tra i diritti e gli obblighi delle parti.

2.2. CONSIDERAZIONI SISTEMATICHE SUL DIRITTO DEI CONSUMATORI

2.2.1. *I tre sistemi fondamentali*

I sistemi legislativi dei consumatori si muovono fondamentalmente in tre direzioni principali. Uno, ispirato ai sistemi spagnolo, portoghese, greco e lussemburghese, che si sviluppa attorno a una norma generale di base insieme ad altre disposizioni di natura settoriale. La sua applicazione sarà determinata dall'oggetto⁸; o, forse, dai mezzi utilizzati nella conclusione del contratto⁹. Il pregio di tale sistema sarà la facilità di modifica e il rapido adattamento al diritto dell'Unione. Tuttavia, la sua natura frammentaria è stata duramente criticata dalla dottrina. Non è un compito facile. Una vera sistematizzazione è difficile e probabilmente non potrà essere raggiunta immediatamente, ma solo quando il pensiero scientifico su questi problemi sarà maturato un po' di più.

I sistemi che si ispirano ai modelli italiano e francese prevedono la creazione di un Codice del Consumo come principale corpo normativo di applicazione e vera e propria unità sistematica che riunisce la dispersione del diritto dei consumatori¹⁰; ampiamente ispirato ai diritti e ai possibili rimedi - in contrapposizione al *diritto comune* basato piuttosto sui possibili rimedi.

I sistemi ispirati al Codice Civile tedesco (BGB) stabiliscono, al contrario,

inferiorità rispetto al professionista sia in termini di potere contrattuale che di livello di informazione». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La protezione dei consumatori, la Costituzione spagnola e il diritto commerciale», in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid 1987, p.22. TWIGG-FLESNER, C., «La Directiva sobre derecho de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo en la Unión Europea», in CÁMARA LAPUENTE, S., ARROYO AMAYUELAS, E., *Revisión de normas Europeas y nacionales de protección a los consumidores*, Civitas 2012, p.95.

⁷ C-618/10 par. 40 e 17 luglio 2014 C-169/14 par. 23 e la giurisprudenza ivi citata. LLÁCER MATA CÁS, R., *Codificación del Derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, 2016, p.92.

⁸ Legge sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, che regola i contratti bancari e finanziari stipulati a distanza dai consumatori

⁹ Legge sulla società dell'informazione e sul commercio elettronico (LSSICE); ad esempio, contratti conclusi via elettronica.

¹⁰ HALPERIN, J. L., «L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire? », in *Revue d'histoire des sciences humaines* 1 (2001), pp. 9-32.

l'integrazione delle questioni relative ai consumatori e delle condizioni generali di contratto all'interno del Codice Civile. Ciò non è stato esente da critiche da parte della dottrina, in quanto la sua modifica potrebbe alterare le basi del sistema generale delle obbligazioni e dei contratti¹¹.

Comunque sia, quello che è certo è che alla fine del secolo scorso si sono verificati due processi: uno di frammentazione delle norme realizzato con norme speciali e staccate dal codice il cui scopo era quello di regolare istituti specifici nel campo del diritto dei contratti; e un altro, di unificazione del diritto dei contratti dell'Unione incarnato dal modello olandese e tedesco con il quale è iniziato un incipiente processo di ricodificazione¹². In questa linea, sarebbe stato emanato il Codice civile olandese del 1992, frutto di una profonda riflessione e assimilazione di diverse soluzioni dottrinali e giurisprudenziali, e anche di quelle esterne al diritto continentale. In particolare, la clausola di revisione del contratto *rebus sic stantibus* verrebbe inserita nell'art. 258 del Codice civile olandese; e nell'art. 313 del BGB tedesco verrebbe aggiunto quanto segue incorporerebbe la dottrina del fondamento dell'impresa¹³. Successivamente, in Francia e in Spagna sarebbe iniziata la modernizzazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti, rispettivamente nel 2005 e nel 2008, che avrebbe incluso l'assunzione di norme che regolano l'alterazione delle circostanze.

2.2.2. *Il sistema spagnolo*

Il sistema spagnolo può inserirsi nel quadro degli altri sistemi? A nostro avviso, no. Il nostro attuale sistema di consumo è in realtà una via di mezzo. Vediamo perché:

In Spagna c'è un chiaro rifiuto della creazione di un Codice del Consumo. Ciò è dovuto alla difficile delimitazione e al coordinamento delle norme in materia di consumo di competenza dello Stato e delle Comunità autonome, nonché alla difficoltà di riformare il diritto privato generale¹⁴.

¹¹ WITZ, C., «La réforme du droit allemand des obligations», in (Dir.) WITZ, C., RAINERI, F., *Droit comparé européen*, 3, Paris 2004, p.14.

¹² ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones, un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traduzione di ARROYO I AMAYUELAS, E., Bosch 2008, p.45.

¹³ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La modernizzazione del diritto delle obbligazioni in Alemania: un passo verso l'europizzazione del diritto privato», in *Revista de Derecho Patrimonial* marzo (2002), p.188.

¹⁴ CARRASCO PERERA, A., «La difesa dei consumatori e degli utenti: ambito di applicazione e portata



Nel corso del tempo, il regime giuridico spagnolo volto a proteggere i diritti dei consumatori si è cristallizzato in una serie di regolamenti settoriali¹⁵. In primo luogo, con la Legge 26/1984 sulla Legge Generale dei Consumatori e degli Utenti (LGDCU), è stata sviluppata un'incipiente regolamentazione dei consumatori basata sull'art. 51 della Costituzione spagnola. Tuttavia, la contrattazione a distanza non sarebbe stata regolamentata fino all'emanazione della Legge 7/1996 *Ley de Ordenación de Comercio Minorista* (LOCM) nei suoi precetti giuridici da 39 a 48. Così, consapevoli della mancanza di protezione dei consumatori nella contrattazione a distanza, è stata promossa la direttiva 97/7/UE, che ha armonizzato, almeno in minima parte e in modo imperfetto, le legislazioni degli Stati membri dell'UE¹⁶. Successivamente, con l'incorporazione della Direttiva 2001/31/CE e del suo regolamento di recepimento: la Legge sui Servizi Informatici e sul Commercio Elettronico (LSSICE), alcuni aspetti relativi ai contratti elettronici sono stati completati, anche se parzialmente.

In seguito, con la Direttiva 2011/83, gli aspetti informativi e il diritto di recesso dal contratto saranno armonizzati nella massima misura possibile. La sua incorporazione si sarebbe concretizzata con la legge 1/2007 del 16 novembre, Testo riveduto della legge per la difesa dei consumatori e degli utenti (TRLGDCU), abrogando così la legge 26/1984 LGDCU; anche se il culmine di questo processo di armonizzazione e unificazione sarebbe stato raggiunto solo con l'entrata in vigore della legge 3/2014 del 27 marzo. Nel complesso, dobbiamo convenire sulla mancanza di unità sistematica del modello spagnolo, che si basa in gran parte sullo sviluppo di leggi settoriali.

Il sistema spagnolo ruota attorno a una legge fondamentale: il *Texto Refundido de Ley de Consumidores y Usuarios* (TRLGDCU) e, per quanto riguarda l'oggetto del presente studio, i suoi articoli da 92 a 112. Fondamentalmente, questo testo giuridico ha rappresentato il primo passo verso la creazione di un Codice del Consumo in linea con il modello francese e italiano¹⁷. Tuttavia, in linea di massima, l'architettura di questo tipo di

del rimborso», in *Aranzadi civil* 8 (2008), pp. 2215-2225.

¹⁵ ALONSO BENITO, L. E., «Los orígenes del consumo de masas», in *Estudios de consumo* 6 (1985), p. 12; REYES LÓPEZ, M. J., «Concepto y características del derecho de consumo», in *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, 1, Madrid, 2009, p.1 e ss.

¹⁶ ANCOS FRANCO, A., «La tutela dei consumatori nella contrattazione a distanza», in *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 5 (2001), p. 629.

¹⁷ PERÉZ GURREA, R., «Código de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 729, 2012, p. 671; PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., «Reflexiones críticas acerca del régimen legal...», *op. cit.*, p.7.

contratto sarà determinata dal Codice civile, che stabilisce la perfezione contrattuale all'articolo 1.262 del Codice civile; e per quanto riguarda i contratti stipulati per via elettronica, dagli articoli 27 e 28 della Legge sui servizi di informazione e sul commercio elettronico (LSSICE); infine, dall'articolo 10 della Legge sulle condizioni generali di contratto (LCGC).

3. I PRINCIPI GIURIDICI CHE REGOLANO I CONTRATTI A DISTANZA CON I CONSUMATORI

3.1. FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONCETTO DI PRINCIPIO DI DIRITTO

Paolo definì il «*principio giuridico*» nel *De regulis iuris* del Digesto come *Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat* - la regola è quella che afferma brevemente la cosa così com'è. E aggiungeva: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*, cioè la legge non emana dalla norma ma la norma emana dalla legge (Digesto, 50,17,1). Per il diritto romano, i principi non sono elementi preesistenti del sistema giuridico, ma piuttosto il risultato della sua analisi.

I principi giuridici sono stati raggruppati dalla dottrina in tre tipi: a) principi di diritto naturale, che sono chiamati *natürliche Rechtsgrundsätze* o b) i principi tradizionali o nazionali, cioè quelli che danno forma e legano l'ordinamento giuridico; e c) i principi politici che informano e regolano il quadro costituzionale¹⁸. Tuttavia, una parte della dottrina rifiuta il carattere oggettivo di questa tesi, ritenendo piuttosto che i testi giuridici siano quelli che contengono alcuni principi generali del diritto¹⁹.

In questo senso, Norberto Bobbio ha affermato che i principi generali del diritto, più che un concetto specifico, comprendono «*una famiglia numerosa e piuttosto eterogenea di concetti*», sottolineando che non costituiscono una categoria semplice e unitaria. È «*con questa espressione si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto*»²⁰. Comunque sia, la dottrina ha raggruppatto questi principi attorno a tre concetti principali:

In primo luogo, i principi del diritto sarebbero regole guida per l'interpretazione e l'applicazione del sistema giuridico. Ovvero: tutte quelle azioni necessarie alla corretta

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, vol. I, Reus, Madrid 1962, p.363.

¹⁹ GARCÍA CANALES, M., «Los principios generales y los principios constitucionales», *op. cit.*, p.137.

²⁰ BOBBIO, N., «Principi generali di diritto», citato in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, p.264.



apprensione del significato e delle conseguenze della conoscenza²¹.

L'articolo 1.4 del Codice Civile spagnolo proclama il «*carattere informativo dell'ordinamento giuridico*», poiché, in sostanza, si tratta di una base logica che facilita la comprensione dal punto di vista dello scopo intrinseco della norma. DE DIEGO ha riassunto la comprensione teleologica delle regole nelle seguenti righe:

“esta vivificación de las reglas del Derecho en los actos de la vida, presupone estos elementos: 1º el Derecho, lo justo, que fulgurando como idea del entendimiento, pueda descender a la voluntad como propósito o proyecto a realizar; 2º una actividad a cuya virtud el Derecho sale de su estado potencial y la idea se convierte en hecho, y el propósito se cumple y la potencia sea actúa; 3º el Derecho puesto en la vida, realizando, positivo, en más lata acepción que no es otra cosa que el hecho informado en el Derecho, fruto, por consiguiente, de la congruencia de aquellos dos principios”²².

In secondo luogo, da un punto di vista ontologico, l'articolo 1.1 del Codice Civile incorpora i principi di diritto all'interno del sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico spagnolo²³; determinando una priorità «*en defecto de ley o costumbre...*» (articolo 1.4 del Codice Civile). Va chiarito che le fonti in senso tecnico o formale sono in realtà due: la legge e la consuetudine. La prima, determinata dallo Stato, è espressa in un testo giuridico; la seconda, stabilita dall'uso delle persone nella società²⁴. In altre parole, in senso tecnico o formale, i principi giuridici non sono una fonte del diritto. Piuttosto, lo saranno dotandoli di un senso di radice o di fondamento implicito nelle norme; o, in altre parole, diremmo che sono una fonte sussidiaria della Legge e della consuetudine, determinando, in tal senso, che il giudice ricorre ai principi della Legge per fondare la decisione adottata. Si tratta quindi, in sostanza, di una fonte di applicazione, non di produzione del diritto.

I principi generali che informano il sistema giuridico sono stati positivizzati attraverso norme generali (leggi o consuetudini) e norme individuali (sentenze). Tuttavia,

²¹ GADAMER affermava che la vera conoscenza comportava la *subtilitas intelligendi, la subtilitas explicandi* e la *subtilitas aplicandi*. Con ciò, l'autore tedesco afferma che la conoscenza è un'operazione profondamente spirituale che unisce gli orizzonti dell'intellezione, della spiegazione e dell'applicazione del significato. GADAMER, H. G., *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca 1994, p.378.

²² CLEMENTE DE DIEGO, F., *La jurisprudencia como fuente de Derecho*, Granada 2016, p. 30.

²³ La giurisprudenza non deve creare principi generali, poiché questi sono una fonte diversa, che precede la giurisprudenza e sono il risultato delle convinzioni sociali che prevalgono nella società. D'altra parte, la giurisprudenza può accettare nel suo seno e insieme ad altri che si trovano in circostanze diverse. DIEZ PICAZO, L., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid 1977, p.33.

²⁴ GARCÍA VALDECASAS, G., «Los principios generales del derecho en el nuevo título preliminar del Código civil», in *Anuario de Derecho civil* (1975), p. 333.

ciò non impedisce l'esistenza di principi espressamente sanciti dalla legge, come si può vedere negli artt. 1.258 del Codice Civile e 57 del Codice Commerciale, tra gli altri. In tal caso, la semplice menzione da parte del giudice sarà sufficiente per la loro effettiva applicazione. D'altra parte, altri principi, a causa della loro ampiezza e dell'elevato livello di astrazione, andranno oltre le norme giuridiche e consuetudinarie, che in buona logica colmeranno eventuali lacune giuridiche. Naturalmente, nel loro approccio rigoroso, i principi generali del diritto saranno consegnati come una fonte remota che permette al giudice di basare la sua decisione.

In terzo luogo, i principi generali del diritto assumeranno una direzione morale che ispirerà l'intera configurazione del sistema giuridico. In sostanza, quindi, l'obiettivo è quello di ottenere e permeare tutte le norme basando la loro applicazione su: la giustizia, il bene comune o l'*ethos* sociale; o, ancora, perché si ritiene che debbano far parte del regime giuridico di uno Stato di diritto (*lex specialis derogat generali*, irretroattività,...)²⁵. I diversi principi generali del diritto sono il risultato delle diverse concezioni esistenti. In particolare, la visione normativista ha assimilato i principi generali come regole estratte dal sistema normativo stesso; mentre alcuni dei suoi orientamenti dogmatici e giurisprudenziali concepiscono i principi come categorie formali che condensano il contenuto dei concetti giuridici fondamentali. Per la scuola storica, i principi giuridici rappresentavano fondamentalmente le fonti tradizionali del diritto. Tuttavia, i principi possono operare contemporaneamente o successivamente, a seconda delle circostanze, come una sorta di criteri ermeneutici, come fonti normative (si noti in questo senso la varietà di funzioni che il principio di buona fede può svolgere)²⁶.

D'altra parte, De Diego affermava che la giurisprudenza si muoveva in due direzioni: quella filosofica e quella storica. Nel primo, i principi generali costituirebbero dogmi giuridici universali (Scevola); o, se si vuole, disposizioni basate sull'equità ed elaborate con criteri razionali (Borsari). Per quanto riguarda quest'ultima, si tratterebbe del percorso che il legislatore deve seguire per dare forma alle regole del diritto. E poiché esistono lacune giuridiche, come ha affermato Giuliano a proposito del diritto romano, sarà necessario ricorrere alla creazione del diritto per mezzo di principi generali²⁷. Il

²⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., «Principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?», in *Revista de estudios políticos* (1997), p. 24.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ CLEMENTE DE DIEGO, F. C., *Derecho Civil*, Madrid 1931, p. 93.



problema è che queste sono espresse in una forma molto generale e astratta, motivo per cui alcuni autori hanno negato che abbiano il carattere di norme giuridiche²⁸.

3.2. LA BUONA FEDE COME ELEMENTO COSTITUTIVO DEL CONTRATTO

La buona fede opera come criterio eteronomo di integrazione nel quadro delle relazioni contrattuali. Di solito sono due gli ambiti in cui viene affrontato: a) soggettivo: come atteggiamento personale che permette di riconoscere determinati effetti. In particolare: la teoria dell'errore; b) l'oggettività come regola di interpretazione e integrazione.

Von Tur afferma che dal principio di *bona fides* del diritto romano, ispirato a valori puramente etici, emergono due aspetti: da un lato, la *treu una glauden* come canone di interpretazione e integrazione del negozio giuridico; dall'altro, la *guie glaube* come conoscenza degli elementi di fatto che circondano il fatto giuridico, cioè come elemento integratore del contratto volto a promuovere la difesa dell'onestà delle persone nei negozi giuridici²⁹. Tuttavia, il problema principale del principio di buona fede non è di natura concettuale, ma piuttosto del modo in cui dovrebbe operare in determinate circostanze³⁰. A tal fine, alcuni autori hanno sottolineato l'importanza che la legge definisca edelinei preventivamente la buona fede attraverso alcuni fatti di rilevanza materiale, non permettendo al giudice di fare le proprie considerazioni, come avviene nell'art. 7.1 del Codice Civile³¹.

La dottrina ha messo in guardia dal rischio di ridurre il concetto di buona fede ad aspetti legati alla diligenza e all'onestà, e quindi a una mera esperienza di vita. Dal punto di vista politico-legislativo, la dottrina tedesca ha difeso la sua formulazione come una sorta di *clausole generali*, quella italiana come *concetti elastici*. Si tratterebbe quindi di risorse normative che devono essere positivizzate per fungere da efficace collegamento

²⁸ GARCÍA CANALES, M., «Los principios generales y los principios constitucionales», in *Revista de estudios políticos* 64 (1989), p.134.

²⁹ VON TUHR, A., *Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*: bd. 1.-2. hälfte. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft. Duncker & Humblot 1914, p.134.

³⁰ HERNÁNDEZ GIL, A., «Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1979; RUBIO FERREIRA, D. M., *La buena fe. El principio general en el derecho civil*, Madrid 1984.

³¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Observaciones en torno a la buena fe», in *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, 1989, pp. 497-508.

tra il sistema giuridico e le circostanze esterne al sistema giuridico assimilate dalla società³². Si tratta di definire i limiti delle decisioni giudiziarie piuttosto che il contenuto sostanziale del bene in particolare. La questione sta nel determinare se la buona fede operi come criterio autonomo, o piuttosto come giudizio morale emesso dal sentimento sociale.

3.2.1. INFORMAZIONI PRIMA DELLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

3.2.1.1. *Contesto storico*

Nella vendita di beni, il Digesto contemplava il dovere di informare l'acquirente sulle circostanze dell'oggetto del contratto. È stata fatta una distinzione tra, da un lato, l'omissione di informazioni relative ai difetti del prodotto e, dall'altro, quegli altri elementi che avrebbero potuto essere occultati in modo fraudolento³³. In questo modo, il principio di buona fede regolerebbe il contratto determinando la corretta informazione dell'acquirente sul bene o sul servizio, in modo che il venditore sarebbe responsabile per qualsiasi difetto del prodotto non informato - servizi o difetti ignorati dalle parti - come è attualmente stabilito nell'art. 1.484 del Codice Civile spagnolo³⁴.

A titolo di esempio, Cicerone ci mostra il legame tra il principio di buona fede e il diritto all'informazione precontrattuale nel caso del mercante di Rodi³⁵. Quest'ultimo trasportava grano da Alessandria a Rodi in tempi di carestia con il conseguente aumento dei prezzi, considerando che altri mercanti di Alessandria andavano a Rodi con il grano: doveva dirlo ai Rodiani o vendere la sua merce al miglior prezzo possibile? A questo proposito, Cicerone articola un dialogo tra Diogene e Antipatro. Il primo propone una breve fornitura di informazioni, che permetterà di evitare qualsiasi tipo di informazione complementare, equindi di procedere alla vendita del grano al prezzo più alto possibile, perché una cosa è coprire e un'altra è tacere. Pertanto, non vi è alcun obbligo di informare

³² CORRADINI, D., Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato: dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942. A. GIUFFRÈ, 1970, p. 548; RODOTÀ, S., «Ideologie e tecniche della riforma del codice civile», in *Rivista del diritto commerciale* (1967), p. 83.

³³ Digesto 19, 1, 13, 2 e 3. In questo ordine, l'errore e la frode sono trattati in relazione ai doveri di informazione precontrattuale nel diritto civile. SCHERMAIER, M. J., «Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition», in SEFTON-GREEN, R., *Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, New York (2005), pp.40-64.

³⁴ DÍAZ BAUTISTA, A., Si no queda satisfecho con su esclavo, le devolvemos su dinero, <https://scientiablog.com/2018/10/23/si-no-queda-satisfecho-con-su-esclavo-le-devolvemos-su-dinero/> (accesso 14 marzo 2021).

³⁵ CICERONE, M. T., *De officiis*, III, 12-13.



l'altra parte di tutto ciò che richiede. D'altro canto, quest'ultima è favorevole a un'equa parificazione delle informazioni tra le parti, in quanto tale comportamento è più conforme alla legge, poiché l'occultamento di tali informazioni violerebbe il principio di buona fede. Cicerone segue il ragionamento di Antipatro distinguendo tra ciò che è utile e ciò che è onesto³⁶.

Ihering ha affermato che la buona fede è un mezzo per preservare ed estendere il diritto, la cui violazione è stata identificata in alcuni casi come un ritardo ingiusto o «*verwicklung*», una violazione del principio di buona fede³⁷. In questo senso, l'articolo I-1:103 del Quadro Comune di Riferimento (DCFR) proclama che la buona fede sarebbe un modello di comportamento che include elementi definitivi quali: l'onestà, la trasparenza e gli interessi della controparte; oppure, da un altro punto di vista, la vanificazione della fiducia ripostanella dichiarazione preventiva del datore di lavoro, che costituirebbe un atto contrario alla buona fede³⁸. Vale a dire: quell'intelligenza propria dell'adempimento dei diritti contrattuali, determinata dalla propria coscienza, alla luce dei valori di moralità, onestà e lealtà propri dei rapporti di convivenza nella società. In breve, si tratta di una regola di condotta inerente all'adempimento dei diritti, legata alla coscienza dell'operatore giuridico e adeguata al giudizio di valore che nasce dalla società³⁹.

3.2.2. ELEMENTI SOSTANZIALI DEL REGIME DI INFORMAZIONE SUI CONTRATTI

Il trattamento speciale riservato dal legislatore al regime informativo di questa tipologia di contratti si dimostra un mezzo qualificato di tutela del consumatore, il cui fondamento risiede nell'asimmetria commerciale, nello squilibrio strutturale e nell'equa distribuzione dei costi⁴⁰. Ma anche, e soprattutto, in considerazione dell'effettiva

³⁶ FERNÁNDEZ CABALEIRO, E., «Il principio della buona fede. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español», in *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* 460 (1967), pp. 931-941.

³⁷ LACABA SÁNCHEZ, F., «Pacta sunt servanda versus rebus sic stantibus», in *Revista de Derecho vlex* 191 (2020), epigrafe III.

³⁸ VON BAR, C., CLIVE, E., SHULTE NOLKE, H., BEALE, H., «Principi, definizioni e regole di un diritto civile europeo: il quadro comune di riferimento (DCFR)», in (Coord.) JEREZ DELGADO, C., *Boletín Oficial del Estado*, 2015.

³⁹ STS del 14 maggio 2002; STS dell'11 maggio 1992; STS del 15 giugno 2009.

⁴⁰ ARROYO SAN JOSÉ, L., «La información precontractual como elemento reequilibrador en la contratación de consumo», in (Dir.) GRAMUNT FOMBUENA, M., Y FLORENSA I TOMÁS, C. E., *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017. p.298; GÓMEZ CALLE, E., «Los deberes precontractuales de información», La Ley, Madrid, 1994, pp.12-26.

impossibilità di esaminare l'oggetto del contratto in questo tipo di transazione⁴¹.

In Spagna, per i contratti stipulati a distanza, il Codice Civile è la norma generale del sistema di obbligazioni e contratti; e, singolarmente, il TRLGDCU - risultante dall'incorporazione della Direttiva 2011/83 come asse centrale del regime dei consumatori nell'UE - stabilisce una norma comune per tutti i contratti dei consumatori (artt. 59-91); e singolarmente per i contratti stipulati a distanza (artt. 92-113). In particolare, negli artt. 97 e 98 del TRLGDCU, che riprendono l'art. 6.1 e il considerando (19) della Direttiva 2011/83, si trova un catalogo di obblighi formali e materiali a cui è necessario attenersi⁴².

In questo modo si stabilisce un legame tra pubblicità e contenuto contrattuale (STJUE del 18 dicembre 2014 C- 449/13), in modo che il contratto venga eseguito e adempiuto sulla base della coscienza sociale stabilita; non è necessario che questa sia stata precedentemente stabilita da qualche precetto legale, dall'uso o anche dalle parti intervenute (STS del 7 novembre 1988)⁴³; e l'inosservanza di quanto offerto sarà considerata come una violazione del contratto⁴⁴.

3.2.2.1. Elementi formali

I contratti conclusi a distanza devono essere formalizzati per iscritto. Il motivo è informare il consumatore, consentire la verifica della realtà contrattuale e accreditare l'adempimento di quanto concordato (art. 97.1 TRLGDCU); l'onere della prova è a carico

⁴¹ LLÁCER MATA CÁS, M. R., «Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de Consumo», in *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Llamas Pombo, Eugenio*, tomo II, La Ley, Madrid, 2006, p.151; MARÍN LÓPEZ, M. J., «Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo», in *Revista de Derecho de consumo CESCO* (2011), p.1.

⁴² MARCOS FRANCISCO, D., «Hacia un Derecho uniforme en la Unión Europea», in *Actualidad Civil*, La Ley, 12 (2012), p.1326.

⁴³ SOSA OLÁN, H., «Los deberes contractuales de información en materia de contratación a distancia ante la ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios», in *Revista de Derecho* 46 (2016), p.166. Díez-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1258 cc», in (Dir.) Díez-PICAZO, L. BERCOVITZ, R., SALVADOR, P., PAZ-ARES, C. *Comentario del Código Civil*, vol. 2, Madrid 1999, p.437; PASQUAU LIAÑO, M., «Jurisprudencia civil comentada: Código Civil», (Dir.), PASQUAU, M., (coord.) ALBIEZ, K.J., LÓPEZ, A., Comares Granada 2000, p.2148.

⁴⁴ BERCOVITZ CODRÍGUEZ-CANO, R., «La difesa contrattuale del consumatore o dell'utente nella Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid 1987, p.184. CUADRADO PÉREZ, C., «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada parte II», in *Revista crítica di diritto immobiliare*, 746, 2014, pag. 3015.



del professionista, come stabilito dagli artt. 97.5 e 97.8 TRLGDCU⁴⁵. Inoltre, il messaggio deve essere conforme alla tecnica di comunicazione utilizzata su un supporto durevole (art. 98.1 TRLGDCU)⁴⁶, in modo che prima di aggiungere i prodotti al «carrello» il consumatore sia informato sul metodo di pagamento e su eventuali restrizioni, in modo da poter annullare la transazione e riavviare il processo⁴⁷.

3.2.3. TERMINI E CONDIZIONI GENERALI

Nella vita commerciale moderna, un gran numero di contratti viene stipulato secondo moduli standard la cui regolamentazione è contenuta negli articoli 80.1 c) e 81 del TRLGDCU e nell'articolo 10.1 c) della Legge sulle condizioni generali di contratto (LCGC). Le caratteristiche di questo contratto dominano i servizi oggi comunemente utilizzati - digitali, finanziari - per gli indubbi vantaggi che offre all'imprenditore (risparmio di costi, rafforzamento della posizione nei confronti degli utenti, determinazione più precisa dei rischi e dei costi). Si tratta di contratti uniformi imposti dal datore di lavoro in cui la libertà contrattuale è molto limitata. L'applicazione del principio *in ambiguis contra stipulatorem*, il cui fondamento va ricercato nella buona fede, è pertanto appropriata e risulta implicito nell'art. 1.288 del Codice Civile; pertanto, l'interpretazione di clausole oscure o poco chiare non andrà a vantaggio di colui che le ha causate.

In questo senso, BETTI afferma che il principio di buona fede (che ha origine nella tradizione romana sopravvissuta nello *ius commune*) censura la parte che ha fissato i termini oscuri o ambigui. L'idea è che l'imprenditore che incorpora clausole che lo favoriscono lo faccia in modo chiaro, in modo che il consumatore ne sia consapevole⁴⁸. Ma non solo. La natura unilaterale del contratto determinerà il controllo offerto dalle

⁴⁵ SANTOS MORÓN, M. J., «Forma contrattuale e disarmonizzazione comunitaria», in *de Derecho Transnacional*, 2 (2010), p.210.

⁴⁶ Per supporto durevole si intende qualsiasi strumento che consenta al consumatore «di memorizzare le informazioni a lui personalmente dirette in modo da poterle consultare in futuro per un periodo di tempo adeguato allo scopo dell'informazione e che ne consenta la fedele riproduzione». Tra gli altri, sono considerati supporti durevoli «la carta, le chiavette USB, i CD-ROM, i DVD, le schede di memoria o i dischi rigidi dei computer, le e-mail e gli SMS» (art. 59.1 f) bis TRLGDCU).

⁴⁷ HALL, E. & HOWELLS, G., WATSON, J., «The Consumer Rights Directive - An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law (La direttiva sui diritti dei consumatori- Una valutazione del suo contributo allo sviluppo del diritto contrattuale europeo dei consumatori)», in *European Review of Contract Law* 8 (2012), p. 151.

⁴⁸ BETTI, E., *Le interpretazioni della legge e dell'atto giuridico. Teoria generale e dogmatica*, riveduta e ampliata a cura di G. C. Rifò, Milano, p.312.

condizioni generali di contratto in caso di possibile violazione della buona fede attraverso le condizioni generali⁴⁹.

3.2.4. CONDIZIONI ABUSIVE

La buona fede è un principio ispiratore che limita e impedisce l'applicazione di clausole abusive che causano un significativo squilibrio nei diritti e negli obblighi del contratto; o che, magari, mancano di chiarezza, rendendole di difficile comprensione (art. 10.1 c) LCGC e artt.82-91 TRLGDCU)⁵⁰. E sebbene nell'Antica Roma non esistessero condizioni generali di contratto, esistevano istituzioni volte a tutelare l'acquirente nel suo acquisto che incorporavano il principio della buona fede. Ne sono prova gli *editti* degli *aediles curuli*, che determinavano in modo molto dettagliato l'obbligo del venditore di dichiarare solennemente le caratteristiche e i difetti dello schiavo venduto. Se, infatti, si riscontrasse l'esistenza di vizi occulti non contemplati nella dichiarazione stessa, l'acquirente potrebbe procedere alla risoluzione del contratto; o, se necessario, esercitare l'azione di *quanti minoris* o di riduzione del prezzo⁵¹.

3.3. L'ESECUZIONE DEI CONTRATTI E LE SUE ECCEZIONI

3.3.1. NATURA VINCOLANTE DELLA PRESTAZIONE CONTRATTUALE

Nel suo commento all'ordine edittole *De pactis conventis* (Digesto 2.14.7.7) ULPIANO affermava il carattere vincolante degli accordi stipulati dalle parti. Il pretore ha sottolineato l'importanza del rispetto degli accordi stipulati dalle parti, affermando: *pacta conventa servabo*⁵². Nello stesso senso, le Decretales 1.35.1 proclamavano: *pacta novissima servari oportet* - i patti più recenti *devono* essere mantenuti - o, se si vuole, *pacta sunt servanda* - i patti devono essere rispettati. In quest'ordine, Paolo scrive: *in aestipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*- è l'esecuzione del contratto che

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. I Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid 1996, pp.49-50.

⁵⁰ PAGADOR LÓPEZ, J., «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predisuestas», in (Coord.) MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J., *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid 2012, p.109 e ss.

⁵¹ ULPIANO nel secondo libro *Ad Edictum curulium* traduzione del Digesto di D'ORS. WALLINGA, T., «La tutela del consumatore di Roma all'Unione Europea», in *Congreso Internacional de Derecho fundamentos romanísticos del Derecho de la UE y de los países Iberoamericano*, 11 aprile 2019.

⁵² CODICE DI GIUSTINIANO 2.3.12 del 230.



interessa, non la sua stipula -(Digesto 50.17.144). Ciò contribuì al mantenimento della pace sociale o *pax sevetur, pacta custodiantur* - che la pace sia preservata, che i patti siano osservati ⁵³. Il carattere autoritario della legge era quindi evidente per contribuire alla convivenza sociale alla pace⁵⁴.

Da un punto di vista sostanziale, esistono diversi precetti giuridici che determinano l'effettivo adempimento degli obblighi. Vediamo come:

a) L'art. 1.091 attribuisce forza di legge alle obbligazioni contrattuali. Il diritto privato spagnolo conferisce al contratto il carattere di *lex privata*: «*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*». In questo senso, Ruggiero ritiene che il modo migliore per stabilire l'obbligatorietà della prestazione contrattuale sia quello di assimilarla al rispetto della legge. Ma questo non significa che il contratto sia una fonte che crea regole giuridiche⁵⁵. Si tratterebbe piuttosto di una conseguenza logica del vincolo contrattuale, la cui efficacia può essere revocata solo per mutuo consenso o per le cause previste dalla legge. Nel nostro caso: il recesso del consumatore, per cui la sola volontà del consumatore gli consente di recedere dal contratto.

b) L'articolo 1.256 del Codice Civile stabilisce che l'esecuzione del contratto non può essere lasciata alla discrezione di una delle parti. La base si trova nel Digesto, come si legge nel Digesto 45,1,108: *stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione* o, l'altro che afferma: *nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit* (Digesto 45,1,7). Nell'ordine sistematico-sostanziale, troviamo uno stretto legame tra l'art. 1.256 e l'art. 1.115 del Codice Civile per convergere nell'invalidità di qualsiasi condizione lasciata alla volontà del debitore che promette; o, in altre parole, una promessa la cui validità dipende dalla volontà del promissario non sarà efficace.

Il precedente si trova nelle condizioni puramente potestative dell'art. 1.115 del Codice Civile in chiara connessione con l'art. 1.174 del Codice Francese che stabilisce che: *toute obligation est nulle lorsque'elle a été contractée sans une condition potestative*

⁵³ DE BELLEPERCHE, P., *Lectura institutionum*. Forni 1972, p.294.

⁵⁴ Si chiama pace, concordia o *consenso* quell'elemento che è impensabile per una società senza un minimo di accordo tra i suoi membri, in quanto il Diritto serve a stabilire e preservare un certo equilibrio tra conflitto e *consenso* sociale. TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid 2016, p.24.

⁵⁵ DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, Reus 1929, p. 300.

de la part de celui quis obligue. Anche se lo farà con alcune differenze, poiché il sistema francese si riferisce all'obbligo derivante da un contratto e quello spagnolo all'esecuzione della condizione; e sebbene i loro effetti siano simili, l'arbitrato nella nascita (o nell'esecuzione) degli obblighi non è lo stesso dell'esecuzione della condizione, poiché quest'ultima è un elemento accidentale dell'obbligo. Si noti che mentre l'art. 1.174 del Codice Civile francese e l'art.1.115 del Codice Civile spagnolo si riferiscono al debitore, l'art. 1.256 del Codice Civile spagnolo si riferisce alle parti contraenti, e il fatto che poi si riferisca all'adempimento è ancora più fuorviante, poiché questo non riguarda solo una delle parti contraenti, ma più precisamente il debitore⁵⁶.

Tutti i contratti hanno una forma. Si tratta di una fondata necessità di mostrare le volontà concordanti che le perfezionano; e sebbene il sistema delle Partidas e del Progetto di Codice Civile spagnolo del 1851 fosse formalista, l'attuale art. 1.278 del Codice Civile stabilisce l'obbligo di adempiere a quanto concordato, sancendo il principio della libertà di forma, ossia non sarà necessario completare un modello perché un contratto sia efficace, in conformità con l'Ordinanza di Alcalá e con l'indirizzo tradizionale dato dalla giurisprudenza e da quasi tutto il Codice Civile spagnolo⁵⁷. A questo proposito, Díez Picazo afferma che: «*Las partes al celebrar un contrato no se limitan a declarar que quieren algo, sino que declaran su intención de obligarse y efectivamente se obligan*»⁵⁸.

3.3.2. ECCEZIONE ALL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

3.3.2.1. *Approccio*

L'*exceptio non adimpleti contractus* si basa sulle reciproche obbligazioni derivanti dalla loro simultanea esecuzione, ed è un rimedio, basato sull'equità e sulla buona fede, che consente al debitore di rifiutarsi di eseguire ciò che si è impegnato ad eseguire, nel frattempo che l'altra parte non esegua ciò che è dovuto. Si tratta di mantenere l'equilibrio per tutto l'*iter* contrattuale, estendendo i suoi effetti dalla perfezione del contratto e, in caso di recesso del consumatore, fino a 14 giorni di calendario dopo la consegna della cosa o l'inizio della prestazione.

⁵⁶ POTHIER, R., *Traité des obligations*, Partie I, chapitre I, Paris 1895, p.28.

⁵⁷ ALMAGRO NOSETE, D. J., ALBALADEJO GARCÍA, D. M., *Comentario del Código Civil*, Volume II, Madrid, Ministerio della Giustizia spagnolo 1991, p.502.

⁵⁸ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho patrimonial*, vol. I, p.424.



In generale, gli obblighi generati dal contratto e su cui si articola l'eccezione all'adempimento devono essere bilaterali, esigibili e non soddisfatti (anche se non sempre). In questo ordine, si applica il principio della simultaneità dell'esecuzione, il cui archetipo si ritrova nella vendita, anche se, per ovvie ragioni, nei contratti conclusi a distanza essa sarà differita nel tempo. La parte che si oppone all'adempimento deve considerare la proporzionalità, in modo tale che se l'adempimento del contratto è contrario al principio di buona fede, la presentazione dell'eccezione volta a ritardare l'adempimento da parte dell'attore sarà contraria alla buona fede; quando questa si basa su un inadempimento di natura molto minore; o, forse, ciò che non è stato eseguito è di natura accessoria. In altre parole, sulla base del principio di buona fede, l'eccezione all'esecuzione contrattuale deve essere essenziale.

3.3.2.2. *Classificazione o tipologia*

La dottrina ha dibattuto sull'inserimento di alcune eccezioni all'esecuzione dei contratti, soppesando, a tal fine, attentamente ogni situazione⁵⁹. In particolare, si esamineranno: la revisione o la modifica di contratti successivi; l'eccessiva onerosità derivante dalla possibile modifica sopravvenuta delle condizioni che circondano il contratto; o, semplicemente, la particolare considerazione del contratto concluso a distanza in materia di consumo. In breve, l'eccezione all'adempimento non ha lo scopo di sanzionare l'inadempimento, ma di fornire un efficace equilibrio al rapporto giuridico.

Esistono diverse teorie. Vediamo quali sono:

a) Cambiamento di circostanze: clausola *rebus sic stantibus*

E poiché il diritto è un'arte inseparabile dal senso di equità e di patrimonio del giurista, non può essere confinato in una stretta logica formale o in una prospettiva dogmatica. Può accadere che le circostanze che regolano il contratto rendano necessario il suo annullamento per buone ragioni⁶⁰. Nell'antica Roma, la necessità di correggere e

⁵⁹ SOLAR CAYON, J. I., *Il realismo giuridico di Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 2005, p.140; DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona 2012, p. 146; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, p.349.

⁶⁰ SÁNCHEZ HIDALGO, A. J., *Epistemología y metodología jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p.20.

temperare gli accordi autorizzava il pretore a modulare gli effetti del contratto quando si constatava che l'esecuzione del contratto avrebbe portato a un risultato manifestamente ingiusto⁶¹. Così, come indica l'Africano, esiste una clausola tacita all'interno della prestazione affinché questavenga eseguita finché le circostanze che hanno determinato la conclusione del contratto rimangono invariate; ovvero, «*tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*» (Digesto 46, 3, 38)⁶².

Ancora di più: «*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*» - i contratti che hanno subito qualche cambiamento certamente rilevante, e che rendono la loro esecuzione eccessivamente onerosa fin dal momento della loro conclusione, il creditore può procedere alla risoluzione degli stessi. E sebbene questo principio non sia stato ripreso dai Codici francese, tedesco, italiano spagnolo, può essere implicitamente ripreso nell'art. 1.258 del Codice Civile.

In realtà, la clausola *rebus sic stantibus* è stata respinta in Francia per due motivi: l'abuso di questo principio da parte dei tribunali e l'avanzare del nuovo razionalismo positivista che predicava l'istituzione di un sistema giuridico basato su principi solidi come la certezza giuridica dei contratti⁶³. Con la Rivoluzione francese, l'autonomia della volontà fu sancita come principio fondamentale e, poiché *inclusio unius exclusio alterius*, la dottrina dell'alterazione delle circostanze fu così bandita dal processo di codificazione. In effetti, la dottrina francese ha respinto la teoria dell'imprevedibilità, che avrebbe portato all'irrevocabilità assoluta del contratto nel Codice civile francese del 1804. E più attualmente nell'art. 1.134 del Codice Civile francese⁶⁴.

Come afferma Larenz, la dottrina della clausola *rebus sic stantibus*, a causa della sua genericità e indeterminatezza, cadde in disuso nella letteratura giuridica alla fine del XVIII secolo⁶⁵. Non acquistò nuova validità all'epoca delle guerre napoleoniche e del

⁶¹ GARCÍA CARACUEL, M., *Evolución histórica: Pacta sunt servanda versus rebus sic stantibus*, Madrid 2014, p.36; JIMÉNEZ GIL, W., «La teoría de imprevisión, ¿regla o principio?», in *Revista de Derecho y ciencias sociales*, n. 2, Cundinamarca 2009, p.18. ZIMMERMANN, R., *Goodfaith in European contract law*, Cambridge University Press, Common Core Series 2000, p.17; LENEL, O., «La cláusula rebus sic stantibus», in *Revista de Derecho Privado*, luglio-agosto 1923, p.195.

⁶² BADENES GASSET, R., *El riesgo imprevisible*, Barcelona 1946, p.32.

⁶³ DÓRR ZEGERS, J. C., «Notas acerca de la teoría de la imprevisión», in *Revista chilena de Derecho*, 12, p.254.

⁶⁴ GALLO, P., *Soppravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, Milano 1992, p.85.

⁶⁵ LARENZ, K., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: (Die Bedeutung «veränderter Umstände» im Zivilrecht)*, CH Beck, 1963.



bloccocontinentale, né in seguito agli sconvolgimenti delle guerre rivoluzionarie e alla dissoluzione del Primo Impero tedesco. Sembra che la «Scuola storica del diritto», con la sua presa di distanza dall'*usus modernus* e la sua avversione per il diritto naturale, la scienza giuridica tedesca abbia smesso di occuparsi di questo problema. Questa dottrina non è ripresa nel *System des römischen Rechts* di SAVIGNY, né nella maggior parte dei trattati del XIX secolo sulla *pandectas*⁶⁶.

b) Base del negozio giuridico

Sebbene in Germania il *rebus sic stantibus* sia stato inizialmente respinto, è stato in larga misura assimilato alla teoria della «base della transazione» (*Geschäftsgrundlage*)⁶⁷. Ovvero:

“una representación mental de una de las partes conocida y no rechazada en su totalidad por la otra o a la común representación de las diversas partes, sobre la existencia o sobre la aparición de ciertas circunstancias en las que se basa la voluntad negocial, de tal manera que si no existen esas circunstancias o desaparecen posteriormente, sin que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de su desaparición, la parte perjudicada tiene derecho a resolver el contrato”⁶⁸.

Ciò porta a ritenere che se le basi dell'attività (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) sono seriamente alterate, ciò consentirebbe di modificare i termini del contratto o, forse, di risolvere il contratto. Questa idea è contenuta nel § 313 BGB, la cui base si ritrova in diversi testi attuali di diritto uniforme (art. 6.2.1-3 Principi Unidroit) e nella nuova *soft law* europea (art. 6.111 Principi di diritto contrattuale europeo (*Principles European Civil Law*, ECL); art. 3.-1.110 Quadro comune di riferimento (*Common Frame of Reference*, DCFR) e art. 97 Codice europeo dei contratti)⁶⁹.

In breve, la dottrina tedesca ipotizza la risoluzione del contratto come conseguenza dell'alterazione delle circostanze che regolano il negozio giuridico; a tal fine si considerano: gli interessi delle parti interessate al momento della conclusione del

⁶⁶ LARENZ, K., «Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, in *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1956, p.28.

⁶⁷ LARENZ, K., SCHOLLMAYER, M., «Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage. Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß § 313 BGB, Mohr Siebeck, Tübingen, 491 2014, p.45.

⁶⁸ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 24, Madrid 1993, p. 878.

⁶⁹ Recensione di SCHOLLMAYER, M., *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage. Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß § 313 BGB*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, in ANDRÉS SANTOS, F, J., *Anuario de Derecho civil*, 2015, p.1517.

contratto e la conoscenza meno degli elementi su cui il contratto si basa.

c) Rischio imprevedibile

La caratteristica principale di questa ipotesi si basa su giustificazioni oggettive (l'equivalenza delle prestazioni o la dottrina etica del diritto), in particolare, da quegli eventi non previsti al momento della conclusione del contratto che rendono la sua esecuzione estremamente onerosa o sfavorevole per una delle parti⁷⁰. In quest'ordine di cose, dobbiamo ricordare almeno brevemente gli elementi che delineano e sviluppano la dottrina del rischio imprevedibile: a) l'aggravamento delle condizioni della prestazione e, con questo, l'eccessiva onerosità della prestazione per il debitore; b) che il rischio non sia stato l'asse centrale attorno al quale è stato concluso il contratto; c) l'assenza di dolo delle parti; d) che si tratti di un contratto a tratti successivi o a esecuzione differita; e) che la modifica delle circostanze sia stata successiva alla firma del contratto.

Sebbene non vi siano prove evidenti dell'esistenza dell'eccezione all'esecuzione degli accordi nell'Antica Roma⁷¹. Se è implicitamente annotato nei rispettivi manoscritti di Cicerone e Seneca, che, in una prospettiva stoica, articolavano un discorso basato sulla moralità come mezzo legittimo per modificare l'adempimento degli accordi.

Da un lato, Cicerone afferma nel *De Officiis*: “*Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere*” - se, dopo che sono diventato pazzo, pretendo da te la restituzione della spada che ti ho lasciato in deposito quando ero sano di mente, è giusto non restituirla -⁷². E d'altra parte, Seneca, nel *De Beneficiis* proclama: “*tu ne fidem fallam, tunc inconstantia crimen audiam, siquum omnia e adem sint, quae erantpromitente me, nonpraestitero promissum: alio qin quidquid mutatur, libertatem facit deintegro consulendi, et mefide liberat*” - non avrò tradito la mia parola né commesso infedeltà, ameno che le cose non rimangano come quando ho fatto la promessa. L'alterazione anche di un solo aspetto dell'accordo mi

⁷⁰ HAURIOU, M., «La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales», in *Revista de Derecho Privado*, vol. 13, 148 (1926), p.1; KÖBLER, R., Die «clausula rebus sic stantibus» als allgemeiner Rechtsgrundsatz», Mohr, Tübingen, 1991; GARRIDO GÓMEZ, M. I., «Lo que queda del principio clásico Pacta Sunt Servanda», in *Derecho y Cambio Social*, vol. 8, 25 (2011), p.9.

⁷¹ ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid 2000, p.135.

⁷² CICERÓN, M. T., *Sobre los deberes*, Alianza Editorial 2001; ZIMMERMANN, R., *The law of obligations: roman foundation of the civil tradition*, Oxford University Press, Juta & Co. Ltd. South Africa, 1990-1996, p. 579.



permetterà di deliberare nuovamente, e quindi di non mantenere la parola data⁷³. E soprattutto nella sua citazione più famosa: *omnia esse debet eadem quae fuerunt cum promitterem, ut promittentis fidem teneas*: perché tu possa pretendere da me una prestazione, tutte le cose devono essere uguali a quando mi sono legato⁷⁴. Ancora: *promisi aduocationem: postea apparuit, per illam causam praeiudicium in patrem meum quaeri* (promisi di difenderti in tribunale, ma poi scoprii che l'interesse della tua causa è danneggiare mio padre); *promisi meperegre una exiturum: sed iter infestari latrociniiis nuntiatur* (avevo promesso di accompagnarti nel tuo viaggio, ma poi ho saputo che la strada è infestata dai ladri); *rem praesentem uenturus fui: sed aeger filius, sed puerpera uxor tenet* (dovevo assisterti personalmente in una questione, ma mio figlio è malato e mia moglie ha le doglie).

d) Ritiro *ad nutum*

La revoca del contratto è un'eccezione al regime generale delle obbligazioni e dei contratti in cui nessuna delle parti è inadempiente. Si tratta di un potere legalmente attribuito al consumatore per il solo fatto di aver concluso il contratto a distanza. Nel nostro sistema giuridico ci sono figure che hanno una certa somiglianza con questo istituto giuridico. Ci riferiamo alle clausole facoltative di risoluzione del contratto, il cui divieto è previsto dagli articoli 1.256 e 1.115 del Codice civile. La dottrina classica le ha raggruppate in tre tipi di condizioni obbligatorie: condizioni puramente facoltative e condizioni puramente opzionali:

- 1) Le condizioni meramente potestative si basano su una manifestazione di volontà esclusiva del debitore che è nulla per imperio giuridico (art. 1.115 I e art. 1.256 del Codice Civile). La loro interpretazione deve essere restrittiva, lasciando aperto il campo della validità delle transazioni dipendenti da una condizione potestativa ai casi non coperti dal divieto;
- 2) Le condizioni puramente elettive dipendono dalla volontà di una o di entrambe le

⁷³ SENECA, L. A., *De Beneficiis*, libro IV, capitolo XXXV. Disponibile online in latino all'indirizzo http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/sen_bienfaitsIV/-lecture/-4.htm, accesso aprile 2022. Disponibile online nella traduzione spagnola di FERNÁNDEZ NAVARRETE, P. all'indirizzo http://bib.us.es/-guiaspormaterias/ayuda_invest/derecho/deBeneficiis.htm, consultato nel luglio 2014.

⁷⁴ Tra una frase e l'altra, Seneca illustra il suo insegnamento con alcuni esempi: *Ibidem*.

parti contraenti e da altri fatti esterni che contribuiscono alla loro formazione. Sono validi in conformità con le norme STS 29-11-1919 e STS del 10-12-1960, tra le altre. Nell'ordine, si riportano alcuni esempi esemplificativi: a) il contratto di unione civile per volontà di uno dei partner (art. 1.700.4 del Codice civile); b) il contratto di mandato per: revoca o dimissioni; morte o insolvenza del mandante o del mandatario; istituzione di misure di sostegno per il mandatario; costituzione a favore del mandante della curatela fallimentare salvo quantoprevisto per i mandati preventivi (art. 1.732 del Codice civile); c) la revoca della donazione per sopravvivenza di figli o per ingratitudine (art. 1.732 del Codice civile). 1.732 del Codice Civile); c) la revoca della donazione per sopravvivenza di figli o per ingratitudine (artt. 644 e 648 del Codice Civile); la vendita per prova (art. 1473 del Codice Civile) e la revoca convenzionale (art. 1.507 del Codice Civile). A questo proposito, García Goyena ha affermato che la condizione meramente potestativa è quella che «*depende puramente de la voluntad de una de las partes*», la tradizione storica dovrebbe essere accettata (Partida VI, Titolo 4, Legge 1.a) considerando che nulla dipende totalmente e unicamente dalla volontà e dal potere dell'uomo «*que no haya lugar en ello a la providencia*», cioè che in realtà la condizione veramente potestativa non esiste⁷⁵.

Tuttavia, le caratteristiche particolari dei contratti conclusi a distanza dai consumatori hanno portato alla creazione di un vero e proprio regime giuridico che consente di recedere dal contratto senza fornire alcuna motivazione (*ad nutum*), per un periodo di 14 giorni di calendario. Con il quale si articola una vera e propria revoca legale per i contratti a distanza con i consumatori, istituita dall'art. 102 del TRLGDCU per i contratti in generale, e dall'art. 10 della Legge 22/2007 per i contratti a distanza di servizi finanziari in particolare. Il consumatore può recedere dal contratto senza indicarne il motivo, ovvero quando l'oggetto o il servizio non lo soddisfa.

3.3.3. IL DIRITTO DI RECESSO COME VERO E PROPRIO MEZZO DI REVOCA DEL CONTRATTO

Affinché il diritto di recesso possa essere esercitato nel contesto dei contratti con i consumatori, devono essere soddisfatte le seguenti condizioni:

⁷⁵ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, 1852.



a) Esistenza di un contratto sinallagmatico tra il professionista e il consumatore -. È evidente lo squilibrio in termini di potere e di informazione a cui è sottoposto il consumatore. Pertanto, l'applicazione del recesso diventa particolarmente interessante per quei contratti bilaterali basati su obblighi reciproci - tratto unico o successivo -, il cui esercizio deve essere gratuito, e comporterà l'annullamento del contratto, senza l'imposizione di alcuna sanzione, sia economica che contrattuale (ad esempio, il divieto di contrarre per un certo periodo di tempo), come stabilito dall'art. 68 TRLGDCU.

b) Esercitare in conformità al principio di buona fede. L'esercizio del diritto di recesso non richiede l'inadempimento della controparte perché si basa sulla mera liberalità del consumatore (*ad nutum*). Non è raro trovarsi in presenza di clausole di continuazione nei contratti di servizio. Da qui l'opportunità di esaminarli secondo il principio di buona fede per stabilire: a) se la violazione del vincolo temporaneo sia legittima o se comporti il pagamento di un indennizzo al datore di lavoro (SAP di Barcellona del 29 marzo 2010). Ricordiamo il doppio controllo di incorporazione e contenuto messo in atto dal TRLGDCU e dalla Legge sulle condizioni generali di contratto (LCGC); b) se la consegna di regali (ad esempio, terminali telefonici) da parte del datore di lavoro mediante clausole penali può costituire un ostacolo al legittimo esercizio del recesso, almeno durante il periodo legalmente stabilito di 14 giorni di calendario (dalla conclusione del contratto).

Una volta scaduto tale periodo, il contratto sarà risolto in applicazione dell'art. 68.3 TRLGDCU, che recita: «*en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato*».

4. CONCLUSIONI

Per non evitare il rischio connesso alla conclusione di contratti a distanza da parte dei consumatori, è stato istituito un vero e proprio regime giuridico, basato essenzialmente su due istituti giuridici descritti nella Direttiva 2011/83/UE: a) l'informazione precontrattuale. Il cui fondamento più sensato va ricercato nel principio di buona fede presente in varie fonti storiche e giuridiche del Digesto e delle Decretali; e, come abbiamo già anticipato, in altre fonti più attuali del diritto dell'UE; b) il diritto di recesso come eccezione all'esecuzione del contratto *-pacta sunt servanda-*. In questo

modo, non si intende sanzionare l'inadempimento del contratto, ma fornire un equilibrio efficace al rapporto giuridico che è seriamente compromesso dalle circostanze che circondano questo tipo di contratto. In breve, si è visto come il criterio etico si manifesti nei principi giuridici destinati a disciplinare il contratto, e lo faranno indipendentemente dal fatto che siano inclusi o meno in un testo giuridico. La ragione sta nell'immanenza dei criteri morali della persona. Non si può quindi fare a meno di loro, perché in realtà costituiscono una parte essenziale dell'essere umano e quindi della società.