

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO DI REFERENDARIO NEL  
RUOLO DELLA CARRIERA DI MAGISTRATURA DELLA CORTE DEI CONTI  
2022-2023**

**GIAPPICHELLI EDITORE**

**Responsabile scientifico  
Vincenzo Lopilato**

**ESTRATTI LEZIONI DEL 13 DICEMBRE 2022 – 10 OTTOBRE 2022  
di Vincenzo Lopilato**

**Diritto civile**

## Argomento 1

### **TRACCIA**

## **Soppravvenienze e obblighi di rinegoziazione con particolare riferimento all'emergenza sanitaria e alla sua rilevanza nell'ambito dei contratti di locazione.**

**Nota.** Si rinvia alla lezione del 13 dicembre 2022 per lo sviluppo della traccia.

### A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 16, par. 40, pagg. 1199-1206 (si tratta di un paragrafo di diritto civile).

### B. Giurisprudenza

1. Primo orientamento: possibilità in presenza di un contratto di locazione ricorrere al rimedio della rinegoziazione, che nasce dalla buona fede: **Trib. di Roma, sez. VI civ., ordinanza, 27 agosto 2020.**

*Omissis.*

**Fatto**

1. Con ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., depositato in data 25 giugno 2020, QGL Gestioni s.r.l. – premesso di condurre in locazione gli immobili siti in Roma, piazza (omissis) e via (omissis), in forza di contratto di locazione ad uso commerciale (per attività di ristorazione) stipulato in data 10 gennaio 2017 con Gemma s.r.l., per un canone annuo di € 96.000, e di aver stipulato, a garanzia del puntuale e corretto adempimento delle obbligazioni nascenti del predetto contratto di locazione, in data 06.03.2017, con l'istituto di credito Banca Carige, apposita fideiussione bancaria a garanzia dell'importo massimo di € 72.000, poi ridotta, dal 30.11.2017, all'importo massimo di € 48.000 – ha adito questo Tribunale chiedendo: “1. con decreto inaudita altera parte, ordinare all'odierna resistente, Gemma S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., (i) di non escutere la fideiussione n. (omissis), prestata da Banca Carige, in favore di Gemma s.r.l., a garanzia delle obbligazioni assunte con il contratto di locazione, (ii) disporre la riduzione del 50% del canone di locazione mensile a decorrere dal mese di aprile 2020 e fino all'ordinanza (iii) o, in subordine, disporre la sospensione nella stessa misura, o nella diversa misura che riterrà di giustizia, a decorrere dal mese di aprile 2020 e fino all'ordinanza; disporre ogni altro provvedimento d'urgenza, che appaia, secondo le circostanze, più idoneo a eliminare il pregiudizio subito e subendo dalla conduttrice per tutti i motivi meglio dedotti nel corpo dell'atto e, contestualmente, fissare l'udienza di comparizione delle parti assegnando al ricorrente termine per la notificazione del ricorso e dell'emittendo decreto e, a tale udienza, confermare i provvedimenti emanati con detto decreto e sopra richiesti. “2. Ove non siano ritenuti sussistenti i presupposti per l'emissione del decreto inaudita altera parte, fissare la comparizione delle parti in contraddittorio, procedendo nel modo ritenuto opportuno agli atti di istruzione ritenuti indispensabili e, con ordinanza: “a) ordinare all'odierna resistente, Gemma S.r.l., di non escutere la fideiussione n. (omissis), prestata da Banca Carige, in favore di Gemma s.r.l., a garanzia delle obbligazioni assunte con il contratto di locazione;

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 2 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

“b) disporre la riduzione del 50% del canone di locazione mensile a decorrere dal mese di aprile 2020 e fino al mese di marzo 2021, o nella diversa misura e fino alla diversa data che riterrà di giustizia; in subordine, disporre la sospensione del 50% del canone di locazione mensile dovuto dall’odierna ricorrente alla Gemma S.r.l. dal mese di aprile 2020 e fino alla mensilità di marzo 2021 e prevedere contestualmente un piano di rientro delle somme dovute in numero 48 rate a cadenza mensile con decorrenza da aprile 2021 o nella diversa misura e fino alla diversa data che riterrà di giustizia; 3. disporre ogni altro provvedimento d’urgenza, che appaia, secondo le circostanze, più idoneo a eliminare il pregiudizio subito e subendo dalla conduttrice”.

2. Con decreto in data 24 luglio 2020, ritenuti non sussistenti i presupposti per l’emissione di un decreto inaudita altera parte, questo giudice ha fissato l’udienza di discussione del ricorso al 6 agosto 2020, con trattazione scritta, poi differita al 18 agosto 2020 per tentativo di bonario componimento a seguito di proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c..

3. Con comparsa di costituzione del 6/08/2020 si è costituita Gemma s.r.l., che ha chiesto il rigetto delle domande, deducendo l’inammissibilità delle doglianze proposte per mancata indicazione delle domande di merito, e la sua infondatezza nel merito in ragione dell’assenza di *fumus boni iuris*.

4. Occorre preliminarmente rigettare l’eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata indicazione delle domande di merito. Invero queste possono desumersi per *tabulas* dallo stesso ricorso introduttivo in ragione della implicita coincidenza tra le suddette domande e quelle poste ex art. 700 c.p.c.

5. Il ricorso è suscettibile di favorevole considerazione sotto il profilo del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. La QGL Gestioni s.r.l., infatti, pone a sostegno della sua domanda la violazione dei canoni di buona fede in senso oggettivo e della solidarietà da parte della Gemma s.r.l. nella fase successiva alla stipulazione del contratto di locazione in oggetto. Secondo le prospettazioni della ricorrente, invero, la resistente non avrebbe ottemperato all’obbligo, derivante dalla clausola generale di buona fede e correttezza, di ricontrattare le condizioni economiche del contratto di locazione a seguito delle sopravvenienze legate all’insorgere della pandemia per Covid-19. Orbene, questo giudice non ignora che in base al testo normativo dell’art. 1467, comma 3, c.c. e all’orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte sul punto, la rettifica delle condizioni contrattuali “*squilibrata*” può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l’azione di risoluzione, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non può pretendere che l’altro contraente accetti l’adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite. Tuttavia deve ritenersi che lo strumento della risoluzione giudiziale del contratto “*squilibrato*” volta alla cancellazione del contratto, nella misura in cui quest’ultimo non contenga alcuna clausola di rinegoziazione derogatrice della disciplina legale, soprattutto per i contratti commerciali a lungo termine, possa in alcuni casi non essere opportuna e non rispondente all’interesse della stessa parte che, subendo l’aggravamento della propria posizione contrattuale, è legittimata solo a chiedere la risoluzione del contratto “*squilibrato*” e non anche la sua conservazione con equa rettifica delle condizioni contrattuali “*squilibrata*”. Certamente la crisi economica dipesa dalla pandemia Covid e la chiusura forzata delle attività commerciali – ed in particolare di quelle legate al settore della ristorazione – devono qualificarsi quale sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale; invero, nel caso delle locazioni commerciali il contratto è stato stipulato “*sul presupposto*” di un impiego dell’immobile per l’effettivo svolgimento di attività produttiva, e segnatamente nel caso di specie per lo svolgimento dell’attività di ristorazione. **Ciò posto, si ritiene che pur in mancanza di clausole di rinegoziazione, i contratti a lungo termine, in applicazione dell’antico brocardo “*rebus sic stantibus*”, debbano continuare ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando rimangono intatti le condizioni ed i presupposti di cui essi hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio. Al contrario, qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d’autore.

Giappichelli Formazione

**contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.).** Orbene, sulla questione dell'ammissibilità di un'azione riduzione in via equitativa dei canoni di locazione in ragione del mancato rispetto dei canoni di buona fede e correttezza, proposta in via principale senza previa domanda di risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità, si rileva come secondo un diffuso orientamento dottrinale (cfr., ex aliis, V. Roppo, *Il contratto*, 2011, Giuffrè) condiviso da questo giudice, la buona fede può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente nei casi in cui si verificano dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che soppingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto. Nello specifico, secondo il citato orientamento, le suddette circostanze vengono a verificarsi nel caso dei cosiddetti contratti relazionali implicanti un rapporto continuativo tra le parti e che mal tollerano la risoluzione del contratto. All'interno della suddetta categoria sembrano poter rientrare anche i contratti di locazione di beni immobili per l'esercizio di attività produttive. In tal caso, infatti, l'eventuale risoluzione del contratto per eccessiva sopravvenuta onerosità comporterebbe inevitabilmente la perdita dell'avviamento per l'impresa colpita dall'eccessiva onerosità e la conseguente cessazione dell'attività economica. In siffatte ipotesi sorge, pertanto, in base alla clausola generale di buona fede e correttezza, un obbligo delle parti di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale del contratto. La clausola generale di buona fede e correttezza, invero, ha la funzione di rendere flessibile l'ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore. Si evidenzia peraltro che, come è stato evidenziato dalla resistente, sono state previste a livello statale una serie di misure volte a ridurre l'impatto finanziario delle pandemia nelle attività produttive. Tra le suddette misure rileva in particolare per il caso che qui ci occupa la previsione di cui all'art. 65 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 convertito in legge n. 27/2020 di un credito di imposta del 60% sui canoni di locazione pagati nel marzo 2020. Nonostante lo sforzo fatto dal legislatore, le suddette misure non sembrano tuttavia essere sufficienti, almeno nel caso di specie, a riportare in equilibrio il contratto entro la sua normale alea atteso che nella fattispecie a fronte del recupero di poco più della metà del credito di imposta per un solo mese si sono verificate delle perdite nette dei ricavi per i mesi di marzo, aprile, maggio di euro 136.555,11 rispetto al corrispondente periodo di gestione dell'anno precedente. Tanto rilevato, anche in presenza dell'intervento generale del legislatore per fare fronte alla crisi economica causata dal Covid-19, deve ritenersi doveroso in tale ipotesi fare ricorso alla clausola generale di buona fede e di solidarietà sancito dall'art. 2 della Carta costituzionale al fine di riportare il contratto entro i limiti dell'alea normale del contratto. In tali situazioni non sembra possa dubitarsi in merito all'obbligo delle parti di addivenire a nuove trattative al fine di riportare l'equilibrio negoziale entro l'alea normale del contratto. A tal punto sembra prima facie essere stato violato da parte della resistente il canone di buona fede in senso oggettivo. Quest'ultima ha infatti dedotto di essersi resa disponibile a ridurre del 30 per cento l'importo dei canoni di locazione per i mesi di marzo, aprile e maggio 2020, impegnandosi a non escutere la fideiussione sino a quando la situazione debitoria sarà inferiore al 30.000 euro. Tali asserzioni sembrano tuttavia sformate di un adeguato impianto probatorio a sostegno. In particolare le dichiarazioni di disponibilità circa la volontà di non voler escutere la fideiussione e di ridurre del 30 per cento l'importo dei canoni sembrano inoltre essere effettuate per la prima volta dal difensore della resistente in questa sede in assenza di idonea procura per disporre in questo giudizio della res sostanziale di cui si controverte. Pertanto, in ragione della mancata ottemperanza della parte resistente ai doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà, sembra necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell'alea negoziale normale, disponendo la riduzione del canone di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021; si rileva al riguardo che, anche dopo la riapertura dell'esercizio commerciale, l'accesso della clientela è contingentato per ragioni di sicurezza sanitaria. Si dispone

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 4 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*altresì la sospensione della fideiussione in oggetto fino ad una esposizione debitoria del conduttore di 30.000 euro. Alle medesime conclusioni si perviene qualificando la suddetta fattispecie come peculiare ipotesi di impossibilità della prestazione della locatrice resistente di natura parziale e temporanea (cfr. Tribunale di Roma, sezione V civile, ordinanza del 29 maggio 2020, r.g. n. 18779/2020), attesa la sostanziale impossibilità di utilizzazione dei locali locati per l'attività di ristorazione, idonea ad incidere sui presupposti alla base del contratto, e che dà luogo all'applicazione del combinato disposto degli articoli 1256 c.c. (norma generale in materia di obbligazioni) e 1464 c.c. (norma speciale in materia di contratti a prestazioni corrispettive). Le conseguenze di tale vicenda sul contratto – ferma la circostanza che alcuna delle parti ha manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale – non sono dunque né solamente quelle della impossibilità totale temporanea (che comporterebbe il completo venir meno del correlato obbligo di corrispondere la controprestazione: si veda in tal senso Cass. 9816/2009) né quelle della impossibilità parziale definitiva (che determinerebbe, ex art. 1464, una riduzione parimenti definitiva del canone). Trattandosi di impossibilità parziale temporanea, il riflesso sull'obbligo di corrispondere il canone sarà dunque quello di subire, ex art. 1464 c.c. una riduzione destinata, tuttavia, a cessare nel momento in cui la prestazione della resistente potrà tornare ad essere compiutamente eseguita.*

*Omissis.*

## **2. Secondo orientamento: inammissibilità della richiesta di riduzione del canone: Trib. Roma, 31 luglio 2020.**

*Omissis.*

*l'eventuale crisi di liquidità del debitore va valutata quale rischio posto a carico dello stesso anche se riferita ai mesi di lockdown.*

*Omissis.*

## **D. Normativa**

### **1. Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), convertito in Legge 17 luglio 2020, n. 77.**

#### **Art. 216 (Disposizioni in tema di impianti sportivi), comma 3.**

*Omissis.*

La **sospensione delle attività sportive**, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è **sempre valutata**, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale **fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati**. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una **corrispondente riduzione del canone locatizio** che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito.

*Omissis.*

### **2. Decreto legge 22 marzo 2021, n. 41 (Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19).**

**Art. 6-novies (Percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali) inserito dalla legge di conversione 21 maggio 2021, n. 69 e, successivamente, così sostituito dall'art. 4-bis, comma 1, D.L. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 luglio 2021, n. 106.**

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

1. Le disposizioni del presente articolo sono volte a consentire un percorso regolato di condivisione dell'impatto **economico derivante dall'emergenza epidemiologica da COVID-19**, a tutela delle imprese e delle controparti locatrici, nei casi in cui il locatario abbia subito una **significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato o dei corrispettivi, derivante dalle restrizioni sanitarie, nonché dalla crisi economica di taluni comparti e dalla riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica in atto.**

2. Nei casi in cui il locatario non abbia avuto diritto di accedere, a partire dall'8 marzo 2020, ad alcuna delle **misure di sostegno economico adottate dallo Stato per** fronteggiare gli effetti delle restrizioni imposte dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 ovvero non abbia beneficiato di altri strumenti di supporto di carattere economico e finanziario concordati con il locatore anche in funzione della crisi economica connessa alla pandemia stessa, **il locatario e il locatore sono chiamati a collaborare tra di loro in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo massimo di cinque mesi nel corso del 2021.**

3. Le disposizioni del presente articolo si applicano esclusivamente ai locatari esercenti attività economica che abbiano registrato un ammontare medio mensile del fatturato e dei corrispettivi nel periodo compreso tra il 1° marzo 2020 e il 30 giugno 2021 inferiore almeno del 50 per cento rispetto all'ammontare medio mensile del fatturato e dei corrispettivi del periodo compreso tra il 1° marzo 2019 e il 30 giugno 2020 e la cui attività sia stata sottoposta a chiusura obbligatoria per almeno duecento giorni anche non consecutivi a partire dall'8 marzo 2020.

**3. Decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118 (Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia).**

**Publicato nella Gazz. Uff. 24 agosto 2021, n. 202.**

**Art. 10. Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti**

**In vigore dal 15 luglio 2022**

[1. Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può:

a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'*articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*;

b) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'*articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*;

c) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all'articolo 13 del presente decreto a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'*articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*; <sup>(26)</sup>

d) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'*articolo 2560, secondo comma, del codice civile*, dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti; resta fermo l'*articolo 2112 del codice civile* <sup>(26)</sup>. <sup>(27)</sup>]

2. L'esperto di cui all'*articolo 12 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14* può invitare le parti a **rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2**. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente. <sup>(28)</sup>

3. Il procedimento di cui al comma 2 si svolge innanzi al tribunale competente ai sensi dell'*articolo 27 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, che, sentite le parti interessate e assunte le

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'*articolo 68 del codice di procedura civile*, decide in composizione monocratica. Si applicano, in quanto compatibili, gli *articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile*. Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento. <sup>(29)</sup>

<sup>(26)</sup> Lettera così modificata dalla *legge di conversione 21 ottobre 2021, n. 147*.

<sup>(27)</sup> Comma abrogato dall'*art. 46, comma 1, lett. b), n. 1), D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83*, a decorrere dal 15 luglio 2022, ai sensi di quanto disposto dall'*art. 51, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 83/2022*.

<sup>(28)</sup> Comma così modificato dall'*art. 46, comma 1, lett. b), n. 2), D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83*, a decorrere dal 15 luglio 2022, ai sensi di quanto disposto dall'*art. 51, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 83/2022*.

<sup>(29)</sup> Comma così modificato dall'*art. 46, comma 1, lett. b), n. 3), D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83*, a

#### **4. Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155).**

**Pubblicato nella Gazz. Uff. 14 febbraio 2019, n. 38, S.O.**

Titolo II <sup>(22)</sup>

Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi <sup>(23)</sup>

Capo I <sup>(24)</sup>

Composizione negoziata della crisi <sup>(25)</sup>

**Art. 12. Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa** <sup>(26)</sup>

**In vigore dal 15 luglio 2022**

1. L'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la **nomina di un esperto al** segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, **quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi** o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 13, commi 6, 7 e 8.

2. L'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa.

3. Alla composizione negoziata non si applica l'articolo 38. Resta ferma l'applicazione dell'articolo 38 nei procedimenti di cui agli articoli 19 e 22.

*Omissis.*

## Argomento 2

### **TRACCIA**

#### **Presupposizione del contratto: natura e forme di tutela.**

**Nota.** Si rinvia alla lezione del 13 dicembre 2022 per lo sviluppo della traccia.

#### **B. Giurisprudenza**

**1. La concezione oggettiva nella giurisprudenza: Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2021, n. 40279.**

*Omissis.*

*Quanto al tema della presupposizione (sul quale si soffermano entrambi i ricorsi), va premesso che, come di recente ribadito anche a Sezioni Unite da questa Corte (Cass. Sez. U. n. 9909 del 20/04/2018, con ampi riferimenti giurisprudenziali; conf. Cass., n. 17615 del 24/08/2020; in precedenza v. Cass. n. 22580 del 23/10/2014; Cass. n. 20620 del 13/10/2016; Cass. n. 5112 del 05/03/2018), si ha presupposizione quando una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali come presupposto condizionante il negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), richiedendosi pertanto a tal fine:*

*a) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti;*

*b) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione);*

*c) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione.*

*Pertanto, la presupposizione è configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto comune e determinante della volontà negoziale, la mancanza del quale comporta la caducazione del contratto stesso, ancorchè a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti, non si sia fatto espresso riferimento; o, in altri termini, si ha presupposizione quando una determinata situazione di fatto comune ad entrambi i contraenti ed avente carattere obiettivo, essendo il suo verificarsi indipendente dalla loro volontà e attività, sia stata elevata dai contraenti stessi a presupposto comune in modo da assurgere a fondamento - pur in mancanza di un espresso riferimento formale o testuale - dell'esistenza ed efficacia del contratto.*

*L'accertamento in merito alla ricorrenza della presupposizione, inoltre, esaurendosi sul piano propriamente interpretativo del contratto, costituisce una valutazione di fatto, riservata, come tale, al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi logici o giuridici (Cass. n. 20245 del 18/09/2009).*

*Omissis.*

*Il perdurare di determinate condizioni di mercato, oggettive ed esterne, rispetto al contratto, non può essere considerato quale presupposto implicito di un accordo negoziale, in quanto la valutazione della permanenza di tali condizioni rientra nella normale alea che ciascun contraente accetta prima di intraprendere un rapporto contrattuale destinato a protrarsi nel tempo. **A diversa conclusione può giungersi soltanto ove le suddette condizioni, mutando, integrino la situazione di straordinarietà ed imprevedibilità delineata dall'art. 1467 c.c., ovvero allorquando sia lo stesso legislatore a contemplare il mutamento delle condizioni oggettive del mercato quale presupposto legittimante una anticipata richiesta di porre fine al rapporto contrattuale.***

*Omissis.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 8 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*



**1.1. Segue: Cass. civ., sez. III, 13 ottobre 2016, n. 20620.**

Massima:

In materia contrattuale, per configurare la fattispecie della cd. "**presupposizione**" (o condizione inespressa) è necessario che dal contenuto del contratto si evinca l'esistenza di una situazione di fatto, non espressamente enunciata in sede di stipulazione, ma considerata quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, il cui successivo verificarsi o venir meno dipenda da circostanze non imputabili alle parti. (Nell'affermare questo principio la S.C. ha riconosciuto la legittimità del recesso di un ente pubblico territoriale dal contratto di locazione di un immobile destinato a scuola, affermando che la durata del rapporto negoziale fosse implicitamente condizionata alla mancata ultimazione della costruzione di un nuovo edificio, da adibire a sede dell'istituto scolastico).

**1.2. Presupposizione, circostanza esterna e esercizio del diritto di recesso: Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235.**

*Omissis.*

*I motivi, che possono esaminarsi congiuntamente in quanto logicamente connessi, sono infondati. Il ricorrente si duole della erronea considerazione "del presupposto implicito del contratto, determinante la volontà di entrambi i contraenti" in questione, e quindi del "corretto esercizio del depuratore e la conseguente fornitura di acqua con le pattuite caratteristiche chimico-fisiche", riguardato sia sotto il profilo della presupposizione che dell'eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto de quo.*

*Contratto che nell'impugnata sentenza risulta qualificato in termini di permuta, tale venendo anche dall'odierno ricorrente considerato nell'articolazione logico-giuridica delle proprie doglianze.*

*Sotto il primo profilo il ricorrente in particolare si duole che la corte di merito abbia escluso, violando la legge ed illogicamente motivando, la ricorrenza nel caso della figura della presupposizione, da rinvenirsi allorquando "una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante il negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), richiedendosi pertanto a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione (Cass. 31.10.1989, n. 4554; tra le più recenti, Cass. 21.11.2001 n. 14629). Sicchè la "presupposizione è ... configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto comune e determinante della volontà negoziale, la mancanza del quale comporta la caducazione del contratto stesso, ancorchè a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti, non si sia fatto espresso riferimento" (Cass. 9.11.1994, n. 9304)".*

*Orbene, la presupposizione - vale anzitutto osservare - non è invero prevista da alcuna norma di legge, ma costituisce un principio dogmatico (di matrice tedesca) contestato da gran parte della dottrina, che vi ravvisa una condizione non sviluppata del negozio o un motivo non assunto a clausola condizionale, ma accolto in giurisprudenza anche di legittimità, ove viene costantemente definita come obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) tenuta in considerazione - pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali - dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), il cui venir meno o verificarsi*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 9 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

*è del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti, e non corrisponde - integrandolo - all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro (v. Cass., 23/9/2004, n. 19144; Cass., 4/3/2002, n. 3052; Cass., 21/11/2001, n. 14629; Cass., 8/8/1995, n. 8689).*

*Va al riguardo ulteriormente precisato che, come posto in rilievo da una parte della dottrina, la presupposizione costituisce in **realtà un fenomeno** articolato, cui vengono ricondotti fatti e circostanze sia di carattere obiettivo che valorizzati dalla volontà delle parti.*

*A tale figura può riconoscersi invero significato pregnante solamente laddove se ne individui un autonomo e specifico rilievo, che valga a distinguerla dagli elementi - essenziali o accidentali - del contratto.*

*A tale stregua deve pertanto escludersi che possano ad essa ricondursi fatti e circostanze ascrivibili alla causa, nel senso cioè di condizionarne la realizzazione nel suo proprio significato di causa concreta, quale interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare (cfr. Cass., 8/5/2006, n. 10490).*

*I **cd. presupposti** causali assumono infatti rilievo già sul piano dell'interesse che giustifica l'impegno contrattuale, e pertanto appunto la causa dello stesso.*

*Ne consegue che il relativo difetto rileva in termini di **invalidità del contratto** (e su tale piano, diversamente che in passato, da una parte della dottrina viene ora propriamente ricondotto il classico esempio del balcone affittato per assistere alla sfilata del corteo, evento riconducibile all'interesse dalle parti concretamente inteso realizzare con la stipulazione del contratto e pertanto alla causa del medesimo, il cui mancato verificarsi depone, con la venuta meno della medesima, **per la conseguente invalidità del negozio** ).*

*Alla presupposizione non possono essere propriamente ricondotti nemmeno i **cd. risultati dovuti**, ed in particolare la qualità del bene, giacchè in tal caso gli stessi vengono a rientrare nel contenuto del contratto, il relativo difetto conseguentemente ridondando sul diverso piano dell'inadempimento.*

*La circostanza che il bene sia idoneo all'uso previsto dall'acquirente costituisce invero una **qualità giuridica dell'oggetto**, la cui mancanza se del caso (in quanto cioè trattasi di qualità dovuta) rileva sul piano dell'inesattezza della prestazione, e pertanto in termini di inadempimento (ad es. la perdita della qualità di edificabilità del terreno promesso in vendita per atto della P.A., con conseguente impossibilità della prestazione legittimante la risoluzione del contratto: cfr. Cass., 19/3/1981, n. 1635).*

*Del pari distinta va tenuta l'ipotesi in cui i fatti e le circostanze presi in considerazione dalle parti vengano specificamente dedotti in contratto come **condizione di efficacia**, giacchè a parte il rilievo che non vi sarebbe altrimenti ragione di enucleare un'autonoma e differente figura, la presupposizione costituisce fenomeno oggettivamente diverso, trattandosi di ipotesi in cui i fatti e le circostanze giustappunto non vengono dalle parti specificamente dedotti in una clausola condizionale.*

*Estranei alla presupposizione vanno a fortiori **tenuti i motivi**, quali meri impulsi psichici alla stipulazione concernenti interessi che, rimasti nella sfera volitiva interna della parte, esulano dal contenuto del contratto, laddove se obiettivamente divengono viceversa interessi che il contratto è funzionaiizzato a realizzare, concorrendo pertanto ad integrarne la causa concreta. Ed anche se essi sono comuni ad entrambe le parti, non viene comunque al riguardo in rilievo l'istituto della presupposizione, giacchè l'interesse comune integra appunto la causa concreta del contratto. Come correttamente osservato in dottrina, alla presupposizione può allora riconoscersi autonomo rilievo di categoria unificante assumente specifico significato laddove nell'ambito delle circostanze giuridicamente influenti sul contratto ad essa si riconducano, quali presupposti oggettivi, fatti e circostanze che, pur **non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono (per entrambe le parti ovvero per una sola di esse, ma con relativo riconoscimento da parte dell'altra) un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale.***

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

Circostanze che, pur senza essere - come detto - dedotte specificamente quale condizione del contratto, e pertanto rispetto ad esso "esterne", ne costituiscano specifico ed oggettivo presupposto di efficacia in base al significato proprio del negozio determinato alla stregua dei criteri legali d'interpretazione, assumenti valore determinante per il mantenimento del vincolo contrattuale (es.

l'ottenimento dello sperato finanziamento).

Il relativo difetto legittima allora le parti non già a domandare una declaratoria di invalidità o di inefficacia del contratto, nè a chiederne la **risoluzione per impossibilità sopravvenuta** (art. 1256 c.c., art. 1463 c.c. e ss.) della prestazione (contra. v. peraltro Cass., 22/9/1981, n. 5168 ), bensì all'esercizio **del potere di recesso** ( anche qualora il presupposto obiettivo del contratto sia già in origine inesistente o impossibile a verificarsi).

Nel caso di specie il ricorrente, che non ha esercitato il recesso, non deduce la violazione della causa o dell'oggetto o della condizione del contratto, ma lamenta invero l'erroneità della ravvisata esclusione di rilevanza nel caso proprio della specifica figura della presupposizione, dolendosi che la corte di merito non abbia accolto il prospettato riverberarsi sul relativo profilo causale.

Sul piano della validità del contratto, dunque. Ovvero, secondo ulteriore ed alternativa impostazione, su quello della inefficacia del contratto laddove i fatti e le circostanze che la integrano determinano l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

Orbene, va al riguardo affermato che in base al significato del contratto - accertato facendo esercizio dei poteri loro spettanti - i giudici del merito hanno invero escluso, dandone congrua motivazione, che nel caso le parti abbiano assegnato rilievo, quale specifico presupposto oggettivo, all'idoneità al normale funzionamento dell'impianto di depurazione in questione.

Omissis.

Il rischio della fornitura sostitutiva, si sottolinea nell'impugnata sentenza, era stato cioè assunto come rischio ordinario del contratto, con la conseguenza che non poteva attribuirsi, in ogni caso, alla società conferente il terreno, neppure una parte dell'onere economico derivante dal malfunzionamento dell'impianto di depurazione. Tanto più che, comunque, "nulla prova la natura inusuale o meglio straordinaria ed imprevedibile degli scarichi in effetti verificatisi, nè in se stessi, come risultanti degli scarni rapportini in atti, riferibili agli anni 1990-1991, nè nelle loro dimensioni, mentre in tale contesto (tra l'altro i malfunzionamenti sembrano essere iniziati nel 1985 e proseguiti a partire dal 1989) non vi sono in causa elementi minimi idonei che consentano di affidare ad un tecnico l'incarico di verificare la possibilità di fronteggiare con adeguata progettazione od opportuni aggiustamenti tecnici la predetta situazione continuando a fornire acqua depurata idonea ad usi industriali.

Tale interpretazione della corte di merito risulta invero correttamente operata e congruamente motivata, in conformità ai principi più sopra richiamati, da essa con tutta evidenza emergendo come l'idoneità dell'impianto di depurazione al normale funzionamento nella specie in realtà inerisca alla qualità giuridica del bene. A tale stregua, pertanto, quale presupposto intrinseco della prestazione dall'Amministrazione comunale nel caso contrattualmente assunta, il cui difetto se del caso diversamente rileva, alla stregua di quanto sopra esposto, sul piano dell'inadempimento.

La censura del ricorrente non può trovare d'altro canto accoglimento nemmeno riguardando l'idoneità al normale funzionamento del depuratore de quo sotto il profilo dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

Va al riguardo anzitutto esclusa l'ammissibilità della prospettazione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione quale conseguenza del venir meno della presupposizione.

Pur se in passato da questa Corte in effetti non sempre respinta (v. Cass., 17/5/1976, n. 1738), va al riguardo osservato che - come in dottrina non si è invero mancato di porre in rilievo - il riferimento alla presupposizione viene a far inammissibilmente ridondare l'eccessiva onerosità sul piano dell'interpretazione del contratto, laddove essa viceversa rileva a prescindere dalla

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 11 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*volontà delle parti, quale rimedio dall'ordinamento concesso in reazione all'alterazione non già dei presupposti specifici (valorizzati appunto dalla presupposizione) bensì dei presupposti generici del contratto, subordinandone cioè il mantenimento alla persistenza delle normali condizioni di mercato e di vita sociale su di esso incidenti.*

*L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (diversamente dalla più sopra evocata impossibilità sopravvenuta della prestazione, quale rimedio all'alterazione del cd. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta) non incide sulla causa del contratto, non impedendo l'attuazione dell'interesse con esso concretamente perseguito, ma trova diversamente fondamento nell'esigenza di contenere entro limiti di normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, salvaguardando cioè la parte dal rischio di un relativo eccezionale aggravamento economico derivante da gravi cause di turbamento dei rapporti socio-economici.*

*Mentre nei contratti a titolo gratuito l'aggravio consiste nella sopravvenuta sproporzione tra il valore originario della prestazione ed il valore successivo, trattandosi come nella specie di contratto oneroso (pennuta), l'aggravio consiste nella sopravvenuta sproporzione tra i valori delle prestazioni, laddove una prestazione non trova più sufficiente remunerazione in quella corrispettiva (v. Cass., 13/2/1995, n. 1559).*

*Atteso un tanto, risponde invero a principio recepito che, per poter ai sensi dell'art. 1467 c.c. determinare la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione deve essere determinata dal verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili.*

*Il carattere della straordinarietà è di natura obiettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi (come la frequenza, le dimensioni, l'intensità, ecc.) suscettibili di misurazione, tali pertanto da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quantomeno di ordine statistico (v. Cass., 19/10/2006, n. 22396; Cass., 23/2/2001, n. 2661; Cass., 9/4/1994, n. 3342).*

*Il carattere della imprevedibilità deve essere valutato secondo criteri obiettivi, riferiti ad una normale capacità e diligenza media, avuto riguardo alle circostanze concrete del caso sussistenti al momento della conclusione del contratto (v. Cass., 13/2/1995, n. 1559), non essendo invero sufficiente l'astratta possibilità dell'accadimento.*

*L'accertamento da parte del giudice di merito della sussistenza o meno dei caratteri di straordinarietà ed imprevedibilità degli eventi che hanno determinato l'eccessiva onerosità di una delle prestazioni corrispettive previste in contratti ad esecuzione differita spetta peraltro al giudice di merito, ed è insindacabile in sede di legittimità in presenza di congrua motivazione (v. Cass., 19/10/2006, n. 22396; Cass., 23/2/2001, n. 2661).*

*Omissis.*

### **1.3. Causa in concreto: nullità per mancanza di causa e risoluzione per mancata utilizzazione della prestazione: Cass. civ., sez. III, 8 agosto 1995, n. 8689.**

Massima:

Nel contratto in cui sia ravvisabile una presupposizione e cioè una obbiettiva situazione di fatto che i contraenti, pur non facendone menzione, abbiano sottinteso o tenuto presente come premessa implicita del consenso, indipendentemente dalla loro volontà, ove la situazione presupposta difetti già al momento della conclusione del negozio, si verifica un'ipotesi di nullità del contratto, risolvendosi detto difetto in una mancanza di causa; ove invece la situazione presupposta venga successivamente meno nella fase esecutiva del contratto concluso, si verifica una risolvibilità del medesimo per fatto non imputabile alle parti.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 12 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

## Argomento 3

### **TRACCIA**

## **Contratti di durata e *ius variandi*, con particolare riferimento allo *ius variandi* convenzionale e alle forme di tutela.**

**Nota.** Si rinvia alla lezione del 10 ottobre 2022 per lo sviluppo della traccia.

### A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 23, nota 167 del par. 16.2, pagg. 1822-1823.

### B. Giurisprudenza

1. *Ius variandi* convenzionale: **Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2020, n. 1529** (rel. Lopilato).

*Omissis.*

**DIRITTO**

1.– La questione all'esame della Sezione attiene alla legittimità della disposizione contenuta nel regolamento adottato dall'Autorità garante delle comunicazioni nella parte in cui dispone che gli operatori di telefonia mobile possono modificare «le condizioni contrattuali solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo». Si tratta di stabilire se tale prescrizione regolamentare rinvenga un fondamento nella legge e, dunque, se sia stato rispettato il principio di legalità.

2.– Con un unico motivo l'appellante sostiene l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che il potere esercitato sia privo di base legale, non esistendo norme che pongono limiti al diritto di modifica unilaterale dei contratti nel settore delle comunicazioni elettroniche. In particolare, l'appellante sostiene che dovrebbe applicarsi il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo) che condiziona l'esercizio dello *ius variandi* all'esistenza di un «giustificato motivo». La censura è fondata.

Su un piano generale, lo *ius variandi* costituisce un diritto potestativo, riconosciuto ad una parte, dalla legge o dal contratto, di modificare o specificare unilateralmente il contenuto del contratto. Si tratta di un diritto che è esercitato mediante un negozio unilaterale recettizio di secondo grado che può avere una efficacia modificativa del contratto su cui incide ovvero anche un'efficacia dichiarativa, con svolgimento interno di tipo specificativo.

Nell'ambito dei contratti di diritto comune, caratterizzati dalla presenza di parti che si pongono in posizione di tendenziale eguaglianza, esistono alcune norme che contemplano fattispecie riconducibili a tale istituto. A titolo esemplificativo: i) rientra nella prima tipologia di efficacia, l'art.1664 cod. civ., il quale dispone che l'appaltatore può pretendere la revisione del compenso pattuito nella misura in cui sia aumentato il costo dei materiali e della mano d'opera per effetto di circostanze imprevedibili; ii) rientra nella seconda tipologia di efficacia l'istruzione che il mandante fornisce al mandatario (art. 1711, comma 2, cod. civ.).

**Si discute se sia ammissibile uno *ius variandi* di matrice convenzionale e cioè se sia legittima una clausola negoziale che attribuisca ad una sola delle parti, in particolare, il potere di modificare, nel corso dell'esecuzione, il rapporto negoziale.**

Un primo orientamento, minoritario, esclude che tale potere possa essere esercitato in mancanza di una norma generale che ne autorizzi l'esercizio e in presenza di una norma (l'art. 1349 cod. civ.)

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 13 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

che prevede che le parti possano assegnare soltanto ad un terzo, con funzione di arbitraggio, il potere di incidere sul contenuto del contratto mediante la definizione di una sua parte, rimasta incompleta. Si sostiene, inoltre, che l'autorizzazione all'esercizio di tale potere potrebbe comportare il rischio di un esercizio abusivo da parte del contraente cui il potere è attribuito con alterazione dell'equilibrio economico-giuridico del rapporto contrattuale.

**Un secondo orientamento, prevalente e preferibile**, ritiene che tale potere sia configurabile in quanto, in mancanza di espressi divieti legali, rientra nell'autonomia negoziale delle parti contemplare clausole che consentano ad una di essa di modificare in via unilaterale il contenuto del contratto.

Il rischio di abusi contrattuali può essere evitato mediante l'operatività di limiti all'esercizio di tale diritto potestativo.

**Il primo limite è di natura convenzionale** e può essere rappresentato dalla introduzione nel contratto stesso di previsioni che sottopongano l'esercizio del potere di modifica unilaterale del contratto a precise condizioni di esercizio. In particolare, tali condizioni sono normalmente connesse all'esigenza di gestire sopravvenienze che si possono verificare durante la fase di attuazione del rapporto contrattuale, per riequilibrare il contenuto negoziale con finalità manutentive dello stesso. Si tratta di limiti che evitano anche che la clausola negoziale possa essere ritenuta nulla per indeterminatezza dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 cod. civ.

**Il secondo limite è di natura legale** e deriva dal principio di buona fede (artt. 1375-1376 cod. civ.). La buona fede ha una funzione non solo di integrazione delle lacune contrattuali ma anche di correzione delle modalità di attuazione delle previsioni negoziali in contrasto con le regole di condotta della correttezza. In questa prospettiva, l'eventuale esercizio del diritto potestativo secondo modalità confliggenti con il principio di buona fede integra gli estremi di un abuso del diritto, con conseguente operatività del rimedio dell'*exceptio doli generalis* finalizzato a bloccare l'efficacia del potere stesso.

Nell'ambito dei contratti con le parti deboli, caratterizzati da una situazione di squilibrio informativo ed, in alcuni casi, economico, tra le parti, il legislatore europeo e nazionale, proprio in ragione della particolare natura della clausola in esame, ha ritenuto necessario disciplinare il potere di modificazione **unilaterale sottoponendo il suo esercizio a limiti legali mediante** la previsione di specifiche norme imperative che costituiscono una proiezione applicativa dello stesso principio di buona fede.

In particolare, nei contratti dei consumatori, il decreto legislativo n. 206 del 2005, recependo le prescrizioni europee contenute nella direttiva n. 13 del 1993, ha previsto, per quanto interessa in questa sede, due diverse tipologie di clausole che sono state contemplate nella forma negativa della clausola da considerarsi abusiva se non rispetta determinati condizioni e limiti.

La prima clausola, che si presume vessatoria fino a prova contraria, è quella che ha per oggetto, o per effetto, di «consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso» (art. 33, comma 2, lett. m. cod. cons.).

Il potere di modificazione unilaterale riconosciuto al professionista si considera non abusivo e, dunque, valido soltanto se è rispettato il limite legale costituito dall'accertata sussistenza di un **«giustificato motivo» indicato nel contratto**. Ne consegue che il contratto che contempla la clausola di *ius variandi* deve indicare i motivi che giustificano l'esercizio di tale potere, da parte del professionista, nella fase di attuazione del rapporto. Si deve trattare di condizioni oggettive da valutare alla luce del principio di buona fede e **connesse, normalmente, all'esigenza di gestire eventuali sopravvenienze**.

La seconda clausola che si presume vessatoria è quella che ha per oggetto, o per effetto, di «consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto» (art. 33, comma 2, lett. o, cod. cons.).

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 14 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*Il potere di modificazione unilaterale di modifica del prezzo riconosciuto al professionista si considera, in questo caso, non abusivo e, dunque, valido soltanto se tale potere viene bilanciato dalla previsione di un diritto potestativo, riconosciuto al consumatore, di sciogliersi dal contratto mediante il recesso.*

*Non si tratta, come ritenuto dal primo giudice e dalle parti appellate, di una mera presunzione di abusività che non rappresenta, in quanto tale, un «divieto imperativo». Deve, infatti, rilevarsi che se non vengono rispettati i limiti legali, sopra indicati, la clausola deve ritenersi nulla. Il regime giuridico è quello delle nullità di protezione a legittimazione riservata alla parte debole e con finalità non caducatorie del contratto ma manutentive attraverso la previsione di una forma di nullità parziale necessaria che lascia fermo per il resto il contratto (art. 36 Cod. cons.).*

*Omissis.*

## **D. Normativa**

### **1. *Ius variandi* legale nel codice civile**

**Art. 2103 cod. civ. Prestazione del lavoro**

**Art. 1711 cod. civ. Limiti del mandato**

**Art. 1661 cod. civ. Variazioni ordinate dal committente**

**Art. 1685 cod. civ. Diritti del mittente**

**Art. 1925 cod. civ. Riscatto e riduzione della polizza**

### **2. *Ius variandi* legale nei contratti con i consumatori**

**Decreto legislativo n. 206 del 2005**

**Art. 33. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore**

*Omissis.*

m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;

*Omissis.*

o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto;

### **3. *Ius variandi* legale nei contratti del turismo**

**Decreto legislativo n. 79 del 2011**

**Art. 39. Revisione del prezzo (30)**

**In vigore dal 1 luglio 2018**

1. Dopo la conclusione del contratto di pacchetto turistico, i prezzi possono essere aumentati soltanto se il contratto lo prevede espressamente e precisa che il viaggiatore ha diritto a una riduzione del prezzo, nonché le modalità di calcolo della revisione del prezzo. In tal caso, il viaggiatore ha diritto ad una riduzione del prezzo corrispondente alla diminuzione dei costi di cui al comma 2, lettere a), b) e c), che si verifichi dopo la conclusione del contratto e prima dell'inizio del pacchetto.

2. Gli aumenti di prezzo sono possibili esclusivamente in conseguenza di modifiche riguardanti:

- a) il prezzo del trasporto di passeggeri in funzione del costo del carburante o di altre fonti di energia;
- b) il livello di tasse o diritti sui servizi turistici inclusi nel contratto imposti da terzi non direttamente coinvolti nell'esecuzione del pacchetto, comprese le tasse di atterraggio, di sbarco e d'imbarco nei porti e negli aeroporti;
- c) i tassi di cambio pertinenti al pacchetto.

3. Se l'aumento di prezzo di cui al presente articolo eccede l'8 per cento del prezzo complessivo del pacchetto, si applica l'articolo 40, commi 2, 3, 4 e 5.

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 15 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*

4. Un aumento di prezzo, indipendentemente dalla sua entità, è possibile solo previa comunicazione chiara e precisa su supporto durevole da parte dell'organizzatore al viaggiatore, unitamente alla giustificazione di tale aumento e alle modalità di calcolo, almeno venti giorni prima dell'inizio del pacchetto.

5. In caso di diminuzione del prezzo, l'organizzatore ha diritto a detrarre le spese amministrative e di gestione delle pratiche effettive dal rimborso dovuto al viaggiatore, delle quali è tenuto a fornire la prova su richiesta del viaggiatore.

---

(30) Articolo così sostituito dall'art. 1, comma 1, D.Lgs. 21 maggio 2018, n. 62, che ha sostituito il Capo I, a decorrere dal 1° luglio 2018 e con applicabilità ai contratti conclusi a decorrere da tale data, ai sensi di quanto disposto dall'art. 3, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 62/2018.

#### **Art. 40. Modifica di altre condizioni del contratto di pacchetto turistico (31)**

##### **In vigore dal 1 luglio 2018**

1. Prima dell'inizio del pacchetto, l'organizzatore non può unilateralmente modificare le condizioni del contratto diverse dal prezzo ai sensi dell'articolo 39, salvo che si sia riservato tale diritto nel contratto e la modifica sia di scarsa importanza. L'organizzatore comunica la modifica al viaggiatore in modo chiaro e preciso su un supporto durevole.

2. Se, prima dell'inizio del pacchetto, l'organizzatore è costretto a modificare in modo significativo una o più caratteristiche principali dei servizi turistici di cui all'articolo 34, comma 1, lettera a), o non può soddisfare le richieste specifiche di cui all'articolo 36, comma 5, lettera a), oppure propone di aumentare il prezzo del pacchetto di oltre l'8 per cento ai sensi dell'articolo 39, comma 3, il viaggiatore, entro un periodo ragionevole specificato dall'organizzatore, può accettare la modifica proposta oppure recedere dal contratto senza corrispondere spese di recesso. In caso di recesso, l'organizzatore può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore.

3. L'organizzatore informa, senza ingiustificato ritardo, il viaggiatore in modo chiaro e preciso su un supporto durevole:

a) delle modifiche proposte di cui al comma 2 e della loro incidenza sul prezzo del pacchetto ai sensi del comma 4;

b) di un periodo ragionevole entro il quale il viaggiatore è tenuto a informare l'organizzatore della sua decisione ai sensi del comma 2;

c) delle conseguenze della mancata risposta del viaggiatore entro il periodo di cui alla lettera b) e dell'eventuale pacchetto sostitutivo offerto e del relativo prezzo.

4. Se le modifiche del contratto di pacchetto turistico o del pacchetto sostitutivo di cui al comma 2 comportano un pacchetto di qualità o costo inferiore, il viaggiatore ha diritto a un'adeguata riduzione del prezzo.

5. In caso di recesso dal contratto di pacchetto turistico ai sensi del comma 2, se il viaggiatore non accetta un pacchetto sostitutivo, l'organizzatore rimborsa senza ingiustificato ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dal recesso dal contratto tutti i pagamenti effettuati da o per conto del viaggiatore e si applicano le disposizioni di cui all'articolo 43, commi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.

---

(31) Articolo così sostituito dall'art. 1, comma 1, D.Lgs. 21 maggio 2018, n. 62, che ha sostituito il Capo I, a decorrere dal 1° luglio 2018 e con applicabilità ai contratti conclusi a decorrere da tale data, ai sensi di quanto disposto dall'art. 3, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 62/2018.

#### **4. Ius variandi legale nei contratti bancari**

##### **Decreto legislativo n. 385 del 1993**

##### **Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.**

##### **Pubblicato nella Gazz. Uff. 30 settembre 1993, n. 230, S.O.**

##### **Art. 118 Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali <sup>(616)</sup>**

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 16 perché coperti dal diritto d'autore.*

*Giappichelli Formazione*



**In vigore dal 13 luglio 2011**

1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo.

**Negli altri contratti di durata** la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.

2. **Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula:** "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

**2-bis. Se il cliente non è un consumatore nè una micro-impresa** come definita dall'*articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11*, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto.<sup>(617)</sup>

3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.

4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.

---

(616) Articolo sostituito dall'*art. 10, comma 1, D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, convertito, con modificazioni, dalla *L. 4 agosto 2006, n. 248*, modificato dall'*art. 2, comma 451, L. 24 dicembre 2007, n. 244*, a decorrere dal 1° gennaio 2008 e, successivamente, così sostituito dall'*art. 4, comma 2, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141*, che ha sostituito l'intero Capo I, con la decorrenza prevista dall'*art. 6, comma 2 del medesimo D.Lgs. 141/2010*.

(617) Comma inserito dall'*art. 8, comma 5, lett. f), D.L. 13 maggio 2011, n. 70*, convertito, con modificazioni, dalla *L. 12 luglio 2011, n. 106*; vedi anche l'*art. 8, comma 5, lett. g), del medesimo D.L. 70/2011*.

*Omissis.*