

Schema tema ideale – Corso magistratura intensivo 2020

Rimedi risolutori e rimedi di adeguamento del contratto. Si tratti del ruolo dell'autonomia negoziale nella previsione di diritti di estinzione o di modifica unilaterale del rapporto contrattuale, soffermandosi, in particolare, sulle forme di tutela esperibili nel caso di comportamenti abusivi.

Impostazione sistematica “ideale”.

Parte Prima.

1. Nozione di rimedi: i) i rimedi sono strumenti che rilevano sul piano sostanziale completando le situazioni giuridiche; possono essere ad attivazione giudiziale e non giudiziale; ii) i rimedi applicati al contratto, occorre distinguere la fase di formazione, la fase costitutiva e la fase esecutiva.

1.1 Contratti di durata. Il codice civile utilizza l'espressione contratti ad esecuzione periodica o continuata. Il testo unico bancario utilizza l'espressione contratti di durata. Essi si caratterizzano per il fatto che l'obbligazione si protrae nel tempo (ad esempio, contratto di somministrazione, contratti bancari) ovvero, più in generale, che il rapporto contrattuale si protrae nel tempo (ad esempio, contratto di locazione o contratto di mutuo).

1.2. Sopravvenienze. Si distinguono sopravvenienze di diritto e di fatto: le prime presuppongono che la sopravvenienza consista in una norma; le seconde presuppongono un fatto che è idoneo ad incidere sull'equilibrio economico-giuridico.

1.2.1. Emergenza covid, quale esempio di sopravvenienza.

2. Rimedi risolutori in generale.

I rimedi caducatori determinano il venir meno del titolo contratto per ragioni legate al momento genetico (cause di invalidità) ovvero al momento esecutivo (risoluzione). In questa sede rileva la risoluzione e, in particolare, il rapporto tra autonomia negoziale e risoluzione, anche ai fini della gestione delle sopravvenienze.

2.1. Tipologie di risoluzione alla luce degli effetti: i) risoluzione giudiziale, che presuppone l'intervento del giudizio con l'adozione di una sentenza costitutiva (risoluzione per inadempimento e risoluzione per eccessiva onerosità); ii) risoluzione di diritto, che presuppone un intervento delle parti o della parte e, pertanto, è una forma di risoluzione collegata al concetto di autonomia negoziale (diffida ad adempiere; clausola risolutiva espressa; termine essenziale); in questo ambito si colloca anche il recesso con funzione di impugnazione, che verrà esaminato oltre; iii) risoluzione automatica, che presuppone che si realizzi con effetto automatico la risoluzione senza necessità né di intervento del giudice né di intervento della parte (risoluzione per impossibilità della prestazione e condizione risolutiva).

Le forme della risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità della prestazione rilevano, in particolare, anche nella gestione delle sopravvenienze.

3. Rimedi di adeguamento in generale

I rimedi di adeguamento tendono ad evitare la caducazione del rapporto contrattuale e, pertanto, rispondono all'esigenza di conservazione dei valori giuridici. Essi si distinguono a seconda della modalità di operatività.

Parte Seconda. Sezione prima. Rimedi risolutori. Recesso

4. Diritto di estinzione, recesso.

4.1. Nozione: art. 1373.

4.2. Natura: diritto potestativo e soggezione.

4.3. Fonte legale: recesso previsto da singole disposizioni di legge.

4.4. Fonte convenzionale: l'art. 1373, primo comma, cod. civ. dispone che «*se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione*».

4.5. Funzioni del recesso: i) funzione di determinazione della durata nei contratti a tempo indeterminato; ii) funzione di pentimento nei contratti con parti deboli; iii) funzione di impugnazione che rileva in questa sede. Il recesso può svolgere anche una funzione di gestione delle sopravvenienze.

4.6. Autonomia negoziale e recesso: le parti possono utilizzare lo strumento del recesso per fare fronte ad eventuali cause di inadempimento, non potendosi considerare imperative le norme che contemplano i rimedi risolutori. In questo caso il rapporto tra autonomia negoziale e recesso non pone problemi in quanto è la stessa legge a prevedere il recesso convenzionale.

4.7. Forme di tutela.

4.7.1. Buona fede (in sintesi): inquadramento generale, con riferimenti alla funzione di integrazione, suppletiva e correttiva (dibattito in sintesi); vi è concordia di opinione nel ritenere che la buona fede possa avere una funzione di correzione nella fase esecutiva.

4.7.2. Abuso del diritto (in sintesi): diritti ad esercizio discrezionale, con operatività del limite esterno costituito dal principio di buona fede.

4.7.3. *Exceptio doli generalis*: la pretesa abusiva può essere bloccata mediante lo strumento dell'*exceptio doli generalis*.

4.7.4. Impiego di tali forme di tutela nel caso di esercizio abusivo del diritto potestativo di estinzione unilaterale.

Parte Seconda. Sezione Seconda. Rimedi di adeguamento. Ius variandi e rinegoziazione

5. Diritti di modifica unilaterale del rapporto contrattuale, cd. *ius variandi* (parte analitica).

5.1. Nozione: diritto potestativo di modificazione unilaterale.

5.2. Fonte legale: casistica (art. 33 codice del consumo; art.114 del testo unico bancario).

5.3. Fonti convenzionale: ruolo dell'autonomia negoziale.

a) una prima tesi ritiene che non sia possibile conferire tale diritto sia per salvaguardare l'altra parte da forme di incidenza abusiva sia perché il legislatore ha previsto il solo potere unilaterale del terzo (art. 1349 cod. civ.);

b) una seconda tesi ritiene che l'autonomia negoziale possa contemplare tale clausola, in mancanza di preclusioni normative.

5.4. Forme di tutela. Le esigenze di tutela della parte che si trova in una situazione di soggezione è ancora più pregnante in quanto, come sostenuto in dottrina, mentre nel caso di recesso il rapporto si estingue in questo caso rimane modificato e dunque deve essere eseguito dall'altra parte.

5.4.1. Previsione convenzionale di limiti mediante clausole particolari in grado di impedire forme abusive nella fase attuativa.

5.4.2. Ruolo della fede, con rinvio a quanto sopra esposto in ordine all'esercizio abusivo del diritto potestativo e del ruolo dell'*exceptio doli generalis*.

6. Rinegoziazione (parte sintetica).

6.1. Nozione: revisione mediante un contratto di secondo grado finalizzato a gestire le

sopravvenienze; diffuso nel commercio internazionale.

6.2. Fonte legale: obbliga le parti a rivedere il contenuto del contratto (...).

6.3. Fonte convenzionale: rientra nel potere di autonomia negoziale prevedere una clausola (cd di hardship) di gestione della sopravvenienza.

6.4. Fonte buona fede: si ritiene che anche la buona fede possa essere una fonte idonea a fare nascere un obbligo di rinegoziazione; si discute se ciò possa avvenire oltre che con funzione di integrazione suppletiva anche con integrazione cogente.

Nota: è opportuno rinviare alla parte dello ius variandi l'analisi della buona fede e qui fare solo un accenno con rinvio.

6.5. Modalità della rinegoziazione: si discute se nasca un obbligo a contrarre o a contrattare.