

Ius variandi e nuovo diritto dei contratti

1. Premessa. - 2. *Ius variandi* e codice civile. - 3. *Ius variandi* e nuovo diritto dei contratti. Il caso dei contratti del consumatore. - 4. *Ius variandi* nei contratti bancari e finanziari nel testo unico del credito. - 5. *Ius variandi* nei contratti bancari e finanziari nel codice del consumo. - 6. Clausola sullo *ius variandi* e giudizio di meritevolezza e liceità; condizioni di ammissibilità dello *ius variandi*. - 7. Esercizio non autorizzato del potere di modifica.

1. - Premessa. Con il sintagma *ius variandi* (più raro è *jus variandi*) si indica il diritto potestativo riconosciuto a una parte di apportare unilateralmente modifiche discrezionali al rapporto obbligatorio o contrattuale, rideterminandone il contenuto. La natura potestativa del diritto determina la soggezione dell'altra parte al suo esercizio: la modifica è unilaterale perché non è subordinata al (e non richiede il) consenso della controparte. La fonte di questo diritto può essere legale o convenzionale (afferente a un contratto o a un atto negoziale unilaterale). Lo *ius variandi* si classifica, pertanto, nell'ambito delle vicende modificative del rapporto giuridico.

Il potere unilaterale di modifica si pone in deroga alla norma generale dell'art. 1372, comma 1, codice civile, secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge: si pone in deroga, cioè, del generale principio del vincolo contrattuale. In forza del potere unilaterale di modifica, una delle parti si affranca da questa soggezione; per effetto di questa emancipazione, l'altra parte subisce raddoppiato il peso della sua soggezione: non più solo a quanto stabilito nel contratto, ma anche a quanto l'altra parte ritenga, in modificazione di quell'assetto di interessi, di nuovamente stabilire.

Lo spazio della deroga al principio del vincolo contrattuale è circoscritto dall'art. 1372, comma 1, codice civile ai casi ammessi dalla legge: ai casi, dunque, in cui la legge attribuisce il potere unilaterale (es. art. 1661 codice civile), o autorizza la sua previsione in contratto (es., art. 118 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, testo unico del credito). Si potrebbe ritenere, di conseguenza, che il potere unilaterale di modifica non possa essere previsto autonomamente dai contraenti: che la libertà contrattuale non possa estendersi fino alla confezione di ipotesi ulteriori a quelle riconosciute dal legislatore. In realtà, nella prassi contrattuale la clausola sullo *ius variandi* è diffusa e ricorre nei più vari settori. Nella legislazione speciale degli ultimi anni il fenomeno è all'attenzione del legislatore, che sembra promuoverne la legittimazione. Per esempio, nei contratti tra professionista e consumatore le clausole attributive del potere al professionista si presumono abusive, senza dunque esserlo in ogni caso. Al professionista è data la possibilità della prova della loro non abusività, e dunque liceità: cfr. art. 33, comma 2, lett. *m*), *n*) e *o*) codice del consumo. Cosicché una risposta appagante sulla possibilità che le parti, nell'esercizio della libertà, confezionino valide clausole sulla modificazione unilaterale del contenuto contrattuale non può prescindere dall'esame delle fattispecie legali di *ius variandi* e dalla rassegna delle norme che ne autorizzano la previsione in contratto: nel tradizionale diritto dei contratti e nel nuovo diritto.

2. - *Ius variandi* e codice civile. Nel codice civile il potere di modifica può essere attribuito alla parte in considerazione della esigenza, ritenuta meritevole riguardo alla natura della operazione economica tipizzata nel modello contrattuale, di modificarne le condizioni nel corso dello svolgimento, in modo da rendere la prestazione della controparte costantemente funzionale agli interessi del contraente a cui tale potere di modifica è riconosciuto. La fattispecie più significativa è data dal contratto di lavoro, strutturato in modo che il prestatore svolga la sua opera sotto la direzione del datore di lavoro (art. 2094 codice civile), la quale direzione si estrinseca nel più vario bagaglio di istruzioni su tempo, modo e luogo di

esecuzione della prestazione. Rilevanti sono poi le fattispecie in tema di istruzioni che vengono date dal mandante al mandatario (art. 1711 codice civile); dal preponente all'agente (art. 1746 codice civile); dal committente allo spedizioniere (art. 1739 codice civile); dal mittente al vettore (art. 1683 codice civile).

Il potere di modifica può inoltre essere attribuito alla parte in considerazione di sopravvenienze che possono rendere il contratto meno idoneo al raggiungimento dello scopo, o anche in considerazione di una mutata e migliore valutazione della parte circa la modalità migliore per concretizzare tale scopo. Così, per esempio, il committente può apportare variazioni al progetto, l'appaltatore può domandare il compenso per i maggiori lavori eseguiti (art. 1661).

Ancora, il potere di modifica può essere attribuito alla parte in considerazione di sopravvenienze che alterano significativamente l'assetto di interessi stabilito nel contratto, e che si potrebbero rivelare esiziali per il raggiungimento dello scopo in esso dedotto se non ci fosse un intervento idoneo a conformare il contenuto (in senso ampio) del rapporto alle mutate esigenze della vita. Così, per esempio, nel contratto di assicurazione, l'assicurato può comunicare la diminuzione significativa del rischio, ottenendo, ove l'assicuratore non intendesse recedere, una corrispondente riduzione del premio (art. 1897 codice civile). Infine, a volte si attribuisce un rilievo decisivo alla urgenza determinata dalla sopravvenienza, e dunque alla pronta reazione che si sostanzia nella decisione sulle modificazioni. Così, per esempio, il conduttore può eseguire le riparazioni urgenti a carico del locatore (art. 1577 codice civile); nei casi di urgenza il depositario può modificare le modalità del deposito dandone avviso al depositante. Urgenti ragioni di opportunità determinano il potere del mandatario di discostarsi dalle iniziali istruzioni del mandante (art. 1711 codice civile).

3. - Ius variandi e nuovo diritto dei contratti. Il caso dei contratti del consumatore. Il moderno diritto dei contratti è caratterizzato dalla consapevolezza legislativa, giurisprudenziale e dottrinale della disuguaglianza di forza contrattuale che caratterizza la relazione tra le parti; ed è segnato dalla condivisa esigenza di rimuovere o perlomeno di ridurre tale asimmetria. Si predispongono di conseguenza tecniche che, salvaguardando la libertà contrattuale, promuovano tuttavia anche la effettiva possibilità di autodeterminazione della parte debole del rapporto. Nel moderno diritto dei contratti, pertanto, il riconoscimento e gli spazi di esercizio del diritto potestativo di modificazione del regolamento assumono connotazioni peculiari, e dettate dalla esigenza esposta. Il meccanismo adoperato si svolge secondo due direttive: rigorosa delimitazione del potere di modificazione attribuito alla parte forte; attribuzione dello *ius variandi* alla parte debole.¹

Il fenomeno della contrattazione disuguale è oggi una evidenza. Tuttavia, nello stesso codice civile (e nella diacronia delle sue trasformazioni), di tutto ciò è già traccia, per quanto embrionale. Circa la prima tecnica, l'esempio più significativo è dato dalla norma (novellata nel 1970 a seguito dell'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori) dell'art. 2103 sulla determinazione, da parte del datore di lavoro, delle mansioni attribuibili al lavoratore, dove tale potere di determinazione è imperativamente riconosciuto in limiti determinati e con effetti predefiniti. Le inottemperanze sono sanzionate con la nullità. L'atto di esercizio del potere modificativo non spiega alcun effetto. Con riguardo alla seconda tecnica, un esempio è fornito dalle disposizioni in tema di contratto di affitto, che attribuiscono all'affittuario, in particolari evenienze sopravvenute che modificano l'iniziale assetto di interessi, di chiedere la revisione del fitto o di sciogliersi dal rapporto: artt. 1622 e 1623; o che, in tema di fondi rustici, gli attribuiscono la possibilità di chiedere la riduzione o la rateizzazione del canone in caso di perdita fortuita dei frutti: artt. 1635, 1636, 1648).

¹ Si nota in dottrina che «Forme similari di tutela "forte" dell'interesse del[la] parte debole...] sono, con ogni probabilità, destinate a moltiplicarsi in un mondo sempre più preoccupato di evitare abusi da parte del contraente che si ritenga possa trovarsi in "posizione dominante". [...] Appare quindi opportuno un atteggiamento più aperto a considerare il rapporto contrattuale come suscettibile di subire modificazioni di varia natura e fonte, non necessariamente consensuale, ravvisando nei poteri di ciascun contraente, quand'anche idonei a sconvolgere unilateralmente e discrezionalmente il programma inizialmente concordato, un fenomeno per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo» (P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, 1992, I, 419).

Lo *ius variandi* ha trovato espresso riconoscimento legislativo nell'ambito dei contratti dei consumatori, quale settore esponentiale del nuovo diritto dei contratti diseguali. I legislatori (prima comunitario, poi interno) hanno preso atto della estrema diffusione, nella prassi, della clausola sul potere unilaterale di modifica attribuita al professionista e, anziché disporne la abusività, ne ha definito i limiti di ammissibilità e ne ha proceduralizzato l'esercizio. La tecnica adoperata è quella della «presunzione» *iuris tantum* di abusività della clausola che prevede lo *ius variandi* senza assicurare uno *standard* accettabile di protezione al consumatore. L'art. 33, comma 2, lett. m) codice del consumo presume l'abusività della clausola che consente al professionista la modificazione delle clausole contrattuali ovvero delle caratteristiche del prodotto o del servizio in esso dedotti, senza un giustificato motivo che deve essere indicato nel contratto stesso.

Va subito sottolineata l'estrema ampiezza del potere di modificazione riconosciuto al professionista. Con gli unici limiti della previsione contrattuale di fattispecie integranti giustificato motivo, e della sindacabilità giurisdizionale della effettiva sussistenza, in tali casi, di un motivo giustificato, il professionista può riservarsi un generalissimo potere di variazione che intacca tutti gli aspetti del contratto, nei limiti ovviamente insuperabili della sua esistenza e validità (un impegno incondizionatamente rivedibile non è un impegno; un contratto intaccabile nella causa non se ne può dire effettivamente provvisto, e così via). La previsione del giustificato motivo assolve alla duplice funzione di impedire che la discrezionalità del professionista tramodi in arbitrio e di preservare il consumatore da uno sgradevole ed esiziale effetto sorpresa. La disposizione del giustificato motivo è finalizzata alla repressione di tali possibili abusi, per lo più concretantesi nel trasferimento, a carico del consumatore, dei rischi prevedibili di inadempimento del professionista.

L'art. 33, comma 2, lett. n) codice del consumo presume l'abusività della clausola che consente al professionista di stabilire il prezzo del bene o del servizio al momento della esecuzione del contratto. Clausole di questo tipo («prezzo in vigore al momento della consegna») sono riconducibili ad una prassi consolidata nella contrattazione d'impresa, anche con i consumatori. Nella pratica, si parla di prezzo a «scalare», di prezzo «circa», oppure di prezzo a «chiamare» (*on call*). Nel moderno diritto dei contratti la clausola è utilizzata soprattutto nel settore automobilistico, dove tra acquisto del mezzo e (produzione e) consegna dello stesso intercorrono apprezzabili lassi di tempo, nel corso dei quali possono determinarsi anche aumenti significativi dovuti alle più varie esigenze articolate dalle complesse dinamiche proprie di quel mercato². Tradizionalmente, la clausola è ammessa quando la determinabilità del prezzo è affidata a criteri oggettivi, primo tra tutti il prezzo medio di mercato (e non quello di listino, se se ne discosta in maniera apprezzabile). La buona fede vale come parametro di liceità della determinazione del prezzo operata dalla parte. Nella moderna dottrina e giurisprudenza, il fenomeno ha riscontrato particolare attenzione in Germania, appunto nel settore automobilistico, dove la validità della *Tagespreisklausel* è stata riconosciuta a precise condizioni: che la determinazione avvenga secondo i dettami della buona fede (non sia cioè manifestazione di mero arbitrio del titolare del potere di determinazione) e che al compratore sia riconosciuto il diritto di recesso. Il limite del recesso del consumatore non è stato invece previsto dal nostro legislatore, benché fosse stato contemplato nella direttiva sulle clausole abusive [lett. l) dell'Allegato].

L'art. 33, comma 2, lett. o) codice del consumo presume l'abusività della clausola che consente al

² La pratica affonda le radici nel passato. Scriveva Vivante: «Il contratto deve contenere la legge del prezzo, e la contiene quando offre sufficienti elementi per determinarlo, indipendentemente dalla ulteriore volontà dei contraenti [...]. Se il contratto ne affida la determinazione al giusto criterio, alla buona fede di un contraente, il prezzo non resta indeterminato, perché se il suo giudizio offende quella buona fede che deve guidarlo, il giudice può col sussidio dei periti annullarlo e supplirlo [...]. Non è indeterminato se è rimesso al catalogo o al listino da pubblicarsi, perché quel listino o quel catalogo devono regolare i prezzi per tutta la clientela. La determinazione è sufficiente quando si vende al prezzo che faranno gli altri commercianti, ciò che equivale a vendere al prezzo corrente; al prezzo per cui il venditore fece lo acquisto, o a quello che il compratore potrà ritrarre dalla rivendita; quando all'obbligo di pagare una certa somma si aggiunga quello di prestazioni accessorie» (C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. IV. Le obbligazioni*, Milano, 1926, 171).

professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore, in presenza di aumenti eccessivamente elevati, possa recedere dal contratto. Poiché anche le clausole di indicizzazione consentono aumenti del prezzo (e poiché le stesse sono trattate, sia pure nello specifico contesto dei contratti finanziari, nel successivo comma 5 dell'articolo), si osserva che la disposizione in esame si applica nei casi di modifica unilaterale operata in assenza di indici prestabiliti ed esterni al contratto: *ad libitum*³. Il limite all'esercizio del potere è dato dall'arbitrio: benché la norma non ne faccia menzione, valgono infatti i limiti generalmente rinvenibili nell'ordinamento all'esercizio dello *ius variandi* (su cui v. oltre).

Il problema più ostico presentato dalla norma è nella valutazione della eccessività dell'aumento. In assenza di parametri normativi, sembra necessario procedere ad una verifica dell'assetto di interessi per come oggettivato nella operazione giuridica ed economica realizzata dal singolo contratto, per poi valutare, con riguardo ai valori stabiliti per la categoria di transazioni in cui rientra quella specificamente in oggetto, il divario tra assetto iniziale e assetto conseguente all'esercitato potere di modifica. Se il rapporto tra assetto di interessi articolato inizialmente nel contratto e composizione dello scambio secondo gli equilibri mediamente ricorrenti nella categoria di riferimento in quel momento è sostanzialmente divergente dal rapporto tra assetto di interessi articolato successivamente nel contratto e composizione dello scambio secondo gli equilibri mediamente ricorrenti nella categoria di riferimento in quel secondo momento, si deve ritenere integrato il requisito della eccessività (tra prezzo iniziale e finale). A tutelare il consumatore nei casi di grande differenza tra prezzo iniziale e prezzo finale, pur coerente con le sopravvenute dinamiche del mercato, vale l'art. 1467 codice civile sulla eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione in presenza di circostanze straordinarie ed imprevedibili. Come si vedrà nel paragrafo che segue, in tema di contratti bancari e finanziari la tutela così apprestata subisce rilevati deroghe.

Anche senza considerare le ulteriori previsioni in tema di contratti bancari e finanziari stipulati con i consumatori, balzano agli occhi come macroscopici i difetti di coordinamento tra le disposizioni del codice del consumo ora ricordate. La norma della lett. m) riguarda il potere di modifica di tutte le clausole contrattuali: quelle normative e quelle economiche, e condiziona la legittimità del potere alla ricorrenza di un giustificato motivo espresso nel contratto. La norma della lett. n), riferita alla clausola sul prezzo, è specie del genere precedente, ma non richiede la presenza di un giustificato motivo, presumendo in ogni caso l'abusività della fissazione unilaterale del prezzo successivamente alla stipulazione. La norma della lett. o), riferita sempre al prezzo, appartiene alla stessa specie della precedente, ma autorizza la variazione del prezzo presumendo l'abusività della norma solo nelle ipotesi in cui, rivelandosi tale variazione eccessiva, non è consentito al consumatore di recedere dal contratto.

Ci si può chiedere, anzitutto, se la previsione contrattuale di un giustificato motivo per l'esercizio dello *ius variandi* sia operativa anche per la determinazione e la variazione sul prezzo. In dottrina si è ritenuto di no, attesa la specialità di queste norme rispetto a quella della lett. m)⁴. La conclusione non appare tuttavia condivisibile, ove si consideri l'irragionevolezza della diminuzione di tutela del consumatore su un aspetto, quello del corrispettivo da lui dovuto, che è senz'altro tra i determinanti del consenso. Sembra allora opportuno notare che la regola generale non appare derogata, e potrebbe ritenersi implicitamente richiamata. Anche perché una clausola che riservi di stabilire o variare il prezzo al momento della consegna senza indicarne i parametri di determinabilità o di variazione, e dunque senza riferirsi, tramite essi, a un giustificato motivo che influisca sulla decisione finale sul prezzo, rischierebbe di risultare affetta da nullità per indeterminabilità dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, comma 2, codice civile).

Ci si può chiedere, poi, se la reazione del recesso riconosciuta al consumatore in ipotesi di variazione eccessiva del prezzo sia operativa anche per la ipotesi della successiva determinazione. In presenza di una scelta del legislatore interno chiaramente diversa da quella operata dal legislatore comunitario [*sub* lett. l)] dell'Allegato alla direttiva sulle clausole abusive) non sembra condivisibile sostenere l'estensione del

³ Cfr., per es., C. AMATO, *Art. 1469 bis, comma 3, n. 13*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, II, 949 s.

⁴ Cfr., per es., G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 172.

diritto di recesso anche nel caso di determinazione successiva del prezzo. Il che comporta, tuttavia, anche l'osservazione che l'eventuale previsione del diritto di recesso in caso di determinazione successiva del prezzo non vale, in se stessa, ad escludere la presunzione di abusività⁵.

4. - *Ius variandi nei contratti bancari e finanziari nel testo unico del credito*. Nel nuovo diritto dei contratti assumono particolare rilievo, con riguardo al tema in oggetto, i contratti del settore bancario e i contratti aventi ad oggetto i servizi finanziari. La disciplina di questi settori, pesantemente determinata dalla normativa di matrice comunitaria volta alla edificazione del mercato europeo, è stata infatti recentemente riordinata secondo la tecnica del testo unico, con introduzione di principi innovativi di portata assai rilevante rispetto al passato. Il discorso può prendere avvio, in ossequio alla tradizione, dalla categoria da maggior tempo recepita nell'ordinamento: quella dei contratti bancari.

Nei formulari raccomandati dall'ABI si rinvenivano usualmente clausole che autorizzano il predisponente a modifiche unilaterali del regolamento contrattuale successivamente alla stipulazione e nel corso dell'esecuzione. Con riguardo alle modifiche inerenti alle condizioni economiche, va ricordato che a seguito dell'intervento della Banca d'Italia in funzione di autorità garante del mercato e della concorrenza (prov. 3 dicembre 1994, n. 12) sono da considerarsi oggetto di intese vietate dall'art. 2 della legge *antitrust* le n.u.b. che fissano condizioni economiche, come sono quelle sullo *ius variandi*. Tali norme si espongono dunque alla sanzione della nullità⁶. Conseguentemente, l'ABI con circolare del 3 febbraio 1995 ha provveduto alle necessarie modifiche alle n.u.b., e alla eliminazione di quelle che, disponendo tra l'altro la facoltà meramente potestativa di modifica delle condizioni contrattuali, sono incompatibili con la nuova legislazione. Ulteriori modifiche sono state introdotte con la circolare del 26 febbraio 1996, emanata in seguito alla entrata in vigore della novella sui contratti dei consumatori. Secondo il testo attuale dell'art. 16, comma 1, n.u.b. sul conto corrente di corrispondenza lo *ius variandi* sulle condizioni economiche è disciplinato con il richiamo alle norme del testo unico del credito.

Parte della dottrina ha sempre dubitato della validità di simili clausole, stridenti con la nozione stessa di contratto accolta negli art. 1321 e 1372 codice civile, e costruita sul concetto di accordo⁷. Altra dottrina ne aveva sostenuto la liceità e meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 codice civile, rilevando che il diritto potestativo di variazione del contenuto contrattuale era pur sempre oggetto dell'accordo iniziale e che l'art. 1346 consente che il contratto abbia un oggetto anche indeterminato purché determinabile. Si è scritto infatti che «in qualsiasi figura di contratto, le parti possono convenire *ab initio* che ad una di esse vengano attribuite determinate facoltà di modificare il contenuto dell'accordo [...]. Questo tipo di accordi, del resto, appare pienamente conforme alla nozione di "autonomia contrattuale" che sta alla base del nostro sistema: le parti "possono liberamente determinare il contenuto del contratto" (art. 1322) e quindi ben possono "liberamente" accordare ad una di esse uno *ius variandi*, esercitabile *ad libitum* e non condizionato da eventi sopravvenuti»⁸. La debolezza di simili argomentazioni non è difficile da mostrare. Sull'effettività dell'accordo, sembra chiaro che l'accordo su clausole future e inconoscibili non è ontologicamente un accordo, a meno di non ritenere pensabile un accordo senza oggetto, che però si risolve inevitabilmente in una cieca adesione alla altrui volontà. Sulla determinabilità dell'oggetto, non pare contestabile che l'oggetto determinabile è quello oggettivamente tale, in base a parametri intrinseci al contratto o in forza della determinazione del terzo, e non certo a seguito della mera decisione di uno dei contraenti.

Tuttavia, la giurisprudenza, nelle rare occasioni in cui si è pronunciata, ha deciso per la validità delle

⁵ Cfr. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, art. 25 l. 6 febbraio 1996, n. 52, Milano, 1996, 24.

⁶ Cfr. F. BELLÌ - F. MAZZINI, *Condizioni generali e clausole vessatorie nel settore dei contratti bancari*, in *Diritto Privato 1996*, Padova, 1997, 182.

⁷ Cfr. U. SALANTRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VIII, 3, Torino, 1983, 55; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, II, 1, Padova, 1992, 65; A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni contrattuali*, Milano, 1993, 186.

⁸ P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 416.

clausole sullo *ius variandi*⁹. Le ragioni di fondo di questo atteggiamento sono certamente ravvisabili nel fatto che i generali rimedi dettati dagli artt. 1467 e 1468 codice civile contro l'inopinata variazione delle condizioni esistenti al momento del contratto e il conseguente sopravvenuto disequilibrio delle prestazioni rispetto alla originaria pattuizione si dimostrerebbero – soprattutto per la loro lentezza connessa alla necessità del trattamento giudiziale del contratto – particolarmente inadeguati alla materia dei contratti bancari, dove per di più simili evenienze sono tutt'altro che infrequenti, cosicché «da stessa ottica di valutazione dell'abuso contrattuale appare deformata in questo settore se si tiene presente che le clausole, normalmente qualificabili come vessatorie, possono apparire giustificate in quanto non inserite per la finalità egoistica della massimizzazione del profitto dell'impresa, ma in un'ottica diversa, quale quella della stabilità del sistema a tutela di quel risparmio che costituisce la materia prima con la quale le banche operano, e quindi, in definitiva, a tutela di un'altra faccia della medesima clientela»¹⁰.

Il testo unico del credito (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) ha riconosciuto e disciplinato tale diritto potestativo.

L'art. 117, comma 5, dedicato ai contratti in generale: di durata e no, prevede la possibilità di variare prezzi, tassi e condizioni precisando che la possibilità di variazioni in senso sfavorevole al cliente deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificamente dal cliente.

L'art. 118, nella iniziale formulazione, prevedeva che nei contratti di durata (in generale: a tempo determinato e a tempo indeterminato) tali variazioni, se sfavorevoli al cliente, fossero assoggettate a speciale comunicazione al cliente (nei modi e nei termini stabiliti dal CICR) pena l'inefficacia; inoltre, era stabilito il diritto del cliente di recedere dal contratto nei quindici giorni successivi alla comunicazione dell'esercitato potere di modifica alle condizioni originariamente pattuite. Nella nuova formulazione introdotta dall'art. 10, d.l. n. 223 del 2006 (conv. legge n. 248 del 2006), le garanzie per il cliente della banca sono notevolmente aumentate. In primo luogo, è previsto che la clausola contrattuale che prevede il potere di modifica sia specificamente approvata per iscritto a pena di inefficacia (si richiama la regola dell'art. 1341, comma 2, codice civile); in secondo luogo, si assoggetta l'esercizio del potere di modifica alla ricorrenza di un giustificato motivo. In terzo luogo, si disciplina analiticamente la comunicazione della modifica apportata dal contratto (la comunicazione deve avvenire per iscritto o per mezzo di altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente; deve contenere la formula «proposta di modifica unilaterale del contratto»). In quarto luogo, si stabilisce un termine di preavviso minimo, pari a trenta giorni. Si dispone che la modifica si intende approvata se il cliente non recede dal contratto entro sessanta giorni. Il recesso è disciplinato dalle clausole contrattuali previgenti; la banca non può contabilizzare al cliente spese per tale recesso. Si specifica, infine, che le variazioni di tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente tassi debitori e creditori e si applicano con modalità tali da non arrecare pregiudizio al cliente.

In materia di credito al consumo, l'art. 124, comma 2, lett. d) impone che nei contratti siano indicate le condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato. Sempre nei rapporti di consumo, l'art. 126 prevede per le aperture di credito in conto corrente che siano indicate le condizioni che possono determinare le variazioni in corso di esecuzione.

Si discute se oggetto del potere di modifica siano sia le condizioni economiche che le condizioni normative o soltanto le condizioni economiche. Nel dubbio, dato dalla genericità della previsione, sembra preferibile l'interpretazione restrittiva, che esclude la variazione delle condizioni normative. Infatti, la norma consente un potere eccezionale¹¹. Inoltre, l'interpretazione restrittiva è confortata da alcuni rilievi lessicali, perché il legislatore parla più volte, in altri casi, di condizioni (contrattuali) economiche: v. art.

⁹ Cfr., per es., Trib. Milano 18 aprile 1985, in *Banca, borsa, titolo di credito*, 1987, II, 94 e (ma si tratta di *obiter dictum*) Cass. 18 maggio 1996, n. 4605, in *Corriere giuridico*, 1996, 1100.

¹⁰ F. MARTORANO, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 1994, p. 129. Sul punto v. anche L. NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in *Diritto Privato 1996*, Padova, 1997, 323; F. BELLI - F. MAZZINI, *op. cit.*, 167.

¹¹ F. BELLI - F. MAZZINI, *op. cit.*, 164.

116, comma 1; 117, comma 6; 124, comma 4¹².

Dopo la legislazione sulla trasparenza, lo *ius variandi* è oggi generalmente riconosciuto nel settore dei contratti bancari. Tale diritto potestativo ha ad oggetto – certamente – le condizioni economiche del contratto. Esso non è esercitabile *ad nutum*, ma in generale alla ricorrenza di un giustificato motivo (nei rapporti di credito al consumo, è inoltre necessario specificare le circostanze che possono determinare le modificazioni contrattuali)¹³. Tale potere di variazione deve poi essere espressamente pattuito e specificamente approvato e, una volta esercitato, adeguatamente pubblicizzato. È sempre salvo il diritto di recesso del cliente che non ritenga di accettarlo.

5. - Ius variandi nei contratti bancari e finanziari nel codice del consumo. Si è visto che la nuova legislazione ha introdotto – nei contratti con i consumatori – il generale potere di variazione unilaterale del contratto a opera del professionista.

Queste le regole stabilite nel codice del consumo. Il potere di variazione deve essere espresso nel contratto (le norme fanno infatti riferimento alle clausole che lo prevedono). Esso non è esercitabile *ad nutum*, ma presuppone un giustificato motivo espressamente indicato nel contratto. Secondo l'opinione prevalente, oggetto del potere di modifica sono non solo le condizioni economiche, ma anche le condizioni normative. Infatti, la norma dell'art. 33, comma 2, lett. *m*) parla genericamente di clausole del contratto¹⁴. Altra dottrina ritiene tuttavia che, realizzandosi così un grado di tutela inferiore a quello previsto nel testo unico del credito – dove lo *ius variandi* è limitato alle sole condizioni economiche –, ai sensi dell'art. 8 della direttiva sulle clausole abusive si può interpretare restrittivamente la disposizione, escludendo dal suo ambito le condizioni normative¹⁵. Le perplessità sollevate da questa proposta discendono dal diverso oggetto di disciplina nei due interventi normativi: i contratti bancari (anche con non consumatori) nel testo unico del credito; i contratti in generale (esclusi quelli bancari, subito dopo disciplinati) nell'art. 33, comma 2, lett. *m*) codice del consumo. Tale diversità rende difficile un collegamento immediato tra le discipline e giustifica soluzioni diverse accolte nei rispettivi settori dal legislatore.

Altre norme sono dettate nello specifico settore dei servizi finanziari¹⁶. Nei servizi finanziaria a tempo

¹² Cfr. le osservazioni di L. NIVARRA, *op. cit.*, 324 testo e nota 10. Sulla necessità della interpretazione restrittiva del potere di modificazione unilaterale del contratto si è raccolto un ampio consenso dottrinale (cfr. P. GAGGERO, *Il ius variandi del prestatore di servizi finanziari*, in *Diritto Privato 1996*, Padova, 1997, 337, e gli autori ivi citati alla nota 3).

¹³ Prima della modificazione dell'art. 118, e dunque prima della introduzione del requisito del giustificato motivo, si riteneva correntemente in dottrina che il potere di modifica non potesse mai essere esercitato in via abusiva, cioè contraria ai doveri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto. Valgono infatti i principi generali sul divieto di abuso (del diritto) nell'esercizio dei diritti potestativi (cfr., per tutti, F. BELLI - F. MAZZINI, *op. cit.*, 167).

¹⁴ Cfr. F. BELLI - F. MAZZINI, *op. cit.*, 180.

¹⁵ Cfr. A.A. Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (direttiva CEE n. 93/13)*, in MORERA - NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, Milano, 1996, 153.

¹⁶ Va fissata qualche certezza sui problematici concetti di «servizio bancario» e «servizio finanziario» (v., in generale, COSTI 1994, 143). Qui basta sottolineare che da un punto di vista oggettivo, sono prestazioni finanziarie le prestazioni di finanziamento generalmente considerate (fidi, aperture di credito, anticipazioni, sconto, conto corrente affidato, sollecitazione del pubblico risparmio, *factoring*, *leasing*, e così via) (cfr. P. GAGGERO, *op. cit.*, 344). Se si accoglie questa visione, devono essere esclusi dal novero dei servizi finanziari sia il deposito, sia il servizio di cassette di sicurezza, che non hanno causa di finanziamento. Da un punto di vista soggettivo, sono prestazioni finanziarie le prestazioni poste in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari. «La nozione di attività finanziaria assume, dunque, un significato ampio e onnicomprensivo di tutte le operazioni, i servizi e i contratti che le banche e le società finanziarie possono porre in essere» [P.M. PUTTI - G. GALLO, *L'incidenza della legge di attuazione della direttiva CEE 93/13 in materia di clausole abusive sulla disciplina dei contratti bancari di conto corrente, apertura di credito, anticipazione bancaria, deposito*, in G. ALPA - S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, II, Milano, 1997, 933]. La direttiva sulle clausole abusive utilizza il termine «fornitore di servizi finanziari», e sembra così incentrare la distinzione sul professionista che pone in essere il contratto; il codice civile fa invece riferimento ai contratti sui servizi finanziari, e sembra così incentrare la distinzione sul tipo e non sul soggetto che professionalmente lo pone in essere. L'indeterminatezza dell'espressione «servizi finanziari» da un lato, e l'esigenza di elaborarne un concetto che consenta una uniforme applicazione in tutti gli Stati membri dall'altro, fanno propendere per la ricomprensione in detta espressione di tutte le attività esercitate da chi fornisce, professionalmente, tali servizi e dunque per la scelta del criterio soggettivo.

indeterminato l'art. 33, comma 3, codice del consumo consente al professionista, in deroga alle disposizioni precedenti, di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali alla ricorrenza di un giustificato motivo (che tuttavia non si richiede previamente indicato nel contratto) dando congruo preavviso al consumatore che ha sempre il diritto di recedere dal contratto. Anche in questo caso, dato che la norma parla genericamente di condizioni del contratto, si potrebbe ritenere che oggetto del potere di modificazione siano le clausole economiche e anche le clausole normative¹⁷. L'art. 33, comma 4, codice del consumo sui servizi finanziari in generale (e dunque non solo a tempo indeterminato) consente al professionista la modifica unilaterale, sempre al ricorrere di un giustificato motivo, del tasso di interesse e dell'importo di qualunque altro onere, senza preavviso e con comunicazione immediata al consumatore che ha sempre il diritto di recedere dal contratto. L'art. 33, comma 5, codice del consumo dichiara che le norme sullo *ius variandi* non si applicano ai contratti il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di borsa o è pagato in valuta estera. L'art. 33, comma 6, codice del consumo dichiara che le norme sullo *ius variandi* di cui al precedente comma 2, lett. n) e o) non si applicano alle clausole di indicizzazione legalmente ammesse purché le modalità di variazione dei prezzi siano espressamente descritte.

Eccettuati i rapporti in cui il prezzo (latamente inteso) sia ingovernabile dalla banca (perché collegato alle dinamiche dei mercati mobiliari, o indicizzato, o pagato in valuta estera), lo *ius variandi* nei contratti finanziari con i consumatori non è esercitabile incondizionatamente, ma al ricorrere di un giustificato motivo. A differenza della disciplina generale dei contratti con i consumatori, tale giustificato motivo non deve risultare dal contratto. A differenza di quanto previsto dal testo unico del credito, non occorre una apposita clausola specificamente approvata per iscritto.

Ci si può chiedere se sussiste una ulteriore differenza tra contratto stipulato dal professionista genericamente inteso e quello concluso dal professionista finanziario: sulla necessità o meno della previsione contrattuale del diritto di variazione. Nel primo caso, l'art. 33, comma 2, lett. m), n), o) codice del consumo tratta delle clausole sul potere di variazione [aggiungendosi alla lett. m) che il giustificato motivo deve essere indicato nel contratto]; nel secondo caso l'art. 33, comma 3, lett. b) codice del consumo tratta del potere di variazione senza disporre che tale potere sia esplicitato nel contratto.

A fronte di una generale regolamentazione dello *ius variandi* convenzionale nei contratti dei consumatori, il legislatore sembra avere introdotto una ipotesi di *ius variandi* legale nei contratti finanziari con i consumatori. Fatto salvo quanto si dirà appresso con riferimento alla disciplina del testo unico del credito, sembra corretto ritenere che, pur ammettendo la possibilità di un *ius variandi* legalmente stabilito, i doveri di buona fede e trasparenza farebbero propendere anche qui per l'onere del professionista di indicare tale potere nel contratto, che altrimenti potrebbe risultare eccessivamente squilibrato ai danni del consumatore. Sempre a differenza della disciplina generale dei contratti con i consumatori, nei contratti a tempo indeterminato deve essere previsto un congruo termine di preavviso a vantaggio della controparte; come nella disciplina generale dei contratti con i consumatori, nessun preavviso è dovuto per le ipotesi regolate dall'art. 33, comma 4, codice del consumo. Infine, il consumatore ha la generale possibilità di recedere dal contratto (non si precisa, però, se – come prevede il testo unico del credito – alle condizioni inizialmente pattuite e senza spese).

6. - Clausola sullo *ius variandi* e giudizio di meritevolezza e liceità; condizioni di ammissibilità dello *ius variandi*. La disciplina ora esposta è dunque diversa da quella prevista nel testo unico del credito. Il legislatore non si è curato di coordinare le normative, lasciando il compito all'interprete. Si è pertanto subito discusso sulla prevalenza dell'una o dell'altra legge: secondo i noti criteri della prevalenza della legge speciale su quella generale e di quella successiva sulla precedente. Tuttavia, anche prescindendo dall'osservazione che ogni soluzione rigidamente basata sui criteri della legge speciale e della legge successiva suscita forti perplessità,

¹⁷ Cfr. L. NIVARRA, *op. cit.*, 325; P.M. PUTTI - G. GALLO, *op. cit.*, 943.

e richiede particolare attenzione e prudenza¹⁸, sembra decisivo rilevare che le normative sono in rapporto di specialità reciproca: l'una regola esclusivamente i contratti bancari, anche con i consumatori; l'altra regola i contratti con i consumatori, anche nel settore bancario. La prevalenza dell'una disciplina sull'altra si presenta gravemente esposta al rischio della indecidibilità. Se ne deve dedurre che i contratti bancari con i consumatori, regolati da alcune norme del testo unico del credito e dai nuovi articoli del codice civile saranno disciplinati da entrambi; laddove la legge più vecchia detta regole meno favorevoli si deve intendere implicitamente abrogata dalla nuova, trattandosi di leggi aventi lo stesso oggetto e poste in rapporto di successione temporale. Laddove la legge più vecchia detta regole più favorevoli, si deve ritenere applicabile al posto delle nuove norme. Infatti, ai sensi dell'art. 8 della direttiva sulle clausole abusive gli Stati possono mantenere in vigore eventuali normative maggiormente protettive. Appare pienamente sostenibile che il legislatore italiano si sia comportato proprio in questo modo non prevedendo l'espressa abrogazione delle norme del testo unico del credito più favorevoli. Se invece si volesse sostenere l'abrogazione implicita di tali norme nei contratti con i consumatori si otterrebbe il risultato interpretativo di consentire in alcuni casi alle banche e agli intermediari finanziari un trattamento deteriore del cliente-consumatore rispetto al cliente-professionista: il che esporrebbe la lettura al contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Se tutto questo è condivisibile, la disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari e sui servizi finanziari con i consumatori è – nelle linee generali – la seguente.

i) I contratti devono essere redatti in forma scritta, e una copia deve essere consegnata al cliente (art. 117, comma 1, testo unico del credito).

ii) Il potere di modifica deve essere previsto nel contratto; la relativa clausola deve essere specificamente approvata per iscritto (art. 118, comma 1 testo unico del credito);

iii) Fatte salve le ipotesi di cui all' art. 33, commi 5 e 6 codice del consumo, il professionista finanziario non può mai variare le condizioni contrattuali non economiche; può variare le condizioni economiche¹⁹.

iv) Tale potere di variazione non è *ad nutum*, ma può essere esercitato solo al ricorrere di un giustificato motivo (art. 118, comma 2, testo unico del credito; art. 33, comma 2, lett. m); comma 3, lett. b); comma

¹⁸ Cfr. l'insegnamento di A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, 113.

¹⁹ Parte della dottrina è di diverso avviso, sostenendo che i dubbi interpretativi sulla portata dello *ius variandi* nel testo unico del credito devono ritenersi superati alla luce delle chiare disposizioni della novella sui consumatori, riferita genericamente alle condizioni contrattuali (così L. NIVARRA, *op. cit.*, 325 s.). Al contrario, sembra preferibile sostenere che l'interpretazione dello *ius variandi* nel testo unico del credito non sia seriamente dubitabile, e che tale diritto debba considerarsi esteso alle sole condizioni economiche (e bastano i riferimenti espressi di cui agli v. art. 116, comma 1; 117, comma 6; 124, comma 4); che lo *ius variandi* nei contratti tra professionista e consumatore sia chiaramente esteso anche alle condizioni normative (dato il riferimento alle clausole del contratto contenuto nell'art. 33 comma 2, codice del consumo); che il riferimento alle condizioni del contratto contenuto nell'art. 33, comma 3, lett. b) codice del consumo sui contratti finanziari a tempo indeterminato sia equivoco e non decisivo, e debba pertanto essere interpretato alla luce della normativa più vicina: quella del t.u. Non va sottaciuto, comunque, che questa opinione suscita a sua volta qualche perplessità. Infatti, nell'art. 33 comma 4, codice del consumo, riferito a tutti i contratti finanziari, e dunque comprensivo anche dei contratti a tempo indeterminato di cui al precedente comma 3, lett. b), è disciplinato lo *ius variandi* delle condizioni economiche; il che porterebbe a concludere che, nel disegno del legislatore - conformemente allo schema della direttiva sulle clausole abusive: v. art. 2, lett. a) e b) dell'Allegato - il professionista finanziario può modificare le condizioni economiche in tutti i contratti, può inoltre modificare le condizioni normative nei contratti a tempo indeterminato. Sulla scorta di questi rilievi, e nella convinzione che nel testo unico del credito sia ammesso anche lo *ius variandi* delle condizioni normative, qualcuno ha addirittura proposto di estendere lo *ius variandi* delle condizioni normative a tutti i contratti finanziari (v. A. COCOZZA, *Il recepimento della direttiva sulle clausole abusive. Prime riflessioni sui suoi effetti nei contratti bancari*, in F. BELLÌ - F. MAZZINI (a cura di), *Argomenti di diritto bancario*, Torino, 1998, 101). Quest'ultima opinione è inaccoglibile, in quanto incompatibile già con la lettera dell'art. 33, comma 4, codice del consumo e poi anche con lo spirito della legge (altrove valorizzato anche da A. COCOZZA, *op. cit.*, 109): tutelare i consumatori, e non i professionisti. La ragione della tutela consente anzi una soddisfacente soluzione del problema: poiché la tutela del consumatore nella materia dello *ius variandi* dei contratti finanziari a tempo indeterminato è meno incisiva nella nuova legge rispetto al testo unico del credito, considerato l'art. 8 della direttiva sulle clausole abusive e i dubbi di incostituzionalità sollevati da qualsiasi diversa opinione, sembra inevitabile concludere che sul punto la novella debba cedere il passo alle regole generali sui contratti bancari.

4 codice del consumo), sempre espresso nel contratto nelle aperture di credito con i consumatori: art. 126 lett. b) testo unico del credito.

v) Il potere di variazione deve essere esplicitato nel contratto (art. 117, comma 5 e 118, comma 1, testo unico del credito)²⁰.

vi) La clausola sullo *ius variandi* deve essere specificamente approvata dal consumatore (art. 117, comma 5 e 118, comma 1, testo unico del credito).

vii) Nei contratti a tempo indeterminato le modifiche diverse dal tasso di interesse o dall'importo di qualunque altro onere originariamente pattuito devono essere precedute da congruo preavviso [art. 33, comma 3, lett. b) e comma 4 codice del consumo].

viii) In tutti i contratti di durata esse devono essere accompagnate da immediata comunicazione (art. 118, comma 1 testo unico del credito; art. 33, comma 4, codice del consumo)²¹.

ix) Il consumatore può sempre recedere dal contratto modificato alle condizioni inizialmente pattuite entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione dell'avvenuta variazione senza alcuna spesa aggiuntiva (art. 118, comma 3, testo unico del credito).

Le clausole contrattuali che non assicurano questo livello minimo di tutela si espongono al giudizio di abusività ai sensi dell'art. 33 e 35 codice del consumo.

7. - *Esercizio non autorizzato del potere di modifica.* Sulla scorta dell'esame del potere di modifica unilaterale del contratto nel nuovo diritto positivo, è possibile affrontare più da vicino il problema generale dei limiti di ammissibilità e dei confini di meritevolezza e liceità posti al suo esercizio. In via generale ed astratta, si potrebbe sostenere la illiceità di tutte le previsioni contrattuali attributive del potere unilaterale di modifica non previste e nemmeno autorizzate dalla legge. Infatti, un tale potere sembra porsi in contrasto con la tutela della libertà contrattuale, che è valore irrinunciabile e indisponibile dalle parti. Nondimeno, si è visto che lo stesso legislatore fornisce argomenti alla tesi contraria, presumendo semplicemente, e non dichiarando immediatamente, la abusività delle clausole sullo *ius variandi* nei contratti tra professionista e consumatore. Appare pienamente condivisibile, dunque, un atteggiamento interpretativo non massimalista, ed improntato a giusta prudenza e sufficiente consapevolezza delle esigenze dei traffici. Si è scritto a proposito che «Conviene distinguere. A seconda dei casi, il *ius variandi* può essere strumento di arbitrio e prevaricazione di un contraente sull'altro. Ma può essere anche meccanismo per *sistemare in modo efficiente, ragionevole, equilibrato gli interessi delle parti, e segnatamente l'interesse della parte che apparentemente lo subisce*: il committente inesperto delle tecniche che governano l'opera appaltata può trarre vantaggio dall'affidare al più competente appaltatore il potere di introdurre le varianti progettuali che strada facendo si rivelino utili per la migliore riuscita dell'opera [...] In generale, il *ius variandi* si giustifica soprattutto quando la materia del contratto è fluida, soggetta a evoluzioni e sopravvenienze che possono richiedere aggiustamenti

²⁰ Si supera pertanto il problema sulla previsione o meno, per i contratti finanziari con i consumatori, di uno *ius variandi* non solo convenzionale ma anche legale: seppure lo si dovesse ritenere alla luce della novella, prevarrebbe l'opposta soluzione alla luce del testo unico del credito; in ogni caso, anche respingendo questa soluzione, occorrerebbe comunque la esplicitazione contrattuale di tale potere legalmente riconosciuto, come prevede il testo unico del credito.

²¹ Ovviamente, «Benché l'art. 6, l. 17 febbraio 1992, n. 154 (come d'altronde, il successivo art. 118, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), preveda che i tassi di interesse possano essere variati da parte della banca in senso sfavorevole al cliente a condizione che ne sia data al medesimo comunicazione scritta e che, in mancanza di tale comunicazione, la variazione è inefficace nel caso in cui sia pattuito un tasso di interesse variabile (nella specie perché collegato alle variazioni del tasso ufficiale di sconto) le variazioni del tasso di interesse in senso sfavorevole al cliente determinate dalla sola variazione del parametro di riferimento sono efficaci anche se non comunicate per iscritto al cliente medesimo, giacché le modificazioni delle condizioni contrattuali in senso sfavorevole al cliente a cui detta norma si riferisce sono solo quelle disposte unilateralmente dalla banca, mentre l'eventuale variazione del tasso derivante dalla variazione, non dipendente dalla volontà della banca, del parametro di riferimento, non è una manifestazione dello "*ius variandi*" di quest'ultima, ma un effetto integralmente voluto dalle parti sin dal momento della conclusione del contratto» (Trib. Napoli 24 novembre 2000, in *Giurisprudenza napoletana*, 2001, 4).

*successivi nell'interesse comune dei contraenti*²². Il riferimento – nel passo riportato – all'interesse comune dei contraenti è senz'altro significativo: un potere di *ius variandi* al di fuori dei casi previsti o autorizzati dalla legge e nell'interesse esclusivo della parte predisponente e a cui tale potere è attribuito, appare problematicamente ammissibile, e difficilmente indenne dal giudizio di illiceità.

Il giudizio di meritevolezza e liceità andrà ovviamente condotto con attenzione al caso concreto, e alla operazione giuridica ed economica posta in essere con il contratto che contiene la clausola. Infatti, del tutto eccezionalmente, le esigenze pratiche ed organizzative dell'impresa potrebbero trovare riconoscimento e giustificare l'attribuzione nell'esclusivo interesse dell'organizzazione economica di un potere di *ius variandi* (come riconosce anche il legislatore nella disciplina sui contratti bancari e finanziari e sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori).

Come si è visto nel corso della trattazione, la legge riconosce spesso in capo a un contraente un potere di variazione incondizionato, oppure ne autorizza la previsione nel contratto. Ci si deve interrogare sui limiti (comunque operativi) all'esercizio di un simile amplissimo potere. Usando le parole di un illustre giurista, «interessa sottolineare come la dottrina e la pratica progressivamente si sforzino di porre un limite all'esercizio discrezionale ed immotivato di diritti cosiddetti potestativi. Il limite sarebbe costituito, secondo l'affermazione di molti autori, dall'abuso; più esattamente, la necessità di una "giusta causa" è considerata condizione essenziale dell'esercizio. Gli istituti ricordati [... e così pure lo *ius variandi* nelle fattispecie sopra evidenziate] riveste del resto una così accentuata importanza, sul piano economico e sociale, che si comprende come qualche autore formuli la proposizione generale per cui anche l'esercizio di un diritto potestativo è soggetto al controllo del giudice sotto il profilo dell'abuso»²³.

Va subito chiarito che *ius variandi* incondizionato non significa *ius variandi* immotivato e arbitrario. Con riguardo al recesso incondizionato, tradizionalmente si riteneva che nel caso in cui sia pattuito tale diritto non residua nessuno spazio di sindacabilità giurisdizionale in ordine al suo esercizio, rimesso alla semplice volontà della parte. Tuttavia, come anticipato nel passo riportato, la moderna dottrina ha completamente superato questa visione paleolibérale. L'opinione comune ritiene che anche nel caso di recesso *ad nutum* il comportamento della parte sia assoggettabile alla verifica giurisdizionale sull'esercizio del diritto: che non deve essere abusivo e contrario ai doveri di buona fede e correttezza²⁴. Queste riflessioni sono integralmente trasponibili al tema in esame, che resta del tutto accomunato, per la sua natura potestativa e unilaterale e per la gravità delle conseguenze che il suo esercizio può comportare sull'assetto degli interessi stabilito (fino a stravolgerlo), al tema del recesso. Dunque, l'esercizio del diritto non è giurisdizionalmente insindacabile: laddove assuma i caratteri della arbitrarietà e della imprevedibilità, laddove si ponga, in definitiva, in contrasto con i valori di solidarietà espressi dal principio di buona fede, si deve ritenere illecito e immeritevole di tutela in quanto concretizza la fattispecie dell'abuso del diritto. Maggiormente problematico rispetto a quelli esaminati è il caso di potere di modifica incondizionato che - nel silenzio della legge - ripete la sua fonte unicamente nel contratto. Qui infatti si potrebbe ritenere una clausola così ampia contraria ai principi di ordine pubblico della stabilità dell'accordo e del vincolo contrattuale, e pertanto illecita. Secondo una visione più possibilista e conforme alle reali esigenze dei traffici, un tale diritto sarebbe in via generale comunque pattuibile; infatti il suo esercizio non resterebbe insindacabile, dovendo sempre essere conforme ai dettami della buona fede oggettiva. Insomma, come ripete spesso la giurisprudenza, il potere di modificazione deve essere esercitato nel rispetto dei dettami della buona fede oggettiva. Il rispetto del canone scongiura ogni possibile abuso nell'esercizio del diritto²⁵.

²² V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano 2001, 557 s.

²³ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 83 s.

²⁴ Cfr. ancora P. RESCIGNO, *op. cit.*, 55.

²⁵ Si precisa in giurisprudenza: il rispetto del canone non impone, tuttavia, l'obbligo di motivazione della scelta discrezionale ove tale obbligo non sia legalmente o convenzionalmente previsto. La buona fede, infatti, non è ritenuta fonte di integrazione del contratto, ma criterio per valutarne la corretta esecuzione. L'esercizio dello «*ius variandi*» rientra nella discrezionalità del datore di lavoro, che non è di per sé sottratta - in linea generale - all'osservanza dei doveri di correttezza e buona fede e, per il caso di violazione, al rimedio del risarcimento dei danni. Tuttavia, le clausole generali di correttezza e buona fede non

Resta inteso che la clausola di *ius variandi* incondizionato e previsto nell'interesse esclusivo della parte abilitata al suo esercizio non può essere indiscriminatamente apposta a tutti i contratti. Si rinvergono infatti nell'ordinamento precise indicazioni sui limiti ristretti di ammissibilità dello *ius variandi* nell'ambito della contrattazione disuguale o asimmetrica: come si è visto accadere per i contratti dei consumatori e per contratti di subfornitura. Se in tali contesti non potrebbe escludersi in via di principio l'ammissibilità di clausole sullo *ius variandi* anche al di fuori dei casi previsti o autorizzati dalla legge, resta molto dubitabile che tali previsioni possano limitarsi a prevedere un potere incondizionato senza ledere valori fondamentali di ordine pubblico rinvenibili nell'esigenza, che informa tutta la recente legislazione sui contratti, di apprestare adeguata tutela alla parte debole del rapporto.

Ovviamente, a una diversa conclusione potrebbe giungersi quando il potere convenzionalmente fissato sia debitamente condizionato e procedimentalizzato nel contratto, così da rispettare canoni minimi di protezione del contraente debole.

In altri casi, si è visto che il potere di modificazione non può essere esercitato incondizionatamente, ma presuppone la ricorrenza di un giustificato motivo. Alcune volte il legislatore richiede la presenza del giustificato motivo a fondamento dell'esercizio del potere di modifica; altre volte richiede che tale giustificato motivo sia previamente indicato e stabilito nel contratto. Mentre nel primo caso il giudice dovrà verificare se le circostanze di fatto che hanno determinato il titolare del potere al suo esercizio integrino un giustificato motivo, nel secondo caso, prima ancora, dovrà verificare se l'evenienza espressa nel contratto sia effettivamente inquadrabile nell'alveo concettuale del giustificato motivo.

Problematica si presenta la definizione del giustificato motivo. Con l'occhio alla materia lavoristica - che contempla sia la giusta causa che il giustificato motivo quali limiti all'esercizio dei diritti potestativi dell'imprenditore - è possibile concretizzare questi concetti apprezzandoli nella loro relazione. Nel diritto del lavoro (e nello specifico tema del recesso) mentre la giusta causa è integrata dal gravissimo inadempimento doloso o colposo degli obblighi contrattuali, invece il giustificato motivo, distinto in soggettivo e oggettivo, è costituito - nella prima ipotesi - dall'inadempimento grave e - nella seconda ipotesi - dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione per cause esterne al contratto. Atteso che la deroga al principio del vincolo contrattuale è certamente più grave nel caso di *ius variandi* (che lega la controparte a un contratto diverso da quello iniziale) piuttosto che nel caso del recesso (che determina lo scioglimento del contratto iniziale), sembra di poter concludere che il concetto rigoroso di giustificato motivo per come accolto nella giurisprudenza lavoristica con riguardo al recesso, debba a maggior ragione applicarsi nell'ipotesi dello *ius variandi*: che - quando condizionato alla ricorrenza di un giustificato motivo - potrà essere legittimamente previsto ed esercitato *a)* in relazione all'inadempimento della parte in soggezione oppure *b)* in relazione al mutamento obiettivo e significativo di circostanza esterne al contratto (es., condizioni di mercato). Ovviamente, le circostanze di fatto poste alla base del giustificato motivo dovranno essere allegare e provate dalla parte titolare del potere di modifica (art. 2967 codice civile).

Il potere unilaterale di modifica è spesso caratterizzato, come si è potuto vedere nel corso della trattazione,

introducono nei rapporti giuridici diritti e obblighi diversi da quelli legislativamente o contrattualmente previsti, ma sono destinate ad operare all'interno dei rapporti medesimi, in funzione integrativa di altre fonti; esse, pertanto, rilevano soltanto come modalità di comportamento delle parti, al fine della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritto o di obbligo e, in quanto attengono alle modalità comportamentali ed esecutive del contratto, quale esso è stato stipulato dalle parti, si pongono nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente assunta o legislativamente imposta, così concorrendo alla relativa conformazione in senso (eventualmente) ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente e consentendo al giudice di verificarne la coerenza con i valori espressi dal rapporto, garantendo in tal modo l'apertura del sistema giuridico a un rapporto dialettico costante con il contesto socio - economico e culturale di riferimento. Ne consegue che dalle clausole generali di correttezza e buona fede non può derivare per il datore di lavoro l'obbligo, non previsto dalla legge o da altra fonte, di giustificare e motivare il concreto esercizio dello «*ius variandi*», ma se tale esercizio dà luogo a una discriminazione o a una vessazione o comunque ad un arbitrio nei confronti del lavoratore, egli è tenuto a risarcire i danni che ne derivano. (Cass. 10 maggio 2002, n. 6763. In dottrina, v. M.L. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, 206).

da una variabile procedimentalizzazione (esemplari i contratti bancari). In questo ulteriore ordine di casi, la validità del potere di modifica è ovviamente condizionato anche al rispetto di tutti gli oneri procedimentali.

Come anticipato, il potere unilaterale di modifica si pone in problematico rapporto con il principi di rilevanza del vincolo contrattuale, che costituisce principio di ordine pubblico accolto nell'ordinamento. Se saggezza interpretativa e rilevanza della prassi consigliano di non formulare un giudizio negativo in astratto, ma piuttosto di esaminare il caso concreto per valutare la meritevolezza e la liceità dell'esercizio di autonomia che ha previsto la clausola sullo *ius variandi*, conseguenza ineludibile è la illiceità della clausola ogni qual volta tale giudizio di meritevolezza e liceità non sia vittoriosamente superato. Corollario immediato è che la previsione contrattuale che costituisca uno *ius variandi* in contrasto con i presupposti e i requisiti legali che la clausola deve contenere (es., indicazione del giustificato motivo), è parimenti illecita e dunque nulla.

Il potere di modifica, previsto o autorizzato dalla legge, o previsto, nel silenzio della legge, nel contratto a seguito di un esercizio ritenuto legittimo e meritevole dell'autonomia privata, non può esplicitarsi in violazione delle regole di esercizio di volta in volta richiamate (dalla generale esigenza di evitare arbitri e tenere comportamenti improntati alla buona fede, alle specifiche esigenze inerenti alla procedimentalizzazione eventualmente prevista).

L'atto di esercizio in violazione di queste regole apporta certamente una modifica nel contratto, ma in violazione dei principi dell'ordine pubblico (con i quali lo *ius variandi* è compatibile solo nei limiti della sua varia conformazione nelle singole fattispecie). Tale modifica dà pertanto luogo a una clausola illecita e del tutto inefficace: il regolamento contrattuale non ne resta influenzato, e rimane intatto.

Fabrizio Di Marzio