



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

**DOTTORATO DI RICERCA**

**Diritto, Mercato e Persona**

**Ciclo XXXIII**

**Settore Scientifico Disciplinare: Diritto Privato IUS/01**

***IUS VARIANDI E GESTIONE DEL RISCHIO CONTRATTUALE***

**Presentata da Gioia Caldarelli**

**Coordinatore del Dottorato**

Chiarissima Professoressa

Carmelita Camardi

**Supervisore**

Chiarissimo Professor

Gianluca Sicchiero

## INDICE

### **Introduzione – Oggetto e scopo dell’indagine**

1. Prima fase: natura e ammissibilità di un intervento modificativo del contratto a carattere unilaterale 1
2. Seconda fase: ricognizione delle fattispecie di *ius variandi*, tra disciplina codicistica, prassi e legislazione di settore 3
3. Terza fase: il contributo della comparazione con il panorama di *common law* e con le istanze del diritto contrattuale europeo per una (ri)lettura in chiave relazionale del diritto moderno dei contratti 5

### **Capitolo I - I confini mobili dell’autonomia contrattuale: dalla intangibilità alla flessibilità del contratto**

1. Presunta incompatibilità tra potere di modifica unilaterale e principio dell’accordo 7
2. *Ius variandi* alla luce del concetto di causa concreta 13
3. La determinatezza o determinabilità dell’oggetto 22
4. Affinità con il diritto di recesso 27
5. Abuso del diritto e sindacato *ex post* 32
6. Istanze favorevoli alla rinegoziazione 36
7. L’approccio regolatorio della normativa di settore 40
8. Un primo identikit riepilogativo: generalità del *ius variandi* 44

## **Capitolo II: Inventario ragionato delle fattispecie di *ius variandi***

1. *Ius variandi* nel “primo contratto”: un esame della disciplina codicistica tra fattispecie particolari e rilevanza sistematica dell’appalto, passando attraverso l’archetipo giuslavoristico 46
  - 1.1 *Il rilievo trans-tipico della normativa sull’appalto: un modello generale di gestione delle sopravvenienze onerose* 48
  - 1.2 *Ius variandi nel rapporto di lavoro subordinato* 51
2. *Ius variandi* nei rapporti asimmetrici del “secondo” contratto 56
  - 2.1 *I contratti dei consumatori: le clausole presuntivamente vessatorie di cui alle lett. m) e o) dell’art. 33 cod. cons* 58
  - 2.2 *Approvvigionamento e fornitura di energia e gas* 60
  - 2.3 *Servizi di comunicazione elettronica* 63
  - 2.4 *Turismo organizzato* 66
  - 2.5 *Contratti bancari* 71
3. Le difficoltà di coordinamento tra codici di settore e codice civile 79
4. *Ius variandi* nei rapporti asimmetrici del “terzo contratto” 84
5. È possibile tracciare un profilo unitario del *ius variandi* nei rapporti *b2c* e *b2b*? 91

## **Capitolo III: Una occasione di confronto con il sistema di *common law***

1. Premessa metodologica per l’interprete di civil law 97
2. Un caso di eccezione: la clausola penale 107
3. Le istanze di armonizzazione del diritto contrattuale europeo verso un contratto “giusto” 113
4. *Discretion clauses* al vaglio del sindacato giurisdizionale 120

5.	Il <i>common law</i> "oltreoceano": la teoria relazionale	127
6.	Limitazioni all'uso delle <i>change of terms clauses</i>	135

**Capitolo IV - *Ius variandi* tra teoria relazionale, buona fede e adeguamento del contratto**

1.	Autonomia ed eteronomia contrattuale	143
2.	Possibili scenari alla luce della comparazione	152
3.	Criticità e questioni aperte nel sistema di <i>civil law</i>	155
4.	Ricognizione sistematica di indici "relazionali" nel diritto contrattuale italiano	166
5.	Brevi spunti sul diritto emergenziale che convogliano verso una riflessione conclusiva	174

	<b>Bibliografia</b>	181
--	---------------------	-----

“I have never in my life been so struck by any place as by Venice. It is the wonder of the world. Dreamy, beautiful, inconsistent, impossible, wicked, shadowy, damnable old place. I entered it by night, and the sensation of that night and the bright morning that followed is a part of me for the rest of my existence”.

**Lettera di Charles Dickens a Mr. Douglas Jerrold, 16 ottobre 1844**

## INTRODUZIONE

### OGGETTO E SCOPO DELL'INDAGINE

#### **1. Prima fase: natura e ammissibilità di un intervento modificativo del contratto a carattere unilaterale**

Nei sistemi giuridici contemporanei, destinati a regolare economie di mercato, il principio di conservazione del contratto, intimamente legato ad istanze di efficienza dei rapporti giuridico patrimoniali, tende a favorire l'adozione di strumenti "manutentivi" di natura legale e convenzionale, confinando al ruolo di *extrema ratio* la risoluzione ed altri strumenti "ablativi".

Mentre la tecnica della rinegoziazione contrattuale si sviluppa in ossequio al principio generale dell'accordo e dell'incontro di volontà, come sancito dall'art. 1321 c.c. e ribadito, *ex multis*, dall'art. 1372 c.c., il sintagma latino *ius variandi* introduce uno strumento verso il quale si registra maggior diffidenza, consistendo nel potere, di origine legale o convenzionale, di modificare unilateralmente il contenuto di un contratto di durata o ad esecuzione differita.

Nonostante l'introduzione nel contratto di un diritto potestativo consistente nella possibilità, attribuita ad una sola parte, di variarne *ad libitum* il contenuto possa sembrare incompatibile con la base consensuale e paritaria del rapporto contrattuale, non di rado è lo stesso ordinamento ad ammetterlo: sia nel codice che nella legislazione speciale sono rintracciabili molte ipotesi di *ius variandi* legale.

D'altra parte, mostrando una eccessiva affezione alla risalente idea secondo cui il contratto costituisce una "ormai entità staccata dalla sfera

individuale dei suoi autori e a questa sovra ordinata”<sup>1</sup> si rischia di congelare la volontà iniziale rassegnata dalle parti. Al contrario, la discussione su ammissibilità e limiti di uno *ius variandi* di origine convenzionale risponde all’esigenza di considerare l’interesse delle parti come materia fluida, destinata ad evolversi e convogliare nel contratto.

Dottrina e giurisprudenza sono divise: parte di entrambe reputa che la clausola che demanda ad uno dei contraenti il potere di variare unilateralmente il regolamento contrattuale dovrebbe ritenersi incompatibile con i principi di bilateralità del consenso (artt. 1321 e 1325 c.c.) e di vincolatività dell’accordo (art. 1372, comma 1, c.c.), dunque nulla ai sensi dell’art. 1418, comma 2, c.c., per mancanza dell’accordo come elemento essenziale del contratto e/o per mancanza del requisito di determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto, previsto dall’art. 1346 c.c.

Altra parte di dottrina e giurisprudenza ritiene invece che non sia rinvenibile un divieto generale di prevedere contrattualmente uno *ius variandi* a favore di uno dei contraenti, e ciò sarebbe indirettamente deducibile da alcune previsioni di legge, tra cui l’art. 6, l. 18 giugno 1998 n. 192 (divieto di modifiche unilaterali nella subfornitura), il quale, escludendone l’ammissibilità nel caso specifico, sarebbe spia di una generale compatibilità del medesimo con i principi del nostro diritto dei contratti.

D’altro canto, affermare la validità di principio delle clausole che attribuiscono ad uno dei contraenti il diritto di modificare unilateralmente il regolamento negoziale non significa lasciare privo di

---

<sup>1</sup> Espressione di Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 280.

tutela il contraente che a tale diritto si sia volontariamente assoggettato: la tutela slitta da un controllo *ex ante*, in termini di validità/invalidità della clausola, ad un controllo *ex post* in termini di efficacia/inefficacia del singolo atto di esercizio dello *ius variandi*, tracciando la linea di confine tra esercizio legittimo e illegittimo attraverso i criteri della meritevolezza dell’interesse, della buona fede, dell’equilibrio tra le prestazioni contrattuali.

In questo contesto si inserisce il quesito circa la estendibilità anche allo *ius variandi* del recente dibattito giurisprudenziale sull’abuso del diritto di recesso: di recente la Suprema Corte, pur riconoscendo la piena legittimità di un diritto potestativo a recedere convenzionalmente attribuito ad un contraente, ne ha ritenuto abusivo l’esercizio che possa comportare un grave *vulnus* alle ragioni dell’altro contraente.

## **2. Seconda fase: ricognizione delle fattispecie di *ius variandi*, tra disciplina codicistica, prassi e legislazione di settore**

Dopo aver valutato attraverso l’esame di indici sistematici la compatibilità con il nostro ordinamento di un potere unilaterale modificativo del regolamento contrattuale, si potrà procedere ad un inventario delle fattispecie di *ius variandi* rinvenibili tanto in ambito codicistico, quanto nella prassi contrattuale e nella frammentaria regolamentazione di settore. Tali fattispecie verranno descritte e ordinate attraverso l’enucleazione di criteri classificatori che possano agevolare l’interprete nella comprensione della natura multi funzionale di tale istituto.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla distinzione tra *ius variandi* nei contratti di diritto comune e *ius variandi* nei contratti asimmetrici. Nei primi, in cui c’è parità di armi tra le parti e non opera l’intervento del



legislatore a tutela del contraente considerato “debole”, possono essere rintracciate ipotesi di *ius variandi* finalizzato al perseguimento di interessi determinati: (a) l’interesse di una parte a consentire una specificazione della prestazione da eseguire in esecuzione del contratto (si pensi, ad esempio, al potere di scegliere la prestazione da eseguire, che l’art. 1285 c.c. attribuisce ad una delle parti di un’obbligazione alternativa); (b) l’interesse di una parte a consentire l’adeguamento del regolamento contrattuale rispetto a circostanze sopravvenute (si pensi al diritto del committente, *ex art. 1661 c.c.*, di introdurre unilateralmente variazioni al progetto, e dunque, alla prestazione dell’appaltatore; al potere del mandatario, *ex art. 1711, comma 2, c.c.*, di discostarsi dalle istruzioni del mandante quando ciò risulti funzionale all’interesse di quest’ultimo soggetto in ragione di circostanze a lui ignote che non gli possano essere tempestivamente comunicate; al diritto alla riconduzione ad equità del contratto rescindibile o risolubile per eccessiva onerosità, *ex artt. 1450 e 1467, comma 3, c.c.*).

Nella sistematica del codice del consumo e delle altre normative disciplinanti i contratti c.d. asimmetrici, invece, la tutela del contraente debole induce, per un verso, a qualificare vessatorio il potere di variazione esercitato dal professionista se non sorretto da un giustificato motivo (art. 33, comma 2, lett. m), c. cons.); per altro verso, sulla base della distinzione tra prestazione principale e accessoria, impone per quest’ultima un consenso preventivo del consumatore (art. 65 c. cons), secondo il modello detto *opt-in*.

Diversamente, nei servizi di comunicazione elettronica, la tutela del consumatore-utente è affidata al diritto di recesso esercitabile come contropotere a fronte della notifica di qualsiasi modifica alle condizioni

contrattuali, secondo il modello c.d. *opt-out* (art. 70, comma 4, c. com. el.).

Con riferimento alla disciplina dello *ius variandi* nei contratti asimmetrici, si potrà affrontare anche la dibattuta questione del rapporto tra codici di settore, oggetto di una recente sentenza del T.A.R. Lazio relativa al concorso tra norme dettate dal Codice del consumo e dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

Altro criterio classificatorio interessante per l’interprete potrebbe essere quello dello *ius variandi* che nasce nel contesto di obbligazioni dal risultato “non governabile”, laddove solo una parte sia in grado di decidere come adeguare la prestazione al fine del raggiungimento dello scopo del contratto. Si pensi, a tal proposito, al contratto turistico e al contratto relativo al servizio di gestione su base personale e individualizzata di portafogli di investimento: in entrambi i casi l’esercizio dello *ius variandi* si giustifica in ragione della discrezionalità di cui la parte “esperta” (tour operator, intermediario finanziario) dispone nel gestire con lealtà e buona fede l’esecuzione di una prestazione dal risultato non completamente governabile (finalità turistica nel primo caso, rendimento dell’investimento nel secondo).

### **3. Terza fase: il contributo della comparazione con il panorama di *common law* per una (ri)lettura in chiave relazionale del diritto moderno dei contratti**

Al termine di una ricerca volta a disegnare il quadro di riferimento risultante dall’incontro tra disciplina normativa dello *ius variandi* e tecniche di gestione del rischio affidate all’autonomia dei privati nel nostro ordinamento, si potrà procedere a coltivarne i risultati alla luce

del contributo essenziale della comparazione con il sistema di *common law*.

In particolare, viene posta l’attenzione sul diritto inglese, storicamente custode della più “spregiudicata” *freedom of contract*, in cui tuttavia si assiste oggi ad un più incisivo sindacato in sede giudiziale sull’uso della discrezionalità contrattuale; e sul diritto americano, che vanta la paternità di quella teoria relazionale dei contratti tramite cui sembra potersi instaurare un canale di interessante comunicazione con le rinnovate vesti del principio di buona fede, da sempre caro al sistema di *civil law*.

L’obiettivo perseguito consiste nel verificare se i principi che regolano il nostro diritto dei contratti consentano all’elaborazione dottrina e giurisprudenziale di allargare il perimetro applicativo della figura giuridica di cui si tratta, superando lo scoglio interpretativo che induce l’orientamento più formalista a veder abdicare il principio *pacta sunt servanda* di fronte al potere di modifica unilaterale dell’accordo.

## Capitolo I

### I CONFINI MOBILI DELL’AUTONOMIA CONTRATTUALE: DALLA INTANGIBILITÀ ALLA FLESSIBILITÀ DEL CONTRATTO

1. Presunta incompatibilità tra potere di modifica unilaterale e principio dell’accordo

L’art. 1372, co. 1., c.c. recita: “il contratto ha forza di legge tra le parti”.

Con tale formula perentoria il legislatore sembra voler escludere la configurabilità di un potere di intervento unilaterale in chiave modificativa dell’assetto di interessi che le parti hanno convenzionalmente stabilito al momento della stipulazione del contratto.

Sul significato da attribuire a tale disposizione la più illustre letteratura si è divisa nel tempo: alcuni ritengono che costituisca fedele espressione del principio *pacta sunt servanda*, in virtù del quale le parti contraenti non possono, all’infuori della sussistenza del mutuo consenso e delle altre cause ammesse dalla legge, sottrarsi all’osservanza delle pattuizioni contrattuali modificandole unilateralmente. Secondo altre voci dottrinali, invece, si tratta di una formula enfatica, volutamente pleonastica in omaggio alla tradizione, che va declinata in concreto affinché l’interesse delle parti non risulti ingessato in quello risalente al momento perfezionativo dell’accordo<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Se si considera il contratto non come materia fluida, plasmabile in funzione dell’interesse delle parti, ma come una “entità staccata dalla sfera individuale dei suoi autori e a questa sovra ordinata” (Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 280), si cristallizza la volontà iniziale

I termini della riflessione vanno impostati anche tenendo in considerazione che nei sistemi giuridici contemporanei, destinati a regolare economie di mercato, la garanzia di flessibilità del contratto acquisisce importanza sempre maggiore, essendo intimamente legata ad istanze di conservazione efficiente dei rapporti giuridico-patrimoniali di durata<sup>3</sup>.

Più estesa è, invero, la durata del contratto, più intensa risulta la esposizione dello stesso ad interferenze esterne che possono alterarne l’equilibrio, più difficile sarà dunque compiere nel momento perfezionativo dell’accordo una loro previsione ponderata con allocazione efficiente dei futuri rischi.

Come anticipato in premessa, il principio di conservazione del contratto crea un moto di esplorazione del terreno della sua

---

rassegnata dalle parti conferendole una perpetuità che, verosimilmente, non le appartiene. Voci di dottrina e giurisprudenza, tuttavia, propendono per la eccezionalità delle norme sullo *ius variandi* a causa della dubbia compatibilità di una clausola attributiva di un potere di variazione unilaterale con i principi di bilateralità del consenso (artt. 1321 e 1325 c.c.) e di vincolatività dell’accordo (art. 1372, co. 1, c.c.), e della conseguente presumibile nullità della stessa ai sensi dell’art. 1418, co. 2, c.c., per mancanza dell’accordo come elemento essenziale del contratto e/o per mancanza del requisito di determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto. In tal senso, De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, 24; Bussoletti, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, I, 469 ss., ora in *La nuova disciplina dell’impresa bancaria*, II, *L’attività delle banche*, a cura di Morera e Nuzzo, Milano, 1996, 217 ss. Mentre altra parte della letteratura già da tempo considera lo *ius variandi* come un “fenomeno per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo”, v. Schlesinger, *Poteri unilaterali di modificazione (“ius variandi”) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 24.

<sup>3</sup> Ciò implica la rilettura dell’autonomia contrattuale anche alla luce dei principi che garantiscono l’attuazione di un mercato libero: concorrenza, trasparenza, stabilità, liberalizzazione, tutela del consumatore. Si veda Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 703.

manutenzione, meno arato rispetto a quello della risoluzione, attraverso l’analisi di strumenti di natura legale o convenzionale in grado di garantire il mantenimento *in itinere* di una corretta funzionalità del rapporto contrattuale.

Tra di essi, accanto alla tecnica della rinegoziazione contrattuale vera e propria<sup>4</sup>, invoca spazio lo *ius variandi*, inteso come potere, di origine legale o convenzionale, di modificare unilateralmente il contenuto dell’accordo.

Il pregiudizio nei confronti di tale figura – cui cercheremo di attribuire una identità più definita – è in parte giustificato, in quanto un potere conformativo unilaterale provoca una variazione dei diritti e degli obblighi delle parti che può facilmente incidere in senso peggiorativo su chi la subisce.

Eppure, il potere di modifica unilaterale può offrire la possibilità di rinnovare in modo più centrato la valutazione degli interessi coinvolti nel rapporto e collegati all’esecuzione della prestazione caratteristica. In altri termini, attribuendo al contraente dotato di maggiore esperienza il potere discrezionale di rideterminare alcuni

---

<sup>4</sup> La rinegoziazione dei termini dell’operazione risulta senza dubbio la soluzione più equilibrata, tuttavia potrebbe non rispondere a un canone di efficienza perché non sempre “in corso d’opera” si conserva quella leale e reciproca attitudine negoziale indispensabile per il raggiungimento di un nuovo accordo; inoltre la rinegoziazione impone dei costi e dei tempi transattivi che vengono eliminati con l’attribuzione dello *ius variandi* ad una sola parte del contratto. Per uno studio approfondito sulla clausola di rinegoziazione, Frignani, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 684; Macario, *Adeguamento e rinegoziazione del contratto*, Napoli, 1996, 169 ss.; Del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 801.

aspetti contrattuali, si possono ottimizzare le *performances* e raggiungere in modo più efficace gli obiettivi posti dal contratto<sup>5</sup>.

Se proviamo per un attimo a prendere le distanze da una immediata reazione di scudo a tutela del contraente debole contro i possibili abusi compiuti in suo danno, si può valorizzare la possibile *ratio* dello strumento, ovvero l’esplicarsi di una facoltà che arricchisce il contratto senza pregiudizio per la sovranità della volontà contrattuale, essendo l’effetto modificativo autorizzato da un accordo delle parti in tal senso.

Il primo nodo da sciogliere consiste infatti pur sempre nel capire se lo *ius variandi*<sup>6</sup> implichi una vistosa deroga al principio racchiuso nell’art. 1372 c.c. di necessaria bilateralità delle scelte modificative.

Parte della letteratura, facendo forza sul carattere enfatico della dizione normativa di cui all’art. 1372 c.c., si è spesa in senso favorevole alla ammissibilità di un potere modificativo unilaterale, il quale può essere considerato esplicazione dell’autonomia contrattuale pur in assenza di una norma generale autorizzativa del suddetto potere.

A ben vedere, nel corpo dell’art. 1372 c.c. vive senz’altro il principio della irretrattabilità del consenso prestato rispetto a quel

---

<sup>5</sup> Gambini, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, 262, evidenzia come nella disciplina del contratto di vendita di pacchetti turistici, lo *ius variandi* accordato dalla legge al professionista trovi giustificazione nella migliore valutazione da parte di quest’ultimo della tutela degli interessi di entrambi i contraenti.

<sup>6</sup> Sull’utilizzo dell’articolo “il” o “lo” davanti alle parole latine *ius variandi* si veda Geymonat, *Jus variandi: “il” o “lo”?* (Risposta ad un anonimo), in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 305. Per quanto riguarda chi scrive, l’uso dell’articolo determinativo «lo» per la parola latina «ius» riflette una mera preferenza eufonica tra la forma più largamente utilizzata nella prosa giuridica e la più rigorosa forma «il», v. Bussoletti, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, I, 469.

certo assetto di interessi pattuito, e, pertanto, *prima facie* sembra giusto affermare che lo stesso sia sottratto alla modificabilità unilaterale.

D’altro canto, ove lo *ius variandi* trovi titolo nel contratto, è incontestabile che a suo fondamento si trova pur sempre un accordo: in questo senso, l’art. 1372 c.c. potrebbe essere letto non in antitesi con l’art. 1322 c.c. ma come un suo completamento.

Altra rispetto alla questione della teorica ammissibilità di uno *ius variandi* pattizio è quella della possibile prospettazione di una nullità relativa - o di protezione - a tutela della parte contraente che lo subisce. Anche tra le maglie di questa riflessione è possibile trovare conferma della sua astratta ammissibilità: se in un terreno contrattuale come quello consumeristico, e più in generale nel diritto dei contratti asimmetrici, tale clausola viene talora esplicitamente vietata (si pensi all’art. 6, comma 1, l. 18 giugno 1998, n. 192) o considerata presuntivamente vessatoria (*ex art. 33, comma 2, lett. m-o, c. cons.*), è perché la stessa, in difetto di un’espressa previsione contraria, può ritenersi valida. Invero, se la nullità di una clausola attributiva di *ius variandi* fosse *in re ipsa*, non ci sarebbe bisogno di specifiche norme proibitive<sup>7</sup>.

Come prima si accennava, peraltro, ragionando in termini di invalidità di ogni clausola attributiva di una facoltà di modifica

---

<sup>7</sup> Uno degli argomenti utilizzati in dottrina per affermare come non sia rintracciabile tra le maglie del nostro ordinamento un divieto generale di prevedere contrattualmente uno *ius variandi* a favore di uno dei contraenti è proprio l’esistenza di previsioni di legge come l’art. 6, l. 18.6.1998, n. 192 (divieto di modifiche unilaterali nella *subfornitura*), il quale, escludendone l’ammissibilità nel caso specifico, sarebbe spia di una generale compatibilità del medesimo con i principi del nostro diritto dei contratti. Si veda Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, 86 ss.



unilaterale del contratto, si finisce con il trascurare che un potere modificativo esercitato *cum causa*, sorretto cioè da un interesse meritevole di tutela, ha il pregio di consentire l’equilibrato svolgersi del sinallagma contrattuale: solo assecondando *in executivis* il dinamismo delle vicende sopravvenienti si realizza quella capacità di adattamento che integra l’auspicata flessibilità del contratto.

Il problema si sposta dunque dall’*an* al *quomodo* del suo esercizio: il limite all’autonomia contrattuale non dovrebbe operare sul piano della validità, bensì su quello della legittimità del suo concreto esercizio, attraverso un sindacato *ex fide bona* sul livello di discrezionalità e ragionevolezza utilizzato dall’autore della modifica<sup>8</sup>.

In altri termini, affermare la validità delle clausole che attribuiscono ad uno dei contraenti il diritto di modificare unilateralmente il regolamento negoziale non significa lasciare privo di tutela il contraente che a tale diritto si sia volontariamente assoggettato: la tutela si sposterà, come vedremo, da un giudizio *ex ante* in ordine alla validità o invalidità della clausola attributiva di *ius variandi*, aprioristicamente considerata, ad un sindacato *ex post* tramite il quale tracciare la linea di confine tra esercizio legittimo e illegittimo del medesimo, utilizzando i criteri positivi della meritevolezza dell’interesse, della buona fede, dell’equilibrio tra le prestazioni contrattuali<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Per uno studio sul punto, Capurro, *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull’esercizio del diritto*, *Contr. impr.*, 2013, 6, 1341 ss.

<sup>9</sup> In questo contesto si inserisce il quesito circa la estendibilità anche in tema di *ius variandi* del recente dibattito giurisprudenziale in merito al c.d. abuso del diritto di recesso. Come vedremo meglio in seguito, di recente la Suprema Corte, pur riconoscendo la piena legittimità di un diritto potestativo a

## 2. *Ius variandi* alla luce del concetto di causa concreta

Particolarmente importante è la valutazione in ordine alla meritevolezza dell’interesse, cui va subordinato il giudizio sulla validità di pattuizioni non oggetto di esplicita considerazione normativa, come nello specifico quelle attributive di un potere di modifica del rapporto contrattuale.

Il giudizio di meritevolezza è intimamente riconducibile al più generale principio causalistico, oggi accolto nel nostro ordinamento con le rinnovate vesti della causa “concreta”, intendendo con tale accezione l’approdo giurisprudenziale e dottrinario del concetto di causa dell’ultimo decennio.

La metamorfosi della causa ha inciso profondamente sul concetto di meritevolezza previsto dall’art. 1322, comma 2, c.c., lasciando aperto il dibattito sul se e in quali termini sia possibile, alla luce di tali cambiamenti, ridisegnare il perimetro del sindacato sull’equilibrio economico del contratto.

Nel modello di contratto codicistico, in cui non ci sono asimmetrie informative o economiche cui il legislatore intende dar rilievo e ove le parti sono considerate custodi assolute dei rispettivi interessi, vale il summenzionato principio *pacta sunt servanda*: la volontà immune da vizi del consenso e suggellata dal contratto è sovrana e non si espone con facilità a interventi di rimodulazione.

Sono previsti dal legislatore alcuni interventi rimediali per far fronte a circostanze originarie di disequilibrio contrattuale: si pensi alla rescindibilità del contratto concluso in stato di pericolo (art.

---

recedere convenzionalmente attribuito ad un contraente ne ha ritenuto abusivo l’esercizio che possa comportare un grave *vulnus* alle ragioni dell’altro contraente.

1447 c.c.) e qualora vi sia stato approfittamento dello stato di bisogno (art. 1448 c.c.).

Così come la sproporzione originaria delle prestazioni viene presa in considerazione solo in ipotesi eccezionali, l’intervento del legislatore è previsto, in via altrettanto eccezionale, a fronte di sopravvenienze idonee ad alterare l’equilibrio contrattuale iniziale in modo macroscopico: ed è qui che trova sede la risoluzione per inadempimento, impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenute.

Tornando dunque ad una considerazione di ordine generale, l’equilibrio tra le prestazioni contrattuali non è di norma oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore, in quanto la volontà delle parti, se formatasi esente da vizi, è sovrana<sup>10</sup>.

Se questo è il quadro di riferimento, occorre dunque chiedersi in che modo i nuovi concetti di causa e meritevolezza possano

---

<sup>10</sup> All’interno della disciplina sul contratto possiamo tuttavia rintracciare una norma in virtù della quale ammettere l’esistenza di un sindacato sul contratto valido, in quanto immune da vizi del consenso, ma sproporzionato tra le parti: l’art. 1440 c.c. in tema di dolo incidente. Con tale figura si intende prendere in considerazione l’ipotesi in cui un contratto sia valido ma svantaggioso per una delle parti, in quanto concluso a condizioni diverse da quelle virtualmente applicabili a causa di raggiri perpetrati da una parte a scapito dell’altra in sede precontrattuale. La responsabilità precontrattuale, dunque, fa sorgere in questo caso una responsabilità risarcitoria per il danno differenziale che viene calcolato ponendo a confronto il contratto concluso e il contratto che si sarebbe dovuto concludere. La norma sul dolo incidente ammette dunque l’esercizio di un sindacato sull’equilibrio originario del contratto. V. sul punto Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, c. 783, con nota di Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*. Dopo tali sentenze si è definitivamente chiarito che il contratto concluso in base a circostanze imputabili alla malafede di una parte, ignote all’altra, legittima una pretesa risarcitoria per aver determinato un assetto sconveniente per l’altra. Si veda, Vettori, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni unite*, in *Obb. Contr.*, 2008, 104; id., *Nullità selettive e riequilibrio effettivo. L’evoluzione della buona fede*, in *Pers. Merc.*, 2019, 4, 21.

interferire con il sindacato sull’equilibrio generale del contratto e sulla ammissibilità di una clausola attributiva di *ius variandi* ad una delle parti.

Il concetto tradizionale di causa astratta, che coincide con il tipo negoziale di riferimento, non rileva in questa direzione: la causa intesa come funzione economico-sociale del contratto viaggia su binari paralleli rispetto al concetto di equilibrio contrattuale.

Se il tipo è legale, la causa c’è per definizione e allora non ha importanza indagare sull’equilibrio tra le prestazioni, che sembra piuttosto costituire un terreno più prossimo a quello dei motivi. Quando però si comincia a qualificare la causa come funzione economico-individuale, i termini del ragionamento cambiano: il confine tra motivo e causa diventa più labile e il passaggio dall’una all’altra categoria si realizza quando la ragione economico-individuale costituente motivo riceve una oggettivizzazione all’interno del regolamento negoziale, compenetrandosi nella causa.

Tuttavia, affinché ciò sia possibile, occorre che la causa emerga dal contratto all’esito di un’indagine condotta in concreto: senza il paracadute del tipo negoziale la causa va ricercata e fatta coincidere con la spiegazione economica del contratto (si parla di equilibrio economico, in quanto ciò che conta è la presenza di una qualsivoglia utilità economica, la quale può prescindere anche del tutto dall’utilità pecuniaria: si pensi ad una esibizione su di un palco importante e di fronte ad una vasta platea, la quale, anche se gratuita, può garantire in termini pubblicitari un ritorno economico molto maggiore rispetto al compenso eventualmente pattuito per la stessa).

Se tale utilità economica manca o non si evince dal contratto nonostante gli sforzi di una ricerca condotta in concreto, allora la causa resta opaca: un forte squilibrio tra le prestazioni dovrà necessariamente essere spiegato attraverso la presenza di una giustificazione economica alternativa per non esporre il contratto al rischio di una sanzione di nullità per assenza di causa<sup>11</sup>.

La possibilità che l’assenza della causa concreta impedisca la formazione di un equilibrio contrattuale, legittimando il sindacato giurisdizionale, si può osservare relativamente al contratto stipulato tra tour operator e cliente per l’espletamento di un soggiorno turistico. La causa concreta del suddetto è rinvenibile in una finalità di benessere e di svago che viene inevitabilmente compromessa con la sopravvenienza di circostanze eccezionali, quali un’epidemia sul luogo del soggiorno, le quali seppur non imputabili alla colpa del *tour operator* generano un rischio posto a suo carico, determinando la risoluzione del contratto.

Dunque, le sopravvenienze non riescono a frustrare la causa intesa in senso astratto ma possono frustrare la causa concreta del contratto, andando a incidere su un elemento essenziale dello stesso.

Con il passaggio al concetto di causa concreta si assiste ad una apertura dell’ordinamento verso il principio “*rebus sic stantibus*”.

Secondo l’impostazione tradizionale il rischio della sopravvenienza è congenito nello scambio, è un’alea naturale dello stesso. Pertanto una parte lo subisce senza possibilità di porvi

---

<sup>11</sup> Si pensi al caso della donazione indiretta, su cui si sono pronunciate le Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 18725 del 27 luglio 2017.

rimedio, in quanto la stabilità del contratto non può essere mortificata attribuendo rilevanza a un rischio atipico.

Con l'approdo al concetto di causa concreta, invece, si scopre una prospettiva nuova: il contratto ha forza di legge tra le parti, sì, ma solo fino a che ciò risulta compatibile con l'attuale interesse delle stesse.

Il giudizio di meritevolezza, come sopra anticipato, ha subito un'evoluzione sulla falsariga della causa.

Secondo molti il requisito della meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. dovrebbe essere oggetto di un'interpretazione abrogatrice, essendo figlio di un concetto di causa non più attuale. Quando la causa era ancora accolta in veste "astratta" la meritevolezza serviva per assistere i negozi atipici, in quanto per questi ultimi diventava reale la necessità di ricercarne la funzione sociale, non compendiata in un tipo negoziale previsto dal legislatore. Con il passaggio al concetto di causa concreta è più difficile individuare il ruolo della meritevolezza, in quanto non è più compito del contratto quello di assolvere ad una funzione socialmente utile: la ragione può anche essere futile, purché corrisponda ad un interesse economico reale e concreto della parte<sup>12</sup>.

Nonostante in letteratura si registri la suddetta tendenza, una giurisprudenza recente ha inteso recuperare e valorizzare il ruolo della meritevolezza nel sindacato sull'equilibrio contrattuale, affermando che tale criterio costituisce l'equivalente in ambito codicistico del giudizio in ordine allo squilibrio fra le prestazioni nel

---

<sup>12</sup> Conferma di ciò sarebbe il richiamo esplicito al concetto di meritevolezza incluso nell'art. 2645 *ter* c.c., di recente introduzione e dedicato al negozio di destinazione, che appare coerente solo in un contesto connotato dalla tacita abrogazione del suddetto concetto per quanto concerne la disciplina generale.

contratto consumeristico: la clausola squilibrata del contratto del consumatore equivarrebbe alla clausola immeritevole nel modello generale del contratto codicistico<sup>13</sup>.

Dunque, stando agli ultimi sviluppi giurisprudenziali, si può osservare come sia il concetto di causa concreta che quello di meritevolezza vengano utilizzati per aprire un varco sulla tendenziale insindacabilità dell’equilibrio economico originario del contratto, rideterminandone il perimetro e offrendo spunti utili di riflessione in ordine alla ammissibilità e ai limiti del potere di modifica unilaterale del rapporto contrattuale.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, per una clausola di *ius variandi* convenzionale esercitata a seguito di una sopravvenienza inidonea ad alterare l’assetto negoziale potrebbe profilarsi un problema di nullità per assenza di meritevolezza della clausola<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Si parla della più recente giurisprudenza in tema di validità delle *claims made* nei contratti di assicurazione (S. U. n. 9140/2016), in cui si afferma che “nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, la clausola che subordina l’operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. *claims made* mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di alcune condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza”, determinando lo stato di soggezione di una parte all’altra e impedendo alla parte svantaggiata di assolvere spontaneamente i doveri di solidarietà sociale costituzionalmente garantiti (la parte, consapevole del rischio di pagare il premio a vuoto per l’assenza di copertura assicurativa, non è incentivata all’adempimento spontaneo). Sul giudizio di meritevolezza riferito alle clausole di rinegoziazione si veda Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

<sup>14</sup> Sicchiero, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto tipico*, in *Contr. e impr.*, 2004, 545 ss., mette in luce come vi siano indici ulteriori rispetto alla

Restando in tema di limiti alla ammissibilità dello *ius variandi*, occorre richiamare la distinzione tra negozi di primo e di secondo grado, destinati, questi ultimi, a regolare i primi.

La vicenda modificativa si colloca a metà strada rispetto a quella della costituzione e della estinzione e non è risolubile in una sintesi giuridica delle due, poiché opera senza soluzione di continuità tra il prima e il dopo<sup>15</sup>.

La clausola attributiva di *ius variandi* può conferire un potere unilaterale di modifica del contratto ma non può spingersi sino a legittimare un potere estintivo o estintivo-costitutivo, in quanto questo si andrebbe a collocare al di fuori delle maglie contrattuali, con un possibile approdo sul terreno degli atti unilaterali atipici.

Nonostante tale ultima categoria trovi un ostacolo per il suo accoglimento nella lettera dell’art. 1987 c.c., secondo il quale la promessa unilaterale “non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge”, da più parti si registra un certo favore verso la

---

violazione di norme imperative che il giudice potrà individuare e valorizzare per escludere la validità di un determinato contratto.

<sup>15</sup> Si pensi, solo a finalità esplicative, ad un possibile parallelismo con alcune vicende modificativa che possono verificarsi nel contratto sociale. Anche in questo caso, la necessità di adeguare la veste della società di capitali a mutate esigenze giustifica la legittimità di modifiche dell’atto costitutivo attuate con il voto favorevole della maggioranza (non è richiesta nella maggior parte dei casi l’unanimità del consenso dei soci, tranne quando, trattandosi di trasformazione in società di persone, gli stessi soci perdono il beneficio della responsabilità limitata). Inoltre, autorevole dottrina fa notare come in tali vicende (con particolare riferimento all’operazione straordinaria della fusione), il tratto caratterizzante sia non già l’effetto estintivo-costitutivo, bensì la continuità dei rapporti giuridici in esse coinvolti. Si veda in tal senso, Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 9a edizione, Milano, 2019, 646.



possibilità di costituire atti unilaterali atipici, purché favorevoli al beneficiario e salva la possibilità di rifiutare l’iniziativa altrui<sup>16</sup>.

Tale schema strutturale tuttavia non si concilia con uno *ius variandi* a contenuto estintivo-costitutivo: pur non potendo escludersi un eventuale vantaggio per il destinatario, il suo aprioristico consenso peccherebbe di indeterminatezza, poiché prestato senza conoscere il contenuto concreto del potere cui lo stesso ha accettato di sottoporsi.

Non vale come argomentazione contraria la ammissibilità del recesso unilaterale previsto dall’articolo 1373, comma 1, c.c.: è vero che in questo caso il vincolo contrattuale può sciogliersi attraverso l’iniziativa di una singola parte ma tale facoltà estintiva risponde ad una esigenza di carattere generale dell’ordinamento giuridico, quella di non perpetuare vincoli contrattuali “obsoleti”, che non rispondono più ad un interesse attuale delle parti<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, t. 1, 4° ed., Padova, 2004, 286, osserva in proposito: “non si dica che ammettere atti unilaterali atipici nell’ambito di un sistema causale significa pur sempre sottoporli al controllo giudiziario sulla meritevolezza dell’interesse perseguito, a norma dell’art. 1322, comma 2. Un simile controllo sortirebbe esito positivo ove si accertasse che l’atto di un soggetto “trova causa” nell’atto del destinatario; e questo accertamento finirebbe, manifestamente, con il restituire contrattualità al rapporto, nonostante la diversa configurazione prescelta dalle parti. Atti unilaterali che hanno in sé la propria causa, ossia la ragione della meritevolezza dell’interesse perseguito, sono socialmente eccezionali; e questa loro sociale eccezionalità spiega la loro giuridica tipicità”.

<sup>17</sup> Secondo Pagliantini, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, 2013, non può essere utilizzata in favore della ammissibilità dello *ius variandi* di origine pattizia l’analogia tra lo stesso e il recesso convenzionale *ex art. 1373 c.c.*: “non si può infatti dire che, se ad una parte è consentito unilateralmente sciogliersi da un contratto (*minus*) allora non le si può denegare la facoltà di modifica (*minus*): lo *ius variandi* invero, col fatto che viene a normalizzare un assetto di interessi diverso da quello inizialmente programmato, esprime all’evidenza una sorpresa, in danno

In altri termini, viene valutata *ex ante* dal legislatore la meritevolezza del potere di recesso unilaterale al fine di favorire la via d’uscita da un accordo contrattuale non più “efficiente”, la cui prosecuzione comporterebbe un dispendio di risorse e costituirebbe un limite alla circolazione dei beni.

Altro sarebbe invece legittimare l’esercizio unilaterale di uno *ius variandi* dal contenuto estintivo-costitutivo, con il quale si andrebbe a legittimare un fenomeno novativo ad iniziativa unilaterale, mentre l’art. 1230, comma 1, c.c. afferma che l’*animus novandi*, ossia la volontà di estinzione del precedente rapporto giuridico e contestuale costituzione del nuovo, debba sussistere in capo ad entrambe le parti del rapporto.

Per effetto di variazioni unilaterali, dunque, in cui manca il requisito della bilateralità necessario ai fini dell’integrazione dell’*animus novandi*, sono attuabili solo mutamenti che incidano su alcuni aspetti della prestazione, senza che venga toccato il nucleo fondamentale di interessi preesistente, al punto da determinare, in via di fatto, la nascita di un nuovo contratto<sup>18</sup>.

---

dell’affidamento legittimo della controparte, incidente in modo assai più pregnante ed invasivo sul rapporto *in itinere*. C’è, come si è fatto felicemente notare, un grado di arbitrarietà maggiore nel potere di modificare un contratto che in quello di scioglierlo”.

<sup>18</sup> Gambini, *op. cit.*, 82, rileva che “la configurabilità di effetti novativi nell’esercizio dello *ius variandi* sembra doversi considerare preclusa dal dettato degli artt. 1230 e 1231 c.c., dai quali si può desumere che il limite insuperabile alla discrezionalità della parte investita del potere modificativo è rappresentato, in negativo, dal divieto di alterare l’identità del rapporto, e, in positivo, dal carattere necessariamente accessorio della modifica realizzata”.

### 3. La determinatezza o determinabilità dell’oggetto

Abbiamo anticipato come, anche in presenza della volontà di costruire e rispettare un certo assetto negoziale, l’ordinamento si riserva di valutare la legittimità degli atti di esercizio dell’autonomia privata.

La determinatezza o la determinabilità dell’oggetto del contratto sono requisiti che il legislatore prevede come necessari affinché i confini dell’impegno contrattuale siano definiti in modo chiaro.

Un altro nodo da sciogliere consiste pertanto nel capire se la *potestas variandi* attribuita ad una parte sia idonea a confliggere con tale previsione normativa. La giurisprudenza si è sempre dimostrata incline ad un orientamento liberale, confinando la nullità del contratto per indeterminatezza dell’oggetto a casi eccezionali in cui si palesi una pressoché assoluta impossibilità di individuare e “salvare” l’operazione economica, in applicazione del principio di conservazione del contratto.

Tuttavia, un certo filone della letteratura ha negato con fermezza che il contratto possa riservare ad una parte la determinazione dell’oggetto, sulla base del rilievo normativo per cui la legge prevede solo la possibilità di deferimento ad *un terzo* (art. 1349 c.c.).

Tale dottrina ammette il c.d. arbitraggio di parte, con il limite dell’*arbitrum boni viri*<sup>19</sup> - in quanto la remissione al mero arbitrio di una

---

<sup>19</sup> Viene cioè esclusa l’ammissibilità delle clausole rimesse al mero arbitrio della parte, ad esempio “mi pagherai il prezzo che vorrai”, o “aumenterai il canone a tua discrezione”. Mentre, soprattutto nei casi in cui l’elemento di fiduciarità del negozio assume un rilievo determinante, non sarebbero rinvenibili ostacoli alla ammissibilità dell’arbitraggio di parte come remissione all’equo apprezzamento. L’accettazione del margine di discrezionalità ineliminabile anche nell’equo apprezzamento di una parte non contrasterebbe con l’autonomia privata, secondo alcuni in particolare in quanto tale facoltà non costituisce espressione di un potere costitutivo-innovativo, bensì un atto

delle parti andrebbe a costituire un potere condizionante l’esistenza stessa del vincolo - e con l’esclusione della possibilità di determinare l’oggetto del contratto<sup>20</sup>.

La previsione contenuta nell’art. 1349 c.c. circa la possibilità di deferire la determinazione dell’oggetto del contratto ad un terzo, dunque a chi non è *parte*, confermerebbe che nell’intenzione del legislatore tale facoltà non può competere ad un soggetto del rapporto negoziale, con conseguente nullità del contratto il cui oggetto sia rimesso alla determinazione unilaterale di quest’ultima<sup>21</sup>.

Nonostante tale riferimento normativo sembri essere contrario, l’idea non è del tutto estranea né alla nostra tradizione giuridica, e l’esperienza tedesca lo conferma, né alla prassi commerciale avallata dal

---

di natura accertativo-ricognitiva, tendente a precisare una volontà riferibile ad entrambe le parti, in quanto frutto della valutazione di circostanze previamente valutate in vista della ponderazione del rischio dell’operazione contrattuale. In questo senso, Criscuolo, *Arbitraggio e determinazione dell’oggetto del contratto*, Napoli, 1995, 339 ss.

<sup>20</sup> Bianca, in *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, Milano, 1991, p. 335, ricava dalla disciplina delle obbligazioni alternative un principio di carattere generale, quello della determinazione successiva del contratto ad opera di una delle parti “nei limiti in cui non si presti ad alterare la posizione dell’altro contraente”. Anche Roppo, *op. cit.*, 356 ss., si apre alla determinazione unilaterale, che sarebbe ammissibile ponendo limiti alla discrezionalità della parte, al fine di arginare esiti imprevedibili e inaccettabili. In giurisprudenza, sulla clausola contrattuale che riserva alla successiva determinazione di una parte la definizione dell’oggetto del contratto si veda Trib. Milano, 23 febbraio 2005, *L’oggetto del contratto tra determinabilità e necessaria determinatezza*, in *Contratti*, 2005, p. 853 ss., con commento di Senigaglia.

<sup>21</sup> Solo l’ordinamento tedesco riconosce espressamente la possibilità che la determinazione dell’oggetto del contratto sia demandata a un contraente (§ 315 BGB). Il diritto inglese tradizionalmente nega la validità di clausole che attribuiscono ad un contraente il diritto di determinare unilateralmente l’oggetto del contratto, in quanto si sarebbe in presenza di un accordo viziato da *uncertainty*. In tal senso, v. H. Collins, *The law of contract*, fourth ed., London, 2003, 331.

*Draft Common Frame of Reference*<sup>22</sup>, che afferma la validità della clausola di determinazione unilaterale dell’oggetto del contratto, riconosciuta anche dai Principi dei contratti commerciali redatti dall’Unidroit e dai Principi di diritto europeo dei contratti<sup>23</sup>.

Anche per questo motivo le opinioni contrarie sono state di recente bersaglio di critiche, poiché sarebbero caratterizzate da riserve di ordine psicologico più che da argomentazioni tecnico giuridiche: “l’idea della parte arbitratore rappresenta un tabù che incute timore, inducendo a considerazioni allarmistiche sullo strapotere concesso a una parte a discapito dell’indifesa controparte, costretta a subire vessazioni di ogni sorta. È insomma sinonimo di abuso e capriccio e non può in quanto tale essere accolta”<sup>24</sup>.

Altri autori, percorrendo invece una linea interpretativa favorevole, distinguono a seconda che il potere determinativo sia rimesso *tout court* alla parte in quanto tale oppure in veste di arbitratore: soltanto la seconda ipotesi rientrerebbe infatti nel paradigma normativo dell’art. 1349 c.c. e permetterebbe di essere sottoposta al controllo e ai rimedi previsti dal medesimo. Una opinione incline a dare credito all’arbitraggio di parte, formatasi peraltro in materia di *ius variandi*,

---

<sup>22</sup> Cap. 9, par. 105 del II libro. V. Chr. Von bar - E. Clive - H. Schulte-Nälke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munchen, 2008.

<sup>23</sup> L’art. 6:105 (“Unilateral determination by a party”) afferma: “Where the price or any other contractual term is to be determined by one party and that party’s determination is grossly unreasonable then, notwithstanding any provision in the contract to the contrary, a reasonable price or other term is substituted”. Tale formulazione, oltre a costituire una decisa presa di posizione a favore della validità della clausola, salva la validità della pattuizione anche qualora non contenga alcun criterio o limite alla potestà determinativa della parte, attribuendo al giudice un potere integrativo e suppletivo.

<sup>24</sup> Zuddas, *L’arbitraggio*, Napoli, 1982, 77.

propone di ritenere ammissibile l’attribuzione *ex ante* per contratto di poteri unilaterali di determinazione dell’oggetto, salvo poi verificare *ex post*, applicando la clausola generale di buona fede, se il potere sia stato esercitato per le finalità per cui era stato conferito<sup>25</sup>.

Rimessione ad una parte della determinazione dell’oggetto del contratto e *ius variandi* sono figure affini, tuttavia mentre la prima implica un’attività vincolata, poiché il contratto non potrebbe esistere senza la specificazione del suo oggetto, il potere unilaterale di modifica di alcuni aspetti del contratto rimane discrezionale, integrando l’esercizio di un diritto potestativo consistente nel determinare una variazione – fino al suo concretizzarsi – solo eventuale<sup>26</sup>.

Riguardo la preventiva fissazione nel contratto di criteri o limiti all’esercizio dello *ius variandi*, non c’è unanimità di vedute in letteratura. Alcuni autori ritengono che il parametro possa essere anche solo quello dell’equilibrio contrattuale tratteggiato dalle parti nel

---

<sup>25</sup> Fici, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (ius variandi)*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 389; ID., *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, 219 ss.

<sup>26</sup> Tuttavia, vi sono situazioni nelle quali lo *ius variandi* è concepito nell’interesse della controparte, e pertanto in capo al titolare del potere di modifica viene posto un vero e proprio obbligo di variazione, con conseguente responsabilità in caso di mancato adempimento dello stesso. Si pensi a casi giurisprudenziali eccezionali, Cass. 11 dicembre 1995, n. 12647, e Cass., 26 febbraio 1998, n. 2079, relative al c.d. “venerdì nero” della lira. In dottrina, si veda Roppo, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in *Confini attuali dell’autonomia privata*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 2001, p. 152. Può anche accadere che, nel corso del rapporto contrattuale, l’iniziativa di una parte miri ad apportare all’altra vantaggi patrimoniali, prevedendo ad esempio una dilazione maggiore nel pagamento. In un caso simile, la valutazione di liceità della clausola è agevolata dal fatto che la modificazione della sfera giuridica del destinatario avviene in senso favorevole a quest’ultimo, e previo suo consenso, in conformità con quanto previsto dall’articolo 1333 c.c., che consente all’iniziativa unilaterale di arrecare vantaggio al destinatario della proposta, salva la possibilità di rifiutare. In altri termini una simile clausola agevola la parte che rimane inattiva, nel cui vantaggio il diritto di variazione viene esercitato.

contratto e della buona fede: in altri termini, in assenza di una pattuizione *ex ante* dei criteri di esercizio, questi dovrebbero essere ricostruiti alla luce dell’assetto giuridico ed economico complessivo. Secondo altri, invece, solo dall’individuazione preventiva di criteri e limiti il patto attributivo dello *ius variandi* può trarre giustificazione e ritenersi espressione corretta del principio di cui all’art. 1322 c.c., poiché l’autonomia contrattuale non può legittimare una alterazione *ad nutum* della composizione di interessi consacrata nel regolamento negoziale<sup>27</sup>.

Rispetto all’attività di arbitraggio, lo *ius variandi* consiste nel modificare elementi già fissati nel contratto, e non nel definire il contenuto di elementi mancanti<sup>28</sup>. In tal senso il potere di variazione presenta una intensità inferiore rispetto a quello di determinazione unilaterale dell’oggetto del contratto, in quanto la modifica deve presentare un certo grado di aderenza con l’assetto negoziale originario

---

<sup>27</sup> Scarpello, *op. cit.*, 125.

<sup>28</sup> Si pensi a quanto previsto dall’art. 14 del D. lgs. 141/2010 che ha modificato l’art. 118 TUB, stabilendo che le modifiche unilaterali non possano comportare l’introduzione di clausole *ex novo*, ma solo la variazione di condizioni già presenti.

e inserirsi in un orizzonte di ragionevole prevedibilità<sup>29</sup>, in virtù del principio di buona fede<sup>30</sup>.

#### 4. Affinità con il diritto di recesso

Riprendendo le fila della riflessione sopra anticipata, nel nostro diritto dei contratti possiamo enucleare tre modelli: il primo è quello codicistico, un contratto tra “uguali” che ammette pertanto solo un intervento minimalista da parte del legislatore.

Alla tendenziale insindacabilità dell’equilibrio plasmato dalla volontà delle parti propria di tale modello si contrappone il contratto asimmetrico, rispetto al quale prevale un’istanza superiore di protezione del contraente debole.

---

<sup>29</sup> Oltre a quello di buona fede, alcuni autori hanno utilizzato il concetto - appartenente alla teoria generale del diritto - di interesse legittimo come situazione sostanziale e in particolare di interesse legittimo di diritto privato, di cui sarebbe titolare il contraente assoggettato alla modifica e che andrebbe a delimitare - da un punto di vista “relazionale” - il potere contrattualmente attribuito all’altro contraente. In questo senso, Pagliantini, *Poteri di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale ed interesse legittimo di diritto privato*, in *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, a cura di Breccia, Brusciuglia, Busnelli, Torino, 2001, 299 ss., il quale rinvia agli studi compiuti da Bigliazzi Geri, *Contributi ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

<sup>30</sup> Sulla funzione integrativa del contratto assolta dal criterio della buona fede oggettiva, idonea a individuare e delimitare le posizioni giuridiche soggettive dei contraenti esiste una vastissima letteratura, *ex multis*, Roppo, *Il contratto*, *op. cit.*, 465 ss.; Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 117 ss. Sembra interessante cogliere come spunto di riflessione pertinente a riguardo la giurisprudenza formatasi in merito alla c.d. fideiussione *omnibus* prima della novella del 1992, la quale ha ritenuto che la posizione del fideiussore non possa ritenersi pregiudicata a priori in caso di mancata predeterminazione di un tetto massimo, poiché esulano dalla copertura fideiussoria le operazioni bancarie poste in essere in violazione del principio di buona fede (si veda, Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, 2750 ss. con note di Pardolesi, Di Maio, *La fideiussione “omnibus” e il limite della buona fede*, e di Mariconda, *Fideiussione “omnibus” e principio di buona fede*, in *Giust. civ.*, 1990, 1, I, 126).



Il contratto asimmetrico concluso tra consumatore e professionista postula un controllo massimo da parte del legislatore che si realizza attraverso una disciplina eteronoma del rapporto negoziale finalizzata a compensare la menomazione informativa congenita a danno del consumatore<sup>31</sup>.

Al fine di evidenziare la sostanziale diversità tra i due modelli di contratto prendiamo in esame una figura che presenta anche una innegabile affinità con lo *ius variandi*: il diritto di recesso.

Come già più volte ricordato, il legislatore, evocando l’importanza e la coerenza della volontà, afferma con formula enfatica che il “contratto ha forza di legge”: da qui deriva l’eccezionalità del recesso nel modello di contratto codicistico.

Mentre il recesso negoziale, *ex art. 1376 c.c.*, non contraddice la “signoria della volontà”<sup>32</sup>, quello legale interviene su di essa rompendo

---

<sup>31</sup> In termini generali si può osservare che il contratto disciplinato dal codice civile è poco formalistico - la forma è richiesta solo per richiamare l’attenzione delle parti in casi particolarmente rilevanti (es. locazione ultra novennale) - mentre il contratto consumeristico lo è molto di più (si parla infatti di neo formalismo negoziale) in quanto la forma serve per un fine diverso, che è quello di veicolare l’informazione precontrattuale. Le norme che si preoccupano della forma dei contratti del consumatore specificano anche quali contenuti devono essere forniti: il contratto, anche se redatto per iscritto, è nullo se gli stessi mancano (c.d. forma-contenuto, che il codice civile non conosce). Sul formalismo nella disciplina dei mercati finanziari si veda lo studio di Lener, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996; Rescigno, “Trasparenza” bancaria e diritto “comune” dei contratti, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1990, I, 304 ss.

<sup>32</sup> Anche il fondamento del potere convenzionale di recesso va rintracciato, come per lo *ius variandi*, nel riconoscimento dell’autonomia contrattuale delle parti. Afferma Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, II ed., 2001, p. 545, che la disciplina di cui all’art. 1343 c.c. ha carattere dispositivo, “consentendo alle parti di sottoporre il recesso a regole convenzionali, divergenti da quelle legali. A maggior ragione le parti possono modellarlo liberamente sui punti non toccati dal regime legale: scegliendo se attribuirlo a una sola di esse, o a entrambe; se vincolarlo a forme e termini,

il vincolo cogente ed è per questo ammesso con parsimonia e in una forma il più possibile coerente con il principio *pacta sunt servanda*.

Se tentiamo di ricondurre a sistema le ipotesi di recesso legale possiamo individuare una prima forma di recesso c.d. “determinativo”, che consente cioè di specificare la durata di un contratto nato sprovvisto di tale termine: la parte può, dandone preavviso, recedere. Non si tratta di un recesso eversivo rispetto al principio *pacta sunt servanda* perché l’ordinamento mal tollera i contratti perpetui e intende, colmando quella che viene considerata una lacuna del regolamento, porre fine ad una situazione di incertezza negoziale.

Possiamo individuare poi un recesso “di autotutela”, finalizzato a rimediare a dei vizi, originari o sopravvenuti. Il più noto è il recesso per l’inadempimento altrui: si tratta di uno strumento di tutela privatistica che rappresenta una forma di risoluzione stragiudiziale, in quanto da rilievo in via di autotutela a vizi che in sede giudiziale comporterebbero presumibilmente una risoluzione; dunque anch’esso non sembra eversivo rispetto al principio *pacta sunt servanda*.

La terza forma di recesso legale, che potrebbe interferire più pesantemente con tale principio, è il recesso *ad nutum* previsto in quei contratti in cui viene in rilievo un *facere*, come l’appalto, il mandato, il trasporto. Pensiamo ad esempio alla norma sul recesso del committente nel contratto di appalto (art. 1671 c.c.): si tratta di un recesso oneroso, il committente dovrà pagare quello che ha avuto e tenere indenne l’appaltatore per il mancato guadagno.

Nel mandato, altresì, dove si parla di revoca per intendere una forma di recesso (art. 1723 c.c.), è previsto il risarcimento del danno.

---

oppure no; se subordinarlo a requisiti, condizioni, giustificazioni, oppure consentirne l’esercizio immotivato”.

A ben vedere, se il recesso fosse un atto estintivo del vincolo non dovrebbe esserci spazio per il risarcimento del danno, mentre in questi ultimi casi sembra che l’obbligazione originaria, piuttosto che estinguersi del tutto, si converta in un’obbligazione risarcitoria.

La *ratio* giustificatrice di questa forma di recesso è rinvenibile nell’esigenza di ordine generale di assicurare una corretta allocazione delle risorse: il committente, ad esempio, paga la quota di profitto mancante invece di pagare per l’intero una prestazione che non vuole più. In quest’ultimo caso, dunque, è l’onerosità del recesso a mostrare ossequio al principio *pacta sunt servanda*.

Nei contratti consumeristici, in cui è previsto invece il recesso di pentimento, la prospettiva cambia poiché cambia il ruolo della signoria della volontà in virtù della logica protettiva del consumatore. Il recesso è offerto al consumatore, nella maggioranza dei casi, per contrastare l’effetto sorpresa e dissolve il vincolo contrattuale senza necessità di spiegazione e senza costi: uno strumento gratuito, libero ed immotivato di scioglimento del vincolo che il modello codicistico di contratto non conosce.

Nel “terzo” modello di contratto, infine, si tratta di accertare che dalla posizione di dipendenza economica non scaturisca un abuso lesivo per la parte economicamente più debole: la condotta recedente oggetto di regolamentazione è dunque quella della parte forte<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Secondo l’opinione più diffusa, la portata dell’art. 9, l. 192 del 18 giugno 1998, non è limitata ai soli rapporti di subfornitura: sebbene cioè tale legge abbia natura settoriale, l’istituto dell’abuso di dipendenza economica avrebbe portata generale, non riguardando solo i casi individuati dall’art. 1 della medesima legge ma anche quelli che sorgono nell’ambito dei rapporti tra imprenditori. Altro orientamento minoritario ritiene invece che l’invalidità delle condizioni contrattuali squilibrate prevista da tale disciplina settoriale,

Conclusa la rapida rassegna delle fattispecie di recesso “legale”, al fine di misurarne la potenzialità sovversiva rispetto al principio della intangibilità del contratto contenuto nell’art. 1372 c.c., proviamo ad offrire un inquadramento giuridico della forma convenzionale di recesso prevista dall’art. 1373 c.c.

Nell’ambito delle vicende risolutive del contratto, invero, il legislatore riconosce alle parti la facoltà di convenire che lo stesso cessi di avere forza di legge per volontà di una sola di esse. Tale facoltà non viene accolta in maniera uniforme dalla letteratura e dalla giurisprudenza: secondo un primo orientamento, soprattutto nei rapporti di durata, l’attribuzione di un potere di recesso soddisfa l’esigenza di apprestare un mezzo di integrazione unilaterale del regolamento contrattuale funzionale alla sistemazione degli interessi delle parti<sup>34</sup>. Secondo un orientamento più severo, invece, la disposizione che solennemente afferma la forza di legge del contratto tra le parti induce a ritenere eccezionale il potere di liberarsi dal vincolo, in quanto deroga al principio per cui lo stesso non può essere sciolto se non per concorde volontà delle parti<sup>35</sup>.

In termini generali, che l’intangibilità originaria del contratto non costituisca una regola assoluta è confermato dall’esame delle varie

---

contrastando con il principio dell’autonomia privata, non possa essere oggetto di una interpretazione estensiva.

<sup>34</sup> In tal senso, Roppo, *op. cit.*, 510.

<sup>35</sup> In questo senso, *ex aliis*, Clarizia, *Il recesso. Il contratto in generale*, II, in *Obbligazioni*, III, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, 600; Parodi, *L’uscita programmata dal contratto*, Milano, 2005, 3.

figure di recesso, dalle più moderate alle più “sovversive” rispetto al principio *pacta sunt servanda*<sup>36</sup>.

Nonostante il diritto di recesso sia spesso assimilato allo *ius variandi*, costituendo entrambi diritti potestativi, permane una importante differenza strutturale: con il secondo infatti il rapporto contrattuale, integrato alla luce delle variazioni unilateralmente predisposte, perdura senza soluzione di continuità, e dunque l’esigenza di valutarne ammissibilità e limiti di esercizio si manifesta in tutta la sua concretezza. In altri termini, mentre il recesso, legale o convenzionale, risponde quasi sempre ad esigenze specifiche, idonee a giustificarne la potenzialità sovversiva rispetto al principio *pacta sunt servanda*, lo *ius variandi* presuppone la permanenza del vincolo con termini diversi, dunque misurare l’entità della deviazione dal suddetto principio diventa ancora più importante.

##### 5. Abuso del diritto e sindacato *ex post*

Nella concezione kelseniana e nell’impostazione dei codici di diritto privato dell’Ottocento era da escludersi che l’esercizio di un diritto da parte del suo titolare potesse essere oggetto di sindacato: l’espressione “abuso del diritto” finiva dunque per dar luogo ad una sorta di ossimoro, privo di significato giuridico rilevante<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Secondo Schlesinger, *op. cit.*, 24, i vari poteri di intervento unilaterale “quand’anche idonei a sconvolgere unilateralmente e discrezionalmente il programma inizialmente concordato”, rappresentano “un fenomeno per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo”. Si pensi anche allo studio della disciplina della *condizione*, che intravede nel riconoscere rilevanti spazi discrezionali alla parte titolare di tale diritto potestativo una sostanziale apertura dell’ordinamento verso forme di determinazione unilaterale. In tal senso, Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, 121.

<sup>37</sup> Eloquenti sul punto le parole di Rotondi, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105, il quale affermava che “abuso del diritto è un fenomeno sociale, non

Con il progressivo avanzamento di visioni solidaristiche del diritto, si è iniziata ad affermare l’esigenza di individuare i confini entro cui si può legittimamente esplicitare la libertà di azione del titolare di un diritto, con la conseguente sindacabilità di prerogative private esercitate in modo arbitrario e irragionevole.

Il dibattito mai sopito sulla teoria dell’abuso del diritto ha acquisito di recente nuovo vigore, soprattutto in seguito all’attenzione mostrata verso lo stesso da parte della giurisprudenza della Suprema Corte, che lo ha elevato a criterio rivelatore della violazione dell’obbligo di buona fede<sup>38</sup>.

Secondo una particolare ricostruzione dottrinale, al potere discrezionale di un soggetto si contrappone una situazione sostanziale di vantaggio inattiva della controparte, ricostruita sulla falsariga dell’interesse legittimo, che riduce il margine di azione del titolare del potere imponendogli di tenere conto dell’interesse altrui<sup>39</sup>.

Dunque, pur ritenendo sciolto in positivo il dubbio sulla validità delle clausole attributive di *ius variandi*, deve riconoscersi che l’esercizio del diritto di variazione resta assoggettato ad un sindacato *ex post* sulle

---

un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d’animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole ma non una categoria giuridica e ciò “per la contraddizione che nol consente”.

<sup>38</sup> Tra le sentenze più rilevanti sul punto, Cass. Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 4589, che ha negato la frazionabilità in giudizio di un credito unitario perché in contrasto con la regola generale della correttezza e della buona fede. Si veda anche Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 5; Cass. civ., 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, 794, con nota di Rescigno, *Un nuovo caso di abuso del diritto*. In dottrina, Gentili, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 297; Capurro, *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull’esercizio del diritto*, *Contr. Impr.*, 2013, 6, 1370.

<sup>39</sup> Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 531.

modalità di esercizio, sindacato rispetto al quale vanno individuati parametri che possano coadiuvare il giudice nel valutare la compatibilità della modificazione con il programma contrattuale complessivamente inteso<sup>40</sup>.

Può accadere che i contraenti abbiano adottato criteri generici, come il richiamo ad un vago “giustificato motivo”. Nel diritto consumeristico, ad esempio, per essere idoneo ad escludere la presunzione di vessatorietà della clausola di *ius variandi*, il giustificato motivo deve essere «indicato nel contratto», non essendo sufficiente l’uso di una formula generica<sup>41</sup>.

Secondo una ricostruzione dottrinale, la clausola che, per la sua genericità, attribuisca a una delle parti un potere di modifica diretto ad alterare arbitrariamente l’equilibrio contrattuale potrebbe andare incontro persino ad una sanzione di nullità per contrarietà con il principio di ordine pubblico economico<sup>42</sup>.

Per quanto, dunque, la regola della buona fede esprima una valenza precettiva ed integrativa di cui il giudice potrà avvalersi nel compiere una analisi del caso concreto, non sembra che in un caso come quello

---

<sup>40</sup> Sul piano processuale ciò si traduce nell’applicazione del regime probatorio previsto per l’inadempimento contrattuale: se il diritto di variazione unilaterale deve esplicitarsi nel rispetto di un obbligo di correttezza e buona fede, allora la condotta del titolare costituisce adempimento di tale obbligo con onere probatorio a suo carico.

<sup>41</sup> Art. 33, comma 2, lett. m).

<sup>42</sup> In materia di *ius variandi*, un concetto di ordine pubblico economico nell’ordinamento attuale può ricavarsi non già e non solo a tutela del contraente debole, ma più in generale a tutela dell’equilibrio contrattuale. Sul concetto di ordine pubblico economico, Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 14° ed., Milano, 2002, 198; sulla distinzione, nell’ambito dell’ordine pubblico economico, tra ordine pubblico di protezione e ordine pubblico di struttura e di direzione economica, Cataudella, *Il richiamo all’ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumento per l’incidenza della programmazione economica sull’autonomia privata*, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1991, 161 ss.

sopra prospettato la validità della clausola possa essere recuperata attraverso il richiamo al principio di buona fede<sup>43</sup>. Occorre però, per esigenze di coerenza sistematica, coordinare tale soluzione con il principio di conservazione del contratto, affermato dall’art. 1367 c.c.: se si prende in considerazione una clausola attributiva di *ius variandi* formulata in modo del tutto generico e la si condanna aprioristicamente alla nullità, si accetta che le parti abbiano voluto inserire una simile pattuizione nel regolamento contrattuale senza intendere attribuirle alcun significato, ipotesi non del tutto verosimile.

Se invece si assume che i contraenti abbiano inteso inserire uno strumento di ripristino dell’equilibrio negoziale, secondo parte della dottrina, pur in assenza di criteri individuati in modo specifico dalle parti si potrà recuperare la validità della clausola, facendo ricorso alle regole di interpretazione soggettiva e oggettiva del contratto di cui agli articoli 1362-1371 c.c.<sup>44</sup>

L’interprete sarà chiamato dunque a ricostruire la comune intenzione delle parti, senza limitarsi al senso letterale delle parole ma tenendo conto del loro comportamento complessivo, sia anteriore che posteriore alla conclusione dell’accordo. Ciò che dovrà essere valutato ai fini del giudizio di validità è il significato complessivo della clausola una volta che la stessa sia stata messa in relazione con le altre clausole contrattuali e interpretata secondo buona fede (art. 1366 c.c.)<sup>45</sup>. A tal

---

<sup>43</sup> Si pensi, a mero scopo esemplificativo, ad una clausola del seguente tenore: “Tizio e Caio convengono che Tizio potrà variare unilateralmente le condizioni del presente contratto”.

<sup>44</sup> Terranova, *L’eccessiva onerosità dei contratti*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, artt. 1467-1469, Milano, 1995, 111; Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979, 65.

<sup>45</sup> Utile il riferimento a Bianca, il quale afferma in *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984, 394 che l’interpretazione *ex art. 1366 c.c.* consente di “adeguare



riguardo, ad esempio, valorizzando le trattative ed esaminando documenti precontrattuali, il giudice potrà offrire una interpretazione autentica della comune intenzione delle parti, nel rispetto dell’alea ragionevolmente prevedibile cui le parti hanno accettato di sottoporsi.

#### 6. Istanze favorevoli alla rinegoziazione

Come si è cercato di anticipare con le considerazioni sopra svolte, il canone della buona fede assume carattere integrativo del rapporto contrattuale: l’art. 1375 c.c. sancisce l’obbligo per le parti di cooperare anche *durante* lo svolgimento del rapporto contrattuale. Il dovere di correttezza costituisce dunque un limite interno che concorre a dilatare o restringere le situazioni giuridiche soggettive contrattualmente previste, affinché l’ossequio alla legalità formale non si traduca in un sacrificio di quel principio costituzionale di solidarietà (art. 2 Cost.) che tende alla realizzazione di un ordine sociale ispirato a un canone di giustizia sostanziale, anche in ambito contrattuale.

---

l’interpretazione del contratto al significato sul quale le parti, in relazione alle concrete circostanze, potevano e dovevano fare ragionevole affidamento. In termini negativi la buona fede vieta, in particolare, interpretazioni cavillose in contrasto con la causa del contratto o con lo spirito dell’intesa; ovvero basate su espressioni letterali inserite o aggiunte per un errore materiale al testo concordato; ovvero basate su espressioni letterali facenti parte del testo concordato ma non rispondenti all’intesa raggiunta”. Con riferimento alle norme di interpretazione oggettiva, lo stesso autore afferma che la loro applicazione è subordinata al principio di equità: “occorre cioè verificare se la loro applicazione sia conforme ad equità in quanto idonee, nel caso concreto, a contemperare giustamente i contrapposti interessi”. Mentre Rizzo, *Interpretazione del contratto e ordine delle sue regole*, Napoli, 1985, 488, afferma che il contemperamento secondo equità impone di tenere in considerazione elementi, relativi sia al profilo oggettivo che soggettivo, che potrebbero non condurre ad una soluzione coerente con l’equilibrio economico del contratto.

La buona fede, in particolare con riferimento ai contratti di durata, legittima e nobilita l’impegno di ciascuna parte ad agire salvaguardando anche l’interesse dell’altra: in questo senso può essere richiesta la disponibilità ad apportare modifiche, qualora sia necessario un intervento manutentivo che adegui il contratto a mutate esigenze. Come sopra accennato, alcuni autori ritengono che nonostante il nostro ordinamento non richieda l’equivalenza delle prestazioni<sup>46</sup> (motivo per cui l’art. 1467 c.c. interviene solo in presenza di avvenimenti “straordinari o imprevedibili”), la buona fede contrattuale sia espressione di uno specifico principio di ordine pubblico economico relativo alla necessità di una proporzione equilibrata tra le posizioni contrattuali. Proprio alla luce di queste considerazioni, l’inclusione in un contratto di lungo periodo di un obbligo di rinegoziazione *ex fide bona* non causa l’alterazione della volontà delle parti ma ne costituisce legittima e doverosa integrazione<sup>47</sup>. La procedura di rinegoziazione potrebbe, peraltro, contemplare l’ipotesi che sia un terzo ad agire in via suppletiva, in mancanza di accordo tra le parti, per procedere alla revisione delle condizioni contrattuali.

Nella prassi della contrattazione internazionale esistono le *hardship clauses*, con le quali si provvede alla attualizzazione del contratto allorché sopraggiungano circostanze idonee a sconvolgere un assetto consolidato. La previsione di una clausola di *hardship* è indice inequivocabile della consapevolezza della possibilità di un mutamento ancora prima che lo stesso venga a concretizzarsi, ed in ciò è rinvenibile l’affinità con lo *ius variandi*, nonostante sussistano delle differenze non

---

<sup>46</sup> Cass. 26 marzo 1996, n. 2635, in Giur. it., 1997, I, 476.

<sup>47</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit., 320. Barcellona, *Appunti a proposito di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, relazione presentata al Convegno svoltosi a Catania il 13-14 settembre 2002.

trascurabili, in quanto la sopravvenienza – presupposto della procedura di rinegoziazione – presenta quei caratteri di imprevedibilità, non imputabilità e apprezzabilità che potrebbero anche mancare spostandosi nel campo della *potestas variandi*.

Il concetto di sopravvenienza contrattuale si rinviene nella prassi dei contratti internazionali e trae la propria origine sia nelle categorie giuridiche di *civil law* che in quelle di *common law*. Nell’ordinamento inglese, ad esempio, lo strumento che permette di dar loro rilievo è la c.d. *frustration* del contratto<sup>48</sup>. Nel diritto statunitense viene incoraggiata la cooperazione delle parti a rinegoziare i contratti a lungo termine con l’istituto della *mitigation*: colui che rifiuta di accettare una proposta di modifica del contratto continua ad avere diritto alla prestazione e, in caso di inadempimento, al risarcimento del danno, ma potrà subire una decurtazione della misura del risarcimento per violazione del dovere di cooperazione. Nell’ordinamento francese si è assistito alla recente modifica del codice civile con il recepimento della figura dell’*imprevision*. Nel sistema tedesco assistiamo forse alla elaborazione più completa, sia sul piano dottrinale che giurisprudenziale, della gestione del rischio contrattuale, attraverso la teoria della c.d. presupposizione negoziale (*Geschäftsgrundlage*), e il § 313 del BGB prevede che in caso di “turbative del fondamento negoziale” possa essere domandato un adeguamento del contratto<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> “Whenever the law recognizes that, without default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract” (Lord Radcliff in *Davis Contractoris Ltd. V. Fareham UDC* (1956) AC 696, (1956) 2 ALL ER 145, HL).

<sup>49</sup> Secondo Di Memmo, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, 821, la genericità della

Anche al fine di enucleare principi e soluzioni che potessero ritenersi comuni ai vari ordinamenti, l’Unidroit ha elaborato i *Principles of International Commercial Contracts*, i quali introducono il concetto di *hardship* per intendere il verificarsi di circostanze successive alla stipula del contratto idonee ad alterarne l’equilibrio e il conseguente diritto della parte svantaggiata alla rinegoziazione (qualora, poi, non si raggiunga un accordo, sarà possibile rivolgersi a un giudice che potrà procedere alla revisione del contratto o alla sua risoluzione)<sup>50</sup>.

Sembra interessante rilevare come nel Preambolo dei Principi Unidroit si legge che gli stessi trovano applicazione ogni qual volta le parti abbiano fatto rinvio ai principi generali del diritto o alla *lex mercatoria*: con tale espressione si richiama l’antico *ius mercatorum*, comprensivo di tutti quei principi accolti in ambito internazionale dalla *societas mercantile*, cui parte della dottrina tende a riconoscere una ancora attuale operatività<sup>51</sup>.

---

disposizione determina secondo gli interpreti il rischio di un ridimensionamento eccessivo dell’efficacia vincolante del contratto.

<sup>50</sup> Le clausole di *hardship* attributive di diritti e corrispondenti obblighi di rinegoziazione sono pacificamente accolte in ambito internazionale, e di ciò si trova conferma nel Codice Europeo del Diritto dei Contratti, predisposto dalla Commissione Lando, nel Code Européen Des Contracts dell’Accademia dei giusprivatisti europei (coordinatore Gandolfi); nel progetto di codice “of conduct on transnational corporation” elaborato dalla Commission on Transnational Corporations costituita presso l’Economic and Social Council dell’ONU.

<sup>51</sup> Anche la Cassazione ha da tempo affermato il principio della permeabilità del nostro ordinamento rispetto agli istituti diffusi a livello internazionale, identificando il diritto mercantile con i valori cui aderiscono gli operatori economici in quel particolare ambiente in virtù della *opinio necessitatis*, ovvero della convinzione della loro vincolatività. V. sul punto il commento di Giardina, *Arbitrato internazionale e lex mercatoria di fronte alla Cassazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, 754. Anche la *Cour de Cassation* francese ha avallato un lodo arbitrale pronunciato esclusivamente in omaggio agli usi del commercio internazionale “autrement dénommés lex mercatoria”, v. *Cour de*

Oltre al recupero del concetto di *ius mercatorum* e parallelamente ad esso si potrà procedere ad una lettura delle clausole attributive di *ius variandi* alla luce dell’art. 1368 c.c., all’interno di quella già illustrata operazione di salvataggio compiuta attraverso i principi di interpretazione oggettiva e soggettiva del contratto. In virtù dell’art. 1368 c.c., comma 1, “le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso”, mentre il secondo comma prevede che “nei contratti in cui una delle parti è imprenditore, le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell’impresa”. Può darsi in effetti il caso di usi contrattuali in grado di orientare l’interpretazione di una clausola, attraverso la concreta declinazione del contenuto generico della stessa. Tale considerazione vale per i contratti individuali, mentre la disciplina contenuta nell’art. 1370 c.c., secondo il quale “le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti si interpretano, nel dubbio, a favore dell’altro”, sembra riferirsi unicamente ai c.d. contratti standardizzati<sup>52</sup>.

## 7. L’approccio regolatorio della normativa di settore

Rispetto al “non detto” del codice civile la normativa di settore offre spunti interessanti e contiene una, se pur frammentata, regolamentazione dello *ius variandi*<sup>53</sup>.

---

*Cassation*, 22 ottobre 1991, n. 1354, con nota di Draetta, *La giurisprudenza francese conferma il carattere di “regola del diritto” delle norme della lex mercatoria*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992, p. 322.

<sup>52</sup> Mentre secondo Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977, 155, la previsione di cui all’art. 1368, va ritenuta una rara espressione di *favor* per l’imprenditore.

<sup>53</sup> Sul tema, Pagliantini, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, in *Contratti*, 2012, 165 ss.;

L’art. 33, comma 2, lett. m), c. cons. afferma la vessatorietà della clausola che “consente al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato dal contratto stesso”; e, la successiva lett. o) dichiara vessatoria la clausola “che consente 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”<sup>54</sup>.

---

La Marca, *Alcune questioni in tema di clausole abusive contenute nei contratti bancari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1245 ss.

<sup>54</sup> Lucchesi, *La clausola che consente al professionista di determinare e aumentare unilateralmente il prezzo (art. 33 comma 2 lett. n-o)*, in Vettori ( a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, 377. Prima dell’introduzione del Capo XIV bis nel Titolo II, Libro IV, del codice civile, con L. 6 febbraio 1996, n. 52, la giurisprudenza riteneva valida la clausola che attribuiva al professionista la possibilità di variare unilateralmente il prezzo (cfr. Cass., 8 luglio 1976, n. 2584, in *Mass. Foro It.*, 1976). Per la giurisprudenza successiva, Cass. Civ., III Sezione, 18 settembre 2007, n. 19366: “Al fine di qualificare come vessatoria ai sensi dell’art. 1469 bis, 3° comma, n. 13, la clausola che consente al professionista di aumentare unilateralmente il prezzo del servizio senza che il consumatore possa recedere, è necessario che tale aumento risulti eccessivo rispetto alla soglia prevista dal contratto o individuata dal giudice, poiché solo in tale ipotesi il consumatore è legittimato a recedere”. La Cassazione in tale sentenza ha precisato che la clausola non può presumersi vessatoria qualora l’aumento del prezzo sia effetto dell’operatività di clausole di indicizzazione stipulate espressamente dalle parti e a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte. Sul tema, Macario, *L’efficacia delle clausole di modificazione del prezzo (Preisanpassungsklauseln) nella recente giurisprudenza del Bundesgerichtshof*, in *Foro it.*, 1986, IV, 338, il quale rileva come sia possibile riversare sul consumatore finale gli incrementi di costo che originano da una modifica unilaterale; Bochicchio, *Le modifiche unilaterali nei contratti di durata: contributo allo studio dei limiti interni all’autonomia privata*, in *Dir. fall.*, 2002, 421 ss.

Inoltre, l’art. 65 c. cons. impone un consenso preventivo del contraente consumatore per ogni prestazione accessoria aggiuntiva (c.d. modello *opt-in*)<sup>55</sup>.

Il codice delle comunicazioni elettroniche (D. lgs. 1° agosto 2003, n. 259) prevede invece, all’art. 70, comma 4, il diritto di recedere dal contratto per l’utente che non intenda aderire alle modifiche. Nel caso dei servizi di comunicazione elettronica, dunque, la tutela del consumatore/utente è affidata principalmente al diritto di recesso, esercitabile a fronte della notifica di modifiche delle condizioni contrattuali (modello *opt-out*).

Viene dunque compiuta dal legislatore una scelta diversa nel primo e nel secondo caso: la disciplina offerta dal codice del consumo, dando rilevanza ai motivi che giustificano lo *ius variandi* e imponendo al professionista un onere procedurale da rispettare, risponde all’esigenza di protezione del consumatore anche per i casi in cui il recesso non risulta idoneo a offrire una tutela adeguata, poiché priverebbe il consumatore della prestazione desiderata senza una reale alternativa (si pensi a mercati oligopolistici).

Mentre la *ratio* alla base della scelta compiuta nell’art. 70 c. com. el. è quella di regolare un settore in cui il mercato di riferimento è elastico e capace di offrire all’utente sostituti immediati. Pertanto la soluzione più efficiente sembra quella di attribuire al medesimo il diritto di recesso a fronte di ogni modifica contrattuale, invece di promuovere più onerosi meccanismi di controllo o di rinegoziazione consensuale. A fronte di tutte le variazioni contrattuali proposte e comunicate ai sensi dell’art. 70

---

<sup>55</sup> Come novellato dal d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, tale articolo è destinato ad applicarsi ai soli contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014 (art. 2, comma 1, del medesimo decreto).

c. com. el., indipendentemente da come il contratto regoli *ab origine* i servizi offerti e le relative tariffe applicate, all’utente-consumatore spetterà il diritto di recesso.

Quanto al coordinamento tra le due normative di settore, laddove il legislatore ha inteso estendere la disciplina consumeristica anche al settore delle comunicazioni elettroniche lo ha fatto espressamente (come accade con l’art. 27, comma 1 *bis*, c. cons. rispetto all’applicazione delle pratiche commerciali scorrette ai rapporti tra utenti e operatori di comunicazione), dunque in assenza di una espressa previsione in tal senso il rapporto tra le due normative deve ritenersi governato dal principio di specialità.

Mentre riguardo ai rapporti tra codice civile e normativa di settore, si può osservare che in virtù di quanto previsto dall’art. 1469 *bis*, c.c., la disciplina generale del contratto si applica anche ai contratti con i consumatori “ove non derogata dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore”. Dunque, più che l’affermazione di un principio di specialità, tale norma sembra introdurre un criterio di prevalenza della norma più favorevole per il consumatore<sup>56</sup>.

Come in precedenza annunciato e ampiamente illustrato in letteratura, si tratta di due “plessi normativi caratterizzati da un diverso punto di incidenza e di gravitazione logico-sistematica”<sup>57</sup>. Nel modello codicistico le clausole contrattuali, comprese quelle attributive di *ius*

---

<sup>56</sup> Nel senso della prevalenza delle norme del codice civile, se più favorevoli, si veda Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159; Addis, *Il “codice del consumo”, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, 872.

<sup>57</sup> Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 140.



*variandi*, sono ontologicamente “giuste” nella misura in cui siano state inserite nel regolamento contrattuale nella forma binaria della proposta e accettazione tra le parti. Nel diritto dei consumatori, invece, si assiste allo spostamento del centro gravitazionale: se nel codice civile l’oggetto del contratto è costituito dal regolamento contrattuale, nel diritto consumeristico c’è uno scarto logico tra determinazione al contratto e regolamento contrattuale<sup>58</sup>. Anticipando un tema che sarà trattato nel prosieguo con maggiore profondità, nel diritto consumeristico il momento genetico che sorregge la conclusione del contratto viene isolato dai successivi momenti negoziali relativi ad ogni prestazione accessoria ulteriore, per cui la idoneità a generare un onere economico deve essere sorretta da una manifestazione di consenso specifica e aggiuntiva<sup>59</sup>.

#### 8. Un primo identikit: generalità dello *ius variandi*

Alla luce delle considerazioni finora svolte, possiamo tentare di tracciare una stilizzata ricostruzione dello *ius variandi*, isolandone alcuni tratti essenziali che accomunano sia le fattispecie previste dalla disciplina legislativa (codicistica e di settore) che dalla prassi contrattuale.

Si tratta innanzi tutto di un diritto potestativo, dunque al potere di una parte di modificare il contratto corrisponde lo stato di soggezione dell’altra parte.

---

<sup>58</sup> Con riferimento a tale slittamento sistematico dalla centralità dell’accordo alla oggettività del rapporto, illustre dottrina ha parlato di “scambi senza accordo”: Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1998, 347.

<sup>59</sup> Pagliantini, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, 2013, 487.

Il carattere potestativo del diritto implica anche, dal lato attivo, la presenza di un elemento di discrezionalità nel suo esercizio, salvo il rispetto di limiti convenzionali o legali. Nel rispetto di tali limiti, il titolare del diritto potestativo è libero di scegliere - in base alle proprie valutazioni di convenienza - se usufruire o meno di tale facoltà<sup>60</sup>.

Si tratta, poi, di un diritto potestativo modificativo, né costitutivo, né estintivo, poiché conduce sempre ad una vicenda manutentiva del rapporto contrattuale<sup>61</sup>. Tale diritto potestativo presenta la struttura di atto giuridico unilaterale rientrante, in base alla classica distinzione tra dichiarazioni di volontà e dichiarazioni di scienza, nella prima delle due categorie, per cui l’effetto giuridico non si ricollega soltanto alla volontarietà del comportamento assunto ma anche alla volontarietà degli effetti<sup>62</sup>. Agli atti o dichiarazioni di volontà è applicabile, secondo l’art. 1324 c.c., la disciplina sui vizi del consenso, che risulterà dunque applicabile anche all’atto di esercizio dello *ius variandi*, e che potrà determinare, in via giudiziale, l’annullamento dello stesso.

---

<sup>60</sup> Pagliantini traccia un parallelismo con la figura della condizione valorizzando l’elemento di potestatività dello *ius variandi*. Utilizzando la terminologia propria della dottrina tedesca, si può parlare anche di poteri “conformativi”: Seckel, *Die Gestaltungsrechte (Festgabe für R. Koch)*, Berlin, 1903, 203. Il requisito della potestatività emerge anche nei casi in cui l’esercizio dello *ius variandi* sia a discrezionalità attenuata, come previsto dalla legislazione bancaria e consumeristica.

<sup>61</sup> Altri esempi di diritti potestativi modificativi sono la riduzione delle ipoteche o la costituzione in mora del debitore o del creditore. Tra i diritti potestativi costitutivi troviamo, a mero titolo esemplificativo, l’occupazione di *res nullius* e il potere di ratifica; mentre nella categoria dei diritti potestativi estintivi, la rinuncia all’eredità e il recesso dal contratto. V. Messina, *Diritti potestativi*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1938, 873.

<sup>62</sup> Dagli atti giuridici si distinguono i fatti giuridici, consistenti in un accadimento naturale, indipendente dall’opera dell’uomo, oppure in un fatto umano, in cui l’effetto si determina soltanto come conseguenza di un comportamento umano consapevole e volontario (ad esempio, il fatto illecito di cui all’art. 2043 c.c.).

## Capitolo II

### INVENTARIO RAGIONATO DELLE FATTISPECIE DI *IUS*

#### *VARIANDI*

1. *Ius variandi* nel “primo contratto”: un esame della disciplina codicistica tra fattispecie particolari e rilevanza sistematica dell’appalto, passando attraverso l’archetipo giuslavoristico

La mancanza di una disciplina generale sullo *ius variandi* ci ha in precedenza condotto ad affrontare il tema della sua compatibilità con i principi generali del diritto contrattuale.

Sciolto il nodo della contestata ammissibilità di un potere di modifica unilaterale del regolamento contrattuale, un’analisi utile a fini ricostruttivi consiste nel passare in rassegna le singole fattispecie di *ius variandi* rintracciabili tra le maglie della disciplina codicistica.

Accanto a due modelli paradigmatici come quello del contratto di appalto e del contratto di lavoro subordinato, sui quali ci soffermeremo, troviamo infatti molte altre ipotesi di *ius variandi* disseminate all’interno del codice civile.

Si pensi, senza pretesa di esaustività, alla facoltà di modifica unilaterale del contratto attribuita ai seguenti soggetti:

- a) al mandatario, che può discostarsi dalle istruzioni ricevute “qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione” (art. 1711, comma 2, c.c.);
- b) al depositario, nell’ipotesi in cui circostanze urgenti richiedano di “esercitare la custodia in modo diverso da quello convenuto” (art. 1770, comma 2, c.c.);

- c) al mittente, che “può sospendere il trasporto e chiedere la restituzione delle cose, ovvero ordinare la consegna a un destinatario diverso da quello originariamente indicato o anche disporre diversamente, salvo l’obbligo di rimborsare le spese e di risarcire i danni derivanti dal contrordine” (art. 1685, comma 1, c.c.)<sup>63</sup>;
- d) allo spedizioniere, che “è tenuto ad osservare le istruzioni del committente, e, in mancanza, a operare secondo il miglior interesse del medesimo” (art. 1739, comma 1, c.c.);
- e) all’agente, del contratto di agenzia (art. 1746 c.c.) si parlerà in seguito in sede di contratti c.d. asimmetrici;
- f) all’avente diritto alla somministrazione, al quale spetterà di stabilire il quantitativo dovuto, entro i limiti minimi e massimi contrattualmente convenuti (art. 1560, comma 2, c.c.);
- g) al debitore, cui viene attribuito il diritto di riscatto nella rendita perpetua, tramite il quale l’obbligo del pagamento della prestazione periodica si converte nell’obbligo del pagamento di una somma *una tantum* (art. 1865 c.c.);
- h) all’assicurato, cui viene attribuito il “diritto di riscatto o di riduzione della somma assicurata” in un contratto di assicurazione sulla vita (art. 1925, c.c.);
- i) al debitore di un’obbligazione alternativa che può liberarsi esercitando la facoltà di specificare il contenuto della prestazione dovuta (art. 1285 c.c.);
- j) ai soci, che possono modificare il contratto sociale o deliberare la trasformazione, la fusione o la scissione della società senza il consenso

---

<sup>63</sup> Il diritto di contrordine del mittente può essere esercitato fino a quando le cose non siano passate a disposizione del destinatario (art. 1685, comma 3, c.c.) o fino a quando questo non ne abbia chiesto la riconsegna (art. 1689, comma 1, c.c.).

di tutti i compartecipi ma con il voto favorevole della maggioranza (artt. 2500 *ter*, comma 1; 2502, comma 1; 2506 *ter*, comma 5; 2252 c.c.);

k) al contraente, che ha diritto alla riconduzione ad equità del contratto rescindibile o risolubile per eccessiva onerosità (artt. 1450 e 1467, comma 3, c.c.);

l) all’acquirente di cosa affetta da vizi redibitori, cui spetta il diritto alla riduzione del prezzo (art. 1492 c.c.);

m) al cliente, nel contratto di anticipazione bancaria su pegno di titoli o merci, il quale può ritirare parte dei titoli o delle merci date in pegno (art. 1849 c.c.).

### *1.1 Il rilievo trans-tipico della normativa sull’appalto: un modello generale di gestione delle sopravvenienze onerose*

La disciplina dell’appalto ha subito una profonda evoluzione: nella impostazione originaria del codice del 1865 il rischio delle sopravvenienze gravava interamente sull’appaltatore.

Solo con l’entrata in vigore del codice civile del 1942 il contratto di appalto si emancipa dallo schema della *locatio operis*, acquisendo dignità di contratto autonomo, e accoglie come possibile conseguenza quella di una “difficile” o “onerosa” esecuzione, tale da alterare l’alea fisiologica insita nell’equilibrio negoziale originario.

In particolare, in virtù del primo comma dell’art. 1664 c.c., se per effetto di circostanze imprevedibili si sono verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d’opera (si pensi a variazioni del prezzo dei trasporti, dei dazi doganali, dei canoni di affitto ecc.), in misura tale da determinare una oscillazione superiore al

decimo del prezzo complessivo convenuto, l’appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo.

Il secondo comma prevede invece il diritto dell’appaltatore ad un equo compenso qualora nel corso dell’opera si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, tali da rendere notevolmente più onerosa la sua prestazione.

La previsione di un obbligo di adeguamento del contratto mira alla realizzazione di soluzioni in grado di soddisfare sia l’appaltatore, che data la consistenza degli investimenti compiuti ha in genere tutto l’interesse a mettere in pratica strumenti di manutenzione piuttosto che di risoluzione del contratto, sia il committente, sollevato dall’onere di cercare un nuovo appaltatore per la ultimazione dell’opera<sup>64</sup>.

Nella disciplina dell’appalto autorevole dottrina ha riconosciuto una importante vocazione *trans-tipica*, partendo dal dato pacifico per cui il contratto di appalto costituisce la fattispecie tipica che più interagisce con la sfera delle sopravvenienze onerose.

Secondo tale dottrina la disciplina dell’appalto costituisce un modello di gestione delle sopravvenienze onerose alternativo a quello generale predisposto dall’articolo 1467 c.c. e suscettibile di applicazione anche ad altri schemi contrattuali che presentino i seguenti tratti

---

<sup>64</sup> A completare il quadro normativo di gestione del rischio contrattuale in cui fa da protagonista l’art. 1664 c.c. (Onerosità o difficoltà nell’esecuzione), vi sono le disposizioni previste dall’art. 1659 (Variazioni concordate), 1660 (Variazioni necessarie) e 1661 (Variazioni ordinate dal committente). In particolare, in base all’art. 1661, comma 1, il committente può in corso di esecuzione del rapporto impartire istruzioni all’appaltatore e decidere di apportare variazioni al progetto “purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivamente convenuto. L’appaltatore ha diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti, anche se il prezzo dell’opera era stato determinato globalmente”.

caratterizzanti: lunga durata e investimenti consistenti, spesso non suscettibili di impiego alternativo.

In particolare, mentre l’art. 1467 c.c., che predispose il rimedio della risoluzione evitabile mediante offerta di riconduzione a equità, sarebbe orientato a regolare la distribuzione del rischio contrattuale negli “scambi puntuali”, che non comportano una duratura interferenza tra le sfere patrimoniali dei contraenti, la disciplina prevista dall’art. 1664 c.c., che consente all’appaltatore di chiedere la revisione del prezzo al ricorrere di determinate circostanze, sarebbe finalizzata a disciplinare gli “scambi integrativi”, rispetto ai quali invece emerge la propensione del legislatore per strumenti di manutenzione e adeguamento del contratto<sup>65</sup>.

Una conferma della funzione trans-tipica della disciplina codicistica prevista per il contratto di appalto risiede anche nella sua capacità estensiva anche a figure atipiche: la prassi conosce, ad esempio, la figura dell’appalto “a regia”, in cui l’appaltatore perde quel carattere di autonomia che lo contraddistingue nello schema classico e diventa una sorta di *nudus minister* che agisce sotto la direzione univoca e non contestabile del committente. Anche la giurisprudenza ha riconosciuto tale figura, affermando che laddove l’appaltatore si riduca a mero

---

<sup>65</sup> Questa dottrina, teorizzata in particolare da Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 467; Id., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 231, ritiene che si debba procedere ad una “particolarizzazione” dell’art. 1467 c.c., da applicarsi appunto solo agli scambi istantanei, e ad una “generalizzazione” dell’art. 1664 c.c., il quale andrebbe fatto operare anche al di fuori del contratto di appalto per tutti gli schemi di “scambi integrativi”, che richiedono una programmazione economica a lungo termine. Altra parte della dottrina, v. Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979, opta invece per una ricostruzione del rapporto tra art. 1467 c.c. e 1664 c.c. in termini di *genus ad speciem*.

“strumento passivo” dell’iniziativa del committente, abdicando a capacità creativa e vaglio critico, si giustifica il suo esonero dalla responsabilità per difetti dell’opera<sup>66</sup>: nonostante la disapplicazione dell’art. 1669 c.c., tuttavia, al committente non viene inibito l’esercizio dello *ius variandi*, sotto forma di istruzioni impartite, riconosciutogli dall’art. 1661 c.c., comma 1<sup>67</sup>.

### 1.2 *Ius variandi nel rapporto di lavoro subordinato*

Quando si parla di *ius variandi*, una associazione immediata è quella con il contratto di lavoro subordinato. E senza dubbio quello gius-lavoristico costituisce un modello paradigmatico e dal notevole rilievo sistematico, se solo si pensi che tutto il filone della normativa consumeristica trae origine e ispirazione dal primo modello asimmetrico cui è stato dato riconoscimento giuridico: il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore subordinato.

La base giuridica dello *ius variandi* nel diritto del lavoro è da individuare nell’art. 2103 c.c., il quale fa riferimento al c.d. *ius variandi*

---

<sup>66</sup> Cass., 11 febbraio 2005, n. 2752, in *Mass. Foro it.*, 2005. In dottrina, Galgano, *Diritto civile e commerciale, I singoli contratti, Gli atti unilaterali e i titoli di credito, I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazione, Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, II, t. 2, 4° ed., Padova, 2004, 84.

<sup>67</sup> Come osserva sul punto Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, op. cit., 65: «Tanto più che, nella fattispecie analizzata, i poteri direttivi del committente devono considerarsi rafforzati: talché costituirebbe un’inaccettabile incongruenza ritenere che all’appaltante non debba applicarsi la regola che gli consente, durante lo svolgimento del rapporto contrattuale, di dare istruzioni alla controparte (cfr. art. 1661, comma 1, c.c.)».



orizzontale, ossia allo spostamento del lavoratore a mansioni equivalenti<sup>68</sup>.

La versione originaria dell’art. 2103 c.c. prevedeva che il datore di lavoro potesse esercitare un potere unilaterale di modifica del contratto nel rispetto di stringenti limiti, tra i quali spiccava il divieto di una variazione peggiorativa delle mansioni acquisite dal lavoratore, divieto che si estendeva anche alle modifiche *in peius* a carattere temporaneo e assistite dalla garanzia del trattamento relativo alle mansioni superiori precedentemente esplicate<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Anche se alcuni autori hanno negato che si tratti di *ius variandi*, sostenendo che ci debba essere un accordo tra datore di lavoro e lavoratore sulla base del confronto tra la vecchia e la nuova versione del testo dell’art. 2103 c.c. Si può notare infatti come l’art. 2103 c.c., nella versione originaria, si riferisse espressamente al lato attivo del potere unilaterale del datore di lavoro («l’imprenditore può (...) adibire il prestatore di lavoro ad una mansione diversa»), mentre nella versione modificata dallo Statuto dei lavoratori risalta la tutela della professionalità del lavoratore («il prestatore di lavoro deve essere adibito (...) a mansioni equivalenti»). V. in tal senso Suppiej, *Il potere direttivo dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, in RDL, 1972, I, 24, per il quale «il nuovo art. 2103 c.c. [...], non regola più lo *ius variandi*, ma la modificazione consensuale delle mansioni di assunzione». Le perplessità di una parte di dottrina nascono anche dall’orientamento che considera le mansioni equivalenti come *estraneae* all’oggetto del contratto, e dunque non suscettibili di subire il legittimo esercizio del potere direttivo dell’imprenditore, di cui lo *ius variandi* sarebbe una delle specificazioni interne. Pertanto una tesi alternativa riconosce nello *ius variandi* un potere autonomo e distinto da quello direttivo, uno “speciale potere giuridico del datore di modificare unilateralmente il contenuto della prestazione oggetto dell’obbligazione di lavorare” (Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano 1996, 11).

<sup>69</sup> Sul punto, *ex multis*, v. Cass., 11 aprile 2005, n. 7351, in *Mass. Foro it.*, 2005 «con riguardo allo *ius variandi* del datore di lavoro, il divieto di variazioni *in peius* opera anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, sicché nell’indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del

L’unico caso in cui il datore di lavoro poteva lecitamente assegnare al lavoratore mansioni diverse da quelle di assunzione o da quelle conseguenti a promozione era l’adibizione a mansioni “equivalenti alle ultime effettivamente svolte”<sup>70</sup>.

Antecedentemente all’entrata in vigore dell’art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 (*Jobs Act*), che ha riscritto la norma, i limiti al potere di *ius variandi* erano dunque imposti dal concetto, per sua natura generico ed indeterminato, di equivalenza: l’assenza di un criterio oggettivo *ex ante* per il datore di lavoro e la valutazione giudiziale *ex post* avevano contribuito negli anni a dissuadere i datori di lavoro dall’utilizzare tale strumento di gestione del rapporto di lavoro depotenziandone efficacia e operatività<sup>71</sup>.

---

dipendente, salvaguardandone il livello professionale acquisito e garantendo lo svolgimento e l’accrescimento delle sue capacità professionali».

<sup>70</sup> Poiché, tuttavia, il concetto di equivalenza non veniva specificato dal legislatore, si perveniva nel dettaglio a nozioni assai diverse, facendo spesso ricorso alla contrattazione collettiva; l’esistenza di approdi differenziati nel dibattito dottrinario non ha tuttavia messo in discussione il solido orientamento giurisprudenziale secondo cui oggetto della protezione legislativa dovesse essere il “patrimonio professionale” acquisito dal lavoratore. Su questa linea la giurisprudenza di Cassazione in diverse pronunce ha stabilito la condizione inderogabile che le mansioni di destinazione “consentano l’utilizzazione ovvero il perfezionamento e l’accrescimento del corredo di esperienze, nozioni e perizia acquisite nella fase pregressa del rapporto”. V. Cass. Sez. Un., 7 agosto 1998 n. 7755, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, II, 607.

<sup>71</sup> Spettando al giudice il compito di valutare, a seguito del mutamento di mansioni, l’effettiva salvaguardia del bene della professionalità, non solo sotto il profilo retributivo e del mantenimento della categoria e dell’inquadramento raggiunti, ma anche, soprattutto, sotto il profilo della dignità, si apriva una verifica da compiersi nel caso concreto, senza alcun vincolo legato alla classificazione delle mansioni operata all’interno della contrattazione collettiva, la quale poteva al più rappresentare un ausilio. Sul concetto di professionalità si può richiamare copiosa giurisprudenza: *ex multis*, Cass. 24 giugno 2009, n. 14841, in *Giust. civ.*, 2009, p. 975; Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Giust. civ.*, 2009, p. 878; App. Perugia, 16 settembre 2013, n. 185, in *Redaz.*

Con il d.lgs. n. 81/2015, il legislatore ha integralmente riscritto la disciplina del mutamento delle mansioni (art. 2103 c.c.), superando il precedente parametro della “equivalenza professionale” ed introducendo il concetto di “flessibilità funzionale”<sup>72</sup>, con lo scopo di

---

Giuffrè, 2014; Trib. L’Aquila, 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redaz. Giuffrè*, 2013; Trib. Roma, 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725. Ampie argomentazioni sono state fornite dalla giurisprudenza di merito di Trib. Roma 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725, con nota Carbone, *La visibilità televisiva del giornalista limita lo ius variandi*, per affermare che la professionalità va valutata tenendo in considerazione non solo il complesso di esperienze tecniche ma anche altri aspetti rilevanti nel caso concreto, come la visibilità del giornalista.

<sup>72</sup> Il termine flessibilità (flexibility), come evidenziato dall’Eurofound nel suo *European Industrial Relations Dictionary*, si caratterizza per la sua molteplicità di accezioni. Può intendersi con riferimento all’organizzazione dell’attività produttiva e più specificamente con la facoltà del datore di lavoro di assumere (flexibility in hiring), licenziare (flexibility in dismissal) o riorganizzare in termini di ruoli e mansioni (alternativamente internal / qualitative / functional flexibility) la forza lavoro in azienda. Per una ricostruzione sistematica delle varie accezioni, Manzella, *Le parole del lavoro: l’inglese della flessibilità*, in *Boll. ADAPT*, 4 aprile 2016. Il requisito della flessibilità, secondo Brollo, *Lo jus variandi*, in Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, ADAPT University Press, 2015, 227, è ciò che «rende mobile l’oggetto del contratto di lavoro». In particolare, in luogo della clausola generale dell’equivalenza professionale, la nuova disposizione si riferisce alle mansioni «ric conducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento», introducendo così un doppio limite “formale” all’esercizio dello *ius variandi*. Sempre Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in Carinci (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, 51, afferma che si è passati «dalla tutela dello specifico bagaglio di conoscenze ed esperienze acquisite nella fase pregressa del rapporto di lavoro ad una tutela della professionalità intesa in senso più generico, tarata sulla posizione formale occupata dal lavoratore in azienda, in virtù del sistema di inquadramento». Il bene giuridico tutelato dalla norma non sarà più dunque la professionalità “acquisita”, bensì la professionalità “classificata” (o “contrattuale”). Nello stesso senso Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, WP CSDLE “Massimo d’Antona”.IT – 291/2016, 17: «la tutela del bene della professionalità tradizionalmente intesa non è perentoria, anche se dal novellato art. 2103 c.c. di certo fuoriesce ridimensionata».

rendere i contratti di lavoro maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo<sup>73</sup>.

Tale inversione di tendenza sembra molto rilevante ai fini dell’analisi che ci occupa, in quanto testimonia come anche nel settore in esame le istanze di adeguamento del contratto alle mutate circostanze di riferimento vengano affrontate in chiave manutentiva, privilegiando l’uso di strumenti che garantiscano la flessibilità del rapporto di lavoro e che trovano approdo nella strategia politica attuata con il Jobs Act, orientata a superare alcune rigidità degli apparati produttivi per il rilancio dell’economia<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Come enunciato dall’*incipit* del comma 7 dell’art. 1 della l. 10 dicembre 2014, n. 183. Il riferimento è non solo alle esigenze legate alla crisi economica e sociale, ma anche all’introduzione di innovazioni tecnologiche che richiedono continui cambiamenti organizzativi. Si tratta di una istanza di modernizzazione che trae origine anche da una spinta europea in tal senso, come confermato da quanto si legge nel Libro Verde della Commissione Europea del 2006 (Modernizzare il diritto del lavoro per raccogliere le sfide del XXI secolo): «nel contesto della globalizzazione, del processo di ristrutturazione e della progressione verso un’economia fondata sulla conoscenza, i mercati del lavoro europeo devono essere al tempo stesso più inclusivi e più reattivi all’innovazione e al cambiamento. I lavoratori potenzialmente vulnerabili devono avere la possibilità di progredire socialmente per migliorare la loro mobilità e affrontare con successo le loro transizioni sul mercato del lavoro. Le norme giuridiche che sottendono il rapporto di lavoro tradizionale non danno forse un sufficiente margine di manovra ai lavoratori reclutati sulla base di contratti a durata indeterminata standard per esplorare le opportunità di una maggiore flessibilità sul lavoro e non li incoraggiano ad agire in questo senso. La corretta gestione dell’innovazione e del cambiamento implica che i mercati del lavoro prendano in considerazione tre aspetti principali: la flessibilità, la sicurezza nell’occupazione e la segmentazione».

<sup>74</sup> Si veda l’*incipit* del d.l. n. 34/2014, laddove il legislatore delegante afferma che la flessibilizzazione è volta a fronteggiare «la perdurante crisi occupazionale e l’incertezza dell’attuale quadro economico, nel quale le imprese devono operare, nelle more dell’adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro, con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e

## 2 *Ius variandi* nei rapporti asimmetrici del “secondo” contratto

Se nei contratti appartenenti al primo tipo le parti sono le principali artefici del loro destino negoziale e detengono “una posizione eccezionale corrispondente ad una prerogativa tipica del legislatore: quella di contribuire a determinare l’ambito del giuridicamente rilevante”<sup>75</sup>, in quelli corrispondenti al secondo modello la cosiddetta *parte debole* guadagna incisività negoziale grazie alla protezione offerta dalla normativa speciale, del cui carattere dispositivo si tende a dubitare anche laddove non vi sia una espressa sanzione di nullità della clausola difforme<sup>76</sup>. La scelta terminologica appena compiuta non è casuale: l’espressione *parte debole* sembra più appropriata per disegnare l’*identikit* di un contraente non necessariamente investito della qualifica di *consumatore*<sup>77</sup>.

---

salva l’attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (.). Ed inoltre, «analogo ragionamento vale (.) per l’attrazione di investimenti stranieri: un mercato del lavoro più efficiente è cruciale per l’attrattività del Paese, esattamente come il costo dell’energia o l’efficienza della pubblica amministrazione o del sistema giudiziario» ed «il fine ultimo dell’intervento è quello (...) di sostenere in modo complessivo ed organico la crescita dell’economia reale».

<sup>75</sup> Barcellona, *Diritto Privato e società moderna (con la collaborazione di Camardi C.)*, Napoli, 1996, 327.

<sup>76</sup> Come, ad esempio, espressamente previsto dall’art. 6, comma 1, l. n. 192/1998. Sul punto, Pisu, *L’adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, 171.

<sup>77</sup> Alpa, in *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 2000, 127 ss., critica la tendenza a utilizzare in modo fungibile i due termini di “parte debole” e di “consumatore”, affermando che possano essere considerati elementi di un rapporto di *genus ad species* solo entro il rispetto di determinati parametri. Si pensi ad utenti che non necessariamente rivestono la qualifica formale di consumatori come il cliente di una banca, il turista, il fruitore di servizi di telecomunicazioni, nei cui confronti proprio per questo sono predisposte

Può trattarsi, invero, di consumatori, ovvero di “interlocutori”, “utenti”, “clienti”, che accedono a beni e servizi entrando in contatto con l’impresa o con il professionista secondo le modalità tipiche della contrattazione standardizzata. Il protagonista è il contraente strutturalmente debole che smette di identificarsi solo con il soggetto consumatore e necessita di tutela per la gestione di un rapporto, anche di matrice non consumeristica, con l’impresa che fornisce nel mercato

---

specifiche normative di settore. Il termine *consumatore*, definito come “la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta” fa il suo ingresso nell’ordinamento con la legge n. 56 del 1996 che ha recepito, attraverso l’inserimento nel codice civile degli articoli 1469–bis–sexies, la Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive stipulate nei contratti con i consumatori. Sull’opportunità di rivisitare l’ampiezza di questa categoria sganciandola dal rigoroso rispetto dei due requisiti della fisicità e della estraneità dell’atto di consumo all’attività professionale o imprenditoriale il dibattito è da tempo aperto. Estendere la nozione di consumatore significa ampliare lo spettro di tutela ad esempio alle persone giuridiche; c’è infatti chi ritiene che la loro esclusione dalla disciplina consumeristica sia di dubbia legittimità costituzionale per contrasto con l’articolo 3 Cost. (da notare che nel codice del consumo c’è un allargamento della nozione di consumatore alle persone giuridiche, se pur solo in materia di pubblicità ingannevole). Anche in merito al secondo elemento qualificante, ovvero lo scopo dell’azione, si registrano orientamenti difformi, soprattutto in giurisprudenza. Secondo la giurisprudenza di merito (Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2117) è consumatore anche “il soggetto che acquista un bene o richiede la prestazione di un servizio da utilizzare nell’ambito della propria attività imprenditoriale o professionale, purché non rientri nel quadro di tale attività la conclusione di contratti dello stesso genere di quello stipulato” (nel caso specifico si trattava di uno scultore professionista che aveva stipulato un contratto di trasporto di un’opera d’arte). Altra sentenza di merito ha qualificato come consumatore un condominio che aveva stipulato con una società di servizi un contratto di manutenzione degli ascensori (Trib. Bologna, 3 ottobre 2000, in *Corr. giur.* 2001, 525, con nota di Conti, *Lo “status” di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*). Molto più decise a mantenere intatto il perimetro originario sia la Corte Costituzionale che la Corte di Giustizia Europea, quest’ultima orientata dall’esigenza di garantire uniformità di disciplina all’interno dell’Unione (per la menzione di due pronunce paradigmatiche sul punto, si veda Corte cost. 22 novembre 2001, n. 469 in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2003, 1032 e Corte giust. CE, 20 gennaio 2005, causa C-464/01, in *Foro it.*, 2005, IV, 124).

determinati beni e servizi. Le normative di settore che esamineremo testimoniano la loro vocazione a perseguire con pari intensità ed efficacia di quella consumeristica gli obiettivi di ripristino della simmetria negoziale, tutela del carattere concorrenziale del mercato e correzione dei suoi fallimenti con la disciplina dell’adeguamento negoziale attuato anche attraverso clausole attributive di uno *ius variandi*.

*2.1 I contratti dei consumatori: le clausole presuntivamente vessatorie di cui alle lett. m) e o) dell’art. 33 cod. cons.*

La disposizione più significativa in materia di *ius variandi* nel contratto del consumatore è prevista dall’art. 33 cod. cons., lett. m) e o), il quale prevede che la clausola apposta unilateralmente da un professionista in un contratto stipulato con un consumatore sia oggetto di una presunzione *iuris tantum* di vessatorietà.

Uno sguardo più attento della normativa coglierà la diversa costruzione delle due previsioni, la quale può far pensare tanto a un errore di coordinamento quanto a un rapporto di specialità tra le stesse. La disposizione di cui alla lettera m) si riferisce in generale alla modifica delle clausole del contratto e vincola l’esercizio dello *ius variandi* alla presenza di un giustificato motivo; la disposizione di cui alla lettera o), invece, attiene esclusivamente alla variazione in aumento del prezzo dovuto dal consumatore, introducendo il diritto di recesso dello stesso per il caso in cui il prezzo finale risulti eccessivamente elevato rispetto a quello originario.

Dunque, la clausola attributiva del potere di variazione del prezzo sarebbe disancorata dalla necessaria presenza del giustificato motivo, mentre la modifica di una clausola contrattuale riguardante in generale

le caratteristiche del prodotto o del servizio potrebbe salvarsi dalla presunzione di vessatorietà anche senza l’attribuzione del diritto di recesso al consumatore.

Tuttavia, per quanto riguarda il primo requisito, sia dottrina che giurisprudenza escludono la configurabilità di uno *ius variandi ad nutum*, pertanto un giustificato motivo dovrà in ogni caso essere comunicato all’atto di esercizio della facoltà di modifica, spettando all’interprete, semmai, valutarne l’ammissibilità.

Rispetto, invece, alla scindibilità del binomio *ius variandi* - diritto di recesso sussistono minor perplessità<sup>78</sup>; peraltro, una clausola che vada a modificare in maniera consistente le condizioni contrattuali e che sia

---

<sup>78</sup> In tal senso, Pagliantini, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, op. cit., 165; Pisu, *L’adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, op. cit., 177, in cui si legge: “(...) mentre, come abbiamo già rilevato, l’associazione *ius variandi* - recesso non costituisce una necessità né sul piano logico, né in generale su quello normativo, altrettanto non può dirsi a proposito del giustificato motivo, che – anche alla luce della funzione dell’istituto e del principio generale di correttezza che governa l’esercizio dei poteri privati, deve ritenersi presupposto imprescindibile di qualsiasi forma di *ius variandi*”. Secondo Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1996, 449, il giustificato motivo deve sempre coincidere con una indicazione “riferita a circostanze oggettive, non tale da lasciare al professionista una facoltà sostanzialmente discrezionale e disancorata da elementi suscettibili di effettivo controllo”. In giurisprudenza, sulla necessaria presenza del giustificato motivo anche in ordine allo *ius variandi* che incide solo su fattori meramente economici del contratto, si veda il commento a Corte Giustizia UE, sez. IX, 26 febbraio 2015, n. 143 e Corte di Giustizia UE, sez. III, 23 aprile 2015, n. 96, di Pagliantini, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazione su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*, in *Contratti*, 2015, 753 ss., in cui afferma la vessatorietà della clausola di *ius variandi* che operi al prodursi di “variazioni significative nel mercato finanziario” in quanto “affidata ad un motivo indeterminato e proclive ad incorporare ragioni legate alle politiche del professionista, e dunque in contrasto con la normativa europea (lett. j allegato direttiva 93/13/CEE), la quale riconosce la presunzione di vessatorietà per la *variatio* contrattuale *in peius* carente di un valido motivo (...)”.



sprovvista del contropotere di recesso per il consumatore, seppur salva dalla presunzione di abusività, rischia senz’altro di incorrere nella sanzione di nullità comminata all’esito del giudizio generale di vessatorietà condotto in virtù dell’art. 33, comma 1, cod. cons., con il quale si accerta la presenza di un significativo squilibrio tra le parti<sup>79</sup>.

## 2.2 Approvvigionamento e fornitura di energia e gas

Quando si parla di contratto *amministrato* si fa riferimento a un termine nato in dottrina per indicare quei contratti “disciplinati” che nascono in settori in cui la regolazione dei mercati viene affidata ad autorità amministrative indipendenti, le quali intervengono conformando *ab externo* l’attività giuridica dei privati<sup>80</sup>. Un esempio

---

<sup>79</sup> Corte di Giustizia UE, sez. I, 21 marzo 2013, n. 92, in *Foro it.*, 2014, 1, IV, c. 4, nell’ambito di una controversia tra un’impresa tedesca di approvvigionamento di gas e alcuni consumatori ha riconosciuto la vessatorietà di una clausola di modificabilità unilaterale del prezzo delle forniture, affermando che il rispetto dei canoni di buona fede, equilibrio e trasparenza richiede che sia assicurata al consumatore la prevedibilità del comportamento dell’impresa. L’assenza di informazioni precontrattuali in ordine al motivo e alle modalità di variazione delle spese non viene sanata dalla circostanza che i consumatori ricevano le stesse informazioni con un preavviso ragionevole nel corso dell’esecuzione del contratto e prima dell’esercizio di tale potere di modifica unilaterale.

<sup>80</sup> Solinas, *Il contratto «amministrato» La conformazione dell’operazione economica agli interessi generali*, Napoli, 2018. In merito al potere regolatorio delle autorità amministrative indipendenti merita tuttavia menzionare la pronuncia con cui il Tar Lazio ha ribadito come lo stesso debba essere esercitato nel rispetto della normativa di riferimento. In particolare, Tar Lazio, Sez. III, 13.12.2016, n. 12421, con nota di Morlando, *Ius variandi e tutela dell’utente tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Giur. it.*, 2017, 5, 1079, si occupa della adozione da parte dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni della delibera n. 519/15/Cons di approvazione del regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche. All’art. 6, comma 1 (*Modifica delle condizioni contrattuali*), si leggeva: “Gli operatori modificano le condizioni contrattuali solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo, ovvero quando tali modifiche siano esclusivamente a vantaggio dell’utente”. In tale occasione, il giudice amministrativo accoglie la censura

paradigmatico dell’operatività di questo fenomeno ci viene offerto dal settore della produzione e distribuzione dell’energia elettrica e del gas naturale, all’interno del quale la corrispondente Autorità si è mossa con varie delibere per attuare una più efficiente gestione delle sopravvenienze attraverso l’adozione di strumenti convenzionali di adeguamento del contratto, tra cui in particolare una c.d. “clausola di salvaguardia” volta a tutelare l’acquirente finale sul quale prima venivano riversati gli effetti di aumenti improvvisi dei prezzi della materia prima<sup>81</sup>.

Accanto agli incentivi alla rinegoziazione promossi dall’Autorità competente, all’interno del mercato dell’energia e del gas troviamo anche tracce dell’impiego di forme di adeguamento del contratto

---

della parte ricorrente di illegittimità del regolamento menzionato per violazione della normativa di rango primario contenuta nell’art. 70 cod. com. elettr., il quale disciplina lo *ius variandi* attribuendo (i) agli utenti che non intendano accettare le modifiche delle condizioni contrattuali il diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione e (ii), all’Autorità competente il potere di specificare la forma delle comunicazioni con cui vengono apportate tali modifiche. Il Tar mette dunque in luce come la limitazione contenuta nel regolamento adottato dall’Autorità non trovi alcuna corrispondenza con la disciplina primaria di riferimento, introducendo una idebita compromissione di tale prerogativa dal punto di vista sostanziale.

<sup>81</sup> Gitti, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Annali, V, 2012, p. 141, in cui si parla della delibera dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas del 29 dicembre 2004 n. 248, poi confermata dalla delibera del 29 marzo 2007 n. 79. In seguito con la più recente delibera del 9 maggio 2013 n. 196, pubblicata sul sito [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it), è stato introdotto il c.d. “meccanismo per la promozione della rinegoziazione dei contratti pluriennali di approvvigionamento di gas naturale”. Per un approfondimento sul concetto di rinegoziazione si veda Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 775, in cui l’autore descrive la rinegoziazione come «l’attività delle parti che ridiscutono il contenuto dei patti cui si sono vincolate con un precedente accordo» e anche come «l’obbligo di comportamento che grava sulle parti in relazione ad un mutamento delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto al momento dell’esecuzione».

consistenti nell’esercizio da parte delle imprese di poteri unilaterali di modifica delle condizioni contrattuali.

Si tratta di pratiche regolate dal legislatore europeo e attuate nell’ordinamento interno grazie all’intervento regolatore dell’Autorità: in particolare la dir. 2009/72/CE prevede che i «consumatori ricevano adeguata comunicazione dell’intenzione di modificare le condizioni contrattuali e siano informati del loro diritto di recesso al momento della comunicazione»<sup>82</sup>. Sulla scorta di tale direttiva, con la delibera 8 luglio 2010 n. 104, l’Autorità ha approvato il «Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali», entrato in vigore il 1 gennaio 2011 e modificato con successive delibere fino al 2015, il quale regola espressamente l’esercizio dello *ius variandi* convenzionale da parte del fornitore.

L’art. 13 del Codice suddetto dispone che qualora il contratto di fornitura preveda per l’esercente la facoltà di variare unilateralmente le clausole contrattuali in presenza di un giustificato motivo, lo stesso esercente ne dia comunicazione al cliente con un preavviso non inferiore a tre mesi dalla decorrenza delle variazioni, specificando, tra le altre informazioni, le modalità e i tempi per la comunicazione da parte del cliente della volontà di recedere senza oneri, al fine di agevolare la effettiva possibilità per il cliente di interrompere il rapporto contrattuale<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Par. 1 lett. b) All. 1 direttiva 13 luglio 2009 n. 72.

<sup>83</sup> L’art. 13 specifica inoltre che dalla violazione di tali prescrizione consegue l’obbligo di indennizzare l’utente finale, il quale potrà ovviamente adire le sedi competenti per la risarcibilità dell’ulteriore danno subito.

### *2.3 Servizi di comunicazione elettronica*

Si tratta di un settore in cui per prassi consolidata l’operatore professionale inserisce nelle condizioni generali di contratto una clausola con cui si riserva il diritto di modificare le condizioni originariamente sottoscritte dal cliente.

Il primo intervento normativo in materia si è avuto con l’adozione del Codice delle comunicazioni elettroniche avvenuta con d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, il cui articolo 70 si occupa dei contratti stipulati da “consumatori” e altri “utenti finali” con imprese che forniscono servizi di connessione ad una rete di comunicazione pubblica o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico. Il comma 4 di tale articolo prevede che le imprese che forniscono il servizio debbano comunicare le modifiche con un preavviso non inferiore a trenta giorni, specificando le modalità in cui il contraente può esercitare il proprio diritto di recedere senza penali né costi di disattivazione<sup>84</sup>. Lo stesso comma attribuisce all’Autorità garante il compito di specificare la forma di tali comunicazioni; e il provvedimento in questione è stato adottato dall’Autorità garante delle comunicazioni con una delibera del 2015<sup>85</sup>, in cui si prevede, tra le altre specificazioni, che se inserita in fattura la

---

<sup>84</sup> Tale formulazione, introdotta dal d. lgs. 70/2012, di recepimento della direttiva 2009/136/CE ha sostituito il testo previgente e originario del comma 4 dell’art. 70, il quale costituiva la riproduzione letterale di quanto previsto dall’art. 20, comma 4, della direttiva 2002/22/CE (c.d. dir. servizio universale).

<sup>85</sup> Allegato 1 «Modalità per la comunicazione agli utenti di modifiche contrattuali e del conseguente diritto di recesso, ai sensi dell’art. 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche» al «Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche» (Allegato A alla delibera n. 519/2015/CONS).

comunicazione debba essere effettuata tramite avviso separato e specifico e con caratteri tali da richiamare l’attenzione degli utenti<sup>86</sup>.

L’inosservanza delle disposizioni di cui all’art. 70 cod. com. elettr. comporta l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria comminata dal Ministero o dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni<sup>87</sup>, mentre sul piano civile la norma risulta sprovvista di conseguenze, non essendoci menzione dell’indennizzo dovuto in caso di violazione dell’art. 13 del codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali. Resta ferma, tuttavia, la inefficacia delle modifiche attuate e la restituzione degli importi eventualmente addebitati all’utente.

La disciplina piuttosto essenziale prevista dal codice delle comunicazioni elettroniche in tema di *ius variandi* apre il dibattito sul rapporto tra la stessa e la normativa consumeristica, dibattito non sopito ma anzi rinvigorito in seguito alla scelta compiuta dalla novella del 2012 di eliminare il comma 6 dell’art. 70, il quale recava una clausola di salvaguardia in cui si faceva salva l’applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori, senza

---

<sup>86</sup> Più precisamente, deve presentare la seguente intestazione in maiuscolo: «Comunicazione importante: modifica delle condizioni del contratto». Si ammette inoltre che per le utenze mobili la comunicazione possa essere realizzata tramite invio di sms informativo formulato nel rispetto di determinati requisiti. Quando nel 2007 uno dei decreti Bersani (art. 1, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in legge 2 aprile 2007, n. 40), impose l’abolizione dei costi di ricarica per le carte prepagate di telefonia mobile, molti operatori esercitarono lo *ius variandi* in senso peggiorativo modificando i piani tariffari per recuperare il profitto perso e riversare gli effetti della nuova normativa sugli utenti. Le associazioni insorsero lamentando la contrarietà delle modalità di comunicazione delle variazioni, spesso consistente nell’invio di sms ai clienti, con la normativa prevista dal codice delle comunicazioni elettroniche.

<sup>87</sup> L’importo della sanzione sarà compreso tra euro 5.800,00 ed euro 58.000,00 (art. 98, comma 16, cod. com. elettr.).

tuttavia con ciò eliminare i problemi di coordinamento con il codice del consumo<sup>88</sup>.

La soluzione non è di poco conto, essendo ravvisabili alcune differenze tra le due discipline. In particolare, l’art. 33, comma 2 lett. m), cod. cons. richiede, al fine di superare la presunzione di vessatorietà, che la clausola attributiva del potere di modifica unilaterale ne subordini l’esercizio alla presenza di un giustificato motivo, mentre il comma 4 dell’art. 70 cod. com. elettr. non menziona tale requisito e *di contro* introduce un diritto di recesso di cui non vi è traccia nella disposizione consumeristica. Inoltre, mentre l’art. 33, comma 2 lett. o) riconosce il diritto di recesso in caso di aumento di prezzo del bene o del servizio solo nel caso in cui il corrispettivo dovuto diventi eccessivamente elevato rispetto a quello originario, il comma 4 dell’art. 70 cod. com. elettr. garantisce detto diritto indipendentemente da qualsivoglia valutazione circa l’entità della variazione economica realizzata.

Secondo una opinione in dottrina il rapporto tra i due codici dovrebbe essere risolto applicando il principio di specialità, e dunque privilegiando l’esclusiva applicazione della disciplina di cui all’art. 70 cod. com. elettr., considerata esaustiva della tutela in questo settore predisposta per il consumatore<sup>89</sup>. Il contrasto ad oggi non sembra

---

<sup>88</sup> Secondo Cons. Stato (Ad. Plen.), 11 maggio 2012, n. 12, in *Corr. giur.*, 2012, 11, 1363, quello di cui al comma 6 art. 70 costituiva un «rinvio dinamico» ad ogni altra disposizione a tutela del consumatore a chiusura del sistema e per evitare a priori il rischio di possibili lacune della tutela stessa.

<sup>89</sup> V. in tal senso, Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai codici di settore (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, *op. cit.*, 1036 ss. Orientamento contestato da Pisu, *L’adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, *op. cit.*, 267 ss., in cui si legge in riferimento al significato dell’abrogazione comma 6, art. 70, cod. com. elettr.: «Vero è che (...) potrebbe lasciar intendere che la normativa consumeristica

potersi dirimere in via giurisprudenziale, in quanto a fronte di pronunce nel senso sopra descritto troviamo orientamenti che propendono per la soluzione opposta, ossia che riconoscono il rapporto concorrente tra le due discipline applicando la disciplina consumeristica a contratti di comunicazioni elettronica<sup>90</sup>.

#### 2.4 Turismo organizzato

Il d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79, all’art. 3, comma 1, lett *m*) ha abrogato gli artt. 82-100 cod. cons., facendo confluire nel Capo I del Titolo VI del codice del turismo le norme relative ai «Contratti del turismo organizzato»<sup>91</sup>.

---

non debba più entrare in gioco nelle vicende modificative di questi contratti. Tuttavia, la novella del 2012 non è di per sé decisiva in tal senso in quanto la scelta del legislatore europeo (seguito da quello italiano) di eliminare il rinvio potrebbe essere dipesa dall’averlo reputato pleonastico». Peraltro, sempre secondo Pisu, *op. ult. cit.*, 270, anche qualora si volesse accedere all’idea secondo la quale il rapporto tra le due discipline debba essere risolto applicando esclusivamente l’art. 70 cod. com. elettr. ai corrispondenti contratti, «l’esercizio del potere non può, a nostro avviso, prescindere dal riscontro di una ragione oggettiva che giustifichi la variazione unilaterale, dovendosi altrimenti sostenere che l’operatore dispone di uno *ius variandi* arbitrario, il che, in base alle considerazioni raggiunte in termini generali, non può considerarsi accettabile».

<sup>90</sup> Nel primo senso si veda Tar Lazio, Sez. III, 13.12.2016, n. 12421, con nota di Morlando, *Ius variandi e tutela dell’utente tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche*, *op. cit.*, 1079, in cui il giudice amministrativo interviene sul tema del rapporto tra codici di settore affermando che l’art. 70, cod. com. elettr., si pone in un rapporto di specialità rispetto a quanto sancito dall’art. 33 del codice del consumo, individuando in modo esclusivo il giusto “contrappeso” nelle mani dell’utenza a fronte di un’intervenuta modifica unilaterale del regolamento contrattuale. Per il secondo orientamento si veda Corte Giustizia UE, 26 aprile 2012, n. 472, in *Foro it.*, 2013, 4, IV, c. 170; Cons. Stato (Ad. Plen.), 11 maggio 2012, n. 13, in *Foro it.*, 2012, III, 481; Tar Lazio, sez. I, 29 marzo 2010, n. 4931, in *Dir. informatica*, 2010, p. 929.

<sup>91</sup> In particolare gli articoli 89-92 cod. cons. che contenevano le disposizioni previste dagli articoli 10-13 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111 su viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso» in attuazione della direttiva 90/214/CE, poi

All’interno di questo *corpus* di norme troviamo alcune disposizioni inerenti alle vicende modificative in senso unilaterale di contratti la cui causa viene in concreto integrata da una “finalità turistica” che guida l’adeguamento degli stessi in ragione di eventi sopravvenuti<sup>92</sup>. In particolare, gli articoli 40 e 41 del codice del turismo disciplinano rispettivamente la variazione del prezzo e la modifica significativa di elementi del contratto concernenti la prestazione dell’organizzatore, ossia i servizi inclusi nel pacchetto turistico. Non risulta chiaro il rapporto tra le due norme: si potrebbe pensare ad un rapporto di specialità, inquadrando la revisione del prezzo di cui all’art. 40 come ipotesi specifica della fattispecie di modifica di elementi del contratto di viaggio disciplinata dall’art. 41<sup>93</sup>. Tuttavia, la normativa costruisce i due meccanismi di revisione del contratto in modo diverso: mentre l’art. 40 prevede che le variazioni di prezzo possano attuarsi solo in base ad una apposita convenzione in tal senso, la modifica delle altre condizioni contrattuali viene regolata *ex lege* dall’art. 41<sup>94</sup>. Per quanto riguarda, invece, il potere di intervento unilaterale esercitabile dal turista, l’art. 42 cod. tur. stabilisce il diritto dello stesso di recedere a seguito del verificarsi delle vicende di cui ai precedenti articoli 40 e 41, e l’art. 39 prevede una peculiare prerogativa di modifica unilaterale del contratto da parte del turista operante sul piano soggettivo: il viaggiatore può infatti sostituire a sé un terzo fino a quattro giorni prima della partenza

---

sostituita dalla più recente dir. 2015/2302/UE con effetto dal 1 luglio 2018. V. Campione, *I contratti del turismo organizzato*, in *Trattato dei Contratti*, dir. Roppo, IV Opere e servizi, 2, 2014, 435 ss.

<sup>92</sup> Si veda Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur. it.*, 2008, p. 1133.

<sup>93</sup> In tal senso, Silingardi – Morandi, *La «vendita di pacchetti turistici»*, Torino, 1998, 54 ss.

<sup>94</sup> Pisu, *op. cit.*, 273.



nel rispetto di determinate condizioni e a prescindere dal consenso del contraente ceduto.

Analizziamo più nel dettaglio le ipotesi previste dagli articoli 40 e 41 cod. tur.: il primo, come anticipato, disciplina il meccanismo di operatività della revisione del prezzo. Già secondo la vecchia direttiva 90/314/CEE, oggi sostituita dalla 2015/2302/UE, lo *ius variandi* attribuito al venditore del pacchetto turistico poteva essere esercitato entro stringenti limiti legali, e cioè con comunicazione da effettuare almeno 20 giorni prima della partenza, per motivazioni specifiche<sup>95</sup> e in presenza di una apposita clausola convenzionalmente pattuita per la revisione del prezzo al rialzo o al ribasso<sup>96</sup>.

La normativa comunitaria non prevedeva alcun limite quantitativo alla variazione in aumento, mentre in sede di recepimento della stessa il legislatore interno ha inserito una soglia del 10% (art. 40, comma 2, cod. tur.). Tale soglia è stata abbassata dalla nuova direttiva entrata in vigore in sostituzione della precedente che la fissa all’8% del prezzo convenuto e il cui superamento comporta l’attivazione a favore del turista delle

---

<sup>95</sup> In particolare, si tratta di una elencazione considerata tassativa di sopravvenienze economiche sfavorevoli per il venditore: i costi del trasporto, i tassi di cambio, altri diritti e tasse dovuti per servizi specifici, ad esempio per imbarco e sbarco nei porti e negli aeroporti. La previsione bidirezionale della norma, tuttavia, prevede che l’adeguamento sia attuato anche a vantaggio del turista in caso di ribasso dei costi sostenuti dall’operatore turistico. Il legislatore interno ha però omesso di recepire tale bi-direzionalità: l’art. 40 non esplicita alcun obbligo per l’operatore di ridurre il corrispettivo globale in caso di diminuzione dei medesimi costi.

<sup>96</sup> Nei considerando della direttiva citata nel testo si legge infatti: «il prezzo stabilito nel contratto non deve, in linea di massima, essere rivisto, a meno che il contratto non preveda espressamente la possibilità di una revisione sia al rialzo che al ribasso».

tutele previste per la variazione di altri elementi del contratto<sup>97</sup>. La previsione di questa soglia potrebbe *prima facie* apparire garantista per l’utente del servizio: una analisi più attenta però rivela che tale “garanzia” sostituisce la prerogativa del recesso, attribuita nel settore delle comunicazioni elettroniche e bancario a prescindere dalla portata della variazione.

La norma, dunque, si traduce in una espressione di favore per l’operatore turistico, di fatto legittimato ad un aggravio del prezzo a danno del turista ed esonerato dal rischio di subire il recesso di quest’ultimo ove l’aumento del prezzo sia contenuto entro la soglia consentita<sup>98</sup>. Diritto di recesso previsto per il caso in cui, invece, lo *ius variandi* venga esercitato in violazione della soglia massima prevista: il comma 3 dell’art. 40 cod. tur. stabilisce infatti che quando l’aumento del prezzo superi la percentuale consentita, l’acquirente possa recedere dal contratto previo rimborso delle somme già versate e fatto salvo quanto previsto in generale dall’art. 42 cod. tur. in regolazione del rapporto a seguito del recesso del turista<sup>99</sup>. Nulla dice la normativa rispetto alla eventualità che il turista non receda e alle conseguenze sulla efficacia

---

<sup>97</sup> Art. 10, par. 2, dir. 2015/2302/UE. L’art. 6, par. 1, stabilisce inoltre che le informazioni precontrattuali fornite al turista in merito al prezzo e ai costi complessivi del pacchetto turistico divengono parte integrante del contratto e non possono essere modificate se non per consenso esplicito di entrambi i contraenti.

<sup>98</sup> Sul punto la disciplina prevista dal codice del turismo sembra affine a quella consumeristica: l’art. 33, comma 2, lett. o) cod. con. prevede che l’attribuzione del diritto di recesso in caso di aumento eccessivo del prezzo consenta di superare la presunzione di vessatorietà della clausola.

<sup>99</sup> Le conseguenze dell’esercizio del recesso consistono nel risarcimento dei danni dipendenti dalla mancata esecuzione del contratto, nel diritto al rimborso di quanto già versato all’operatore o in alternativa nel diritto ad un pacchetto turistico sostitutivo, di valore equivalente o superiore, senza supplemento di prezzo, o inferiore con rimborso della differenza.

delle modifiche prospettate dall’operatore: secondo alcune voci in dottrina sarebbe preferibile ritenere che in tal caso il viaggiatore mantenga il proprio diritto all’esecuzione del contratto per il prezzo originariamente convenuto, mentre c’è chi sostiene «*questo potere di modifica unilaterale (...) integra un vero e proprio ius variandi, a fronte del quale il turista ha a disposizione le sole due alternative consistenti nell’abbandono del contratto o nella sua prosecuzione a condizioni modificate*»<sup>100</sup>.

L’art. 41 disciplina invece, come anticipato, l’ipotesi di modifiche riguardanti le condizioni del pacchetto turistico diverse dal prezzo e opera una distinzione tra quelle che possono intercorrere tra la conclusione del contratto e l’inizio dell’esecuzione dello stesso e quelle che intervengono successivamente, dunque dopo la partenza, da cui può sorgere una forma di responsabilità dell’organizzatore “per difetto di conformità”<sup>101</sup>. All’interno della prima categoria è possibile ancora distinguere tra modifiche di scarsa importanza, unilateralmente introducibili da parte dell’organizzatore che si sia riservato il diritto inserendo nel contratto una apposita clausola di *ius variandi* in tal senso, e modifiche significative, incidenti su uno o più servizi essenziali inclusi nel pacchetto, che attribuiscono al turista la facoltà di recedere senza penali entro un termine ragionevole (fissato in due giorni lavorativi) e di accettare un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, senza supplemento di prezzo, o inferiore, previa restituzione della differenza di prezzo.

---

<sup>100</sup> Tassoni, *Art. 40 codice del turismo*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2018, 886. Per il primo orientamento si veda Pisu, *op. cit.*, 283-284.

<sup>101</sup> Artt. 13 e 14 dir. 2015/2302/UE.

Per quanto riguarda invece le vicende successive alla partenza che incidano in modo essenziale sui servizi offerti, è previsto in primo luogo che vengano predisposte soluzioni alternative per la prosecuzione del viaggio senza oneri per il turista, salvo comunque il risarcimento dell’eventuale danno.

Nel caso di impossibilità di soluzioni alternative o di rifiuto delle stesse da parte del turista, l’operatore dovrà mettere a disposizione del turista un mezzo di trasporto per il rientro anticipato e risarcire l’eventuale danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto. Il sistema delineato dalla normativa conferma dunque, anche in caso di sopravvenienze successive all’inizio di esecuzione del contratto, un *favor* per rimedi conservativi e manutentivi dello stesso, concependo lo strumento ablativo solo come *ultima ratio* e facendo comunque salvo il diritto del turista al risarcimento del danno<sup>102</sup>.

### 2.5 Contratti bancari

Il settore bancario è indiscutibilmente paradigmatico in tema di potere unilaterali di modifica del regolamento contrattuale: prima che intervenisse la normativa del 1992 recante «Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari»,<sup>103</sup> le norme bancarie uniformi sui depositi in conto corrente (art. 15) e sui conti correnti di corrispondenza (art. 16) sancivano per l’azienda di credito la facoltà di modificare *in qualsiasi momento* le condizioni di tali rapporti.

Oggi la disciplina di riferimento è contenuta nell’art. 118 del Testo Unico Bancario e utilizza due principali criteri distintivi: la tipologia di

---

<sup>102</sup> V. Cass., 24 aprile 2008, n. 10651, con nota di Esposito, *Impossibilità di effettuazione dei servizi e obblighi del tour operator*, in *Giur. it.*, 2009, 336,; Trib. Milano, sez. VI, 13 maggio 2010.

<sup>103</sup> L. 17 febbraio 1992, n. 154.

cliente (consumatore, microimpresa<sup>104</sup> o macroimpresa<sup>105</sup>) e la durata del contratto (a tempo determinato o indeterminato). La normativa si completa con l’art. 33 cod. cons., che ai commi 4 e 5 tratta dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari introducendo deroghe alle presunzioni di vessatorietà contenute alle lett. *m*) e *o*), comma 2, dello stesso articolo. Inoltre, per completezza ricostruttiva, occorre ricordare che per espresso richiamo dell’art. 125 *bis*, comma 2, t.u.b. ora anche i contratti di credito al consumo sono sottoposti alla disciplina generale, mentre in precedenza venivano regolati dall’art. 124, comma 2, lett. *d*) t.u.b., abrogato dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141. Una normativa specifica in materia di *ius variandi* è invece tuttora prevista per i contratti quadro relativi ai servizi di pagamento, cui si riferisce l’art. 126 *sexies* t.u.b.

La normativa generale contenuta nell’art. 118 t.u.b., come sopra anticipato, contiene delle differenziazioni basate principalmente su un criterio soggettivo e un criterio oggettivo. In particolare, per i contratti a tempo indeterminato è prevista la possibilità di inserire, «con clausola specificamente approvata dal cliente», «la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo», dunque sia il disciplinare economico (tassi e prezzi) che normativo (altre condizioni

---

<sup>104</sup> Categoria introdotta dal d. lgs. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, che ha definito nell’art. 18, lett. *d-bis*) le microimprese come «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un’attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro (...)».

<sup>105</sup> Comma 2-*bis* t.u.b.

previste dal contratto)<sup>106</sup>. Mentre per i contratti a tempo determinato tale prerogativa di modifica unilaterale sussiste solo in relazione a clausole diverse da quelle che fissano i tassi di interesse<sup>107</sup>.

L’art. 117, comma 6, t.u.b. introduce poi un altro importante limite quantitativo ispirato al rispetto dell’obbligo di trasparenza e incidente sull’ampiezza del potere di modifica unilaterale, sancendo la nullità delle «clausole che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati».

Il fulcro della normativa è sicuramente costituito dalla previsione del giustificato motivo come presupposto generale per il legittimo esercizio dello *ius variandi*: tale modifica introdotta nel 2006 ha ricondotto ad unità il sistema, risolvendo i problemi di coordinamento

---

<sup>106</sup> La formulazione originaria della norma ometteva il riferimento ad una apposita convenzione attributiva del potere, e legittimando il dubbio che il legislatore avesse previsto lo *ius variandi* come regime legale dei contratti di durata. Tuttavia, la più autorevole dottrina già all’epoca sosteneva invece trattarsi di una facoltà suscettibile di inserimento nel contratto mediante pattuizione convenzionale: v. Bussoletti, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, I, 469 ss. Oggi troviamo conferma di tale impostazione anche nelle decisioni dell’Arbitro Bancario Finanziario in materia di *ius variandi*. Si veda, da ultimo, la decisione n. 7986 del 21 marzo 2019: «l’art. 118 TUB, contenente la disciplina dello *ius variandi*, subordina la validità dello stesso a specifici requisiti, dovendo questo: a) essere previsto dal contratto; b) essere comunicato per iscritto al cliente con un preavviso di almeno sessanta giorni; c) essere assistito da un “giustificato motivo”. Come opportunamente rilevato in dottrina, la richiamata disposizione, letta nella prospettiva dei limiti che l’ordinamento pone alle autorità private nei rapporti contrattuali, introduce una procedimentalizzazione dell’accordo modificativo del rapporto già in essere, che richiede sempre e comunque una partecipazione volitiva di entrambe le parti, posto che la banca può solo formulare una proposta di modifica che si perfeziona mediante la partecipazione dell’altro contraente che, ai sensi dell’art. 118 TUB, si attua con il mancato esercizio del diritto di recesso».

<sup>107</sup> Il comma 2-bis dell’art. 118, introdotto del 2011, ammette invece che nei contratti stipulati con soggetti diversi da consumatori e microimprese si possa esercitare lo *ius variandi* anche sulle clausole che fissano i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni predeterminati nel contratto.

creati dalla precedente formulazione dell’art. 118 t.u.b. che attribuiva massima discrezionalità alle banche e creava una incompatibilità evidente con quanto già previsto per i contratti con i consumatori<sup>108</sup>.

Sulla definizione di giustificato motivo occorre soffermarsi: la stessa è stata oggetto sin dalla sua introduzione di una circolare ministeriale<sup>109</sup> e ancora oggi dei tentativi di specificazione compiuti da parte dell’Arbitro Bancario Finanziario nelle proprie decisioni. Si devono intendere ricompresi nel novero del giustificato motivo tutti quegli eventi esogeni e sopravvenuti che incidono sulla struttura dei costi di esercizio dell’impresa bancaria, alterano le utilità e gli interessi dei contraenti e non sono imputabili alle arbitrarie decisioni di parte.

---

<sup>108</sup> Tuttavia, anche nella precedente versione dell’art. 118 t.u.b. la dottrina si era preoccupata di arginare l’esercizio *ad nutum* dello *ius variandi* affermando che il suo esercizio dovesse essere comunque rispettoso dei canoni generali di buona fede e correttezza nell’esecuzione dei contratti e del divieto di abuso nell’esercizio dei diritti potestativi. Tra gli altri, Briolini, *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nella disciplina dei contratti bancari*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 288.

<sup>109</sup> Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico, n. 5574 del 2007, in cui si è precisato che le modifiche disciplinate dal nuovo art. 118 t.u.b. riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l’introduzione di clausole *ex novo*; si è individuato il giustificato motivo in “eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario” e si è sottolineato che “tali eventi possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente (ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito) sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio, tassi di interesse, inflazione ecc.)”. La circolare ha stabilito poi che nella relativa comunicazione “il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base”. Ulteriori chiarimenti sul punto sono stati forniti dalla Banca d’Italia con il provvedimento del 29 luglio 2009 (Trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari) e con le note prot. n. 864529 del 05/09/2014 e n. 412631 del 28/03/2017. Per quanto riguarda le decisioni dell’ABF si veda, *ex multis*, la decisione n. 2670 del 30 gennaio 2018.

Essendo stato introdotto con la funzione primaria di porre un argine alla discrezionalità della parte contrattuale forte e di conservare l’equilibrio sinallagmatico in origine voluto, il giustificato motivo è un concetto inevitabilmente elastico che mal si presta ad una esaustiva definizione preliminare e che ha bisogno di essere declinato nel singolo caso specifico con l’aiuto degli interpreti<sup>110</sup>.

Quanto alle modalità di esercizio dello *ius variandi*, il comma 2 dell’art. 118 t.u.b. prevede che l’atto di esercizio dello stesso sia presentato con un preavviso minimo di due mesi nei termini di una

---

<sup>110</sup> Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, op. cit., 84; Bussoletti, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2005, 21. Ad esempio, nella decisione ABF n. 4070, 8 febbraio 2019 si afferma che, come evidenziato nella nota n. 412631 approvata dal Direttorio della Banca d’Italia in data 28 marzo 2017, «devono considerarsi inammissibili le variazioni che non presentano correlazione tra le tipologie di contratti e le tariffe interessate dalle variazioni, da un lato, e l’incremento dei costi posto a base della modifica. Infatti, tali variazioni si tradurrebbero nell’aggiunta di nuovi costi, non ponendosi come mera modifica di oneri già previsti nel contratto e realizzano, così, un’alterazione del sinallagma negoziale in senso sfavorevole al cliente». Nel caso di specie si trattava di stabilire se lo *ius variandi* esercitato dalla banca potesse essere giustificato dall’istituzione del Fondo Nazionale di risoluzione ad opera del Provvedimento della Banca d’Italia n. 1226609 del 18 novembre 2015. L’ABF ricorda come la questione sia già stata oggetto di decisione da parte del Collegio di Coordinamento (n. 26498 del 12 dicembre 2018), secondo il quale «nel caso di specie, si può notare che l’istituzione del Fondo Nazionale di risoluzione (...) determina costi a carico dell’intermediario, i quali non sono però in alcun modo correlati alla variazione apportata unilateralmente mediante l’incremento della voce ‘spese annue per conteggio interessi e competenze’». L’ABF (n. 2434, 16 aprile 2014) ha inoltre escluso che un generico e sintetico richiamo agli “effetti prodotti dalla crisi economica e finanziaria” possa costituire un giustificato motivo, non consentendo al cliente di valutare la congruità della variazione apportata rispetto alla motivazione posta a fondamento della stessa. Il requisito del giustificato motivo deve essere infatti esplicitato in modo da permettere al cliente di valutare se le ragioni addotte dalla banca siano non solo serie, ma anche di carattere generale o particolare, posto che nel primo caso risulta probabilmente inutile cercare sul mercato offerte alternative.



«proposta di modifica unilaterale del contratto» che si intende accettata in caso di mancato esercizio del diritto di recesso da parte del cliente entro il tempo previsto per la sua applicazione.

Tale formulazione ha portato parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere che il legislatore abbia inteso attribuire al silenzio il significato di una manifestazione tacita di volontà diretta alla formazione dell’accordo modificativo<sup>111</sup>.

Tuttavia, sembra preferibile la tesi in virtù della quale l’inserimento convenzionale di una clausola di pattuizione dello *ius variandi* al momento conclusivo dell’accordo contrattuale non debba essere confuso con l’esercizio del corrispondente potere che rimane una prerogativa unilaterale del soggetto cui viene attribuito. Le imprecisioni o le ambiguità linguistiche dei testi normativi lasciano infatti spesso aperto il dibattito sulla riconducibilità delle stesse ad ipotesi effettive di *ius variandi* o piuttosto a meccanismi di adeguamento del contratto basati su differenti schemi legali. Chiaro che la ricostruzione della singola fattispecie nell’uno o nell’altro senso ha ripercussioni importanti su una serie di aspetti: se si riconosce la natura bilaterale del meccanismo modificativo del contratto perde rilevanza tutto il procedimento di verifica della congruenza tra la sopravvenienza occorsa e la modifica realizzata. Al contrario, riconoscere la natura unilaterale dell’atto di esercizio del potere di modifica, se pur convenzionalmente introdotto nel contratto al momento della conclusione dello stesso, comporta la necessità di assicurare il rispetto di stringenti requisiti di legittimità, come nello specifico la presenza del giustificato motivo, di cui altrimenti si perderebbe il senso. In altri

---

<sup>111</sup> Santoni, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della legge n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 258.

termini, deve riconoscersi che quello regolato dall’art. 118 t.u.b. sia un vero e proprio diritto potestativo della banca, i cui effetti prescindono dall’accettazione delle nuove condizioni contrattuali da parte del cliente ma vengono travolti risolutivamente dallo scioglimento del vincolo per recesso del medesimo<sup>112</sup>.

A conforto di tale tesi si può sottoporre la normativa di cui all’art. 118 t.u.b. ad un confronto con l’art. 126 *sexies* t.u.b., rubricato «Modifica unilaterale delle condizioni»<sup>113</sup>, il quale disciplina le variazioni delle condizioni dei contratti quadro sui servizi di pagamento disponendo che la modifica debba essere proposta secondo le modalità stabilite dalla Banca d’Italia almeno due mesi prima della data prevista per la sua applicazione, termine entro il quale l’utente può comunicare che non intende accettarla e decorso il quale la modifica si intende accettata. Pur in assenza di espresso rifiuto, tuttavia, l’utente conserva la facoltà di recedere dal contratto senza penalità entro la data di applicazione della modifica.

In dottrina è sorto il dubbio sulla struttura di tale meccanismo modificativo, se cioè si tratti di una disposizione regolante una fattispecie di *ius variandi*, come sembra evincersi dalla rubrica dell’articolo e dalla menzione del diritto di recesso, o piuttosto si tratti

---

<sup>112</sup> Orientamento pacifico anche nella giurisprudenza dell’ABF: *ex multis*, si veda la decisione n. 5684 del 20 luglio 2015. Pisu, *op. cit.*, 250-251, parla a proposito di recesso “di reazione”: «Tale misura non sembra facilmente inquadrabile nelle classificazioni note secondo le quali il recesso può assumere diverse funzioni: determinativa, di impugnazione, di pentimento, di autotutela. (...). Ponendosi quale limite esterno al potere modificativo unilaterale, può attribuirsi al nostro recesso di reazione una funzione di autotutela».

<sup>113</sup> Disciplina dedicata alla «Trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento», introdotta nel t.u.b. agli artt. 126 *bis-novies* dal d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, in recepimento della Direttiva 2007/64/CE.

di un meccanismo bilaterale e consensuale di adeguamento e modifica del contratto.

Sembra tuttavia che questa seconda opzione sia da preferire: se infatti fosse superflua l'accettazione dell'oblato per la produzione dell'effetto modificativo non avrebbe senso l'inciso per cui la modifica si ritiene accettata dall'utilizzatore “a meno che questo non comunichi (...) che non intende accettarla”. Tale inciso lascia legittimamente pensare a una facoltà di rifiuto che se esercitata impedisce alla modifica di acquisire operatività e variare il regolamento contrattuale<sup>114</sup>.

Dal raffronto tra le due normative, si evince dunque, che mentre l'art. 126 *sexies* disciplina un procedimento semplificato di formazione del consenso modificativo per l'adeguamento dei contratti quadro sui servizi di pagamento, l'art. 118 t.u.b. disciplina una vera e propria fattispecie di *ius variandi*, rispetto al quale l'accettazione o il rifiuto del destinatario della proposta di modifica contrattuale è del tutto irrilevante ai fini dell'operatività della modifica, salvo il diritto di recesso<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Nel senso che l'art. 126 *sexies* non intesti al prestatore di servizio di pagamento alcuno *ius variandi*, Pisu, *op. cit.*, 143; Profeta, *Commento sub articolo 34, comma 1, lettera b), Articolo 126 sexies t.u.b, Modifica unilaterale delle condizioni*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di Mancini, Rispoli, Farina, Sciarrone Alibrandi, Troiano, Torino, 2011, 552 ss.

<sup>115</sup> Per opinioni contrarie a tale ricostruzione: Spena, *Art. 126 sexies*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano 2010, 1112, in cui l'autore riconosce nell'art. 126 *sexies* un vero e proprio *ius variandi ad nutum* per il prestatore di servizi; Pagliantini, *Modificazione unilaterale del contratto (diritto civile)*, *op. cit.*, 507, il quale parla di opposizione costitutiva di un diritto di recedere per il cliente; Azzarri, *Il silenzio come accettazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 615 ss., il quale accomuna la struttura dell'art. 126 *sexies* a quella dell'art. 118 t.u.b.

### 3. Le difficoltà di coordinamento tra codici di settore e codice civile

I codici di settore presentano una “doppia anima”: formalmente si atteggiavano come discipline specifiche per esigenze contingenti create “dall’avvento dell’era digitale e dall’espandersi della società dei consumi”<sup>116</sup>, dall’altro creano nuovo diritto e ambiscono a porsi come normativa generale in un certo settore<sup>117</sup>. Ecco perché in dottrina spesso si parla di discipline *specializzate* e non *speciali*: da qui la necessità di districare il complesso nodo del coordinamento reciproco tra le stesse, oltre che quello con la disciplina codicistica. In merito a quest’ultimo profilo, è infatti dubbio che il rapporto intercorrente tra norme settoriali e norme codicistiche possa ricondursi ad una relazione di mera specialità<sup>118</sup>. Le ragioni della non convincente applicazione del

---

<sup>116</sup> Rossi Carleo, *Diritto comunitario, “legislazione speciale” e «codici di settore»*, in *Riv. Notar.*, 2009, I, 27.

<sup>117</sup> Sul punto si veda Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2006, 397 ss.: “quando la c.d. legislazione speciale giunge a comporsi in un sottosistema perde la caratteristica di eccezione. Nel momento in cui si parla di diritti secondi come sottosistemi, si riconosce implicitamente il superamento della dimensione contingente e singolare che caratterizza l’eccezione: cosa che trova conferma nella pluralità di fonti di cui si compone un diritto secondo per essere tale, cioè, ancora una volta, sistema”.

<sup>118</sup> Per i contributi più recenti: Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore”. Lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., 136; Battelli, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, op. cit.; Barba, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017. Inoltre si vedano, ex multis, Irti, “Codici di settore”: compimento della “decodificazione”, in Sandulli, (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 17; De Cristofaro, *Il “codice del consumo”: un’occasione perduta?*, in *Studium Iuris*, n. 10, 2005, 1137; Id., *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti* diretto da Roppo e Benedetti, V, Milano, 2014, 5; Rossi Carleo, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 67; Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 2, 159; Addis, *Il “codice” del consumo, il codice civile e la parte*

principio di specialità sono da rinvenire nella crisi dei tradizionali criteri ordinanti tra norme, un tempo legittimati dal ruolo egemonico e accentratore del codice civile e non più facilmente collocabili nell’odierno frammentato panorama normativo<sup>119</sup>. Dall’inquadramento del rapporto tra le diverse normative di settore e tra queste e la disciplina codicistica dipende la misura della loro reciproca comunicabilità e della complementarietà, sino ad immaginare di escludere la meccanica applicazione del principio di specialità e adottare la prospettiva di un concorso a regolare la medesima fattispecie. Ad esempio, se si riconosce che la normativa a tutela dell’utente/consumatore ha come principio ispiratore il *favor* per lo stesso, allora si dovrebbe accogliere la tesi del cumulo tra discipline dislocate in diversi corpi normativi, con applicazione di quella che nel caso specifico assicura la massima tutela per il contraente debole.

Tuttavia, ampliando lo sguardo prospettico, come richiede il legislatore comunitario, sarà possibile notare che la tutela del consumatore si inserisce in un piano legislativo di più ampio respiro, finalizzato alla tutela dell’integrità del mercato in una cornice normativa omogenea tra gli stati membri. E dunque, consentire alle singole legislazioni nazionali di derogare al sistema di tutela

---

*generale del contratto*, in *Obbl. Contr.*, 2007, 872; Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008.

<sup>119</sup> Sul punto, Rossi Carleo, *Diritto comunitario, “legislazione speciale” e “codici di settore”*, *op. cit.*, 13, parla di «crisi sia della generalità, sia dell’astrazione. (...) La crisi viene anche dall’alto, cioè dall’atteggiamento del legislatore. Essa, difatti, è determinata anche dal fatto che l’incidenza della legislazione di matrice europea ha prodotto un mutamento dell’indirizzo politico: il legislatore, in particolare quello comunitario, per un lungo periodo ha perduto la vocazione a dettare regole “generali”, privilegiando l’introduzione di regole riferite a materie specifiche e a discipline settoriali che, introdotte in ordinamenti molto diversi, hanno finito con l’evidenziare la mancanza di un tessuto connettivo comune».

predisposto a livello comunitario preferendo allo stesso una normativa di settore diversa e più favorevole andrebbe a vanificare il proposito di armonizzazione massima cui si ispira la Direttiva Consumer Rights 2011/83/UE e la realizzazione del c.d. *level playing field*, che passa anche attraverso il divieto di recepire le direttive comunitarie modificando al rialzo i livelli di protezione previsti<sup>120</sup>.

Una parte della dottrina sostiene che la normativa di derivazione comunitaria non osterebbe a considerare il *favor* per il contraente debole come *ratio* generalmente applicabile per risolvere le antinomie tra norme. Secondo tale orientamento la effettività della maggior tutela può essere garantita solo tramite l’applicazione del criterio del cumulo tra le varie discipline, ammettendo dunque che tutte concorrano in via paritaria a regolare la medesima fattispecie e spettando al giudice pronunciarsi in ultima istanza.

Anche la giurisprudenza si è mostrata altalenante in merito: accanto a molte pronunce in cui viene applicato il principio di specialità, in forza del quale la riconducibilità di una certa fattispecie ad una disciplina settoriale specifica non permetterebbe l’applicazione di un altro plesso normativo, sia esso ugualmente settoriale o generale, ve ne sono molte altre in cui viene affermata la cumulabilità tra le varie discipline<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Si tratta del c.d. divieto di *gold plating* introdotto dalla L. n. 183/2011 (legge di stabilità 2012). Si veda sul punto l’analisi di Morlando, *Ius variandi e tutela dell’utente tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., 1079.

<sup>121</sup> Con riguardo alla materia dei “pacchetti turistici” troviamo giurisprudenza di merito che privilegia un’applicazione rigida del principio di specialità, ritenendo che la presenza di una disciplina di settore non consentirebbe di far riferimento a quella dettata in tema di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori (v. Trib. Torino, 19 gennaio 2005, n. 344, in *Dir. Tur.*, 2006, 140) e giurisprudenza di legittimità che afferma al contrario la cumulabilità delle

Il contrasto è venuto in rilievo in particolar modo rispetto ai rapporti tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche: una parte della giurisprudenza sostiene infatti che in ragione della identica finalità di protezione del contraente debole che anima le due discipline non possa non instaurarsi una relazione di specialità a favore del codice delle comunicazioni elettroniche. Mentre in altre pronunce viene smentita tale pretesa sovrapposizione di scopi tra le due normative: secondo tale orientamento il mercato delle comunicazioni elettroniche è contrassegnato da una particolare fluidità delle proposte contrattuali, dovuta alla costante evoluzione tecnologica che interessa tale settore, cui deve corrispondere una più ampia flessibilità di comportamento dell’utente. Si pensi al fatto che il considerando n. 5 della Dir. 2009/140/CE aspira ad un settore delle comunicazioni elettroniche “disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza”. In tale ottica, lo strumento del diritto di recesso riconosciuto dall’art. 70, comma 4, cod. com. elettr., risponderebbe in modo esaustivo alle due istanze di rapida ed efficiente gestione delle sopravvenienze e di tutela del contraente debole, favorendo la concorrenza attraverso un’asta continua di offerte rispetto alle quali il consumatore conserva una permanente possibilità di cambiamento e scelta<sup>122</sup>.

---

norme appartenenti a diverse discipline (Cass., Sez. III, ordinanza 8 marzo 2005, n. 5007, in *Foro It.*, 2005, I, 2740). In materia bancaria, si veda Cass., Sez. I, sentenza del 21 maggio 2008, n. 13051, in cui la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla presunta vessatorietà di una clausola attributiva alla banca del potere di modifica unilaterale di un contratto di conto corrente, si è espressa nel senso della complementarità delle disposizioni contenute rispettivamente nel codice del consumo e nel d.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (t.u.b.).

<sup>122</sup> Morlando, in *Ius variandi e tutela dell’utente tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., afferma al riguardo «una tutela incentrata “soltanto” sul diritto di recesso si mostra sensibile alle esigenze imposte dal

Lo *ius variandi* nei contratti della comunicazione elettronica non mirerebbe a garantire la conservazione dell’equilibrio di origine attraverso la sua rimodulazione, bensì a consacrare come alternativa fisiologica l’interruzione del rapporto in ragione delle peculiarità del settore di riferimento.

Con specifico riguardo al settore delle comunicazioni elettroniche, il Consiglio di Stato ha affermato in Adunanza plenaria nel 2012<sup>123</sup> l’applicabilità della disciplina settoriale contenuta nel codice delle comunicazioni elettroniche in luogo di quella genericamente dettata dal codice del consumo, riconoscendo nel primo una disciplina articolata, esauriente ed assistita da un robusto e specifico apparato di accertamento sanzionatorio<sup>124</sup>. Con le sentenze gemelle n. 3 e 4 del 2016 il Consiglio di Stato, sempre in Adunanza Plenaria, è tornato a pronunciarsi sulla questione accogliendo l’applicazione di un principio di specialità non settoriale ma *per fattispecie*, cioè sulla base di una valutazione compiuta dall’interprete in merito alla sussistenza di

---

mercato di riferimento sull’operatore economico, realizzandosi così un contemperamento tra le istanze di protezione dell’utenza e l’anelito pro-concorrenziale sotteso alla normativa di matrice comunitaria». La differente *ratio* e struttura delle due fattispecie di *ius variandi* viene messa in luce anche da Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore”, op. cit.*, 146 ss.: “nella sistematica del codice del consumo la tutela del consumatore per un verso, qualifica vessatorio lo *ius variandi* attribuito al professionista se non sorretto da un giustificato motivo (art. 33, comma 2, lett. m), c. cons.); per altro verso, sulla base della distinzione prima evidenziata tra prestazione principale e accessoria, impone per quest’ultima comunque un consenso preventivo del contraente consumatore (art. 65 c. cons), secondo il modello detto di *opt-in*. Nel caso, invece, dei servizi di comunicazione elettronica la tutela del consumatore-utente già vincolato da un rapporto contrattuale è affidata al diritto di recesso esercitabile a fronte della notifica di modifiche alle condizioni contrattuali, secondo il modello c.d. di *opt-out* (art. 70, comma 4, c. com. el.)”.

<sup>123</sup> Con le decisioni 11, 12, 13, 14, 15, 16 dell’11 maggio 2012.

<sup>124</sup> T.A.R. Lazio, 22 luglio 2013, n. 7463.



requisiti che decretano nel caso specifico la prevalenza della normativa speciale: esaustività e completezza, conformità all’ordinamento europeo e presenza di un apparato sanzionatorio coerente sia con la disciplina interna che con quella sovranazionale.

#### 4. *Ius variandi* nei rapporti asimmetrici del “terzo” contratto”

Nella prassi dei rapporti bilateralmente commerciali confluiscono diversi schemi contrattuali.

Agenzia, franchising, concessione di vendita, subfornitura, project financing<sup>125</sup> ecc.. costituiscono rapporti tra imprese di diverse dimensioni e potere contrattuale che si impegnano nel lungo periodo per il perseguimento di operazioni economiche complesse, determinando la necessità di premunirsi di meccanismi manutentivi che assicurino flessibilità al rapporto negoziale.

Si parla di “terzo contratto” per indicare, come accade per il modello consumeristico, un fenomeno di allontanamento dal modello tradizionale dello scambio istantaneo di promesse circoscritto ad un dato momento ed avulso dal contesto fattuale di riferimento<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Si tratta di un’operazione di finanziamento in cui un’attività viene valutata in base alle proprie potenzialità di generare ricavi, costituendo i flussi di cassa la fonte principale di rimborso del finanziamento. A tale operazione prendono parte diversi soggetti che si intrecciano in una articolata struttura relazionale in cui la ripartizione del rischio del progetto viene affidata principalmente alla autonomia delle parti e si snoda lungo un periodo di tempo prolungato, rendendone impossibile l’esaustivo confezionamento già nella fase istantanea della conclusione del contratto. Si veda sul tema lo studio condotto da Montani, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Milano, 2018.

<sup>126</sup> L’espressione è stata coniata da Pardolesi nella prefazione al testo di Colangelo, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004. L’analisi di tale tipologia di contratto trova origine nella categoria dei c.d. *long term contracts* e dei *relational contracts* di derivazione statunitense, rispetto ai quali la dottrina

Lo *ius variandi* rappresenta dunque anche in questo caso uno strumento idoneo a far fronte al rischio contrattuale adeguando modalità, tempi e caratteristiche delle prestazioni pattuite alle mutate esigenze. Il suo concreto esercizio presenta tuttavia il rischio della prevaricazione da parte dell’impresa dominante, la quale potrebbe riuscire a stornare abusivamente la variazione a proprio vantaggio<sup>127</sup>. Tale vantaggio potrebbe anche consistere nell’indurre l’impresa debole ad esercitare il recesso: in altri termini in questa tipologia di rapporti occorre valutare se l’atto di esercizio dello *ius variandi* celi la volontà di determinare in modo fraudolento la cessazione del rapporto in danno dell’impresa debole. Questa eventualità viene disciplinata in particolare dalla legge 18 giugno 1998 n. 192 sui rapporti di subfornitura, la quale intende predisporre un apparato di protezione a tutela della piccola e media impresa fornitrice in posizione di dipendenza economica rispetto

---

propone di porre in risalto una prospettiva dinamica della fattispecie contrattuale allontanandosi da uno studio incentrato sul momento genetico che si rivela insufficiente e unidimensionale. Sul tema, Macneil, *The New Social Contract: an Inquiry into Modern Contract Relations*, Yale University, New Haven, 1980; Id. *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classic, Neoclassical and Relational Contracts Law*, in *Nw. Un. Law. Rev.*, 1978, 854; Id. *Relational Contract Theory: Unanswered Questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: Challenges and Queries*, *ivi*, 2000, 877.

<sup>127</sup> Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979; Id. voce *I contratti di distribuzione*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, con aggiornamento nel 2006; Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti ‘reticolari’*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 549; Roppo, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 178 ss.; Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss.; F. P. Patti, *Dai «contratti standard» al «contratto asimmetrico»*. *Considerazioni su metodo e obiettivi delle ricerche di Vincenzo Roppo*, in *Jus civile*, 2018, 2, 226 ss., scritto che riproduce il testo della relazione tenuta presso l’Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno “Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo”.

all’impresa committente<sup>128</sup>. L’art. 6 della stessa legge sancisce infatti la nullità del patto «tra subfornitore e committente che riservi a uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di fornitura». Tale divieto contempla due deroghe: lo stesso art. 6, seconda parte, precisa che «sono tuttavia validi gli accordi che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro i termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre e i tempi di esecuzione della fornitura» e l’art. 3, comma 5, il quale introduce una ulteriore ipotesi di modificazione unilaterale del rapporto stabilendo che «ove vengano apportate, nel corso dell’esecuzione del rapporto, su richiesta del committente, significative modifiche e varianti che comportino comunque incrementi dei costi, il subfornitore avrà diritto a un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto».

Si tratta dunque di uno *ius variandi* ammesso entro il rispetto di limiti stringenti: in tal modo viene garantito un sufficiente livello di elasticità al contratto, affinché il committente possa adeguarlo alle sopravvenienze connesse alla sua attività produttiva, tutelando il subfornitore dai possibili abusi. Tali abusi consistono nell’indurre l’impresa debole a recedere nonostante il programma di investimento, comportante notevoli costi per l’acquisto dei macchinari necessari a far

---

<sup>128</sup> In particolare sul concetto di dipendenza economica e tecnologica applicati ai rapporti di subfornitura si veda, Tucci e Calia, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998*, n. 192, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 107. In generale in materia di dipendenza economica: Libertini, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1 ss; Renna, *L’abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. e impr.*, 2013, 370 ss.; Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663; Id. *Sopravvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto*, in *Aa. Vv.*, *Il terzo contratto*, Bologna, 2009, 179 ss.

fronte alla fornitura, renda lo scioglimento anticipato del rapporto del tutto antieconomico<sup>129</sup>. Sia dottrina che giurisprudenza, peraltro, propendono per ritenere che l’abuso di dipendenza economica, ovvero quella «situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi», sia una figura dotata di una propria autonomia concettuale e che l’art. 9, l. 192/1998 non regoli una fattispecie a contenuto tipico ma si riferisca ad una “nozione aperta di condotta vietata”<sup>130</sup> applicabile ben oltre l’ambito della subfornitura industriale a tutte le relazioni tra imprese dotate di asimmetria di potere contrattuale<sup>131</sup>.

In tal senso vengono in rilievo anche i rapporti di franchising, spesso assiti da clausole con cui si attribuisce al franchisor il potere di imporre al franchisee la modifica di alcuni aspetti dell’esercizio

---

<sup>129</sup> Natoli, in *L’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, 30, afferma che il tratto caratterizzante il concetto di dipendenza economica è caratterizzato dal fatto che «all’interno della relazione d’impresa, una parte può essere indotta a praticare comportamenti opportunistici ai danni del partner che abbia compiuto investimenti specifici».

<sup>130</sup> Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in Aa. Vv., *Il terzo contratto*, Bologna, 2009, 156. Vi sono delle condotte sintomatiche di abuso menzionate nella disciplina di riferimento senza pretesa di esaustività, quali «l’imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie» e «l’interruzione arbitraria delle relazioni in atto».

<sup>131</sup> In dottrina, sulla applicabilità del concetto di dipendenza economica anche ad altri contratti, tipici o atipici, diversi dalla subfornitura e sulla vocazione generale della legge corrispondente, Cagnasso – Cottino, *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. Cottino, Milano, 2000, IX, 379; Delli Priscoli, *L’abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, 843; Id., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. Merito*, 2006, 2676. In giurisprudenza, App. Milano, sez. I, 15 luglio 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2665, con nota di Ocelli, *L’abuso di dipendenza economica come clausola generale?*; Cass. S.U., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, 2054.

commerciale, avuto riguardo delle caratteristiche che il singolo punto vendita presenta rispetto al mercato locale. Rispetto a tali rapporti merita menzionare un altro importante dato normativo che concorre, insieme alla disciplina contenuta nella legge sulla subfornitura, alla identificazione dello spazio applicativo e dei limiti dello *ius variandi* nei rapporti tra imprese. L’art. 3, comma 3, della l. 129/2004 introduce infatti la c.d. *recovery period rule* secondo la quale, nei contratti di affiliazione commerciale a tempo determinato, l’affiliante deve garantire all’affiliato una durata del rapporto minima non inferiore a tre anni, tempo considerato idoneo ad ammortizzare l’investimento. Il franchisor potrebbe infatti abusare del suo potere contrattuale per introdurre variazioni a suo vantaggio inducendo il franchisee ad un prematuro scioglimento del rapporto pur di non sottostare a condizioni economicamente insostenibili.<sup>132</sup>

Tra i contratti della distribuzione commerciale troviamo poi il contratto di concessione di vendita, di recente oggetto di una pronuncia della Suprema Corte che ne ha riconosciuto la natura di contratto atipico - non inquadrabile tra i contratti di scambio con prestazioni periodiche - e di contratto normativo<sup>133</sup>, attraverso il quale cioè le parti predeterminano il contenuto di futuri contratti e dal quale derivano una

---

<sup>132</sup> Colangelo, *Franchising: la legge quadro. Finalmente?*, in *Foro it.*, 2004, V, 41. Si pensi, ad esempio, ad un aumento delle *royalties* o delle quantità minime che il franchisee si è impegnato ad acquistare dal franchisor.

<sup>133</sup> Nei contratti normativi, si è osservato in dottrina, lo *ius variandi* viene ad operare nei successivi contratti particolari in funzione integrativa del contenuto dei primi, evidenziandosi così una affinità strutturale con la figura dell’arbitraggio, in cui ad una parte è attribuito il potere di determinare l’oggetto del contratto, trasformando la fonte della regola contrattuale da bilaterale a unilaterale. In tal senso, Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, *op. cit.*, 131-132; Gambini, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, 148.

serie di obblighi per il concessionario. Lo stesso è tenuto a promuovere la formazione di singoli contratti di compravendita e a concludere contratti di trasferimento di prodotti, secondo le condizioni predeterminate nell’accordo iniziale tra le parti ed eventualmente modificate dal concedente<sup>134</sup>. In particolare, il fabbricante può riservarsi il potere di modificare le direttive impartite al fine di aumentare la competitività delle vendite nel territorio di competenza o di rideterminare unilateralmente i minimi di fatturato che il concessionario dovrà rispettare. Anche al concessionario possono essere attribuiti nel contratto poteri di variazione unilaterale, come quello di modificare le modalità di esecuzione dell’obbligo promozionale, i cui caratteri sono definiti nel contratto quadro<sup>135</sup>. Il contratto di concessione di vendita presenta elementi di affinità con i contratti di somministrazione o di commissione differenziandosi dal contratto di agenzia, poiché la collaborazione tra concedente e concessionario non costituisce elemento determinante del rapporto negoziale.

Veniamo dunque al contratto di agenzia, contratto tipico disciplinato dall’art. 1742 c.c.<sup>136</sup>, che tuttavia, dati i connotati di asimmetria che lo rendono affine ai rapporti contrattuali sopra esaminati, sembra opportuno trattare in questa parte dedicata al c.d.

---

<sup>134</sup> Cass. Civ., sez. II, sentenza 27 febbraio 2017, n. 4948. In dottrina, Bortolotti, *Concessione di vendita*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, II, Torino, 1981, 121 ss.

<sup>135</sup> Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, *op. cit.*, 130- 131. Come spiega l’autore «tali pattuizioni nascono dal fatto che nella concessione di vendita è assai difficile, sovente, prevedere con un sufficiente grado di attendibilità le potenzialità produttive del fabbricante, le variabili del mercato, il possibile allargamento (o restrizione) dell’ambito di riferimento in cui operano le imprese che stipulano l’iniziale contratto».

<sup>136</sup> «Col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l’incarico di promuovere, per conto dell’altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata».

terzo contratto. Anche nel caso del rapporto di agenzia, l’adeguamento negoziale si rende necessario a fronte dei mutamenti del contesto di riferimento ed è in via di prassi governato dal preponente attraverso clausole che gli attribuiscono il potere di modificare diversi profili del contratto come l’entità delle provvigioni, la determinazione della zona e i limiti produttivi da raggiungere<sup>137</sup>.

È proprio in questo ambito contrattuale, e in ragione della necessità di tutelare l’agente dagli abusi compiuti dalla controparte forte, che la giurisprudenza si è mostrata particolarmente ostile all’esercitarsi dello *ius variandi* legato alle tariffe provvigionali, sancendo la nullità delle corrispondenti clausole per indeterminabilità dell’oggetto<sup>138</sup>. Di recente,

---

<sup>137</sup> Di seguito un esempio di clausola attributiva del diritto di variare la zona (esaminata da Cass., 2 maggio 2000, n. 5467, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1029 e in *Contratti*, 2000, 793, con nota di Baldi – Venezia, *Le nuove norme sul contratto di agenzia al vaglio della Cassazione*): «la società proponente si riserva la facoltà di restringere (o di allargare) i limiti di zona in qualunque momento, con preavviso di almeno tre mesi, quando a suo insindacabile giudizio tale provvedimento appaia opportuno in relazione all’andamento delle vendite o ad altre esigenze collegate a scelte imprenditoriali da valutarsi al momento».

<sup>138</sup> Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2889, in cui è stata appunto rilevata la nullità per indeterminatezza dell’oggetto della clausola con cui il preponente si riservava il potere di modificare unilateralmente le tariffe provvigionali spettanti al promotore finanziario dandone comunicazione almeno trenta giorni prima, con facoltà di questi di recedere dal rapporto con applicazione delle tariffe precedentemente pattuite. Tale orientamento restrittivo della Corte è stato oggetto di critiche in dottrina sulla base della scarsa attendibilità delle ragioni portate a sostegno dello stesso: il requisito della determinatezza/determinabilità dell’oggetto attiene ad una valutazione circa la completezza strutturale del contratto che deve essere compiuta ex ante e che ha esito positivo qualora, come in questo caso, i contraenti hanno convenzionalmente pattuito un meccanismo di variazione unilaterale. Così osservano Granelli, *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 967; Pagliantini, *Indeterminabilità dell’oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l’inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2895.

anche grazie al contributo della dottrina in materia<sup>139</sup>, si è tuttavia registrata un’apertura giurisprudenziale verso l’ammissibilità dello *ius variandi* del preponente, esercitato nel rispetto di limiti determinati e dei principi di correttezza e buona fede<sup>140</sup>.

5. Conclusione: è possibile tracciare un profilo unitario dello *ius variandi* nei rapporti b2c e b2b?

Dalla legislazione speciale esaminata emergono dunque due modelli, bilateralmente commerciale (*b2b*), da un lato, e unilateralmente commerciale (*b2c*), dall’altro, che compendiano aree disciplinari diverse dal contratto di diritto comune descritto nel codice civile, e il diverso atteggiarsi dello *ius variandi* nei due ambiti è un indice rivelatore della necessità di differenziare l’apparato di tutele in base al profilo del soggetto debole da proteggere.

L’impresa non si trova nello stesso stato di aprioristica debolezza informativa che subisce invece il consumatore – e infatti nei rapporti *b2b* non sembra rintracciarsi il *leitmotiv* della trasparenza e del diritto al recesso come via di uscita agevolata dal contratto<sup>141</sup>. L’impresa si trova

---

<sup>139</sup> Scognamiglio, *Conclusioni, contenuto, esecuzione del contratto di agenzia*, in *Trattato dei contratti*, dir. Roppo, III, *Opere e servizi*, 1, Milano, 2014, 984 ss; Saracini – Toffoletto, *Il contratto di agenzia, Artt. 1742-1753*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2014, 27 ss.

<sup>140</sup> Cass., 2 maggio 2000, n. 5467, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1029, ha riconosciuto la validità di una clausola attributiva di un potere di variazione unilaterale della tariffa provvigionale purché il potere corrispondente sia sottoposto a determinati limiti e sia esercitato in conformità alla regola della correttezza e della buona fede. A conferma dell’utilizzo in funzione di parametro di legittimità della clausola generale di buona fede si veda la recente Cass., 2 luglio 2015, n. 13580, che ha considerato contrario a buona fede l’esercizio del potere di variazione unilaterale del portafoglio clienti dell’agente, implicante una riduzione dello stesso pari all’88%.

<sup>141</sup> Si rinvia sul punto alla approfondita spiegazione della Corte di Giustizia UE, sez. I, 21 marzo 2013, n. 92, in *Foro it.*, 2014, 1, IV, c. 4. «Per quanto



invece a dover gestire una soggezione di tipo economico, suscettibile di

---

riguarda la valutazione di una clausola che consenta al professionista di modificare unilateralmente i costi del servizio da fornire (...) rilevanza essenziale riveste la questione, da una parte, se il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità di variazione delle spese connesse al servizio da fornire, di modo che il consumatore possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le modifiche eventuali di tali spese, e, dall'altra, se i consumatori dispongano del diritto di porre termine al rapporto contrattuale nel caso in cui dette spese siano effettivamente modificate (...). Sebbene il livello delle informazioni richieste possa variare in funzione delle circostanze specifiche del caso e dei prodotti o servizi interessati, in linea di principio l'assenza di informazioni a tale riguardo prima della conclusione del contratto non può essere compensata dalla mera circostanza che i consumatori, nel corso dell'esecuzione del contratto, saranno informati con un preavviso ragionevole della modifica delle spese e del loro diritto di recedere dal contratto qualora non desiderino accettare detta modifica. (...) Tali rigorose prescrizioni concernenti le informazioni dovute al consumatore, tanto nella fase della conclusione di un contratto di approvvigionamento quanto in corso di esecuzione dello stesso, per quanto riguarda il diritto del professionista di modificarne unilateralmente le condizioni, rispondono ad un bilanciamento degli interessi delle due parti contraenti. All'interesse legittimo del professionista di premunirsi contro una variazione delle circostanze corrisponde l'interesse, altrettanto legittimo, del consumatore, da un lato, di conoscere e, quindi, di poter prevedere le conseguenze che un simile cambiamento possa comportare in futuro nei suoi confronti e, dall'altro, di disporre, in un'ipotesi di questo tipo, dei dati che gli consentano di reagire alla sua nuova situazione nel modo più adeguato. Per quanto riguarda, in secondo luogo, il diritto del consumatore di recedere dal contratto di approvvigionamento concluso nel caso di una modifica unilaterale delle tariffe praticate dal professionista (...), un'importanza essenziale riveste il fatto che la facoltà di recesso conferita al consumatore non sia puramente formale, ma possa essere realmente esercitata. Così non sarebbe qualora, per ragioni connesse alle modalità dell'esercizio del diritto di recesso o nelle condizioni del mercato rilevante, detto consumatore non disponga di una reale possibilità di cambiare il fornitore, o nel caso in cui egli non sia stato informato in modo opportuno e in tempo utile della modifica prevista, con la conseguenza che sia privato della possibilità di verificarne le modalità di calcolo e, eventualmente, di cambiare il fornitore. A tale proposito occorre valutare, tra l'altro, se il mercato rilevante sia concorrenziale, i costi eventuali, per il consumatore, connessi al recesso dal contratto, il termine tra la comunicazione e l'entrata in vigore delle nuove tariffe, le informazioni fornite al momento di tale comunicazione nonché i costi da sostenere e i tempi necessari per cambiare il fornitore».

essere bilanciata attraverso una garanzia di leale continuità del rapporto (si pensi al divieto per l’impresa forte di introdurre modifiche peggiorative minacciando il recesso nel contratto di subfornitura o alla durata minima prevista per il contratto di franchising).

Il nodo ancora da sciogliere attiene dunque all’approccio metodologico da utilizzare per porre in relazione le discipline riferibili a tali categorie di contratti, poiché la questione, all’apparenza meramente teorica e a scopo classificatorio, prelude a quella di impatto pratico dell’applicabilità all’una delle tutele predisposte per l’altra.

Si potrebbe concludere per uno *ius variandi* diversamente configurato a seconda che attenga a rapporto *b2c* o *b2b*, con una virata marcatamente garantista per i primi.

Secondo tale filone di pensiero, che sembra ad oggi prevalente in dottrina, l’elemento della debolezza contrattuale, oltre a fornire un minimo comune denominatore utile dal punto di vista definitorio, non sarebbe sufficiente a giustificare la prospettazione di uno schema unitario di *ius variandi*, data la irriducibilità *ad unum* dei due fenomeni, e la diversità delle situazioni precluderebbe la possibilità di trasporre le forme di tutela da un settore all’altro<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Tra gli altri, La Rosa, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012, 95: «la relazione di consumo è essenzialmente basata su rapporti di scambio a carattere istantaneo», «mentre i rapporti tra imprese sono prevalentemente imperniati su contratti relazionali finalizzati ad una cooperazione produttiva ed aventi ad oggetto beni intermedi destinati alla produzione di beni finali». Tuttavia tale criterio distintivo, come si legge in Pisu, *L’adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, op. cit., 85, non è decisivo nella distinzione di cui trattasi: «i rapporti tra imprese e consumatori o utenti dei mercati finali talvolta si connotano per la durata della relazione (si pensi ai rapporti di finanziamento) ovvero per un fisiologico differimento dell’esecuzione che rende sensibile il rapporto a eventi sopravvenuti imponendone un adeguamento (si pensi ai contratti turistici)».

Secondo alcune opinioni dottrinarie sarebbe invece possibile costruire una macro categoria normativa comprensiva sia della contrattazione consumeristica che di quella tra imprese diseguali<sup>143</sup>.

E da ciò si potrebbe far derivare l’adozione di regole e strumenti di controllo comuni. Il concetto di asimmetria sarebbe dunque idoneo a ricomprendere entrambe le fattispecie: d’altronde, la teorizzazione di quello che è stato definito “terzo contratto” conferma come lo stato di dipendenza di cui è afflitta l’impresa “debole”, pur assumendo caratteristiche ontologicamente diverse da quello riguardante il consumatore, non riveste una minore importanza agli occhi del legislatore e dell’interprete<sup>144</sup>. Sono infatti rintracciabili numerosi indici normativi dai quali si può desumere come lo *ius variandi* sia sottoposto anche nei rapporti *b2b* ad un altrettanto attento vaglio normativo<sup>145</sup>. Si

---

<sup>143</sup> Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011: l’autore contrariamente ai fautori della categoria del “terzo contratto” quale categoria a se stante distinta dal contratto *business to consumer*, propende per la confluenza delle discipline dei due settori in un unico omogeneo paradigma di contratto asimmetrico.

<sup>144</sup> Si legge nell’analisi di Pagliantini (il quale sostiene che il profilo unitario della figura di cui si tratta, se pur non trovi sostegno nelle previsioni positive di legge, sia comunque ricostruibile dall’ordinamento nel suo complesso), in *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, in *Contratti*, 2012, 165 ss.: «Ora, il catalogo degli argomenti che supportano l’idea di un trattamento differenziato tra consumatori e professionisti è senza dubbio fitto e di cospicuo spessore: a cominciare dal convincente assunto di un consumatore quale soggetto incapace di avvertire tempestivamente il senso delle variazioni praticate dall’impresa predisponente, mentre non si può dire altrettanto per la variegata classe dei professionisti, che non sono normativamente da presumere come dei soggetti afflitti da una fisiologica inettitudine a vagliare responsabilmente il significato di un maggior costo. Semmai, senza lo schermo artificioso di una presunzione, c’è il problema -questo sì stringente- di dover assicurare una tutela efficiente al professionista *in concreto* debole».

<sup>145</sup> Si pensi: a) al divieto di *ius variandi* nel rapporto di subfornitura e al corrispondente diritto del subfornitore all’adeguamento del prezzo, previsto

pensi a titolo esemplificativo alle pronunce sopra menzionate di nullità delle clausole di *ius variandi* nel contratto di agenzia, laddove pur di tutelare il contraente debole la giurisprudenza ha sostenuto una tesi dalla cedevole e per questo contestata attendibilità logico-giuridica, come quella di farne derivare la indeterminatezza dell’oggetto del contratto<sup>146</sup>.

Il contratto asimmetrico avrebbe dunque attitudine a divenire una categoria normativa unificante in virtù della omogeneità degli interessi, dalla quale si potrebbe far derivare l’adozione di regole e strumenti di controllo comuni, e difatti c’è chi teorizza l’estensione del “diritto alla certezza del rapporto” che spetta al consumatore, *ex art. 36, comma 2, lett. c)* cod. cons. anche al “terzo” contratto<sup>147</sup>.

La ricerca una sintesi del variegato panorama normativo viene argomentata sostenendo che occorre rinunciare a superflue differenziazioni fondate unicamente su criteri classificatori: la condizione di debolezza contrattuale costituirebbe uno *status* soggettivo generale andatosi progressivamente espandendo a nuove fattispecie

---

anche qualora ci sia stato un incremento dei costi a causa di modifiche o varianti qualitative seppure “non significative” (art. 3, comma 5 l. n. 192/1998); b) al regime predisposto per i professionisti che siano una micro impresa sulla falsariga di quello previsto per i consumatori (art. 118, comma 1 e, in via interpretativa, art. 126-*sexies* t.u.b.; c) al regime di trasparenza delle condizioni contrattuali nei contratti di fornitura di energia elettrica e di gas naturale, che si applica anche ai clienti non civili, senza eccezioni (artt. 22 e 35 d. lg. 93/2011).

<sup>146</sup> Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2889.

<sup>147</sup> Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G.V. Gregorio Gitti (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, 151.

rilevanti, cosicché il c.d. “terzo” contratto sarebbe null’altro che un “epifenomeno di principi tradizionali applicati a nuovi casi”<sup>148</sup>.

Sembra tuttavia che vi possa essere un intento di semplificazione classificatoria proprio nel tentativo di forzare la convergenza in una categoria unitaria di fenomeni intrinsecamente diversi, come si evince dal diverso operare del meccanismo dello *ius variandi* nei due ambiti.

Sullo sfondo di tale dibattito, di cui non si propone una soluzione univoca, rimane la diffusa e ormai pressoché pacifica presa di coscienza che alcune tradizionali categorie giuridiche debbano essere rilette, abbandonando la pretesa al recupero di una prospettiva unitaria facente capo al paradigma contrattuale di matrice codicistica<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Gentili, *L’invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Contratti tra imprese e tutela dell’imprenditore debole*, Roma, 2015, 117.

<sup>149</sup> Contra, Doria, *Il contratto tra post modernità e tradizione*, in *Giust. civ.*, 2015, 485, il quale auspica ad una riconduzione a sistema anche delle nuove fattispecie. Mentre la dottrina prevalente accede all’idea che il “diritto primo” debba essere ripensato alla luce dei “diritti secondi”: in tal senso Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in AA. Vv., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*, a cura di Plaia, Milano, 2008, 25, dove parla di “diritto secondo del consumatore” e di “diritto secondo dell’impresa economicamente dipendente”; Roppo, in *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, op. cit., 92, afferma che la disciplina generale si presenta oggi come «tendenzialmente regressiva, in pro di discipline di parte speciale connotate da un sovrappiù di forza propulsiva, e sempre più aggressivamente candidate al ruolo di vero motore di sviluppo del nuovo diritto dei contratti»; Delle Monache, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 495; Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 141; Mazzamuto, Postfazione, in AA. Vv., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*, a cura di Plaia, Milano, 2008, 284; Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 244, il quale afferma che il tentativo di incasellare i contratti in tipi «deve essere inteso come parziale, relativa e provvisoria sistemazione di una diversificata varietà di fenomeni assai ampi e variegati rinvenibili nella realtà»; Barcellona, in *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 285, osserva che «la fenomenologia negoziale è andata incontro ad un processo di crescente polarizzazione che ha privato la parte generale della disciplina del contratto di molto del suo originario rilievo»; Gabrielli, *Il*

### Capitolo III

## UNA OCCASIONE DI CONFRONTO CON IL SISTEMA DI COMMON LAW

### 1. Premessa metodologica per l’interprete di *civil law*

Nella prima parte di questa ricerca si è tentato di esaminare, nel nostro ordinamento, natura e ammissibilità del diritto potestativo di intervenire unilateralmente nel regolamento contrattuale.

Abbiamo verificato come l’introduzione di una clausola di *ius variandi* risponda ad una logica manutentiva del contratto: rendendo il medesimo sensibile alle circostanze sopravvenute si protegge l’attualità dell’interesse delle parti alla sua conservazione.

Abbiamo, inoltre, riscontrato che tale strumento non viene accolto in modo unanime da letteratura e giurisprudenza, sia per preoccupazioni di ordine teorico - la clausola che assegna ad uno dei contraenti il potere di variare unilateralmente il regolamento contrattuale sarebbe incompatibile con i principi di bilateralità del consenso e di necessaria determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto, dunque

---

*contratto e le sue classificazioni*, in «Operazione economica» e teoria del contratto, Milano, 2013, 3, segnala come «i tradizionali metodi di classificazione dei contratti risultino attualmente inadeguati a cogliere con pienezza la complessa e variegata realtà che vorrebbero rappresentare, al punto da indurre a dubitare dell’effettiva opportunità di una classificazione della materia contrattuale». Ancora Cian, *I contratti di impresa e la classificazione degli atti giuridici*, in Aa. Vv., *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, op. cit., 397, sostiene che «la commercializzazione del diritto civile si accompagna all’affermazione della insufficienza della tradizionale distinzione dei contratti e rapporti di diritto civile e contratti e rapporti di diritto commerciale a rappresentare compiutamente lo stato attuale e soprattutto la tendenza evolutiva odierna dell’ordinamento verso maggiori articolazioni nella disciplina delle vicende contrattuali».

nulla ai sensi dell’art. 1418, comma 2, c.c. - sia di ordine pratico, nella misura in cui attribuire ad una parte la possibilità di modificare *ad libitum* il contenuto dell’accordo apre la strada al rischio di abusi in danno dell’altra<sup>150</sup>.

Abbiamo tentato, tuttavia, di proporre il superamento delle suddette criticità attraverso la tutela del contraente che a tale diritto si sia volontariamente assoggettato mediante un controllo *ex post* sul singolo atto di esercizio dello *ius variandi*, con l’ausilio di criteri (meritevolezza dell’interesse, buona fede, equilibrio tra le prestazioni contrattuali) che presidiano il confine tra esercizio legittimo e illegittimo dello stesso.

Proprio alla luce di quanto appena detto sembra utile cogliere l’occasione di un confronto con il diritto contrattuale di matrice anglosassone, ispirato ad un maggior “*commercial common sense and realism*”<sup>151</sup> e molto meno incline del nostro non solo al rispetto, ma neanche all’elaborazione di archetipi concettuali di argine alla libertà contrattuale<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Obbl. e contratti*, 2009, p. 123, con nota di Farneti.

<sup>151</sup> Khan, *Unilateral modification clauses in long term contracts*, in *Rev. dr. aff. int.*, 1986, p. 145.

<sup>152</sup> Opinione già da tempo presente nella dottrina civilistica e comparatistica: Rescigno, *L’adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, a cura di Draetta e Vaccá, Milano, 1992, p. 299, afferma che in tema di adeguamento del contratto alle nuove circostanze, il civilista abituato a operare nell’ambito del diritto italiano ha molto da apprendere da discorsi che si muovono in una prospettiva extra nazionale. Ancora in questo senso Macario, *Adeguamento e rinegoziazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 193, nota 39, secondo cui «la giurisprudenza di *common law* si mostra più attenta alla vicenda contrattuale dal punto di vista economico sostanziale che non al rispetto rigoroso di canoni formali»; Capurro, *Lo ius variandi nel diritto contrattuale inglese: un modello per il giudice italiano*, in *Contr. e impr./Europa*, 2/2009, p. 898 afferma: «abbandonando pregiudiziali profili di nullità della clausola, anche i giudici italiani dovrebbero avvicinarsi a un’analisi nel merito dell’esercizio dello *ius variandi* e verificare se la modifica si inserisca entro un

Quando si parla dei sistemi di *common law*, e in particolare del diritto inglese dei contratti<sup>153</sup>, occorre tenere in considerazione una serie di ragioni di ordine storico e sistematico che ne determinano la particolarità.

Esso si informa ai principi della *certainty* e della *predictability*: il contratto deve essere sufficiente ed esaustivo al fine della regolazione delle vicende negoziali tra le parti<sup>154</sup>.

Alla base di questa impostazione c’è la presunzione che potremmo definire *iuris et de iure* – in luogo della nostra, *iuris tantum* - che le parti siano in grado di curare i propri interessi attraverso una efficace e inoppugnabile scelta di allocazione del rischio contrattuale.

---

orizzonte di ragionevole prevedibilità, desumibile dalla stessa operazione economica la cui disciplina consente il potere di variazione». Istanze in tal senso provengono anche dal diritto europeo dei contratti: Navarretta, *Good faith and reasonableness in European contract law*, in *Rules and principles in European contract law*, a cura di Rutjers e Sirena, 2015, p. 138 afferma: «Still, reasonableness endures in European law, providing the law of contract with the flexibility and openness required to in reality, namely the way in which contracts are drafted, particularly long-term contracts». Sul punto si veda anche D. Campbell e D. Harris, *Flexibility in Long – term Contractual Relationship, The Role of Co-operation*, in *Journal of Law and society*, vol. 20, n. 2, 1993, pp. 166 ss.

<sup>153</sup> Invero, vi sono sensibili differenze con il diritto americano, il quale, ad esempio, riconosce un dovere implicito di buona fede nell’esecuzione del contratto (*Uniform Commercial Code* par. 1-304). V. Farnsworth, *Contracts*, 4<sup>th</sup> edition (New York, Aspen, 2006), par. 9.5-9.7.

<sup>154</sup> Secondo, tra gli altri, D’Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 294 ss., la tradizione anglosassone si caratterizza e differenzia per la formulazione di testi contrattuali molto articolati e dettagliati, volti alla regolamentazione analitica ed esauriente della relazione contrattuale, a causa della mancanza di un complessivo quadro legislativo organico e generale che possa colmare le lacune lasciate dal contratto. Storicamente, inoltre, non c’è stato il recepimento delle dottrine naturalistiche che dividono il contratto in differenti tipologie, ciascuna delle quali accompagnata dalla conseguente adozione di singoli corpi di *statutory rules* applicabili al tipo di riferimento.



La gestione dello stesso viene dunque rimessa pressoché in via integrale alla libertà delle parti e le corti sono piuttosto ostili all’idea di dover garantire o ripristinare un equilibrio che le prime non hanno voluto esplicitamente raggiungere nel contratto posto in essere, anche nel caso in cui il risultato risponda a canoni evidenti di “ingiustizia”<sup>155</sup>.

Non è pertanto inusuale che una corte inglese si attenga pedissequamente al *wording* di un contratto, dandogli esecuzione e ammettendo al tempo stesso l’iniquità dell’esito<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Patti, *Contractual autonomy and European private law*, in *Rules and principles in European contract law*, a cura di Rutjers e Sirena, 2015, p. 123 «Having a look at the different experiences, the meaning attributed to the freedom of contract is not however always consistent and its limits in particular are different. For example, under the common law the duties of good faith in particular during the phase of negotiating are very weak, especially as regards what we call unjustified rescission and the liability that follows from it». Cordero Moss, *International contracts between common law and civil law: is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith*, *Global Jurist*, 2007, Vol. 7, Iss. 1 (Advances), Article 3, disponibile online: <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art3>: «The English law of contracts is clearly based on the liberal ideal of the individual’s autonomy. The parties’ determination of their own interests and the consequences thereof are respected by the legal system even if this should be to the detriment of justice or fairness. An English judge is very reluctant to interfere with the parties’ own regulations and his primary task is to enforce what the parties have agreed rather than creating justice on a different basis. This attitude is based on the central position that England have had for centuries and still has in the international business exchanges, particularly in the fields of maritime law, finance and insurance. In these areas the parties must be expected to be able to take care of their own interests; they do not expect the legal system to protect them and patronise them, but they expect the legal system to give them tools in order to enforce what they have agreed».

<sup>156</sup> Nel caso *Lombard North Central plc v. Butterworth* [1987] 1 All ER 267, Court of Appeal, relativo ad un contratto di leasing avente ad oggetto la vendita di un computer, alla compagnia di *leasing* veniva attribuito il diritto, in caso di mancato puntuale pagamento delle rate da parte del privato, di richiedere la restituzione del computer unitamente al pagamento delle rate pregresse rimaste insolute e di tutte quelle future. La Corte, pur evidenziando come la compagnia venisse in tal modo legittimata ad ottenere indietro il computer oltre all’intero prezzo dello stesso, ha escluso l’illegalità della pattuizione

Cerchiamo di individuare il contesto che fa da sfondo a tale scelta: la prima e fondamentale ragione è l’assenza della clausola generale della buona fede, intesa come principio generale che animi, come nel nostro ordinamento, le varie fasi di vita del contratto<sup>157</sup>.

---

poiché, per come era stata costruita nel contratto, il pagamento dell’intero prezzo non veniva posto come *penalty* per il mancato adempimento della prestazione, bensì come integrazione di una condizione determinante la risoluzione del contratto, da cui scaturisce il diritto per il creditore insoddisfatto di ottenere “the full value of the bargain”. Nel nostro sistema una simile vicenda avrebbe presumibilmente determinato un diritto alla ripetizione dell’indebitato a favore del debitore prima inadempiente.

<sup>157</sup> L’assenza di un obbligo di buona fede riguarda ogni fase del contratto: dalla fase precontrattuale delle trattative alla fase di esecuzione del contratto. Per quanto riguarda la fase delle trattative, è piuttosto raro che l’interruzione delle stesse possa generare una forma di responsabilità (solo nel caso di *misrepresentations*): come afferma Cartwright, *Contract Law*, Oxford, 2016, pp. 81 ss.: «precontractual negotiations are not in themselves a protected interest within the law of tort. Even the deliberate breaking-off of negotiations with the knowledge that loss will be inflicted on the other party does not fall within one of the torts in English law». Sembra molto interessante rilevare come nel diritto inglese non ci sia alcuna *general duty of disclosure*, vale a dire nessun obbligo di rivelare alla controparte contrattuale elementi che potrebbero incidere sul processo di formazione della volontà a contrarre di quest’ultima. Emblematico in tal senso il caso di una coppia che aveva agito per il risarcimento del danno dopo aver comprato una casa senza sapere che anni prima fosse stata teatro di un terribile omicidio: la Corte d’Appello ha affermato che il venditore non aveva alcun obbligo di rivelare una simile circostanza (caso *Skynes & Anor vs Taylor-Rose & Anor* [2004] EWCA Civ 299), mentre tale omessa informazione nel nostro ordinamento avrebbe senz’altro potuto fondare una responsabilità precontrattuale del venditore (dolo incidente, art. 1440 c.c.). A conferma di ciò, si può prendere in esame un noto caso giurisprudenziale ricordato da Granelli, in *Autonomia privata e intervento del giudice*, *Jus civile*, 3/2018, p. 411 e De Nova, in *La rettifica del contratto sconveniente mediante il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 1789: una tipografia stipulava un contratto di leasing avente ad oggetto una macchina da stampa e la società di leasing non informava controparte della sospensione delle agevolazioni fiscali che, fino a quattro mesi prima, assistevano siffatta operazione. La Suprema Corte confermava la decisione del giudice di merito, di condanna della società di leasing a risarcire alla tipografia un importo pari all’ammontare delle agevolazioni fiscali di cui quest’ultima non aveva potuto fruire: e ciò – si legge nella decisione – in

L’interprete che si avvicini al diritto inglese dei contratti ritenendo tale principio, se pur non scritto, rinvenibile nelle maglie dello stesso commetterebbe dunque un grave errore metodologico.

Si tratta di concetti - buona fede, correttezza, abuso del diritto - non sovrapponibili a quelli apparentemente simili di *good faith, fairness and reasonableness*<sup>158</sup>, questi ultimi applicati con parsimonia e in contesti specifici<sup>159</sup>.

---

quanto, “omettendo (...) di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione dei contributi fiscali, (...) ha posto in essere un comportamento colposamente malizioso o anche solo reticente in ordine ad un aspetto del contratto assolutamente decisivo, violando l’interesse tutelato dagli artt. 1337 e 1338 c.c.”. Un esito simile è difficilmente ipotizzabile nel diritto contrattuale inglese.

<sup>158</sup> Il concetto di *reasonableness* sembra più caro e meno estremo alla tradizione inglese rispetto a quello di *good faith*, secondo T. Scanlon, *What we owe to each other*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1998, p. 5, il giudice deve tenere a mente “what would be justified to other on ground that they, if appropriately motivated, could not reasonably reject”. Una definizione di *reasonableness* è contenuta nell’*Unfair Contract Terms Act* del 1977, il quale regola oggi solamente i contratti che esulano dalla disciplina consumeristica, in seguito all’assoggettamento dei contratti in cui è parte il consumatore al Consumer Rights Act del 2015, terza normativa di attuazione della Direttiva EU 93/13. Nella *Section 11* dell’*Unfair Contract Terms Act* si legge che la clausola contrattuale è ragionevole “having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made”.

<sup>159</sup> In merito al concetto di *fairness* occorre fare una precisazione: nel diritto inglese viene tradizionalmente operata una distinzione tra *substantive unfairness* e *procedural unfairness*: solo la seconda assume rilevanza giuridica, mentre la prima si riferisce a uno squilibrio contrattuale giuridicamente privo di rilevanza, come illustrato da Lord Brightman nel caso *Hart v O’Connor*, [1985] AC 1000 (PC) 1017-1018: «If a contract is stigmatised as “unfair”, it may be unfair in one of two ways. It may be unfair by reason of the unfair manner in which it was brought into existence (...). It may also (...) be described as unfair by reason of the fact that the terms of the contract are more favourable to one party than to the other. In order to distinguish this “unfairness” from procedural unfairness, it will be convenient to call it “contractual imbalance”. (...). Equity will not relieve a party from a contract on the ground only that there is a contractual imbalance not amounting to unconscionable dealing».

Nonostante una tiepida apertura, che verrà illustrata più avanti, il diritto inglese si mostra da sempre ostile al recepimento delle clausole generali, prima tra tutte quella di “buona fede”, e le ragioni di questa diffidenza risiedono primariamente nella difficoltà di avere a che fare con principi astratti piuttosto che con specifiche responsabilità, poiché solo queste ultime consentirebbero di fronteggiare con certezza le relazioni tra le parti nel massimo rispetto delle loro intenzioni contrattuali<sup>160</sup>.

---

Ad esempio, mentre in molti ordinamenti di *civil law*, tra cui quello italiano, viene operato un controllo giudiziale sull’entità di una clausola penale, conferendo alle corti il potere di ridurre una penale manifestamente eccessiva, ciò non avviene nel diritto inglese, il quale ammette solo clausole di liquidazione preventiva del danno, distinguendole dalle clausole penali, passibili di nullità. Nel recente caso *Cavendish Square Holdings BV v El Makdessi and Parking Eye Ltd v Beavis* [2015] UKSC 67, [2015] 3 WLR 1373, la Corte (Lord Neuberger e Lord Sumption) precisa che la penale è nulla quando è espressione di un interesse della parte insoddisfatta alla mera punizione dell’altra, mentre se esprime l’interesse ad una prestazione alternativa *appropriate* – dunque proporzionata, allora la clausola è valida. Nonostante tale precisazione, secondo Cartwright, *op. cit.*, 225, rimane la diversità di approccio tra i due sistemi, per cui la clausola che non superi il *test* di proporzionalità *testé* richiamato non verrà equamente ridotta dal giudice, bensì semplicemente cancellata, lasciando alla parte l’onere di provare l’entità effettiva dei danni subiti.

<sup>160</sup> L.J. Potter, in *Historical Introduction to English Law*, London, 1958, afferma, *ex multis*, che non sussiste una dottrina generale della buona fede nel diritto inglese dei contratti. Celebre sul punto l’affermazione di Lord Ackner nel caso giurisprudenziale considerato il “leading case” in materia (*Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 (HL)), il quale definisce il dovere di comportarsi secondo buona fede “inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations”. Per contributi più recenti, si veda McKendrick, *Contract Law*, Oxford University Press, 4th edition, 2010, 496 ss. e Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty First Century*, Oxford University Press, 2nd edition, 2006, pp. 114 ss., il quale analizza i tre differenti punti di vista in merito alla teoria della buona fede: la “negative view”, che individua le due ragioni principali di rifiuto nel rischio di *uncertainty* del contratto e nel fatto che verrebbe snaturata “the essential individualistic ethic of English contract law”; la “neutral view or equivalent thesis”, in base alla quale c’è una sostanziale equivalenza tra la teoria generale sulla buona fede e

Il concetto di *good faith* è stato oggetto anche di complesse vicissitudini terminologiche: la Law Commission of England and Wales e la Scottish Law Commission affermarono che sarebbe stato opportuno evitare persino l’uso del termine *good faith* nell’atto del recepimento di una direttiva comunitaria che aveva già compiuto tale scelta terminologica, poiché il concetto ad essa sotteso era potenzialmente in grado di confondere il civilista di *common law* e poteva essere opportunamente sostituito dai concetti di *fairness* e *reasonableness*<sup>161</sup>, più familiari all’ordinamento inglese<sup>162</sup>. In seguito, alla luce della crescente giurisprudenza domestica alle prese con l’interpretazione e l’applicazione della previsioni contenute negli atti comunitari – si pensi alla Direttiva EU 93/13 – tale presa di posizione è stata abbandonata e nel Consumer Rights Act del 2015 è stato inserito il termine *good faith*<sup>163</sup>.

Proprio nell’atteggiamento delle corti inglesi nei confronti di una previsione contrattuale recante tale impegno si registra negli ultimi anni quella tiepida apertura prima menzionata.

Se in passato la giurisprudenza negava l’esistenza di un qualsivoglia “*implied duty to negotiate in good faith*”, affermando anzi che la pattuizione di un espresso accordo in tal senso sarebbe stata contraria al

---

le previsioni contenute nel diritto contrattuale inglese relative al “*fair dealing*”; e la “*positive view*”, in virtù della quale andrebbe colta l’opportunità di adottare il canone della buona fede, nella convinzione che promuovere una cultura contrattuale più incline alla cooperazione sia uno strumento di potenziamento del successo delle economie moderne.

<sup>161</sup> Il test di *fairness and reasonableness* è inserito nella Sezione 11 dell’Unfair Contract Terms Act (1977).

<sup>162</sup> Law Commission, “Unfair terms in contracts” (Law Com No 292, Cm 6464, 2005) par. 3.89: “it will be easier for UK lawyers to apply than a more European test which makes express reference to good faith”.

<sup>163</sup> Law Commission, “Unfair terms in consumer contracts: advice to the department for business, innovation and skills (March 2013)”.

presupposto essenziale di *certainty* del contratto<sup>164</sup>, in una recente sentenza la corte ha rigettato un’eccezione di nullità per “uncertainty” statuendo: “the test of good faith is objective, sensitive in its meaning to the factual context, giving effect to the standards of conduct which would be expected by reasonable and honest people in the parties’ position”<sup>165</sup>.

Lo stesso atteggiamento di tradizionale ostilità e recente timida apertura si riscontra anche nei confronti dell’obbligo di rinegoziazione (*duty of renegotiation*), anch’esso ispirato al principio della buona fede nell’esecuzione del contratto. Mentre nel nostro ordinamento la tecnica della rinegoziazione rappresenta un *modus operandi* per la gestione delle sopravvenienze contrattuali che si sviluppa in ossequio al principio generale dell’accordo e dell’incontro di volontà, come sancito dall’art. 1321 c.c. e ribadito, *ex multis*, dall’art. 1372 c.c., nell’ordinamento inglese non risulta altrettanto agevole assicurare *enforcement* ad un contratto che imponga alle parti un obbligo di rinegoziazione<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 (HL) 138; *Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd* [1975] 1 WLR 297 (CA) 301.

<sup>165</sup> *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 Lloyd’s Rep 526 [127]-[128].

<sup>166</sup> A tale tecnica di gestione delle sopravvenienze contrattuali viene data molta attenzione anche nel processo di armonizzazione del diritto privato europeo e nel commercio internazionale: si pensi che l’obbligo di rinegoziazione risulta non solo vincolante ma finanche coercibile in forma specifica nella prassi contrattuale internazionale (c.d. *hardship clauses* presenti nei Principi Unidroit del 1994, aggiornati nel 2004 e nel 2010). Merita rilevare che tra i diritti nazionali quello tedesco è piuttosto incline al recepimento degli obblighi di rinegoziazione all’interno dei contratti di durata: in virtù del principio di buona fede le corti possono imporre doveri di collaborazione leale tra le parti al fine di perseguire lo scopo dell’accordo, nei contratti fiduciari esiste un vero e proprio obbligo generale *ex lege* di rinegoziazione dei termini contrattuali di fronte alle sopravvenienze e inoltre è stata reintrodotta giudizialmente la clausola *rebus sic stantibus*, respinta dal codice civile, in base alla quale il giudice può interferire e modificare i termini contrattuali per

Invero, così come il principio di buona fede non informa la fase esecutiva del contratto, neppure esiste un principio generale in virtù del quale le parti sono tenute ad una rinegoziazione che possa *ri*-bilanciare un rapporto contrattuale squilibrato. Anzi, qualora le stesse si siano accordate in tal senso, una simile previsione non viene accolta di buon grado poiché determina l’introduzione di un elemento di incertezza che mal si concilia con la *predictability* cui deve informarsi l’intera disciplina contrattuale<sup>167</sup>.

Preferibile, nell’ordinamento anglosassone, che le parti si accordino nel senso di stabilire in anticipo l’allocazione dei rischi e l’eventuale potere di modifica esercitabile in via unilaterale e con esiti squilibrati, piuttosto che appellarsi ad un onere di rinegoziazione secondo buona

---

adeguarli ad un mutato assetto di interessi tra le parti (v. Schlechtriem, “*Good faith*” in *German Law and International Uniform Laws*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1997, n. 24).

<sup>167</sup> Viene fatto salvo il caso in cui nel contratto venga inserita una *hardship clause* strutturata in maniera tale da regolare con precisione le modalità operative del meccanismo di adeguamento contrattuale alle sopravvenienze. Un esempio di clausola di questo tipo, considerata dunque ammissibile e non viziata da *uncertainty* dalla giurisprudenza, è quella che si riporta nel caso *Superior Overseas Development Corporation v. British Gas Corporation* [1982] 1 Lloyd’s Rep 262, 264-265: “(a) if at any time or from time to time during the contract period there has been any substantial change in the economic circumstances relating to this Agreement and (notwithstanding the effect of the other relieving or adjusting provisions of this Agreement) either party feels that such change is causing it to suffer substantial economic hardship then parties shall (at the request of either of them) meet together to consider what (if any) adjustment(s) in the prices...are justified in the circumstances in fairness to the parties to offset or alleviate the said hardship caused by such change. (b) If the parties shall not within ninety (90) days after any such request have reached agreement on the adjustments (if any) in the said prices...the matter may forthwith be referred by either party for determination by experts... (c) The experts shall determine what (if any) adjustments in the said prices or in the said price revision mechanism shall be made...and any revised prices or any change in the price revision mechanism so determined by such experts shall take effect six (6) months after the date on which the request for review was first made”.

fedes: la *unfairness* del risultato rappresenta un male minore della *uncertainty* dell’accordo<sup>168</sup>.

## 2. Un caso di eccezione: la clausola penale

Se la *freedom of contract* rappresenta uno dei pilastri del diritto contrattuale inglese, tanto da fungere storicamente da argine ad ogni istanza interventista nel regolamento contrattuale, è interessante notare come si registri una inversione di tendenza in merito alla ammissibilità della clausola penale.

La clausola penale suscita una particolare attenzione del giurista in quanto, nonostante le venga riconosciuta natura risarcitoria, la oggettivizzazione del danno e l’effetto deterrente che ne consegue sembrano far assumere al potere contrattuale privato una sorta di vocazione punitiva, prerogativa pressoché esclusiva del potere giurisdizionale.

Ebbene, da uno studio comparatistico emerge una notevole differenza tra la tradizione giuridica di *civil law* e quella di *common law* in merito alla ammissibilità della clausola penale<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> Nel caso *Cable & Wireless plc v IBM United Kingdom Ltd* [2002] EWHC 2059 (Comm), [2002] 2 All ER (Comm) 1041, una clausola recante l’obbligo di rinegoziazione secondo buona fede viene “salvata” dalla presenza di una clausola addizionale in cui veniva previsto l’intervento di una procedura alternativa di risoluzione della potenziale controversia. Sebbene dunque l’orientamento prevalente sia quello di negare efficacia ad una clausola di rinegoziazione secondo buona fede (v. *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 (HL)), si registrano opinioni giurisprudenziali in senso inverso: nel caso *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA* [2005] EWCA Civ 891, [2006] 1 Lloyd’s Rep 121 [121], la Corte d’Appello afferma che negando efficacia a tale clausola viene frustrata la volontà delle parti: “it would be a strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties have deliberately and expressly entered”.

<sup>169</sup> Per una ricostruzione in chiave comparatista, Pinto-Monteiro, *La clause pénale en Europe*, in *Etudes J. Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, 2001, p. 719.



Mentre nel sistema di *civil law* la stessa è ritenuta ammissibile e trova una specifica disciplina, fatto salvo il potere del giudice di intervenire per moderarne l’entità<sup>170</sup>, nel diritto inglese vige il principio *rule against penalties*, in virtù del quale la stessa è ritenuta nulla poiché realizza una pressione indebita sulla volontà del debitore, e al creditore resta la possibilità di agire per il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie in materia di inadempimento<sup>171</sup>.

Vengono escluse dalla censura di invalidità le clausole di liquidazione anticipata del danno risarcibile (*liquidated damages clauses*), espressione dell’interesse ad una prestazione alternativa e non al mero desiderio di punire la controparte inadempiente, rispetto alle quali peraltro il giudice non ha alcun potere di riduzione.

Il principio *rule against penalties* trova origine nella giurisdizione di *equity* esercitata dalla Court of Chancery, la quale interveniva per temperare l’impatto di clausole che prevedevano una sanzione sproporzionata rispetto all’interesse del creditore, sollevando un caso di coscienza e una pronuncia nel senso della irragionevolezza dell’azione per l’adempimento della stessa clausola (definita *unconscionable*)<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Occorre precisare sul punto che l’entrata in vigore della disciplina consumeristica (in particolare dell’art. 1469 *bis*, comma 3, n. 6, c.c., ora confluito nell’art. 33, comma 2, lett. f, c. cons.) ha ridotto sensibilmente la sfera di operatività dell’art. 1384 c.c. L’art. 33, comma 2, lett. f, statuisce infatti che si presume “vessatoria” fino a prova contraria la clausola che impone al consumatore «in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d’importo manifestamente eccessivo». Ne consegue che nei contratti dei consumatori la penale manifestamente eccessiva è nulla ai sensi dell’art. 36 c. cons. e, dunque, non riducibile dal giudice. Anche a tali contratti potrà tuttavia tornare ad applicarsi l’art. 1384 c.c. laddove il professionista riesca a superare la presunzione di vessatorietà della clausola.

<sup>171</sup> Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contracts*, Oxford, 2004, p. 433.

<sup>172</sup> Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, p. 206 ss.

Già intorno al XIX secolo troviamo precedenti che riportano la distinzione tra clausole di liquidazione preventiva del risarcimento del danno e clausole penali in senso stretto, con funzione punitiva e quindi invalide. Tuttavia, la teorizzazione compiuta della regola *rule against penalties* avviene con il caso *Dunlop Pneumatic Tyre*<sup>173</sup>: nella *opinion* del giudice Dunedin si afferma la centralità dell’indagine sulla intenzione delle parti – svolta con l’ausilio di alcuni test – per verificare se una clausola appartenga all’una o all’altra delle categorie sopra menzionate. Si presume penale la clausola che prevede un ammontare eccessivo rispetto a quanto sarebbe dovuto secondo le regole ordinarie, mentre la presenza di una liquidazione anticipata del danno sarebbe suggerita dalla impossibilità di quantificare con precisione il risarcimento. In seguito a questa iniziale teorizzazione, i tratti caratterizzanti della clausola penale sono stati specificati ed arricchiti dalla giurisprudenza successiva, fino a rendere sempre più fumosa e indefinita la distinzione con la clausola di liquidazione anticipata del risarcimento.

La posizione dell’ordinamento inglese sul tema suscita qualche dubbio di coerenza interna e sembra difficilmente armonizzabile con la prassi contrattuale, soprattutto nel settore del commercio internazionale<sup>174</sup>.

Per quanto riguarda il profilo della coerenza interna, l’intransigente presa di distanza dalla clausola penale mal si concilia con quei tratti cardine del diritto inglese che precedentemente si è tentato di illustrare:

---

<sup>173</sup> *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage and Motor Co. Ltd* [1915] AC 70, nn. 86-88.

<sup>174</sup> Sono state spesso avanzate istanze di armonizzazione in materia. V. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 91 ss.

da un lato massimo spazio alla libertà contrattuale, dall’altro minimo spazio ad istanze di giustizia distributiva in ambito contrattuale<sup>175</sup>.

In tale contesto si inserisce la conclusione cui è approdata la Corte Suprema del Regno Unito nei casi riuniti *Cavendish v El Makdessi – ParkingEye v Beavis* del 4 novembre 2015<sup>176</sup>.

In questa corposa sentenza, due casi molto diversi vengono decisi congiuntamente proprio al fine di tracciare una ricostruzione completa dell’orientamento della Corte in materia di clausola penale.

Il caso *Makdessi* aveva ad oggetto il contratto di vendita di un pacchetto azionario comprensivo di un patto di non concorrenza, la cui violazione avrebbe comportato il diritto del compratore di pretendere l’acquisto di tutte le azioni ad un prezzo notevolmente ridotto. L’attivazione di questa *call option* aveva indotto il venditore ad invocare la *rule against penalties* per bloccare la pretesa dell’acquirente e salvaguardare il valore reale delle azioni.

Nel caso *ParkingEye*, invece, il proprietario di un veicolo veniva sanzionato con una cospicua multa per avere superato il limite di parcheggio gratuito in un centro commerciale. La corrispondente previsione, contenuta nelle condizioni generali di contratto, veniva dall’utente impugnata contestandone la natura di clausola penale e la conseguente invalidità.

---

<sup>175</sup> Andrews, *Contract Law*, Cambridge, 2015, p. 550. D’altronde, come osserva parte della dottrina, se l’esigenza di proteggere la parte debole del rapporto negoziale viene recepita in materia di tutela del consumatore (ed infatti, il *Consumer Rights Act* del 2015, Schedule 2, para. 5, sancisce l’invalidità della clausola che obbliga il consumatore a pagare una somma eccessiva in caso di inadempimento), l’assenza di analogo normativa di protezione per i contratti commerciali dovrebbe legittimare la piena autonomia delle parti.

<sup>176</sup> *Cavendish v El Makdessi* [2015] 3 WLR 1373.

Nel corso del processo viene affrontata la possibile abolizione della *rule against penalties*, da più istanze sollecitata facendo forza sulla indebita compressione della *freedom of contract*, possibilità che viene tuttavia respinta dalla Corte.

Nonostante la scelta di mantenere astrattamente ammissibile tale regola, la Corte interviene con delle precisazioni che ne riducono in modo considerevole l’ambito di operatività<sup>177</sup>.

La Corte afferma infatti che l’ambito di applicazione è circoscritto alla presenza di una clausola avente ad oggetto una obbligazione alternativa (*secondary obligation*) e non la prestazione principale. In altri termini, la clausola deve prevedere, in caso di inadempimento, una conseguenza diversa rispetto al risarcimento che sarebbe dovuto secondo le regole ordinarie. In ragione di ciò la *rule against penalties* non è stata ritenuta applicabile al caso *Makdessi*, poiché il pagamento del prezzo delle azioni residue costituiva l’obbligazione principale del contratto<sup>178</sup>.

Inoltre, anche quando si è in presenza di una clausola che prevede un’obbligazione alternativa in caso di inadempimento, afferma la Corte, non sempre si tratta di una clausola penale priva di effetto. Occorre a tal fine accertare la irragionevolezza della sua misura rispetto al legittimo interesse dell’altra parte contrattuale all’adempimento principale. E in ragione di ciò, anche nel secondo caso viene respinta l’invocazione della *rule against penalties*, riconoscendo il legittimo interesse del proprietario

---

<sup>177</sup> Day, *A pyrrhic Victory for the doctrine against penalties: Makdessi v. Cavendish Square Holding BV*, J.B.L., 2016, p. 115; Morgan, *The penalty clause doctrine: unlovable but untouchable*, C.L.J., 2016, p. 11.

<sup>178</sup> Secondo i giudici, la clausola era da considerarsi connessa alla prestazione principale del contratto, e quindi valida, stante l’essenzialità del rispetto del patto di non concorrenza per realizzare l’equilibrio voluto dalle parti.

a garantire a tutti i propri clienti di poter sostare nel parcheggio al fine di usufruire dei servizi offerti dal centro commerciale. A fronte di tale interesse legittimo, dunque, il rischio del pagamento della sanzione in caso di violazione del limite di tempo doveva ritenersi ragionevolmente imputato in capo agli automobilisti.

Dunque, la validità della clausola è fuori discussione se ancorata all’esecuzione della prestazione principale, e fuori discussione sembra essere anche l’insindacabilità della sua misura ad opera del giudice, il quale non potrà intervenire per riequilibrare la posizione delle parti. Inoltre, anche se riferita ad una prestazione alternativa, la clausola potrà essere comunque ritenuta valida in presenza di un legittimo interesse commerciale.

Sembra dunque che, pur senza ritenere di poter espungere la *rule against penalties*, tra le maglie del ridimensionamento operato sia rintracciabile una certa presa di distanza rispetto all’operatività della regola, e forse anche un auspicato intervento legislativo con funzione abolitrice della stessa<sup>179</sup>.

Se il diritto inglese, che muoveva tradizionalmente da un approccio ostile all’ammissibilità di sanzioni afflittive di natura convenzionale, sembra aver attenuato tale rigidità, non può essere trascurata la linea di tendenza inversa assunta dai sistemi continentali di *civil law*, e in particolare dal diritto italiano.

Salva la validità sul piano teorico della pattuizione di una clausola penale, invero, l’ambito di intervento del giudice è stato

---

<sup>179</sup> Si legge infatti: «*We rather doubt that the courts would have invented the rule today if their predecessors had not done so three centuries ago. But this is not the way in which English law develops, and we do not consider that judicial abolition would be a proper course for this court to take*» (Cavendish v El Makdessi – ParkingEye v Beavis, *cit.*, per Lord Neuberger e Lord Sumption, n. 36).

progressivamente esteso per limitarne la portata. In particolare, sembra inserirsi nell’ambito di un processo evolutivo teso a modificare il tradizionale rapporto tra autonomia negoziale e sindacato giurisdizionale il *revirement* operato dalla sentenza della Corte di Cassazione del 2005, in cui si riconosce la rilevanza d’ufficio dell’abusività della penale e del conseguente potere di riduzione del giudice nell’interesse del debitore<sup>180</sup>.

3. Le istanze di armonizzazione del diritto contrattuale europeo verso un “contratto giusto”

La libertà contrattuale, pur assumendo declinazioni diverse nel *corpus* normativo dei vari ordinamenti, costituisce un caposaldo dei sistemi giuridici sia di *common law* che di *civil law* e trova consacrazione anche nel diritto europeo dei contratti<sup>181</sup>.

Nondimeno, si è assistito negli anni ad un incisivo rimodellamento di tale principio in considerazione del fatto che la parità formale tra le parti di un contratto, per cui a ciascuna di esse viene rimessa una valutazione tendenzialmente insindacabile in merito alla convenienza dell’operazione negoziale, non può giustificare l’esercizio di un’ autorità

---

<sup>180</sup> Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985. In precedenza, vigeva un consolidato orientamento secondo cui la riduzione era possibile solo su istanza di parte. Da menzionare, sul punto, anche l’estensione del potere di riduzione ad ogni tipologia contrattuale, anche alla transazione, come affermato da Cass., 21 aprile 2010, n. 9504, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 578, secondo cui: «Il principio della riducibilità della penale eccessiva ha carattere generale ed è, pertanto, applicabile a tutti i contratti nei quali sia inserita la clausola penale, in essi compresa la transazione».

<sup>181</sup> Grundmann, *ex multis*, in *Party autonomy and the role of information in the internal market – an overview*, Berlin/New York, 2001, pp. 1 ss., sostiene si tratti di una questione di fondamentale importanza.

privata che di quella valutazione costituisca un’illegitima espressione<sup>182</sup>.

Alla luce di ciò si sono sviluppate istanze di protezione della parte “debole” del contratto che hanno progressivamente eroso il contenuto di tale libertà fino a ridimensionare la granitica consistenza del principio “*pacta sunt servanda*”: la dichiarazione di intenti può non essere in grado di sostenere un regolamento contrattuale fortemente sbilanciato a favore di una delle parti.

In tale contesto il ruolo della buona fede, intesa non come “francescana rinuncia a perseguire i propri interessi per agevolare la controparte”, ma come principio ispiratore riferibile a soggetti giuridici razionali, liberi ed eguali, ha acquisito importanza sempre maggiore<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> L’ambito che, più incisivamente, è stato interessato dall’intervento normativo comunitario è, senza dubbio, quello relativo ai contratti “del consumatore”, conclusi cioè tra un imprenditore o professionista ed un consumatore: tale categoria di contratti trova la propria organica disciplina nella Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

<sup>183</sup> Patti, *Contractual autonomy and European private law*, op. cit., p. 127: “within this briefly described context good faith has played (...) an important role as an instrument of ‘closure’, allowing the judge to strike the rules of protection, but most of all it helped to impose a new vision of the contract and the contractual autonomy. In a free market autonomy cannot mean the possibility of reaping unjustified profits from the economic transaction, disrespecting legitimate interests and the other contracting party’s normal expectations”. Brownsword, *Contract Law. Themes for the twenty-first century*, 2° edizione, Oxford University Press, Oxford 2006, p. 135, osserva che “in the modern law of contract in England there is a tendency for doctrine to reflect expectations associated with good practices (...), in other words, we might expect that English Law will move towards the adoption of good faith as a requirement (in substance, if not in name)”; già in tempi meno recenti, Steyne, *Contract Law: fulfilling the reasonable expectations of honest men*, in *Law quarterly review*, 1997, p. 438: “an overriding principle of reasonable expectation serves the same purpose as a general principle of good faith. The language might be different but the idea is the same”. Per un’applicazione ancora tiepida del concetto di buona fede in ambito di *discretion clauses* e *ius variandi* contrattuale

Nel processo di convergenza tra le tradizioni giuridiche di *civil law* e *common law*, che potremmo compendiare nella ricerca di un connubio tra buona fede, da un lato, e *reasonableness*, dall’altro, un ruolo propulsore viene svolto dal diritto sovranazionale, il quale ha fatto ampio uso di questi principi nel corso del suo massiccio intervento di erosione del dogma dell’intangibilità dell’autonomia contrattuale e di contenimento della stessa entro limiti compatibili con il perseguimento di finalità sociali.

Il principio di buona fede ha avuto una storia paradigmatica in questo senso: ha fatto ingresso nella legislazione europea dei contratti con la Direttiva 86/653/CE<sup>184</sup>, in seguito è stato recepito dalla normativa consumeristica mediante l’inserimento nel testo della Direttiva 93/13/CEE<sup>185</sup> e menzionato in una serie di altre direttive di settore<sup>186</sup>, fino ad approdare nella Direttiva 2005/29/CE<sup>187</sup>.

---

da parte della giurisprudenza inglese, si veda il caso *Cantor Fitzgerald International v Horkulak* [2004] EWCA Civ 1287, in cui si afferma che la ragione del limite intrinseco della discrezione contrattuale non è rinvenibile nel principio generale di buona fede ma nella presunzione per cui costituisce una ragionevole aspettativa e una comune intenzione delle parti che l’esercizio del potere unilaterale risponda ad un canone di razionalità e non di arbitrarietà.

<sup>184</sup> Direttiva del Consiglio del 18 dicembre 1986 relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti. Gli articoli 3 e 4 recitano rispettivamente: “l’agente commerciale deve, nell’esercizio della propria attività, tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede” e “nei suoi rapporti con l’agente commerciale, il preponente deve agire con lealtà e buona fede”.

<sup>185</sup> Direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, il cui articolo 3 prevede “una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”.

<sup>186</sup> Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (anche se l’art. 4, c. 2, della Direttiva 2011/83/EU che ha sostituito la



Inoltre, tutti i progetti di unificazione del diritto contrattuale europeo adottano il principio di buona fede come principio ispiratore<sup>188</sup>.

Nel diritto privato europeo è possibile osservare due tipi di buona fede, dalle geometrie non sovrapponibili: la buona fede propria del diritto dei consumatori e la buona fede che milita nel diritto contrattuale comune. Come sappiamo, nel diritto contrattuale si ha la presunzione di partenza che le parti siano “uguali”, mentre nel diritto

---

prima non ha rinnovato il richiamo del principio); Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, la quale all’art. 3, c. 2, prevede: “le informazioni di cui al paragrafo 1, il cui fine commerciale deve risultare in maniera inequivoca, sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, tenendo debitamente conto in particolare dei principi di buona fede nelle transazioni commerciali e dei principi che disciplinano la protezione delle persone che, secondo la legislazione degli Stati membri, sono ritenute incapaci, quali i minori”.

<sup>187</sup> Direttiva del Parlamento e del Consiglio dell’11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

<sup>188</sup> Secondo il Draft Common Frame of Reference e la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (2011), la buona fede è «uno standard di comportamento caratterizzato dall’onestà, dalla lealtà e dalla considerazione degli interessi dell’altra parte dell’accordo o del rapporto in questione». L’art. 1:102 dei Principi UNIDROIT (of International Commercial Contracts, 2010), affianca al principio di autonomia contrattuale quello della buona fede e della correttezza, quali criteri generali al rispetto dei quali detta autonomia è tenuta a conformarsi. Se, da un lato, il diritto degli operatori di “accordarsi liberamente sulle condizioni dei loro singoli affari” è espressione di una “ideologia sinceramente liberale nelle regole che debbono governare le contrattazioni private”, come osserva Di Majo, in *I “Principles” dei contratti commerciali internazionali fra civil law e common law*, Riv. dir. civ., 1995, I, p. 615, dall’altro, la presenza di una disciplina specifica sull’iniquità contrattuale che consente di annullare il contratto anche nel caso in cui la parte indebitamente avvantaggiata non abbia abusato della posizione di debolezza altrui è “un segnale che incrina l’idea che la sola volontà dei contraenti giustifichi sempre e comunque qualsiasi loro scelta” (v. Sicchiero, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005, p. 23).

dei consumatori l’ipotesi di base è che vi è una fisiologica asimmetria tra le stesse<sup>189</sup>.

Questo è il motivo per cui la Proposta di Regolamento<sup>190</sup> afferma che l’assolvimento concreto del dovere generale di buona fede dipende dal livello di competenza delle parti e assume dunque declinazioni diverse a seconda della tipologia di contratto di riferimento<sup>191</sup>.

Subito dopo l’adozione della Direttiva 93/13/CEE si ritenne che il significato di tale termine per il diritto europeo fosse “misterioso”<sup>192</sup> e, in effetti, tale è rimasto per molti anni, in quanto la Corte di Giustizia Europea è intervenuta solo di recente a chiarirlo.

Peraltro, la Corte Suprema del Regno Unito in diversi casi avrebbe avuto la necessità, forse finanche il dovere, di interpellare la Corte di Giustizia con lo scopo di far luce sul significato del principio di buona

---

<sup>189</sup> Questa differenza si ripercuote anche nella fase rimediabile: mentre le norme rimediali proprie del contratto “autoctono” di diritto comune (azione di annullamento, risoluzione ecc..) perseguono uno scopo meramente interno alla singola fattispecie contrattuale, le norme che attribuiscono i rimedi nel contratto “europeo” asimmetrico (nullità di protezione, diritto di ripensamento) hanno uno scopo di *moral suasion* esterno al singolo scambio e sono orientate primariamente alla razionalità del mercato e non del singolo rapporto contrattuale, che perde rilevanza. In questo senso Camardi, *Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, Europa e dir. priv., 2008, p. 831; Plaia, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, Europa e dir. priv., 1, 2018, p. 69: “lo scopo della nullità di protezione è allora quello di impedire un esercizio abusivo del potere di autonomia privata e dunque non funzionale alla razionalità del mercato”.

<sup>190</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (2011).

<sup>191</sup> Come si evince dalla Direttiva del Consiglio del 18 dicembre 1986 relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti. Sul punto, Durovich, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2016, 103.

<sup>192</sup> Collins, *Good Faith in European Contract Law*, Oxford Journal of legal studies, 1994, 229-249.

fede ma, complici le ragioni di diffidenza e ritrosia nel conferirgli cittadinanza, non lo ha fatto<sup>193</sup>.

In effetti ci si potrebbe chiedere perché il legislatore europeo abbia compiuto questa scelta terminologica, utilizzando un concetto che non riceve accoglienza e interpretazione uniforme nei vari ordinamenti. Secondo parte della dottrina potrebbe essere proprio questa la ragione: utilizzare espressioni giuridiche che non hanno una consacrazione consolidata nei sistemi nazionali permette la elaborazione di una lettura nuova e uniforme a livello centralizzato<sup>194</sup>.

Alcuni ritengono che questo approccio sia molto rischioso, e che l'imposizione di concetti dall'alto possa scatenare nuove divergenze anziché agevolare l'armonizzazione tra le varie normative.

Ciò varrebbe in particolare per il diritto inglese, il quale continua secondo molti ad essere “irritato” dal principio di buona fede.

Un'interessante analisi sul punto insinua la erroneità di un approccio regolatore: innestare un principio in un ordinamento che non lo conosce non vuol dire pretendere di trapiantarli nella sua originaria

---

<sup>193</sup> I casi in questione sono: *Director General of Fair Trading v First National Bank* [2001] UKHL 52; *Office of Fair Trading v Abbey National plc and others* [2009] UKSC 6. In particolare quest'ultimo ha visto pronunciarsi la Corte Suprema del Regno Unito in merito alle commissioni bancarie di massimo scoperto. L'*Office of Fair Trading* aveva contestato l'abusività di tale pratica ai sensi della normativa europea, affermando che tali commissioni non erano un riflesso reale dei costi sopportati dalle banche, bensì costituivano una penalità nei confronti del consumatore/titolare del conto bancario. Il Tribunale affermava che tali commissioni non potessero essere qualificate come penali ma che poteva comunque esserne riconosciuta la loro abusività (*unfairness*). Tale decisione, confermata in appello, veniva poi sovvertita dalla Corte Suprema, la quale ha escluso la sindacabilità di tali commissioni ponendo fine al contenzioso senza attivare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea *ex art. 234 TCE*.

<sup>194</sup> Durovich, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, *op. cit.*, p. 102.

consistenza e definizione ma osservare come viene trasformato dal corpo che lo assimila<sup>195</sup>. In altri termini, dal momento che il diritto inglese è considerato – e si considera – un modello vincente di diritto delle contrattazioni commerciali, tentare l’imposizione di una lettura “forzata” del principio di buona fede produce un rischio endemico di rigetto da parte dello stesso, il quale, al più, è in grado di assimilarlo con le forme del concetto domestico di *reasonableness*.

Peraltro, come noto, il Regno Unito non fa più parte della Unione Europea. L’Accordo di recesso è entrato in vigore il 1° febbraio 2020 e a partire da tale data il Regno Unito è diventato uno Stato terzo, con la previsione di un periodo di transizione fino al 31 dicembre 2020 nel corso del quale si svolgeranno i negoziati per l’accordo sulle future relazioni tra UE e Regno Unito. Nel corso di tale periodo transitorio sarà mantenuta l’efficacia diretta e la primazia del diritto dell’UE, dopodiché il Regno Unito sarà libero di sopprimerlo.

Resta dunque da chiedersi se alla “irritazione” anglosassone per alcuni principi innestati dal diritto europeo, come quello della buona fede contrattuale, farà seguito un rigetto totale, o se invece qualcosa della parziale opera di acquisizione di tale concetto verrà salvato e coltivato anche nell’era *post* Brexit.

Più familiare per il diritto inglese, come anticipato, il concetto di *reasonableness*, anch’esso peraltro spesso presente nelle fonti proprie dell’ordinamento sovranazionale, in particolare nei Principi Unidroit e nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PDEC). Il Commento ai Principi Unidroit spiega cosa si debba intendere per “vantaggio

---

<sup>195</sup> Teubner, *Legal Irritants: Good faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences* (1998 ) 61 *Modern Law Review* 11.

eccessivo”<sup>196</sup> e precisa come non sia sufficiente una disparità di trattamento idonea a turbare l’equilibrio tra le prestazioni, essendo necessario che lo squilibrio “colpisca la coscienza di una persona ragionevole”<sup>197</sup>. In tal caso, la vittima dello squilibrio può attivare il sistema rimediale chiedendo al giudice che il contratto venga ricondotto ai criteri ordinari di correttezza nel commercio: nella prassi è probabile che sarà chiamato ad occuparsi della controversia un collegio arbitrale al fine di condurre un intervento correttivo finalizzato a rendere il contratto conforme ai *reasonable commercial standards of fair dealing*<sup>198</sup>.

#### 4. *Discretion clauses* al vaglio del sindacato giurisdizionale

Alla luce di quanto illustrato si può procedere ad analizzare come si muove nel diritto inglese la discrezionalità contrattuale, intesa come potere di intervento nelle condizioni contrattuali unilateralmente esercitato per esplicita convenzione tra le parti.

Abbiamo visto come un problema di ammissibilità in astratto non si ponga nell’ordinamento inglese, non essendo particolarmente avvertito il bisogno di vigilare sul mantenimento dell’equilibrio contrattuale.

Peraltro, soprattutto nelle operazioni commerciali di durata, può risultare più efficiente attribuire alla parte esperta il potere di ridefinire

---

<sup>196</sup> Secondo l’art. 3.2.7, perché ci sia un “eccessivo squilibrio” si devono considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l’altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a contrarre, e (b) la natura e lo scopo del contratto”. Anche i PDEC contengono una normativa esplicita dedicata alle ipotesi di squilibrio contrattuale (art. 4:109).

<sup>197</sup> Bonell, *I Principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, *Dir. comm. int.*, 2004, pp. 188 ss.

<sup>198</sup> Come si legge in Corapi, *L’equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 35.

in autonomia alcune condizioni piuttosto che compiere una dispendiosa e complessa procedura di rinegoziazione<sup>199</sup>.

Qualora il regolamento pattizio abbia previsto limiti e modalità di esercizio della discrezionalità, il giudice si limiterà dunque a verificare se la modifica attuata sia conforme alla previsione contrattuale. Nel caso in cui invece la clausola sia stata costruita conferendo ad una parte un “unfettered power”, dunque un potere discrezionale assoluto, ferma restando la validità della clausola sul piano formale, occorre considerare il possibile abuso che ne possa derivare: “a discretion conferred to one party, without constraining criteria and conditions, plainly create the risk of opportunism”<sup>200</sup>. E così come la dottrina, anche la giurisprudenza inglese sembra consapevole di ciò: “where A and B contract with each other to confer a discretion on A, that does not render B subject to A’s uninhibited whim”<sup>201</sup>.

Occorre dunque capire in che modo si esplica il sindacato al fine di dare rilievo a un *implied term* limitativo della discrezionalità unilaterale analizzando i criteri nel tempo elaborati dalle corti inglesi. Un primo criterio utilizzato è stato quello di applicare il rimedio del *fundamental breach*: ovvero, far valere l’inadempimento contrattuale per aver la

---

<sup>199</sup> Collins, *Regulating contracts*, 1999, p. 226; dello stesso autore v. anche *The law of contracts*, 2003, p. 355 e *Discretionary powers of contract*, in Cambell, Collins e Wightmann (edited by), *Implicit Dimension of Contract*, Oxford and Portland, Oregon, 2003, p. 219. Sul punto anche Kahn, *op. cit.*, p. 147 secondo cui “the delays that might be incurred in negotiating such an agreement are likely to out weight the disadvantages of giving the customer drastic power to impose the change”.

<sup>200</sup> Collins, *Discretionary powers of contract*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>201</sup> *Abu Dhabi National Tanker co. v. Product Star Shipping ltd.*, in *Lloyd’s Law reports*, 1993, vol. 1, p. 398.

discrezionalità attribuita ad una parte impedito ai contraenti di raggiungere “the main object and intent of the contract”<sup>202</sup>.

Successivamente all’entrata in vigore dell’Unfair Contract Terms Act del 1977, applicabile all’epoca sia ai rapporti tra professionisti che a quelli tra professionista e consumatore (mentre ora, con l’entrata in vigore del Consumer Rights Act del 2015, destinato a regolare i contratti consumeristici, il primo rimane applicabile ai soli contratti commerciali di diritto comune), la teoria del *fundamental breach* venne sostituita dall’uso del criterio della *reasonable contemplation* delle parti<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> *Anglo-Continental Holidays Ltd v. Typaldos Lines (London) Ltd*, 1967, 2, *Lloyd’s Rep* 61, Ca. Si trattava di una controversia tra il proprietario di un piroscafo e un’agenzia di viaggi: in virtù di una clausola contrattuale il primo aveva infatti la possibilità di variare unilateralmente il mezzo, la data, gli orari, i prezzi e gli itinerari senza alcuna comunicazione preventiva alla controparte. V. anche *Ca and Levison v. Patent Steam Carpet Cleaning Co*, 1977, 3, *WLR*, 90.

<sup>203</sup> Collins, in *Discretionary powers, op. cit.*, 237, parla di “implicit dimensions of the contractual relationship, which includes (...) tacit assumptions and unarticulated expectations”. Così, nel caso *Timeload Ltd v. British Telecommunication plc*, in 1995, *EMLR* 459, la Corte di Appello ha ritenuto che la clausola di un contratto di fornitura di servizi telefonici che consentiva alla società di interrompere a sua totale discrezione l’erogazione di una certa prestazione dovesse ritenersi non ragionevole, in quanto il cliente aveva maturato un legittimo affidamento nel fatto che il servizio non sarebbe terminato improvvisamente e senza un giustificato motivo. Anche in altri casi la corte ha compiuto un ragionamento simile: in *Equitable Life Assurance Society v. Hyman*, in *The All England Law Reports*, 2000, pp. 961 ss., si aveva una clausola inserita in una polizza pensione che riservava ai direttori della società il diritto di variare l’ammontare di rate e *benefit* prevedendo che “the Directors shall declare what amount of the surplus (if any) shown by such valuation may, in their opinion, be divided by way of bonus, and they shall apportion the amount of such declared surplus by way of bonus among the holders of the participating policies on such principles, and by such methods, as they may from time to time determine”. I giudici hanno affermato che la clausola dovesse ritenersi comprensiva di un termine implicito idoneo a precludere ai dirigenti di esercitare tale discrezionalità “for a purpose which subverted the basis of the policies”. In *Mallone v. BPB Industries Ltd*, in *Industrial Cases Reports*, 2002, pp. 1045 ss., la controversia aveva ad oggetto una clausola contrattuale in base alla quale una società poteva concedere ai suoi lavoratori un diritto di

Una specifica applicazione del criterio della ragionevolezza si è avuta in un caso, poi divenuto paradigmatico, relativo al mancato pagamento di alcune rate di un mutuo a tasso variabile, dove i convenuti mutuatari eccepivano che nel contratto fosse ravvisabile un *implied term* tale per cui il mutuante, nel variare il tasso di interesse, avrebbe dovuto farlo “fairly, honestly and in good faith and not arbitrarily, capriciously or unreasonably”.

Il giudice ha ritenuto che la irragionevolezza della modifica andasse valutata non alla luce di un astratto principio di equità ma alle caratteristiche della fattispecie concreta, escludendola nel caso di specie poiché la società finanziaria, mossa da una normale logica di profitto, aveva legittimamente preferito ribaltare sui mutuatari l’aumento improvviso del tasso che la stessa avrebbe dovuto pagare sulla propria provvista<sup>204</sup>.

---

opzione su alcune quote della stessa. Inoltre prevedeva che, al termine del rapporto di lavoro, all’*ex* lavoratore beneficiario dell’opzione non fosse consentito esercitare la stessa su un numero di quote che rappresentassero più di una *appropriate proportion*, la cui determinazione era demandata ai direttori della società “in their absolute discretion”. Nell’esercizio dei loro poteri, i direttori decisero che il numero di quote spettanti all’*ex* dirigente fosse pari a zero. La Corte ha giudicato tale decisione irragionevole in quanto la concessione dell’opzione doveva essere concepita come un premio per i buoni risultati ottenuti dal lavoratore in pendenza del rapporto di lavoro ed ha condannato perciò la società al risarcimento del danno.

<sup>204</sup> *Paragon Finance v. Nash and another*, 2001, EWCA Civ., p. 1466. Anche nei più recenti casi *Socimer International Bank v Standard Bank London Ltd*, 2008, EWCA Civ., p. 116 e *Cantor Fitzgerald International v Horkulak*, 2004, EWCA Civ., p. 1287., le Corti hanno confermato che il limite della ragionevolezza debba essere considerato come una *necessary implication*, peraltro, secondo quest’ultima pronuncia, non collegata a “some general doctrine of good faith”, ma spiegabile in quanto “it is presumed to be the reasonable expectation and therefore the common intention of the parties that there should be a genuine and rational, as opposed to an empty or irrational, exercise of discretion”. Nella prima delle due pronunce appena menzionate, inoltre, si esclude che tale criterio di ragionevolezza implichi anche un onere di imparzialità, ammettendo che la



Sembra interessante rilevare che in un caso simile il giudice italiano, senza procedere ad esaminare i motivi che avevano giustificato l’attivazione della clausola di *ius variandi*, ne aveva dichiarato la nullità<sup>205</sup>.

In una recente pronuncia sul punto la Corte di Appello inglese ha affermato che esistono due tipologie di potere unilaterale: il primo è quello che si esplica nell’esercizio di un “*absolute contractual right*” e il secondo è quello che consiste nel “*making an assessment or choosing from a range of options, taking into account the interests of both parties*”<sup>206</sup>.

Laddove, come nella seconda tipologia di diritto potestativo, i termini contrattuali conferiscono a una parte il potere di prendere decisioni che riguardano i diritti di entrambe, si annida un chiaro potenziale conflitto di interessi.

---

parte provvista del potere discrezionale sia “*entitled primarily to consult its own interests*”.

<sup>205</sup> Trib Pescara, 23 marzo 2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 223.

<sup>206</sup> *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd*, 2013, EWCA Civ., p. 200, par. 83. Solo nel secondo caso, afferma la corte, esiste un obbligo di implicito di operare secondo buona fede, tenendo conto degli interessi della controparte in modo da non frustrare del tutto la convenienza economica che la stessa ripone nell’affare. Nel primo, al contrario, quando cioè risulta che le parti abbiano voluto attribuire ad una di esse un diritto insindacabile e assoluto, come nel caso di specie (*Mid Essex Hospital*, fruitore di un servizio di pulizia da parte di *Medirest* aveva il potere di attivare dei meccanismi di scioglimento del vincolo contrattuale in caso di mancato raggiungimento di determinati livelli di qualità del servizio, all’esito di una valutazione discrezionale), non esiste alcun dovere implicito di “*co-operate in good faith*”. Tuttavia, nella stessa motivazione si riconosce l’estrema difficoltà di distinguere i due casi e dunque di rendere uno dei due immune dal dovere sopra citato, anche in presenza di termini espressi nel segno contrario. Per esempio, nel caso *WestLB AG v Nomura Bank International Plc*, 2012, EWCA, p. 495, in cui un fondo doveva essere valutato dall’agente “*in its sole and absolute discretion (...) in the absence of manifest error*”, tale formulazione non è stata considerata sufficiente ad escludere la limitazione della buona fede.

A tal proposito negli ultimi anni i tribunali inglesi si sono mostrati più aperti all’applicazione di limiti “impliciti” al fine di orientare l’esercizio della discrezionalità verso esiti ragionevoli.

Tale tendenza ha trovato particolare dispiegamento in un noto caso giurisprudenziale deciso dalla Corte Suprema nel 2015<sup>207</sup>: la vedova di un cuoco scomparso in circostanze misteriose dalla nave presso cui stava prestando servizio agiva in giudizio per chiedere il pagamento della indennità spettante in caso di decesso del marito, esclusa dal contratto di impiego solo qualora tale decesso fosse stato riconducibile, a parere del datore di lavoro o della sua compagnia di assicurazione, all’atto intenzionale o ad una condotta gravemente colposa del soggetto. La società si riservava dunque un ruolo importante nell’accertamento dei fatti, dipendendo da esso il riconoscimento del beneficio contrattuale per la famiglia del dipendente, e nel caso di specie decideva, confortata dalla relazione di una squadra investigativa, che lo stesso si era suicidato e che dunque la sua vedova non aveva diritto a ricevere tale indennità.

Secondo la Corte Suprema, tuttavia, tale processo decisionale non veniva eseguito correttamente: l’assenza di prove convincenti in ordine al presunto suicidio dimostrava il mancato rispetto di un obbligo implicito di razionalità, e la famiglia del defunto vinceva in appello.

La Corte Suprema ha sostenuto che la verifica di ragionevolezza debba estendersi sino ad includere anche la revisione del processo decisionale compiuto dalla parte, valutando cioè se il *decision maker* abbia preso adeguatamente in considerazione i fattori rilevanti.

---

<sup>207</sup> *Braganza vs BP Shipping Ltd*, 2015, UKSC, p. 17.

Il caso Braganza è sorto in un contesto giuslavoristico, in cui il potenziale di conflitto di interessi legato all’esercizio della discrezionalità contrattuale risulta accentuato dallo squilibrio di potere tra datore di lavoro e dipendente, lasciando aperta la questione se tale verifica giurisdizionale possa compiersi anche in contesti diversi, e in particolare rispetto ai contratti commerciali<sup>208</sup>.

Non sono mancati tuttavia riscontri positivi in tal senso: dal caso Braganza sono seguite diverse pronunce giurisprudenziali in cui l’applicazione della c.d. “Braganza duty” ha attenuato l’invasività della discrezione contrattuale, aprendo un varco sulla tendenziale insindacabilità per le corti anglosassoni delle pattuizioni contenute nell’accordo<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> Come Lord Hodge ha osservato nel caso in esame: un contesto lavorativo “può giustificare un esame più intenso del processo decisionale del datore di lavoro di quanto sarebbe opportuno in alcuni contratti commerciali”.

<sup>209</sup> Si vedano i seguenti casi: *Lehman Brothers International (Europa)(in amministrazione) v Exxonmobil Financial Servizi BV*, 2016, EWHC, p. 2699; *Watson v Watchfinder*, 2017, EWHC, p. 1275 (in merito al rifiuto da parte del consiglio di amministrazione di una società di concedere un’opzione sulle azioni della società stessa); *Hill v Niksun*, 2016, EWCA, p. 115; *BHL v Bank Leumi*, 2017, EWHC, p. 1871 (in merito all’addebitamento di commissioni per il subentro nell’ambito di un accordo di finanziamento). Per un caso in cui la corte ha ritenuto positivamente superato il Braganza Test, v. *Portsmouth City Council v Ensign*, 2015, EWHC, p. 1969, in merito ad una decisione presa da un’autorità locale sul livello di servizio dovuto in virtù di un contratto di manutenzione stradale a lungo termine. Mentre nel caso *Shurbanova v Forex Capital Markets Limited*, 2017, EWHC, p. 2133, la Corte ha escluso che la clausola contenuta in un accordo tra un *broker* e un cliente al dettaglio che dava al primo il diritto di revocare un’operazione per “abusive trading” fosse assoggettabile al *Braganza test*. La clausola non conferiva al *broker* il potere discrezionale di compiere una valutazione di merito, ma solo di decidere se esercitare o meno un diritto di revoca, una volta accertata in via giudiziale l’abusività dell’operazione.

## 5. Il *common law* “oltreoceano”: la teoria relazionale dei contratti

Il concetto di asimmetria contrattuale assume geometrie variabili e occorre capire come redistribuire le armi del contesto sociale in base alle sue varie declinazioni.

Il modello contrattuale statunitense risponde ad una vocazione liberale: ampio spazio lasciato all’autonomia delle parti, tendenziale disinteresse dello Stato e libero incontro della domanda e dell’offerta.

Le storture di questo sistema possono trovare parziale correzione attraverso la valorizzazione della c.d. “teoria relazionale” (*relational theory of contract*), la quale assegna un ruolo centrale alla buona fede in funzione riequilibrativa.

La teoria in questione trae origine dalla ricerca compiuta dalla dottrina statunitense di un compromesso tra certezza e flessibilità nei contratti a lungo termine, rispetto ai quali il mantenimento dell’equilibrio dipende anche dall’adozione di strumenti di adeguamento negoziale come una “change of terms clause”.

Se da un lato una “change of terms clause” correttamente applicata può consentire a entrambe le parti di massimizzare la convenienza dell’operazione economica nel contratto di durata, dall’altro è indispensabile predisporre e far rispettare parametri che garantiscano la legittimità dell’esercizio di un diritto potestativo di modifica unilaterale del contratto, al fine di evitare che la destrezza contrattuale che ne deriva crei un incentivo perverso a discapito della parte più debole.

Nella moderna economia di mercato, più è lungo il periodo di tempo previsto per la potenziale operatività di un contratto, più risulta difficile prevedere tutte le circostanze che possono influire sull’assetto di interessi originariamente voluto dalle parti. Pertanto, le stesse

possono decidere di attribuire a uno di loro, di solito la più esperta, il diritto di modificare determinati aspetti del contratto al fine di mantenere la sua efficienza nel tempo.

Abbiamo spiegato le ragioni della sfiducia che la coscienza giuridica di *civil law* nutre per la figura giuridica dello *ius variandi*: sia perché tale potere si pone in contrasto con la teoria classica del contratto, in cui trova consacrazione la massima *pacta sunt servanda*, sia perché rende il contraente debole potenzialmente vulnerabile all’opportunismo della controparte.

Anche nel sistema di *common law* americano, dove la *freedom of contract* sembrerebbe *prima facie* operare indisturbata, il fenomeno della regolazione unilaterale del contratto viene autorizzato con cautela, attraverso la previsione di limiti all’operatività delle clausole di modifica unilaterale dei termini contrattuali.

Una delle caratteristiche principali di quello che la letteratura americana ha definito “modern contract law” è lo sviluppo di una dottrina della buona fede contrattuale che ruota intorno al concetto di una negoziazione “conscionable”<sup>210</sup>.

Tale teoria prende le mosse dal presupposto che la “dottrina classica” (*classical theory of contract*) non possa essere attrezzata per affrontare la sfida posta dai *long term contracts*.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> Come si legge in Campbell, Collins and Wightman, *Discovering the implicit dimensions of contracts*, in *Implicit dimensions of contract* (2003), 25 la teoria classica, con la quale si intendono le eleganti costruzioni della dottrina di giuristi e giudici del XIX secolo, risulta essere una inadeguata forma di ragionamento giuridico rispetto ai rapporti contrattuali di durata”.

<sup>211</sup> Feinman 2000 *Northwestern Univ LR* 738.

Secondo tale orientamento dottrinale, un’analisi dei contratti di durata entro i confini del diritto contrattuale classico risulterebbe inadeguata<sup>212</sup>.

Uno dei propositi di questo studio è dunque quello di esaminare le conseguenze giuridiche dell’applicazione della “teoria relazionale dei contratti di durata” al tema della modifica unilaterale delle condizioni e dei termini contrattuali.

L’approccio relazionale, infatti, può offrire una interessante chiave di lettura di concetti come equilibrio e solidarietà contrattuale, già noti al nostro sistema giuridico e oggetto di un riconoscimento sempre maggiore.

Occorre premettere che l’applicazione della teoria relazionale implica un forte attivismo giudiziario, caratteristica tradizionalmente criticata nel sistema giuridico di *civil law*, sebbene in tempi recenti stiamo assistendo al rafforzamento del sindacato giudiziale sull’equilibrio del contratto.

Alla luce di quanto appena esposto, sembra che un approccio relazionale possa offrire un nuovo sguardo prospettico, affinché la nostra dottrina e giurisprudenza si aprano ad una visione più dinamica del diritto contrattuale moderno.

Come accennato poc’anzi, la prima impressione che si ha approcciandosi allo studio del contratto secondo i principi di *common law* è che la libertà contrattuale sia pressoché illimitata.

---

<sup>212</sup> Per un’opinione diversa, Hawthorne, *Relational contract theory, principles of European contract Law – long term contracts and the impact of implicit dimension*, 70 THRHR 371 (2007), il quale sostiene che la teoria classica dei contratti abbia la capacità di affrontare anche le problematiche poste dai contratti di durata, senza che ci sia bisogno di collocarli in una categoria diversa dai *discrete contracts* (di cui si dirà).

Nella tradizione giuridica anglosassone, i doveri di buona fede sono tradizionalmente molto deboli, anche a scapito di concetti come giustizia o equità contrattuale<sup>213</sup>.

Sebbene anche negli Stati Uniti si accolga, come base, una teoria liberale dei contratti, fondata sull’idea che il compito primario dei tribunali sia quello di far rispettare ciò che le parti hanno concordato – anche se “ingiusto” – si registra nel sistema americano un diverso e più profondo recepimento del dovere di buona fede, anche consacrato in molte disposizioni legislative<sup>214</sup>.

La teoria relazionale dei contratti, d’altronde, trova la propria origine proprio nel diritto americano e in particolare negli studi del

---

<sup>213</sup> Come visto, nel sistema giuridico anglosassone non esiste una dottrina generale intorno al concetto di good faith: nel caso giurisprudenziale considerato paradigmatico sul punto - *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 (HL) - Lord Ackner definisce il dovere di comportarsi secondo buona fede “intrinsecamente ripugnante per le parti coinvolte nelle negoziazioni”. Brownsword, *Contract Law. Themes for the twenty-first century*, Oxford University Press, Oxford 2006, afferma tuttavia che “in the modern law of contract in England there is a tendency for doctrine to reflect expectations associated with good practices (...), in other words, we might expect that English Law will move towards the adoption of good faith as a requirement (in substance, if not in name)”. Recentemente, questo concetto è stato affermato dalle corti inglesi nel caso *Braganza vs BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17 (*Braganza*): qui i termini contrattuali conferiscono a una parte il potere di prendere decisioni discrezionali in grado di incidere sui diritti di entrambe, creando terreno fertile per un probabile conflitto di interessi. Come osservato da Lady Hale nel caso in questione, laddove esistano tali premesse, il tribunale non interverrà per riscrivere l’accordo tra le parti, ma cercherà di garantire che i poteri contrattuali non vengano abusati, ovvero che tale discrezionalità non venga esercitata in modo arbitrario, capriccioso o irrazionale.

<sup>214</sup> La sezione 205 del Restatement (Second) of Contract afferma che ogni contratto impone a ciascuna parte un dovere di buona fede e di equità. Per quanto riguarda i contratti commerciali, la sezione 2-03 (b) dell’Uniform Commercial Code (UCC) definisce la buona fede come “honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade”.

Professor Ian Macneil<sup>215</sup>, il quale propone l’applicazione dei concetti di ragionevolezza ed equilibrio contrattuale non nella direzione di una limitazione *ex ante* alla libertà delle parti, ma al fine di correggere *ex post* l’esito del potenziale abuso della stessa.

Come il professor Macneil ha affermato, mentre i *discrete contracts* sono impersonali e tendono a risolvere il futuro nel presente, i *relational contracts* si sviluppano in un complesso e durevole arco temporale<sup>216</sup>, non potendo sintetizzarsi in una fotografia statica degli

---

<sup>215</sup> Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. Rev. 854 (1977-1978). La critica di Macneil ai *discrete contracts* è stata solo in parte accettata dalla comunità accademica. Vedi Whitford “Ian Macneil’s contribution to contracts scholarship” 1985 *Wisconsin LR* 545ff 548. Ci sono infatti ancora opinioni critiche, v. Eisenberg *Berkeley Law Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 Nw. U. L. Rev. 805 (1999), secondo il quale: “The obvious definition of a relational contract is a contract that involves not merely an exchange, but also a relationship, between the contracting parties. Correspondingly, the obvious definition of a discrete contract is a contract that involves only an exchange, and not a relationship. Macneil himself has sometimes favored such a definition. For example, in *The New Social Contract* 10 (1980), Macneil defines a discrete contract as “one in which no relation exists between the parties apart from the simple exchange of goods”. (...) Once such a definition has been adopted, however, we can see that discrete contracts are almost nonexistent, because virtually all contracts either create or reflect relationships. Discrete contracts—contracts that are *not* relational—are almost as imaginary as unicorns. (...) Consumer contracts commonly involve ongoing relationships even when they are made with huge bureaucratic organizations: most shoppers at Macy’s have shopped there before and expect to shop there again. Neither Macy’s nor the shoppers perceive each individual exchange as an isolated non-relational transaction. Even contracts on perfect spot markets are likely to involve traders or brokers who have continuing relationships of some sort”.

<sup>216</sup> La difficoltà sperimentata dalla teoria contrattuale classica di fronte alla natura dei contratti di durata ha portato i due accademici Macaulay, già nel 1963, e Macneil nel 1974 a sviluppare la teoria dei contratti relazionali. Il metodo scelto da Macaulay consisteva nel presentare una serie di conclusioni e deduzioni tratte dalla ricerca empirica sulla pratica commerciale. Vedi, Macaulay *Non-contractual relations in business: a preliminary study* 1963 *American Sociological R* 55ff; Macneil *The new social contract: an*



interessi regolati dalle parti al momento della conclusione del contratto, e dunque sono strutturalmente incompleti.

Per questo motivo, l’inclusione di clausole di modifica dei termini contrattuali garantisce un contesto più flessibile.

Allo stesso tempo, attraverso figure diverse (illusory promise, unconscionability, good faith), la dottrina può modulare e filtrare la legittimità del loro esercizio.

Mentre nei *discrete contracts* ogni atto contrattuale è considerato isolato e autosufficiente, la prospettiva relazionale include un certo grado di indeterminazione e una maggiore tutela del legittimo affidamento delle parti.

In effetti, in questi contratti, è impossibile prevedere tutte le contingenze future che potrebbero influire sull’equilibrio contrattuale e specificare i dettagli dell’operazione in termini di costi, quantità, qualità o convenienza di diversi aspetti collaterali del contratto (ad esempio, le tecniche di risoluzione delle controversie).

Vi sono elementi che non sono facilmente misurabili e pertanto è necessario un elevato grado di flessibilità<sup>217</sup>.

La teoria relazionale presuppone che questi contratti siano in grado di incorporare una sorta di meccanismo autoimmune generatore di un proprio standard di ragionevolezza, filtrato attraverso la buona fede, la quale opera come un elemento interno del rapporto contrattuale.

Le modifiche unilaterali dei termini contrattuali (la dottrina americana utilizza anche l’espressione suggestiva di “shadow

---

*inquiry into modern contractual relations* (1980), *The many futures of contracts* 1974 *Southern California LR* 691, and *Restatement (Second) of contracts and presentiation* 1974 *Virginia LR* 589.

<sup>217</sup> Randy E. Barnett, Nathan Oman, *Contratti: Casi e dottrina*, 5° edizione.

terms”<sup>218</sup>), sono rintracciabili in una vasta gamma di contratti, da quelli di consumo a quelli della distribuzione commerciale: entrambe le categorie possono essere classificate come appartenenti alla tipologia dei contratti relazionali, considerando la lunghezza del termine, la necessità di adeguamento di diversi aspetti del contratto e il ruolo svolto dalle aspettative delle parti<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> David Horton, *The Shadow Terms: Contratto e modifiche unilaterali*, 57 UCLA L. Rev. 605 (2010).

<sup>219</sup> Molti contratti con i consumatori consentono espressamente modifiche unilaterali da parte del predisponente. Ecco alcuni esempi: Netflix, <http://www.netflix.com/TermsOfUse>: Changes to the Price and Subscription Plans: We reserve the right to change our subscription plans or adjust pricing for our service or any components thereof in any manner and at any time as we may determine in our sole and absolute discretion. Except as otherwise expressly provided for in these Terms of Use, any price changes or changes to your subscription plan will take effect following notice to you. Changes to Terms of Use and Assignment: Netflix may, from time to time, change these Terms of Use. Such revisions shall be effective immediately; provided however, for existing members, such revisions shall, unless otherwise stated, be effective 30 days after posting. Bank of America, <https://www.bankofamerica.com/online-banking/service-agreement.go>, Changes to Agreement: We may add, delete or change the terms of this Agreement at any time. We will inform you of changes when legally required and will try to inform you of the nature of any material changes even when not legally required to do so. We may communicate changes by either mail, email or a notice on our website and will make the updated terms available on our website. You agree that by continuing to use the services after the date that changes are posted to our website, such changes will be effective for transactions made after that date, whether or not you access the website or otherwise receive actual notice of the changes. If you do not agree with a change, you may discontinue using the services. We can find change of terms provisions also in many non-consumer contracts, for example in the field of employment-at-will, sales of goods, open price commercial contracts, legal research services etc. For example, in *Samuels v. King Motor Co.*, 782 So. 2d 489, 493 (Fla. Dist. Ct. App. 2001) buyer order contained the provision: Manufacturer has reserved the right to change the price to Dealer of new motor vehicles without notice. In the event the price to Dealer of new motor vehicles of the series and body type ordered hereunder is changed by Manufacturer prior to delivery of the new motor vehicle ordered hereunder to Purchaser, Dealer reserves the right to change the price of unit of such motor

Pertanto, questa analisi comprende sia i contratti dei consumatori che i contratti commerciali, partendo dal presupposto che la tutela dei consumatori svolga una sorta di “effetto domino” generalizzato: si pensi ai contratti della distribuzione commerciale<sup>220</sup>, al franchising, al leasing, ai contratti di lavoro, bancari e per servizi di pagamento.<sup>221</sup>

---

vehicle to purchaser accordingly. In Westlaw Terms of Use, <http://west.thomson.com/about/terms-of-use/default.aspx>, The Terms constitute a legal agreement between you and Thomson Reuters and govern all use of this website, including all content, information, and services provided on the website. By accessing, browsing, or using this website, you acknowledge that you have read, understood, and agree to be bound by these Terms. We may update these Terms at any time, with or without notice to you. Each time you access this website, you agree to be bound by the Terms then in effect. If you do not agree to these terms, please do not use this site.

<sup>220</sup> Gli accordi commerciali più comuni che consentono a una parte di dettare i termini della transazione sono i c.d. output contracts e gli open price contracts, che consentono all’acquirente o al venditore di determinare, *ex post*, la quantità o il prezzo del bene da produrre. Vedi UCC §§ 2-209, 2-306 (Am. Law Inst. & Unif. Law Comm’n 1977). La sezione 2-305 riconosce che “[le] parti - se così intendono - possono concludere un contratto di vendita anche se il prezzo non è regolato”. Inoltre, la disposizione § 2-305 (2) prevede che sia una parte, venditore o acquirente, a fissare il prezzo “in buona fede”. Vedi *id.* § 2-305 e 2-306.

<sup>221</sup> Albert H. Choi; Geeyoung Min, *Contractarian Theory and Unilateral Bylaw Amendments*, 104 Iowa L. Rev. 1 (2018). L’articolo disegna un interessante parallelismo tra la modifica dello statuto da un lato e la modifica del contratto dall’altro. Partendo dal presupposto che gli organi sociali e gli statuti costituiscono un “contratto” tra gli azionisti e la società, gli autori sostengono l’utilità di prendere in prestito i principi del diritto contrattuale al fine di gestire il diritto unilaterale di modificare lo statuto sociale. Dopo aver esaminato le varie limitazioni imposte dal diritto contrattuale al potere discrezionale della parte che modifica, gli articoli suggeriscono che un controllo giurisdizionale attivo, attraverso la vigorosa applicazione del principio di buona fede e degli obblighi di correttezza, sarebbe un buon soluzione nel mantenere la flessibilità desiderata arginando allo stesso tempo l’opportunismo della controparte (amministratori e azionisti di controllo). Vedi anche John C. Coffee, Jr., *No Exit?: Opting Out, the Contractual Theory of the Corporation, and the Special Case of Remedies*, 53 BROOK. L. REV. 919, 924 (1988). Il professor John Coffee ha sostenuto che il rischio di opportunismo manageriale è maggiore quando la modifica non è di facile comprensione per gli azionisti, e per evitare tali modifiche opportunistiche,

Una delle principali categorie di interesse per la nostra analisi è quella dei contratti bancari. Si tratta di contratti “relazionali” stipulati con una banca o con un istituto finanziario per la prestazione di servizi multipli, che coinvolgono direttamente la fiducia e la continuità del rapporto con il cliente-consumatore. Quest’ultimo ha interesse alla prosecuzione positiva del contratto, ma è la controparte - banca o istituto finanziario - che gioca un forte ruolo nella gestione dello stesso.

La dottrina americana a riguardo parla di “razionalità limitata” del consumatore; tale espressione rende efficacemente l’idea che i consumatori non siano in grado di ricevere, immagazzinare ed elaborare un grande volume di informazioni specifiche, o di prevedere le future contingenze.

Ecco perché l’approccio relazionale sottolinea la necessità di mantenere l’equilibrio nella revisione contrattuale effettuata dalla banca, in qualità di parte competente ed esperta del contratto.

#### 6. Limitazioni all’uso delle *change of terms clauses*

Abbiamo già delineato la presenza di vantaggi e svantaggi nell’esercizio di una clausola di modifica dei termini contrattuali.

Da un lato, preservare la flessibilità del contratto attraverso il possibile adeguamento dell’assetto iniziale degli interessi può consentire ad entrambe le parti di ottenere quanti più benefici possibile dall’operazione economica.

Invero, secondo l’approccio tipicamente liberista del modello statunitense, fintanto che la parte dominante è in grado di svincolarsi

---

l’autore suggerisce di guardare al diritto contrattuale, tra cui il Restatement (Second) of Contracts sez. 89, in cui si chiede che la modifica sia “giusta ed equa rispetto a circostanze non previste dalle parti”.

da un’allocazione del rischio divenuta meno conveniente, quella parte dominante ha maggiore incentivo a stipulare contratti e il mercato risulta più fluido.

Anche il contraente più debole può beneficiare della modifica unilaterale da parte del professionista. Innanzi tutto, spesso il consumatore preferisce pagare meno assumendo rischi maggiori ai sensi del contratto. Inoltre, i consumatori hanno l’opportunità di accaparrarsi il miglior prezzo sul mercato, recedendo da quello divenuto più costoso e stipulando un nuovo contratto con un altro operatore.

D’altra parte, come abbiamo detto, questi contratti tendono ad essere relazionali e determinano la nascita di aspettative tra le parti. Durante il corso del rapporto le parti possono effettuare investimenti basati su tali aspettative e se la parte dominante modifica i termini di un contratto, la parte che subisce tali modifiche può vedere mortificate le sue aspettative. Inoltre, spesso alcune parti non sono in grado di negoziare consapevolmente e neppure, talvolta, di capire i termini procedurali: per questa via le revisioni unilaterali si prestano ad essere strumentalizzate per eliminare diritti procedurali a tutela del contraente debole.

Per queste ragioni, il potere di modificare unilateralmente il contratto deve essere esercitato nel rispetto dei principi di buona fede e ragionevole aspettativa delle parti, al fine di non incorrere nell’esito negativo del vaglio giudiziario.

A tal proposito, i giudici statunitensi hanno utilizzato varie dottrine per imporre restrizioni contro il possibile abuso del diritto potestativo di modifica unilaterale, il quale, dunque, non viene limitato *a priori*,

bensì modulato *a posteriori*, distinguendo caso per caso e intervenendo quando il suo concreto esercizio produce un risultato iniquo<sup>222</sup>.

In particolare, una *change of terms clause* solleva le seguenti questioni: se il diritto è formulato in modo così indeterminato da rendere il contratto “illusory”; se il diritto favorisce in modo così netto una parte da rendere il contratto “unconscionable”; se l’obiettivo che le parti volevano verosimilmente ottenere attraverso un potere di modifica unilaterale non è stato rispettato (“interpretation”); se non è stato, altresì, rispettato il canone di “good faith and fair dealing” nel dare esecuzione alla modifica.

Nelle righe che seguono verrà svolta una breve analisi di queste figure nel dettaglio<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> Per quanto riguarda la regolamentazione delle clausole di modifica dei termini, possiamo trovare diverse disposizioni nell’U.C.C., applicabili sia ai contratti commerciali che a quelli dei consumatori ma limitatamente alle vendite di beni (anche se spesso considerate come fonte di utile analogia per contratti operanti in settori diversi). Vedi § 2-305: “Le parti possono concludere un contratto di vendita anche se il prezzo non è regolato. Un prezzo che deve essere fissato dal venditore o dall’acquirente necessita che il soggetto operi in buona fede”. § 2-311 “Un accordo non è reso invalido dal fatto che alcuni dettagli della prestazione debbano essere specificati da una delle parti. Qualsiasi specifica deve essere fatta in buona fede e nei limiti stabiliti dalla ragionevolezza commerciale”. Il Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act (detto anche Credit Card Act), firmato nel 2009 dal presidente Obama, nella sezione § 101 modifica il Truth in Lending Act (TILA § 127) estendendo il preavviso a 45 giorni per l’efficacia della modifica unilaterale del contratto, dando al consumatore il diritto di cancellare l’account e completare il pagamento in base alle condizioni precedenti alla modifica dell’account.

<sup>223</sup> Vedi Peter A. Alces & Michael M. Greenfield, *They Can Do What!?* *Limitations on the Use of Change-of-Terms Clauses*, 26 GA. ST. U. L. REV. 1099 (2010) (in cui vengono esaminati i numerosi contesti in cui le change of terms clauses operano); Oren Bar-Gill & Kevin Davis, *Empty Promises*, 83 S. CAL. L. REV. 985 (20 10); David Horton, *The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments*, 57 UCLA L. Rev. 605 (2010); Michael L. De Michele &

L’ambito di rilevanza della dottrina della *illusory promise* è principalmente quello dei contratti commerciali, in cui una parte si riserva il diritto di determinare il prezzo, la quantità o di specificarne altri aspetti particolari.

La sezione 2-311 dell’U.C.C. riconosce alle parti tale facoltà, affermando che un accordo di vendita non è reso invalido dal fatto che determinati particolari della prestazione vengano lasciati alla specificazione di una delle parti, purché ciò avvenga nel rispetto del principio di buona fede e nei limiti stabiliti dalla ragionevolezza commerciale<sup>224</sup>. A volte la migliore risposta all’incertezza contrattuale è convivere con essa fino al momento in cui *deve* essere risolta, e lasciando che sia una delle parti contraenti a risolverla. Finché la discrezionalità della parte autorizzata a risolvere l’incertezza è limitata in qualche modo significativo, l’interesse dell’altra a mantenere una determinata ripartizione del rischio non è compromesso. Ad esempio, se le parti sottopongono espressamente il diritto di modifica unilaterale a determinati obblighi, come quello di fornire un preavviso scritto alla controparte, la parte dimostra di impegnarsi nel costruire una promessa non “illusory”<sup>225</sup>.

Passando al concetto di *interpretation*, alcune pronunce si sono soffermate sul rispetto della intenzione manifestata dalle parti nel confezionare la clausola attributiva del diritto di variazione, affermando

---

Richard A. Bales, *Unilateral-Modification Provisions in Employment Arbitration Agreements*, 24 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 63 (2006).

<sup>224</sup> Vedi *Fagerstrom v. Amazon.com, Inc.*, 141 F. Supp. 3d 1051, 10 66 (SD Cal.2015).

<sup>225</sup> Quando non vi è alcun impegno e quindi nessuna promessa, anche il contratto non viene preso in considerazione. Di conseguenza, alcuni tribunali trattano il problema della promessa illusoria come una “lack of consideration” (assimilabile ad una mancanza di causa del contratto).

che l’esercizio di tale potere deve riguardare aspetti indicati esplicitamente dalla clausola in questione, o quantomeno affini, e non può invece esplicarsi su aspetti non contemplati dalla stessa.

In altri termini, quando una parte garantisce all’altra il diritto di modificare il contratto, la portata di questo diritto non è illimitata e il suo esercizio al di là dei limiti costruiti dalla clausola non è legittimo, poiché deve essere rispettata la soglia di discrezionalità accettata dalla parte “passiva”, come illustrato nel caso *Badie* contro *Bank of America*. Secondo la conclusione della Corte, dal momento che nel contratto non si discuteva di questioni collaterali come di tecniche di risoluzione alternativa delle controversie, il potere di variazione non poteva legittimamente estendersi alla regolazione di tali aspetti<sup>226</sup>.

Un altro importante filtro di legittimità applicato dalle corti statunitensi alle *change of terms clauses* è costituito dalla dottrina della *unconscionability*, menzionata nell’U.C.C. ed importante fonte analogica

---

<sup>226</sup> Il caso *Badie* contro *Bank of America*, 79 Cal. RPTR. 2d 273 (Cal. Ct. App. 1998), riguarda i contratti tra i ricorrenti – consumatori e Bank of America. L’accordo originale conteneva una clausola di modifica dei termini che recitava nei termini seguenti: “We May Change or Terminate Any Terms, Conditions, Services or Features of Your Account (Including increasing Your Finance Charges) at Any Time. We May Impose Any Change in Terms on Your Outstanding Balance, as Well as on Subsequent Transactions and Balances. We may also add new terms, conditions, services or features to your Account”. Successivamente, Bank of America ha tentato di inserire una clausola compromissoria obbligatoria modificativa dell’accordo inviando l’accordo modificato per posta ai propri clienti, e sostenendo che la *change of terms clause* autorizzava qualsiasi modifica. Il tribunale non si mostra d’accordo: gli unici “termini” di fatto inclusi nella clausola riguardavano questioni interne al rapporto banca – cliente e di natura tecnica (“pertain to percentage rates for purchases, various fees, the method of computing balance, and the grace period”), non potendo dunque includere anche questioni attinenti la risoluzione delle controversie. V. anche *Kortum-Managhan v. Herbergers NBGL*, 204 P.3d 693 (Mont. 2009); *Discover Bank v. Shea*, 827 A.2d 358 (N.J. Super. Ct. Law Div. 2001); *Sears Roebuck & Co. v. Avery*, 593 S.E.2d 424 (N.C. Ct. App. 2003).



anche per l’esame di altri contratti non rientranti nel campo di applicazione dello stesso<sup>227</sup>. Secondo il caso di riferimento in materia, *Williams vs Walker-Thomas Furniture Co*, la *unconscionability* può essere definita come la “mancanza di scelta significativa per una delle parti, unitamente a termini contrattuali irragionevolmente favorevoli per l’altra parte”.

Pertanto, una clausola di modifica unilaterale dei termini contrattuali viene considerata “unconscionable” se conferisce alla parte dominante il potere di lasciare l’altra alla sua mercé, senza una reale alternativa praticabile<sup>228</sup>.

I tribunali hanno spesso invocato la dottrina della *unconscionability* come limite per l’applicabilità di tali clausole. Un esempio è contenuto nel caso *Powertel, Inc. vs. Bexley*<sup>229</sup>, in cui un noto operatore americano di telefonia ha aggiunto una clausola compromissoria forzosa ai contratti esistenti, includendo l’accordo modificato nella fattura mensile destinata ai clienti. La Corte ha respinto l’argomento in virtù del quale i consumatori avrebbero potuto evitare la clausola, risolvere il contratto e rivolgersi ad un altro operatore telefonico. Questa opzione avrebbe comportato disagi e “switching costs” che difficilmente il consumatore sceglie di sopportare se non mosso da un immediato obiettivo di convenienza economica (come potrebbe essere quello di evitare un

---

<sup>227</sup> Come già ricordato, l’U.C.C. § 2-302 (2002) è applicabile alle vendite di beni. Il Restatement (Second), applicabile a tutti i contratti, statuisce: “If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result”.

<sup>228</sup> Questo sembra essere il punto di vista dei Principles of the Law of Software Contracts, recentemente adottati dall’American Law Institute.

<sup>229</sup> *Powertel, Inc. contro Bexley*, 743 So. 2d 570 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).

incremento di prezzo), dunque il consumatore non aveva una *scelta alternativa significativa*.

L’efficacia della clausola dipende dunque da una valutazione positiva circa la ragionevolezza dei termini modificati, alla luce del principio di buona fede e correttezza contrattuale<sup>230</sup>.

In caso contrario, la Corte può limitare o escludere l’*enforceability* della *change of terms clause*<sup>231</sup>.

Secondo un approccio “relazionale”, dunque, la buona fede incoraggia alla continuità e alla efficiente conservazione dei rapporti contrattuali, costituendo al contempo una delle principali fonti di responsabilità contrattuale.

Ruolo centrale all’interno della teoria relazionale viene infatti svolto dai concetti di equilibrio, giustizia contrattuale e relazione cooperativa tra le parti<sup>232</sup>.

L’applicazione del principio di buona fede presuppone che ci sia una qualche componente discrezionale nello svolgimento delle prestazioni contrattuali, e se un tribunale stabilisce che la variazione unilaterale è stata compiuta in malafede, la stessa può essere dichiarata invalida<sup>233</sup>. Uno dei primi casi in cui un tribunale ha applicato l’obbligo

---

<sup>230</sup> *Flemma v. Halliburton Energy Servs., Inc.* 303 P-3 d 814, 820-21 (N.M. 2013), in cui un contratto di lavoro contenente una *change of terms clause* è stato definito “unconscionable” perchè irragionevolmente a favore della società.

<sup>231</sup> Il Codice per la protezione dei consumatori, conosciuto come UDAPs (for Unfair or Deceptive Acts or Practices Acts) prevede ulteriori rimedi per la tutela dei consumatori.

<sup>232</sup> Per un’analisi di questo fenomeno, si veda Ronaldo Porto Jr. Macedo, *Relational Consumer Contracts: New Challenges for Brazilian Consumer Law*, 12 Soc. & Legal Stud. 27 (2003).

<sup>233</sup> Il Restatement (Second) of Contracts stabilisce che “ogni contratto impone a ciascuna parte un dovere di buona fede e di correttezza nell’esecuzione”. Secondo il Restatement (§ 205), occorre che ci sia coerenza con le aspettative giustificate dell’altra parte contrattuale; si esclude la validità

di buona fede per valutare la legittimità dell’esercizio da parte di un commerciante del potere di modifica dei termini di un contratto di consumo è il caso *Best v. U.S. Nat. Bank of Oregon* <sup>234</sup>. La banca convenuta aveva imposto una commissione ai depositanti che non disponevano di fondi sufficienti per essere liquidati. I depositanti hanno proposto un’azione collettiva sostenendo la violazione dell’obbligo di buona fede da parte della banca. La Corte suprema dell’Oregon ha dichiarato: *“quando una parte contrattuale ha discrezionalità nell’esecuzione di alcuni aspetti del contratto, le parti generalmente concordano che tale discrezione verrà esercitata per scopi particolari. Se la discrezione viene esercitata per scopi non contemplati dalle parti, la parte che esercita la discrezione si è comportata in malafede”*.

---

di un elenco di comportamenti caratterizzati dalla presenza di “malafede” in quanto non in linea con un canone di decenza, correttezza e ragionevolezza (es. *abuso del potere di specificare i termini di un contratto*).

<sup>234</sup> *Best v. US Nat. Bank of Oregon* 739 P.2d 554 (Or.1987) .

## Capitolo IV

### POSSIBILI INTERAZIONI TRA TEORIA RELAZIONALE, *IUS VARIANDI* E ADEGUAMENTO DEL CONTRATTO

#### 1. Autonomia ed eteronomia contrattuale

La parziale apertura che le corti inglesi stanno dimostrando nei confronti del recepimento delle clausole generali, prima respinte per tradizione consolidata, rende ancora più attuale il dibattito sul rapporto tra autonomia ed eteronomia contrattuale, già molto presente nello scenario giuridico di *civil law* e accentuatosi con la recente tendenza giurisprudenziale a correggere il regolamento contrattuale squilibrato attraverso l’uso delle clausole generali<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> Sul tema della giustizia contrattuale si pensi al dato significativo della comparsa, nelle più rilevanti opere enciclopediche giuridiche, di un’apposita «voce» (R. Sacco, voce Giustizia contrattuale, in Dig. disc. priv. sez. civ., Agg., Torino, 2012, pp. 534 ss.; Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 447). In dottrina, Macario, *L’autonomia contrattuale nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*; in *Questione Giustizia*, 4/2016, pp. 52 ss.; Lipari, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 39 ss.; Vettori, *Il contratto giusto nell’ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, pp. 149 ss.; Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr./Europa*, 2005, pp. 509 ss.; Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, pp. 451 ss. L’idea che il nostro codice civile si ispiri ad un modello egualitario del contratto è storicamente fondata: Roppo, nella sua opera *Il contratto*, Bologna, 1977, 3, ragiona in termini di “eguaglianza di posizioni giuridico formali tra i contraenti”. Per interessanti spunti di riflessione nel senso opposto, si veda A.M. Benedetti, *Ius variandi nei contratti bancari, esiste davvero? Appunti per una ricostruzione*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 5, 2018, p. 613: “l’idea così diffusa che il codice civile (...) presupponga (o si ispiri a) un modello egualitario, sebbene storicamente fondata, sembra non trovare risponidenza nel quadro codicistico. (...) il codice preferisce, talvolta, la diseguaglianza dei poteri, quando essa appare uno strumento efficiente di governo del rapporto contrattuale o, perfino, quando essa viene utilizzata (dal legislatore) per favorire la nascita del contratto. (...)”

Il potere del giudice, di riempimento e di adattamento al caso concreto, sarebbe espressione di quella integrazione cogente definita da autorevole dottrina come una forma di integrazione che “non supplisce a un accordo mancante, bensì si sovrappone a un accordo esistente tra le parti ma disapprovato dall’ordinamento giuridico perché violatore di interessi o valori preminenti”<sup>236</sup>, in questo caso l’interesse all’equità contrattuale<sup>237</sup>.

---

lo stesso *accordo*, cuore del modello classico, nasce nella (e dalla) disegualianza, perché i protagonisti del procedimento di formazione si trovano collocati in una posizione di squilibrio (legislativamente) formalizzato (...). Alludo ai poteri del proponente: i) di fissare un termine per l’accettazione, o di rinunziarvi; ii) di fissare una forma dell’accettazione; iii) di sostituire l’accettazione con l’esecuzione della prestazione richiesta; iv) di revocare la proposta con uno spazio temporale maggiore di quello concesso all’oblato per revocare l’accettazione. Dov’è il modello egualitario?”. In quest’ottica provocatoria anche il rapporto tra il modello di contratto italiano e inglese potrebbe rileggersi in termini di maggiore affinità.

<sup>236</sup> Roppo, *Il contratto*, ed. II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, 471. In merito all’attività di interpretazione del contratto, secondo l’opinione consolidata della giurisprudenza, chiaramente espressa in Cass., 19.7.2004, n. 13392: “i canoni legali di ermeneutica contrattuale sono governati da un principio di gerarchia (1362-1371 c.c.) in forza del quale quelli strettamente interpretativi (art. 1362-1365) prevalgono su quelli interpretativi-integrativi (artt. 1366-1371 c.c.) quale va considerato anche il principio dell’interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.), che rappresenta un mezzo (...) soltanto sussidiario dell’interpretazione, non invocabile quando il giudice di merito abbia, attraverso l’esame degli elementi di prova raccolti, già *aliunde* accertato l’effettiva volontà delle parti”. Oggi, invece, il canone ermeneutico di cui all’art. 1366 c.c. non è più qualificato come un criterio sussidiario di interpretazione oggettiva ma assurge a “primario criterio di interpretazione soggettiva”: secondo Cass. 6.5.2015, n. 9006, “l’obbligo di buona fede o correttezza *ex art.* 1366 c.c. quale criterio di interpretazione del contratto (fondato sull’esigenza definita in dottrina di solidarietà contrattuale), si specifica in particolare nel significato di lealtà, sostanziandosi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte (...). A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non

In linea con tale tendenza, l’orientamento piú recente afferma come, con riferimento alle fonti di integrazione del contratto, vengano in rilievo anche altre norme, tra cui in particolare l’art. 1375 c.c., che si occupa della buona fede *in executivis*<sup>238</sup>.

Sembra dunque “ormai assunto a diritto vivente” il principio secondo cui è dato al giudice il potere di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l’equo contemperamento degli interessi delle parti”.<sup>239</sup>

Il tradizionale metodo sussuntorio utilizzato dal giudice, consistente nel ricondurre il fatto concreto alla corrispondente fattispecie astratta delineata dal legislatore, con conseguente ragionevole prevedibilità della decisione, lascia spazio al metodo del bilanciamento, che implica

---

rispondenti alle intese raggiunte (...) e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell’accordo negoziale”.

<sup>237</sup> Tale intervento equitativo da parte del giudice sta acquisendo rilevanza sempre maggiore anche rispetto alla ammissibilità e alla definizione della giusta misura della clausola penale. Dalla possibilità di riduzione d’ufficio si è giunti infatti all’estensione del potere di riduzione ad ogni categoria contrattuale (compresa la transazione, ambito in cui le parti dispongono di un’ampia autonomia di regolazione e composizione dei reciproci interessi) fino a giungere ad identificare nel danno effettivamente subito il parametro che il giudice è chiamato ad utilizzare per valutare la manifesta eccessività o sproporzione della penale stessa. Sul punto la Corte di Cassazione ha infatti precisato che il giudice, nel compiere il giudizio di apprezzamento sulla eccessività dell’importo, “deve sempre tenere presente l’equilibrio delle prestazioni” (Cass., Sez. III, 16 febbraio 2012, n. 2231).

<sup>238</sup> In tal senso Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, in *Le monografie di contr. e impr.*, serie diretta da Galgano, Padova, 2010, p. 500. Sembra interessante notare come si esprima nel senso della buona fede come fonte di integrazione del contratto anche la Relazione Telematica della Suprema Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, 10 settembre 2010, n. 116, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*.

<sup>239</sup> Cass., Sez. Un., 6.5.2016, n. 9140.

un elevato margine di soggettività valutativa, a scapito della prevedibilità<sup>240</sup>.

Ciò risulta particolarmente evidente con riferimento alle ipotesi in cui il potere del contraente trova fondamento negli accordi intervenuti tra le parti: paradigmatica in merito la discussa pronuncia sull’abuso del diritto di recesso, in cui la Suprema Corte ha affermato che “disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato”.<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> Gentili, in *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? L’uso alternativo della buona fede e dell’abuso del diritto*, in Perlingieri – Ruggieri (a cura di), *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli 2016, p. 78, afferma che di fronte a clausole generali, principi, valori, “il senso della legge è quello che i giudici stabiliscono”. Sul rapporto tra sindacato giurisdizionale e applicazione delle clausole generali, Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 685; Navarretta, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262, la quale afferma che le clausole generali «non possono essere contenitori infiniti consegnati al monologo giudiziale, ma rappresentano la trama di valori che consente all’interprete di intessere un dialogo con altri attori istituzionali», in uno «sforzo di portare a sistema i frammenti di modelli delineati dal legislatore nazionale ed europeo» (p. 1291). In un’analoga prospettiva, M. J. Hesselink, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, pp. 81 ss.

<sup>241</sup> Cass., 18.9.2009, n. 20106. Afferma Granelli, in *Autonomia privata e intervento del giudice*, *Jus civile*, 3/2018, pp. 403 ss.: “Il punto è che le dotte affermazioni di principio che si rivengono nella motivazione della pronuncia in discussione avrebbero potuto far preconizzare, per il futuro, un diffuso, penetrante, fisiologico controllo giudiziale, anche in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale, (...) così segnando una sorta di discontinuità rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali, che evocavano invece i concetti di “abuso ed eccesso di potere”, di “exceptio doli”, di “buona fede oggettiva” per rifiutare tutela solo a condotte fraudolente di particolare gravità, normalmente caratterizzate dall’intenzione di nuocere alla controparte. Le successive pronunce della Suprema Corte si sono peraltro incaricate di stemperare le preoccupazioni degli uni così come le speranze degli altri, riportando entro limiti più tradizionali il controllo giudiziale in ordine all’esercizio, da parte di

La sentenza in questione, che contiene una rielaborazione degli elementi costitutivi dell’abuso del diritto, afferma che esso “lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l’utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori”.

L’innesto di una simile argomentazione risulterebbe piuttosto forzato nel diritto inglese, il quale rifiuta la possibilità di sindacare la meritevolezza di tutela di un atto, altrimenti lecito, scrutinandolo dal punto di vista dell’*abuse of right*, soprattutto qualora il paradigma dell’abuso venga fatto operare secondo il criterio della finalizzazione al conseguimento dell’obiettivo di trarre “lecitamente” vantaggio tramite altrui danno. Il sistema anglosassone è infatti tradizionalmente un sistema a carattere rimediabile in cui il diritto si determina con riferimento ai rimedi azionabili in giudizio piuttosto che alle situazioni soggettive sostanziali: il fine puramente egoistico e l’*animus nocendi* non bastano a qualificare un atto come *unlawful* e, dunque, a integrare una

---

un contraente, di facoltà/diritti allo stesso attribuiti contrattualmente”. In materia di *ius variandi*, si veda Cass. 2.7.2015, n. 13580, in cui viene considerato in contrasto con il principio di buona fede oggettiva l’esercizio unilaterale, da parte della società mandante, dello *ius variandi* previsto a suo favore in un contratto di agenzia, che implicava però una “riduzione dell’88% del portafoglio clienti” assegnato all’agente, con l’esito di “alterare la causa stessa del contratto di agenzia, ponendo l’agente nell’oggettiva impossibilità di proseguire il rapporto, anche soltanto in via provvisoria”. In dottrina, per un approfondimento sulla problematica dell’equilibrio economico si veda Sciarrone – Alibrandi - Mucciarone, *Le pluralità di serie normative di ius variandi nel T.u.b.: sistema e fratture*, in *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, p. 12 e ss.; G. Grisi, *Equilibrio e giustizia dello scambio contrattuale*, in Bessone, *Casi e questioni di diritto privato, XXI – Il Contratto in Generale*, a cura di Alessi e Grisi, *Il Contratto nella società moderna*, Milano, 2002, p. 10 e ss.



fattispecie di illecito, a prescindere dunque dalle conseguenze che ciò possa avere sulla sfera soggettiva di altri soggetti<sup>242</sup>.

In un’ottica di *civil law*, invece, il principio della effettività della tutela giurisdizionale determina il ruolo servente del processo rispetto al diritto sostanziale: non possono esservi situazioni sostanziali non tutelabili solo perché il legislatore non ha ancora tipizzato il rimedio processuale. Se, dunque, il diritto sostanziale evolve più velocemente, al riconoscimento della rilevanza giuridica di nuove posizioni soggettive e della inadeguatezza dei rimedi procedurali, si rende necessario o il riallineamento della forma alla sostanza con la tipizzazione di nuovi rimedi o il passaggio da una visione oggettiva ad una soggettiva del principio di effettività, attraverso il ruolo creativo della giurisprudenza<sup>243</sup>. Ed è quest’ultimo fenomeno che, secondo la dottrina

---

<sup>242</sup> Si veda, per una analisi generale, Mattei, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, pp. 19 ss.; De Vita, *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 267 e Viglione, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l’autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 347, il quale evidenzia che nel diritto anglosassone la rilevanza nell’affidamento che ognuna delle parti ripone sulle dichiarazioni negoziali è incompatibile con l’ingresso in via ermeneutica di istanze riequilibratrici degli assetti di interessi delineati dalle parti e conformati in base ad un’interpretazione secondo ragionevolezza.

<sup>243</sup> Quando si parla di principio di effettività, invero, occorre tenere a mente le due diverse e possibili declinazioni dello stesso: da un lato, nella sua più tradizionale variante oggettiva, come derivato del principio di legalità formale, consiste nel concepire l’osservanza delle norme all’interno di un corpo sociale come presupposto dell’esistenza di un ordinamento giuridico (*ex multis* Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale, Analisi e diritto*, 1998, 203 ss., il quale interpreta anche il pensiero di Kelsen, affermando come sia stato “elemento costante delle concezioni giuspositiviste assumere un certo grado di effettività sociale come requisito della validità del diritto”). Dall’altro lato, si parla di principio di effettività in chiave soggettiva per intendere l’attribuzione di valore a determinate condotte e prassi anche a discapito della legalità formale, nella visione per cui le norme vigenti debbano tendenzialmente assecondare l’effettività sociale, in un processo sviluppatosi in chiave giusrealista di progressivo contrasto al formalismo giuridico.

più autorevole, sta prendendo piede e determinando la perdita di incisività dell’autonomia contrattuale<sup>244</sup>.

Riprendendo le fila del discorso iniziale, e cioè per far fronte alla difficoltà di innestare in un sistema di *common law* un concetto come

---

L’effettività diventa così una misura della tutela dei diritti, viene intesa come il diritto ad un rimedio effettivo, e per questa via il principio di effettività spinge verso una estensione dei poteri del giudice, chiamato ad adeguare il rimedio alle necessità del caso concreto. Si muove in questa direzione anche l’ampliamento dei poteri di pronuncia d’ufficio del giudice (si pensi alla rilevazione d’ufficio delle nullità negoziali – Cass. S.U. del 12.12.2014, n. 26242 – alla condanna del convenuto al risarcimento per equivalente a fronte di una domanda di risarcimento in forma specifica – da ultimo Cass. 19.1.2017, n. 1361, e alla già richiamata correzione equitativa della clausola penale).

<sup>244</sup> Libertini, in *La nuova declinazione del principio di effettività*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2018, pp. 1071 ss. ritiene infatti che tale perdita di incisività si leghi al progressivo potenziamento della creatività giurisprudenziale e all’affermazione sempre più consistente del principio di effettività nella sua versione soggettiva, attraverso la quale lo stesso principio assume una discutibile “luce paternalistica” e una concezione della giurisprudenza come fonte primaria del diritto, in quanto custode di uno “ius di valore preminente rispetto alle leggi”. A conferma di ciò vengono menzionati casi in cui le Supreme Corti hanno fatto un uso audace delle clausole e dei principi generali: così la Corte Costituzionale, che con le sentenze n. 248 del 24 ottobre 2013 e 77 del 2 aprile 2014 in tema di riduzione della caparra eccessiva, ha invitato i giudici all’applicazione diretta del principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. invece che giungere ad un medesimo risultato ad esempio attraverso una sentenza additiva dell’art. 1384 c.c., o la Cassazione che per censurare il recesso ingiustificato da un contratto tra imprese ha invocato il principio del divieto di abuso del diritto anziché proclamare l’applicazione della legge speciale del divieto di abuso di dipendenza economica (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106). Afferma l’autore: “una prospettiva che vede tutto nella dialettica tra diritto soggettivo e giudice è limitata e distorta. (...) Il punto critico dell’attuale cultura giuridica è la perdita della dimensione istituzionale. Paradossalmente, in società globalizzate e complesse assistiamo all’esaltazione del diritto “spontaneo”, privo di dimensione istituzionale e legittimato dal pluralismo sociale. (...). In sostanza, credo che la riduzione del principio di effettività alla sola dimensione soggettiva del “diritto ad un rimedio effettivo” costituisca un impoverimento assiologico del principio. Ciò non significa che la dimensione soggettiva debba essere tralasciata o trascurata, ma solo che dovrebbe essere recuperato il primato della concezione oggettiva (ordinamentale) del principio di effettività”.

quello di abuso del diritto, similamente ai concetti già esaminati di buona fede e correttezza contrattuale, ad esso contigui e allo stesso modo estranei alla “semantica” della tradizione anglosassone, occorrerà far leva su “equivalenti funzionali” elaborati dai giudici inglesi avvalendosi di concetti giuridici propri della loro cultura.

Come osserva la letteratura più autorevole in materia di diritto contrattuale inglese “ci sono segnali di cambiamento, sia nell’atteggiamento delle corti che in quello della dottrina nei confronti del concetto di buona fede. Ostilità e scetticismo stanno lasciando spazio a una sempre maggiore recettività. Procedendo in questa direzione, non è escluso che le corti inglesi in futuro saranno pronte a riconoscere l’esistenza di una teoria generale sulla buona fede nel diritto dei contratti” con cui i giudici inglesi, avvalendosi di concetti giuridici propri della loro cultura, raggiungono esiti simili ai nostri<sup>245</sup>.

---

<sup>245</sup> McKendrich, *op. cit.*, 496. Ad esempio, in sede comparatistica il divieto di *nuisance* è considerato l’equivalente funzionale del nostro divieto di atti emulativi, avendo come presupposto una interferenza significativa e irragionevole da parte di un terzo in una situazione di appartenenza altrui. L’irragionevolezza del risultato assume maggiore centralità rispetto a quanto accade nel modello di abuso continentale fondato sull’*animus nocendi*. La definizione di *private nuisance* è tratta da De Franchis, *Law dictionary*, Milano, 1984, p. 1064. V. tra gli altri Napier, *Abuse of Rights in British Law*, in Rotondi, *L’abuso del diritto*, in *Inchieste di diritto comparato*, VII, Padova, 1979, pp. 267 ss.. Ancora, all’interno dell’area del *law of torts* vi è una categoria specifica, quella degli *economic torts*, relativa agli illeciti produttivi di un danno puramente economico cagionato nell’ambito di attività che possono considerarsi esercizio di uno specifico diritto dell’agente, rispetto alla quale il requisito dell’intenzionalità del pregiudizio è un elemento essenziale (anche se non sufficiente) per il sorgere della responsabilità. È necessario infatti accertare la presenza della *unlawfulness*, ovvero che la condotta contraddistinta da *malice* integri un *crime* o un *civil wrong* (violazione di obblighi contrattuali o legali). Il requisito degli *unlawful means* si spiega in quanto l’ambito in cui gli *economic torts* sono stati elaborati è quello della concorrenza sleale, nel quale l’intenzione di cagionare una perdita puramente economica (ovvero la

Il giudice inglese sir George Jessel nel 1865 scriveva: “se vi è una cosa che l’interesse pubblico richiede più di ogni altra, essa è che gli uomini maturi e consapevoli devono avere la massima libertà di contrattare, e che i loro contratti devono essere fatti rispettare dai tribunali”.

Oggi, tramite il varco che le corti inglesi sembrano lentamente aprire verso l’accoglimento del principio di buona fede – se pur filtrato attraverso “equivalenti funzionali” meglio assimilati dalla tradizione giuridica di *common law* – sembra ci sia un margine più elevato di interrelazione con le nostre corti.

Il diritto contrattuale anglosassone rimane, comunque, un buon esponente di quel *commercial common sense and realism* che assicura fluidità alle odierne economie di mercato: “nel diritto generale dei contratti politica della giustizia e politica dell’efficienza vanno intrecciandosi”<sup>246</sup> al fine di arginare il rischio di *over protection* e di perdita di incisività della autonomia contrattuale<sup>247</sup>.

---

riduzione dei profitti) deve essere accompagnata dall’utilizzo di mezzi che non rappresentino il legittimo perseguimento del profitto imprenditoriale. Tale profilo richiama la dottrina dell’abuso sviluppatasi in ambito comunitario con il caso *Centros*, in cui la Corte ha chiarito che la condotta di soggetti che costituiscono una società in uno stato al fine di avvalersi dei vantaggi che la disciplina nazionale determina e che poi dirigono tutta l’attività della società nel territorio di un altro stato può considerarsi abusiva solo se il risultato che ne discende non può essere ritenuto conforme alla *ratio* che mediante l’attribuzione di quella specifica prerogativa dovrebbe realizzarsi. Il divieto di abuso di diritto è stato recepito nell’art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza), la quale, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati ed ha pertanto acquisito il rango di principio generale del diritto comunitario.

<sup>246</sup> Lo afferma Gentili, in *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, *Riv. dir. civ.*, 6, 2016, p. 1467.

<sup>247</sup> Sembra interessante notare come, se l’autonomia contrattuale ha perso di incisività, avendo visto erosa la propria capacità di disegnare il contenuto

## 2. Possibili scenari alla luce della comparazione

Abbiamo constatato come nel sistema di *common law* americano, nonostante le parti siano libere di autorizzare una di esse a modificare in via unilaterale il contratto attraverso l’inserimento di una *change of terms clause*, dottrina e giurisprudenza siano consapevoli dei rischi insiti in questa tecnica di gestione del rischio contrattuale.

In particolare nei contratti dei consumatori si aggrava la posizione di soggezione degli stessi al potere della parte dominante (*regulator* o predisponente) di modulare l’adeguamento del contratto in base ai propri interessi.

Invero, anche se gli aderenti preservano il diritto di porre fine al rapporto contrattuale orientandosi verso scelte di mercato potenzialmente più convenienti, questo diritto diventa spesso illusorio, poiché diversi fattori impediscono loro di esercitarlo.

Lo sforzo che porta con sé il cambiamento (si pensi ai c.d. *searching costs* e *switching costs*) rende meno verosimile, a tratti quasi utopica, la

---

contrattuale per lasciare spazio ad istanze riequilibratrici etero-imposte di giustizia contrattuale (*ex multis*, Balestra, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2017, p. 1127, il quale afferma come “lo squilibrio, anche in quelle occasioni in cui, in linea di principio, si afferma il pieno diritto di concludere contratti «rovinosi» - Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 2, p. 137 con nota di Tucci - diviene addirittura elemento idoneo per giungere a negare la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso il contratto atipico”), si assiste, per altro verso, ad un progressivo potenziamento dell’autonomia contrattuale sul fronte delle tecniche di tutela. L’*accordo* assurge a strumento regolatore della tutela del credito e suggella un nuovo binomio tra autonomia privata ed esecuzione forzata, all’interno del quale l’interesse creditorio viene soddisfatto con modalità alternative rispetto a quelle indicate dal legislatore nella disciplina dell’esecuzione coattiva (si pensi ai nuovi patti marciiani tipici, v. D’Amico, Pagliantini, Piraino, Rumi, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017).

scelta di sfuggire a nuovi e meno attraenti termini contrattuali decisi in via unilaterale dalla controparte.

Pertanto, dottrina e giurisprudenza tentano di operare un vaglio di legittimità per quelle clausole confezionate in modo del tutto favorevole alla parte dominante, senza che residui una scelta alternativa significativa per la parte debole<sup>248</sup>.

Nel sistema giuridico americano e nella prospettiva relazionale del contratto, l’attivismo giudiziale è considerato un complemento necessario per i contratti che creano un vincolo durevole, essendo il ruolo del giudice volto ad evitare che una parte, agendo per scopi prettamente egoistici, possa danneggiare eccessivamente l’altra.

I diversi meccanismi utilizzati per fornire limitazioni al cambiamento delle clausole contrattuali hanno come obiettivo quello di mitigare il problema dell’opportunismo contrattuale, pur preservando la flessibilità di cui i contratti relazionali di durata necessitano per essere efficienti.

---

<sup>248</sup> I giudici hanno invocato la “unconscionability” come limite all’applicabilità delle clausole di modifica dei termini contrattuali. Un esempio si ha nel caso citato *Powertel, Inc. contro Bexley*, 743 So. 2d 570 (Fla. Dist. Ct. App. 1999). Un caso simile riguarda il cambiamento regolare dei termini contrattuali: *McKee v. AT&T Corp.* 191 P.3d 845 (Wash. 2008). La vicenda inizia con un’azione di classe dei consumatori volta ad accertare che la compagnia AT&T aveva sovraccaricato i propri clienti telefonici con costi non preventivati. AT&T risponde attivando una clausola arbitrale che avrebbe disattivato l’operatività della *class action*. Man mano che il caso procedeva, divenne chiaro che AT&T aveva modificato unilateralmente le clausole contrattuali sulle tecniche di risoluzione delle controversie così tante volte che persino i suoi stessi avvocati non sapevano quali fossero i termini applicabili al momento della controversia. La Corte di Washington ha rifiutato di far rispettare la clausola arbitrale che avrebbe fatto decadere la *class action*, affermando che la pratica ben nota di evitare azioni di classe inserendo nei contratti di massa clausole arbitrali risulta nel caso di specie un chiaro tentativo di eliminare unilateralmente importanti diritti procedurali dei consumatori.

Un penetrante controllo giudiziario può infatti essere in grado di raggiungere l’obiettivo meglio di altri meccanismi di negoziazione, più costosi e più a rischio di inefficacia<sup>249</sup>.

Il parallelismo con il diritto civile italiano è interessante, perché il tradizionale timore verso una giurisprudenza “invadente” e “creativa” sta lasciando spazio ad una tendenza invece propensa ad accogliere un principio di effettività soggettiva.

Infatti, alla luce della crescente centralità del principio di buona fede, guadagnata anche sotto l’influenza del diritto privato europeo<sup>250</sup>, i nostri giudici tentano sempre di più di preservare un ideale equilibrio contrattuale, rifiutando l’*enforcement* di clausole

---

<sup>249</sup> Per un parere critico, David Horton, *The Shadow Terms: Contract Agreement and Amendments unilateral*, 57 UCLA L. Rev. 605 (2010). L’articolo afferma che nel moderno approccio relazionale, in cui i tribunali hanno il ruolo di annullare nuovi termini che erodono interessi sostanziali, i predisponenti rispondono modificando nuovamente i loro termini. Ciò determina una sorta di conversazione privata tra tribunali e parti contrattuali forti, lasciando inerti i destinatari che saranno comunque soggetti alle revisioni contrattuali a loro sfavorevoli. La frequenza con cui le parti dominanti del contratto esercitano questo potere mina la teoria secondo cui gli aderenti possono esercitare una pressione di mercato per far sì che i primi offrano termini contrattuali soddisfacenti. In conclusione, l’articolo auspica addirittura l’inserimento di un divieto normativo di modifica unilaterale dei termini, soprattutto procedurali, affermando che il controllo giudiziario non è un metodo efficace per evitare gli abusi.

<sup>250</sup> Vedi art. 1:102 Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, 2010. Nel diritto europeo dei contratti, la buona fede ha svolto un ruolo importante come strumento di “chiusura”, consentendo al giudice di stabilire le regole di protezione, ma soprattutto ha contribuito a imporre una nuova visione del contratto e dell’autonomia contrattuale. In un libero mercato, l’autonomia non può significare la possibilità di trarre profitti ingiustificati dalla transazione economica, mortificando con ciò gli interessi legittimi e le aspettative dell’altra parte contraente.

che causano un’eccessiva disparità tra le parti, anche se questo risultato deriva dall’esercizio di un diritto convenzionalmente pattuito<sup>251</sup>.

Pertanto, nonostante il diverso ruolo svolto dalla giurisprudenza nelle due tradizioni giuridiche di *common law* e di *civil law*, sembra che attraverso il principio di buona fede il dialogo tra loro possa aprire nuovi scenari.

### 3. Criticità e questioni aperte nel sistema di *civil law*

Nel nostro ordinamento di *civil law* non viene accolta pacificamente l’idoneità dell’adeguamento giudiziale come strumento di neutralizzazione del comportamento opportunistico delle parti. Tale osservazione attiene a un profilo processuale che non può essere trascurato e che riguarda il *deficit* informativo esistente tra le parti protagoniste del rapporto contrattuale e l’organo giudicante, il quale spesso dispone di informazioni filtrate, poiché i dati in suo possesso dipendono da quanto può essere effettivamente provato dalle parti e da quanto le stesse hanno interesse a provare. Non è perciò scontato che il giudice possa intervenire sull’assetto contrattuale in modo “costruttivo”, dunque con esiti di efficienza e convenienza economica<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> Ad esempio, la Suprema Corte ha affermato che al giudice è conferito il potere di intervenire nel senso di un’integrazione o di una modifica del contratto se è necessario garantire il giusto equilibrio degli interessi delle parti (Cass., Sez. Un., 6.5.2016, n. 9140). Parte della dottrina afferma anche che, nel moderno ordinamento giuridico, nel rapporto tra controllo giurisdizionale e applicazione di clausole e principi generali come la buona fede “il senso della legge è ciò che i giudici stabiliscono” (vedi Gentili, in *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? Uso alternativo della buona fede e dell’abuso del diritto*, in Perlingieri - Ruggieri (a cura di), *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 78 ).

<sup>252</sup> Si pensi, ad esempio, ad un intervento giudiziale sul prezzo di vendita al fine di adeguare il contratto ad un imprevisto aumento dei costi di produzione



Un contratto corretto “male” in sede giudiziale potrebbe infatti risultare imposto per la parte svantaggiata da tale intervento, la quale cercherà di allontanarsi dai termini contrattuali meno appetibili.

Tale rischio potrebbe essere arginato immaginando un netto assottigliamento della discrezionalità giudiziale fino ad ottenere un intervento in chiave meramente ripristinatoria dell’equilibrio originario tra le prestazioni. In tal modo verrebbe, tuttavia, applicato un rimedio *discrete* ad un contratto *relational*. Nel ricercare la stessa coerenza insita nell’assetto di interessi originario, il giudice tratterebbe il contratto di durata come un contratto di scambio istantaneo, con un approccio dunque meno ambizioso di quello teorizzato alla luce della teoria relazionale, la cui premessa di partenza è infatti che tra l’interesse originario e l’interesse attuale vi sia un’evoluzione comportante discontinuità. Sostenere cioè che in un contratto sviluppatosi nel tempo la consistenza degli interessi tra le parti non sia andata modificandosi è una finzione giuridica che produce esiti di dubbia efficienza economica. Come si è cercato di evidenziare, invero, più un contratto si protrae nel tempo, più il punto di incontro in cui si sostanzia la convenienza economica dell’operazione è soggetto a mutamento.

Tentare di correggerlo in chiave meramente ripristinatoria dell’equilibrio originario è senza dubbio una scelta più in linea con le

---

per il fornitore: la funzione equitativa svolta da tale operazione di riadeguamento potrebbe essere compromessa per l’indisponibilità economica del somministrato, il quale potrebbe aver investito il risparmio involontariamente conseguito in altre attività e potrebbe dunque non essere disposto a sostenere il nuovo regime “imposto” giudizialmente. In questo senso, si veda Fondrieschi, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, 262 ss, in cui viene argomentata una distinzione tra adeguamento con funzione determinativa e adeguamento con funzione rinegoziativa.

indicazioni contenute nel codice civile, ispirato al modello del contratto di scambio istantaneo, ma realizza un esito probabilmente meno efficiente di quello che si avrebbe prendendo in considerazione i mutati interessi delle parti al fine di modulare su tale nuova declinazione degli stessi l’intervento correttivo.

Questo significa chiedere al giudice una valutazione di tipo prognostico, in quanto egli dovrebbe spingersi a preventivare le conseguenze future della sua decisione compiendo ciò che le parti hanno rinunciato a fare in sede conclusiva del contratto: inserire il tassello mancante all’interno di un corpo contrattuale strutturalmente incompleto e renderlo efficiente da quel momento in avanti, fino a data da definirsi.

Per intervenire in modo efficace sui contratti relazionali, il giudice dovrebbe esercitare un grado di discrezionalità non concesso dal contesto normativo tradizionale, anche se tiepidamente incoraggiato in tempi recenti<sup>253</sup>.

Allo stesso tempo, come accade in altri ordinamenti giuridici, occorrerebbe forse affrontare la questione dell’adeguamento del contratto anche potenziando gli strumenti volti a favorire un’uscita

---

<sup>253</sup> Fondrieschi, in *Contratti relazionali*, *op. cit.*, 264, auspica una modifica legislativa in tal senso. Afferma inoltre che nel nostro sistema di *civil law*, la posizione dell’organo giudicante è resa ancora più delicata in quanto la sentenza del giudice deve avere un ruolo prescrittivo, non potendo permettersi il “lusso” dell’incompletezza, dunque solo un intervento legislativo potrebbe permettere al giudice una tale assunzione di responsabilità nella ricostruzione del contratto in chiave relazionale. Inoltre, come osserva l’autore, esiste anche un limite implicito costituito dall’efficacia relativa e circoscritta della sentenza: “il giudice può intervenire sul contratto e correggerne i meccanismi, ma non può sovrintendere e garantire anche il suo svolgimento successivo: non è in altri termini il “guardiano” della relazione.

negoziata tutte le volte in cui la prosecuzione risulti inefficiente, anche se auspicabile da un punto di vista equitativo<sup>254</sup>.

Lo scioglimento “relazionale” del contratto è stato considerato da recenti interventi normativi compiuti in altri ordinamenti come strumento di gestione del fenomeno delle sopravvenienze alternativo ad un adeguamento negoziale non praticabile<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> Nel caso *Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*, *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 799 F.2d 265 (1986), viene applicata la c.d. *theory of efficient breach* ad un *long term contract*: “in some cases the enforcement of the specific performance (nella fattispecie il divieto di recedere prima di un determinato termine) would be improper and unnecessary because it forces the continuation of the contract that has become anti economical”. Una tesi simile viene espressa da M. A. Eisenberg, *Relational contracts*, in J. Beatson-D. Friedmann (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 302: “[t]he solution to all the problems presented by such contracts [...] is not to attempt to hold the relationship together, as the relational-contract literature suggests. The law can make rules that will prevent a party from getting away with breaking a deal by opportunistically exploiting the other party’s minor breach by inducing the other’s party breach, or the like but it cannot make rules that will hold a personal relationship together, and should do not so, because rules that would do so would invite opportunistic exploitation. Rather, the solution to the problems presented by such contracts is to allow either party to dissolve the relationship on fair terms, even if the right to dissolve is not written into the contract”. La relazionalità e la cooperazione possono esprimersi in effetti, come riconosce lo stesso Macneil, anche nello scioglimento del contratto: in uno dei suoi primi scritti, egli prende come esempio paradigmatico di contratto relazionale il matrimonio, affermando come il giudice non assolve al ruolo di gestire la crisi matrimoniale imponendo alla coppia il proseguimento del rapporto, ma nell’accompagnare le parti verso una separazione consensuale che possa arrecare loro il minor pregiudizio possibile.

<sup>255</sup> Oltre al modello statunitense, in questo senso sembra utile menzionare: il codice olandese, il cui art. 6:258, comma 1, BWB, prevede che il giudice possa adeguare (*change the legal effects*) o risolvere (*dissolve*) in tutto o in parte il contratto anche con effetto retroattivo; il codice tedesco, § 313, che prevede la possibilità di recedere in alternativa all’adeguamento quando questo non sia possibile o non possa comunque essere preteso; il codice francese, il cui art. 1195 *Code civil* consente al giudice, all’esito del fallimento dei tentativi di rinegoziazione, di procedere o all’adeguamento del contratto (“*reviser le contrat*”) o di risolverlo (“*mettre fin*”).

Il diritto alla tutela della relazione non coincide dunque necessariamente con il diritto alla stabilità della stessa, e l’approccio relazionale può concretizzarsi anche attraverso la gestione relazionale del suo scioglimento, o, come ha affermato la Corte di Cassazione sul punto, con la “procedimentalizzazione” del recesso<sup>256</sup>.

A questo proposito sembra interessante integrare l’analisi con uno degli elementi a cui è stata riconosciuta valenza più spiccatamente relazionale all’interno di un contratto, oltre alla sua durata e all’eventuale carattere fiduciario, ovvero la presenza di investimenti rilevanti. L’ipotesi di contratti con investimenti specifici è forse la più interessante dal punto di vista sociologico, economico e finanche giuridico, al punto da essere quella che riceve una più compiuta regolamentazione dal legislatore di vari ordinamenti, tra cui quello italiano, che ha considerato tale aspetto nella disciplina del contratto di *franchising* (affiliazione commerciale) di cui alla l. 129/2004.

Siamo in questo caso di fronte non più e non soltanto a clausole generali (correttezza, equità, buona fede), come strumento di gestione degli indici relazionali, ma di una disciplina specifica che mira esplicitamente a tutelare il *franchisee* con una norma (quella contenuta nell’art. 3, comma 3, della suddetta legge) posta proprio a presidio degli investimenti compiuti attraverso la prescrizione della durata minima del contratto.

Occorrerebbe a questo punto capire se si tratta di un interesse che viene considerato meritevole di tutela dal legislatore nel caso specifico del contratto di *franchising* o se è rintracciabile tra le maglie della disciplina un interesse generale alla protezione degli investimenti

---

<sup>256</sup> Cass., 28 settembre 2009, n. 20106.

ascrivibile ad una impostazione relazionale di analisi del fenomeno negoziale.

Se prendiamo in considerazione la legge n. 129/04 sull’affiliazione commerciale, la prima ed immediata impressione è che un contratto che potrebbe essere preso a prototipo del modello relazionale viene al contrario inquadrato in uno schema spiccatamente *discrete*.

Lo sguardo del legislatore si sofferma da subito sulle condotte precontrattuali, spostando *ex ante* il baricentro dell’intero *corpus* normativo come se l’esigenza prioritaria fosse quella di rendere l’aspirante affiliato il più consapevole possibile del rischio che assume, e lasciando intentato lo sforzo di tutelarlo dai possibili abusi successivi, con l’unica eccezione della norma prima menzionata sulla durata minima del contratto.

Protagonista assoluta è la disciplina delle informazioni precontrattuali, con la previsione di una serie di obblighi di varia natura, tra cui spicca l’obbligo di descrizione dettagliata degli elementi della prestazione caratteristica (*know how*), mentre lo svolgimento della relazione rimane sfondo opaco della normativa: basti pensare al fatto che non è rinvenibile alcun riferimento testuale al recesso, nonostante la previsione di cui all’art. 3, comma 3, sulla durata minima del contratto sia chiaramente finalizzata ad impedire quello anticipato.

In altri termini, nel tentativo di compendiare nel momento iniziale l’intero snodarsi della vicenda negoziale, il legislatore cerca di dare una parvenza di completezza ad un contratto che presenta una struttura fisiologicamente incompleta, senza provare a gestire tale incompletezza dotandolo di strumenti idonei ad affrontare le inevitabili trasformazioni.

Si pensi proprio alla questione degli investimenti: l’art. 3, comma 4, lett. a), l. 129/04 impone alle parti di indicare espressamente l’ammontare degli investimenti, risultando tale indicazione decisiva per determinare aspetti di rilevanza centrale come la durata minima e le condizioni di rinnovo e di recesso.

Dunque, in base a questo ragionamento, l’aspirante affiliato si mostrerà presumibilmente più morbido verso l’idea di sottostare ad una clausola di recesso *ad nutum* esercitabile, in via del tutto discrezionale dall’affiliante, se il contrappeso è costituito dall’impegno di intraprendere investimenti di modesta entità.

L’ostilità dell’affiliato nei confronti della stessa clausola crescerebbe, per contro, in modo proporzionale alla crescita della consistenza degli investimenti.

Tuttavia, occorre riflettere sul fatto che la norma concentra tutta la sua attenzione sugli investimenti “iniziali”, non considerando che il conflitto di interessi endemico coinvolge anche e soprattutto l’eventuale richiesta da parte del *franchisor* di compiere investimenti in un momento successivo, ad esempio con il mutamento della propria politica aziendale, della strategia di *marketing* o in caso di cessione del contratto ad un nuovo soggetto<sup>257</sup>.

Con il mutare del contesto e delle esigenze contrattuali, dunque, il *franchisee* potrebbe risultare sempre più esposto all’opportunismo della controparte, nella forbice iniqua della scelta tra accollarsi investimenti sempre più ingenti o subire il recesso anticipato del *franchisor*.

Una lettura in chiave relazionale di questo aspetto potrebbe aiutare a gestire meglio il tema delle possibili interazioni negative tra

---

<sup>257</sup> Sul punto, Hadfield, *Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts*, in *Stan. L. Rev.* 42 (1990), 977.

soppravvenienze e allocazione del rischio degli investimenti. Se, infatti, il fine della disciplina è quello di assicurare una durata minima del contratto che consenta di ammortizzarli, allora si dovrebbe riconoscere in capo alle parti un obbligo di rinegoziazione della durata minima modulato in funzione degli investimenti nuovi.

E il recupero del valore economicamente quantificabile dell’investimento costituirebbe un parametro concreto, in grado di salvare la clausola di rinegoziazione dalla critica di indeterminatezza che sovente le viene mossa. Si tratterebbe, cioè, di rideterminare la durata del contratto correggendola in eccesso fino a concorrenza del valore dell’investimento da ammortizzare.

Qualora la rinegoziazione avesse esito negativo, ad esempio per mancanza di accordo del *franchisor*, lo scioglimento del contratto sarebbe parimenti suscettibile di lettura in chiave relazionale, semplicemente ripartendo il valore degli investimenti non ammortizzati tra i due soggetti, e utilizzando il fattore costituito dal rifiuto di collaborare del *franchisor* in sede di quantificazione dell’eventuale danno risarcibile.

Altro rilevante esempio di approccio *discrete*, mitigato da un elemento di *relazionalità* che si compie attraverso la dettagliata disciplina del recesso, è costituito dalla disciplina delle asimmetrie informative nei rapporti bancari.

Si tratta anzi, forse, della punta di diamante tra le discipline legali che mettono al centro una tematica di squilibrio affrontandola tramite la regolamentazione della fase *ante* perfezionamento del contratto.

Se prendiamo in rassegna tutte le leggi speciali che fanno guerra alle asimmetrie concentrando l’attenzione nella fase pre-contrattuale, si

potrà concludere che il T.u.b., preceduto dalla legge 154/1992 sulla trasparenza bancaria (poi confluita in esso), costituisce un modello di gestione dei rapporti tra contraente forte e contraente debole costruito proprio al fine di "calmierare" lo squilibrio in fase preventiva e non in fase giudiziale.

L'insoddisfazione e le criticità che si espandono a partire dagli anni 80 del secolo scorso conducono ad una strategia legislativa che reagisce agli abusi e all'opacità della relazioni banca - cliente contrastandoli con l'edificazione di un nuovo equilibrio contrattuale, costruito sulle fondamenta della totale trasparenza.

Con la legge 17 febbraio 1992, n. 154, contenente "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", oggi abrogata e confluita nel T.u.b., si comincia infatti a garantire al cliente una chiara e corretta informazione in materia di tassi, prezzi e altre condizioni praticate e contenute nei contratti.

La trasparenza verso la clientela si attua soprattutto attraverso la previsione dell'obbligo in capo alle banche di rendere note in modo chiaro e preventivo le condizioni economiche praticate alla clientela per i contratti conclusi o da concludere, in qualsiasi modo ed in particolare attraverso appositi cartelli da esporre in tutti i locali aperti al pubblico. Tale pubblicità deve riguardare i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Va inoltre pubblicizzato, in base a quanto previsto dall'art. 116 T.u.b., il tasso effettivo globale medio, un valore che esprime il costo complessivo di ogni operazione di finanziamento. Tale esigenza di preventiva conoscibilità delle condizioni economiche dei



contratti bancari è completata attraverso l’esplicito divieto di rinvio agli usi, una volta molto frequente (si pensi alla clausola “interessi uso piazza”)<sup>258</sup>.

La normativa speciale bancaria tende a riequilibrare il rapporto con il cliente insistendo soprattutto sul tema della trasparenza nel momento pre-negoziale. Tuttavia, come prima anticipato e rispetto a quanto previsto nella disciplina dedicata ai contratti *b2b*, di cui la legge n. 129/04 sul contratto di affiliazione commerciale costituisce il paradigma, presenta anche disposizioni sintoniche con un approccio più *relazionale*, in particolare quelle che tracciano i limiti all’esercizio dello *ius variandi* esercitabile dalla banca, e quelle sul recesso di reazione, a fronte del potere modificativo unilaterale della banca.

I contratti bancari prevedono il diritto della banca di variare in senso sfavorevole al cliente le condizioni contrattuali nel corso del rapporto.

---

<sup>258</sup> La forma, il contenuto, le modalità di attuazione della pubblicità sono stati individuati dal CICR con delibera 4 marzo 2003, n. 10688, in attuazione della quale la Banca d’Italia ha emanato il provvedimento 29 luglio 2009 contenente la disciplina sulla “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, dettando le seguenti condizioni: a) viene individuata una serie di operazioni e di servizi da sottoporre a pubblicità; b) viene prescritta l’affissione e la messa a disposizione, nei locali aperti al pubblico, di documenti contenenti i principali diritti dei clienti, identificandone il contenuto; c) viene previsto l’obbligo di mettere a disposizione della clientela dei fogli informativi asportabili, contenenti le informazioni sulla banca, le caratteristiche e i rischi delle varie operazioni, nonché le principali condizioni economiche e contrattuali praticate alla clientela; d) viene previsto, sempre nell’ambito della informativa precontrattuale, il diritto del cliente alla consegna di una copia completa del testo del contratto proposto per una ponderata valutazione del suo contenuto e senza che ciò lo impegni alla conclusione; e) viene prevista anche la consegna di un “documento di sintesi” contenente le principali condizioni economiche e contrattuali praticate dalla banca e “l’indicatore sintetico del costo”.

L’art. 118 T.u.b. contiene infatti una previsione di espresso riconoscimento dello *ius variandi* che è possibile rintracciare in termini simili solo nel diritto del lavoro (art. 2103 c.c.).

Questo costituisce già un primo recepimento della teoria relazionale, ovvero della consapevolezza per cui esistono vincoli contrattuali durevoli che presentano un regolamento negoziale strutturalmente incompleto, poiché neanche la parte più esperta è in grado di prevedere le sopravvenienze che lo scorrere del tempo determinerà e il loro impatto sull’assetto di interessi originario. Dunque, occorre disciplinare la possibile tecnica di adeguamento dell’equilibrio contrattuale, poiché in assenza di un dispositivo giuridico di adeguamento negoziale il contraente forte finirebbe per imporre una modifica unilaterale del tutto opportunistica.

Nel contratto di lavoro subordinato, che costituisce il contratto relazionale per eccellenza, si è scelto di individuare e regolare per legge il meccanismo di adeguamento: tale meccanismo è costituito dal potere del datore di lavoro di specificare e modificare nel tempo l’oggetto della prestazione lavorativa.

Lo stesso avviene nei contratti bancari: lo *ius variandi* non è altro che lo strumento scelto dal legislatore per consentire l’adeguamento del contratto, in quanto più congeniale di altri alle peculiarità del contesto contrattuale in cui si inserisce.

Procediamo dunque a riepilogare le caratteristiche della disciplina bancaria che rispondono ad un’ottica relazionale.

Innanzitutto lo *ius variandi* ha un perimetro più ampio per i contratti a tempo indeterminato piuttosto che per quelli a tempo determinato: questa già sembra una differenziazione figlia di quell’approccio

relazionale che riconosce nei contratti di durata a tempo indeterminato una endemica incompletezza e imprevedibilità, e dunque necessaria una maggiore flessibilità.

La possibilità di variazione è infatti prevista per i contratti a tempo indeterminato con riferimento a qualsiasi condizione economica o normativa, mentre per gli altri contratti è prevista solo per le condizioni economiche e normative diverse dai tassi di interesse. Inoltre, in entrambi, la possibilità di variazione è prevista solo in presenza di un giustificato motivo, in virtù di quanto previsto dall’art. 118, comma 1, T.u.b.

La normativa regolamentare dell’autorità di vigilanza e le pronunce dell’Arbitro bancario finanziario hanno chiarito che per giustificato motivo deve intendersi un evento sopravvenuto, straordinario ed imprevedibile, che determini un comprovabile effetto sul rapporto bancario in essere e che può afferire alla sfera del cliente (ad esempio la modifica del suo grado di affidabilità) o alle condizioni economiche del mercato. Deve però trattarsi di un motivo sufficientemente precisato, in modo da consentire al cliente una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base<sup>259</sup>.

#### 4. Ricognizione sistematica degli indici “relazionali” nel diritto contrattuale italiano

I due contratti sopra analizzati con la lente della teoria relazionale, ovvero il contratto di *franchising* e il contratto bancario, sono esempi paradigmatici del “secondo” e del “terzo” modello di contratto.

---

<sup>259</sup> Così la circolare del Ministero dello sviluppo economico 21 febbraio 2007, n. 5574). Non sono invece ammesse motivazioni generiche, come il riferimento “agli effetti prodotti dall’attuale crisi economica e finanziaria” (ABF Milano, 9 novembre 2011, n. 2419, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2012, I, 6805).

Accanto al “primo” contratto di matrice codicistica, infatti, la dottrina ha elaborato le altre due categorie del contratto consumeristico e del contratto tra professionisti in condizioni di dipendenza economica. Quest’ultimo costituisce nella maggior parte dei casi un rapporto di durata tra professionisti, e come tale racchiude un forte potenziale relazionale. Viene in rilievo infatti un concetto economico-sostanziale: il rischio del cosiddetto ricatto *post*-contrattuale, quello che può subire un professionista che, al fine di eseguire una prestazione a carattere continuativo a favore di un altro, compie investimenti non facilmente convertibili cioè non suscettibili di essere altrimenti utilizzati (si pensi a un fornitore che si impegna a fornire dei pezzi specifici per una casa automobilistica e per un particolare modello di auto: acquista una serie di macchinari per produrre beni che non potrà vendere altrove. Economicamente tale situazione implica un periodo di ammortamento di qualche anno. Cosa accade allora se si verifica una sfasatura temporale tra il periodo di ammortamento e la possibile durata del contratto, se in altri termini la casa automobilista intende recedere dopo due anni mentre il periodo di ammortamento del fornitore è almeno di cinque?)

Lo stesso risulta dunque esposto al c.d. ricatto *post* contrattuale, essendo indotto a subire condizioni di pagamento inique o conseguenze collaterali inique (ad esempio, la rinuncia a un diritto o la cessione di un bene) pur di evitare che l’altra parte receda impedendogli di rientrare nell’investimento compiuto.

La dipendenza economica è dunque una dipendenza relativa, e si distingue dalla dipendenza assoluta che si compendia nell’abuso di posizione dominante disciplinata dal diritto antitrust. Quest’ultima è

una posizione esercitata da un operatore sul mercato nei confronti dei concorrenti; mentre invece nella prima fattispecie tale operatore diventa dominante in un rapporto verticale con il proprio fornitore, non con un concorrente. Il concetto di abuso di dipendenza economica, nonostante l’assonanza terminologica, non va pertanto confuso con l’abuso di posizione dominante di cui alla legge antitrust n. 287/1990.

Torniamo dunque al terzo contratto e agli indici relazionali esistenti nella normativa corrispondente: quando il legislatore ha introdotto la norma di riferimento ha avuto dubbi su dove collocarla.

Come poc’anzi illustrato non sarebbe stato corretto innestarla nella legge n. 287/90 per il rischio di confusione con la fattispecie affine dell’abuso di dipendenza dominante.

È stata dunque inserita nella legge n. 192/98 (art. 9) sulla sub-fornitura, un rapporto nel cui ambito si può spesso manifestare una dipendenza economica affiancata anche da una dipendenza tecnologica.

Occorre chiarire tuttavia che la norma sulla dipendenza economica è una norma di carattere generale, non si identifica con la sub-fornitura. È stata innestata nella legge dedicata alla regolazione della sub-fornitura ma non è una *species* di quest’ultima, è qualcosa di più ampio che può verificarsi anche al di fuori dai rapporti di subfornitura.

In virtù dell’articolo 9, “*si considera dipendenza economica la situazione in cui un’impresa è in grado di determinare nei confronti di un’altra un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*”. L’impresa economicamente debole subisce l’abuso perché non ha alternative, e l’assenza di alternative deriva dal fatto che è stato fatto un investimento specifico, non riconvertibile. Pensiamo dunque al possibile parallelismo con la teoria della “unconscionability” elaborata dalla dottrina americana: una

situazione caratterizzata dalla assenza di una scelta alternativa significativa per la parte contrattuale debole.

Un’altra legge che ci aiuta a rintracciare spunti di relazionalità – se pur non del tutto sviluppati – è quella sul *franchising*: l’art. 3, comma 3, l. 129/04, ci dice che in caso di contratto a tempo determinato l’affiliante dovrà comunque garantire all’affiliato una durata sufficiente all’ammortamento dell’investimento per evitare che una durata troppo breve del contratto possa esporre l’affiliato al rischio di estorsione e di ricatto.

Si pensi al sindacato sulla potenziale abusività del diritto di recesso della parte forte, accertata la quale il recesso diventa inefficace (ipotizziamo che la parte forte abbia tentato di sfruttare la dipendenza economica della controparte minacciando il recesso pur di ottenere condizioni a sé favorevoli, la parte debole non cede al ricatto e dunque la prima recede).

Su questa sottile linea di confine tra recesso legittimo e abusivo si può cogliere la sottigliezza di una scelta legislativa più coerente con un approccio *relational* che *discrete*. Ed ecco spiegato perché: in un moderno mercato libero e liberalizzato la parte forte si riserva nel contratto di sub-fornitura un recesso *ad nutum* che le costa un certo prezzo, nello specifico il corrispettivo offerto e pattuito non sarà di 10 ma di 15, e quello scarto differenziale di 5 costituisce proprio il prezzo del recesso *ad nutum*.

La parte forte paga all’altra tale diritto potestativo e la parte debole decide di sottostare a tale condizione potestativa pur di ottenere una remunerazione maggiore. E allora in una situazione simile, dove le parti nell’esercizio della loro autonomia negoziale hanno liberamente

stabilito il punto di equilibrio in cui si realizza la convenienza economica dell’operazione, attribuire a un giudice un sindacato discrezionale sull’abusività di un recesso così confezionato testimonia che l’aspirazione ad una giustizia contrattuale non solo esiste nel nostro ordinamento, ma si realizza anche e soprattutto in sede giudiziale.

Imporre in buona sostanza la necessaria presenza di una giusta causa di recesso significa neutralizzare la *ratio* del recesso *ad nutum*, libero e acausale per definizione. Questo tipo di protezione va a minare la integrità del principio *pacta sunt servanda*, poiché la volontà non basta a dare esecuzione al contratto e il disequilibrio generatosi è passibile di correzione giudiziale<sup>260</sup>.

---

<sup>260</sup> Si ritiene tradizionalmente che nel modello codicistico ci sia poco spazio per un sindacato sull’equilibrio del contratto: argomentando *a contrario*, dalle norme in materia di rescissione si può notare che solo quando c’è stato l’approfittamento dello stato di bisogno o lo stato di pericolo è possibile sindacare la giustizia intrinseca del contratto. Anche nelle norme sulla risoluzione il legislatore si occupa della eccessiva onerosità solo quando è sopravvenuta, non interessa quella originaria, anzi lo stesso concetto di eccessiva onerosità sopravvenuta è relativo. Supponiamo che il contratto molto squilibrato in origine diventi poi equilibrato, si può pensare di risolverlo per eccessiva onerosità sopravvenuta? Probabilmente sì, perché quello che interessa al legislatore non è tutelare la equità contrattuale in senso assoluto, ma tutelare la volontà delle parti. Tuttavia, se si compie una indagine sistematica circa la presenza di frammenti di teoria relazionale nelle maglie del nostro diritto contrattuale, si può trovare parziale smentita di quanto sopra affermato pensando alla disciplina sulla nullità parziale del contratto. Il legislatore all’articolo 1419 c.c. statuisce che la nullità parziale non è mai necessariamente tale, potendosi convertire in nullità anche totale. Il giudice deve chiedersi, cioè, cosa rimane e quale equilibrio produce ciò che rimane, compiendo un giudizio prognostico sulla volontà delle parti al fine di capire se il nuovo equilibrio contrattuale soddisfa comunque l’interesse delle parti. Se il contratto depurato della clausola invalida produce un equilibrio che non corrisponde più alla volontà delle parti allora può essere travolto da una sentenza di nullità totale.

Cercando di trarre le fila del discorso, come abbiamo visto, in situazioni di dipendenza economica i rischi per il professionista sono due: che ceda al ricatto sopportando il contratto iniquo, e allora il legislatore ammette un sindacato sull’equità anche economica del contratto (che si estende cioè anche alla adeguatezza del corrispettivo, non valendo più la distinzione tra squilibrio giuridico ed economico propria del diritto consumeristico), oppure che subisca il recesso precoce. L’abuso può consistere nella interruzione arbitraria del contratto, e in questo caso il rimedio è l’imposizione del contratto.

Questo rimedio postula un sindacato piuttosto delicato, nel senso che una parte contrattuale viene costretta a rimanere nel contratto nonostante l’esistenza di una pattuizione di recesso *ad nutum*. Lo stesso concetto di recesso *ad nutum* sembra essere incompatibile con un sindacato sull’abusività dello stesso, pena il rischio di disincentivare i traffici negoziali.

Il concetto di abuso del diritto implica un sindacato sulla congruità del diritto esercitato rispetto allo scopo per cui viene attribuito che è simile all’eccesso di potere del diritto amministrativo: è come se ci fosse uno sviamento nell’esercizio del potere negoziale.

La posizione di un privato sottoposto all’altrui potere negoziale viene a volte infatti qualificata come interesse legittimo di diritto privato alla congruità dell’esercizio di questo potere.

Mentre però il potere amministrativo deve essere sempre esercitato per un interesse pubblico, nel diritto civile dei contratti il potere di esercitare il recesso è preordinato nello scopo, sottende un interesse egoistico e privato, alla luce del quale sarebbe improprio parlare di



abuso o di sviamento del potere, a meno che, appunto, non si adotti un approccio relazionale di salvaguardia dell’affidamento altrui alla luce dei canoni di buona fede e solidarietà contrattuale. Dovremmo dunque dire che nell’esercizio del diritto per lo scopo che lo caratterizza sono state violate delle regole comportamentali di correttezza.

La disciplina del terzo contratto consente di sindacare allora, più che l’abusività, la scorrettezza del recesso<sup>261</sup>. E il non facile contemperamento tra il diritto potestativo riservato ad una parte contrattuale e la tutela dell’affidamento dell’altra parte in stato di soggezione rende necessario un delicato vaglio giurisdizionale.

Abbiamo dunque tracciato le linee caratteristiche di tre diversi modelli contrattuali: potremmo a questo punto chiederci, seguendo un percorso logico inverso, se si tratta di mondi non comunicanti oppure se ciascuna categoria è in grado di generare principi esportabili anche alle altre. Il tema dell’abuso del diritto di recesso è paradigmatico in questo senso: la disciplina dell’abuso della dipendenza economica ha dei profili di specialità ma conclusioni simili per quel che concerne la possibilità di sindacare la scorrettezza nell’esercizio del diritto di recesso sono desumibili anche dall’impianto codicistico mediante l’uso della clausola generale della buona fede nell’esecuzione del contratto<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> Discorso analogo nei contratto di consumo: si pensi al recesso da un contratto di apertura di credito da parte della banca che esponga il debitore a conseguenze pregiudizievoli eccessive (come nel caso di revoca improvvisa del fido), in base agli orientamenti giurisprudenziali si potrà aver abuso del diritto per violazione del principio di buona fede Cass., 14 luglio 2000, n. 9321.

<sup>262</sup> A tal proposito si richiama una pronuncia della Corte di Cassazione in tema di abuso del diritto di recesso (Cass., n. 20106/09). Si trattava di un rapporto contrattuale tra casa madre automobilistica e concessionario. La nota casa produttrice di automobili Renault, in un contesto di grave crisi economica mondiale, aveva chiesto ai suoi concessionari italiani di rinegoziare a proprio favore la misura del prezzo per la vendita delle auto tra le parti. Al rifiuto da

A conclusione della riflessione svolta si può dunque affermare che indici “relazionali” di regolamentazione del contratto sembrano rinvenibili anche tra le maglie del sistema di *civil law*, sia nella legislazione speciale che nell’impianto codicistico, e offrono l’opportunità di accogliere un processo di adeguamento flessibile del contratto di durata nel rispetto del principio di buona fede, attenuando

---

parte dei concessionari di procedere ad un tale mutamento (deve considerarsi che la contingente situazione di difficoltà economica, soprattutto in relazione alla generale contrazione degli acquisti degli automobili, incideva naturalmente non solo sulla Renault ma anche sui suoi concessionari), la Renault decideva di avvalersi del diritto di recesso contrattualmente stabilito. Il concessionario lamentava che le concessioni erano state revocate in maniera scorretta. La Cassazione ha riconosciuto questa abusività (e quindi il risarcimento) non applicando l’art. 9 della legge sulla sub-fornitura, la quale non era applicabile *ratione temporis*, bensì sulla base degli obblighi di buona fede e correttezza. Molto più in generale, pensiamo alla rilevanza della buona fede con riguardo all’operatività dell’*exceptio doli generalis*: si tratta di una categoria antica e richiamata in settori diversi. Ad esempio, nel contratto autonomo di garanzia, c’è un soggetto garante che si impegna a pagare a prima richiesta e senza eccezioni. Se il garante potesse opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto sottostante verrebbe meno la funzione della garanzia autonoma che è quella di liquidare prontamente quest’ultimo. Esiste però il limite della buona fede, che *costringe* il garante, in presenza di prova documentale che il creditore abbia ottenuto quanto gli spettava, a non pagare, opponendo l’escussione dolosa della garanzia. Si tratta di un potere-dovere di *non* adempiere che diventa strumento di tutela del debitore; infatti, il garante autonomo in genere ha dalla sua parte la garanzia della provvista (ad esempio è una banca che trattiene le somme corrispondenti al debitore), dunque potrebbe non avere particolare interesse ad opporre l’eccezione dal momento che pagando acquista subito il diritto di rivalersi sul debitore. L’abuso del diritto ha avuto un grande sviluppo anche in campo societario (si veda sul punto, Gambino, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 121). È stato infatti affermato dalla Cassazione che il vizio di una deliberazione assembleare costituito dal cosiddetto eccesso di potere si verifica tutte le volte in cui la delibera stessa sia stata adottata ad esclusivo beneficio dei soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, essendo in tal caso applicabile l’art. 1375 c.c., in forza del quale il contratto deve essere eseguito in buona fede (Cass. 11 giugno 2003, n. 9353). In generale, al concetto di equilibrio sinallagmatico del contratto si riferiscono esplicitamente, quanto meno, Cass., 26 luglio 2019, n. 20322; Cass., 25 giugno 2019, n. 16918; Cass., 8 novembre 2016, n. 22626.

la diffidenza nutrita verso il sindacato giurisdizionale sull’equilibrio delle prestazioni contrattuali<sup>263</sup>.

5. Brevi spunti sul diritto emergenziale che convogliano verso una riflessione conclusiva

Il dibattito per nulla inedito sulla difficoltà di trovare nelle categorie giuridiche tradizionali risposte esaustive e sufficienti a comprendere la

---

<sup>263</sup> Anche Vettori, *Persona e Mercato al tempo della pandemia*, in *Giust. civ.* 1/2020, 21 ss., parla di contratti sociali di durata indicando contratti che hanno in comune alcune caratteristiche: la loro vocazione a durare nel tempo, sì da fondare tra le parti un affidamento su tale efficacia prolungata; una spiccata connotazione personalistica, ovvero una speciale attitudine ad assimilare i diritti della persona e ad essere modulati in funzione di ciò attraverso una cooperazione solidale tra le parti che ponga un freno al perseguimento del mero fine egoistico; e, infine, la struttura incompleta del regolamento negoziale, in quanto le parti al momento della conclusione dell’accordo non sono in grado di prevedere le sopravvenienze che lo scorrere del tempo determinerà.

Vettori ipotizza per essi l’applicazione concreta dei principi di matrice costituzionale di solidarietà ed effettività al fine di confezionare rimedi contrattuali più adeguati alle contingenze, in particolare prendendo in esame quelli per la gestione delle sopravvenienze contrattuali e proponendone una rilettura.

In attesa che il legislatore italiano integri il suo testo e nelle more di tale atteso riconoscimento legislativo, sulla falsariga di quanto già accaduto nell’ordinamento francese, gli istituti tradizionali vanno rilette alla luce dei principi di solidarietà ed effettività al fine di fondare, tra gli altri, un obbligo di rinegoziazione tra le parti azionabile persino in via inibitoria cautelare, al fine di paralizzare qualsiasi azione del contraente in malafede, salva poi la tutela risarcitoria, attivabile sempre contro la parte che, consapevole dello squilibrio venutosi a creare, si sia rifiutata di rinegoziare.

Viene addirittura ipotizzata la tutela reale sulla falsariga dell’art. 2932 c.c. Resta irrisolto il problema di come stabilire il contenuto del contratto di rinegoziazione in assenza di accordo tra le parti, e di come individuare quale sia la parte in mala fede (potrebbe infatti trattarsi di un soggetto che non ha voluto sostenere costi aggiuntivi per l’allocazione del rischio contrattuale e poi subisce, suo malgrado, lo squilibrio), lasciando peraltro che sia il giudice a maneggiare con esiti soddisfacenti l’intricata matassa della convenienza dell’operazione economica.

complessità del reale si è riproposto prepotentemente nella contingenza – questa sì del tutto inedita – che nel corso del 2020 ci siamo trovati ad affrontare e che perdura, se pur con toni drammatici attenuati.

Lo *shock* della pandemia globale da Covid-19 ha riproposto con urgenza la necessità di gestire, attraverso rimedi legali e convenzionali, il rischio contrattuale.

Si è preso atto di come le dinamiche dei rapporti obbligatori e contrattuali riescano con fatica a trovare nei codici punti di riferimento adatti a fronteggiare circostanze che sconvolgono assetti consolidati, ampliando la breccia già da tempo aperta nella formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda*, codificata nell’art. 1372 c.c..

La pandemia ha messo in luce con evidenza dirompente che il principio della vincolatività del contratto deve fare i conti con l’altro, speculare, del *rebus sic stantibus*, qualora per effetto di accadimenti successivi alla fase genetica dell’accordo l’equilibrio venga ad alterarsi vistosamente.

L’art. 1467 c.c., riconoscendo la possibilità di chiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che ne risulta avvantaggiata, può non offrire una risposta adeguata alla gestione di alcune sopravvenienze.

Al tempo stesso, però, la richiesta di riconduzione ad equità del contratto neutralizza la domanda di risoluzione eventualmente proposta dalla parte onerata da sopravvenienze.

Come a voler dimostrare la preferenza dell’ordinamento per la conservazione del contratto di durata, rispetto alla caducazione.

Preferenza che trova conferma anche nella disciplina codicistica di alcune fattispecie contrattuali tipiche, le quali - in virtù delle

osservazioni compiute in precedenza - potremmo riqualificare come tracce relazionali tra le maglie della teoria classica dei contratti.

È il caso del già visto art. 1664 c.c. in materia di appalto, il quale ammette, in caso di variazione del corrispettivo di oltre un decimo a causa di circostanze imprevedibili, la revisione del prezzo originariamente pattuito.

Secondo una dottrina sul punto, l’approccio da seguire nel ridefinire il ruolo che oggi il diritto è chiamato ad assumere fa perno sui principi costituzionali di solidarietà ed effettività.

Del principio di effettività e della sua doppia accezione formale e sostanziale si è già detto. Sofferamoci sul principio di solidarietà proclamato dall’art. 2 della Costituzione.

Non si tratta di un dovere morale o di un invito alla carità costituzionalmente imposto, bensì – potremmo dire – del lato politico della nostra Costituzione, che ci permette di inseguire un ordine basato sulla lotta alle disuguaglianze di fatto e di diritto tra i cittadini anche attraverso la predisposizione di un criterio di valutazione dell’esatto adempimento di obblighi giuridici. L’art. 2 Cost. non racchiude una nozione chiusa, piuttosto una nozione dinamica e cangiante, suscettibile di variare a seconda del contesto politico, economico e sociale di riferimento: dunque, una finestra aperta sulla società.

Ogni rapporto giuridico patrimoniale suggellato in un accordo negoziale a lungo termine dovrebbe forse essere reinterpretato come valevole “*rebus sic stantibus*” e riletto alla luce del principio di solidarietà costituzionale.

In assenza di una previsione pattizia di *ius variandi* contrattuale, tale principio sembra poter offrire una base legale su cui fondare finanche

un obbligo di rinegoziazione coattivamente eseguibile, affinché “il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno”<sup>264</sup>.

Resta salvo che entrambi questi strumenti manutentivi di gestione delle sopravvenienze debbano essere filtrati attraverso la clausola della buona fede, la quale vive oggi il momento di consacrazione più solenne di sempre.

Gli articoli 1175 e 1375 c.c., essendo espressione del principio solidaristico che innerva il nostro sistema, assurgono dunque a parametri di legittimazione per il riallineamento del contratto al mutato assetto di interesse delle parti.

Ove le parti abbiano previsto un obbligo di rinegoziazione o abbiano scelto la via della modificazione unilaterale, il dovere di leale cooperazione e il principio solidaristico non serviranno tanto da base legale – bastando allo stesso fine quella convenzionale – ma fungeranno da parametri di valutazione del comportamento delle parti in sede di sindacato giurisdizionale.

Accantonando le categorie giuridiche cui normalmente si ricorre nell'esame dei contratti di scambio istantaneo e valorizzando l'approccio offerto dall'analisi economica del diritto, si può notare infatti come nei contratti di durata ad una logica egoistica e blindata si oppone quella dinamica della leale collaborazione e della salvaguardia dell'altrui interesse, almeno fino a che ciò non comporti un apprezzabile sacrificio del proprio.

---

<sup>264</sup> Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, 3° ed., Torino, 2004, II, 722. Sulla possibilità di far uso della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., con cui si potrebbero produrre gli stessi effetti del contratto di rinegoziazione che la parte aveva l'obbligo di concludere Vettori, *Persona e Mercato al tempo della pandemia*, op. cit., 28.

Se la cooperazione è la cifra saliente dei contratti relazionali strutturalmente incompleti, lo *ius variandi*, da un lato, e la rinegoziazione, dall’altro, a fronte di sopravvenienze che alterino l’assetto degli interessi tra le parti, diventano un passaggio – alternativo – obbligato, per conservare la convenienza economica dell’affare.

Ed allora l’esercizio legittimo e non abusivo di un diritto potestativo di *ius variandi*, non urta ma, al contrario, onora il principio di autodeterminazione negoziale.

Per capire appieno come potrebbe operare tale meccanismo riequilibrativo si può ricorrere ad un'altra figura giuridica, rispetto alla quale l’assenza di una norma che ne confermi in positivo la portata generale può essere superata solo attraverso il ruolo creativo della giurisprudenza.

Si tratta della *exceptio doli generalis*, uno strumento volto a fornire una tutela non risarcitoria, bensì reale, e consistente nella possibilità di opporsi ad una altrui pretesa espressione di un esercizio scorretto del diritto, finalizzato al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l’ordinamento giuridico<sup>265</sup>. Secondo l’opinione di chi, seguendo l’onda della riscoperta delle clausole generali e del significato immediatamente precettivo (non programmatico) dei valori costituzionali, riconosce nelle ipotesi codificate un principio di respiro generale, l’*exceptio doli* consente un adeguamento costante del diritto alla realtà sociale realizzato sulla base di criteri *lato sensu* equitativi<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> Meruzzi, *L’exceptio doli dal diritto civile al commerciale*, Padova, 2005, 429.

<sup>266</sup> Rescigno, *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998, 62, il quale riconosce che «i rimedi saranno diversi (e non sempre sufficienti a garantire gli interessi che si vogliono tutelare): a volte l’inopponibilità della situazione soggettiva nuova; altre volte la possibilità di portare alla luce “la realtà” dei rapporti contro e al di là della forma (che è il rimedio largamente usato nei casi di abuso della

Pur non essendoci norme espressamente dedicate all'*exceptio doli* nel codice civile, numerosi istituti sono ispirati alla *ratio* sottesa a tale principio. Si pensi, senza pretesa di esaustività: alla tutela dell'apparenza, alla compensazione (art. 1241 c.c.), all'effetto solutorio del pagamento dell'incapace nei limiti dell'arricchimento (art. 1190 c.c.), alla finzione di avveramento della condizione, nell'ipotesi in cui la mancata verifica sia ricollegabile al comportamento della parte che aveva interesse contrario all'avveramento (art. 1359 c.c.), alla impossibilità di rifiutare la prestazione dell'inadempiente se il rifiuto è contrario alla buona fede (art. 1460 c.c.), ecc..

Si tratta di fattispecie specifiche che, tuttavia, se lette alla luce dei principi ispiratori di cui si è ampiamente detto, sembrano farsi portavoce di una vocazione comune: che l'esercizio di un diritto si ponga in sintonia e non in contrasto con i valori fondamentali

---

personalità giuridica); infine l'*exceptio doli generalis*, che per ampiezza ed elasticità di contenuto appare utilizzabile in molti casi di abuso»; si v., inoltre, Busnelli, Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, Furguele (a cura di), *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1997, 185, in cui gli autori pongono l'accento sul rimedio dell'*exceptio doli generalis* per contrastare l'abuso del diritto in ambito contrattuale. Gli stessi autori, in *Abuso del diritto e responsabilità civile, Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 181, affermano che «l'eccesso dal diritto implica un superamento di limiti determinati in astratto e a priori, mentre l'abuso del diritto coinvolge, viceversa, una tipologia di regole che permettono una valutazione giudiziale a posteriori». Si veda anche il contributo di Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1988, secondo cui «l'abuso attiene non all'estensione del contenuto del diritto, ma alle sue modalità di esercizio: l'atto abusivo pertanto non è un'ipotesi di eccesso dal diritto (perché non fuoriesce dal suo contenuto), ma di cattivo esercizio dello stesso». Per un approfondimento del dibattito, Rescigno, *Una nuova stagione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, 7 e ss.; Forcellini, Giuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa dir. priv.*, 2/2013, 395 e ss. Benatti, *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2013, 19 e ss.; Angeletti, *L'eccesso di potere e la violazione di clausole generali*, in *Giur. it.*, 5/2012, 1225.



dell’ordinamento. Tra essi spicca il principio di solidarietà previsto dall’articolo 2 della Costituzione, applicato con crescente convinzione e frequenza anche in ambito contrattuale.

## BIBLIOGRAFIA

Addis, *Il “codice del consumo”, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, 872

Alces & Greenfield, *They Can Do What!?! Limitations on the Use of Change-of-Terms Clauses*, 26 GA. ST. U. L. REV. 1099 (2010)

Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012

Alpa, *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 2000

Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 39

Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, WP CSDLE “Massimo d’Antona”.IT – 291/2016

Andrews, *Contract Law*, Cambridge, 2015

Angeletti, *L’eccesso di potere e la violazione di clausole generali*, in *Giur. it.*, 5/2012, 1225

Azzarri, *Il silenzio come accettazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 615

Baldi - Venezia, *Le nuove norme sul contratto di agenzia al vaglio della Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2000, 1029 (nota a Cass., 2 maggio 2000, n. 5467)

Balestra, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2017, 1127

Oren Bar-Gill & Kevin Davis, *Empty Promises*, 83 S. CAL. L. REV. 985  
(2010)

Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006

Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 467

Barcellona, *Appunti a proposito di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, relazione presentata al Convegno svoltosi a Catania il 13-14 settembre 2002

Barcellona, *Diritto Privato e società moderna (con la collaborazione di Camardi C.)*, Napoli, 1996, 327

R. E. Barnett, N. Oman, *Contratti: Casi e dottrina*, 5° edizione

Battelli, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, cit.; Barba, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017

Benatti, *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2013, 19

Benedetti, *Ius variandi nei contratti bancari, esiste davvero? Appunti per una ricostruzione*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 5, 2018, 613

Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1991

Bianca, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984

Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1988

Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 531

Bigliazzi Geri, *Contributi ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967

Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1996, 449

Bohicchio, *Le modifiche unilaterali nei contratti di durata: contributo allo studio dei limiti interni all’autonomia privata*, in *Dir. fall.*, 2002, 421

Bonell, *I Principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, *Dir. comm. int.*, 2004, 188

Bortolotti, *Concessione di vendita*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, II, Torino, 1981, 121

Brollo, *Lo jus variandi*, in Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, ADAPT University Press, 2015

Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in Carinci (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015

Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty First Century*, Oxford University Press, 2nd edition, 2006

Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contracts*, Oxford, 2004

Busnelli, Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile, Studi in onore di Pietro Rescigno, V, Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998

Busnelli, Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, in Furguele (a cura di), *L’abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1997

Bussoletti, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, I, 469

Bussoletti, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2005, 21

Cagnasso – Cottino, *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. Cottino, Milano, 2000, IX, 379

Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979

Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 447

Camardi, *Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, *Europa e dir. priv.*, 2008, 831

Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti ‘reticolari’*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 549

Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 703

D. Campbell e D. Harris, *Flexibility in Long – term Contractual Relationship, The Role of Co-operation*, in *Journal of Law and society*, vol. 20, n. 2, 1993, 166

Campbell, Collins and Wightman, *Discovering the implicit dimensions of contracts*, in *Implicit dimensions of contract* (2003), 25

Campione, *I contratti del turismo organizzato*, in *Trattato dei Contratti*, dir. Roppo, IV Opere e servizi, 2, 2014

Campobasso, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 9a edizione, Milano, 2019

Carbone, *La visibilità televisiva del giornalista limita lo ius variandi* (commento a Trib. Roma 28 dicembre 2010), in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 725

Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2006, 397

Capurro, *Lo ius variandi nel diritto contrattuale inglese: un modello per il giudice italiano*, in *Contr. e impr./Europa*, 2/2009, 898

Capurro, *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull’esercizio del diritto*, *Contr. Impr.*, 2013, 6, 1370

Cartwright, *Contract Law*, Oxford, 2016

Cataudella, *Il richiamo all’ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumento per l’incidenza della programmazione economica sull’autonomia privata*, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1991, 161

Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000

Albert H. Choi; Geeyoung Min, *Contractarian Theory and Unilateral Bylaw Amendments*, 104 *Iowa L. Rev.* 1 (2018)

Cian, *I contratti di impresa e la classificazione degli atti giuridici*, in Aa. Vv., *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*

Clarizia, *Il recesso. Il contratto in generale*, II, in *Obbligazioni*, III, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009

John C. Coffee, Jr., *No Exit?: Opting Out, the Contractual Theory of the Corporation, and the Special Case of Remedies*, 53 *BROOK. L. REV.* 919, 924 (1988)

Colangelo, *Franchising: la legge quadro. Finalmente?*, in *Foro it.*, 2004, V, 41

Collins, *Discretionary powers of contract*, in Cambell, Collins e Wightmann (edited by), *Implicit Dimension of Contract*, Oxford and Portland, Oregon, 2003, 219

Collins, *The law of contract*, fourth ed., London, 2003

Collins, *Regulating contracts*, 1999

Collins, *Good Faith in European Contract Law*, Oxford Journal of legal studies, 1994, 229

Conti, *Lo “status” di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*, in *Corr. giur.* 2001, 525 (commento a Trib. Bologna, 3 ottobre 2000)

Corapi, *L’equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, *Eur. dir. priv.*, 2002, 35

Cordero Moss, *International contracts between common law and civil law: is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith*, *Global Jurist*, 2007, Vol. 7, Iss. 1 (Advances), Article 3, disponibile online: <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art3>

Criscuolo, *Arbitraggio e determinazione dell’oggetto del contratto*, Napoli, 1995

D’Amico, Pagliantini, Piraino, Rumi, *I nuovi marciatori*, Torino, 2017

D’Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992



Day, *A pyrrhic Victory for the doctrine against penalties: Makdessi v. Cavendish Square Holding BV*, J.B.L., 2016, 115

De Cristofaro, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti* diretto da Roppo e Benedetti, V, Milano, 2014, 5

De Cristofaro, *Il “codice del consumo”: un’occasione perduta?*, in *Studium Iuris*, n. 10, 2005, 1137

De Franchis, *Law dictionary*, Milano, 1984, 1064

M. L. De Michele & Richard A. Bales, *Unilateral-Modification Provisions in Employment Arbitration Agreements*, 24 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 63 (2006)

De Nova, in *La rettifica del contratto sconveniente mediante il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1789

De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994

De Vita, *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 267

Del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3

Delle Monache, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 495

Delli Priscoli, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. Merito*, 2006, 2676

Delli Priscoli, *L’abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, 843

Di Memmo, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, 821

Doria, *Il contratto tra post modernità e tradizione*, in *Giust. civ.*, 2015, 485

Draetta, *La giurisprudenza francese conferma il carattere di “regola del diritto” delle norme della lex mercatoria*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992, 322

Durovich, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2016

Eisenberg *Berkeley Law Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 *Nw. U. L. Rev.* 805 (1999)

Eisenberg, *Relational contracts*, in J. Beatson-D. Friedmann (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995

Esposito, *Impossibilità di effettuazione dei servizi e obblighi del tour operator*, in *Giur. it.*, 2009, 336

Farneti Cass., in *Obbl. e contratti*, 2009, 123 (nota a Cass. 29 febbraio 2008, n. 5513)

Farnsworth, *Contracts*, 4<sup>th</sup> edition (New York, Aspen, 2006), par. 9.5-9.7

Feinman 2000 *Northwestern Univ LR* 738

Fici, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (ius variandi)*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 389

Frignani, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I

Fondrieschi, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017

Forcellini, Giuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa dir. priv.*, 2/2013, 395

Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in «Operazione economica» e *teoria del contratto*, Milano, 2013

Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr./Europa*, 2005, 509

Galgano, *Diritto civile e commerciale, I singoli contratti, Gli atti unilaterali e i titoli di credito, I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazione, Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, II, t. 2, 4<sup>o</sup> ed., Padova, 2004

Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, t. 1, 4<sup>o</sup> ed., Padova, 2004

Gambini, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000

Geymonat, Jus variandi: “il” o “lo”? (Risposta ad un anonimo), in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I

Gentili, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, *Riv. dir. civ.*, 6, 2016, 1467

Gentili, *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? L’uso alternativo della buona fede e dell’abuso del diritto*, in Perlingieri – Ruggieri (a cura di), *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016

Gentili, *L’invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Contratti tra imprese e tutela dell’imprenditore debole*, Roma, 2015

Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159

Gentili, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 297

Giardina, *Arbitrato internazionale e lex mercatoria di fronte alla Cassazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, 754

Gitti, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Annali, V, 2012, 141

Granelli, in *Autonomia privata e intervento del giudice*, *Jus civile*, 3/2018, 411

Graneli, *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 967

Grisi, *Equilibrio e giustizia dello scambio contrattuale*, in Bessone, *Casi e questioni di diritto privato, XXI – Il Contratto in Generale*, a cura di Alessi e Grisi, *Il Contratto nella società moderna*, Milano, 2002

Grundmann, in *Party autonomy and the role of information in the internal market – an overview*, Berlin/New York, 2001

Hawthorne, *Relational contract theory, principles of European contract Law – long term contracts and the impact of implicit dimension*, 70 *THRHR* 371 (2007)

Hesselink, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 81

Horton, *The Shadow Terms: Contratto e modifiche unilaterali*, 57 *UCLA L. Rev.* 605 (2010)

Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008

Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1998, 347

Irti, “Codici di settore”: compimento della “decodificazione”, in Sandulli, (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005

Khan, *Unilateral modification clauses in long term contracts*, in *Rev. dr. aff. int.*, 1986, 145

La Marca, *Alcune questioni in tema di clausole abusive contenute nei contratti bancari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1245

La Rosa, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012

Lener, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996

Libertini, in *La nuova declinazione del principio di effettività*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2018, 1071

Libertini, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1

Lipari, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016

Lucchesi, *La clausola che consente al professionista di determinare e aumentare unilateralmente il prezzo (art. 33 comma 2 lett. n-o)*, in Vettori (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, Padova, 2013

Ronaldo Porto Jr. Macedo, *Relational Consumer Contracts: New Challenges for Brazilian Consumer Law*, 12 *Soc. & Legal Stud.* 27 (2003)

Macario, *L’autonomia contrattuale nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*; in *Questione Giustizia*, 4/2016, 52

Macario, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto*, in *Aa. Vv., Il terzo contratto*, Bologna, 2009, 179

Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663

Macario, *Adeguamento e rinegoziazione del contratto*, Napoli, 1996

Macario, *L’efficacia delle clausole di modificazione del prezzo (Preisanpassungsklauseln) nella recente giurisprudenza del Bundesgerichtshof*, in *Foro it.*, 1986, IV, 338

Macneil, *Relational Contract Theory: Unanswered Questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: Challenges and Queries*, in *Nw. Un. Law. Rev.*, 2000, 877

Macneil, *The New Social Contract: an Inquiry into Modern Contract Relations*, Yale University, New Haven, 1980

Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classic, Neoclassical and Relational Contracts Law*, in *Nw. Un. Law. Rev.*, 1978, 854

Macaulay *Non-contractual relations in business: a preliminary study* 1963 *American Sociological R* 55ff; Manzella, *Le parole del lavoro: l’inglese della flessibilità*, in *Boll. ADAPT*, 4 aprile 2016

Mariconda, *Fideiussione “omnibus” e principio di buona fede*, in *Giust. civ.*, 1990, 1, I, 126

Mattei, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992

Mazzamuto, Postfazione, in Aa. Vv., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di Plaia, Milano, 2008, 284

McKendrick, *Contract Law*, Oxford University Press, 4th edition, 2010

Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al commerciale*, Padova, 2005, 429

Messina, *Diritti potestativi*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1938

Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005

Montani, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Milano, 2018

Morlando, *Ius variandi e tutela dell'utente tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Giur. it.*, 2017, 5, 1079

Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, in *Le monografie di contr. e impr.*, serie diretta da Galgano, Padova, 2010, 500

Napier, *Abuse of Rights in British Law*, in Rotondi, *L'abuso del diritto*, in *Inchieste di diritto comparato*, VII, Padova, 1979, 267

Navarretta, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1262



Navarretta, *Good faith and reasonableness in European contract law*, in *Rules and principles in European contract law*, a cura di Rutjers e Sirena, 2015

Navarretta, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008

Natoli, in *L’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004

Occelli, *L’abuso di dipendenza economica come clausola generale?*, in *Giur. it.*, 2015, 2665 (nota a App. Milano, sez. I, 15 luglio 2015)

Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in Aa. Vv., *Il terzo contratto*, Bologna, 2009, 156

Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G.V. Gregorio Gitti (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, 151

Pagliantini, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazione su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*, in *Contratti*, 2015, 753

Pagliantini, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, 2013, 507

Pagliantini, *Poteri di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale ed interesse legittimo di diritto privato*, in *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, a cura di Breccia, Bruscutta, Busnelli, Torino, 2001

Pagliantini, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, in *Contratti*, 2012, 165

Pagliantini, *Indeterminabilità dell’oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l’inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2895

Pardolesi, prefazione al testo di Colangelo, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004

Pardolesi, Di Maio, *La fideiussione “omnibus” e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, I, 2750 (commento a Cass., 18 luglio 1989, n. 3362)

Pardolesi, voce *I contratti di distribuzione*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, con aggiornamento nel 2006

Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979

Parodi, *L’uscita programmata dal contratto*, Milano, 2005

Patti, *Dai «contratti standard» al «contratto asimmetrico». Considerazioni su metodo e obiettivi delle ricerche di Vincenzo Roppo*, in *Jus civile*, 2018, 2, 226

Patti, *Contractual autonomy and European private law*, in *Rules and principles in European contract law*, a cura di Rutjers e Sirena, 2015

Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015

Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 244

Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale, Analisi e diritto*, 1998

Pinto-Monteiro, *La clause pénale en Europe*, in *Etudes J. Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, 2001, p. 719

Pisu, *L’adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017

Plaia, *Profili evolutivi della tutela contrattuale, Europa e dir. priv.*, 1, 2018, 69

L.J. Potter, in *Historical Introduction to English Law*, London, 1958

Profeta, *Commento sub articolo 34, comma 1, lettera b), Articolo 126 sexies t.u.b, Modifica unilaterale delle condizioni*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di Mancini, Rispoli, Farina, Sciarrone Alibrandi, Troiano, Torino, 2011, 552

Renna, *L’abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. e impr.*, 2013, 370

Rescigno, *Una nuova stagione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, 7

Rescigno, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2011, 794  
(commento a Cass. civ., 31 maggio 2010, n. 13208)

Rescigno, *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998

Rescigno, *L’adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, a cura di Draetta e Vaccá, Milano, 1992

Rescigno, “Trasparenza” bancaria e diritto “comune” dei contratti, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1990, I, 304

Rizzo, *Interpretazione del contratto e ordine delle sue regole*, Napoli, 1985

Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969

Roppo, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013

Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011

Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451

Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, II ed., 2001

Roppo, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in *Confini attuali dell’autonomia privata*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 2001

Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769

Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977

Rossi Carleo, *Diritto comunitario, “legislazione speciale” e «codici di settore”*, in *Riv. Notar.*, 2009, I, 27

Rossi Carleo, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005

Rotondi, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105

Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939

Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg., Torino, 2012, 534

Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, 3° ed., Torino, 2004, II

Santoni, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della legge n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 258

Saracini – Toffoletto, *Il contratto di agenzia, Artt. 1742-1753*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2014, 27

T. Scanlon, *What we owe to each other*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1998

Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010

Schlechtriem, “Good faith” in German Law and International Uniform Laws, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1997, n. 24

Schlesinger, *Poteri unilaterali di modificazione (“ius variandi”) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 24

Sciarrone-Alibrandi-Mucciarone, *Le pluralità di serie normative di jus variandi nel T.u.b.: sistema e fratture*, in *Ius variandi bancario. Sviluppo normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012

Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, 685

Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, I (commento a Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)

Scognamiglio, *Conclusioni, contenuto, esecuzione del contratto di agenzia*, in *Trattato dei contratti*, dir. Roppo, III, *Opere e servizi*, 1, Milano, 2014, 984

Seckel, *Die Gestaltungsrechte (Festgabe für R. Koch)*, Berlin, 1903

Senigaglia, *L’oggetto del contratto tra determinabilità e necessaria determinatezza*, in *Contratti*, 2005 (commento a Trib. Milano, 23 febbraio 2005), 853

Sicchiero, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005, 23

Sicchiero, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto tipico*, in *Contr. e impr.*, 2004, 545

Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 775

Silingardi – Morandi, *La «vendita di pacchetti turistici»*, Torino, 1998

Solinas, *Il contratto «amministrato» La conformazione dell’operazione economica agli interessi generali*, Napoli, 2018

Spena, *Art. 126 sexies*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano 2010, 1112

Suppiej, *Il potere direttivo dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, in *RDL*, 1972, I, 24

Vettori, *Nullità selettive e riequilibrio effettivo. L’evoluzione della buona fede*, in *Pers. Merc.*, 2019, 4

Vettori, *Il contratto giusto nell’ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015

Vettori, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni unite*, in *Obb. Contr.*, 2008, 104

Viglione, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l’autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Danno e resp.*, 2010, 347

Chr. Von bar - E. Clive - H. Schulte-Nälke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munchen, 2008

Whitford “Ian Macneil’s contribution to contracts scholarship” 1985  
*Wisconsin LR* 545ff 548

Tassoni, *Art. 40 codice del turismo*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2018

Terranova, *L’eccessiva onerosità dei contratti*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, artt. 1467-1469, Milano, 1995, 111

Teubner, *Legal Irritants: Good faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences* (1998 ) 61 *Modern Law Review* 11

Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 14° ed., Milano, 2002

Tucci, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 2, 137 (nota a Cass., 30 settembre 2015, n. 19559)

Tucci - Calia, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 107

Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 140

Zuddas, *L’arbitraggio*, Napoli, 1982





Università  
Ca' Foscari  
Venezia

**DEPOSITO ELETTRONICO DELLA TESI DI DOTTORATO**

**DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DELL'ATTO DI NOTORIETA'**

(Art. 47 D.P.R. 445 del 28/12/2000 e relative modifiche)

Io sottoscritto ..... GIOLIA CALDARELLI .....  
nat A a ..... FOLLIGNO ..... (prov. PG) il ..... 6/8/1988 .....  
residente a ..... FOLLIGNO ..... in ..... VIA OBERDAN ..... n. 103 .....  
Matricola (se posseduta) ..... 956381 ..... Autore della tesi di dottorato dal titolo:  
..... US VARIANDI E GESTIONE DEL .....  
..... RISCHIO CONTRATTUALE .....  
.....  
Dottorato di ricerca in ..... DILITTO, MERCATO E PERSONA .....  
(in cotutela con .....  
Ciclo ..... 33° .....  
Anno di conseguimento del titolo ..... 2021 .....

**DICHIARO**

di essere a conoscenza:

- 1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decado fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni;
- 2) dell'obbligo per l'Università di provvedere, per via telematica, al deposito di legge delle tesi di dottorato presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e di Firenze al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi;
- 3) che l'Università si riserva i diritti di riproduzione per scopi didattici, con citazione della fonte;
- 4) del fatto che il testo integrale della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione viene archiviato e reso consultabile via Internet attraverso l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, oltre che attraverso i cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze;
- 5) del fatto che, ai sensi e per gli effetti di cui al D.Lgs. n. 196/2003, i dati personali raccolti saranno trattati, anche con strumenti informatici, esclusivamente nell'ambito del procedimento per il quale la presentazione viene resa;
- 6) del fatto che la copia della tesi in formato elettronico depositato nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto è del tutto corrispondente alla tesi in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, consegnata presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo, e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 7) del fatto che la copia consegnata in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, depositata nell'Archivio di Ateneo, è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie;

Data 8/2/2021

Firma Giulia Caldarelli



## NON AUTORIZZO

l'Università a riprodurre ai fini dell'immissione in rete e a comunicare al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto la tesi depositata per un periodo di 12 (dodici) mesi a partire dalla data di conseguimento del titolo di dottore di ricerca.

## DICHIARO

- 1) che la tesi, in quanto caratterizzata da vincoli di segretezza, non dovrà essere consultabile on line da terzi per un periodo di 12 (dodici) mesi a partire dalla data di conseguimento del titolo di dottore di ricerca;
- 2) di essere a conoscenza del fatto che la versione elettronica della tesi dovrà altresì essere depositata a cura dell'Ateneo presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze dove sarà comunque consultabile su PC privi di periferiche; la tesi sarà inoltre consultabile in formato cartaceo presso l'Archivio Tesi di Ateneo;
- 3) di essere a conoscenza che allo scadere del dodicesimo mese a partire dalla data di conseguimento del titolo di dottore di ricerca la tesi sarà immessa in rete e comunicata al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto.

Specificare la motivazione:

motivi di segretezza e/o di proprietà dei risultati e/o informazioni sensibili dell'Università Ca' Foscari di Venezia.

motivi di segretezza e/o di proprietà dei risultati e informazioni di enti esterni o aziende private che hanno partecipato alla realizzazione del lavoro di ricerca relativo alla tesi di dottorato.

dichiaro che la tesi di dottorato presenta elementi di innovazione per i quali è già stata attivata / si intende attivare la seguente procedura di tutela:

.....;

Altro (specificare):

.....

.....

.....

A tal fine:

- dichiaro di aver consegnato la copia integrale della tesi in formato elettronico tramite auto-archiviazione (upload) nel sito dell'Università; la tesi in formato elettronico sarà caricata automaticamente nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, dove rimarrà non accessibile fino allo scadere dell'embargo, e verrà consegnata mediante procedura telematica per il deposito legale presso la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze;

- consegno la copia integrale della tesi in formato cartaceo presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo.

Data 8/4/2014.....

Firma Carlo Baldoni.....

La presente dichiarazione è sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritta e inviata, unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del dichiarante, all'ufficio competente via fax, ovvero tramite un incaricato, oppure a mezzo posta.

Firma del dipendente addetto .....

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 196/03 si informa che il titolare del trattamento dei dati forniti è l'Università Ca' Foscari - Venezia.

I dati sono acquisiti e trattati esclusivamente per l'espletamento delle finalità istituzionali d'Ateneo; l'eventuale rifiuto di fornire i propri dati personali potrebbe comportare il mancato espletamento degli adempimenti necessari e delle procedure amministrative di gestione delle carriere studenti. Sono comunque riconosciuti i diritti di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 196/03.



Studente: Gioia Caldarelli

Matricola: 956381

Dottorato: Diritto, Mercato e Persona

Ciclo: 33°

Titolo della tesi: Ius variandi e gestione del rischio contrattuale

Abstract:

La tesi ha ad oggetto l'analisi delle tecniche di gestione del rischio contrattuale nei contratti di durata, con particolare riferimento allo *ius variandi*. Dopo aver argomentato circa natura e ammissibilità di un intervento modificativo del regolamento contrattuale a carattere unilaterale, si procede con un inventario ragionato delle fattispecie di *ius variandi*, rintracciabili sia nel codice che nella legislazione di settore, per poi passare ad esplorare confini e limiti di uno *ius variandi* convenzionale. Attraverso il contributo della comparazione con il sistema di *common law*, la ricerca indaga poi sulla possibilità di applicare la teoria relazionale dei contratti all'ordinamento di *civil law*. Tale teoria valorizza il contenuto intrinsecamente incompleto dei contratti di durata e la loro fisiologica aspirazione a salvaguardare la convenienza delle operazioni economiche ad essi sottese attraverso una ragionevole cooperazione tra le parti ed un uso consapevole delle clausole generali della buona fede, della correttezza e della solidarietà contrattuale, strumenti di eccezione per l'esplicazione di un eventuale sindacato giurisdizionale sul legittimo esercizio della discrezionalità contrattuale.

The thesis relates to the analysis of allocation of contractual risks in long term contracts, with particular reference to the *ius variandi*. After debating about nature and admissibility of unilateral contractual amendments, the thesis exposes various legal cases of *ius variandi* found in both the Italian Civil Code and in the special legislation; furthermore, it goes through the exploration of boundaries and limits of the conventional drafting of a change of terms clause. The research, after exploring the comparison with the *common law* legal system, investigates the possibility of applying the "relational theory" of long term contracts to the civil law legal system. This theory asserts the intrinsically incomplete nature of long term contracts, as well as their "physiological aim" to safeguard the convenience of the agreement through a reasonable cooperation between the parties and a conscious use of the general principles of good faith and contractual solidarity, which are essential instruments for the explication of a judicial oversight on the exercise of discretionary powers.

Firma dello studente

