

LEZIONE DEL 5 FEBBRAIO 2022

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

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

Responsabile scientifico

Vincenzo Lopilato

LEZIONE DEL 5 FEBBRAIO 2022

di Vincenzo Lopilato

Diritto civile

AREE TEMATICHE

EFFICACIA (Pt. II) – INTERPRETAZIONE – INVALIDITÀ (Pt. I)

Argomento 1

TRACCIA

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

A. Schema per punti

1. Contratti di durata e gestione delle sopravvenienze. 2. *Ius variandi*: nozione. 3. *Ius variandi* di matrice legale nei contratti con i consumatori. 3.1. *Segue*: nei contratti del turismo. 3.2. *Segue*: nei contratti bancari. 3. *Ius variandi* convenzionale.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.

A.1. Rinvio al Manuale

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

B. Giurisprudenza

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

DIRITTO

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

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

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

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

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

Giappichelli Formazione

circostanze imprevedibili; ii) rientra nella seconda tipologia di efficacia l'istruzione che il mandante fornisce al mandatario (art. 1711, comma 2, cod. civ.).

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

Un primo orientamento, minoritario, esclude che tale potere possa essere esercitato in mancanza di una norma generale che ne autorizzi l'esercizio e in presenza di una norma (l'art. 1349 cod. civ.) che prevede che le parti possano assegnare soltanto ad un terzo, con funzione di arbitraggio, il potere di incidere sul contenuto del contratto mediante la definizione di una sua parte, rimasta incompleta. Si sostiene, inoltre, che l'autorizzazione all'esercizio di tale potere potrebbe comportare il rischio di un esercizio abusivo da parte del contraente cui il potere è attribuito con alterazione dell'equilibrio economico-giuridico del rapporto contrattuale.

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

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

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

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

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

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

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

Il potere di modificazione unilaterale riconosciuto al professionista si considera non abusivo e, dunque, valido soltanto se è rispettato il limite legale costituito dall'accertata sussistenza di un **«giustificato motivo» indicato nel contratto**. Ne consegue che il contratto che contempla la clausola di ius variandi deve indicare i motivi che giustificano l'esercizio di tale potere, da parte del

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

Giappichelli Formazione

professionista, nella fase di attuazione del rapporto. Si deve trattare di condizioni oggettive da valutare alla luce del principio di buona fede e connesse, normalmente, all'esigenza di gestire eventuali sopravvenienze.

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

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

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

Omissis.

D. Normativa

1. Ius variandi legale nel codice civile

Art. 2103 cod. civ. Prestazione del lavoro

Art. 1711 cod. civ. Limiti del mandato

Art. 1661 cod. civ. Variazioni ordinate dal committente

Art. 1685 cod. civ. Diritti del mittente

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

2. Ius variandi legale nei contratti con i consumatori

Decreto legislativo n. 206 del 2005

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

Omissis.

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

Omissis.

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

3. Ius variandi legale nei contratti del turismo

Decreto legislativo n. 79 del 2011

Art. 39. Revisione del prezzo (30)

In vigore dal 1 luglio 2018

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

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

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

Giappichelli Formazione

- a) il prezzo del trasporto di passeggeri in funzione del costo del carburante o di altre fonti di energia;
 - b) il livello di tasse o diritti sui servizi turistici inclusi nel contratto imposti da terzi non direttamente coinvolti nell'esecuzione del pacchetto, comprese le tasse di atterraggio, di sbarco e d'imbarco nei porti e negli aeroporti;
 - c) i tassi di cambio pertinenti al pacchetto.
3. Se l'aumento di prezzo di cui al presente articolo eccede l'8 per cento del prezzo complessivo del pacchetto, si applica l'articolo 40, commi 2, 3, 4 e 5.
4. Un aumento di prezzo, indipendentemente dalla sua entità, è possibile solo previa comunicazione chiara e precisa su supporto durevole da parte dell'organizzatore al viaggiatore, unitamente alla giustificazione di tale aumento e alle modalità di calcolo, almeno venti giorni prima dell'inizio del pacchetto.
5. In caso di diminuzione del prezzo, l'organizzatore ha diritto a detrarre le spese amministrative e di gestione delle pratiche effettive dal rimborso dovuto al viaggiatore, delle quali è tenuto a fornire la prova su richiesta del viaggiatore.

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

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

In vigore dal 1 luglio 2018

1. Prima dell'inizio del pacchetto, l'organizzatore non può unilateralmente modificare le condizioni del contratto diverse dal prezzo ai sensi dell'articolo 39, salvo che si sia riservato tale diritto nel contratto e la modifica sia di scarsa importanza. L'organizzatore comunica la modifica al viaggiatore in modo chiaro e preciso su un supporto durevole.
2. Se, prima dell'inizio del pacchetto, l'organizzatore è costretto a modificare in modo significativo una o più caratteristiche principali dei servizi turistici di cui all'articolo 34, comma 1, lettera a), o non può soddisfare le richieste specifiche di cui all'articolo 36, comma 5, lettera a), oppure propone di aumentare il prezzo del pacchetto di oltre l'8 per cento ai sensi dell'articolo 39, comma 3, il viaggiatore, entro un periodo ragionevole specificato dall'organizzatore, può accettare la modifica proposta oppure recedere dal contratto senza corrispondere spese di recesso. In caso di recesso, l'organizzatore può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore.
3. L'organizzatore informa, senza ingiustificato ritardo, il viaggiatore in modo chiaro e preciso su un supporto durevole:
- a) delle modifiche proposte di cui al comma 2 e della loro incidenza sul prezzo del pacchetto ai sensi del comma 4;
 - b) di un periodo ragionevole entro il quale il viaggiatore è tenuto a informare l'organizzatore della sua decisione ai sensi del comma 2;
 - c) delle conseguenze della mancata risposta del viaggiatore entro il periodo di cui alla lettera b) e dell'eventuale pacchetto sostitutivo offerto e del relativo prezzo.
4. Se le modifiche del contratto di pacchetto turistico o del pacchetto sostitutivo di cui al comma 2 comportano un pacchetto di qualità o costo inferiore, il viaggiatore ha diritto a un'adeguata riduzione del prezzo.
5. In caso di recesso dal contratto di pacchetto turistico ai sensi del comma 2, se il viaggiatore non accetta un pacchetto sostitutivo, l'organizzatore rimborsa senza ingiustificato ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dal recesso dal contratto tutti i pagamenti effettuati da o per conto del viaggiatore e si applicano le disposizioni di cui all'articolo 43, commi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.

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

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

Giappichelli Formazione

ai sensi di quanto disposto dall'art. 3, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 62/2018.

4. Ius variandi legale nei contratti bancari

Decreto legislativo n. 385 del 1993

Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

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

Art. 118 Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali ⁽⁶¹⁶⁾

In vigore dal 13 luglio 2011

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

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

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

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

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

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

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

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

Omissis.