

CRISTIANO IURILLI

**Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti
all'esercizio dello «*jus variandi*»
nei contratti del consumatore**

Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, 2001
pagg. 652-659

ARTICOLO 1. Limiti all'autonomia privata e garanzia di attuazione del sinallagma. — 2. Alterazione del sinallagma ed intervento riequilibratore dell'ordinamento. — 3. Superamento dell'alea normale del contratto ed eccessiva onerosità, quali chiavi di lettura della novella 1996. — 4. «Equilibrio giuridico» delle posizioni contrattuali e significativo squilibrio» ex art. 1469 bis, 1° comma. — 5. Lo «*ius variandi*» come menomazione dell'originario assetto di interessi. — 6. Inammissibilità o divieto di «*ius variandi*» (nel diritto comune). — 7. «*ius variandi*» nei contratti del consumatore. — 7.1. *Segue*. Il giustificato motivo» quale limite all'esercizio dello «*ius variandi*», art. 1469 bis, 3° comma, n. 11. — 7.2. *Segue*. La modifica unilaterale del prezzo già determinato al momento della conclusione del contratto. — 8. Riflessioni sulla disciplina dello «*ius variandi*» nei contratti finanziari, alla luce dell'impostazione prospettata. — 8.1. «*ius variandi*», contratti bancari e di credito al consumo.

Il procedimento di qualificazione degli atti di autonomia privata opera passaggio dal terreno meramente sociale a quello giuridico — e nell'attività di giudizio circa l'eventuale meritevolezza dell'autoregolamentazione degli interessi in essi contenuta, l'ordinamento stabilisce condizioni e limiti per attribuire vincolatività alla regola privata, valutandone gli effetti.

I limiti, unitamente alle condizioni previste per il riconoscimento dell'efficacia degli effetti del negozio giuridico, non devono però ritenersi siccome repressivi della libertà dei singoli, ma piuttosto «garanzie», nell'interesse dell'ordinamento (2) (ed implicitamente dei privati stessi), a non ammettere autoregolamenti impegnativi non giustificati in alcuno dei loro elementi essenziali, o che difettino dei presupposti richiesti per la valida conclusione dell'operazione negoziale, o regolamenti il cui contenuto non sia espressione diretta della volontà liberamente e coscientemente espressa dalle parti contraenti, o che non sia espressione dell'intento delle parti di perseguire un interesse legittimo, vietato dal diritto, poiché riprovato già dalla morale sociale (3), o che sia incompatibile con la dignità umana, o perché pregiudizievole per gli interessi dei terzi estranei all'atto (4).

Per valutare ed eventualmente tutelare gli interessi privati, l'ordinamento giuridico mira altresì ad evitare che fenomeni esterni al consenso, o l'accordo delle parti vadano ad alterare la corrispondenza degli interessi negoziali all'originario contenuto dell'accordo (es. art. 1463, 1° comma, c. c.), ovvero che limitazioni pattizie imposte dal cosiddetto «interesse forte» al «contraente debole» siano volte ad imporre a vantaggio di uno un assetto di interessi più sfavorevole (es. artt. 1341 cpv., 1342 cpv., 1469 bis e segg., 2698 c. c.).

Tramite queste ultime ipotesi, nel garantire il cosiddetto «equilibrio giuridico» delle posizioni contrattuali, si riconosce all'intervento

dell'ordinamento una *ratio* ben precisa: garantire l'attuazione del sinallagma ed il suo regolare svolgimento, assicurando la funzionalità dello strumento contrattuale ed intervenendo ove il venir meno di un termine del rapporto (per cause esterne o meno alla volontà delle parti) comprometta la sua operatività, spostando la normale alea del rapporto contrattuale a carico di una sola delle parti contraenti.

Tale *ratio* è certamente riscontrabile nella nuova disciplina sulle clausole vessatorie, che è andata profondamente ad incidere sui principi e sulle strutture giuridiche del diritto dei contratti. L'approfondimento circa uno degli aspetti principali della disciplina posta a garanzia del consumatore (5), lo «*ius variandi*», inteso come potere di uno dei contraenti di modificare unilateralmente clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o servizio da fornire, non può prescindere dall'approfondimento del quadro normativo teso a garantire ed effettivamente realizzare l'equilibrio giuridico delle posizioni contrattuali.

2. Si deve negare, conformemente a quanto ritenuto dalla dottrina (6), che nel nostro ordinamento vi sia la presenza ed il riconoscimento di un principio generale di equivalenza economica delle prestazioni, la cui operatività, in caso di squilibrio economico delle pattizioni dedotte in contratto, abbia come principale conseguenza la dichiarazione di invalidità del contratto, andando tale squilibrio ad incidere sulla sua stessa causa.

Infatti, anche se in presenza di determinate condizioni — come ad esempio nel caso dell'eccessiva onerosità di una delle prestazioni ex art. 1467 c. c., la cui disciplina si può facilmente accostare alla previsione dei limiti all'esercizio dello *ius variandi* nei contratti del consumatore — l'ordinamento interviene al fine di riequilibrare il sinallagma a seguito del perturbamento determinatosi tra prestazione e controprestazione, non vi è tuttavia la necessità che le parti siano tenute ad elaborare «un assetto di interessi in cui le diverse prestazioni abbiano un equivalente valore economico» (7).

Più precisamente, l'assunzione di un'obbligazione a condizioni inique di per sé non dà luogo ad una specifica tutela dell'ordinamento a favore della parte economicamente svantaggiata dall'accordo, poiché è necessaria a tal fine — come noto — la concorrenza di ulteriori condizioni, quali ad esempio lo stato di pericolo (art. 1447 c. c.) o lo stato di bisogno (art. 1448 c. c.), elementi qualificanti uno squilibrio (oggettivamente e soggettivamente inteso) tra le prestazioni.

Dunque, il riconoscimento dell'autonomia privata ben comporta che i privati possano assumersi degli impegni «oggettivamente» squilibrati nei confronti della controprestazione oggetto dell'accordo, ma «soggettivamente» convenienti, pienamente e liberamente voluti (8): vi sarebbe in tale ipotesi, una volontaria assunzione di un rischio ulteriore rispetto alla normale alea contrattuale (9), un'alterazione del sinallagma libera-

mente scelta ed accettata dall'ordinamento, ove sia stata liberamente voluta al momento della conclusione dell'accordo (10).

Ciò a cui invece l'ordinamento reagisce tramite il proprio intervento «riequilibratore» è la alterazione del rapporto iniziale tra le reciproche prestazioni causata da fattori sopravvenuti in corso di esecuzione (11) e causativi del venir meno del fondamento giuridico del negozio: in tal modo, il rapporto contrattuale verrebbe ad essere modificato in misura tale da non essere più riconducibile all'originaria distribuzione del rischio assunto dalle parti nell'accordo originario (12). Parte della dottrina, in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, rileva anzi il venir meno della causa che aveva spinto le parti a contrarre, in quanto il consenso sarebbe prestato in vista della calcolata corrispondenza fra gli obblighi reciproci volontariamente assunti (13).

Ulteriori considerazioni relative allo spostamento del rischio contrattuale richiedono la nostra attenzione.

3. Commutativo viene definito il contratto i cui reciproci sacrifici siano stati assunti ed accettati dalle parti (14); aleatorio il contratto in cui le parti non siano in grado di prevedere il vantaggio o lo svantaggio che ne deriverà loro (15). In tali ultimi, l'elemento rischio va a qualificare l'operazione contrattuale, mancando in essa la cosiddetta «causa commutativa», in virtù dell'impossibilità di basare l'accordo su un predeterminato equilibrio contrattuale.

Nel contratto commutativo, quindi, ciascuna delle parti, liberamente e coscientemente, valuta i rispettivi vantaggi e sacrifici che possano derivare dall'accordo: ciò è causa della previsione del 2° comma dell'art. 1467 c. c. (16) ove si preclude la risoluzione contrattuale qualora la sopravvenuta onerosità rientri nell'alea normale del contratto, rientri cioè nel rischio assunto dalle parti al momento della conclusione del contratto. L'ordinamento quindi interviene con l'istituto dell'eccessiva onerosità al fine di evitare una notevole alterazione del sinallagma non prevista né prevedibile (17) e non rientrante nell'alea normale propria di ogni contratto commutativo (18).

In tal modo si vuole tutelare la consapevolezza delle parti nella valutazione degli interessi e degli effetti derivanti dall'accordo (19): ove una parte contraente si vada ad accollare — volontariamente — al momento della conclusione del contratto un rischio «delimitativo» della propria controprestazione, ciò non varrà a spostare l'operazione così conclusa nella categoria dei contratti aleatori ex art. 1469 c. c., giacché essa permarrà nella categoria dei contratti commutativi (20), in quanto sorretta dalla consapevole volontà degli effetti potenzialmente «pericolosi» dello strumento contrattuale adottato.

Riconoscere alle parti il potere di allocare «convenzionalmente» l'alea del contratto significa riconoscere la centralità e la conservazione dello strumento di autonomia privata nella disciplina dei rapporti privati (21). Ma tale ammissione non può avere come effetto quello di considerare l'impegno contrattuale «insensibile» a fattori sopravvenuti ed estranei alla comune volontà delle parti, bensì quello di sottolinearne l'effetto contrario: la centralità dello strumento negoziale ed il rispetto della libera e cosciente manifestazione della volontà contrattuale non porta all'affermazione di un principio assoluto circa l'indissolubilità ed intangibilità del vincolo (22), ma piuttosto ad evidenziare l'esistenza di un principio generale di «riequilibrio giuridico» delle posizioni contrattuali.

Tra il principio della conservazione e vincolatività delle disposizioni contrattuali (*pacta sunt servanda*) e l'attribuzione di rilevanza a fatti e circostanze sopravvenute e modificative dell'originario assetto di interessi non si viene a creare una sovrapposizione o contrapposizione, ma un rapporto dialettico idoneo a garantire l'attuazione di questo principio generale (fine ultimo nell'ordinamento giuridico).

Tra la molteplicità degli strumenti e dei rimedi particolari (in relazione ai singoli tipi contrattuali) a tal fine utilizzati dal legislatore (23) rientra a pieno titolo la disciplina introdotta dalla novella del 1996 sui contratti del consumatore, disciplina di settore nell'ottica del nostro legislatore (destinata, in virtù delle modalità di recepimento e tradu-

zione della direttiva 93/13/CEE, a svolgere i propri effetti in relazione a particolari categorie di soggetti, i consumatori, quali contraenti deboli del rapporto contrattuale), ma fortemente innovativa e modificativa dell'estensione, attuazione e garanzia del principio dell'«equilibrio giuridico» delle posizioni contrattuali.

4. Questa impostazione (24) viene suffragata dalla precisa scelta, operata sia a livello comunitario che nazionale, di porre a fondamento del controllo sulla vessatorietà delle condizioni contrattuali nei contratti dei «consumatori» un principio generale, dal contenuto elastico e non predeterminato (25), individuante il «significativo squilibrio» (a carico del consumatore) dei diritti ed obblighi contrattuali, quale parametro fondamentale per la valutazione di vessatorietà delle clausole contrattuali e per la conseguente dichiarazione di inefficacia ex art. 1469 *quinquies* c. c.

Volendo «confrontare» la disciplina sui contratti del consumatore con la disciplina generale del contratto, tentando di ricondurre ad unità le previsioni codicistiche sino ad ora richiamate, si può notare come l'intervento dell'ordinamento volto a garantire il sinallagma avvenga sempre alla presenza di particolari condizioni, giustificative dell'azione «limitativa» dell'autonomia contrattuale, condizioni ispirate ad un unico e comune «filo conduttore»: così, ad es., nell'art. 1467 c. c., condizione di operatività della disciplina dell'eccessiva onerosità è il verificarsi di «... avvenimenti straordinari ed imprevedibili»; nella previsione degli artt. 1447 e 1448 c. c., al fine di una pronuncia sulla rescissione del contratto, oltre alla presenza di «condizioni inique» e di «lesione *ultra dimidium*», è necessaria la compresenza di altre condizioni, fra le quali rispettivamente lo «stato di pericolo» e lo «stato di bisogno»; ma anche per l'applicazione della «clausola generale» di «significativo squilibrio» (26) all'ipotesi di esercizio dello *ius variandi* da parte del professionista, il n. 11 del 3° comma dell'art. 1469 *bis* c. c., prevede anche qui la compresenza di un elemento ultroneo ed aggiuntivo alla mera modificazione unilaterale delle clausole del contratto, la mancanza cioè «... di un giustificato motivo (27) indicato nel contratto stesso». Da ciò si evince che l'intervento «riequilibratore» dell'ordinamento non va a fondarsi su un'astratta configurazione di un necessario equilibrio (anche giuridico) delle prestazioni, quanto su obiettive e precise condizioni, causative dello stato di squilibrio e fondanti il tentativo di costruire un sistema «sostanziale» di tutela del contraente debole (28).

In senso conforme a quanto in precedenza rilevato, anche nella disciplina ex art. 1469 *bis* e segg. viene accolta una nozione «normativa» e non «meramente economica» dello squilibrio contrattuale.

Già dal dato testuale («... significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto») si deduce che il controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali va eseguito con riferimento non alla convenienza economica dell'affare e quindi alla congruità del rapporto tra i valori delle prestazioni, ma al solo equilibrio normativo tra diritti ed obblighi assunti tra le parti (29).

Più in generale, dalla disciplina sui contratti dei consumatori è dato riscontrare la presenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale di «riequilibrio giuridico» delle posizioni contrattuali, che in particolare si manifesta nella previsione del codice civile [e non (30)] circa le modalità ed i limiti ad un valido esercizio dello *ius variandi* da parte del professionista contraente-forte del rapporto contrattuale.

5. A fronte della nascita del cosiddetto mercato delle grandi imprese e della contrattazione di massa, si assiste ad un sempre minor «rispetto» del consumatore da parte delle imprese contraenti, che al primario interesse del fruitore del servizio o del prodotto a che i propri bisogni vengano adeguatamente soddisfatti, sostituiscono, per esigenze di mercato, la cogente e continua necessità di «modificare» le proprie strutture ed i propri prodotti o servizi a discapito dell'ignaro consumatore.

Non vi è alcuna difficoltà ad immaginare i grandi vantaggi dell'imprenditore-professionista nel poter adeguare il proprio *modus operandi* alle mutate esigenze di mercato, senza per questo ritenere di dover as-

sicurare al contraente debole la «continuazione» delle condizioni contrattuali disposte al momento della conclusione del contratto: ci troviamo di fronte ad un'autolegittimazione del professionista ad adempimenti difformi dal contenuto dell'originario accordo (31). L'esercizio dello *ius variandi* inficia l'originaria determinazione del contenuto contrattuale, divenendo allo stesso tempo limite al principio *pacta sunt servanda* e vizio dell'originario regolamento contrattuale.

L'arbitrario ed unilaterale spostamento dell'alea contrattuale conseguente alla modifica del contenuto dell'accordo, impedendo al contraente debole di poter prevedere quale valore e contenuto possa eventualmente assumere la propria prestazione, vulnera gli interessi della parte più debole, la quale potrà trovarsi creditrice di una prestazione diversa da quella che l'aveva indotta alla contrattazione.

La previsione legale di questo potere di modifica (32), inteso come manifestazione dell'autonomia privata, ha aperto un vivace dibattito in ordine all'ammissibilità dello *ius variandi* esercitabile da una delle parti, relativamente ad alcune modalità di esecuzione del rapporto contrattuale.

A nostro avviso, la dicotomia ammissibilità-divieto di *ius variandi* dipende dall'inquadramento giuridico che si vuol dare alla fattispecie in esame: generica ammissibilità di poteri di modifica unilaterale del contratto, subordinata a determinati limiti e condizioni, o generale divieto di esercizio dello *ius variandi* [se non alle condizioni specificamente previste dal legislatore (33)] nel rispetto del generale principio dell'«equilibrio giuridico» delle posizioni contrattuali?

Tenteremo di dimostrare come dalla soluzione all'interrogativo (non tautologico né privo di significato) possano discendere rilevanti conseguenze.

6. Nel diritto comune, il fondamento del potere di modifica (successivamente alla conclusione) del rapporto contrattuale attribuito ad una sola parte, viene ricondotto al contenuto dell'accordo stipulato (34): così, nei contratti in corso di esecuzione l'invio di nuove condizioni generali, a parziale o totale modifica dell'originario assetto di interessi concordato, varrebbe come proposta, circa la quale il silenzio dell'oblatore non avrebbe il significato di accettazione, in quanto solo una dichiarazione positiva del titolare potrebbe considerarsi dispositiva del potere di autonomia contrattuale che a quest'ultimo appartiene (35).

Nei contratti conclusi mediante moduli o formulari, pur se il potere di modifica da parte del predisponente fosse contenuto in una delle clausole pattizie, le modificazioni all'originario rapporto contrattuale non potrebbero comunque essere tali da compromettere la correttezza degli obblighi reciproci originariamente assunti, potendo in tal caso l'aderente invocare la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione ex art. 1467 c. c.: l'arbitrio del predisponente verrebbe infatti considerato, a tutti gli effetti, come avvenimento straordinario e imprevedibile, e quindi come superamento dell'area del rischio consentito cui la legge ricollega la risoluzione del contratto.

Infatti, oltre i casi in cui lo *ius variandi* viene direttamente ed espressamente riconosciuto dalla legge ad una delle parti (36), nei casi di accordo pattizio — pur se la dottrina ha ravvisato il fondamento della relativa attribuzione nel concetto stesso di autonomia privata (37) — non può utilizzarsi il suddetto richiamo sino a ricomprendervi il potere di un soggetto di autodeterminarsi anche in relazione alla sfera giuridica altrui.

La circostanza che illegittimo esercizio dello *ius variandi* possa trovare fondamento unicamente dal consenso prestato nel concludere il contratto contenente la clausola attributiva del potere di modifica lascia dubbi circa il rischio di riconoscerne un esercizio libero, irragionevole o arbitrario.

Ogni modifica unilaterale quindi, in mancanza di ipotesi normative previste, ma in presenza di obiettive circostanze giustificative, dovrà essere rivolta al perseguimento dell'interesse che il contratto è funzionalmente diretto a soddisfare, e non venire — viceversa — a tradursi in uno strumento di unilaterale alterazione *ex post* dell'assetto di

interessi originariamente convenuto tra le parti; un intervento quindi compatibile con detto interesse, nel rispetto del ragionevole affidamento riposto da ciascuna parte sul significato dell'accordo al momento della sua stipulazione.

Diversamente verrebbe a rimanere altrimenti integrato un inammissibile assoggettamento di una parte all'autorità contrattuale dell'altra (38).

Se da quanto finora esposto parte della dottrina deduce un generale riconoscimento — da parte dell'ordinamento — del potere di esercitare unilateralmente lo *ius variandi*, ed il conseguente assoggettamento di una parte alla scelta autonomamente compiuta dall'altra (39) (vietandone però l'esercizio abusivo), opposta teoria deduce l'inesistenza dello stesso potere nel diritto comune (40), rilevando che la modificazione unilaterale del contratto determinerebbe se non proprio un difetto di consenso nella modificazione del contratto, almeno una improgrammabilità degli effetti del negozio che, traducendosi nella indeterminabilità delle modificazioni future, non sarebbe consentita dall'art. 1346 c. c. (41).

Né a tal proposito varrebbe obiettare che tale modificazione contrattuale sia solo apparentemente unilaterale, in quanto il consenso alla modificazione sarebbe stato comunque prestato anticipatamente (42): in questo caso infatti il consenso non sarebbe «libero», ma «indotto» dal contraente forte, e come tale quindi definibile come «non consenso».

Ragionando in tali termini, la richiamata dicotomia ammissibilità-divieto di *ius variandi*, dovrebbe risolversi nel secondo senso, maggiormente garantista del perseguimento del fine ultimo dell'ordinamento, per un equilibrio giuridico e sostanziale delle posizioni contrattuali.

A seguito della legge n. 52/1996, lo *ius variandi* sembra aver ottenuto, sia pure entro certi limiti, un esplicito avallo che imporrebbe all'interprete una radicale riconsiderazione dei termini del problema.

Crediamo comunque che analizzare il problema in termini di «ammissibilità» (entro certi limiti) dello *ius variandi* o di «divieto» dello stesso (eccezione fatta per limitatissime ipotesi normative previste), continui ad essere, anche in ragione della frammentarietà della disciplina sui limiti all'esercizio di tale potere, estremamente rilevante.

7. I principali contrasti circa l'esercizio dello *ius variandi* si sono sino ad oggi concentrati sull'esigenza di sistemazione teorica dell'istituto nel nostro ordinamento giuridico (e di qui il problema dell'ammissibilità) e sull'esigenza comunemente avvertita di delimitarne l'ambito applicativo.

Lo *ius variandi* infatti si è sempre presentato con tratti di spiccata vessatorietà, poiché alla modificazione *ex uno latere* del rapporto contrattuale si è andata sempre associando la spiccata disparità di forza economica tra le parti e l'assenza di qualsiasi limite o vincolo all'esercizio del potere modificativo (43), il quale veniva esercitato nel più libero arbitrio, essendo estraneo — vista la ritenuta tassatività dell'elenco dell'art. 1341, 2° comma — alla sia pur minima cautela della specifica approvazione per iscritto della corrispondente clausola contrattuale.

Con l'introduzione nel codice civile del Capo XIV *bis* si ottiene, per alcuna parte della dottrina, il risultato di ritenere lo *ius variandi* (44) implicitamente (45) ammissibile, venendone stabiliti contestualmente i limiti e le condizioni di operatività, in mancanza del cui rispetto è prevista la sanzione dell'inefficacia conseguente alla constatata vessatorietà.

La disposizione contenuta nell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 11, c. c., è chiaramente finalizzata ad evitare che il consumatore sia assoggettato ad un potere discrezionale del professionista, il cui esercizio risulti ingiustificato in relazione all'economia del contratto o alla sua natura (46).

Si è giustamente osservato (47) come con tale disposizione il legislatore abbia inteso evitare che il consumatore rimanesse vincolato ad un contratto di contenuto totalmente o parzialmente diverso da quello originariamente conosciuto e sulle cui pattuizioni aveva formulato la propria volontà contrattuale; verrebbe in tal caso meno la libertà di determinazione del contenuto e degli effetti del contratto, libera espressione della volontà negoziale presente al momento della conclusione dell'ori-

ginario assetto di interessi e ad esso non più rispondente al momento della sostanziale modificazione del contenuto del contratto.

Come già preliminarmente ricordato (48), la modificazione unilaterale del contratto comporterebbe una modifica dell'alea contrattuale in misura diversa da quella coscientemente assunta dalle parti contraenti al momento della conclusione dell'accordo, comportando altresì la modifica *in peius* del rapporto; proprio per tale circostanza, in dottrina la clausola che preveda un potere di modifica è stata classificata tra le «clausole di sorpresa» (49), ovvero tra quelle clausole che rafforzano la posizione del professionista a detrimento del consumatore (50).

Conformemente alla previsione comunitaria, il nostro legislatore ha dunque considerato abusiva la clausola costitutiva dello *ius variandi* in quanto strumento di «perturbamento degli interessi» della parte più debole: ma tale scelta non è stata nel senso di una declaratoria di inefficacia *tout court* della stessa, poiché se ne è prevista la validità mediante l'indicazione, da parte del professionista, di un «giustificato motivo», sul cui grado di analiticità e specificità più volte la dottrina (51) ha avuto modo di pronunciarsi.

7.1. Sulla esigenza del «giustificato motivo», viene sostenuto che il requisito della «indicazione», pur essendo elemento di natura prettamente formale, implica la effettiva presenza dei giustificati motivi, riducendone la «elasticità» (52): infatti per realizzare lo scopo della norma (cioè sottrarre il consumatore all'arbitrio del professionista), dovrà trattarsi di un'indicazione specifica e puntuale, «riferita a circostanze oggettive, non tale da lasciare al professionista una facoltà sostanzialmente discrezionale e disancorata da elementi suscettibili di effettivo controllo» (53).

Con ciò si vuole realizzare una limitazione della discrezionalità del professionista, al fine di eliminare l'effetto sorpresa nei confronti del consumatore, il quale prestando il suo consapevole consenso sul contratto e sulla clausola, sarà posto in grado di conoscere preventivamente in base a quali presupposti e parametri il rapporto contrattuale potrà essere dall'altra parte modificato (54).

Sulla determinazione di «giustificati motivi», in dottrina si è osservato che la formula usata viene collegata a parametri valutativi spesso fondati su «pseudoconcetti di natura emozionale» (55) che, malgrado ogni sforzo interpretativo, non consentono di individuare le coordinate per un giudizio sicuro circa l'appartenenza o meno di una ipotesi concreta al contratto.

Si è quindi ritenuto fondamentale l'intervento dell'interprete, il cui accertamento sulla vessatorietà non potrà risolversi in una valutazione meccanica, né potrà ricondursi ad una mera operazione di sussunzione, ma dovrà essere il risultato di una valutazione discrezionale dovuta alla natura elastica dell'espressione «giustificato motivo» (56). In sostanza, l'interprete sembra essere chiamato a stabilire se il motivo indicato possa dirsi «giustificato», in quanto esso sarà pur sempre manifestazione della discrezionalità di chi se ne avvantaggia, sia in relazione all'*an*, sia in relazione al contenuto dell'esercizio del potere in considerazione (57).

Dunque, il giustificato motivo pur presentando — *prima facie* — una parvenza di obiettività, ha come presupposto l'esercizio facoltativo della sua determinazione, che tuttavia non viene sottratta alla valutazione *ex post* del giudice.

Considerando allora che il legislatore, al fine di un valido esercizio dello *ius variandi* da parte del professionista-contraente forte, ha espressamente previsto solo la necessaria indicazione dei «giustificati motivi», mancando alcuna elencazione di riferimento, ci si deve domandare quando tali motivi possano ritenersi effettivamente giustificati (58), per evitare che l'indicazione dei «giustificati motivi» all'interno del contratto perda la propria funzione di «garanzia» a tutela del consumatore.

A tal fine, è stato giustamente osservato (59) come tale valutazione «... non possa risolversi in un comodo espediente per aggirare il divieto di cui agli artt. 1229 e 1469 *bis*, c. c.»: conformemente a quanto già in

precedenza rilevato (60), riteniamo di poter aderire alla conclusione secondo cui non potrebbe considerarsi giustificato un motivo che consentisse al professionista di sottrarsi al proprio impegno, andando a modificare il contenuto della prestazione dedotta in contratto oltre i limiti — legislativamente previsti — che consentono al debitore di sottrarsi al proprio impegno (artt. 1229, 1467 c. c.) (61); in caso contrario non si verrebbe più a tutelare la consapevolezza del contraente debole nella valutazione dei diritti-obblighi derivanti dalla conclusione del contratto (62).

Non si deve peraltro dimenticare che la medesima locuzione «giustificati motivi» è presente nel campo del diritto del lavoro: ai sensi della legge n. 604/1966, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (63) ai sensi dell'art. 2119 c. c., o per giustificato motivo (64).

Pur nella differenza di disciplina connessa all'utilizzo di tale locuzione, spunti di riflessione possono discendere dall'analisi del cosiddetto «giustificato motivo oggettivo» (65).

Il licenziamento per giustificato motivo «oggettivo» è determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa (art. 3 legge n. 604/1966): tale nozione fa quindi diretto riferimento ad esigenze obiettive di impresa.

Soffermandoci brevemente sul punto, in dottrina (66) si ritiene che in relazione a queste ultime, il giudice debba accertare la loro «effettività» ed il nesso di causalità fra le stesse ed il licenziamento del lavoratore. Inoltre, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte (67), nel caso di licenziamento per giustificato motivo, il datore di lavoro avrà l'onere di provare di non poter adibire il lavoratore ad una mansione diversa da quella per la quale era assunto, considerando quindi il licenziamento, come *extrema ratio*, a cui ricorrere ove non vi sia alcuna alternativa per poter utilizzare il lavoratore all'interno dell'impresa ristrutturata.

Rilevando nuovamente il diverso ambito operativo che la locuzione «giustificati motivi» assume nel campo del diritto del lavoro, nel tentativo di attribuire un contenuto minimo alla locuzione contenuta nel Capo XIV *bis* c. c., non pare fuori luogo ritenere — mantenendo ferme le considerazioni suesposte — che la clausola contenente la previsione del «giustificato motivo» (previsto unilateralmente nel contratto), al fine di non incorrere in una pronuncia di vessatorietà, dovrà rivestire necessariamente i caratteri di obiettività, essere cioè riferita ad obiettive esigenze (imprenditoriali e produttive) del predispone: l'esercizio del potere di modifica unilaterale delle condizioni di contratto dovrà quindi considerarsi come «*extrema ratio*», il cui impiego sarà «giustificato» unicamente in relazione ad atti o fatti che non siano il frutto della determinazione puramente discrezionale del «professionista».

Si può quindi, a ragione, ritenere che per la determinazione e valutazione del «giustificato motivo» si debba operare su diversi livelli: un primo di carattere oggettivo, riguardante la mera corrispondenza dei motivi indicati nel contratto alla fattispecie concretamente verificatisi, ed un secondo vertente sull'accertamento del «giustificato motivo» nella sua componente «contenutistica», tale che la sua determinazione unilaterale non vada a compromettere il principio cardine posto a tutela del consumatore, ovvero la garanzia dell'equilibrio delle posizioni contrattuali.

Come si può chiaramente ricavare dalla lettera della legge, nella disciplina posta a tutela dei consumatori, l'esercizio dello *ius variandi* risulta fortemente limitato alla ricorrenza di ben precise condizioni (*ex n. 11, 3° comma, art. 1469 bis c. c.*, alla presenza di un «giustificato motivo»), alla cui mancanza l'ordinamento fa seguire il divieto assoluto di esercizio di tale potere, ed a cui ricollega, come diretta conseguenza, la dichiarazione di inefficacia della clausola redatta in violazione del suddetto divieto.

Diversamente dall'orientamento dottrinale già richiamato (68), riteniamo di poter dunque affermare, in base alle considerazioni ora esposte, che nella dicotomia divieto-ammissibilità dell'esercizio dello *ius va-*

riandi (sia pure a determinate condizioni) sia da ritenere prevalente il primo aspetto (il generale divieto di esercizio), poiché le norme contenenti i limiti all'esercizio dello *ius variandi* sarebbero da considerare diretta espressione del generale principio di equilibrio giuridico delle posizioni contrattuali, già vigente nel nostro ordinamento, ed alla cui ratio il nuovo capo XIV bis del codice civile si ispira.

Dunque, le nuove disposizioni in materia di contratti dei consumatori, e nella specie quelle relative al divieto di esercizio unilaterale ed arbitrario dello *ius variandi*, riteniamo che assurgano a principio giuridico generale, di ispirazione comunitaria e pienamente recepito dal nostro legislatore, posto a tutela del cosiddetto «contraente debole» del rapporto obbligatorio consumatore-professionista.

7.2. Prima di considerare i risvolti applicativi della presente impostazione, è necessario concludere l'analisi delle altre ipotesi di limiti all'esercizio dello *ius variandi* previste dal Capo XIV bis c. c.

L'art. 1469 bis, 3° comma, c. c., al n. 13 dispone in merito all'ipotesi che il professionista si riservi il diritto di aumentare il prezzo già determinato al momento della conclusione del contratto: il legislatore ne ha previsto la vessatorietà a meno che al consumatore non sia attribuito il diritto di recedere qualora il prezzo finale sia eccessivamente elevato (69).

Per quanto concerne le clausole che prevedono un aumento del prezzo, si ritengono vessatorie quelle approntate unilateralmente dal predisponente e che gli consentano modifiche esercitabili *ad libitum* e sganciate da qualsiasi riferimento a parametri oggettivi (70): a contrario infatti, le clausole che stabiliscano un rapporto percentuale del prezzo previsto, ad indici oggettivamente determinabili, si sottrarrebbero alla vessatorietà, poiché pur potendo essere incerto l'ammontare finale del corrispettivo, lo stesso sarà determinabile in virtù di parametri identificabili in termini oggettivi (71), e sottratto quindi all'arbitrio del predisponente.

Clausole di tal specie sono peraltro riconosciute espressamente come non vessatorie già dalla stessa legge che, al 7° comma dell'art. 1469 bis, considera efficaci le clausole di indicizzazione (nei casi e nei limiti stabiliti) (72).

L'eccessivo aumento del prezzo, rendendo abusiva la clausola che preveda a vantaggio del professionista un tale potere di modifica, ha come suo «contrappeso» il riconoscimento al consumatore del diritto di recesso. Il diritto di recesso trova appunto giustificazione nell'esigenza di garantire l'equilibrio contrattuale: il potere del consumatore di liberarsi del vincolo contrattuale, essendo mutata la sua obbligazione, funge da «contrappeso» rispetto al potere del professionista di modificare il regolamento contrattuale (73), costituendo l'aumento del prezzo da parte del professionista, «giusta causa» di recesso.

Come il «giustificato motivo» risulta essere «limite» posto a garanzia del contraente debole, pacifica in dottrina è la considerazione del diritto di recesso come strumento di equilibrio contrattuale, modificato a vantaggio di una sola parte: «solo il potere di recesso attribuito al consumatore può apparire idoneo bilanciamento dell'equilibrio contrattuale» (74).

Nel rispetto del medesimo principio già ricavato dall'analisi degli artt. 1467-1468 c. c., l'intera fattispecie è fatta ruotare intorno alla manifesta eccessività del corrispettivo (75), in quanto la condizione dell'eccessiva sperequazione tra prezzo iniziale e prezzo finale costituisce il limite dell'autonomia del professionista.

A riprova della omogeneità dei principi posti a tutela del consumatore con le preventivi previsioni del codice civile, si noti che la clausola prevista al n. 13 dell'art. 1469 bis c. c., 3° comma, sanziona l'eccessivo aumento rispetto ad un prezzo già convenuto, senza che per nulla rilevi la sproporzione originaria tra le prestazioni o il costo eccessivo del bene, inteso come sproporzionata diversità tra corrispettivo e valore reale del bene (76). Ancora una volta perciò, lo scopo dell'apposizione della condizione di una notevole sperequazione tra prezzo iniziale e finale per l'esercizio del recesso non è quello di riportare l'equivalenza

«economica» tra le prestazioni, bensì quello di tutelare la libertà del volere dei contraenti (77).

Nel tentativo di *reductio ad unitatem* delle disposizioni finalizzate a garantire l'equilibrio giuridico delle posizioni contrattuali, il principale raffronto con la previsione del n. 13 [pur nel rispetto delle differenze di ordine sostanziale tra le previsioni (78)] rimane senza dubbio ed ancora una volta l'art. 1467 c. c., poiché tra le due previsioni esisterebbe un'identità di presupposti, essendo anche il n. 13 riferito chiaramente alla conclusione di un contratto a prestazioni corrispettive e di durata, o ad esecuzione differita, ed agendo l'incremento unilaterale del prezzo come «fattore esterno sopravvenuto» rispetto all'originario assetto del rapporto obbligatorio (79).

8. Senza che in questa sede si voglia richiamare l'ampio dibattito dottrinale (80) relativo alla disciplina codicistica dello *ius variandi* nei contratti finanziari ed alle relative limitazioni previste (ex art. 1496 bis, 4° e 5° comma) alla disciplina generale di cui ai nn. 11-12-13, 3° comma, art. 1469 bis c. c. (81), preme porre in rilievo alcune conseguenze in ordine alla considerazione del divieto di *ius variandi* quale principio di carattere generale, posto a tutela del consumatore-contraente debole.

Relativamente alla questione concernente il significato da attribuire alla nozione di contratti aventi ad oggetto «la prestazione di servizi finanziari», i contributi in letteratura — seppur notevoli — non sempre risultano univoci.

Pressoché unanimemente si ritiene necessario, per la ricostruzione della suddetta categoria contrattuale, attenersi al diritto comunitario al fine di non tradirne lo scopo di armonizzazione e di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri: dal confronto tra il testo della direttiva comunitaria 93/13/CEE e l'enunciato normativo del 4° e 5° comma dell'art. 1469 bis c. c., emerge che nel testo della direttiva la categoria concettuale per la quale si prevede la disciplina derogatoria delle presunzioni di vessatorietà è la categoria soggettiva del «fornitore dei servizi finanziari», mentre nel diritto interno la formulazione è in termini oggettivi. In proposito si è osservato che il riferimento obiettivo alla natura della prestazione, anziché alle diverse categorie soggettive di prestatori di servizi finanziari, avrebbe l'effetto di espandere l'ambito di applicazione delle regole che riguardano la prestazione di tali servizi (82).

Da ciò, e dalla osservazione che, in difetto di specifiche e contrarie indicazioni, non è dato assumere che il legislatore nazionale sia ricorso all'espressione «prestazione di servizi finanziari» sottintendendo un significato diverso rispetto a quello che riveste nella direttiva comunitaria, si è dedotto che la formulazione dell'enunciato faccia propendere per l'impiego della nozione in un'accezione ampia di significato (83).

Da tale impostazione parte della dottrina (a cui riteniamo di aderire) accoglie un'accezione estesa di «servizi finanziari», riconducendo alla previsione della disciplina sulle clausole abusive anche contratti ulteriori rispetto all'erogazione di credito a titolo oneroso (84), ben potendo farsi rientrare tra i prestatori di servizi finanziari le banche, gli intermediari finanziari e gli esercenti il credito al consumo (85).

Altri (86), negando la possibilità di una applicazione estensiva della disciplina sulle clausole abusive anche ai servizi bancari [e fondando le proprie argomentazioni su dati di carattere esclusivamente testuale (87)], esclude che possano essere ricomprese in tale ambito le operazioni di raccolta di risparmio, poste in essere dalle banche o da altro soggetto a ciò autorizzato.

Alla luce della esposta ricostruzione del fenomeno dello *ius variandi*, crediamo dover aderire, senza dubbio alcuno, alla prima di tali visioni interpretative: se effettivamente tramite le previsioni di cui agli artt. 1469 bis e segg. c. c., il legislatore comunitario e nazionale ha voluto introdurre una disciplina «riequilibratrice» degli assetti di interessi facenti capo a soggetti aventi diversa «forza contrattuale», se nel nostro ordinamento vige, come principio generale e fine ultimo, «l'equilibrio giuridico delle posizioni contrattuali» (finalizzato al raggiungimento di una «parità sostanziale» tra i contraenti), non si può ritenere sufficiente un dato testuale per escludere dall'applicabilità della disciplina del

Capo XIV *bis* c. c., a contratti [tra cui ad es. il contratto di deposito bancario (88)] formalmente non rientranti nella stretta previsione legislativa, ma le cui clausole ben possono contenere disposizioni «lesive» dell'equilibrio contrattuale tra le parti.

La principale motivazione di fondo per giustificare tale interpretazione consiste nella necessità di una lettura «sincronica» delle disposizioni tuttora vigenti in materia, evitando così di continuare a promuovere interpretazioni ed applicazioni settoriali di tali norme, allontanando così il pericolo di far prevalere un dato formale su un principio di giustizia sostanziale (89), e sottoponendo alla disciplina del Capo XIV c. c. anche quei contratti che solo *prima facie* (cfr. il deposito) non sembrano poter creare una situazione sperequativa tra le parti.

8.1. L'ulteriore problema interpretativo afferente i contratti bancari, riguarda la compatibilità della novella con la disciplina speciale dello *ius variandi* contenuta nel T.U.B., ove sono contenuti puntuali riferimenti alla disciplina dei contratti bancari. Anche su questo punto la dottrina risulta alquanto divisa.

Secondo l'opinione dominante sembra doversi ritenere che il T.U.B. sia stato tacitamente abrogato in quanto incompatibile con una legge successiva (criterio della *lex posterior*, art. 15 disp. prel. c. c.) (90).

Da parte di questa letteratura si rileva come tale contrasto interpretativo sia dovuto per lo più al legislatore italiano che non ha esplicitamente sancito l'inderogabilità della novella da parte di regimi diversi di tipo speciale.

Ancora una volta, l'interprete si trova di fronte ad un panorama normativo estremamente frammentario. Il legislatore nazionale, nel recepimento della direttiva 93/13/CEE, non ha tenuto in debito conto l'esistenza della disciplina previgente (il T.U.B.) e, così come spesso accade nel recepimento di direttive comunitarie, è intervenuto nel campo del diritto senza porsi il problema della omogeneizzazione tra le diverse disposizioni concernenti il medesimo oggetto, senza considerare i forti contrasti interpretativi causati dalla compatibilità tra previsioni che, per il loro oggetto, non permettono di concludere pacificamente su una loro tacita abrogazione e senza valutare l'incidenza, nel nostro ordinamento, dei principi ispiratori contenuti nella novella del 1996.

La stessa dottrina favorevole all'abrogazione tacita delle disposizioni contenute nel T.U.B. concernenti lo *ius variandi*, pone a giustificazione della propria posizione, un dato per noi incontrovertibile (91): la novella, esplicitamente indirizzata a ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, ha come principale fine, quello di offrire un denominatore comune tra le diverse discipline municipali, anche se di tipo speciale, come quella in esame.

Ma passando alla specifica analisi delle disposizioni in esame, risulta necessario porre in rilievo in relazione a quali norme si potrebbe parlare di sovrapposizione di regole nel medesimo ambito.

Dalla contestuale lettura delle norme contenute nel T.U.B. (artt. 117,

118 e 124) con le previsioni degli artt. 1469 *bis* e segg. c. c., emergono forti e chiari contrasti: *a)* mentre il T.U.B. prevede l'approvazione specifica della clausola sullo *ius variandi*, non così dispone il codice civile; *b)* mentre per il T.U.B. la variazione unilaterale è possibile *ad nutum*, il codice stabilisce che essa possa avvenire solo in presenza di giustificati motivi (92); *c)* anche l'ambito di applicazione risulta diverso, poiché nel codice civile non sono poste limitazioni al suo oggetto e le clausole contrattuali alle quali il professionista può apportare modificazioni unilaterali non sono solo quelle attinenti «i tassi, i prezzi e le altre condizioni» (si intende quelle economiche), di cui all'art. 118, 1° comma, T.U.B. (93); *d)* anche sotto il profilo dell'informazione cui ha diritto il cliente consumatore il T.U.B. risulta più rigoroso, riservando alla banca il solo *ius variandi* con preavviso, mentre il codice civile se da un lato pretende quale regola generale il preavviso «entro un congruo termine» (art. 1469 *bis*, 4° comma, n. 2), dall'altro consente che la modificazione unilaterale di clausole riguardanti «il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti» avvenga anche senza preavviso da parte del professionista (5° comma); *e)* da ultima, ma non per questo meno importante, la previsione del diritto di recesso, è prevista sia nel codice civile che nel T.U.B., ma con l'ulteriore precisazione, in quest'ultimo, della gratuità (94).

Da tale ricostruzione, e prendendo come riferimento l'ipotesi dell'applicabilità del criterio dell'abrogazione implicita delle norme cronologicamente precedenti, sono necessarie brevi considerazioni.

Analizzando attentamente la disciplina di specie contenuta nel T.U.B., anche in relazione all'omissione, da parte del legislatore italiano, di una riforma organica delle disposizioni riguardanti lo *ius variandi*, la scelta più adeguata per una più ampia ed effettiva tutela del consumatore dovrebbe essere quella di una lettura «cumulativa e sincronica» delle due discipline.

Infatti, propendendo per la abrogazione tacita delle norme previgenti, si andrebbe ad escludere l'applicazione di disposizioni in molti casi più favorevoli per il consumatore di servizi finanziari. La considerazione del divieto di *ius variandi* come categoria giuridica generale, rispondente al principio del riequilibrio giuridico delle posizioni contrattuali, impone all'interprete una *reductio ad unitatem* di tale composta disciplina, considerando le disposizioni del Capo XIV *bis* del codice civile come inderogabile base di principio, come «tutela minima», a cui affiancare, tramite una lettura unitaria, le disposizioni del T.U.B. maggiormente favorevoli al contraente debole.

D'altronde, la funzione dell'interprete non può e non deve limitarsi all'analisi distaccata ed autonoma di singole disposizioni normative, in quanto un'adeguata attività ermeneutica deve collocare la singola norma all'interno dello «scheletro legislativo» entro cui si trovi ad operare, risultando questo l'unico modo per evitare l'exasperarsi di contrasti applicativi, dovuti al susseguirsi temporale di nuove e diverse normative, contenenti nuovi livelli e parametri di tutela.

NOTE

(1) Sulle funzioni del riconoscimento dell'autonomia privata v. per tutti BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa, Camerino, 1983, 48 e segg.

(2) In tal senso conclude anche NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, 162 e segg., soffermandosi sulla dialettica tra autonomia privata e suoi limiti, in relazione alla tipicità dei diritti reali.

(3) Parte della dottrina propone tale impostazione per la ricerca del fondamento del divieto di patto commissorio, ex artt. 1963 e 2744 c. c., spesso riconducendo la nullità del patto ad un interesse generale supe-

rindividuale (vedi BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957; ID., voce «Patto commissorio», in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 711 e segg.), ovvero ad una sua immoralità (v. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952; contra CESÀRO, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. Notar.*, 1986, 808).

(4) BETTI, *op. cit.*, 101 e segg.; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 3 e segg.

(5) La figura del «consumatore», derivata dalla categoria concettuale del «consumo», trova origine nelle elaborazioni teoriche delle scienze

economiche, ove è speculare alla figura del «produttore», inteso come colui che gestisce e trasforma i fattori della produzione al fine di offrire sul mercato i risultati di tale gestione e trasformazione: l'offerta ha come destinatario naturale il consumatore, soggetto in grado di soddisfare le proprie esigenze di consumo nel rispetto del migliore rapporto prezzo-qualità, orientando le scelte sui beni e/o servizi che gli appaiano maggiormente rispondenti ai propri interessi. Alla figura del consumatore si sono riferite anche le scienze sociologiche e, per quel che è di nostro interesse, le scienze giuridiche. Tale termine ha assunto nel linguaggio giuridico significati del tutto peculiari, ed anche in questa sede si deve sottolineare come l'assenza di una adeguata definizione generale, che avrebbe avuto il pregio di definire precisamente i confini della categoria, ha lasciato il passo a definizioni non completamente esaustive, che hanno lasciato più d'un dubbio nella pratica applicazione della disciplina a tutela del consumatore (G. CHINÈ, *Il consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997, 164 e segg.; M. SANNIA, *Sub art. 1469 bis, comma 2*, in CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Milano, 1998, 76 e segg.).

(6) LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, 58; COSTANZA, *Sulla reductio ad aequitatem del contratto rescindibile*, in *Giust. Civ.*, 1979, 1091; BISCONTINI, *Onerosità, corresponsività e qualificazione dei contratti, il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, 44 e segg.

(7) BISCONTINI, *op. cit.*, 47.

(8) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 71.

(9) ALPA, BESSONE e ROPPO, *Rischio contrattuale ed autonomia privata*, Napoli, 1982; si veda altresì SCALFI, *Corresponsività ed alea nei contratti*, Milano, 1960, 70 e segg.

(10) BISCONTINI, *op. cit.*, 48.

(11) Tali fattori potranno essere estranei alla volontà delle parti (es. impossibilità sopravvenuta della prestazione, ex art. 1463 c. c.; eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, dovuta al verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, ex art. 1467 c. c.), o dipendere dalla volontà di una di esse (è il caso dell'esercizio arbitrario dello *ius variandi* a danni del consumatore-contraente debole, di cui all'art. 1469 bis, 3° comma, n. 11, c. c.).

(12) In dottrina, ampiamente TARTAGLIA, voce «Onerosità eccessiva», in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980.

(13) TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1995, 17, in spec. nota 40.

(14) TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XII, Milano, 1999.

(15) GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 6ª ed., Napoli, 1996, 787.

(16) Recentemente sull'argomento, E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità, in I contratti in generale, Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999.

(17) Per un approfondimento sugli elementi costitutivi della fattispecie ex art. 1467 c. c., recentemente DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, 206 e segg.

(18) GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1960, 439.

(19) Sull'eccessiva onerosità come ostacolo all'adempimento della prestazione, a causa del perturbamento dell'equilibrio contrattuale, vedi COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 130 e segg.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 188; TARTAGLIA, *op. cit.*, 160.

(20) In tal senso, NICOLÒ, voce «Alea», in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 1028, sottolinea che vi sono molteplici ipotesi in cui una parte contraente si impegna ad una prestazione certa, contro un'altra prestazione, parimenti certa, ma passibile di modificazione o di scomparsa al verificarsi di un determinato avvenimento, senza però che tale «alea» sia da considerare quale elemento immanente al contratto, momento necessario dello stesso, caratterizzante il sinallagma.

(21) DE NOVA, *Dal principio di conservazione al favor contractus*, in

Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta, a cura di Pisu e Nanni, *Collana monografica di Contratto ed impresa*, Padova, 1988.

(22) TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 237.

(23) Oltre ai già richiamati artt. 1467, 1468 c. c., si veda: in tema di appalto, l'art. 1664 c. c.; in tema di affitto, l'art. 1623 c. c.; in tema di contratto di assicurazione, l'art. 1897 e 1898 c. c.

(24) Già in dottrina, il «significativo squilibrio» delle prestazioni contrattuali viene considerato clausola generale di tutela: MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Riv. Notar.*, 1996, 285 e segg.

(25) TROIANO, *sub art. 1469 bis, I comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Commentario agli articoli 1469 bis-1469 sexies del codice civile* (a cura di Alpa-Patti), Milano, 1997, 4.

(26) In dottrina, affermano che non basti un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto affinché una clausola possa definirsi abusiva, ma occorra anche dimostrare che lo squilibrio sia contrario al requisito della buona fede, MORELLO, *op. cit.*, 285, 289; BUSNELLI e MORELLO, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. Notar.*, 1995, 373; in senso diverso RIZZO, in CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore, sub art. 1469 bis, I comma, cit.*, 45 e segg., che non accogliendo l'ipotesi secondo cui per il giudizio di vessatorietà debbano essere necessariamente presenti il significativo squilibrio e la violazione del principio di buona fede, intende la buona fede come criterio utile al fine di individuare la portata e le possibilità applicative del principio del «significativo squilibrio».

(27) Sulla nozione di giustificato motivo, GRASSI, in CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore, sub art. 1469 bis, III comma, n. 11, cit.*, 283 e segg.

(28) Sino all'entrata in vigore della novella, il 2° comma dell'art. 1341 c. c., offriva infatti una tutela prettamente formale ed inadeguata, nei confronti del consumatore contraente debole. Cfr. ORESTANO, *L'inefficienza delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1996, 507; DI MEO, in CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore, sub art. 1469 bis, I comma, cit.*, 55 e segg.

(29) SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. Civ. e Prev.*, 1993, 439; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro It.*, 1996, V, 145.

(30) Qui il riferimento è alla previsione del T.U.B., relativa alle modalità e limiti all'esercizio dello *ius variandi* nei contratti bancari e di credito al consumo.

(31) In tal senso già in dottrina, si veda GRASSI, *op. cit.*, 284.

(32) SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 22 e segg., ricostruisce (ex art. 1372 c. c.) un generale potere di modifica unilaterale del contratto (pur se a determinate condizioni). A tal proposito, l'Autore richiama: il diritto di modifica del progetto originariamente concordato attribuito al committente (art. 1661 c. c.); il diritto accordato al mittente di impartire al vettore «contrordini», di disporre la sospensione del trasporto ovvero la consegna della merce a destinatario diverso da quello originariamente indicato ovvero ancora di «disporre diversamente» (art. 1685 c. c.); la facoltà del cliente della banca di eseguire liberamente versamenti e prelevamenti sui propri conti (artt. 1384, 2° comma, 1843, 1849 c. c.) o sui propri libretti di deposito (art. 1835 c. c.); il potere dell'imprenditore di adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle per le quali questi è stato assunto ovvero di trasferirlo ad altra unità produttiva (art. 2103 c. c.); il diritto di riscatto della rendita perpetua (art. 1865 c. c.); i diritti di riscatto e di riduzione della somma assicurata in forza di contratto di assicurazione sulla vita (art. 1925 c. c.).

(33) Vedi la presenza dei giustificati motivi, ex art. 1469 bis, 3° comma, n. 11.

(34) Cfr. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti*

a tempo indeterminato con il consumatore, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Leggi civ. comm.*, 1997, 1027.

(35) GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 262.

(36) Anche da parte di chi intende trarre dalle disposizioni codicistiche, argomenti a favore dell'ammissibilità dello *ius variandi*, si afferma che «le disposizioni contenute nel codice civile, sia pure limitate a particolari e specifiche ipotesi e, più in generale, i principi che governano l'esercizio dei poteri discrezionali nell'esecuzione del contratto, consentono di individuare un principio generale idoneo a disciplinare il potere di variazione unilaterale del contratto anche quando esso sia attribuito dal contratto stesso ad una delle parti; deve ritenersi che tale potere di una parte debba anzitutto trovare giustificazione nella causa del contratto, risultando comunque limitato dal divieto di alterare ingiustificatamente la posizione dell'altra parte, introducendo prestazioni, o modalità delle stesse, per essa onerose» (RIZZUTO, *Sub art. 1469 bis, comma 3°, n. 11*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, cit., 935).

(37) SCHLESINGER, *op. cit.*, 21, sostiene che «così come le parti «possono liberamente determinare il contenuto del contratto» (art. 1322 c. c.), così ben possono «liberamente» accordare ad una di esse uno *ius variandi* esercitabile *ad libitum* e non condizionato ad eventi sopravvenuti. Naturalmente anche questa attribuzione di poteri unilaterali di modifica del rapporto contrattuale deve soggiacere ai limiti generali che condizionano la validità di qualsiasi accordo, rimanendo necessaria la ricorrenza di una «giusta causa» dell'attribuzione patrimoniale in ossequio ai principi generali che a questa presiedono».

(38) SCARANO, *op. cit.*, 1027.

(39) In tal senso LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca, impresa, società*, 1997, 78. L'A. mette in evidenza come la clausola sullo *ius variandi* ponga un problema di coerenza con l'art. 1322 c. c., nel senso che giustifica il quesito se e fino a che punto un regolamento siffatto sia legittimo e meritevole di tutela. La soluzione di tale problema, sembra all'A., che sia data dalla Corte di cassazione che ha ritenuto «valida ed efficace la clausola con la quale una delle parti presta adesione alle modifiche che le altre intendessero introdurre nel contesto del contratto, rientrando tale facoltà nel potere di disposizione dei propri diritti, con la conseguenza che le modifiche preventivamente consentite vincolano, una volta apportate, anche l'aderente, dovendosi da questi considerare accettate» (Cass., 27 settembre 1994, n. 7872, in *Foro It.*, 1995, I, 1, 168). Anche il legislatore, secondo questo A., ha dato una analoga e più specifica risposta affermativa sia con la normazione in tema di condizioni generali dei contratti bancari (legge n. 154/1992; artt. 117 e seg. T.U.), sia con la disciplina dei contratti conclusi dai consumatori (artt. 1469 bis e segg. c. c.).

(40) BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Diritto della banca e mercato finanziario*, 1994, I, 473.

(41) *Contra*, LA ROCCA, *op. cit.*, 67 e segg.

(42) SPENA, *Commento sub artt. 4-6, legge 17 febbraio 1992, n. 154*, in PORZIO (a cura di), *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Leggi civ. comm.*, 1993, 1162.

(43) NIVARRA, *Ius variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in *Diritto privato. Condizioni generali e clausole vessatorie*, II, Padova, 1996, 319 e segg.

(44) Le norme contenenti i limiti all'esercizio dello *ius variandi*, sono contenute: nel 3° comma dell'art. 1469 bis del codice civile, nei numeri 11 (che include tra le clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria quelle che hanno 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») e 13 (per il quale si presumono vessatorie le clausole che consentono al professionista «... di aumentare il prezzo del bene o del servizio, senza che il consu-

matore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto»); nel 4 e 5° comma dell'art. 1469 bis c. c., che prevedendo una deroga alle presunzioni generali di abusività di cui al n. 11, 3° comma, prevedono a) l'inapplicabilità del medesimo n. 11 nei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, attribuendo al professionista il potere di modificare, qualora vi sia un giustificato motivo, le condizioni del contratto preavvisando entro un congruo termine il consumatore a cui viene riconosciuto il diritto di recedere; b) l'inapplicabilità delle previsioni contenute nei nn. 12 e 13, 3° comma, ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari: per tale previsione, il professionista, ove sussista un giustificato motivo, potrà modificare senza preavviso il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria dandone immediata comunicazione al consumatore il quale avrà diritto di recedere.

(45) CECERE, *Clausole che attribuiscono al professionista poteri unilaterali*, in BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 70.

(46) La natura del contratto giustificerebbe invece le norme di cui all'art. 1469 bis, 4°, 5° e 6° comma, c. c. Si veda in tal senso, RIZZUTO, *op. cit.*, 937.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ut supra*, n. 5.

(49) La classificazione è di ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, 285 e segg., il quale ha individuato, tra le clausole contenute nell'allegato alla direttiva 93/13 le c.d. «clausole di sorpresa», che esporrebbero il consumatore al rischio di trovarsi implicato in situazioni contrattuali diverse (e più svantaggiose) rispetto a quelle che egli poteva ragionevolmente immaginare o prevedere.

(50) Un altro tipo di classificazione è quella data da MANESCHI, *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie*, Milano, 1997, 34, il quale distingue le clausole vessatorie (contenute nell'art. 1469 bis) in due gruppi: un primo gruppo che inciderebbe negativamente sui diritti del consumatore, riducendone il contenuto o escludendone il riconoscimento, ed un secondo che rafforzerebbe in misura abnorme la posizione del professionista: la conseguente significativa alterazione dell'equilibrio normativo delle condizioni contrattuali a sfavore del consumatore, verrebbe per tali motivi ritenuta vessatoria. Al secondo gruppo, apparterebbero appunto le clausole di cui ai nn. 11 e 13.

(51) CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium juris*, 1996, 423.

(52) COLUZZI, *Sub art. 1469 bis, III comma, n. 11*, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli artt. 1469 bis-1469 sexies*, I, Milano, 1997, 313.

(53) BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1996, 449.

(54) RIZZUTO, *op. cit.*, 938.

(55) COLUZZI, *op. cit.*, 312.

(56) *Ibidem*.

(57) In tal senso, GAGGERO, *Disciplina del ius variandi nel testo unico bancario*, in BIANCA-ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori*, Padova, 1996, 386.

(58) Tali «motivi» non hanno chiaramente nessuna correlazione con i motivi di cui all'art. 1345 c. c.

(59) GRASSI, *op. cit.*, 288.

(60) Vedi *ut supra*, n. 3.

(61) GRASSI, *op. cit.*, 288.

(62) Vedi *ut supra*, n. 3.

(63) Il legislatore, con formula alquanto generica, definisce giusta causa quella che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto (art. 2119 c. c.). Grazie ai numerosi contributi di dottrina e giurisprudenza, sul punto sono stati fissati i criteri secondo cui si ritiene che il comportamento del lavoratore possa dar luogo a giusta causa di

licenziamento: a) la mancanza commessa deve rivestire i caratteri della gravità, palesando la totale inidoneità del lavoratore a svolgere la propria attività nell'organizzazione produttiva (cfr. Cass., 28 aprile 1992, n. 5080, in *Mass. Giust. Civ.*, 1992, 715); b) la mancanza deve essere inerente al rapporto di lavoro (cfr. Cass., 24 agosto 1991, n. 9102, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1991, 836); c) la mancanza deve essere contestata con immediatezza (cfr. Cass., 24 giugno 1995, n. 7178, in *Dir. e Prat. Lav.*, 1996, 7, 444); d) la mancanza contestata quale giusta causa è immodificabile (cfr. Cass., 21 dicembre 1991, n. 13829, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 3083); e) la mancanza deve essere imputabile al lavoratore. In dottrina cfr. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 1998, 500; MANCINI, *Sub art. 18, Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1972, 248 e segg.

(64) Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/1966, il licenziamento del lavoratore può avvenire per giustificato motivo soggettivo od oggettivo.

(65) Anche in questo campo vivace fu il dibattito dottrinale nel dopoguerra: ad una corrente cosiddetta «liberista», secondo cui al giudice era dato indagare unicamente sul nesso di causalità tra le scelte di gestione che importavano il licenziamento ed il licenziamento medesimo, senza che tali decisioni «a monte» potessero essere suscettibili di controllo discrezionale, si contrapponevano posizioni favorevoli alla sindacabilità di tali scelte, di cui il licenziamento era stata conseguenza. Più precisamente, si affermava: a) oggetto del giudizio doveva essere la razionalità, l'efficienza di tali scelte e la loro oggettiva prevalenza sull'interesse alla conservazione del posto; b) la decisione a monte del licenziamento doveva essere «socialmente opportuna» o «socialmente conveniente».

(66) Cfr. GALANTINO, *op. cit.*, 500.

(67) Cass., 14 settembre 1995, n. 9715, in *Giur. It.*, 1996, 12, 809.

(68) Cfr. i richiami contenuti *ut supra*, nn. 6 e 7.

(69) Si è osservato in dottrina (DIURNI, *Sub art. 1469 bis, 3° comma, nn. 12 e 13*, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit., 346) che la norma ha la finalità di vigilare sulla funzionalità della concorrenza del mercato, impedendo al professionista di attirare il consumatore con prezzi competitivi, per poi aumentarli.

(70) Si pensi alle ipotesi in cui alcune clausole considerino il valore della prestazione connesso ai costi di produzione, oppure al prezzo della materia prima. Si ritiene che debba «escludersi l'ammissibilità e l'efficacia di clausole di questo tipo, in considerazione anche della qualità del predisponente/professionista, in grado di prevedere l'aumento dei costi di produzione o della materia prima, o per lo meno in grado di internalizzarli» (AMATO, *Sub art. 1469 bis, 3° comma, n. 13*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, cit., 950).

(71) Ad es. il prezzo di mercato.

(72) L'esempio può essere costituito dalle c.d. «clausole di adeguamento del prezzo», tipiche dei contratti di appalto privato o di somministrazione, nelle quali il valore della prestazione è ancorato all'andamento del mercato (AMATO, *op. cit.*, 949).

(73) Tale configurazione non è peraltro estranea al diritto positivo italiano: si pensi all'art. 1660 c. c. concernente il diritto di recesso dell'appaltatore e del committente in caso di variazioni necessarie del progetto; all'art. 1898 c. c. relativo al diritto di recesso dell'assicuratore per aggravamento del rischio; all'art. 2437 c. c. in relazione al diritto di recesso riconosciuto ai soci di una società di capitali, qualora dissenzienti dalle deliberazioni di cambiamento dell'oggetto o del tipo sociale.

(74) CESÀRO, *sub art. 1469 bis, comma 3, n. 13*, in CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469 bis e ss.)*, cit., 315; GAGGERO, *op. cit.*, 386, osserva che «la previsione congiunta del giustificato motivo e del recesso è il modello idoneo, nella valutazione legislativa, ad assicurare l'equilibrio del rapporto, ed esclude il ricorso alle clausole generali».

(75) LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., 172.

(76) Si veda, *ut supra*, n. 2.

(77) In tal senso LENER (*op. cit.*, 172) il quale sostiene che la valutazione dell'equilibrio contrattuale, per ciò che concerne il corrispettivo, debba essere svolta alla luce dell'intangibilità dell'autonomia privata. Di questa infatti non sarebbe rispettosa una clausola che consentisse al professionista di intervenire sul corrispettivo, aumentandolo in misura tale da snaturare il consenso che il consumatore aveva prestato in ordine ad un determinato assetto di interessi.

(78) Nell'art. 1467 c. c. l'eccessiva onerosità di una prestazione si valuta in riferimento all'equilibrio tra le corrispettive prestazioni stabilito dalle parti al momento della conclusione del contratto, mentre la clausola n. 13 si riferisce non ad entrambe le prestazioni, ma esplicitamente al prezzo, venendo in considerazione la differenza in sé, nel suo ammontare, tra prezzo iniziale e prezzo finale; secondo l'art. 1467 c. c. la rilevanza dell'onerosità eccessiva è condizionata dalla straordinarietà ed imprevedibilità dell'evento causa dello squilibrio, mentre il n. 13 si riferisce ad una disposizione pattizia in cui l'evento sopravvenuto (l'aumento del corrispettivo) era stato voluto dal predisponente ed accettato dal consumatore.

(79) In tal senso, anche AMATO, *op. cit.*, 951.

(80) In letteratura, sul problema relativo al significato da attribuire alla nozione di «contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari», cfr. BOCCHINI, *Sub art. 1469 bis comma 4*, in CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469 bis e ss.)*, cit., 390, il quale esclude dall'ambito dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, i servizi bancari; *contra*, autorevolmente SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca Borsa*, 1997, I, 360. Sulla problematica afferente tra la coordinamento tra la disciplina codicistica e la disciplina speciale del settore creditizio e finanziario già in vigore in Italia, cfr. SIRENA, *op. cit.*, 359, e NIVARRA, *Ius variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, cit., 325, per i quali il T.U.B. sarebbe stato tacitamente abrogato in quanto incompatibile con la successiva novella, ex art. 15 disp. prel. c. c. Ritengono invece che, relativamente alle modificazioni delle clausole economiche, debba prevalere il T.U.B., RISPOLI FARINA, *sub art. 1469 bis, commi 4°, 5° e 6°*, in CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, cit., 393; LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca impresa società*, 1997, 81.

(81) Ricordando brevemente il contenuto di tale disciplina, la novella del 1996 prevede che la clausola sullo *ius variandi*, priva dei requisiti richiesti dalla legge si presume vessatoria fino a prova contraria, a meno che il contratto nel quale essa è inserita: a) abbia ad oggetto beni e/o servizi (mobiliari, finanziari, ecc.) il cui prezzo è influenzato dalle fluttuazioni di valori borsistici o di tassi di cambio del tutto estranei alla sfera del controllo del professionista (art. 1469 bis, 6° comma); b) abbia ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato (4° comma), il cui prezzo non è collegato alle suddette fluttuazioni, a condizione però che:

— l'esercizio dello *ius variandi* avvenga subordinatamente alla ricorrenza di giustificati motivi, che qui tuttavia non si richiede siano specificamente indicati nel contratto (5° comma);

— il professionista abbia l'obbligo di informare il consumatore della propria iniziativa di apportare la variazione unilaterale, con un congruo anticipo rispetto alla variazione stessa (4° comma, n. 2); se però si tratta di modifica del tasso di interesse o dell'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, non è necessario alcun preavviso ed è invece sufficiente l'immediata e non tardiva comunicazione dell'avvenuta modificazione (5° comma); in entrambi i casi il consumatore ha la facoltà di recedere dal vincolo contrattuale, immediatamente dopo aver ricevuto la suddetta comunicazione; c) sia un contratto di compravendita di valuta estera o di assegni o di vaglia postali internazionali in valuta estera (6° comma); (per tale ricostruzione, cfr., TONELLO, *Sub art. 1469 bis, co. IV, V, VI*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, cit., 1033).

(82) Cfr. RABITTI BEDOGNI, *Criteri soggettivi e oggettivi di delimitazione dell'ambito normativo*, in BIANCA-ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, 1996, 345. Nello stesso senso v. TONELLO, *op. cit.*, 1035, secondo cui «... evidentemente il legislatore interno, optando per la formulazione in termini oggettivi, ha eliminato ciò che avrebbe potuto rappresentare un ostacolo all'ampliamento in senso soggettivo dell'operatività delle norme in esame, consentendo per contro la riferibilità delle medesime non solo agli intermediari finanziari in senso stretto (imprese di *leasing*, di *factoring*, esercenti il credito al consumo, ecc.), ma anche agli istituti di credito».

(83) GAGGERO, *La disciplina del jus variandi nel testo unico bancario*, cit., 390; SIRENA, *op. cit.*, 358; *contra* BOCCHINI, *Sub art. 1469 bis, comma 4*, in CESÀRO (a cura di), *op. cit.*, 390.

(84) Come ad esempio i contratti degli intermediari finanziari, disciplinati dal titolo quinto del testo unico bancario (artt. 106 e segg.), intermediari dediti alla professionale assunzione di partecipazioni, concessione di finanziamenti, prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi. In tal senso, sia pure limitatamente a quest'ultima tipologia di attività, una conferma testuale si rinviene nel 4° comma dell'art. 1469 bis c. c., che recepisce la lett. c) del secondo paragrafo dell'allegato alla direttiva, ove si menzionano espressamente i contratti di compravendita di valuta estera. V. GAGGERO, *Il jus variandi del prestatore di servizi finanziari*, cit., 346.

(85) GAGGERO, *La disciplina del jus variandi nel testo unico bancario*, cit., 390; ID., *Sub art. 1469 bis, 5° e 6° comma*, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis-1469 sexies del codice civile*, cit., 477.

(86) BOCCHINI, *Sub art. 1469 bis, comma 4*, in CESÀRO (a cura di), *op. cit.*, 412. Secondo l'A. nessun argomento viene portato dalla dottrina (cfr. SIRENA, *op. cit.*, 358) a sostegno della tesi favorevole alla ricompressione dei servizi bancari all'interno della disciplina sulle clausole vessatorie, in quanto tale ipotesi verrebbe a fondarsi — unicamente — su un'irragionevole disparità di trattamento tra banche ed altri intermediari finanziari.

(87) BOCCHINI, *op. cit.*, 414, secondo cui se il legislatore comunitario e nazionale avesse voluto intendere l'espressione *de quo* come «servizi finanziari e bancari», avrebbe utilizzato testualmente tale espressione.

(88) Così DI MAJO, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in RUFFOLO (a cura di), *Clausole vessatorie ed abusive. Gli artt. 1469 bis ss. c. c. e i contratti col consumatore*, Milano, 1997,

242, sostiene che le operazioni di deposito rientrano tra i contratti bancari che procurano al cliente un finanziamento, in quanto «con esse il cliente ottiene, tramite l'interesse, un corrispettivo per il godimento del danaro affidato alla banca». Nello stesso senso sembrano PUTTI-GALLO (*L'incidenza della legge di attuazione della direttiva CEE 93/13 in materia di clausole abusive sulla disciplina dei contratti bancari di conto corrente, apertura di credito, anticipazione bancaria, deposito*, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli artt. 1469 bis-1469 sexies*, II, cit., 925), i quali inseriscono tale tipo di contratto nell'elenco di quelli atti a procurare un finanziamento. *Contra* BOCCHINI (*op. cit.*, 421) secondo cui, «... l'operazione di deposito è e rimane una operazione passiva della banca e non certo un'operazione di finanziamento attiva degli interessi perché nelle operazioni di finanziamento l'interesse lo paga il cliente alla banca e non la banca al cliente. ... Sicuramente il deposito non è un contratto con il quale la banca procura un finanziamento al consumatore, ma l'inverso».

(89) Dunque, tra i contratti bancari aventi tali caratteristiche, ossia per i contratti volti a procurare un finanziamento al contraente-consumatore, possono annoverarsi: il contratto di apertura di credito, i fidi bancari, lo sconto bancario, le operazioni di deposito. È discusso invece, se possa annoverarsi il contratto di conto corrente, in quanto tale contratto solo indirettamente può essere messo in relazione con un servizio di carattere finanziario.

(90) Cfr. SIRENA, *op. cit.*, 359. Nello stesso senso NIVARRA, *op. cit.*, 325; GERBO, *La legge 6 febbraio 1996, n. 52 ed i contratti di mutuo bancario*, in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Leggi civ. comm.*, 1997, 1050; TONELLO, *op. cit.*, 1038 e segg. Sostengono la prevalenza del T.U.B., RISPOLI FARINA, *op. cit.*, 393, e LA ROCCA, *op. cit.*, 81.

(91) GERBO, *op. cit.*, 1051.

(92) La previsione del giustificato motivo realizza una tutela del consumatore molto più penetrante di quella della disciplina bancaria.

(93) Giustamente in dottrina (TONELLO, *op. cit.*, 1038), si rileva che «... su questo versante, la normativa sulle clausole abusive si mostra realmente per ciò che il legislatore comunitario l'aveva intesa, e cioè come una forma di tutela minima del consumatore che la più severa disciplina bancaria, se dovesse risultare prevalente, finirebbe con l'intensificare sensibilmente».

(94) L'omissione della specificazione della gratuità del recesso nel codice civile è considerata criticamente in dottrina (cfr. SIRENA, *op. cit.*, 361).