

LEZIONE

RECESSO E *IUS VARIANDI* IN MATERIA CONTRATTUALE

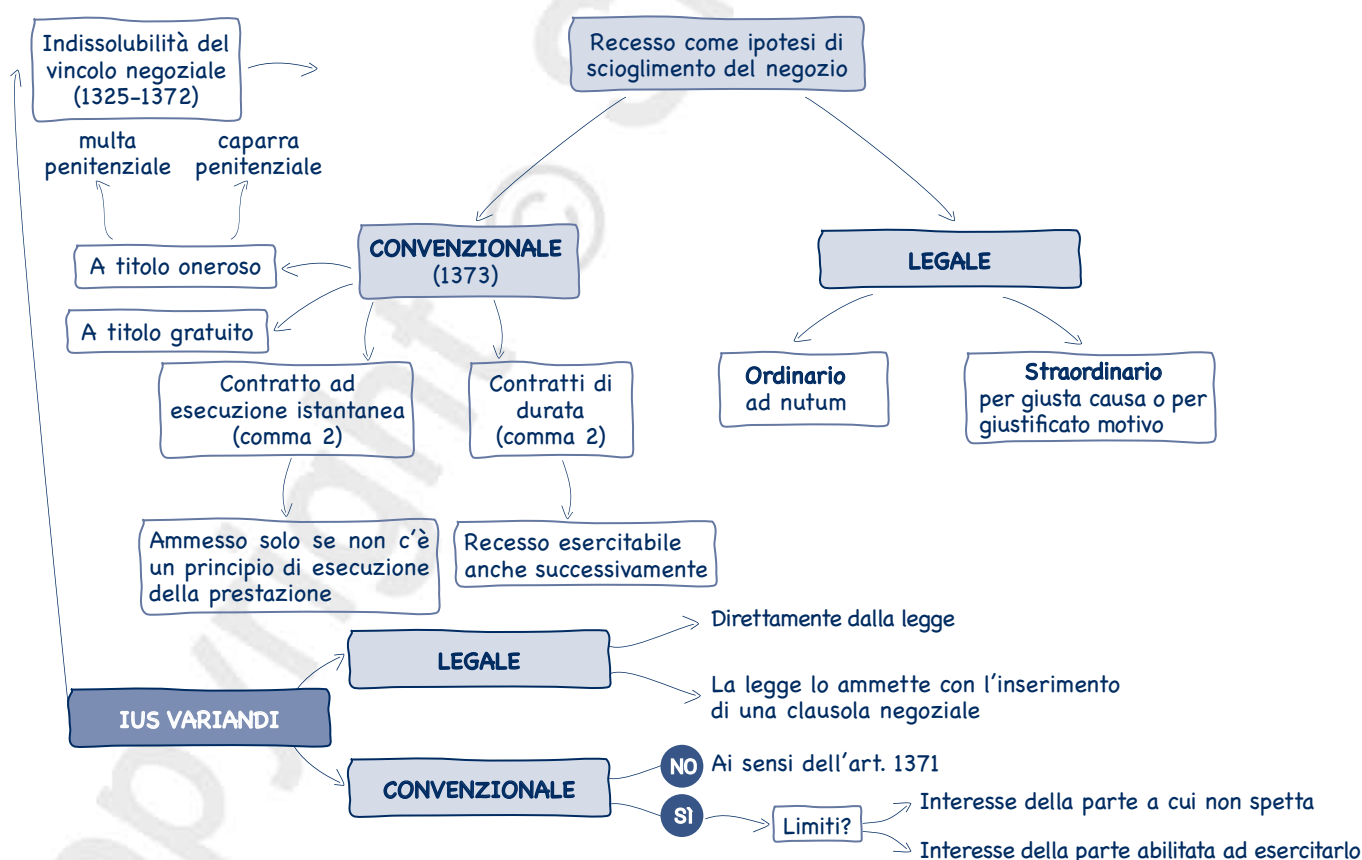
di Francesco Pignatone [*]

La presente trattazione effettua un'indagine sui profili maggiormente problematici riconducibili all'istituto del recesso. Rilevate le caratteristiche più generali, si è dapprima esaminata la differenza tra recesso convenzionale e legale per poi compiere un'ulteriore classificazione in base alla funzione svolta dall'istituto (determinativo, di autotutela e di ripensamento).

Un'attenzione particolare è stata data ai poteri spettanti al giudice in caso di recesso arbitrario e ai rimedi spettanti alle parti, distinguendo in base allo schema contrattuale di riferimento (rapporto tra "uguali", tra professionista e consumatore e tra imprenditori).

Una breve riflessione è stata poi compiuta anche rispetto al recesso del consumatore, soprattutto in considerazione della recente riforma operata dal legislatore con il D.Lgs. 21/2014.

L'ultima parte della trattazione è stata invece dedicata allo *ius variandi*. In questo caso si è ritenuto opportuno non solo valorizzare le differenze e le affinità con il recesso, ma anche individuare i poteri e limiti che l'autonomia privata incontra nel ricorso a tale istituto.



[*] Avvocato.

1 Il recesso: profili generali

Il recesso è uno strumento di modificazione del contratto e consiste in un atto unilaterale recettizio con cui si estrinseca il **diritto potestativo** di sciogliere il rapporto contrattuale. A seconda che la fonte di tale diritto sia la volontà delle parti o la legge si parla di recesso **convenzionale** o **legale**.

Il recesso si differenzia a rigore da altri strumenti diretti ad incidere unilateralmente su preesistenti atti negoziali.

1 **Recesso e revoca.** Mentre il recesso incide sul rapporto, la revoca (ad esempio, la revoca della proposta e dell'accettazione ex art. 1328 c.c.) incide su un precedente atto negoziale (normalmente unilaterale) facendo così in modo che non si producano gli effetti (o ulteriori effetti); inoltre, mentre la revoca, incidendo sull'atto, non può che avere portata retroattiva, il recesso, incidendo sul rapporto, potrà produrre effetti sia *ex nunc* che *ex tunc* in base alla volontà delle parti.

2 **Recesso e rinuncia.** Mentre il recesso incide sul rapporto, la rinuncia è invece un atto mediante il quale il soggetto dismette una situazione giuridica attribuitagli da un precedente negozio; la rinuncia pertanto non ha ad oggetto il rapporto negoziale nella sua interezza.

Alla luce di quanto detto è evidente che il recesso rappresenta uno strumento di deroga al vincolo contrattuale: non a caso il legislatore del 1942 sembra quasi ritenerlo eccezionale, se non addirittura pericoloso [1], inserendo la clausola standard [1], inserendo la clausola standard che lo prevede a favore del predisponente tra le clausole onerose ex art. 1341 comma 2 c.c.

In realtà, appare più corretto considerare il recesso come uno strumento normale e fisiologico di sistemazione degli interessi contrattuali, visto che tale istituto non solo è previsto da più norme sui singoli contratti ma anche come strumento a disposizione dell'autonomia negoziale privata per definire, anche in deroga alla disciplina codicistica, presupposti, modalità e conseguenze del suo esercizio.

Giova poi precisare che il recesso è un **atto unilaterale recettizio**, nel senso che può produrre effetti solo nel momento in cui giunge a conoscenza della controparte.

In merito alla *forma*, invece, il problema si pone nei casi in cui la fonte attributiva del diritto non abbia previsto alcun onere in tal senso. La tesi prevalente, però, ritiene che debba applicarsi il **principio della simmetria delle forme**, secondo cui se per il compimento di un certo atto è necessaria la forma scritta *ad substantiam*, la stessa forma sarà necessaria per tutti i negozi estintivi o modificativi dello stesso. Infine, le norme sul recesso (o le stesse clausole contrattuali) di regola impongono alla parte che intende valersene un obbligo di preavviso; ciò implica che il recesso produrrà i suoi effetti non dal momento della sua comunicazione, ma dalla scadenza del termine di preavviso previsto nel negozio.

2 Il recesso convenzionale

Con riferimento alla disciplina generale sui contratti, il recesso è disciplinato dall'art. 1373 c.c., il quale distingue tra **recesso convenzionale nei contratti ad esecuzione istantanea e in quelli di durata**.

I **contratti ad esecuzione istantanea** sono quelli in cui l'esecuzione del contratto si concentra, per ciascuna delle parti, in un'unica operazione o in un unico effetto. All'interno di tale categoria si distingue poi tra *contratti ad esecuzione immediata* – in cui le prestazioni delle parti devono eseguirsi contestualmente alla conclusione del negozio (ad esempio la vendita a fronte del pagamento del corrispettivo) – e *contratti ad esecuzione differita*, in cui almeno una

operazione deve eseguirsi in un momento successivo alla conclusione del contratto (ad esempio, la vendita di cose generiche, che richiede la specificazione del bene oggetto del negozio).

Con riferimento a tali contratti, il comma 1 dell'art. 1373 c.c. prevede l'ammissibilità del recesso a condizione che *"il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione"*.

La ratio della scelta del legislatore è evidente: l'esecuzione della prestazione dovuta o l'accettazione della controprestazione sono infatti condotte incompatibili con la volontà di recedere. [2]

Proprio sulla base di quanto detto, si afferma generalmente che il limite temporale sancito dall'art. 1373

Nell'ambito dei contratti ad esecuzione istantanea il recesso è considerato ammissibile solo per i contratti ad esecuzione differita, in cui cioè almeno una operazione deve eseguirsi in un momento successivo alla conclusione del contratto.

[1] Così Roppo V., *Il contratto*, Milano, 2^a ed, 2011, 509.

[2] Fanno da eccezione a tale regola le ipotesi di recesso di ripensamento cui si dirà successivamente.

comma 1 c.c. implica che, nei contratti ad effetti traslativi, il diritto di recesso non possa esercitarsi, posto che il **principio consensualistico** fa sì che il trasferimento della proprietà o di altro diritto si produce in virtù del mero consenso manifestato dalle parti. In particolare, la conseguenza dell'accoglimento del recesso anche per i contratti traslativi sarebbe quella della retroversione degli effetti del contratto, ossia la produzione di effetti opposti rispetto a quelli realizzati con il negozio.

In realtà tale posizione non è unanimemente condivisa. Altro orientamento sostiene infatti che nei contratti ad effetti traslativi bisogna comunque distinguere tra effetti giuridici e risultato materiale. Com'è vero che nel contratto ad effetti traslativi il trasferimento della proprietà avviene immediatamente con il consenso, è altrettanto vero che l'inizio di esecuzione cui fa riferimento l'art. 1373 c.c. non può prescindere da un comportamento materiale: pertanto, se la *ratio* della norma è quella di affermare che il recesso, se convenzionalmente previsto, può essere esercitato finché non vi sia stata un'attività materiale di esecuzione che produce un affidamento ulteriore rispetto a quello derivante dalla conclusione del contratto, anche per i contratti ad effetti traslativi sarà applicabile l'istituto del recesso (ad esempio la consegna materiale del bene oggetto di compravendita).

Sempre la tesi in esame, *ad abundantiam*, evidenzia che lo stesso legislatore avrebbe previsto forme specifiche di recesso nell'ambito di contratti traslativi, come nel caso della vendita con patto di riscatto.

Il comma 2 del medesimo articolo fa invece riferimento ai **contratti di durata**, caratterizzati dal fatto che almeno una delle prestazioni non si esaurisce in un'operazione o in un unico effetto istantaneo.

All'interno di tale categoria è poi possibile distinguere tra *contratti ad esecuzione continuata*, ossia quelli in cui la prestazione si attua nel tempo senza soluzione di continuità (ad esempio, la prestazione del locatore), e *contratti ad esecuzione periodica*, in cui la prestazione è erogata in intervalli ripetuti di tempo (ad esempio, sempre con riferimento alla locazione, il pagamento dei canoni mensili da parte del conduttore).

In tal caso il legislatore ha statuito che il recesso può essere esercitato anche successivamente al momento in cui si ha un inizio dell'esecuzione della pre-

stazione ma, salvo patto contrario, sono salve le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. In tal caso, quindi, il recesso opera con effetti *ex nunc*.

Le parti possono poi prevedere che il **recesso sia a titolo oneroso**.

Si parla di **multa penitenziale** nei casi in cui il contraente si limiti a promettere che, qualora si avvalga della facoltà di recedere, darà all'altra parte una data somma di denaro; il pagamento sarà quindi necessario affinché il recesso produca i suoi effetti. Differente dalla multa è poi la **caparra penitenziale**, di cui all'art. 1386 c.c.: in tal caso, infatti, al momento della stipula del contratto, una parte versa all'altra una somma di denaro come corrispettivo della riconosciuta facoltà di recesso, e pertanto senza che questa sia stata ancora esercitata. Qualora a recedere sia l'altra parte, quest'ultima sarà tenuta a corrispondere alla prima il doppio di quanto ricevuto.

3 Il recesso legale

Con riferimento ad alcuni contratti tipici, è lo stesso legislatore a contemplare la facoltà di recesso per una o per entrambe le parti.

Dall'analisi delle fattispecie codicistiche è possibile distinguere tra *recesso ordinario* e *straordinario*.

Il **recesso ordinario** inerisce in genere i rapporti per i quali non è previsto un termine finale; questo è definito anche come **recesso ad nutum** in quanto si riconosce la facoltà di recedere in

qualsiasi momento a propria discrezione e quindi sulla base di valutazioni normalmente insindacabili. Come si dirà meglio successivamente, il recesso *ad nutum* deve essere utilizzato conformemente al principio di buona fede, in modo che la controparte possa tempestivamente adottare tutti i mezzi necessari per evitare i danni

connessi al venire meno del rapporto contrattuale (non a caso è previsto l'*obbligo di un congruo preavviso*).

Differente è invece il **recesso straordinario**, il quale presuppone l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, vale a dire formule elastiche con le quali, secondo l'opinione prevalente, si ricomprendono fattori sopravvenuti, di fatto o di diritto, idonei a ledere, anche in via meramente potenziale, l'interesse vantato dalla parte alla prosecuzione del rapporto. Se la giusta causa non sussiste, il recesso dovrà considerarsi nullo per violazione di una norma impe-

Il recesso legale ordinario riconosce la facoltà di recedere in qualsiasi momento a propria discrezione (ad nutum), sulla base di valutazioni insindacabili.

Il recesso legale straordinario presuppone l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo.

rativa, pertanto il contratto continuerà a produrre regolarmente i suoi effetti.

Sempre con riferimento al recesso straordinario, giova precisare che anche l'inadempimento può rappresentare una giusta causa per recedere dal contratto; in tal caso, però, si pone il problema di comprendere quale sia il rapporto tra tale azione e quella di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c.

3.1 Il rapporto tra azione di risoluzione e di recesso in caso di previsione di una caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.)

Si è detto in precedenza che le parti possono inserire nel negozio la **caparra penitenziale**: questa, ai sensi dell'art. 1386 c.c., rappresenta un corrispettivo previsto nel caso in cui una delle due parti decida di recedere.

Differente dalla caparra penitenziale è la **caparra confirmatoria**: l'art. 1385 c.c. prevede infatti la possibilità che una parte, al momento della stipulazione del contratto, consegni all'altra una somma di denaro o di quantità di cose fungibili con la funzione di rafforzare il legame contrattuale in caso di vincolo negoziale. [3] Si tratta quindi di una pattuizione accessoria (rispetto al rapporto principale) e con carattere reale, in quanto si perfeziona con la *traditio* della somma di denaro o della res oggetto della convenzione. Qualora la parte che ha conferito la prestazione sia adempiente, il *quantum* ricevuto andrà decurtato dalla somma pattuita. Il comma 2 della norma *de qua* statuisce che, qualora la parte sia inadempiente, l'altra parte potrà recedere dal contratto tenendo la caparra; se invece ad essere inadempiente è la parte che ha ricevuto la caparra, quest'ultima dovrà conferire alla prima il doppio della caparra.

Infine, il comma 3 dell'art. 1385 c.c. statuisce che è fatta salva la facoltà per la parte non inadempiente di domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, secondo le regole generali in materia di responsabilità contrattuale.

È pertanto evidente la **differenza tra caparra confirmatoria e penitenziale**.

La prima costituisce una *forma di liquidazione convenzionale del danno*, pattuita dai contraenti anteriormente all'eventuale inadempimento, che lascia peraltro libera la parte non inadempiente di preten-

dere l'esecuzione o la risoluzione del contratto, oltre al risarcimento dei danni secondo i principi generali, anziché ritenere la caparra ricevuta o pretendere il doppio di quella data; al contrario, la seconda costituisce il *corrispettivo del diritto di recesso*, convenzionalmente statuito, nell'ipotesi in cui le parti abbiano inteso di riservarsi il diritto di recedere dal contratto, con conseguente possibilità di sciogliere il contratto stesso per effetto della dichiarazione unilaterale recettizia del recedente e il solo obbligo del medesimo di soggiacere alla perdita della caparra data o di restituire il doppio di quella ricevuta, senza che l'altra parte possa pretendere altro. [4]

L'ultimo comma dell'art. 1385 c.c., quindi, ammette la possibilità che la parte non inadempiente rinunci alla caparra e instauri un giudizio al fine di ottenere una somma risarcitoria più elevata rispetto a quella inizialmente pattuita.

Si sono però posti degli interrogativi sulla possibilità di **convertire la domanda di accertamento di una risoluzione di diritto/stragiudiziale** ex artt. 1454, 1456 e 1457 c.c. con risarcimento del danno, **in una domanda di recesso con ritenzione (o richiesta del doppio) della caparra ex art. 1385 c.c.**

È possibile convertire la domanda di accertamento di una risoluzione di diritto/stragiudiziale ex artt. 1454, 1456 e 1457 c.c. con risarcimento del danno, in una domanda di recesso con ritenzione (o richiesta del doppio) della caparra ex art. 1385 c.c.? Secondo le Sezioni Unite (Cass. n. 553/2009) tale conversione è inammissibile.

Secondo un primo orientamento, poiché con gli strumenti della diffrida ad adempiere, della clausola risolutiva espressa e del termine essenziale la risoluzione avviene di diritto e la sentenza del giudice ha natura di mero accertamento, la conversione della domanda risulterebbe inammissibile, in quanto riguarderebbe un contratto già sciolto.

Al contrario, un differente filone giurisprudenziale statuiva che la seconda domanda non fosse incompatibile con quella di risoluzione del contratto e di risarcimento, in quanto i suoi effetti risultavano limitati alla già formulata domanda risarcitoria, restringendo così

[3] Appare infatti superata la tesi tradizionale secondo cui la caparra penitenziale avrebbe la funzione di provare l'avvenuta conclusione del contratto, come effettivamente sembrerebbe emergere dal *nomen* dell'istituto. Si è infatti evidenziato come questo venga utilizzato soprattutto con riferimento ai contratti preliminari di compravendita di beni immobili, per i quali, però, il legislatore del 1942 ha introdotto l'obbligo di forma scritta ad *substantiam*, come si può agevolmente desumere dall'art. 1351 c.c.

[4] Cass. Civ. 15 maggio 1982, n. 3027, in *Giust. It.*, 1983, I, 282.

gli effetti dell'istanza e limitando la pretesa al solo maggior danno subito rispetto all'ammontare della caparra.

Sul punto si sono definitivamente espresse le **Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 553 del 14/01/2009**. I giudici hanno infatti accolto la prima tesi, sottolineando come *"i rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altra si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale: proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione del consenso"*. Si sottolinea in proposito, da un lato, che tra azione risarcitoria in senso stretto e domanda di ritenzione della caparra non esiste un rapporto di fungibilità e, dall'altro lato, che sia priva di fondamento la lettura secondo cui la caparra ex art. 1385 c.c. rappresenterebbe una misura minima del danno risarcibile da attribuirsi alla parte non inadempiente qualora questa abbia proposto l'ordinaria domanda risarcitoria: l'art. 1385 c.c., infatti, non fa salva la risarcibilità del maggior danno, ma ammette solamente il risarcimento integrale mediante la caparra, risarcimento che si considera certo sia nell'an che nel quantum e senza che sia necessario alcun tipo di accertamento probatorio.

A questa argomentazione principale, le Sezioni Unite ne affiancano altre quali il rischio di incentivare giudizi processuali infondati o comunque profondamente incerti, con la consapevolezza di poter sempre giocare la carta della caparra confirmatoria come forma di ristoro.

Per completezza, giova precisare che le Sezioni Unite, sempre nella medesima pronuncia, si sono preoccupate di precisare la **differenza tra la caparra confirmatoria e la clausola penale** disciplinata dagli artt. 1382-1384 c.c.

Entrambi gli istituti, infatti, hanno il medesimo presupposto applicativo, rappresentato dall'inadempimento che, come specificato dall'art. 1453 c.c., deve sempre essere imputabile e grave.

Sotto il profilo prettamente strutturale, invece, le differenze sono così sintetizzabili:

- Solo nel caso della clausola penale è espressamente fatta salva la possibilità di agire per la risarcibilità dell'ulteriore danno, laddove espressamente pattuito; tale facoltà, invece, non è riconosciuta dall'art. 1385 c.c. il quale, come più volte sottolineato, ammette solo la duplice alter-

nativa tra acquisizione della caparra con recesso contrattuale e azione di risoluzione con contestuale risarcimento del danno.

- Il contratto con cui viene pattuita la caparra, è di tipo reale, in quanto si perfeziona con la dazione della somma di denaro o della cosa fungibile pattuita al momento della conclusione del negozio; al contrario, nel caso della clausola penale rileva un contratto consensuale.
- La caparra può essere pattuita solo per l'inadempimento, mentre la clausola penale può essere convenuta anche per il ritardo.

3.2 Le varie tipologie di recesso da un punto di vista funzionale

Sempre con riferimento al recesso legale, la dottrina distingue tre forme di recesso con riferimento alla **funzione** svolta. Più precisamente, si distingue tra:

- Ⓐ Recesso determinativo
- Ⓑ Recesso di autotutela
- Ⓒ Recesso di pentimento

Ⓐ **Recesso determinativo.** Tale forma di recesso consente di determinare un elemento del contratto non pattuito dalle parti nei contratti a tempo indeterminato, vale a dire la sua durata.

La dottrina e la giurisprudenza tradizionali – valorizzando la vincolatività del contratto affermata dall'art. 1372 c.c. e interpretando in modo letterale l'art. 1373 c.c. [5] – hanno in un primo momento affermato che il recesso è ammesso solamente nei casi espressamente previsti dalla legge o dalle parti, escludendo così un'applicazione generalizzata dell'istituto nei rapporti a tempo indeterminato. [6]

Tale tesi avrebbe peraltro trovato conferma nelle numerose **ipotesi di recesso espressamente tipizzate dal legislatore** in materia di locazione (art. 1596 comma 2 c.c.), affitto (art. 1616 c.c.) agenzia (art. 1750 comma 2 c.c.), deposito (art. 1771 comma 1 c.c.), comodato (art. 1810 c.c.), conto corrente (art. 1833 comma 1 c.c.), deposito bancario (art.

[5] Dal tenore della norma sembrerebbe infatti ammettersi il recesso nei rapporti di durata solo se vi è stata una precedente attribuzione di tale diritto potestativo.

[6] In tal senso, Cass. Civ., 16 luglio 1976, n. 2817 secondo cui "L'art. 1373 c.c. non stabilisce affatto che, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, il recesso sia una facoltà spettante ex lege al contraente; la norma si riferisce alle ipotesi di recesso convenzionalmente previste."

1834 c.c.), apertura di credito (art. 1845 comma 3 c.c.), operazioni bancarie in conto corrente (art. 1855 c.c.), lavoro subordinato (art. 2118 c.c.). Si è cioè affermato che un numero così vasto di fattispecie tipizzate non sarebbe stato giustificato dall'affermazione di un principio generale sulla libertà di recesso nei contratti a tempo indeterminato. [7]

Tale tesi, però, venne ben presto criticata, in quanto di fatto finiva per legittimare i vincoli perpetui, cioè legami indissolubili e pertanto impossibili da sciogliere. Tali contratti, infatti, per quanto non espressamente vietati, devono considerarsi inammissibili nel nostro ordinamento.

Le ragioni di tale inammissibilità si ricollegano a due interessi diversi: da un lato, infatti, il privato finisce per rinunciare alla propria libertà negoziale futura; dall'altro lato, i rapporti contrattuali perpetui violano le norme in materia di ordine pubblico, ostacolano la circolazione delle risorse materiali e umane, limitando così lo sviluppo economico nazionale.

Per tali ragioni, la dottrina e la giurisprudenza più moderna hanno ritenuto di potere ricavare, dalle ipotesi tipizzate dal legislatore, **un generale principio sulla libera recedibilità, previo preavviso, dai contratti a tempo indeterminato, sia tipici che atipici.** [8]

ⓐ **Recesso di autotutela.** Il recesso di autotutela è diretto a fronteggiare quelli che sono vizi originali o (più spesso) sopravvenuti del contratto che concretizzano un'alterazione dell'equilibrio contrattuale inizialmente voluto, anche a prescindere dal comportamento tenuto dalle parti.

Il nostro ordinamento contempla varie ipotesi di recesso di autotutela.

In primis, l'art. 1464 c.c., in materia di impossibilità sopravvenuta parziale della prestazione: la norma prevede infatti la riduzione del prezzo o il recesso se viene a mancare l'interesse alla parte di prestazione che può ancora essere eseguita; altra ipotesi è quella contemplata dall'art. 1385 c.c. relativamente alla caparra confirmatoria, con la possibilità di recedere dal contratto tenendo la caparra. Infine, la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.) può essere considerata un'ipotesi particolare di recesso, dato che dapprima si richiede l'adempimento e poi, se l'inadempimento persiste, si assiste allo scioglimento unilaterale dal vincolo negoziale.

Tale forma di recesso è prevista anche in alcune discipline settoriali. [9]

© **Il recesso di pentimento** (*ius poenitendi*). Tale forma di recesso è contemplata, rispetto ad alcuni

contratti di durata in modo da consentire ad uno o ad entrambi i contraenti di sciogliersi da un vincolo contrattuale a lungo termine in forza di una semplice personale valutazione di convenienza.

Questo recesso, pur non dovendo essere motivato, è normalmente non gratuito ma oneroso; ad esempio, l'art. 1671 c.c., che disciplina il recesso dal contratto d'appalto, prevede che il committente può recedere dal contratto anche iniziato, ma dovrà tenere indenne l'appaltatore delle spese già sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

In generale può comunque dirsi che tale forma di recesso riguarda soprattutto i contratti aventi ad oggetto un *facere* e si tratta di ipotesi in cui il recesso è sì immotivato ma comunque controbilanciato dal pagamento di un prezzo.

La *ratio* di questa forma di recesso, che presuppone pur sempre il versamento di un corrispettivo (pari al danno emergente e al lucro cessante) è ravvisabile nella necessità di garantire l'allocazione ottimale delle risorse economiche: si evidenzia cioè che se la prestazione non appare più utile, è preferibile per una parte liberarsi dalla prestazione (pur pagando) e per l'altra parte di ottenere un guadagno inferiore ma con la possibilità di utilizzare quelle stesse risorse non impiegate per altri fini.

Nell'ambito di questo recesso di pentimento una nozione particolare merita quello relativo al **contratto d'opera**.

Nel contratto di lavoro autonomo, il recesso è disciplinato dall'art. 2227 c.c. che ripropone lo stesso schema del recesso nell'appalto secondo cui, an-

[7] In tal senso, Cass. Civ., 22 febbraio 1963, n. 424 secondo cui "L'istituto del recesso unilaterale è di carattere eccezionale diretto, com'è, a derogare al principio secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, onde non può essere sciolto, se non per concorde volontà delle parti stesse o per cause ammesse dalla legge; che questa lo contempli anche in varie ipotesi di contratto a tempo indeterminato, non si può da ciò dedurre che esse siano applicazioni di una regola generale (della recedibilità ad nutum), poiché rappresentano, invece, unitamente agli altri casi espressamente previsti, le eccezioni al suddetto principio secondo la riserva contenuta nella surricordata norma fondamentale dell'art. 1372 c.c."

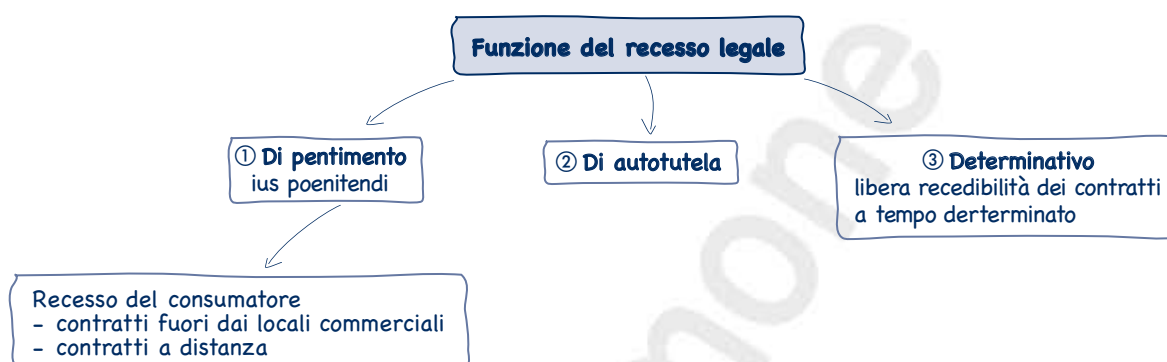
[8] Non a caso Roppo V. parla di *recesso di liberazione*.

[9] Ad esempio nel caso di compravendita di immobili ove risulti una divergenza tra l'entità quantitativa tra immobile promesso e trasferito; se la divergenza supera una certa entità si potrà recedere.

che a contratto iniziato, il committente si libera, ma l'altro è tenuto indenne dal mancato guadagno. Nel contratto d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.), invece, il cliente può recedere dal contratto rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta, mentre il prestatore d'opera può a sua volta recedere dal contratto per giusta causa ed avrà diritto al rimborso delle spe-

se fatte ed al compenso per l'opera svolta da determinarsi con riguardo al risultato utile ottenuto dal cliente.

La peculiarità sta quindi nel fatto che non sarà dovuto alcun risarcimento del danno rispetto alle prestazioni non eseguite, se non nel limite delle spese sostenute, le quali andranno risarcite sulla base del principio dell'ingiustificato arricchimento.



4 Il recesso (di pentimento) consumeristico

Il recesso di pentimento codicistico cui si è fatto riferimento in precedenza non può però probabilmente considerarsi come *ius poenitendi* in senso stretto. Infatti, si ritiene generalmente che **il vero e proprio recesso di ripensamento sia riscontrabile all'interno della disciplina consumeristica**, in quanto si tratta di un recesso libero (ossia privo di motivazione) gratuito, formale (cioè sottoposto a specifiche modalità di forma e di comunicazione imposte dal legislatore) e da far valere entro un lasso temporale piuttosto ristretto.

Le ipotesi in cui questo recesso è consentito riguardano due gruppi di fattispecie.

Il primo gruppo prescinde dal tipo contrattuale e viene riconosciuto non in base all'oggetto del contratto bensì in ragione delle modalità di conclusione dello stesso: si tratta infatti dei **contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali**, ossia di contratti contraddistinti di norma da modalità di vendita particolarmente aggressive che lasciano sorgere il sospetto che il consumatore sia stato indebitamente vittima di tecniche di seduzione commerciale particolarmente invasive o pericolose da parte del professionista.

Il secondo gruppo sottoposto alla disciplina consumeristica è quello dei **contratti a distanza**, cioè di quei contratti conclusi, fra i vari mezzi, tramite fax, e-mail e siti internet.

La disciplina sul recesso consumeristico ha subito profonde modifiche a seguito dell'entrata in vigore del **D.Lgs. 21/2014**, il quale ha recepito la Direttiva UE 2011/83/CE, ed è oggi disciplinata dagli artt. 52-59 cod. cons.

Senza pretesa di esaustività e limitatamente a ciò che rileva in questa sede è possibile evidenziare che il diritto al ripensamento spettante al consumatore correttamente informato deve essere esercitato **entro il termine di 14 giorni** (in luogo di 10) e senza alcun onere motivazionale. Tale termine decorre dal giorno della conclusione del contratto in caso di acquisto di servizi o dal giorno in cui il consumatore ottiene il possesso se si tratta dell'acquisto di un bene.

Qualora il consumatore non sia stato correttamente informato dal professionista, il termine entro il quale esercitare la più volte indicata facoltà sarà pari a 12 mesi (in luogo del precedente termine di 60 giorni dalla conclusione del contratto e di 90 dalla consegna del bene).

Quale logica conseguenza dell'esercizio del diritto di ripensamento, il

Il vero recesso di ripensamento è riscontrabile solo all'interno della disciplina consumeristica, in quanto si tratta di un recesso libero (privo di motivazione) gratuito, formale (cioè sottoposto a specifiche modalità di forma e di comunicazione imposte dal legislatore) e da far valere entro un lasso temporale piuttosto ristretto.

consumatore ha la possibilità di restituire il prodotto, anche se deteriorato, essendo ritenuto responsabile soltanto per la diminuzione del valore.

Le due parti possono accordarsi per iniziare ad eseguire il contratto immediatamente, ossia entro il periodo entro il quale esercitare il recesso (tipicamente nei contratti per i servizi). Ciò non impedisce il ripensamento del consumatore, sul quale graverà parte del prezzo pattuito (nella misura dei servizi goduti); tale facoltà risulta però esclusa se nei 14 giorni spettanti il servizio contrattato viene reso interamente.

Controversa è la reale **natura giuridica del recesso del consumatore**: ci si chiede, in particolare, se il rimedio operi come vero recesso sugli effetti di un contratto già concluso (c.d. tesi effettuale), ovvero come recesso *sui generis*, intervenendo così su un contratto in via di formazione che verrebbe a perfezionarsi solo se, spirato il termine, il consumatore decida di non avvalersi della facoltà di ritrattare (c.d. tesi procedimentale).

Dal dato normativo, sia *ante* che *post* riforma, appare preferibile la tesi secondo cui il recesso incide su un contratto già concluso. Se, per effetto dell'esercizio di questo rimedio, «*L'esercizio del diritto di recesso pone termine agli obblighi delle parti*» (art. 55 cod. cons.) e se, a seguito dello scioglimento, sorgono le relative obbligazioni restitutorie (artt. 56 e 57 cod. cons.), pare evidente che il potere attribuito al consumatore interviene su un contratto perfetto ed efficace, il cui vincolo, per quanto precario, sorge al momento della conclusione del contratto.

Non convince, dunque, l'idea secondo la quale la previsione di un recesso certamente largo e discrezionale renda l'iter formativo ancora aperto, o esposto ad ulteriori conferme del consenso inizialmente fornito: esso si è invero chiuso quando il consumatore ha sottoscritto l'offerta, comunque essa fosse denominata ed in qualsiasi documento si trovasse inserita. Al disequilibrio procedimentale si ritiene di sopperire rendendo forte il contraente debole, trasformato in arbitro del destino del contratto già concluso che o continuerà a produrre i suoi effetti anche dopo lo spirare del termine per recedere o cesserà di produrli, se il consumatore deciderà di avvalersi del diritto potestativo che la legge, eccezionalmente, gli conferisce.

In questo modo l'alternativa effetti/procedimento si attenua: il recesso del consumatore agisce sugli effetti, ma reagisce a fattori turbativi che risalgono al procedimento di formazione del contratto.

5 La sindacabilità del recesso da parte del giudice

Quello dei **poteri spettanti al giudice a fronte dell'esercizio del diritto di recesso** rappresenta il profilo oggetto di maggiore dibattito all'interno della disciplina di cui ci si occupa.

A tal proposito, bisogna distinguere a seconda che del "tipo" di contratto cui si fa riferimento.

È infatti sempre più diffusa l'affermazione secondo cui nel nostro ordinamento esistono tre diversi modelli contrattuali, a cui corrispondono tre diversi regimi giuridici.

- 1 Il "**primo**" contratto è quello disciplinato dal codice civile; si tratta di un contratto tra soggetti "uguali", in posizione di parità, ugualmente informati e dotati di forza equivalente. Esso aspira al massimo della libertà e rivendica dal legislatore un intervento minimalista, finalizzato, al più, a salvaguardare la determinazione dell'autonomia, a garantire sanzione a un regolamento tendenzialmente completo e autosufficiente.
- 2 Il "**secondo**" contratto è quello tra consumatore e professionista, caratterizzato da una disuguaglianza che nasce dalla carenza informativa in cui viene a trovarsi il consumatore e dalla sua sostanziale esclusione dal momento della elaborazione di regole e condizioni. Esso postula il massimo del controllo, realizzato dal legislatore con la puntuale predisposizione di una disciplina eteronoma del rapporto, capace di disciplinarne tutte le fasi e tutti i profili.
- 3 Vi è infine, un "**terzo**" contratto, anch'esso tra soggetti diseguali, in cui però la disuguaglianza non nasce da una carenza informativa o dall'assenza di trattative (da qui la differenza rispetto ai contratti del consumatore), ma dalla situazione di dipendenza economica (o di dominanza relativa) in cui un soggetto viene a trovarsi rispetto all'altro. Tale dipendenza economica è normalmente determinata dalla precedente instaurazione di un rapporto contrattuale di durata, in occasione della quale una impresa effettua investimenti "specifici", non facilmente riconvertibili in altre attività. [10]

[10] Giovagnoli R., *Terzo contratto e abuso di dipendenza economica*, Milano, 2010.

Con riferimento alla disciplina sul recesso consuméristico si rinvia a quanto detto in precedenza.

Maggiori problematiche sorgono invece con riferimento alle altre due tipologie contrattuali. Per esigenze di carattere sistematico appare quindi opportuno soffermarsi dapprima sulle peculiarità del recesso nel primo (5.1.) e nel terzo contratto (5.2.), per poi concludere sui rimedi configurabili in entrambi i casi nelle ipotesi di illegittimo scioglimento del negozio (5.3.).

5.1 (Segue): nel contratto civilistico

Con riferimento al contratto civilistico, oramai sia la dottrina che la giurisprudenza non dubitano più della sindacabilità del potere di recesso, a prescindere dal fatto che questo abbia fonte legale o negoziale. Ciò che invece **suscita vari contrasti** è **il tema dell'ampiezza del sindacato spettante al giudice nel caso di esercizio della facoltà di recesso**: in tal caso, infatti, si pone il problema di contemperare il principio dell'autonomia negoziale contemplato dall'art. 1372 c.c. con la necessità di evitare forme abusive di recesso.

A tal fine occorre distinguere a seconda che il **recesso sia collegato ad una giusta causa (o ad un giustificato motivo)** ovvero che sia *ad nutum*.

Nel primo caso, infatti, è evidente che le parti o la legge hanno statuito di subordinare l'esercizio della facoltà di recesso solamente a determinate condizioni. In questo caso, pertanto, il recesso sarà "giustificato", nel senso che dovrà avere una sua causa o, per lo meno, una motivazione idonea allo scioglimento negoziale. Naturalmente, il controllo non potrà che essere più o meno incisivo a seconda di come la legge o le parti abbiano inteso il concetto di giustificato motivo. Ad esempio, il controllo sarà inevitabilmente forte nel caso in cui le parti abbiano predeterminato le cause idonee a giustificare lo scioglimento negoziale.

Maggiore complessità mostra il profilo della **sindacabilità del recesso ad nutum**. In questo caso, infatti, lo scioglimento del contratto risulta essere privo di giustificazione, ossia acausale. E questa mancanza di causa o è stata voluta dalle parti (che preferiscono sciogliersi dal vincolo negoziale senza particolari condizioni) o è diretta ad evitare che contratti a tempo indeterminato diventino perpetui: l'unica precauzione da adottare è rappresentata dal *congruo*

preavviso, in modo da consentire alla controparte vittima del recesso di sopperire al meglio alla nuova situazione.

Nei casi in cui opera la regola della libera recedibilità, è evidente che il legislatore ha valutato tale forma di recesso come congrua rispetto agli interessi (particolari e generali) rilevanti. Di conseguenza, ammettere in tale situazione un sindacato sulla causa del recesso *ad nutum* – causa che si è detto essere irrilevante – significherebbe introdurre un controllo escluso già a monte dal legislatore.

Detto diversamente, va mantenuta ferma la differenza tra un diritto di recesso per così dire *qualificato*, rispetto al quale si giustifica un controllo causale dell'atto di esercizio della prerogativa [11], e un diritto di recesso *ad nutum*, il quale ultimo invece prescinde da una causa giustificatrice di cui debba accertarsi la ricorrenza in concreto. [12]

Quanto affermato non deve però lasciar pensare che il recesso ordinario sia totalmente immune da ogni forma di controllo del potere giudiziario; per quanto effettivamente sfugga ad una verifica di tipo teleologico, **il recesso ad nutum non si sottrae invece ad una indagine in merito alle modalità con le quali questo risulti concretamente esercitato**.

Più precisamente, dal combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 c.c., i quali disciplinano il fenomeno dell'eterointegrazione del contratto, si ricava che quest'ultimo non vincola le parti solo per quanto volontariamente previsto nel regolamento negoziale, ma anche rispetto alle conseguenze che derivano secondo la legge, gli usi, l'equità o la buona fede. Di conseguenza, **deve ritenersi coerente con la natura del contratto la presenza, ancorché non esplicitata né dalla legge né dalle parti, di una facoltà di recesso laddove la condotta della parte sia in contrasto con la clausola generale di buona fede**.

Pertanto, è evidente che tale facoltà nei contratti a tempo indeterminato viene giustificata a volte invocando l'applicazione analogica delle norme che la

Nel caso del recesso ad nutum dove lo scioglimento del contratto è volutamente privo di giustificazione, è da escludere il sindacato del giudice sulla causa del recesso. Ciò non esclude però che sia notevolmente esclusa qualsiasi forma di controllo del potere giudiziario che invece si estende alle modalità con le quali il recesso risulta concretamente esercitato.

[11] E può, pertanto, verificarsi una discrasia tra lo scopo (o gli scopi) per il quale il diritto di recesso è ammesso, e lo scopo concreto in vista del quale esso è stato esercitato.

[12] D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in Giur. comm., 2010, II, 828.

prevedono nei contratti tipici [13], altre volte invocando il principio della buona fede. [14]

Quanto detto però merita una precisazione: per quanto il controllo in esame debba considerarsi sussistente sia rispetto al recesso legale che a quello convenzionale, è evidente che in questa seconda ipotesi il controllo del giudice dovrà necessariamente essere più debole di quello del recesso stabilito dal legislatore. Il rischio è infatti quello di porsi in contrasto con la volontà delle parti, le quali hanno optato per la facoltà di scioglimento unilaterale del vincolo senza imposizioni di alcun tipo.

Infine, giova precisare come, più di recente, nel noto **"caso Renault"** [15], la Corte di Cassazione abbia perfino ammesso, non senza critiche, l'operatività del principio di buona fede contrattuale e del divieto di abuso del diritto ben al di là del giudizio sulle modalità di esercizio di poteri e diritti contrattuali, attribuendovi così una portata tale da legittimare un generale controllo giurisdizionale sull'atto di autonomia privata. La Corte ha così finito per ammettere un generale potere di sindacabilità del giudice sul contenuto del contratto, potere che troverebbe una maggiore giustificazione nel caso in cui il giudice ravvisi una disparità di potere contrattuale tra le parti, a prescindere dai casi in cui tale disparità sia specificamente individuata dal legislatore e sottoposta ad una disciplina speciale.

5.2 (Segue): nel contratto tra imprenditori

Rispetto al contratto tra professionisti, le perplessità sembrerebbero essere minori rispetto a quelle esaminate in precedenza. Secondo l'orientamento maggioritario, il sindacato del giudice appare pienamente legittimo, in quanto si tratta di accertare che dalla posizione di dipendenza economica (fenomeno di per sé lecito) non scaturisca un abuso che finisca per ledere la posizione della parte economicamente più debole. In questo caso, quindi, **il problema dell'an del sindacato non sussiste**: il giudice sarà pienamente legittimato a compiere una valutazione sulla condotta recedente, in modo da comprendere se la dipendenza non si sia trasformata in abuso. Naturalmente, l'accoglimento di tale tesi presuppone che la portata dell'art. 9 l. 192 del 18 giugno 1998 non sia limitata ai soli rapporti di subfornitura: si afferma in tal senso che, sebbene l'art. 9 sia effettivamente contenuto in una legge avente portata settoriale, **l'istituto dell'abuso di dipendenza economica avrebbe portata generale e, di conseguenza, non riguarderebbe solamente gli abusi di dipendenza economica che maturino nell'ambito dei rapporti**

individuati dall'art. 1 della medesima legge, ma anche a quelli che, ferme restando le condizioni dettate dall'art. 9, sorgono nell'ambito dei rapporti tra imprenditori.

Altro minoritario orientamento, invece, proprio partendo dal carattere settoriale dell'art. 9 l. 192/1998, afferma che l'invalidità delle condizioni contrattuali squilibrate prevista dalla normativa speciale contrasterebbe con il principio di autonomia privata, che riserva alle parti il compito di determinare il contenuto del contratto (art. 1372 c.c.). Il canone della buona fede, pertanto, non legittimerebbe alcun intervento da parte del giudice, ma solamente l'elaborazione di regole funzionali ad una più completa attuazione dell'accordo. [16]

A prescindere dalla tesi che si accolga, non vi è dubbio che la **verifica giudiziale sul carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa rispetto a quella vista nel contratto "fra eguali"**. Il tutto in chiave di temperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici. [17]

5.3 (Segue): i rimedi in caso di illegittimo esercizio del diritto di recesso

Sulla base di questa sintetica ricognizione, è quindi possibile individuare i **rimedi applicabili in caso di recesso illegittimo o arbitrario dal rapporto contrattuale.**

In via preliminare, giova precisare che il sindacato sull'arbitrarietà del recesso si incentra sulle ragioni che determinano la scelta di interrompere il rapporto valutate alla stregua di due criteri di giudizio: la **sfera di interessi economici** su cui incide il contratto e **le circostanze di cui il recedente aveva cognizione quando l'ha concluso.** Naturalmente questi dovranno essere rilette con una valutazione sulla condotta della parte recedente: ad esempio, sarà certamente contrario a buona fede il comportamento del contraen-

[13] Si tratta di quanto affermato in precedenza nel paragrafo 3.2.

[14] Cfr. Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, in Giust. civ., 1998, I, 509, con nota di Costanza; Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in Corr. giur., 2000, 1479 ss, con nota di Di Majo, La buona fede correttiva di regole contrattuali; nonché Cass. 21 febbraio 2003, n. 2642, in Giust. civ. Mass. 2003, 375.

[15] Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

[16] Cfr. Dellacasa M., *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in Riv. dir. priv., 2012, 13.

[17] Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

te che esercita il diritto di recesso dopo avere manifestato l'intenzione di proseguire il rapporto e avere indotto così la controparte ad investire.

Fatta questa premessa di carattere generale, ancora una volta bisognerà distinguere i rimedi in base al tipo di contratto stipulato. Con riferimento ai rapporti tra soggetti "eguali", si è già sottolineato che il recesso sarà nullo per violazione di norma imperativa (e quindi il contratto continuerà a produrre i suoi effetti) nel caso

in cui manchi la giusta causa richiesta dalla disciplina convenzionale o legale.

Maggiori problematiche sorgono con riferimento al recesso ad nutum. In tal caso, infatti, la soluzione prospettata varia a seconda della tesi che si accoglie con riferimento all'incisività dei poteri spettanti al giudice laddove sia chiamato a pronunciarsi sui presupposti del recesso.

Tuttavia, prendendo le mosse dalla prospettiva "intermedia" incentrata sulla valorizzazione del parametro della buona fede, il rimedio più idoneo a tutelare la controparte del recedente si identifica con il **risarcimento commisurato all'affidamento ragionevolmente riposto nella realizzazione dell'affare, vale a dire con l'interesse negativo.** Saranno quindi risarcibili le spese inutilmente sostenute per la realizzazione del contratto e il mancato guadagno derivato dalle occasioni negoziali andate perdute.

Tale soluzione appare la più coerente con la logica sottesa al recesso. La legittimazione a recedere deriva infatti da una clausola (onerosa o gratuita) liberamente accettata dalla parte che agisce in giudizio: la stessa, pertanto, non può pretendere di essere collocata nella stessa situazione che sarebbe derivata dall'esecuzione del contratto. Se tuttavia il recesso è arbitrario, il contraente deluso ha diritto al rimborso delle spese sostenute e al risarcimento delle occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento riposto nella realizzazione dell'affare. [18] Accogliendo tale ricostruzione, sono evidenti le **analogie tra la responsabilità derivante da recesso arbitrario e quella precontrattuale derivante dalla rottura ingiustificata delle trattative** (art. 1337 c.c.): in entrambi i casi, infatti, è evidente la necessità di proteggere l'affidamento del soggetto interessato all'esecuzione del rapporto ed evitare, così, un dispendio di risorse inutile. Da qui il risarcimento del danno commisurato all'interesse negativo: esso

Nel caso di recesso illegittimo o arbitrario, si preferisce la tesi che riconosce alla controparte del recedente il risarcimento commisurato all'affidamento riposto nella realizzazione dell'affare, ossia l'interesse negativo, anche in considerazione delle analogie tra responsabilità derivante da recesso arbitrario e responsabilità precontrattuale derivante dall'ingiustificata rottura delle trattative (art. 1337 c.c.)

sanziona il comportamento contraddittorio del recedente, che induce la controparte ad investire per poi interrompere il rapporto senza idonea giustificazione.

La soluzione della risarcibilità dell'interesse negativo in caso di recesso abusivo in un rapporto a tempo indeterminato appare in linea di massima preferibile rispetto al **rimedio dell'inefficacia del recesso e della tutela in forma specifica.**

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, infatti, nei contratti di cui

si discorre appare difficile la configurazione di una prestazione imposta ai contraenti. Ciò non toglie che, in casi specifici, la tutela in forma specifica può risultare preferibile: si pensi alle ipotesi di recesso di una banca a seguito della stipulazione di un contratto di apertura di credito dopo che il cliente ha già prelevato ingenti somme di denaro realizzando significativi investimenti.

Le argomentazioni esposte con riferimento ai contratti ordinari non possono però essere estese anche ai rapporti in cui sussiste una situazione di abuso di dipendenza economica. Nei rapporti civili ordinari, infatti, il contraente accetta di introdurre, normalmente a titolo oneroso, nell'operazione economica un fattore di aleatorietà, rappresentato dal recesso *ad nutum*. Per tali ragioni è evidente che, a seguito del recesso arbitrario, non si potrà pretendere che di essere collocati nella medesima situazione in cui ci si potrebbe trovare qualora il contratto fosse stato eseguito (fatto comunque salvo il rimborso delle spese inutilmente sostenute e delle chance di guadagno alternative non sfruttate per avere fatto affidamento nella conclusione dell'affare).

Quando sussiste una **relazione di dipendenza economica**, invece, la legittimazione a recedere accordata all'impresa dominante non è frutto di una scelta consapevole ma risulta di fatto imposta dalla parte forte del rapporto, proprio in virtù dell'asimmetria delle posizioni negoziali. Inoltre, il professionista debole, contrariamente al paciscente ordinario, sarà tenuto al compimento di investimenti difficilmente recuperabili nell'ambito di un diverso negozio, in quanto modellati sulle specifiche richieste della controparte.

[18] Cfr. Dellacasa M., *ult. op. cit.*

È pertanto evidente che, nel caso di specie, il risarcimento dell'interesse negativo non offre una tutela adeguata alle ragioni dell'impresa dipendente; in assenza di opportunità alternative offerte dal mercato, **il risarcimento del danno subito dall'impresa dovrà essere commisurato anche all'interesse positivo**: oltre alle spese sostenute, l'impresa debole dovrà dimostrare il lucro che avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto sciolto in conseguenza del recesso. Può però verificarsi che il risarcimento per equivalente risulti inefficace, laddove l'impresa dipendente sostenga costi particolarmente elevati per adeguare la propria attività alle esigenze della controparte. In tal caso le ragioni dell'impresa dipendente saranno più efficacemente tutelate dalla dichiarazione di inefficacia del recesso cui conseguirà la legittimazione ad ottenere l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale, anche tramite la **tutela cautelare** ex art. 700 c.p.c. Resta in ogni caso fatta salva la facoltà per l'impresa dominante di evitare la realizzazione di uno scambio non più voluto negoziando in tempi rapidi lo scioglimento del contratto.

6 Lo *ius variandi*: le fattispecie legali e i poteri spettanti all'autonomia privata

Si dice *ius variandi* il potere della parte di modificare unilateralmente, ossia senza il consenso di controparte, uno o più punti del regolamento contrattuale concordato. [19]

Com'è noto, il regolamento contrattuale di norma può essere modificato solo tramite nuovo accordo stipulato da entrambe le parti, le quali concluderanno così un contratto modificativo del precedente. Di regola, quindi, il paciscente non può intervenire unilateralmente sul vincolo negoziale, in quanto finirebbe per incidere sensibilmente sull'accordo negoziale e sul vincolo da esso derivante, con conseguente violazione dell'art. 1372 c.c.

Proprio questo profilo spiega perché lo *ius variandi* venga generalmente accostato all'istituto del recesso: in entrambi i casi, infatti, si incide su un precedente assetto negoziale. Le differenze, però, non sono di poco conto: mentre con il recesso una parte mette l'altra in una posizione i cui effetti, per quanto normalmente non voluti, sono comunque certi (lo scioglimento del vincolo), nel caso dello *ius variandi* la parte che subisce le modifiche negoziali si trova a fronteggiare un assetto negoziale astrattamente imprevedibile.

Tra le ipotesi di modificazioni unilaterali del contratto ammesse dal legislatore, oltre al recesso, vi è lo *ius variandi*, ossia il potere di una parte di modificare unilateralmente (e quindi senza il consenso dell'altra) uno o più punti del regolamento contrattuale.

Tali ragioni spiegano il perché della maggiore diffidenza, da parte dell'ordinamento, verso l'istituto di cui si discorre rispetto a quello del recesso. Ciò emerge distintamente da due elementi: da un lato, la mancanza di una norma corrispondente all'art. 1373 c.c. e, dall'altro lato, *le ipotesi tipizzate del recesso sono molto più numerose rispetto a quelle in materia di *ius variandi**.

Tra queste, è possibile ricordare il potere attribuito al committente di introdurre unilateralmente variazioni al progetto e, dunque, alla prestazione dell'appaltatore (art. 1661 c.c.) e il potere del datore di lavoro di mutare le mansioni del dipendente, cioè i contenuti della sua prestazione lavorativa (art. 2103 c.c.). In entrambi i casi, i poteri di variazione così attribuiti sono però circoscritti da criteri legali che limitano sensibilmente la discrezionalità di chi li esercita: le variazioni del committente non possono superare il sesto del prezzo complessivo e non devono importare notevoli modificazioni mentre le nuove mansioni assegnate al lavoratore subordinato devono essere equivalenti alle ultime mansioni effettivamente svolte.

Si ritiene, inoltre, che possa essere ricondotto allo *ius variandi* il diritto di ricondurre il contratto ad equità che è disciplinato dagli artt. 1450 e 1467 c.c., per evitare la rescissione ovvero, rispettivamente, la risoluzione del contratto da parte dell'altro contraente.

Ancora, una ipotesi di *ius variandi* è previsto nell'ambito della disciplina del mandato dall'art. 1711, comma 2, c.c. ai sensi del quale il mandatario "può" discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, quando ciò sia reso opportuno, nell'interesse di questo, da circostanze a lui ignote che non possono essergli tempestivamente comunicate.

In altri casi, la legge non prevede direttamente lo *ius variandi*, ma prevede che questo possa essere attribuito da una clausola contrattuale. Così accade, ad esempio, per la variazione del prezzo del pacchetto turistico (art. 90 cod. cons.) e per la modifica di prezzi, tassi e altre condizioni dei contratti bancari (art. 118 T.U.B.).

Anche qui si prevedono, peraltro, limiti alla discrezionalità della variazione (ad esempio l'aumento del prezzo del pacchetto turistico va giustificato con

[19] Roppo V., *op. cit.*, 523.

specifici aumenti dei costi e, comunque, contenuto entro il 10%) o, comunque, rimedi per la parte che li subisce (un diritto di recesso senza oneri). In altri casi, ancora, il legislatore si occupa specificamente delle clausole di *ius variandi*, allo scopo di sancirne presuntivamente la vessatorietà, se contenute nei contratti con consumatori unilateralmente predisposti da professionisti (art. 33 lett. m e o cod. cons.) o di sanzionarle radicalmente con la nullità nei rapporti di subfornitura (art. 6 comma 1 l. n. 192/1998). È quindi evidente che il punto di contatto delle ipotesi di modificazioni unilaterali ammesse dal legislatore e meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento è rappresentato dall'**interesse alla flessibilità del contratto** [20]; interesse, quest'ultimo, cui risultano funzionali anche altri ben noti meccanismi di adeguamento contrattuale quali le clausole di adeguamento automatico mediante il ricorso a parametri oggettivi (ad esempio, le clausole ISTAT), le clausole di rinegoziazione, le clausole attributive dello *ius variandi* ad un terzo arbitratore.

Al di là delle ipotesi in cui lo *ius variandi* è espressamente previsto dalla legge, ci si chiede **quali limiti incontra l'autonomia dei privati nell'introdurre un potere modificativo unilaterale**.

Secondo un primo orientamento, tale possibilità andrebbe negata in radice, in quanto si rischierebbe di ledere i già menzionati principi della bilateralità del consenso (artt. 1321 e 1325 n. 1 c.c.) e della vincolatività dell'accordo (art. 1372 c.c.); di conseguenza, ogni eventuale clausola contrattuale sarebbe nulla per violazione delle norme sull'ordine pubblico negoziale.

Tale tesi è però oggi respinta dalla dottrina prevalente, in quanto ritenuta eccessivamente rigida e, soprattutto, non conforme al dato normativo.

In primo luogo, le norme che si occupano dello *ius variandi* volontario, sebbene non disciplino la suddetta clausola in generale, ma solo con riferimento a tipi o categorie contrattuali, sembrano comunque presupporre che essa sia, in linea generale, valida. Significativa al riguardo è la previsione dell'art. 33 comma 2 lett. m) ed o) cod. cons. secondo cui, quando sia unilateralmente apposta da un professionista ad un contratto stipulato con un consumatore, la clausola di cui si tratta è abusiva fino a prova contraria: la norma, presuppone, evidentemente, che, al di là di questa ipotesi, la clausola sarebbe in linea di principio valida.

Analoghe conclusioni possono trarsi dalle norme che vietano specificamente lo *ius variandi* conven-

zionale sul presupposto, quindi, che esso sarebbe valido in loro mancanza. Così, ad esempio, l'art. 6 comma 1, l. 192/1998, secondo cui è nullo il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura.

Sotto un profilo più generale, si evidenzia, inoltre, come lo *ius variandi* non è solo potenziale fonte di abusi o prevaricazioni di una parte a danno dell'altra, ma può avere una sua specifica utilità per sistemare in modo efficiente, ragionevole, equilibrato, gli interessi delle parti, a volte anche l'interesse della parte che in apparenza lo subisce. Ad esempio, lo *ius variandi* previsto dall'art. 1711 comma 2, c.c. nell'ambito del contratto di mandato appare addirittura doveroso qualora sia necessario garantire tutela agli interessi del mandante.

Attenta dottrina ha sottolineato come lo *ius variandi* si giustifica quando la materia del contratto è fluida, soggetta ad evoluzioni e sopravvenienze che possono richiedere aggiustamenti successivi nell'interesse comune dei contraenti. [21] A risultati analoghi si potrebbe pervenire con le clausole di rinegoziazione, ma queste esigono tempi spesso incompatibili con le urgenze delle modifiche.

Escluso, quindi, che esista un principio di ordine pubblico che vieti già in astratto lo *ius variandi* convenzionale, si tratta di capire meglio **quali sono in concreto i limiti che l'autonomia negoziale**

incontra nel prevederlo.

A tal fine, la migliore dottrina [22], opera, anzitutto, **una distinzione in relazione all'interesse cui lo *ius variandi* risulta prevalentemente finalizzato**. Se esso è attribuito ad una parte nel prevalente interesse dell'altra, questo sarà certamente lecito e il suo esercizio andrà scrutinato alla stregua delle norme sull'esecuzione del contratto.

Qualora, invece, è attribuito nel prevalente interesse della parte abilitata ad esercitarlo, si aprono maggiori problemi. In tal caso, infatti, la soluzione varia a seconda che la clausola fissi i contorni del potere ovvero se nulla disponga in tal senso.

Non esiste un principio di ordine pubblico né tanto meno una norma che vieta in astratto lo *ius variandi* convenzionale, cioè anche a prescindere dalle fattispecie espressamente previste dalla legge.

[20] Roppo V, *op. cit.*, 526.

[21] Granelli C., *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. *ius variandi**, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 12, 969.

[22] Granelli C., *op. cit.*

Nel primo caso, infatti, non vi è il rischio che la parte abilitata ad apportare le modifiche negoziali possa intervenire in modo arbitrario e, in caso di superamento dei suddetti limiti, lo *ius variandi* sarà da considerarsi inefficace e con esso le modifiche introdotte al regolamento contrattuale.

Qualora invece lo *ius variandi* risulti illimitato sono possibili due soluzioni: la prima, più rigorosa, predica la nullità della clausola per contrasto con i principi (di ordine pubblico) dell'accordo e del vincolo contrattuale; una seconda, più flessibile, riconosce invece la validità della clausola, ma questa andrà necessariamente riletta e integrata secondo il criterio della buona fede che limita, comunque, l'arbitrio della parte abilitata a variare.

Infine, rispetto ai **poteri spettanti al giudice in caso di contestazione delle modifiche apportate unilateralmente al negozio**, appare possibile estendere anche all'istituto di cui si discorre le stesse argomentazioni viste in materia di recesso: maggiori sono i limiti e le condizioni posti all'esercizio dello *ius variandi*, maggiormente incisivo sarà il controllo realizzabile dal giudice. Se, invece, la clausola contrattuale nulla dica al riguardo (e ferma restando l'accoglimento della tesi che la ritiene lecita), il sindacato giudiziale risulterà inevitabilmente più debole, perché limitato alle modalità del suo esercizio e all'esclusione di eventuali abusi realizzati con condotte contrarie alla buona fede.