

ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Pubblicazione
2 • 2024



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e Diritto - Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof.ssa Clelia Buccico (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

Innovazione e Diritto è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Raffaele Perrone Capano

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Beatrice Bertarini

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Gianluigi Bizioli

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

Prof. Paolo Borghi

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

Prof.ssa Loredana Carpentieri

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Prof. Alessandro Giovannini

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Prof. Giuseppe Melis

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

Prof. Salvatore Muleo

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

Prof. Gaetano Ragucci

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

Prof. Gennaro Rotondo

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Stefano Zunarelli

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Prof.ssa Carla Masi

- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Prof.ssa Maria Pierro

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino

- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

Prof. Nicola Fortunato

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Laura Letizia

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

Prof. Ottavio Nocerino

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Andrea Quattrocchi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

Prof. Federico Rasi

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

Prof. Luca Sabbi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

Prof.ssa Adriana Salvati

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

Prof. Gianluca Selicato

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Maria Villani

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Daniele Canè

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

Dott.ssa Alessandra Kostner

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

Dott. Andrea Perrone Capano

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli*

Dott. Luigi Scipione

- *Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Stefano Zagà

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

INDICE

- | | |
|--|---|
| 1. La modifica ex uno latere del contratto tra profili civilistici e fattispecie settoriali | 1 |
| <i>di Gennaro Rotondo</i> | |
| 2. La residenza fiscale | 3 |
| <i>di Antonio Miele, Silvia Miele</i> | |

La modifica ex uno latere del contratto tra profili civilistici e fattispecie settoriali

di **Gennaro Rotondo**

Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

SOMMARIO

1. Nozione di modificazione unilaterale del contratto e autonomia della vicenda modificativa - **2.** Ammissibilità e configurazione dell'istituto della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali nel diritto comune - *2.1. Segue. Tassonomia fondamentale delle fattispecie di ius variandi* - *2.2. Segue. Ius variandi negoziale e tipologia contrattuale di riferimento* - **3.** Modifica unilaterale e determinabilità dell'oggetto della prestazione - *3.1. Segue. Natura e forma dell'atto di esercizio dello ius variandi. Gli interessi concretamente perseguibili* - **4.** Lo ius variandi come strumento di adeguamento del regolamento contrattuale. Il rapporto con il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta - **5.** Limiti all'esercizio dello ius variandi - *5.1. Segue. Procedimentalizzazione dell'esercizio del potere di modifica unilaterale e trasparenza* - **6.** Brevi considerazioni conclusive e presentazione della ricerca

1. Nozione di modificazione unilaterale del contratto e autonomia della vicenda modificativa

Nella fisiologica articolazione dei rapporti giuridici, tra gli estremi necessari della costituzione e dell'estinzione, si collocano taluni

fenomeni di mutamento, alterazione, evoluzione delle dinamiche relazionali che vengono tipologicamente ricompresi nella categoria teorica della “modificazione”. In punto di inquadramento tassonomico di tali fattispecie si annoverano: con riguardo alla componente negoziale coinvolta, variazioni soggettive, quali moltiplicazione, concentrazione e sostituzione di soggetti, successioni universali e particolari, alienazione, ecc.; e variazioni oggettive, qualitative e quantitative, in ordine alle diverse modalità della prestazione obbligatoria; nonché quei mutamenti relativi alla tutela giuridica come quiescenza, affievolimento e rafforzamento della disciplina del rapporto.

Ipotesi che si connotano tutte per la circostanza che la modifica incide sul rapporto esistente senza pregiudicarne la sopravvivenza, realizzando al contempo effetti conservativi e trasformativi che si distinguono, per un verso, dalla costituzione, in quanto presuppongono l’esistenza attuale del rapporto, e per l’altro dall’estinzione, poiché tendono alla conservazione dello stesso, ferma restando la modificazione realizzata¹.

La configurazione teorica della fase negoziale modificativa trova sostegno, sul piano ordinamentale, anzitutto nell’art. 1321 c.c., il cui riferimento alla “regolazione” di un rapporto giuridico patrimoniale attesta la legittimità sia dei negozi modificativi incidenti sulla struttura del rapporto, sia di quelli che ne modificano l’assetto di interessi o la disciplina². D’altronde, anche in difetto di un riscontro

¹ Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020, p. 552 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, ESI, Napoli, 2000, p. 25 ss.

² Principi che si sostanziano, in questi casi, nell’utilità e nella solidarietà sociale. Sul punto, v. tra gli altri, R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.*, R. SACCO, Torino 1993, p. 26 ss.; P. RESCIGNO, *Contratto I) in generale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 5 ss.; e, in precedenza, S. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957, p. 110 ss.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 784 ss. Occorre, altresì, tenere in debito conto l’orientamento dottrinale che definisce i negozi regolamentari come quelli rivolti a variare la sola disciplina di rapporti giuridici patrimoniali già esistenti, senza modificarne in alcun modo la struttura; in tal senso, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, Napoli, 2019, p. 32; ID., *La*

letterale, l'ammissibilità dei negozi modificativi emerge dall'ambito applicativo laddove sussistano interessi meritevoli di tutela a supporto giustificativo di simili accordi, tenendo conto altresì del fatto che l'autonomia privata consente di disporre della propria sfera giuridica e patrimoniale, purché conformemente ai principi costituzionali³.

Un altro riferimento normativo a conferma della fattispecie modificativa si rinviene nella descrizione degli effetti costitutivi delle sentenze dell'autorità giudiziaria (ex art. 2908 c.c.), non solo in senso costitutivo, ma anche estintivo o di modificazione di rapporti giuridici⁴. Esito interpretativo che ben si attaglia, sul piano concreto, agli orientamenti decisionali dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), nel

dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto, in *Dir. e giur.*, 1969, p. 703 s.

³ Così, tra gli altri, G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giur. comm.*, 1957, p. 848 ss. Mentre sul fondamento costituzionale dell'autonomia privata cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 137 ss.; v., altresì, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 28 s. Mentre, per altro verso, nel senso della progressiva compressione dell'autonomia privata, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 175 ss.; F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 119 s.; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 1994, XI, p. 324 ss.; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 293 s.; A. NERVI, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011, p. 171 s. Si osservi, per inciso, che il suindicato processo di compressione è ragionevolmente riconducibile a spinte innovative generate da diversi fattori tra loro collegati: la partecipazione del sistema giuridico a processi di integrazione politica ed economica a livello europeo, la globalizzazione dei mercati, una diffusa istanza di giustizia contrattuale e di correttezza nelle relazioni commerciali. Sui vari profili di questa tendenza si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai seguenti contributi: V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile*, cit., p. 292 ss.; F. MACARIO, *I diritti oltre la legge: principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in *AA.VV., Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, III, p. 483 ss. Sui processi di integrazione e globalizzazione economica, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Iuscivile.it*, 2013, p. 3 ss.; S. PATTI, *La «globalizzazione» e il diritto dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 149 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 313 ss.; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151. Sulla configurazione di un principio di giustizia contrattuale, v., per tutti, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 152 s.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 58 s.; F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di «parte debole»*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, p. 1 ss.

⁴ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 29 s.

contesto del suo ambito di cognizione settoriale.

Ebbene, pur riscontrandosi segnali del riconoscimento legislativo di una componente modificativa del rapporto nell'articolazione dell'efficacia giuridica, per poter affermare l'autonomia della fattispecie è necessario individuare profili regolatori peculiari e diversificati rispetto a fenomeni giuridici affini. In estrema sintesi (e rinviando alle conclusioni cui perviene la principale dottrina civilistica), si ritiene che l'elemento discriminante, per la vicenda modificativa, si possa individuare nel permanere in esistenza del rapporto. Ne consegue che la modificazione assicura la conservazione del rapporto che, sia pure parzialmente trasformato, resta intatto nella parte essenziale delle regole preesistenti⁵.

2. Ammissibilità e configurazione dell'istituto della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali nel diritto comune

Nell'ambito della ricostruzione della fattispecie modificativa, va ricordato che il fondamentale principio dell'autonomia privata sancisce la facoltà di disporre della propria sfera giuridica senza subire imposizioni esterne⁶, esprimendo il corollario, basato sul potere di autodeterminazione dei contraenti, per cui è possibile disporre della sfera giuridica altrui solo previo consenso della parte nei cui confronti l'atto è destinato a produrre effetti. Per tale motivo, la

⁵ Ad esempio, rispetto alla novazione i punti di contatto con la modificazione discendono dal fatto che entrambe operano su un preesistente rapporto e rappresentano uno strumento per predisporre una nuova regolamentazione degli interessi delle parti che si sostituisce, con efficacia *ex nunc*, alla precedente assicurando l'evoluzione e la realizzazione del rapporto; tuttavia, la novazione (di matrice estintivo-costitutiva) sostituisce un nuovo rapporto a quello originario - che si estingue - e introduce regole diverse e autonome dalle precedenti. Peraltro, non potendo approfondire il tema in questa sede, come meriterebbe, si rinvia alle condivisibili conclusioni sul punto di M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 31 ss., nonché alla dottrina *ivi* richiamata. Mentre, per un'analisi dell'efficacia giuridica e per il raffronto tra i sottotipi di quella costitutiva individuati nelle fattispecie della costituzione, modificazione ed estinzione, v. *ex multis*, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 490 ss.

⁶ Assunto che trova fondamento nella previsione dell'art. 1322 c.c. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2011, p. 24.

qualificazione del contratto come vincolo, tende al contempo a garantire le parti dall'eventualità che una di esse, unilateralmente, intacchi la sfera dall'altra modificando o persino sciogliendo il rapporto (contrattuale) precedentemente concordato⁷.

Un'esigenza che nasce, infatti, anche dalla circostanza che il codice civile prevede talune ipotesi di attribuzione a una o ad entrambe le parti della facoltà di modificare ex uno latere il rapporto negoziale derivante dall'accordo concluso in precedenza⁸, ponendosi in chiave evidentemente derogatoria rispetto ai principi generali del diritto dei contratti. Così, la norma fondamentale di cui all'art. 1372, comma 1, c.c. impone che le parti non possono modificare unilateralmente il contratto, finché è efficace, con la conseguenza che condotte in deroga alle pattuizioni integrano un inadempimento e legittimano la parte che lo subisce ad attivare i rimedi apprestati dall'ordinamento (i.e. risarcimento del danno e risoluzione)⁹.

Una forma di potestà unilaterale è prevista dall'art. 1373 c.c. che riconosce espressamente la possibilità di recedere dal contratto. Raffrontando, però, la facoltà di recesso unilaterale con lo *ius variandi* appare evidente come la soggezione della controparte al recesso produca implicazioni meno gravose rispetto a quelle che deriverebbero dalla variazione dei contenuti negoziali che, se realizzata in modo unilaterale, entra in collisione con la necessaria

⁷ V. ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 142.

⁸ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 523; L. NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in AA.VV., *Diritto Privato*, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, p. 319. Negli stessi termini v. anche S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. econ. assicuraz.*, 1999, p. 218. Cfr. anche P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, p. 1, sottolinea come con riferimento ai contratti l'espressione evocò la modificazione del regolamento di fonte negoziale; v. anche M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 79.

⁹ In questo schema dogmatico lo *ius variandi* costituisce un'eccezione alla regola generale dell'immodificabilità del contratto in assenza del consenso di tutte le parti, soprattutto se configurato come un diritto potestativo, notoriamente eccezione legale al principio generale di intangibilità della sfera giuridica altrui.

base consensuale e paritaria del rapporto¹⁰. Mentre l'atto di esercizio del diritto di recesso si presenta predeterminato nei contenuti, comportando la dissoluzione del rapporto, il ricorso allo *ius variandi* è invece astrattamente arbitrario in quanto può assoggettare la parte che lo subisce a un rinnovato regolamento negoziale suscettibile di assumere i contenuti più disparati¹¹.

Se la modificazione di un rapporto giuridico in corso di svolgimento, nella maggioranza dei casi, rappresenta pertanto il risultato di una manifestazione di volontà dei soggetti titolari delle situazioni giuridiche coinvolte¹², non può disconoscersi che nell'ambito di tali pratiche modificative ha assunto sempre maggiore rilievo concreto il riconoscimento di effetti vincolanti a variazioni unilaterali di un precedente assetto di interessi apportate in modo tale da non alterare l'originaria fisionomia del rapporto¹³. L'operatività di poteri unilaterali di modifica, esercitabili a prescindere dalla collaborazione della parte che subisce la fattispecie modificativa, esprime dunque una deroga sostanziale al principio dell'intangibilità del contratto espressa, con formula enfatica dal richiamato art. 1372, comma 1, c.c., che, oltre al principio della forza di legge del contratto, afferma l'ordinaria bilateralità delle fattispecie negoziali produttive di vicende

¹⁰ Cfr. P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 19.

¹¹ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit. Vedi anche F. DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi commerciale, XXIV, Clausole ricorrenti. Accordi e discipline*, Torino, 2004, p. 143.

¹² In argomento v., *ex multis*, V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 311 ss.; A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 948 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, III, I, Milano, 1988, p. 9 ss.; M. FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia*, in *Riv. trim.*, 1995, p. 418 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 71 ss.; specificamente sul negozio modificativo, G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., p. 847 ss.; G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, p. 341 ss.

¹³ Per una definizione di carattere generale dello *ius variandi*, cfr. P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale*, cit., p. 4; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 79 s.; L. NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, cit., p. 319; G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, p. 96 s.

modificative dello stesso¹⁴.

Sebbene la previsione di un potere unilaterale di modifica non sia formalizzato nella disciplina generale dei contratti, è evidente come le ipotesi legali e negoziali di *ius variandi* costituiscano un fenomeno frequente e stabile che ormai ha intaccato la perdurante validità del principio della forza di legge del contratto e dell'intangibilità dell'originario assetto di interessi concordato dalle parti, facendo dubitare della stessa opportunità di ricostruirle quali deroghe all'art. 1372 c.c.¹⁵. Si pensi, ad esempio, all'emersione di figure di *ius variandi* settoriali che hanno portata più ampia del singolo tipo legale (tra i quali è ricompreso anche l'ambito concernente i contratti bancari e finanziari)¹⁶.

Va tenuto conto, inoltre, delle istanze solidaristiche di cooperazione

¹⁴ In argomento, v. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. XIV ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (Artt. 1321-1469 Cod. civ.)*, Milano, 1952, p. 373 s.; P. RESCIGNO, *Contratto I) in generale*, cit., cit., p. 1 ss.; R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 11 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 52 ss.; F. GALGANO, *La forza di legge del contratto*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 512 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, *passim*; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Milano, 2010, p. 99 ss.; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 1. ss.

¹⁵ Seppure, quanto affermato sopra si innesti in un quadro normativo che presenta ancora tratti disomogenei circa l'assunto dell'immodificabilità unilaterale del regolamento contrattuale, sia in base al principio della forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.), sia traendo argomento dalla tipicità dei diritti potestativi, sia infine con riguardo al (connesso) principio del *numerus clausus* dei negozi unilaterali, nel cui ambito rientrano, in via generale, gli atti di esercizio dei poteri unilaterali modificativi. Sul punto, v. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 42 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 151 s.

¹⁶ Circa l'eccezionalità delle norme sullo *ius variandi* quali deroghe al principio di cui all'art. 1372 c.c., cfr. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 24; M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in U. MORERA, A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II. *L'attività delle banche*, Milano, 1996, p. 476. Per un'interpretazione restrittiva delle norme eccezionali, v. A.A. DOLMETTA, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in U. MORERA, A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, 1996, p. 456; F. MARTORANO, *Il credito al consumo*, in A. BROZZETTI, V. SANTORO (a cura di), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano*, Milano, 1991, p. 182 ss.; C. DI SINNO, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, Napoli, 1995, p. 224. Mentre un'apertura per l'applicazione in analogia delle norme eccezionali si rinviene in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, p. 10 ss.

sulla cui base la dottrina ha proposto di riformulare tale principio in termini di “tutela” e “rispetto” della sfera giuridica altrui. Del resto, l’applicazione del principio di assoluta immutabilità di quest’ultima conferisce sovente protezione e garanzia del tutto formali alle parti del rapporto, mentre in realtà si rinvengono nell’ordinamento strumenti idonei a controbilanciare un’eventuale *ius variandi*, in modo da assicurare una tutela, in termini di possibile reazione, ai soggetti che subiscono l’esercizio di tale diritto. Peraltro, le previsioni normative e negoziali in tema di *ius variandi* sono conformi al principio di economia dei mezzi giuridici, vale a dire compatibili con l’esigenza di realizzare gli interessi delle parti attraverso meccanismi il più possibile semplificati, conservando le fattispecie negoziali già prodotte e consentendo la loro più ampia attuazione possibile, eventualmente anche grazie a interventi modificativi *ex uno latere*, capaci di dare ampia espressione alle potenzialità del rapporto¹⁷.

In linea di inquadramento dogmatico generale, ad ogni modo, è opinione diffusa che l’istituto dello *ius variandi* vada ricondotto alla categoria dei diritti potestativi, in quanto attribuisce a una parte il potere di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale, incidendo sulla sfera giuridica della controparte che versa così in una situazione di soggezione rispetto alla modifica apportata¹⁸. Come anticipato, l’esercizio di tale potere ha carattere discrezionale, seppure subordinato al verificarsi di determinati presupposti, mentre la parte che subisce la variazione (come è tipico dei diritti potestativi), non deve compiere alcun atto per consentire gli effetti della modifica, né può impedire che questa si verifichi¹⁹.

¹⁷ Cfr. C. DIONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 136 s.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 198 ss.

¹⁸ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 153 ss.; F. DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 142; A. SCARPELLO, *Determinazione dell’oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 346. Sulla dibattuta fattispecie del diritto potestativo si veda *inter alia* F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1944, p. 72 ss. (rist. 2002); N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 37 ss.

¹⁹ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XI, Napoli, 2011, p. 61 ss. Tra i numerosi studi sul tema, v. S. PAGLIANTINI, *Modificazione unilaterale del contratto*

Inoltre, la natura potestativa del diritto consente di qualificarlo come “diritto secondario” poiché si innesta necessariamente su una preesistente situazione giuridica della quale deve tenersi conto per valutarne la legittimità²⁰. Per tale motivo, la natura giuridica dello ius variandi si coglie, anzitutto, nella connessione funzionale con il rapporto particolare cui attiene. In sostanza, il potere unilaterale di modifica non si configura mai come potere autonomo, ma si inserisce in una situazione soggettiva complessa da cui trae origine e di cui è parte integrante. Inoltre, la circostanza che l’atto di esercizio dello ius variandi non richieda l’accettazione della controparte per produrre effetto, riduce la fase relazionale del rapporto nella mera soggezione all’iniziativa del titolare del potere, purché ricorrano i presupposti di legittimità previsti dalla legge.

In definitiva, il potere di variazione unilaterale, pur differenziandosi quanto alla fonte di legittimazione e al piano di esercizio, risulta connotato dai medesimi tratti distintivi, rintracciabili nei requisiti della strumentalità alla situazione giuridica cui inerisce²¹, dello stato di soggezione di chi la subisce, della discrezionalità più o meno ampia di cui gode il titolare e, infine, dell’autoritatività che contraddistingue gli atti di esercizio. In virtù di questi aspetti lo ius variandi va iscritto alla

(diritto civile), in *Enc. giur.*, Annali, VI, 2013, *passim*; P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, vol. III, 2006, p. 141 ss.; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto. Determinazione successiva dell’oggetto del contratto: poteri unilaterali e controllo giudiziale in diritto italiano e comparato*, Napoli, 2006; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 523 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, *passim*; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 180 ss.; P. SCHELSINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («jus variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18 ss. L’inquadramento dello ius variandi tra i diritti potestativi, nonostante l’ambigua terminologia adottata dal legislatore, è sostanzialmente confermato dalle normative speciali, tra cui quella bancaria, sovente accostando alla figura un contropotere di recesso, come evidenzia A. PISU, *L’adeguamento dei contratti*, cit., p. 109 ss.

²⁰ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 152 s., p. 206, p. 249; T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, p. 233.

²¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 259, soprattutto nel senso dell’inerenza del diritto potestativo a una situazione giuridica più complessa; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit. p. 628 ss.; G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1939, I, p. 564 ss.

categoria dei poteri conformativi a effetti modificativi dell'altrui sfera giuridica²².

2.1. *Segue. Tassonomia fondamentale delle fattispecie di ius variandi*

L'analisi delle fattispecie normativamente tipizzate di ius variandi²³ è essenziale per individuare un eventuale comune denominatore e per stabilire se il sistema di diritto positivo esprima una regola generale in merito ai limiti di ammissibilità dell'istituto, ferma restando la necessità di indagare la specialità della declinazione assunta dallo stesso in ambito bancario²⁴.

Per vero, ipotesi di ius variandi risultano previste in diverse tipologie di contratto²⁵, indipendentemente dalle connotazioni soggettive delle parti, dall'oggetto e dalla funzione negoziale²⁶. Nel disciplinare l'istituto, il legislatore ha previsto, in guisa di contrappeso, meccanismi di tutela della controparte²⁷, in ragione dei quali la dottrina²⁸ ha configurato tre distinte tipologie di ius variandi: i)

²² Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 152 ss.

²³ M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 85; mentre per una compiuta rassegna dei poteri modificativi previsti nella regolamentazione dei singoli tipi contrattuali, v. F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, II, p. 834 ss.; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18 ss.

²⁴ Cfr. A. PISU, *L'adeguamento dei contratti*, cit., p. 8 s.

²⁵ Si pensi, ad esempio, al potere attribuito al committente dall'art. 1661 c.c. di apportare variazioni al progetto, purché non superino il sesto del prezzo complessivo convenuto; al potere di contrordine del mittente ex art. 1685; nonché alle previsioni dettate nell'ambito del testo unico bancario e del codice del consumo, sui quali ci si sofferma in seguito.

²⁶ Vedi A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (ius variandi)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 401; C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: cosiddetto ius variandi*, in *Obbligazioni e Contratti*, p. 968 ss.

²⁷ Cfr. S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio*, cit., p. 219; nonché V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 524; si v. altresì P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, III, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, p. 146.; ID., *Lo ius variandi della banca*, cit., p. 267, secondo cui, sotto il profilo delle modalità di esercizio del potere di modifica, il principio generale della buona fede, al fine di tutelare la parte debole del contratto, potrebbe condurre a ritenere invalida e, quindi, inefficace la modifica che non sia preceduta da un congruo preavviso.

²⁸ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 45 ss.

una prima fattispecie, di ambito applicativo alquanto ampio, in cui si riconosce al titolare del potere piena discrezionalità nell'azionare il diritto ponendo limitazioni solo alle modalità di esercizio (ad esempio, l'art. 1661 c.c., in tema di appalto; l'art. 2103 c.c., in tema di rapporto di lavoro; nonché, probabilmente, l'art. 768-septies, n. 2, c.c., in materia di patto di famiglia)²⁹; ii) la seconda, che presenta una componente discrezionale più circoscritta, alla quale sarebbero riconducibili le norme previste in materia bancaria (art. 118 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, d.lgs. n. 385/1993, in seguito anche "t.u.b.") e di tutela del consumatore (art. 33, c. 2, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in seguito anche codice del consumo o "cod. cons."), in cui l'esercizio del potere di modifica unilaterale deve trovare fondamento in un giustificato motivo e deve essere contenuto entro precisi limiti individuati dal legislatore³⁰; iii) la terza,

²⁹ Tale dubbio nasce dal fatto che, in realtà, si tratta di una fattispecie di recesso modificativo, rispetto al quale discorre di *ius variandi*, sottolineando la necessità di «individuare con sufficiente precisione il possibile contenuto delle successive modifiche» G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, 4 ediz., Milano, 2015, p. 1493.

³⁰ Uno dei presupposti principali cui può essere subordinata l'ammissibilità dello *ius variandi*, infatti, è rappresentato dalla previsione, già a livello di fattispecie astratta, della necessaria ricorrenza di un giustificato motivo di esercizio del potere, in generale, indicato in via preventiva nel contratto (il riferimento è, evidentemente, al disposto dell'art. 1469-bis c.c.). Tale motivo interviene a limitare la discrezionalità del titolare dello *ius variandi* secondo due direttive: per un verso, circoscrive e conforma il contenuto concreto del potere modificativo, già in fase di attribuzione; per l'altro, offre i parametri ermeneutici di riferimento per un controllo di merito *ex post* sugli atti di esercizio, attraverso il sindacato sui motivi. L'indagine volta ad accertare in concreto la sussistenza di un giustificato motivo presenta profili di criticità, nella consapevolezza che l'effettiva tutela della parte destinata a subire il mutamento dipende in gran parte dalla portata di tale clausola generale. Pertanto, la nozione di giustificato motivo incontra notevoli difficoltà di individuazione, potendo procedere solo per approssimazioni e qualificando l'esercizio dello *ius variandi* in base a meri parametri generali. In chiave di tutela della parte che subisce la modifica unilaterale, l'insufficienza del richiamo formale individuato nel contratto, impone che il controllo giudiziale sulla ricorrenza del presupposto si estenda fino a ricomprendere il profilo della conformità dell'atto di esercizio dello *ius variandi* ai principi fondamentali dell'ordinamento, così da valutarne in concreto l'idoneità a realizzare interessi meritevoli di tutela. Con particolare riguardo all'attuazione dei valori costituzionali, v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 376; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 216 ss., part. p. 222; in punto di adattamento del concetto di giustificato motivo all'esercizio dello *ius variandi*, anche in ambito settoriale, v. A. COCOZZA, *La disciplina delle clausole vessatorie dei contratti bancari e finanziari*, in F. BELLI, F. MAZZINI (a cura di), *Argomenti di diritto*

di matrice più vincolata, in cui lo *ius variandi* è subordinato all'accertamento di circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto (ad esempio, l'art. 1577 c.c., in tema di locazione; l'art. 1686, c. 2, c.c., sui contratti di trasporto; l'art. 1711, c. 2, c.c., sul mandato; l'art. 1770, c. 2, c.c., in tema di deposito)³¹.

Secondo una diversa ricostruzione dogmatica, d'altro canto, le difficoltà di una ricognizione esaustiva delle ipotesi normativamente definite di *ius variandi* e la rilevanza del fenomeno consentono solo un tendenziale raggruppamento delle fattispecie considerate, in relazione alla funzione di adeguamento dell'assetto di interessi, rispetto alle sopravvenienze esterne e alle mutate esigenze di una parte, e di riequilibrio delle posizioni contrattuali a tutela di alcune categorie di contraenti.

Ciò premesso, partendo dai poteri unilaterali che trovano presupposto e legittimazione in eventi successivi alla stipula del contratto, si individuano anzitutto quelle figure di *ius variandi* il cui effetto modificativo sia da ricondursi, in via immediata, all'atto di esercizio del potere mediante il quale il soggetto manifesta in modo inequivoco la volontà di avvalersene³². Difatti, nelle principali fattispecie normative, al sopravvenire di eventi che incidono su rapporti di durata, lo *ius variandi* si pone come rimedio per garantire il riequilibrio e l'esecuzione del rapporto, esito che spesso risulta maggiormente conforme agli interessi delle parti rispetto allo

bancario, Torino, 1998, p. 89 s.; F. BRIOLINI, *Osservazioni in tela di modifiche unilaterali*, cit., p. 296 s.; S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto*, cit., p. 2895 s.; P. GAGGERO, *La disciplina dello ius variandi*, cit., p. 329.

³¹ Le ipotesi previste dagli art. 1686, comma 2, 1711, c. 2, e 1770, c. 2, c.c. sono considerate espressione di *ius variandi* da M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 85; v. anche M. PARPAGLIONI, *Le clausole sulla modifica unilaterale del contratto e sull'accertamento unilaterale dell'esecuzione*, in P. CENDON (a cura di), *I contratti in generale*, IV, t. 2, *Clausole abusive*, Torino, 2001, p. 807; C. GRANELLI, *Modifiche unilaterali del contratto*, cit., p. 969, in quanto il fatto che la variazione trovi giustificazione nel dovere di diligenza e buona fede non toglie che la parte operi una modifica del rapporto contrattuale non concordata, incidendo unilateralmente la sfera giuridica della controparte.

³² Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 86.

scioglimento dello stesso³³.

In altre ipotesi, lo *ius variandi* assume una connotazione peculiare con riguardo all'esigenza di apprestare una tutela soggettiva rafforzata. In questi casi di presenza di contraenti caratterizzati da una posizione contrattuale di superiorità (in termini di forza economica e negoziale), la funzione di riequilibrio e adeguamento delle condizioni originariamente pattuite, assolta dallo *ius variandi*, si connota per uno spiccato profilo di garanzia. L'istituto tende, infatti, a fornire una tutela rafforzata ai contraenti che si trovino in una situazione di debolezza, anche relativa, con particolare riguardo ai soggetti appartenenti alla categoria dei consumatori. Il riconoscimento alla parte contrattuale in posizione di svantaggio di uno *ius variandi* di protezione si inserisce nella tendenza normativa diretta a tutelare i soggetti economicamente più esposti, facendo assurgere a principio di diritto interno e a valore costituzionalmente rilevante (ex art. 2 Cost.) la tutela della parte debole e specificamente del consumatore³⁴.

Sotto il profilo da ultimo indicato, in particolare, va segnalato che la

³³ Cfr. R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 105 s.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 243 s.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 93 ss.

³⁴ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 99 ss., 111 s., secondo cui la tutela normativa espressamente apprestata per i consumatori dall'art. 1469-bis, comma 3, n. 11 e 13, c.c., in quanto soggetti ritenuti istituzionalmente deboli, si articola nella previsione di alcuni limiti all'ammissibilità delle clausole contrattuali di conferimento del potere modificativo, consistenti nell'attribuzione di un diritto di recesso al consumatore, quale contrappeso al diritto di mutare *ex uno latere* il prezzo del bene o del servizio e nella necessaria ricorrenza di un giustificato motivo specificamente indicato nel contratto, per tutte le altre variazioni unilaterali del rapporto. L'ordinamento ne vieta l'esercizio illegittimo e abusivo, imponendo una serie di limiti che non devono essere superati e introducendo cautele e correttivi a garanzia del consumatore, solo formalmente tutelato dalla struttura bilaterale del negozio di conferimento e dal ruolo paritario che, almeno sul piano teorico, le parti assumono nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. In altri termini - come sottolineato da A. PISU, *L'adeguamento dei contratti*, cit., p. 231 - le discipline settoriali esprimono la tendenza dell'ordinamento a governare la fase di revisione del contratto, di norma gestita dall'impresa, tramite misure di protezione del contraente debole che possono controbilanciare il maggior potere contrattuale di cui dispone l'operatore professionale e a tali discipline va riconosciuto un ruolo fondamentale nell'evoluzione dell'ordinamento e nella costruzione di nuovi istituti.

legislazione speciale, in diversi casi, attesta un'evidente apertura dell'ordinamento in favore dell'ammissibilità dello *ius variandi* che però viene controbilanciata, appunto, da un maggiore rigore nell'individuazione di limiti e condizioni di operatività e dalla precipua attenzione ai profili di tutela della parte destinata a subirne l'esercizio. Di conseguenza, si riscontrano nella pratica istanze di adeguamento e flessibilità dei rapporti di durata, specie di stampo imprenditoriale, che si manifestano in diversi settori in considerazione della tipologia di operazioni e dei relativi rischi economici e finanziari. Gli interventi legislativi, d'altro canto, sono espressione dell'esigenza, specie nei rapporti asimmetrici - caso tipico è il cliente della banca - di regolamentazione omogenea del potere di modificare unilateralmente e ad libitum il contratto originariamente concluso³⁵.

Dalle forme di *ius variandi* attribuite in via negoziale sembra possibile inferire la legittimazione di scelte unilaterali idonee a incidere in senso modificativo su rapporti preesistenti (solitamente, come si vedrà, di durata e ad esecuzione complessa), per realizzarne l'adattamento all'evoluzione e ai cambiamenti della situazione sottostante, garantendo al contempo la conservazione del nucleo essenziale e la compiuta realizzazione dello stesso, ossia la "modifica nella conservazione"³⁶. A tal riguardo, risulta certamente pacifica

³⁵ Va ricordato che, prima degli interventi normativi (di cui si dirà nel *Capitolo secondo*), lo *ius variandi* trovava nelle Norme bancarie uniformi l'unica fonte di regolazione. Sul punto, v. per tutti F. MARTORANO, *Le condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 135 ss.; nonché, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 112 s., la quale ricorda che, per comprendere le ragioni delle scelte operate dal legislatore a favore della banca, assume particolare significato la natura generale degli interessi connessi alla funzione di interesse pubblico rappresentata dall'attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito, la cui tutela, il cui controllo e la cui promozione rientrano tra gli specifici compiti che la costituzione pone a carico dello Stato (art. 47 Cost.). In questo settore la salvaguardia del contraente debole si poneva come interesse marginale di fronte all'esigenza di affidabilità ed efficienza del sistema creditizio. Nella realtà dei fatti, quasi inevitabilmente gli ampi poteri modificativi della banca finivano col tradursi in scelte arbitrarie, configuranti eccessi o abusi, espressione di una posizione contrattuale preminente e fonti di un grave disequilibrio certamente ingiustificato sul piano giuridico.

³⁶ Sul tema della conservazione del rapporto e sulla portata applicativa del principio, v. R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, cit., p. 127; E.

l'ammissibilità di un potere unilaterale di modifica nei casi in cui lo stesso sia normativamente previsto (*ius variandi legale*) ovvero in cui sia la legge a consentirne l'attribuzione (*ius variandi volontario*)³⁷. L'assenza, invece, nella disciplina codicistica del contratto di una generica previsione attributiva del potere di modifica unilaterale ha sollevato in dottrina dubbi circa l'ammissibilità di un potere di natura convenzionale, ossia previsto dalle parti al di fuori di specifiche norme e regimi legittimanti³⁸.

Secondo un primo orientamento (minoritario), le previsioni con cui una parte si riserva la facoltà di modificare unilateralmente il regolamento negoziale sarebbero da considerarsi invalide, in quanto contrastanti con il principio dell'accordo tra le parti³⁹.

Un diverso orientamento, che valorizza la componente dell'autonomia privata, considera non solo tali pattuizioni ammissibili, nei casi in cui la modifica si traduca esclusivamente in un vantaggio per la controparte, ma non ritiene necessaria neppure una specifica clausola che attribuisca formalmente il potere, salva pur sempre la facoltà per il destinatario di rifiutare la modifica⁴⁰.

Altra linea interpretativa configura le ipotesi legali e negoziali di *ius variandi* come espressione di un generale principio di ammissibilità limitata e speciale dello stesso. Ammissibilità, per un verso, soggetta al principio di eguaglianza sostanziale delle parti, che sottopone il

BETTI, *Conservazione del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 811; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, p. 147 ss.; G. STELLA RICHTER, *Principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim.*, 1967, p. 411; R. FRANCESCHELLI, *Intorno al principio di conservazione dei contratti*, in *Scritti civilistici di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 229 ss.; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 135.

³⁷ P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, cit., p. 143.

³⁸ Cfr. P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, cit.; T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, cit., p. 230. Sull'ammissibilità, in linea di principio, di clausole pattizie di conferimento dello *ius variandi*, v. P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione*, cit., p. 18 ss.; A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie*, cit., p. 527.

³⁹ Cfr. G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale*, cit., p. 98; A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto*, cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 347.

⁴⁰ Cfr. SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali*, cit., p. 21 ss.

potere di modifica a limiti e condizioni posti a garanzia della parte che ne subisce l'esercizio; dall'altro, derogando al principio della vincolatività del contratto, pone lo *ius variandi* come istituto speciale; infine, la legittimità della variazione presuppone necessariamente la sussistenza di una specifica fonte legale o negoziale⁴¹.

In considerazione dei margini di utilità delle clausole attributive del potere di variazione unilaterale per le relazioni economiche, altra parte della dottrina respinge la tesi di un generale divieto dello *ius variandi* e propende per la previsione di sanzioni per il suo abuso⁴², dal momento che, sebbene il potere di modifica unilaterale determini la soggezione di una parte alle scelte altrui, il suo esercizio non implica necessariamente un pregiudizio. Tuttavia, va detto che, in concreto, lo *ius variandi* si configura, a seconda dei casi, sia come strumento di possibile prevaricazione di una parte sull'altra, sia di composizione efficiente e ragionevole dell'equilibrio negoziale tra le parti⁴³.

Alcuni autori⁴⁴, sulla base della distinzione fra le ipotesi di *ius variandi* attribuito nel prevalente interesse della parte che lo subisce e quelle in cui è funzionale al soddisfacimento dell'interesse della parte titolare del potere, discrimina di conseguenza l'ammissibilità e la liceità delle relative pattuizioni.

La prima ipotesi viene considerata senz'altro lecita, conformandosi l'esercizio dello *ius variandi* come espressione di un potere

⁴¹ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 135.

⁴² A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale*, cit., p. 400; F. DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 163, il quale pur sottolineando come in linea generale sarebbe possibile affermare l'illiceità della previsione convenzionale dello *ius variandi* al di fuori delle ipotesi legislative, ponendosi tale potere in apparente contrasto «con la tutela della libertà contrattuale, che è valore irrinunciabile e indisponibile delle parti», nota come lo stesso legislatore fornisca argomenti a sostegno della tesi contraria presumendo, e non dichiarando *tout court*, l'abusività delle clausole sullo *ius variandi* ad esempio nei contratti tra professionista e consumatore.

⁴³ Cfr. S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio*, cit., p. 219; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 525.

⁴⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 526 ss.

sindacabile alla luce dei principi di correttezza e buona fede, come tale idoneo a limitare l'arbitrio della parte che esercita il potere. Nella seconda fattispecie, invece, si opera una ulteriore distinzione, a seconda che la clausola assegni un potere illimitato a una delle parti ovvero ne fissi i criteri di esercizio. Tuttavia, nel primo caso, secondo un risalente orientamento dottrinale, la clausola sarebbe nulla per contrasto con i principi fondanti dell'accordo e del vincolo contrattuale⁴⁵. Mentre altri autori, viceversa, ritengono che la pattuizione potrebbe considerarsi valida ove diretta a consentire l'adeguamento del rapporto a eventi futuri, così come le modifiche apportate dalla parte titolare del potere possono considerarsi valide ed efficaci qualora tendano alla compiuta realizzazione dell'interesse sotteso al contratto. Ciò nel rispetto del reciproco affidamento riposto dalle parti nella realizzazione dello stesso, nonché mantenendosi le variazioni entro la soglia della normale prevedibilità e ragionevolezza⁴⁶. Diversamente, nell'ipotesi opposta in cui l'esercizio dello ius variandi si traduca in un'alterazione unilaterale e arbitraria del programma contrattuale originariamente convenuto, verrebbe a configurarsi un'ipotesi di esercizio abusivo, censurabile alla luce del canone della buona fede, per cui l'eventuale modifica sarebbe sanzionabile con la dichiarazione di inefficacia⁴⁷.

Nel secondo caso (i.e. fissazione contrattuale di criteri di esercizio dello ius variandi), la pattuizione sarebbe lecita, ma l'efficacia resta senz'altro subordinata alla conformità delle modifiche al principio di buona fede, il quale (ex art. 1375 c.c.) dovrebbe fungere sempre da criterio di riferimento nell'esercizio di poteri a base discrezionale, imponendo di compiere scelte coerenti con l'assetto di interessi per il

⁴⁵ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 528.

⁴⁶ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 222; C. IURILLI, *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "ius variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 654.

⁴⁷ Così, L.A. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale*, cit., p. 510 ss.; T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, cit., p. 235; A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale*, cit., p. 411 ss.; G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 166.

quale il potere è stato conferito e consentendo di accertare l'illegittimità delle modifiche realizzate abusando della posizione di vantaggio⁴⁸.

2.2. *Segue. Ius variandi negoziale e tipologia contrattuale di riferimento*

La vicenda modificativa unilaterale di fonte negoziale non può prescindere dalla tipologia contrattuale di riferimento adottata dalle parti, nella quale risulta inserita la clausola convenzionale attributiva dello ius variandi o a cui accede il negozio individuale a contenuto autorizzatorio⁴⁹ proveniente dal soggetto destinato a subire la modifica, considerati i rischi di incompletezza dei tentativi di ridurre a unità una realtà complessa quale quella dell'autonomia negoziale.

In quest'ottica, vanno esclusi, in primo luogo, interventi modificativi con riguardo ai contratti a esecuzione istantanea e immediata⁵⁰, rispetto ai quali la contestualità tra conclusione ed esecuzione non permette la successiva variazione del rapporto, dovendosi configurare le eventuali vicende modificative in relazione alle ipotesi di inadempimento.

Differente è il caso in cui la legge o il contratto abbia dilazionato l'effetto negoziale a un momento successivo alla conclusione del contratto ovvero abbia differito l'esecuzione o, ancora, previsto l'adempimento entro un termine stabilito. In questi casi, la prassi ammette principalmente clausole con le quali le parti rimettono alla determinazione o alla rideterminazione successiva di una di esse il

⁴⁸ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 528; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 505 ss.; C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto*, cit., p. 971; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 205; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, p. 144 ss.

⁴⁹ Così, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 266 ss.

⁵⁰ In argomento, v. P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale*, cit., p. 273 ss.; C. RIZZUTO, *Sub art. 1469-bis, comma 3, n. 11*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti dei consumatori*, p. 934 s.

corrispettivo della prestazione⁵¹. Tuttavia, clausole di questo genere, seppure diffuse, danno vita a fenomeni eterogenei sotto il profilo strutturale e fattuale e, pertanto, sono di complesso inquadramento normativo.

Per altro verso, gli interessi dei contraenti che concludono rapporti di durata⁵², invece, sono soddisfatti dalla continuità dell'esecuzione, il che giustifica l'ampiezza e la varietà delle pattuizioni di ius variandi specie nei contratti di matrice commerciale, ove una variegata tipologia di clausole modificative si affianca alla disciplina legale ponendo inevitabili problemi di coordinamento⁵³. In queste ipotesi, la complessità dei rapporti contrattuali e la durata delle operazioni attestano le difficoltà di gestione del rischio contrattuale, di controllo del rapporto, di realizzabilità del risultato economico, nonché la necessità di flessibilità del regolamento di interessi in ragione delle mutate esigenze delle parti. Criticità cui i contraenti possono far fronte con il conferimento, in favore di entrambi o di uno di essi, di un potere di modifica unilaterale, agendo nello spazio concesso all'autonomia privata.

Le clausole attributive dello ius variandi possono riguardare le modalità di esecuzione, funzionalmente destinata a protrarsi nel tempo, e tutti gli elementi rilevanti ai fini dell'esecuzione di uno o più aspetti del rapporto (entità, tempi, modi dell'azione, prezzo, ecc.). È chiaro che, in sede di attribuzione, le parti delimitano la discrezionalità del titolare del potere modificativo, mediante l'imposizione di parametri di riferimento più o meno rigorosi. Ovviamente, è ammessa la possibilità di derogare alla disciplina

⁵¹ Cfr. M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 318 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 137 ss.

⁵² Sul tema della rilevanza della dimensione temporale nei rapporti contrattuali, v., *amplius*, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 111; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., p. 257; G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 174 s.; S. SANGIORGI, *I rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 19 ss.

⁵³ M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 140 ss.

legale dello ius variandi di carattere dispositivo, mutando i termini di operatività del potere di modifica individuati dal legislatore ovvero optando per l'immodificabilità delle condizioni di contratto. Mentre risultano intangibili e, quindi, sottratte alla disponibilità delle parti, le previsioni normative di carattere inderogabile, tipico al riguardo è il riferimento alla natura delle condizioni, alla tipologia dei contratti e al procedimento modificativo, contenuto nella normativa speciale bancaria e nella disciplina sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori⁵⁴.

3. Modifica unilaterale e determinabilità dell'oggetto della prestazione

Come si accennava poc'anzi, lo ius variandi viene considerato da alcuni come un possibile strumento di arbitrio e prevaricazione in virtù della sua apparente collisione con alcuni fondamenti della teoria generale del contratto, quali la base consensuale dell'accordo, il principio del vincolo contrattuale e il requisito della determinatezza/determinabilità dell'oggetto (art. 1346 c.c.)⁵⁵. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Cassazione ha considerato invalida, per contrasto con il principio di certezza dell'oggetto del contratto, la clausola che attribuisce a una delle parti il potere di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale, senza predeterminarne i criteri di esercizio⁵⁶.

L'ordinamento richiede che le parti stabiliscano quantomeno il nucleo essenziale del contratto (causa e natura delle prestazioni

⁵⁴ M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 142 s.

⁵⁵ In tal senso, F. DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 142; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 40; mentre per P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale*, cit., p. 34, consentire la modifica del regolamento contrattuale, senza la necessità che la controparte presti il proprio consenso significa assoggettare quest'ultima all'altrui determinazione, con la possibilità che ne sia menomata la libertà contrattuale.

⁵⁶ V. CASS., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, con nota di A. SCARPELLO, p.338; CASS., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, con nota di M. FARNETI, p. 123 ss.

principali)⁵⁷, consentendo la possibilità di rimettere a un terzo la determinazione della prestazione negoziale (art. 1349 c.c.), operazione che tuttavia deve essere oggetto di equo apprezzamento, così come gli effetti della scelta devono risultare prevedibili e tollerabili dalla controparte⁵⁸.

Sulla base di tali considerazioni e ritenendo lo *ius variandi* assimilabile a un'ipotesi di arbitraggio di parte⁵⁹, la Cassazione ha ritenuto nulla la clausola che rimette la determinazione della modifica al mero arbitrio, mentre la ha ritenuta valida, invece, qualora vi sia un equo apprezzamento ovvero quando sussistano criteri atti a escludere o a circoscrivere la discrezionalità del titolare del potere, consentendo così alla controparte di avere contezza dei suoi possibili effetti⁶⁰. In questa prospettiva, anche nel caso di una previsione convenzionale dello *ius variandi*, il limite risiede nel generale disfavore dell'ordinamento verso determinazioni arbitrarie di una parte contrattuale, confermato e rafforzato anche dal disposto dell'art. 1285 c.c.⁶¹. Affinché la previsione dello *ius variandi* sia compatibile con il principio del vincolo contrattuale, i suoi presupposti legittimanti devono essere esplicitati nel contratto, escludendosi (ex art 1372 c.c.)

⁵⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000 (rist. 2008), p. 327.

⁵⁸ In argomento, G.A. RESCIO, *Clausola di modifica*, cit., p. 103; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 338; F. MACARIO, *I rimedi manutentivi. L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi - 2*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, V, 2006, p. 715 s., il quale sottolinea come la dottrina tradizionalmente escluda la rimessione della determinazione al mero arbitrio della parte; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 43 ss., il quale sottolinea come l'ammissione di ipotesi di determinazione unilaterale sia il frutto di un percorso evolutivo che ha mutato il concetto di accordo (fenomeno che viene indicato in dottrina con l'espressione «oggettivizzazione del contratto»); C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., p. 34.

⁵⁹ Cfr. S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio*, cit., p. 215.

⁶⁰ Cfr. Cass., 8 novembre 1997, n. 11003. Tale orientamento della S.C., sebbene non abbia convinto la dottrina, è stato ulteriormente confermato con la sentenza della III sezione civile, del 29 febbraio 2008, n. 5513, con nota di M. FARNETI, p. 123 ss.; in dottrina, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 338 s.

⁶¹ Secondo il quale: «Il debitore di un'obbligazione alternativa si libera eseguendo una delle due prestazioni dedotte in obbligazione, ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra».

che possano realizzarsi modifiche che non trovino fondamento nel medesimo testo contrattuale⁶².

D'altra parte, la decisione della S.C. del 1997 è stata oggetto di diverse critiche, dirette a evidenziare come l'attribuzione dello *ius variandi* a una delle parti non comporti di per sé l'indeterminabilità dell'oggetto del contratto, in quanto la relativa clausola non incide sulla fase genetica del vincolo contrattuale⁶³.

La dottrina ritiene che il requisito della determinabilità sarebbe soddisfatto quantomeno dall'indicazione nel contratto del metodo attraverso cui l'oggetto viene definito, non rilevando l'esito dell'individuazione, né l'incertezza della prestazione, la quale inciderebbe solo sul grado di aleatorietà del contratto. La determinabilità dell'oggetto non può dipendere dai criteri che informano le sue modifiche successive, così come non dipende da quelli seguiti nella determinazione originaria del suo contenuto⁶⁴.

In sostanza, l'esigenza di determinabilità del contenuto contrattuale sembrerebbe soddisfatta, in linea teorica, anche dalla previsione dello *ius variandi*, il quale prefigura un meccanismo mediante cui pervenire alla rideterminazione del regolamento contrattuale⁶⁵, ferma restando l'inammissibilità della modifica unilaterale della natura delle prestazioni principali del contratto (che

⁶² Vedi A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 199 e in particolare p. 201, il quale ritiene che un'ipotesi di *ius variandi* discrezionale, al di là delle ipotesi legali, contrasti con lo stesso principio della vincolatività del contratto; G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 47, l'A. nota come le ipotesi legali di *ius variandi* «ad ampio carattere discrezionale» derogano formalmente al principio sancito dall'art. 1372 c.c.

⁶³ Vedi P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale*, cit., p. 35, n. 46; A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto*, cit., p. 349. In merito alla tematica della determinabilità dell'oggetto del contratto si vedano le riflessioni di R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, II, Torino, 2004, p. 119 ss.

⁶⁴ Si pensi, ad esempio, al potere attribuito al committente dall'art. 1661 c.c. di apportare variazioni al progetto, purché non superino il sesto del prezzo complessivo convenuto; al potere di contrordine del mittente ex art. 1685; nonché alle previsioni dettate nell'ambito del testo unico bancario e del codice del consumo, sui quali ci si sofferma in seguito.

⁶⁵ Cfr. C. GRANELLI, *ibidem*; cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 90.

realizzerebbe una novazione unilaterale) ovvero della clausola attributiva del potere stesso. In tale ultima ipotesi, infatti, verrebbe meno la possibilità di ricondurre le eventuali modifiche alla volontà della controparte, espressa in riferimento all'originaria formulazione della clausola.

I limiti contenutistici alla modificabilità del rapporto contrattuale, pertanto, anche qualora non esplicitamente previsti dalle parti, sarebbero in ogni caso rinvenibili nell'assetto di interessi che le stesse hanno concordato al momento della conclusione del contratto.

A ulteriore sostegno della tesi della compatibilità dello *ius variandi* con i principi dell'accordo e del vincolo contrattuale si aggiunge la circostanza che il relativo potere trova pur sempre legittimazione in un preventivo consenso tra le parti, per cui le modifiche apportate unilateralmente potrebbero ritenersi sorrette da un «accordo di secondo grado»⁶⁶, che non interferisce con la bilateralità negoziale, così come avviene nel caso della determinazione successiva del terzo (art. 1349 c.c.)⁶⁷.

L'inclusione nel regolamento contrattuale di una previsione di *ius variandi*, quindi, non violerebbe l'intangibilità del vincolo, sancita dall'art. 1372 c.c., con la conseguenza che il contratto potrebbe subire soltanto variazioni fondate sulla volontà delle parti o sulla legge. Il principio di vincolatività esclude, infatti, che le parti possano autonomamente attribuirsi il diritto di modificare (così come di sciogliere) il contratto, ma non impedisce che vi sia un accordo tra le

⁶⁶ Così, G.A. RESCIO, *Clausola di modifica*, cit., p. 99. In tal senso cfr. anche A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto*, cit., p. 347, il quale ritiene salva la natura consensuale del contratto in quanto «delegare alla parte la sorte del contratto costituisce espressione di quella stessa autonomia negoziale che la determinazione unilaterale dovrebbe mettere in discussione». Si, v., in senso parzialmente difforme, C. IURILLI, *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "ius variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 655, il quale affermando la sussistenza di un generale divieto di *ius variandi* al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore, interpreta come un «non consenso» quello prestato dalla parte destinata a subire le modifiche».

⁶⁷ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 6; M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza*, cit., p. 219.

parti in tal senso⁶⁸. È indubbio che, una volta concluso l'accordo e fissati i suoi contenuti, a fronte del mutare degli interessi o delle circostanze, le parti possano successivamente revocare in discussione quanto concordato ovvero prevedere (all'atto della stipula) un meccanismo di revisione dell'assetto contrattuale che rimetta a una di esse la scelta delle modifiche da apportare.

Del resto, anche la S.C., nell'ammettere a date condizioni la prevedibilità del potere di modifica unilaterale, ha affermato che la tenuta dei principi generali non sia messa in discussione dalla previsione di un simile potere, ove fondato, a monte, su di una rinnovata manifestazione di volontà delle parti⁶⁹.

Sulla base di quanto precede, dunque, si può ritenere ammissibile una previsione convenzionale attributiva dello *ius variandi*, pur se priva dell'indicazione di criteri e limiti al suo esercizio, configurata nel prevalente interesse della parte titolare del potere, purché gli effetti prodotti rispettino i canoni (sui quali si ritornerà in seguito) della liceità e della meritevolezza degli interessi perseguiti⁷⁰.

3.1. Segue. Natura e forma dell'atto di esercizio dello ius variandi. Gli interessi concretamente perseguibili

L'atto di esercizio dello *ius variandi* si pone, rispetto al negozio originario, come logicamente e cronologicamente successivo ed esterno, anche se funzionalmente collegato al regolamento del rapporto, di cui viene a plasmare l'assetto di interessi in modo parzialmente nuovo. I tratti del rapporto giuridico originario, infatti, segnano il limite esterno oltre il quale la variazione non può

⁶⁸ Così G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 14; v. anche P. SIRENA, *Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 264.

⁶⁹ Cfr. sentenze dell'8 novembre 1997, n. 11003 e del 29 febbraio 2008, n. 5513; v. anche C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto*, cit., p. 967.

⁷⁰ Secondo parte della dottrina, d'altro canto, ove la clausola attributiva dello *ius variandi* non risulti adeguatamente giustificata, l'intero contratto viene ad essere colpito da nullità qualora, senza tale clausola, le parti non l'avrebbero stipulato. Sul punto, cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 236.

dispiegare l'effetto conformativo-modificativo dell'originario assetto di interessi e consente, inoltre, di definire in concreto i limiti interni entro i quali deve attuarsi variazione che, come si è detto non può mai alterare l'identità del rapporto interessato⁷¹.

Alla luce di quanto precede, un ulteriore tratto che accomuna le diverse forme di *ius variandi* è rappresentato dalla necessaria natura recettizia degli atti negoziali di esercizio del diritto, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1334 e 1335 c.c. Connotazione giustificata dal fatto che l'esigenza di tutelare la parte che subisce la variazione unilaterale rende necessaria una puntuale informazione⁷², in tutti quei casi in cui la stessa non sia chiamata a partecipare alla formazione della fattispecie modificativa.

In alcune manifestazioni settoriali dello *ius variandi*, tale requisito è espressamente richiesto, talvolta unitamente a specifiche modalità esecutive (si consideri, a contrario, l'inefficacia delle variazioni non comunicate, sancita dall'art. 118 t.u.b.). In alternativa, la natura recettizia si deve comunque ricavare dalla funzione che l'atto svolge nell'ambito dello *ius variandi*, in quanto il negozio unilaterale, per produrre i propri effetti, deve giungere a conoscenza del destinatario, assolvendo a un compito partecipativo e di garanzia nell'interesse del soggetto passivo del mutamento⁷³.

⁷¹ Sulla teoria generale delle modificazioni del contenuto contrattuale e sulla teoria della revisione del rapporto giuridico, nella quale rientra la modificazione di matrice unilaterale, v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1965, p. 97 ss.; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, p. 43 s.; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, cit., p. 104 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 162 ss., secondo cui non sembra potersi revocare in dubbio la natura negoziale (unilaterale) degli atti di esercizio dello *ius variandi*, frutto della libera scelta del loro autore, fonte autonoma di effetti modificativi caratterizzati da una particolare forza, regolata dagli interessi delle parti, incidente in senso innovativo sul rapporto preesistente (*ibid.*, p. 166 s.).

⁷² Così, G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 150; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit. p. 17.

⁷³ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 176 s.; G. GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964, p. 384 s.; L. CAMPAGNA, *Conseguenze del carattere recettizio dell'accettazione*, in *Riv. trim.*, 1960, I, 675 s. Sotto il profilo testé indicato, per inciso, sembrerebbe possibile fare riferimento alla fattispecie del recesso *ad nutum* (cfr. Cass., 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. giust. civ.*, 1986, 8-9), che integra un negozio unilaterale recettizio, sottoposto alle stesse

Si ritiene acclarato, infine, l'obbligo di rispettare le modalità formali espressamente indicate nella previsione, legale o negoziale, attributiva del potere modificativo. Mentre, nelle ipotesi di silenzio del legislatore o delle parti, sembra potersi ricorrere, in via suppletiva, al principio dell'omogeneità della forma all'interno dell'operazione economica complessiva in cui si inserisce l'atto, potendosi sostenere l'identità formale tra il regolamento contrattuale originario, la fonte attributiva del potere e il negozio unilaterale di modifica⁷⁴. In questo caso, pertanto, si può considerare inefficace la modifica posta in essere con un atto avente forma diversa o non ammessa.

Le fattispecie di *ius variandi* legale si innestano in rapporti caratterizzati dal protrarsi nel tempo dell'operazione economica sottesa al contratto (si pensi all'appalto, alla locazione, al rapporto di lavoro subordinato, al conto corrente e così via), con la finalità di perseguire un'ampia gamma di interessi, in linea di principio tutti riconducibili alla generale esigenza di flessibilità propria dei tipi contrattuali destinati ad avere efficacia prolungata nel tempo⁷⁵ ovvero che non rechino una regolamentazione dettagliata (si pensi ai contratti quadro). In simili casi, si ritiene necessario predisporre un

garanzie di forma prescritte per il contratto costitutivo del rapporto alla cui cessazione il recesso è preordinato.

⁷⁴ Così, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 177 s. Cfr. altresì G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 145 ss. Specificamente sul tema della forma degli atti unilaterali, v. T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, *passim*; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, *passim*.

⁷⁵ Quali, ad esempio, consentire una specificazione o una modifica della prestazione, sì da realizzare l'adempimento del contratto in modo funzionale agli interessi del contraente titolare del potere (ad esempio, il diritto del mandante di impartire istruzioni al mandatario, attribuito ex art. 1711, c. 2, c.c.); consentire l'adeguamento del regolamento contrattuale a circostanze sopravvenute, che potrebbero compromettere il raggiungimento dello scopo negoziale (ad esempio, lo *ius variandi* attribuito al mandante, ex art. 1710, c. 2, c.c., e al mandatario, ex art. 1711, c. 2, c.c., ovvero di quello attribuito alla banca, ex art. 118 t.u.b.); consentire una modifica del regolamento contrattuale dettata da un mutamento nella valutazione delle situazioni giuridiche coinvolte (ad esempio, lo *ius variandi* attribuito al committente, ex art. 1661 c.c., ovvero quello che, previa indicazione di un giustificato motivo, ex art. 33, c. 2, lett. m, cod. cons., attribuisce al professionista la facoltà di modificare unilateralmente le clausole contrattuali, e così via). Sul punto, v. C. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto*, cit., p. 970 s.

meccanismo che consenta di gestire il rapporto contrattuale in linea con l'evolversi e il sopravvenire di circostanze rilevanti per la sua prosecuzione⁷⁶. È evidente, tuttavia, che l'ammissibilità di un potere unilaterale di modifica⁷⁷, pur trovando giustificazione nella richiamata esigenza di flessibilità, sia comunque subordinata all'accertamento, sul piano dell'interesse specifico perseguito dalle parti, della conformità ai principi di liceità (art. 1343 c.c.) e meritevolezza (art. 1322, c. 2, c.c.)⁷⁸, nonché nel rispetto dei valori costituzionali⁷⁹, con particolare riferimento all'uguaglianza (formale e sostanziale) tra le parti, elemento fondante nello svolgimento dei rapporti interpretati.

4. Lo ius variandi come strumento di adeguamento del regolamento contrattuale. Il rapporto con il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta

Le considerazioni che precedono confermano, dunque, che il potere di modifica unilaterale rientra nel novero dei rimedi manutentivi del contratto⁸⁰, funzionale alla conservazione del rapporto, nei contratti di

⁷⁶ È ovvia l'esclusione, di conseguenza, della possibilità di ammettere la previsione di un potere di modifica unilaterale dei contratti a esecuzione istantanea e immediata, nei quali la variazione del regolamento contrattuale non trova ragioni giustificative, essendo il contratto destinato a produrre i propri effetti nel momento stesso della sua conclusione. Diversamente, nei contratti a esecuzione istantanea ma differita e soprattutto nei contratti di durata, la previsione di una clausola di *ius variandi* risulterebbe, obiettivamente, un utile strumento di adeguamento del contratto a circostanze sopravvenute o al mutato quadro di interessi di una o di entrambe le parti. Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 137 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 968; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit. p. 87 ss.

⁷⁷ Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 394 ss.; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, 1948, p. 56 s.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 183 s.

⁷⁸ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 171; l'A. evidenzia come non sia possibile rinvenire un profilo generale di meritevolezza in capo alle clausole sullo *ius variandi* solo perché queste assicurerebbero al rapporto contrattuale un meccanismo di flessibilità. In argomento, anche G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 52 ss.; nonché M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 150 s.

⁷⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 141 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 34 s.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 205; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 410 s.

⁸⁰ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 969. Con riferimento ai contratti bancari, L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir.*

durata, anziché alla sua risoluzione⁸¹, seppure con gli opportuni aggiustamenti, in considerazione di eventi sopraggiunti imprevedibili al momento della conclusione del contratto.

Può accadere che, in mancanza dei presupposti di legge necessari, le parti siano di fronte all'alternativa di procedere a una rinegoziazione del contratto (ai sensi dell'art. 1372 c.c.) ovvero al suo scioglimento. In particolare, nei contratti di impresa - che presentano un più rilevante impatto socioeconomico - la revisione giudiziale, come quella concordata, può essere vista come una procedura rigida e costosa che non risponde alle esigenze di efficienza e celerità di una gestione aziendale⁸². Se così fosse, allora, lo *ius variandi* unilaterale potrebbe atteggiarsi a strumento più efficace rispetto alla modifica consensuale, nella gestione delle sopravvenienze negoziali, laddove il rapporto sia caratterizzato da un preminente interesse della parte titolare del potere di modifica, ovvero quando solo quest'ultima abbia le informazioni necessarie per modificare il rapporto in modo congruo⁸³.

Lo *ius variandi* può essere visto anche come uno strumento atipico

civ., II, 2000, p. 471; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata*, cit., p. 230; T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, p. 231. Sul tema dell'incidenza di eventi esogeni sul sistema contrattuale, v. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, *passim*; G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, *Dir. e giur.*, 2004, p. 5 s.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio del notariato*, Napoli, 2008, *passim*. Specificamente, sui profili definitori delle sopravvenienze, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 943 ss.

⁸¹ Cfr. F. MACARIO, *I rimedi manutentivi*, cit., p. 691 ss.; A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 183; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 968.

⁸² Così A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 176.

⁸³ In tali casi, infatti, le parti potrebbero addivenire allo stesso risultato mediante una nuova contrattazione che le veda entrambe partecipi, ma questa soluzione potrebbe richiedere tempi incompatibili con l'urgenza delle modifiche, così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 526; v., altresì, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 150 e ss.; A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale*, cit., p. 404 ss.; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 177, il quale afferma come «una clausola attributiva del *jus variandi*, ove redatta in maniera specifica e finalizzata alla modifica del contratto secondo criteri certi e controllabili dal giudice, può meglio rispondere agli interessi delle parti e consentire l'opportuno adattamento del negozio alle nuove circostanze».

di gestione del contratto in alternativa al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c. Norma, peraltro, il cui carattere dispositivo è confermato dalla possibilità di stipulare contratti aleatori (art. 1469 c.c.) e di prevedere una ripartizione alternativa dei rischi contrattuali⁸⁴. L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità si pone a tutela del valore del contratto quale strumento per la realizzazione di operazioni conformi agli interessi delle parti, configurandosi come rimedio di ultima istanza nell'impossibilità di realizzare gli scopi negoziali originari.

Ebbene, mediante il ricorso allo *ius variandi*, le parti potrebbero regolare ipotesi che non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c., dando così rilievo a quelle sopravvenienze che non incidano sulla normale alea contrattuale o che non siano causate da avvenimenti straordinari o imprevedibili⁸⁵. Le parti, dunque, all'atto della conclusione dell'accordo – nell'ambito della propria autonomia – possono predisporre meccanismi di adeguamento *ex post* per far fronte a sopravvenienze onerose che incidono sul contratto⁸⁶. Trattandosi di clausole pattizie, la valutazione sull'incidenza degli elementi sopravvenuti spetta alle parti le quali, pertanto, sono libere di prevedere una clausola risolutiva espressa (ex art. 1456 c.c.) in presenza di un inadempimento ritenuto sufficientemente grave, oppure possono prevedere un meccanismo di revisione per contrastare circostanze sopravvenute che non incidono in misura rilevante sull'economia negoziale, utilizzando, ad esempio, una clausola di *ius variandi*⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 216 ss.

⁸⁵ Vedi A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 225 ss.; M. COSTANZA, *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 314 ss.

⁸⁶ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 113 e ss., in cui l'A. evidenzia come nella prassi siano diversi i meccanismi contrattuali intesi ad apportare rimedi per l'eventualità del verificarsi di una sopravvenienza onerosa.

⁸⁷ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 223; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra *ius variandi* e rinegoziazione*, Napoli, 2017, p. 3 ss., nonché i numerosi contributi dottrinali ivi citati, la quale accomuna, nel percorso teorico sviluppato, il

Tuttavia, se le parti predispongono una clausola generica, omettendo l'indicazione dei criteri (in punto di limiti e condizioni) per l'esercizio del potere di modifica unilaterale, la legittimità della stessa si ritiene circoscritta al verificarsi di eventi straordinari o imprevedibili che consentano al titolare del potere di chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. È chiaro, infatti, che simili strumenti di revisione non possano mai andare oltre l'assetto di interessi divisato nell'accordo, dovendo assolvere alla necessità di garantire, nonostante le sopravvenienze, l'equilibrio degli interessi negoziali originari⁸⁸, per cui al titolare dello *ius variandi* è sempre precluso (come si dirà nel prossimo paragrafo) l'esercizio del potere al fine di mutare il nucleo fondamentale degli interessi del contratto.

5. Limiti all'esercizio dello *ius variandi*

Le disposizioni in tema di *ius variandi*, in linea di massima, precisano le modalità di svolgimento e attuazione della variazione ex uno latere, specie in relazione ai limiti dell'esercizio del potere. Contribuiscono così alla certezza dei rapporti tra i contraenti, nonché a ridurre il disequilibrio delle posizioni negoziali, in funzione di una maggior tutela della parte economicamente e contrattualmente debole, generalmente destinata a subire l'iniziativa modificativa⁸⁹.

Con particolare riguardo ai limiti all'esercizio dello *ius variandi*, oltre ai già menzionati controlli di liceità e di meritevolezza e al rispetto del canone della correttezza e della buona fede⁹⁰, si ritiene in

meccanismo rimediabile dello *ius variandi* a quello della rinegoziazione, ritenuti entrambi rimedi manutentivi del contratto.

⁸⁸ Cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 239 ss.

⁸⁹ Si v. G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 977 s.; E. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.

⁹⁰ Nel senso della necessità che i principi di buona fede e correttezza rappresentino un limite necessario all'esercizio dello *ius variandi*, v. P. SCHELSINGER, *Poteri unilaterali di modificazione*, cit., p. 18 ss.; N. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 553 s.; M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza*, cit., p. 468 ss.; L. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di),

generale che il titolare del potere di variazione unilaterale possa modificare qualsivoglia condizione contrattuale, sia economica sia regolamentare⁹¹. Alcune disposizioni, invero, differenziano il trattamento normativo in ragione dei contenuti negoziali interessati dalla variazione, come si vedrà in merito alla disciplina dello *ius variandi* bancario ex art. 118 t.u.b., sebbene tale normativa presenti differenze incentrate sulla natura economica o disciplinare degli elementi sottoposti a modifica ovvero sulla tipologia e sulla durata del contratto che si giustificano in ragione delle peculiarità proprie dei rapporti regolati e che, di conseguenza, non sono suscettibili di generalizzazione, né idonei a condizionare una ricostruzione generale dell'istituto⁹².

Sempre con riferimento alla disciplina speciale bancaria, va detto che i dubbi circa la possibilità di realizzare la modifica attraverso l'introduzione di clausole nuove, sono stati risolti proprio in sede di applicazione dell'art. 118 t.u.b., in occasione della sopravvenuta normativa restrittiva sulla commissione di massimo scoperto (sul punto si rinvia al Capitolo Terzo), laddove le decisioni dell'ABF (supportate dall'azione di vigilanza) hanno sancito che lo *ius variandi*

Commentario al capo XIV-bis, cit., p. 1023 ss.; M. PIETRUNTI, "Ius variandi" e trasparenza delle prassi bancarie dopo il riconoscimento legislativo, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 205 s.; A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza delle obbligazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, p. 390 s. In effetti, i limiti volti a comprimere l'operatività dello *ius variandi* di fonte legale, così come gli strumenti di tutela della parte che subisce gli effetti modificativi nella propria sfera giuridica, attestano la sostanziale conformità dell'istituto ai principi generali dell'ordinamento giuridico, in particolare al principio di uguaglianza sostanziale dei soggetti, non potendosi mai ammettere uno *ius variandi* meramente potestativo, non sottoposto ad alcun limite o condizione.

⁹¹ Così, A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 188; F. FIORDILISO, *Sub Art. 33, comma 2, lettera o*), in E. CESARO (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, p. 241 ss.; F. LUCCHESI, *Sub art. 33 comma 2 lett. n e o*), in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, p. 307; M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Padova, 2009. Con riguardo all'inderogabilità dei contenuti contrattuali di integrazione legale, v. A. PISU, *La pattuizione di interessi ultralegali tra oneri di forma e jus variandi dell'istituto di credito*, in *Riv. giur. sarda*, 2003, p. 96 ss.

⁹² Cfr. A. PISU, *L'adeguamento dei contratti*, cit., p. 95 ss.

può incidere esclusivamente sui contenuti contrattuali già esistenti, salvo il limite, quindi, dell'introduzione di clausole nuove. Tale esito settoriale, tuttavia, secondo parte della dottrina, non sarebbe suscettibile di un'automatica generalizzazione, non sussistendo alcuna ragione, logica o giuridica, ostativa all'attuazione della modifica unilaterale attraverso l'introduzione di nuove clausole, piuttosto che mediante la modifica contenutistica del patto preesistente⁹³.

Come si è detto, vi è accordo, poi, nell'escludere che lo ius variandi possa essere esercitato rispetto agli elementi essenziali del contratto, non potendo giungere sino a estinguere il rapporto precedente e crearne uno nuovo e distinto⁹⁴.

A conferma di questa conclusione, si può ricordare che il carattere dispositivo della previsione che attribuisce alle parti la facoltà di recesso unilaterale (art. 1373 c.c.), depone nel senso dell'illegittimità del patto che riconosca a una o ad entrambe le parti il potere di sciogliere il vincolo contrattuale mediante il recesso, nonché quello, contestuale, di instaurare unilateralmente un nuovo rapporto giuridico, in deroga al principio generale di cui all'art. 1372 c.c. D'altronde, in tal modo, si finirebbe per ammettere la possibilità di compiere, in un rapporto contrattuale, atti unilaterali atipici, i quali divengono tuttavia fonte di obbligazione per tutte le parti, creando così una sorta di legislatore negoziale unilaterale. Per vero, tale possibilità risulterebbe revocata in dubbio anche sulla base dell'art. 1987 c.c., il quale confermerebbe l'esistenza nell'ordinamento di

⁹³ Problema che si era posto anche in relazione alle modifiche dei contratti quadro sui servizi di pagamento, su cui v. M. DE POLI, *Sub. art. 126-sexies*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2012, t. IV, p. 1995 ss.

⁹⁴ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 46 e p. 175; G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 19 ss.; M. PARGLIONI, *Le clausole sulla modifica unilaterale*, cit., p. 807; M. FASIELLO, *Clausola di modificazione unilaterale del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, XXIV, Clausole ricorrenti - accordi e discipline*, Torino, 2004, p. 272 ss.

generale principio di tipicità degli atti unilaterali⁹⁵.

Per altro verso, con riferimento al contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 c.c.), alcuni autori ricavano un principio generale per cui l'iniziativa di una parte può produrre effetti (incrementativi) nell'altrui sfera giuridica, salva la facoltà di rifiuto del destinatario. A tal riguardo, tuttavia, si è sostenuto in dottrina che il potere attribuito mediante la clausola sullo ius variandi non corrisponderebbe alla scansione procedimentale della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c., non avendo la controparte l'effettiva possibilità di valutare in concreto gli effetti dell'atto posto in essere⁹⁶.

Ulteriore conferma di quanto precede, può desumersi dalla disciplina in tema di novazione⁹⁷, in quanto i presupposti dell'istituto si identificano, da un lato, nella modificazione dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione e, dall'altro, nella comune volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione⁹⁸.

Fermo restando che i confini del potere di modifica unilaterale, così come di ogni altra ipotesi di variazione del rapporto contrattuale, si rinvengono negli artt. 1230 e 1231 c.c.⁹⁹, è chiaro che sia la

⁹⁵ La norma infatti afferma che «la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge». In tal senso, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II, t. 1, IV ed., 2004, Padova, p. 285 ss., il quale sottolinea la necessaria operatività dell'art. 1987 c.c. per tutti gli atti unilaterali, i quali hanno in sé la propria causa, ossia la ragione della meritevolezza dell'interesse perseguito, sono socialmente eccezionali «e questa loro sociale eccezionalità spiega la loro giuridica tipicità». Si tenga conto, tuttavia, che la qualificazione avanzata da parte della dottrina della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. (sulla quale si veda *infra* nonché *Capitolo Secondo*), finirebbe con l'erosare il perimetro del suddetto principio di tipicità, dal quale esulerebbero i negozi unilaterali gratuiti a contenuto patrimoniale e aperti al rifiuto del destinatario.

⁹⁶ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 30.

⁹⁷ Cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 27.

⁹⁸ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 20.

⁹⁹ Secondo l'art. 1230 c.c. «La obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco». L'art. 1231 c.c. dispone che «Il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione».

fattispecie novativa sia quella modificativa rappresentano strumenti idonei a consentire alle parti una rimodulazione dei propri interessi, pur rimarcando necessariamente come le stesse si differenzino sul piano degli effetti: la novazione comporta l'estinzione della precedente obbligazione e la sua contestuale sostituzione, mentre la variazione unilaterale si sostanzia nella sola trasformazione del rapporto, fermi restando i suoi elementi fondativi¹⁰⁰.

Dunque, la linea di demarcazione tra il fenomeno modificativo e quello novativo può rinvenirsi nell'accessorietà della modifica del regolamento negoziale, con riferimento a quanto previsto dall'art. 1231 c.c., in punto di esemplificazione delle ipotesi che non comportano novazione¹⁰¹. Sulla base di tale dato, sembra possibile, da un canto, ritenere inammissibile una clausola che attribuisca a una delle parti il potere di modificare gli elementi essenziali del contratto e, dall'altro, di consentire un sindacato di merito sulla modifica posta in essere, al fine di verificarne l'eventuale sconfinamento dal naturale perimetro della vicenda modificativa. Naturalmente, non essendo possibile predeterminare in concreto l'accessorietà dell'elemento su cui incide il potere di modifica unilaterale, in ragione della matrice chiaramente soggettiva di tale profilo, occorre fare riferimento al

¹⁰⁰ Non v'è dubbio che l'identità del rapporto giuridico venga meno qualora ne sia modificato il titolo, poiché in tal modo si determina un riassetto di interessi non compatibile con la situazione preesistente. Se invece la modifica incide sull'oggetto della prestazione, occorre distinguere tra un'incidenza di carattere qualitativo o soltanto quantitativo. Secondo le posizioni teoriche prevalenti, l'identità originaria del rapporto subisce un'alterazione se si realizza una modifica qualitativa dell'oggetto, sia nel caso in cui venga modificato il tipo di prestazione (a un'obbligazione di fare viene sostituita un'obbligazione di non fare o di dare), sia quando venga l'intervento riguardi il comportamento o il bene dedotto in obbligazione (purché si tratti di prestazioni infungibili). All'opposto, l'identità del rapporto viene preservata da una modifica quantitativa dell'oggetto della prestazione (così, i mutamenti che incidano soltanto sulle modalità di esecuzione della prestazione), la quale non comporti un'alterazione del nucleo fondamentale dell'assetto di interessi tale da eliderne la compatibilità con quello originario. In tal senso, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 25 ss. e p. 54 ss.; C. CARACCILO, *La novazione - postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 2008, p. 1 ss.; G. LORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 36 ss.

¹⁰¹ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 47.

concreto assetto di interessi nel contratto¹⁰².

5.1. Segue. Procedimentalizzazione dell'esercizio del potere di modifica unilaterale e trasparenza

Nelle varie declinazioni settoriali si rinviene la tendenza alla compressione del potere di modifica unilaterale per il tramite di una sorta di scansione procedurale del suo esercizio, ottenuta attraverso la previsione di una data sequenza di atti, prevalentemente in funzione informativa. Tale articolazione procedimentale - composta di atti informativi, comunicativi e di esercizio - è strettamente connessa all'attuazione del principio di trasparenza nei rapporti tra le parti, risultando preordinata a fornire informazioni complete e corrette al soggetto che subisce l'esercizio dello ius variandi, in funzione di riequilibrio delle posizioni reciproche del rapporto cui attiene l'esigenza di trasparenza¹⁰³.

Con riguardo, in particolare, alla violazione degli obblighi di trasparenza connessi all'esercizio dello ius variandi, la sanzione dell'inefficacia derivata della modifica unilaterale sembra costituire, nel silenzio della legge, il rimedio più congruo alla ratio delle norme che impongono l'adozione di particolari misure informative.

In sostanza, il rispetto delle regole di trasparenza contribuisce a riequilibrare il rapporto contrattuale e a rafforzare la posizione della parte che subisce il mutamento. In alcuni casi, tale risultato è raggiunto, intervenendo direttamente a limitare e conformare lo ius variandi con la previsione di indicazioni obbligatorie (ad esempio, in termini di contenuto minimo della modifica); ovvero, in via indiretta la trasparenza è assicurata mettendo il soggetto passivo (attraverso la

¹⁰² Sul punto, si suole richiamare l'esempio della modificazione di un termine che può incidere sull'individuazione del tipo negoziale o del tipo di prestazione. Tanto avviene, ad esempio, nel caso di un contratto di fornitura, dove la modifica della modalità temporale di esecuzione della prestazione potrebbe trasformare il rapporto in una semplice compravendita, così, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 64 s.; G. IORIO, *Le clausole attributive*, cit., p. 43 s.; P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, cit., p. 436 s.; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale*, cit., p. 28.

¹⁰³ M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 223 s.

previsione di obblighi informativi) in condizione di valutare il rispetto del procedimento e il superamento dei limiti posti al potere modificativo, fermi restando gli strumenti di tutela previsti in via generale dall'ordinamento in fase esecutiva (tra cui, anzitutto, il risarcimento del danno).

Conferma la scelta interpretativa, nel senso dell'inefficacia del mutamento se ricorre la violazione delle regole di trasparenza, la previsione di cui all'art. 118 t.u.b. che (come si dirà nel prossimo Capitolo) sancisce espressamente l'inefficacia delle modifiche unilaterali, sfavorevoli per il cliente, di tassi, prezzi e altre condizioni contrattuali per i quali non siano state osservate le prescrizioni formali di comunicazione stabilite dal Cidr.

Accanto alle previsioni imposte in funzione di trasparenza, si colloca altresì la tendenza a recuperare margini di formalismo, inteso quale fenomeno di valorizzazione della forma a fini di informazione, in cui all'essenziale carattere di protezione si mescola quello pedagogico rispetto al contraente ritenuto "debole"¹⁰⁴.

Infine, le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione delle disposizioni in tema di forma passano attraverso una valutazione preliminare di derogabilità delle stesse. La natura inderogabile delle prescrizioni formali sembra potersi ricavare dalla funzione di garanzia¹⁰⁵ e promozione dei valori, anche di rilevanza costituzionale, dell'uguaglianza sostanziale tra le parti e della solidarietà sociale¹⁰⁶, che la forma assolve in questi casi, incidendo in termini di riequilibrio e di protezione su rapporti intercorrenti tra soggetti di diversa forza economica e contrattuale, riferendosi a un istituto (lo *ius variandi*)

¹⁰⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., p. 152; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 63 s.; sul punto, v. altresì V. RIZZO, *Le clausole abusive*, cit., p. 538; G. DE NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Dir. dei trasp.*, 1995, p. 720.

¹⁰⁵ In tal senso, specificamente, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., p. 97 ss.

¹⁰⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1965, I, p. 158 ss.; U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.)*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 154 ss.

caratterizzato dalla soggezione di un contraente all'iniziativa discrezionale dell'altro¹⁰⁷.

6. Brevi considerazioni conclusive e presentazione della ricerca

Dall'analisi che precede, si desume chiaramente che le disposizioni normative in tema di potere unilaterale di modifica dei contratti - e, principalmente, la previsione di un giustificato motivo, la specificazione in contratto delle condizioni analitiche che legittimano il titolare al compimento della variazione, il richiamo ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione - consentono di individuare, in via interpretativa, i tratti generali di una disciplina del potere di variazione unilaterale. Istituto che, nella sostanza, deve trovare una meritevole giustificazione e non può giungere ad alterare, senza fondamento, la posizione dell'altra parte, per il tramite di modalità di esercizio arbitrarie o irragionevoli.

Dalle disposizioni del codice civile e della legislazione speciale si ricava, pertanto, la riconducibilità delle regole in tema di ius variandi, sotto il profilo della tutela del soggetto passivo, a un sistema omogeneo, nelle sue linee essenziali, nel quale l'interprete possa agire concretamente per assicurare la prosecuzione del rapporto attraverso il mutamento. Ne consegue che gli strumenti di informazione, controllo e reazione apprestati dall'ordinamento in materia di modifiche unilaterali diventano parte integrante, opportunamente adattati, del regolamento contrattuale.

In questo quadro, seppure sinteticamente delineato, l'esercizio concreto dello ius variandi bancario presenta taluni elementi di discontinuità e differenza rispetto sia all'ambito generale, appena richiamato, sia ad altre fattispecie settoriali analoghe, peculiarità evidentemente connesse alla specificità della banca nell'esplicazione della sua sfera operativa principale. Come si è accennato, difatti,

¹⁰⁷ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 233 ss.

alcune delle soluzioni interpretative elaborate dalla dottrina con riferimento all'applicazione della fattispecie bancaria non sono suscettibili di automatica estensione al "modello" generale né ad altri ambiti legislativi speciali, in ragione di differenze incentrate sulla natura economica delle componenti negoziali soggette a modifica ovvero sulla tipologia dei contratti e delle situazioni soggettive. Si pensi in primis alle esigenze costituzionali di tutela del risparmio.

Per altro verso, gli esiti, qui prospettati sul piano dogmatico, trovano conferme fattuali nell'azione del principale sistema alternativo di risoluzione delle controversie attivo in ambito bancario (l'Arbitro Bancario finanziario), il quale ha elaborato orientamenti di rilevante spessore, qualitativo e quantitativo, creando una proficua interazione con le prassi applicative delineate dalla giurisprudenza e sollecitando, altresì, i regolatori ad adeguare la disciplina alle esigenze emerse da questi processi sinergici.

La residenza fiscale

I paragrafi 1, 4, 4.1 e 4.2 sono stati curati da Antonio Miele, mentre i paragrafi 2 e 3 da Silvia Miele.

di **Antonio Miele**

Dottore di ricerca in Diritto Comparato e processi di integrazione presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Dottore commercialista, Revisore contabile e avvocato.

Silvia Miele

Laureata in Economia Aziendale presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

ABSTRACT

The tax residence plays a crucial role in determining the place of taxation of the income of individuals and legal entities.

However, the criteria for establishing residence are not always clear. Recently, the legislator has revised the provisions of Article 2, paragraph 2, and Article 73, paragraph 3 of the T.U.I.R., aiming to overcome the interpretative challenges that characterized the previous wording of both articles.

SINTESI

La residenza fiscale assume un ruolo cruciale per individuare il luogo di tassazione dei redditi delle persone fisiche e delle persone giuridiche. Tuttavia, i criteri di individuazione non sempre risultano chiari. Al fine di superare alcune criticità interpretative che caratterizzavano la precedente scrittura degli articoli 2, comma 2, e 73, comma 3, t.u.i.r., il legislatore è recentemente intervenuto riformulandoli.

SOMMARIO

1. Introduzione - **2.** La residenza fiscale delle persone fisiche nella previgente formulazione del t.u.i.r. - **3.** La residenza fiscale delle persone giuridiche nella previgente formulazione del t.u.i.r. - **4.** La L.D. per la riforma fiscale e nuovi criteri - *4.1. La riformulazione rispetto alle persone fisiche* - *4.2. La riformulazione rispetto alle persone giuridiche*

1. Introduzione

La potestà impositiva dei singoli Stati subisce limitazioni a seguito della stipula di trattati internazionali contro la doppia imposizione.

Infatti, attraverso questi, ciascun Paese si propone l'obiettivo di eliminare una tassazione discriminatoria,¹ nonché gli stessi disciplinano la collaborazione necessaria tra le diverse Amministrazioni finanziarie, affinché si realizzi il contrasto a fenomeni di evasione internazionale ed interna.

Sotto il profilo soggettivo, i trattati si applicano alle "persone residenti" e, il termine "persona", si riferisce sia alle persone fisiche sia alle persone giuridiche.

Ogni Stato, in base alla propria legislazione, schematizza una propria nozione di residenza fiscale che, pertanto, assume un ruolo fondamentale per individuare il luogo in cui saranno tassati i redditi prodotti da una persona fisica o giuridica.

¹ Sul tema, L. TOSI - R. BAGGIO, *Lineamenti di Diritto Tributario Internazionale*, Wolters Kluwer Cedam, 2022.

2. La residenza fiscale delle persone fisiche nella previgente formulazione del t.u.i.r.

Il concetto di residenza fiscale, come premesso, rileva nella corretta determinazione della potestà impositiva.

Infatti, i soggetti fiscalmente residenti sono sottoposti a imposizione sui redditi ovunque li abbiano prodotti, mentre i non residenti lo sono esclusivamente per i redditi prodotti nel territorio dello Stato.

Per quanto riguarda le persone fisiche, il t.u.i.r. al comma 1 dell'articolo 2, identifica i soggetti passivi IRPEF nelle "persone fisiche residenti e non residenti nel territorio dello Stato".

Per individuare quando un contribuente persona fisica possa essere considerato residente in Italia, il secondo comma disponeva che era tale colui che per la maggior parte del periodo di imposta:

- risultasse iscritto nelle anagrafi della popolazione residente;
- avesse in Italia il proprio domicilio ai sensi del cod. civ., cioè la sede principale dei suoi affari o interessi;
- oppure la residenza ai sensi del cod. civ., cioè il luogo nel quale il soggetto ha la dimora abituale.²

Inoltre, ad integrazione di quanto disciplinato dal secondo comma, il legislatore, con la L. n. 244 del 24 dicembre 2007, ha modificato il comma *2-bis* statuendo che si considerano residenti anche i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze.

Solo nell'ipotesi in cui le indicate condizioni risultassero del tutto assenti, il soggetto poteva essere considerato non residente in Italia, ma era sufficiente la presenza di uno solo delle stesse per considerarlo residente e, quindi, sottoposto alla disciplina del D.P.R. n. 917/1986 s.m.i.

² Ai sensi dell'articolo 43, c.c.

A tal proposito l'Agenzia delle entrate nella risoluzione n. 351/E del 7.8.2008 ha chiarito che se un soggetto mantiene: "in Italia i propri legami familiari o il centro dei propri interessi patrimoniali e sociali", tali elementi sono di per loro "sufficienti a realizzare un collegamento effettivo e stabile con il territorio italiano".

In particolare, la prassi ha sottolineato che, indipendentemente dalla presenza fisica e dalla circostanza che l'attività lavorativa sia esplicata prevalentemente all'estero, ai fini dell'eventuale residenza fiscale vanno considerati quali indici significativi "la disponibilità di un'abitazione permanente, la presenza della famiglia, l'accreditamento di propri proventi dovunque conseguiti, il possesso di beni anche mobiliari, la partecipazione a riunioni d'affari, la titolarità di cariche sociali, il sostenimento di spese alberghiere o di iscrizione a circoli o clubs, l'organizzazione della propria attività e dei propri impegni anche internazionali, direttamente o attraverso soggetti operanti nel territorio italiano".³

3. La residenza fiscale delle persone giuridiche nella previgente formulazione del t.u.i.r.

La residenza fiscale delle persone giuridiche è disciplinata dall'articolo 73, comma 3, del t.u.i.r., il quale disponeva che, ai fini IRES, le società e gli altri enti collettivi si consideravano fiscalmente residenti in Italia, qualora, per la maggior parte del periodo d'imposta avessero qui la loro sede legale, quella dell'amministrazione oppure l'oggetto principale.

³ Corte di Cassazione, ord. 1-10-2018, n° 23690, con riferimento ad un soggetto che aveva trasferito la residenza a Montecarlo (stato a fiscalità privilegiata) con relativa iscrizione all'AIRE, ha affermato che "tenendo conto della presunzione di mantenimento della residenza fiscale in Italia per l'inserimento del Principato monegasco tra i paesi a fiscalità privilegiata, ex articolo 2, comma 2-bis, t.u.i.r., ha valutato non esaustive le prove addotte dal contribuente per il superamento delle presunzioni, e fa a tal fine riferimento agli elementi che di contro confermano la pretesa tributaria dell'agenzia, quali il possesso di immobili in Italia, la rappresentanza di società domiciliata in Italia, la qualifica di socio in società di capitali italiana, la vicinanza tra i due Paesi, che rende del tutto agevole lo spostamento giornaliero dall'Italia a Monaco".

Gli stessi criteri sono dettati anche per le società di persone e associazioni ad esse equiparate dall'articolo 5, comma 3, lettera d), t.u.i.r.

Dunque, per inquadrare correttamente il concetto di residenza fiscale delle società, è necessario analizzare i presupposti che erano delineati nell'articolo 73, *cit.*

Nella specie, la sede legale ha rappresentato il criterio che ha creato minori problemi dal punto di vista accertativo.

Si tratta, infatti, di un criterio oggettivo, deducibile dall'atto costitutivo e da quanto risulta registrato nel registro dell'impresa.

Tutte le società costituite in Italia, a meno che non abbiano trasferito la residenza all'estero, sono perciò fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.

Più complicato, invece, è l'individuazione della sede dell'amministrazione, in quanto non vi è una sua definizione positiva.

Di solito, con tale locuzione, si intende il luogo dove di fatto si svolge la concreta attività amministrativa o direzionale di una società, ossia è il luogo di assunzione delle decisioni fondamentali e determinanti di natura gestionale e commerciale per la vita e lo sviluppo della società stessa.

Quanto allo svolgimento nel territorio dello Stato dell'oggetto principale dell'attività, esso rappresenta un ulteriore elemento critico sotto il profilo interpretativo.

In merito, occorre innanzitutto specificare che per oggetto principale si intende l'attività caratteristica dell'ente collettivo per raggiungere la *mission* indicata nell'atto costitutivo e/o nello statuto.

Il quinto comma dell'articolo 73 del t.u.i.r. specifica poi che mancando questi, l'oggetto principale dell'ente residente va determinato "in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato". Tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti.

È necessario, quindi, soffermare l'attenzione sull'attività concretamente svolta dalla società, a prescindere da quanto sia stato indicato nello statuto.

Invero, il problema dell'analisi dell'oggetto sociale non assume particolare rilevanza rispetto agli enti che esauriscono la loro attività nel territorio dello Stato, criticità sorgono, piuttosto, per quelli che gestiscono plurime attività in una pluralità di Paesi.

In tali casi, per poter individuare lo Stato di residenza si possono prendere in considerazione una serie di elementi e, tra questi, alternativamente:

- il principale mercato di destinazione, ove cioè sono localizzati la maggior parte dei punti vendita e in cui si è realizzata la maggior parte del volume di affari;
- il luogo dove viene impiegato il maggior numero di dipendenti;
- il luogo dove sono stati effettuati la maggior parte degli investimenti.

4. La L.D. per la riforma fiscale e nuovi criteri

L'articolo 3, lettera c), della legge delega sulla "Riforma fiscale", rubricato "Principi generali del diritto tributario dell'Unione europea e internazionale", specifica che la stessa dovrà garantire la revisione della disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche e delle persone giuridiche "come criterio di collegamento personale all'imposizione, al fine di renderla coerente con la migliore prassi internazionale e con le convenzioni sottoscritte dall'Italia per evitare le doppie imposizioni, nonché coordinarla con la disciplina della stabile organizzazione e dei regimi speciali vigenti per i soggetti che trasferiscono la residenza in Italia".⁴

⁴ La normativa in materia di stabile organizzazione fa riferimento al nuovo art. 162, comma 2, lettera f-bis) del t.u.i.r., introdotto dalla "Legge di bilancio 2018" (L. n. 205/2017).

Si precisa altresì che, dovrà prevedersi il coordinamento della residenza con i regimi speciali vigenti per i soggetti che trasferiscono la residenza in Italia, ossia il regime agevolato sui redditi da lavoro degli “impatriati”⁵ che calcola il quinquennio dalla data del trasferimento della residenza.

4.1. La riformulazione rispetto alle persone fisiche

L’articolo 1 del D.Lgs. n. 209, approvato in esame definitivo il 19 dicembre 2023 ha riscritto il comma 2 dell’articolo 2 del t.u.i.r.

La norma riformulata è entrata in vigore il 01/01/2024 e, se continua a fare riferimento ai tre criteri alternativi che debbono sussistere per la maggior parte del periodo di imposta, introduce le seguenti novità:

- ai fini del computo dei giorni si considerano anche le loro frazioni e soprattutto la presenza “fisica” nel territorio dello Stato;
- ai fini dell’individuazione del domicilio, non interviene più il criterio civilistico.

Pertanto, potranno essere considerati residenti ai fini fiscali in Italia anche le persone fisiche che, per la maggior parte del periodo di imposta, sono presenti in Italia.

Tale criterio può creare perplessità e preoccupazioni; basti pensare agli studenti che frequentano Università italiane o i frontalieri esteri che lavorano in Italia.

Detto criterio, peraltro, potrà essere superato dalle previsioni contenute nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni, ma queste sono valide esclusivamente allo scopo di evitarle, mentre non eliminano alcun altro obbligo dichiarativo o informativo previsto dalla disciplina interna.

È evidente, quindi, che le stesse assumeranno, in questi casi, un ruolo sempre più importante e, di conseguenza, le perplessità che

⁵ L. n. 147/2015.

genera l'espressione "presenza fisica nel territorio dello Stato", potranno essere superate solo dalle disposizioni previste da queste ultime.

Per quanto riguarda poi il domicilio, il criterio di cui all'art. 43 c.c., è stato sostituito con uno di natura sostanziale.

Il domicilio, infatti, secondo la nuova disciplina, è il luogo in cui si sviluppano in via principale, le relazioni personali e familiari del contribuente ed esso è strettamente connesso alla sua presenza fisica nel territorio dello Stato.

Nulla cambia invece per quanto riguarda la residenza, restando immutato il criterio civilistico che l'identifica nel luogo ove la persona ha la dimora abituale.⁶

Sotto il profilo temporale, è bene precisare che la nuova disciplina è andata in vigore dal primo gennaio 2024.

4.2. La riformulazione rispetto alle persone giuridiche

Circa l'individuazione della residenza fiscale delle società, il D.Lgs. n. 209/2023, modifica la disciplina prevista dal terzo comma dell'articolo 73 e dell'articolo 5 del t.u.i.r.

Come accennato in precedenza, due dei tre criteri previsti dalla precedente normativa, creavano alcune difficoltà interpretative.

⁶ MARIA LUCIA DI TANNA-DAVIDE GRECO, *Il Sole 24 Ore* del 18.03.2024, p. 21. "Domicilio fiscale, il nuovo criterio cambia l'esito delle Convenzioni". In base alla sentenza della Corte di Cassazione n. 5563 del 01.03.2024, i redditi percepiti per attività di lavoro svolte in Kazakistan da un contribuente residente in Italia sono imponibili oltre che nello stato della fonte, anche in quello di residenza ai sensi dell'art. 15, paragrafo 1, ultimo periodo della Convenzione Italia-Kazakistan. Nella specie, il contribuente italiano lavorava come dipendente (per più di 183 giorni l'anno) per un'azienda kazaka e gli veniva contestata la residenza fiscale in Italia in ragione del domicilio civilistico. L'Autore evidenzia come la nuova formulazione dell'art. 2, co. 2, t.u.i.r., modificata dal 2024 per effetto dell'art. 1 del D.Lgs. n. 209/2023, attribuisce rilevanza anche al criterio del "domicilio fiscale" inteso come il luogo in cui si concentrano gli interessi, principalmente personali e familiari. Alla luce di tale formulazione, nei casi come quello esaminato dalla Suprema Corte (esercizio di lavoro dipendente in Kazakistan per oltre 183 giorni e famiglia in Italia) la tassazione concorrente avrebbe potuto essere evitata solo trasferendo la famiglia nello Stato della fonte.

Pertanto, la nuova disciplina ha eliminato i riferimenti sia al criterio dell'oggetto principale sia al criterio della sede dell'amministrazione per assicurare maggiore certezza giuridica.

La riforma ha ridisegnato, tenendo presente la prassi internazionale e i criteri previsti dalle Convenzioni per definire la residenza, i criteri per l'individuazione della residenza delle società di capitali o enti.

Tali regole presentavano criticità, soprattutto per quanto riguarda il criterio della sede dell'amministrazione, interpretato in maniera estensiva tanto da farlo coincidere "con il luogo da cui promanavano gli impulsi volitivi societari".⁷

Con la nuova disciplina, il criterio della "sede dell'amministrazione" è stato sostituito con quello della sede della "direzione effettiva", mentre il criterio dell'oggetto sociale, con quello della "gestione ordinaria in via principale".⁸

Pertanto, sulla base della nuova disciplina, il legislatore ha sempre previsto tre criteri per l'individuazione della residenza fiscale;

Il primo dei criteri, la sede legale, non è mutato perché non creava e quindi non crea particolari criticità.

Il secondo criterio, la sede di direzione effettiva, è invece una novità rispetto al criterio precedente e rappresenta una semplificazione applicativa, identificandosi nel luogo dove si realizza "la continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche".

Il terzo criterio, la gestione ordinaria in via principale, è il luogo in cui avviene "il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso".

⁷ STEFANO ROSSELLI, *I nuovi criteri per la determinazione della residenza fiscale delle società* Euroconference News 2024.

⁸ La nuova formulazione dell'articolo 73, comma 3, t.u.i.r., prevede che "ai fini dell'imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno nel territorio dello Stato la sede legale o la sede di direzione effettiva o la gestione ordinaria in via principale. Per sede di direzione effettiva si intende la continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche riguardanti la società o l'ente nel suo complesso. Per gestione ordinaria si intende il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso."

Per quanto riguarda questo ultimo punto, è bene precisare che l'attività di una società si può articolare in sedi secondarie, filiali e *branch*, eventualmente caratterizzate da una certa autonomia decisionale. Tuttavia, la locuzione "in via principale" ci fa capire che ciò non rileva ai fini dell'individuazione della residenza fiscale, in quanto la stessa deve essere individuata nel luogo in cui vengono assunti gli atti gestori della società intesa nella sua unitarietà.

Infine, si rappresenta che i tre criteri operano in via disgiuntiva e devono sussistere per la maggior parte del periodo di imposta.

Per quanto riguarda l'entrata in vigore della nuova disciplina prevista dal terzo comma dell'articolo 73 del t.u.i.r., poiché non sempre il periodo di imposta delle società coincide con l'anno solare, il legislatore ha previsto che le stesse si applicheranno a partire al periodo di imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 209/2023 e quindi dopo il 29/12/2023.