



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FERRARA

Facoltà di Giurisprudenza

**Corso di laurea magistrale in
GIURISPRUDENZA**

Tesi di Laurea in Istituzioni di Diritto Privato

«*IUS VARIANDI*» E CONTRATTI BANCARI.

*Ammissibilità della modifica unilaterale del contratto
e recenti interventi legislativi.*

Relatore:

Ch.mo Prof. Giovanni De Cristofaro

Laureando:

Alessandro Pepe

Correlatori:

Dott. Marcello Farneti

Dott.ssa Arianna Thiene

«Sentirsi liberi da restrizioni, liberi di agire in conformità ai propri desideri, significa raggiungere un equilibrio tra i desideri, l'immaginazione e la capacità di agire: ci si sente liberi nella misura in cui l'immaginazione non supera i desideri reali e nessuno dei due oltrepassa la capacità di agire».

BAUMAN ZYGMUT, *Modernità Liquida*, 2010.

*A mio Padre
e ai miei nonni Iva, Saverio e Raffaele*

INDICE

INTRODUZIONE.....	I
-------------------	---

CAPITOLO I - PROFILI GENERALI DEL IUS VARIANDI

SEZIONE I - AMMISSIBILITÀ DEL IUS VARIANDI

1.1. <i>Ius variandi</i> : note introduttive.....	1
1.1.1. <i>Profili problematici del ius variandi</i>	3
1.1.2. <i>Le posizioni della dottrina rispetto all'ammissibilità della previsione convenzionale del ius variandi</i>	6
1.2. L'autonomia privata come fondamento del <i>ius variandi</i>	9
1.2.1. <i>Conciliabilità del ius variandi con il principio dell'accordo e del vincolo contrattuale</i>	10
1.2.2. <i>Conciliabilità del ius variandi con il principio di determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto</i>	13
1.2.3. <i>L'inammissibilità di un potere di modifica unilaterale rimesso al mero arbitrio di una parte</i>	16
1.3. L'esigenza di flessibilità tra prassi commerciale e ipotesi legali.....	20
1.3.1. <i>L'ordine pubblico economico come limite all'ammissibilità del ius variandi</i>	23
1.3.2. <i>Il ius variandi come strumento di adeguamento del contratto</i>	26
1.3.3. <i>Ammissibilità di strumenti atipici di gestione del rapporto contrattuale</i>	28
1.4. L'oggetto del <i>ius variandi</i> . La disciplina della novazione come limite all'estensione del potere unilaterale di modifica.....	30
1.5. Natura ed esercizio del <i>ius variandi</i>	36

SEZIONE II - IUS VARIANDI E TUTELA DEL CONSUMATORE

1.6. Cenni sulla disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori.....	41
1.7. La disciplina del <i>ius variandi</i> nel Codice del consumo.....	46
1.7.1. <i>Il giustificato motivo</i>	49
1.7.2. <i>Il rapporto fra le disposizioni contenute nell'art. 33, 2° comma, lett. m) ed o), cod. cons.</i>	52
1.7.3. <i>L'incremento eccessivo del prezzo</i>	55
1.8. Il recesso come possibile strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali.....	57
1.9. Le deroghe previste dal Codice del consumo in relazione ai contratti finanziari.....	61
1.10. <i>Ius variandi</i> e contratto asimmetrico.....	67

CAPITOLO II - EVOLUZIONE DEL IUS VARIANDI NEI CONTRATTI BANCARI

2.1. Dall'emersione nella prassi contrattuale al processo legislativo di revisione delle clausole attributive del <i>ius variandi</i>	75
2.2. Le ragioni del riconoscimento legislativo del <i>ius variandi</i> nel settore bancario, finanziario e creditizio.....	79
2.3. Il riconoscimento e la limitazione del <i>ius variandi</i> bancario nelle leggi sulla trasparenza e sul credito al consumo.....	83

2.4.	L'avvento del Testo unico bancario.....	86
2.5.	La disciplina sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori e il mancato coordinamento con il t.u.b.	92
2.5.1.	<i>Il tentativo della dottrina di ricondurre ad unità il sistema</i>	95
2.6.	Le modifiche introdotte con la conversione in legge del <i>c.d.</i> d.l. sulla competitività (n. 223/2006).	99
2.7.	I recenti interventi legislativi in tema di <i>ius variandi</i> : il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 e la conversione in legge del <i>c.d.</i> “Decreto Sviluppo”.	106

CAPITOLO III – LA DISCIPLINA DEL IUS VARIANDI NEI CONTRATTI BANCARI

3.1.	Premessa.....	111
3.2.	La modifica unilaterale nei contratti bancari, <i>ex art.</i> 118 t.u.b.....	111
3.2.1.	<i>Ambito di applicazione</i>	113
3.2.2.	<i>Oggetto del ius variandi</i>	116
3.2.3.	<i>Il “giustificato motivo” quale presupposto legittimante la modifica</i>	121
3.2.4.	<i>(Segue) Necessità di un giustificato motivo nei contratti a tempo determinato conclusi con soggetti diversi da un consumatore o una micro-impresa?</i>	125
3.2.5.	<i>Natura del ius variandi bancario</i>	128
3.2.6.	<i>Modalità di esercizio del ius variandi</i>	132
3.2.7.	<i>Il recesso del cliente</i>	135
3.2.8.	<i>Le variazioni dei tassi conseguenti a decisioni di politica monetaria</i>	138
3.3.	La modifica unilaterale nei contratti-quadro aventi ad oggetto la prestazione di servizi di pagamento, <i>ex art.</i> 126- <i>sexies</i> t.u.b.	142
3.3.1.	<i>La speciale disciplina dei tassi d’interesse e di cambio</i>	148
3.4.	Il <i>ius variandi</i> nei contratti bancari conclusi con i consumatori.	150
	BIBLIOGRAFIA	157

INTRODUZIONE

L'incertezza rispetto al futuro e la tensione al cambiamento connotano in maniera pregnante l'intera società moderna, ove l'idea di flessibilità, incentivata anche dall'attuale contesto socio-economico, pare porsi sempre di più «come stato ideale delle cose e delle relazioni»¹.

Nei rapporti interpersonali, come nello svolgimento dei traffici economici, si rileva la tendenza a «non ipotecare il futuro», a «scongiurare qualsiasi rischio di non poter sfruttare le opportunità ancora segrete, ignote e inconoscibili auspiccate/attese per il futuro»², così come a premunirsi di strumenti idonei ad adeguare le proprie strategie di azione ai continui mutamenti della realtà circostante.

A quest'ultima esigenza, sul piano del diritto contrattuale, specie con riguardo ai rapporti destinati a protrarsi nel tempo, sembrano dare risposta i meccanismi di adeguamento del contratto predisposti convenzionalmente dai contraenti, al fine di far fronte al verificarsi di eventuali sopravvenienze che vadano ad incidere sull'originario assetto d'interessi, così come fotografato nel momento della conclusione dell'accordo.

Accanto alle clausole di rinegoziazione e di indicizzazione, ai fini che qui interessano, si pongono le pattuizioni attraverso cui le parti convengono di riservare ad una di esse o ad entrambe il potere di modificare *ex uno latere* il concordato regolamento contrattuale, rendendo quindi adattabile la disciplina negoziale del rapporto a fronte del mutare degli interessi dei contraenti stessi, ovvero delle circostanze esterne.

Un istituto, quello del *ius variandi*³, che pone diverse questioni problematiche di particolare interesse, idonee da sole a giustificare uno studio monografico sulla materia, le quali per tale ragione non potranno essere pretermesse nel corso della presente trattazione che, come obiettivo principale, si propone di indagare la nuova disciplina del *ius variandi* bancario, introdotta con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 e

¹ BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. VIII.

² BAUMAN Z., *ibidem*.

³ Sulla discussione circa la correttezza dell'uso dell'articolo «il» davanti all'espressione *ius variandi* cfr. GEYMONAT M., *Jus variandi: «il» o «lo»?*, in *BBTC*, I, 1997, p. 305 e ss.; recentemente DOLMETTA A.A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. XVII, ove si consiglia «per ogni uso diverso dallo scritto» l'utilizzo dell'articolo «lo» nel rispetto della regola fonetica.

successivamente modificata, a stretto giro “di posta”, dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modifiche dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

Ciò premesso, si è scelto di dividere idealmente il lavoro in due parti: l’una dedicata alla ricostruzione delle linee generali dell’istituto del *ius variandi*; e l’altra destinata ad approfondirne la disciplina nell’ambito dei contratti bancari.

Adottando un approccio problematico alla figura del *ius variandi*, la prima domanda che spontaneamente ci si è posti, nel dare avvio allo studio della materia, è banale quanto ovvia e concerne l’ammissibilità in linea generale di un potere che, consentendo ad uno dei pasciscenti di modificare *ex uno latere* un rapporto avente la propria fonte originaria nell’accordo, sembrerebbe spezzare la naturale bilateralità di quest’ultimo⁴.

Tuttavia, una volta verificato come in talune ipotesi sia lo stesso legislatore ad attribuire tale potere ad una delle parti ovvero a consentirne la pattuizione nell’ambito del regolamento contrattuale⁵, è subito sorta l’esigenza di riformulare tale quesito nel senso di indagare se sia o meno ammissibile una attribuzione pattizia del *ius variandi* al di fuori delle ipotesi espressamente prese in considerazione dal legislatore.

Scorrendo la letteratura in materia, il quadro che se ne è ricavato risulta particolarmente composito, non ravvisandosi una posizione unanime della dottrina, ma intravedendosi spiragli di apertura rispetto ad un meccanismo che, se correttamente ritagliato, può rivelarsi un utile strumento di gestione del rapporto contrattuale e degli interessi ad esso sottesi⁶.

Sulla base di tale intuizione, rilevando come il *ius variandi* non appaia di per sé in contrasto con il principio dell’accordo e della vincolatività del contratto (*ex art. 1372 c.c.*)⁷, né tantomeno con quello di determinatezza/determinabilità dell’oggetto⁸, ed avvertendosi già *prima facie* il rischio che tale potere possa tradursi in uno strumento di abuso e prevaricazione di una parte sull’altra, si è posta nuovamente l’esigenza di operare un ulteriore affinamento del quesito da cui si sono prese le mosse, nel senso di individuare i limiti di ammissibilità del potere di

⁴ § 1.1.

⁵ § 1.1.1.

⁶ § 1.1.2.

⁷ § 1.2.1.

⁸ § 1.2.2.

modifica *ex uno latere*⁹.

Escluso, sulla base del tendenziale disfavore dell'ordinamento verso le determinazioni arbitrarie di una delle parti (arg. *ex art.* 1355 c.c.), che tale potere possa essere rimesso al mero arbitrio di uno dei contraenti, è parso possibile affermare l'inammissibilità di una clausola sul *ius variandi* che non abbia a suo fondamento una giustificazione meritevole di tutela, *ex art.* 1322, 2° comma, c.c.

Posta questa prima conclusione, è sorta dunque l'ulteriore esigenza di comprendere quali ragioni possano giustificare una simile previsione risultando, al contempo, meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico¹⁰.

Analizzando, innanzitutto, la disciplina legislativa delle fattispecie legali di *ius variandi* si è rilevato come queste si riferiscano a rapporti caratterizzati dal protrarsi nel tempo dell'operazione economica sottesa al contratto, risultando finalizzate al perseguimento di svariati interessi, tutti riconducibili al generale interesse alla flessibilità del contratto.

Notando come tale esigenza sia propria di quei tipi contrattuali destinati ad avere efficacia prolungata nel tempo, ciò che appare confermato osservando anche la prassi contrattuale, è parso allora possibile delimitare la sfera di ammissibilità del *ius variandi*, con riguardo alla tipologia contrattuale adottata dai contraenti, escludendo la possibilità di una simile pattuizione nei contratti ad esecuzione istantanea ed immediata, ove la stessa risulterebbe priva di adeguata giustificazione, ed ammettendola nei contratti di durata, come pure in quelli ad esecuzione istantanea ma differita.

In queste ultime categorie contrattuali, infatti, la previsione di una clausola di *ius variandi*, già *prima facie* si presenta come un utile strumento di adeguamento del contratto e di gestione del rapporto, in linea con il possibile evolversi delle circostanze rilevanti per la sua prosecuzione, evitando così il ricorso allo scioglimento del vincolo qualora si verifici una sopravvenienza che metta in discussione il concordato assetto d'interessi.

Individuata nell'esigenza di flessibilità del rapporto contrattuale la ragione di fondo della previsione del *ius variandi*, questa non è apparsa comunque idonea ad affermare in ogni caso l'ammissibilità di una simile pattuizione, risultando necessaria una verifica dell'interesse concretamente perseguito dalle parti sotto il

⁹ § 1.2.3.

¹⁰ § 1.3

profilo della meritevolezza e liceità dello stesso (*ex artt.* 1322, 2° comma, e 1343 c.c.), ciò che sembrerebbe poter aver luogo mediante la lente prospettiva del principio dell'ordine pubblico economico, il quale escluderebbe la legittimità di quelle clausole che pregiudichino il regolare svolgimento dei rapporti economici tra privati, vanificando l'affidamento della parte assoggettata al potere di modifica unilaterale alla realizzazione dell'interesse che il contratto è funzionalmente diretto a soddisfare¹¹.

In tale ottica, si è giudicata senz'altro compatibile con tale principio, risultando quindi meritevole di tutela, quella pattuizione che – come si è già accennato – abbia la finalità di garantire l'adeguamento del contratto alle eventuali sopravvenienze che vadano ad incidere sull'equilibrio sinallagmatico del rapporto, ovvero privino quest'ultimo della sua utilità¹², consentendo inoltre alle parti di regolare quelle ipotesi che non rientrino nella sfera di operatività dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità, *ex art.* 1467 c.c.¹³.

Riconosciuta l'ammissibilità dell'attribuzione convenzionale del *ius variandi*, si è compiuto un ulteriore passo nell'analisi dell'istituto chiedendosi quale possa essere, in via generale, la portata di un simile potere¹⁴.

A tal proposito, rilevato come la prassi contrattuale, così come le ipotesi legali, configurino un *ius variandi* proteso alla conservazione, nella modificazione, del rapporto contrattuale, è parso possibile concludere nel senso che tale potere non possa spingersi sino ad alterare l'identità del rapporto, restando quindi esclusi dal suo ambito oggettivo gli elementi essenziali del contratto.

Giunti a questo punto dell'analisi, ricondotto il *ius variandi* nella categoria dei diritti potestativi e considerato il carattere tendenzialmente discrezionale del suo esercizio, al fine di contenere il rischio di abusi in danno della controparte che a tale potere sia assoggettata, ci si è posti l'ulteriore quesito circa la possibilità di desumere dal sistema un criterio idoneo a sindacare le concrete modalità di esercizio del *ius*¹⁵, oltre a quelle relative all'individuazione della ragione giustificativa della modifica.

Criterio che è apparso senz'altro individuabile nel canone generale della buona

¹¹ § 1.3.1.

¹² § 1.3.2.

¹³ § 1.3.3.

¹⁴ § 1.4.

¹⁵ § 1.5.

fede *in executivis* (art. 1375 c.c.), il quale impone al titolare del *ius variandi* di compiere scelte compatibili con l'interesse sotteso all'attribuzione del relativo potere, determinando quindi l'inefficacia di quelle modifiche eventualmente poste in essere in contrasto con tale principio.

Ricostruita attraverso questo percorso una sorta di disciplina generale delle clausole sul *ius variandi* e considerata la natura senz'altro potenzialmente vessatoria di una simile pattuizione, la quale consente ad una delle parti di poter incidere unilateralmente sull'altrui sfera giuridica senza la necessità che la parte soggetta a tale potere presti il proprio consenso, si è volta l'attenzione ad indagare l'esistenza di eventuali strumenti a tutela del *c.d.* contraente debole, venendo in primo piano innanzitutto la disciplina dettata a tutela del consumatore rispetto alla possibilità che il professionista si riservi un simile potere.

Abbozzati i tratti salienti della disciplina sulle clausole abusive contenuta nel Codice del consumo¹⁶ e verificato come il legislatore detti una presunzione generale di vessatorietà (*ex art. 33, 2° comma, cod. cons.*) rispetto a quelle clausole che hanno per oggetto o per effetto di consentire al predisponente di modificare unilateralmente le condizioni del contratto e le caratteristiche del prodotto o del servizio, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso (*lett. m*), ovvero di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere qualora il prezzo finale sia eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente pattuito (*lett. o*), si è cercato di sciogliere i dubbi interpretativi concernenti il significato dell'espressione «giustificato motivo»¹⁷, anche attraverso il coordinamento tra le diverse disposizioni contenute nelle *lett. m*) ed *o*) dell'art. 33, 2° comma, cod. cons., le quali, con riferimento – rispettivamente – a qualsiasi clausola del contratto e alle clausole concernenti il prezzo del prodotto o del servizio, dettano limiti diversi entro cui il professionista può riservarsi il potere di modifica unilaterale del divisato assetto contrattuale¹⁸. La previsione contenuta nella *lett. o*), inoltre, ha offerto lo spunto per interrogarsi sull'utilità del recesso, attribuito alla parte destinataria dell'esercizio del *ius variandi*, come possibile strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali¹⁹.

Analizzata la disciplina generale a tutela del consumatore, si è poi passati ad

¹⁶ § 1.6.

¹⁷ § 1.7.1.

¹⁸ § 1.7.2.

¹⁹ § 1.8.

osservare le particolari regole derogatorie dettate dall'art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons. con riferimento ai contratti aventi ad oggetto servizi finanziari, ove in considerazione della natura dei beni e servizi oggetto del contratto e della necessità di garantire la stabilità e la solvibilità del sistema finanziario nel suo complesso viene dettata una normativa di maggiore favore per il professionista, sottraendo (a date condizioni) alla presunzione di vessatorietà quelle clausole sul *ius variandi* che attribuiscono al predisponente, in presenza di un giustificato motivo, la facoltà di modificare il regolamento contrattuale²⁰.

Notato come attraverso la disciplina contenuta nel Codice del consumo, in ragione dell'asimmetrica forza contrattuale esistente fra il professionista e il consumatore, venga ad essere limitata l'autonomia del primo, al quale viene preclusa la possibilità di inserire unilateralmente nel regolamento contrattuale la previsione di un *ius variandi* incondizionato, (istintivamente) ci si è chiesti quale tutela l'ordinamento offra, nell'ambito di un contratto asimmetrico diverso da quello *business2consumer*, rispetto alla pattuibilità del *ius variandi*.

Sebbene tendenzialmente si neghi l'estensibilità della disciplina dettata dal Codice del consumo anche a contratti diversi da quelli conclusi tra un professionista e un consumatore, nei quali tuttavia esista un'analogia asimmetria contrattuale tra le parti, si è ritenuto possibile circoscrivere anche in tali contratti la prevedibilità del *ius variandi* entro i limiti tracciati dalla normativa sulle clausole abusive, facendo ricorso alla figura dell'abuso di dipendenza economica, disciplinata dall'art. 9 della l. n. 192/98, il quale in virtù del suo carattere di principio generale parrebbe suscettibile di operare anche al di fuori dello specifico rapporto di subfornitura²¹.

Conclusa così l'analisi di teoria generale, si è passati ad analizzare l'istituto del *ius variandi* nell'ambito dei contratti bancari.

La scelta di occuparsi di questo settore, oltre ad essere stata occasionata dai recenti interventi legislativi, è stata dettata anche dal particolare interesse che il sistema bancario e finanziario suscita, soprattutto in una congiuntura economica di crisi come quella attuale; nonché dal rilievo dell'ineliminabile e naturale differenza di forza contrattuale intercorrente fra la clientela bancaria e gli istituti di credito.

Rilevato come il "*ius variandi* bancario" trovi le sue radici nella prassi contrattuale, così come testimoniato dalle *c.d.* Norme bancarie uniformi, e

²⁰ § 1.9.

²¹ § 1.10.

constatata l'ampiezza con cui gli istituti di credito erano soliti riservarsi tale potere²², ci si è innanzitutto interrogati sulle ragioni che, successivamente, hanno indotto il legislatore a riconoscere – nell'ambito di una legislazione tesa a riequilibrare le posizioni delle diverse parti contrattuali – la possibilità di introdurre nel regolamento contrattuale un simile potere, e soprattutto a regolamentarlo²³.

Constatato come diverse siano le ragioni sostanziali atte a fondare e giustificare la pattuizione del *ius variandi* nell'ambito del mercato finanziario e creditizio, risultando queste per lo più legate ad insopprimibili esigenze di ordine economico, connesse con la tutela della stabilità complessiva del sistema, la tutela del risparmio e l'accesso al credito, si è abbandonata l'iniziale diffidenza verso quello che appariva come il frutto dello strapotere contrattuale delle banche, mantenendo comunque ferma l'opinione – maturata già nella prima parte della ricerca – per cui la portata di un simile potere debba essere circoscritta in maniera tale da consentire, quantomeno, la sindacabilità delle scelte operate dai singoli istituti di credito.

Nell'analizzare l'evoluzione normativa del *ius variandi*, dal suo primo riconoscimento con le leggi n. 154/1992 (in materia di trasparenza bancaria) e n. 142/1992 (in materia di credito al consumo)²⁴ sino ai recenti interventi legislativi, passando attraverso l'adozione del Testo unico bancario (d.lgs. 385/93)²⁵ e il c.d. d.l. sulla competitività (n. 223/2006)²⁶, si è avuto modo di constatare come effettivamente il legislatore si sia mosso gradualmente, coadiuvato dal lavoro interpretativo operato della dottrina, nel senso di restringere la discrezionalità riconosciuta alla banca nell'esercizio di tale potere, tutelando in tal modo (per quanto possibile) l'affidamento del cliente alla stabilità del rapporto.

Conclusa la panoramica “storico-evolutiva” dell'istituto, attraverso i contributi della letteratura specialistica e la consultazione della “giurisprudenza” dell'Arbitrato Bancario e Finanziario, studiando le decisioni che in questi primi tre anni di attività sono state adottate dai Collegi arbitrali di Napoli, Roma e Milano, si è passati ad analizzare l'attuale disciplina dettata dal novellato art. 118 t.u.b., evidenziandone le innovazioni e approfondendone i principali quesiti interpretativi concernenti l'oggetto, i presupposti, i limiti e le modalità di esercizio dell'*ius*

²² § 2.1.

²³ § 2.2.

²⁴ § 2.3.

²⁵ § 2.4.

²⁶ § 2.6.

*variandi*²⁷.

Al fine poi di offrire un'analisi completa del quadro normativo si è presa in considerazione anche la specifica disciplina dettata in materia di servizi di pagamento dal nuovo art. 126-*sexies* t.u.b.²⁸, introdotto con il d.lgs. n. 11/2010, passando infine ad affrontare la *vexata quaestio* del mancato coordinamento tra la disciplina contenuta nel Testo unico bancario ed il Codice del consumo²⁹, provvedimenti che si pongono in evidente sovrapposizione, a causa del rapporto di specialità reciproca, generandosi in tal modo incertezza circa la concreta regolamentazione del *ius variandi* nei contratti bancari conclusi con i consumatori.

Riscontrato come la disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b., così come novellato dalla riforma del 2010, risulti sotto diversi aspetti più rigorosa di quella contenuta nel Codice del consumo, al fine di evitare il paradosso per cui il cliente-consumatore risulti meno garantito del cliente-professionista, si è ritenuto possibile operare un coordinamento tra le due normative nel senso di ritenere che queste si integrino reciprocamente, trovando soluzione le eventuali antinomie in base al principio del *favor consumatoris*.

²⁷ § 3.2.

²⁸ § 3.3.

²⁹ § 3.4., su cui ci si è pure soffermati con riguardo alla disciplina previgente nel § 2.5.

CAPITOLO I

PROFILI GENERALI DEL *IUS VARIANDI*

SEZIONE I

AMMISSIBILITÀ DEL *IUS VARIANDI*

1.1. *Ius variandi*: note introduttive.

L'autonomia privata si manifesta come «fenomeno pregiuridico», il quale non necessita di «preve concessioni da parte dell'ordinamento», sviluppandosi «in modo originario»¹. Pur non traducendosi in una libertà assoluta e sconfinata, trova ampio riscontro nella previsione dell'art. 1322 c.c., ove, oltre a riconoscersi la libertà delle parti di scegliere se vincolarsi o meno, viene stabilito che le stesse «possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge».

Consistendo l'autonomia privata nel potere di autodeterminazione del soggetto, questi non può disporre della sfera giuridica altrui senza che intervenga il consenso del soggetto nei cui confronti l'atto di disposizione è destinato ad esplicare i propri effetti².

L'art. 1372 c.c., riconoscendo al regolamento contrattuale «forza di legge»³, rende suscettibile di tutela giuridica quanto le parti abbiano convenzionalmente pattuito ed impedisce che lo stesso possa essere sciolto «se non per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge».

L'azionabilità degli impegni assunti dalle parti, nell'esercizio della propria autonomia, *ex art. 1322, 2° comma, c.c.*, è riconosciuta a condizione che gli stessi

¹ SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 e ss.

² Si vedano le considerazioni di ROPPO V., *Il contratto*, II ed, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 24, il quale sottolinea come il principio dell'accordo indichi l'esistenza di «un ambito importante di relazioni sociali entro cui i soggetti assumono obbligazioni solo se vogliono assumerle [...] un ambito entro cui a ogni soggetto è garantito che le sue posizioni giuridiche non saranno incise per decisione unilaterale di un altro soggetto, senza la corrispondente volontà del soggetto interessato. L'ambito in cui opera il principio dell'accordo coincide con lo spazio dell'autonomia privata: principio fondante dell'intero sistema del diritto privato, in nome del quale ciascuno decide e dispone della propria sfera giuridica senza subire imposizioni esterne».

³ SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali di modificazione (jus variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, I, 1992, p. 18: l'Autore analizzando la disposizione dell'art. 1372 c.c., la quale afferma che «il contratto ha forza di legge tra le parti», sottolinea come tale espressione si riferisca non tanto al testo del contratto, quanto al regolamento contrattuale, inteso come «complesso delle disposizioni nascenti dal contratto».

tendano alla realizzazione di «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico», non potendo quest'ultimo prestare acriticamente la propria assistenza ad ogni sorta di pattuizione⁴.

Autorevole dottrina evidenzia come l'ordinamento, mediante la qualificazione del contratto quale vincolo, intenda garantire al soggetto che sia parte di un contratto la tutela della propria sfera giuridica, così come risultante a seguito della conclusione dello stesso, «contro la possibilità che l'altro contraente unilateralmente la intacchi, modificando o, addirittura, sciogliendo il vincolo contrattuale che ne è nato»⁵.

Alla luce delle ipotesi di scioglimento unilaterale del vincolo contrattuale disciplinate dal Codice civile, appare lecito chiedersi se sia, allo stesso modo, ammissibile l'attribuzione ad una o ad entrambe le parti di un *ius variandi* unilaterale, attraverso cui modificare *ex uno latere* il rapporto contrattuale derivante dall'accordo precedentemente concluso⁶.

In virtù dell'art. 1372 c.c., le parti non sembrerebbero legittimate a modificare unilateralmente il contenuto del loro accordo⁷, avendo il contratto forza di legge e non essendo, tra l'altro, prevista per tale facoltà analoga disciplina a quella dettata

⁴ SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., p.230; In dottrina sono diverse le posizioni circa il modo di intendere la disposizione dettata dall'art. 1322, 2° comma, c.c., secondo alcuni il giudizio di meritevolezza tenderebbe a valutare l'«idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi», mirando a «verificare se esso abbia un significato economico-sociale, in termini di scambio di utilità» (GAZZONI F., *op. cit.*, p. 817); altri invece riconducono il giudizio di meritevolezza a quello di liceità, *ex art.* 1343 c.c., ritenendo non meritevoli di tutela unicamente quelle pattuizioni che siano socialmente dannose o pericolose (ROPPO V., *Il contratto*, cit., p.346 e 403)

⁵ ROPPO V., *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in BELVEDERE A. e GRANELLI C. (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2001, p.142: l'Autore evidenzia, però, come procedendo nell'analisi della sistematica del codice, osservata la diffusione delle possibilità attribuite ad uno dei contraenti di determinare unilateralmente lo scioglimento del rapporto, sia possibile desumere come tale dato «non appaia ripugnante al sistema», ma sia anzi considerato con «una certa tranquillità, senza eccessiva preoccupazione» (*ivi*, p. 143).

⁶ Cfr. ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 523. «Il *jus variandi*, nella sua accezione più lata, copre tutti quei casi in cui una parte del rapporto contrattuale [...] ha il potere di decidere unilateralmente il contenuto del rapporto stesso così da dar luogo ad una modifica dell'originario regolamento di interessi», così NIVARRA L., *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in AA. VV., *Diritto Privato, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, p. 319. Negli stessi termini v. anche SAVINI S., *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. econ. assic.*, 1999, p. 218. Evidenzia la natura polisensa dell'espressione «*ius variandi*», GAGGERO P., *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, Cedam, 1999, p.1, sottolineando come con riferimento ai contratti l'espressione evochi la modificazione del regolamento di fonte negoziale. Cfr. anche GAMBINI M., *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, Esi, 2000, p.79.

⁷ Cfr. ROPPO V., *op. cit.*, p. 503.

in via generale per il recesso (*ex art. 1373 c.c.*)⁸.

Confrontando, inoltre, il potere unilaterale di recesso con il *ius variandi* appare, già a prima vista, evidente come la soggezione della controparte al primo di tali poteri risulti meno gravosa rispetto a quella scaturente dal *ius variandi*, il quale, per giunta, se attribuito ad una sola delle parti, «parrebbe incompatibile con la necessaria base consensuale e paritaria del rapporto contrattuale»⁹.

1.1.1. *Profili problematici del ius variandi.*

In letteratura si evidenzia come il *ius variandi* attenti con maggiore forza ai principi dell'accordo e del vincolo rispetto al diritto di recesso, risultando «potenzialmente più grave e pericoloso per la parte che lo subisce», ciò in quanto mentre l'atto di esercizio del diritto di recesso si presenta predeterminato nei contenuti, sostituendo al rapporto contrattuale l'assenza del vincolo, l'esercizio del *ius variandi*, potenzialmente, assoggetta la parte che lo subisce ad una nuova posizione suscettibile di assumere i più disparati contenuti¹⁰.

È del resto innegabile la tendenza, nell'avvicinarsi alla materia di studio, a guardare l'istituto del *ius variandi* unilaterale come un possibile «strumento di arbitrio e prevaricazione»¹¹, ciò in virtù della sua apparente collisione con alcuni dei capisaldi della teoria generale del contratto, quali la base consensuale dell'accordo¹², il principio del vincolo contrattuale¹³ e il requisito della

⁸ Cfr. SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, in COSTANZA M. (a cura di), *Effetti*, in *Tratt. del contratto* diretto da V. ROPPO, III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 141. Parte della dottrina sottolinea come tale circostanza non sia necessariamente indicativa di un divieto, non potendosi lo stesso desumere solamente dal silenzio del codice, SCARPELLO A., *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, Cedam, 2010, p. 15, n. 35.

⁹ SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali di modificazione ...*, cit., p.19.

¹⁰ Così ROPPO V., *op. loc. ult. cit.*, il quale alla luce delle considerazioni, di cui si è dato conto nel testo, spiega l'atteggiamento di maggiore cautela assunto dall'ordinamento, rispetto alle ipotesi di *ius variandi*, sulla base della maggior dose di arbitrio che tale potere assume rispetto al potere di sciogliere il contratto. Vedi anche DI MARZIO F., *Clausola sullo ius variandi*, in CENDON P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi commerciale*, XXIV, *Clausole ricorrenti – accordi e discipline*, Torino, Utet, 2004, p. 143, il quale evidenzia come in forza del *ius variandi* la parte che subisce la modifica apportata unilateralmente dalla controparte «subisce raddoppiato il peso della sua soggezione» al contratto, in quanto non più soltanto vincolata all'originario contenuto, ma anche a quanto stabilito dal titolare del potere di modifica mediante l'esercizio di quest'ultimo.

¹¹ SCARPELLO A., *La modifica unilaterale ...*, cit, p. 1, il quale definisce tale idea «più che il risultato di un ragionamento, un dato di immediata percezione».

¹² In dottrina si sottolinea come l'attività di modifica unilaterale, che incida sul divisato assetto di interessi, al pari dell'attività che lo determini *ex novo*, collida con il carattere bilaterale della vicenda contrattuale, cfr. SCARPELLO A., *op. cit.*, p. 40. Del resto, consentire la modifica del regolamento contrattuale, senza la necessità che la controparte presti il proprio consenso significa assoggettare

determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.)¹⁴. Sennonché, scandagliando la disciplina codicistica e allungando lo sguardo al di là del Codice civile, nell'ambito delle *c.d.* leggi complementari, non si può fare a meno di notare come lo stesso legislatore abbia preso in considerazione tale potere attribuendolo *ex lege* ad una delle parti, oppure autorizzandone l'inserimento nel contratto, ad opera delle parti stesse, per mezzo di un'apposita clausola attributiva¹⁵.

Ipotesi di *ius variandi* risultano previste in diverse fattispecie contrattuali, indipendentemente dalla qualità delle parti, dall'oggetto e dalla funzione del contratto¹⁶.

Disciplinando tale fenomeno il legislatore ha al contempo previsto dei meccanismi a tutela dell'altro contraente¹⁷, in ragione dei quali, in dottrina¹⁸ si è

quest'ultima all'altrui determinazione, con la possibilità che ne sia menomata la libertà contrattuale (cfr. GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 34).

¹³ Cfr. DI MARZIO F., *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 142, il quale classifica il *ius variandi* nell'ambito delle vicende modificative del rapporto giuridico, sottolineando come lo stesso si ponga in deroga all'art. 1372 c.c.

¹⁴ Cfr. GAGGERO P., *op. loc. ult. cit.*, il quale nel sottolineare tale profilo problematico dell'istituto del *ius variandi* richiama l'indirizzo giurisprudenziale, espresso dalla Suprema Corte con la sent. n. 11003 del 1997, secondo cui la previsione del *ius variandi ad nutum* implicherebbe l'indeterminabilità dell'oggetto del contratto.

¹⁵ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, 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 soffermerà ampiamente nel corso della trattazione.

Dal riconoscimento legislativo e dall'avallo della legittimità di clausole attributive di *ius variandi* operato dal legislatore, parte della dottrina deduce «un atteggiamento tutt'altro che negativo da parte dell'ordinamento» nei confronti di un potere unilaterale di modifica, così GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, p.968. *Contra* PARGLIONI M., *Le clausole sulla modifica unilaterale del contratto e sull'accertamento unilaterale dell'esecuzione*, in CENDON P. (a cura di), *I contratti in generale, IV, t.2, Clausole abusive*, Torino, Utet, 2001, p.805, il quale, pur rilevando come alle volte sia la legge stessa a consentire l'attribuzione negoziale del potere di modifica unilaterale ad uno dei contraenti (purché preordinato e circoscritto al fine di evitarne abusi), nel complesso interpreta l'atteggiamento dell'ordinamento come di «generale sfavore» verso l'attribuzione del *ius variandi*. Di diffidenza ed avversione nei confronti dell'istituto del *ius variandi* parla pure SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, cit., p.141.

¹⁶ FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (jus variandi)*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, p. 401; GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali del contratto ...*, cit., p. 968-969. È appena il caso di notare, aderendo a quanto affermato da SCARPELLO A., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p.162, come non tutte le ipotesi in cui il codice attribuisca alla parte un potere di modifica siano riconducibili al *c.d. ius variandi* unilaterale, riscontrandosi quest'ultimo nei casi in cui la legge assegni ad una o ad entrambe le parti un potere di modifica dell'assetto di interessi originario senza la necessità della collaborazione della controparte, né tanto meno di un intervento giudiziale.

¹⁷ SAVINI S., *Brevi note in tema di arbitraggio ...*, cit., p. 219. Cfr. anche ROPPO V., *Il contratto*, cit., p.524, il quale rileva come nelle ipotesi in cui il legislatore attribuisca il potere di modifica unilaterale ovvero preveda la possibilità che questo sia attribuito mediante una clausola contrattuale, lo stesso introduca dei limiti alla discrezionalità della variazione o, in alternativa, dei rimedi esperibili dal soggetto destinato a subirla.

proposta una tripartizione delle ipotesi di *ius variandi*, distinguendo:

- un primo gruppo di ipotesi ad ampio carattere discrezionale, dove ad essere limitate sono le modalità di esercizio del potere, riscontrandosi ampia discrezionalità in capo al titolare circa il “se” del suo esercizio (*ad es.* art. 1661 c.c., in tema di appalto, art. 2103 c.c., in tema di rapporto di lavoro);
- un secondo gruppo di ipotesi a carattere discrezionale attenuato, nel quale sarebbero riconducibili le norme previste in materia bancaria (art. 118 t.u.b.) e di tutela del consumatore (art. 33, 2° comma cod. cons.), dove il potere di modifica unilaterale richiede che il titolare ne giustifichi l’esercizio, ovvero quest’ultimo viene circoscritto entro precisi limiti individuati dal legislatore stesso;
- un terzo ed ultimo gruppo di ipotesi, che potrebbero definirsi a carattere condizionato, in cui l’esercizio del *ius variandi* è subordinato all’accertamento del verificarsi di circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto (*ad es.:* art. 1577 c.c., in tema di locazione, art. 1686, 2° comma, c.c., in tema di trasporto, 1711, 2° comma, c.c., in tema di mandato, e 1770, 2° comma, c.c., in tema di deposito)¹⁹.

Tale rilievo, da un lato, non può che condurre a prendere atto dell’ammissibilità di un potere unilaterale di modifica nei casi in cui sia il legislatore stesso a prevederlo (*c.d. ius variandi legale*) ovvero a consentirne l’attribuzione (*c.d. ius variandi volontario*)²⁰, dall’altro, spinge l’interprete ad interrogarsi circa l’ammissibilità di un *ius variandi* di natura convenzionale, ossia previsto dalle parti al di fuori di specifiche norme autorizzative²¹.

¹⁸ IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 45 e ss.

¹⁹ Le ipotesi previste dagli art. 1686, 2° comma, 1711, 2° comma, e 1770, 2° comma, c.c. sono considerate espressione di *ius variandi* da GAMBINI M., *op. cit.*, p.85; PARGLIONI M., *Le clausole sulla modifica unilaterale*, cit., p. 807; GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali ...*, cit., p.969. *Contra* IORIO G., *op. cit.*, p. 109: l’A. esclude tali ipotesi dall’ambito del *ius variandi* ritenendo che il comportamento tenuto dalle parti rientri nell’adempimento del dovere di diligenza e buona fede nell’esecuzione del contratto. Tale esclusione non appare però condivisibile, in quanto il fatto che la variazione trovi giustificazione nel dovere di diligenza e buona fede non toglie che il vettore, il mandatario e il depositario operino una modifica del rapporto contrattuale non concordata, incidendo unilateralmente la sfera giuridica della controparte.

²⁰ SIRENA P., *op. cit.*, p. 143.

²¹ Cfr. SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*, il quale rileva come l’ammissibilità del *c.d. ius variandi* volontario, al di fuori dei casi previsti dalla legge, sia fortemente controversa. Cfr. anche CAPURRO T., *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, in *BBTC*, II, 2008, p.230, il quale sottolinea come non si pongano problemi di validità della clausola sul *ius variandi* quando sia il legislatore stesso ad attribuirlo o ad assegnare alle parti la facoltà di prevederlo.

1.1.2. *Le posizioni della dottrina rispetto all'ammissibilità della previsione convenzionale del ius variandi.*

L'assenza, nella parte generale della disciplina del contratto, di una previsione generale sul *ius variandi* unilaterale ha determinato in dottrina risposte contrastanti a tale quesito²², sebbene appaia consolidarsi una certa apertura, in considerazione dell'utilità di tali pattuizioni, nel senso di ammetterne l'ammissibilità²³.

Per quanto, in passato, le ipotesi di *ius variandi* previste dal Codice civile potessero apparire come espressione di una «ridotta ammissibilità»²⁴ del potere di modifica unilaterale, in seguito ad una serie di interventi legislativi, in materia di trasparenza bancaria e, soprattutto, di tutela del consumatore, tale prospettiva sembra oggi poter essere capovolta indubbio²⁵, potendosi ritenere implicitamente ammessa dal sistema la pattuizione convenzionale del *ius variandi*, seppure entro determinati limiti e condizioni²⁶.

Scorrendo le posizioni assunte in materia dalla dottrina, è possibile rinvenire un quadro composito di soluzioni che va dal fermo rifiuto della figura del *ius variandi* sino ad un atteggiamento di più cauta apertura verso la stessa.

Secondo un primo orientamento, oggi minoritario, le previsioni con cui una parte si riserva il potere di modificare unilateralmente il concordato assetto di interessi, sarebbero da considerarsi senz'altro invalide, contrastando le stesse con il principio dell'accordo²⁷.

²² Cfr. SCARPELLO, *La modifica unilaterale ...*, cit., p. 99.

²³ Cfr. FARNETI M., *Ius variandi, recesso, spese di chiusura conto e condizioni economiche nei contratti bancari del consumatore: dalla giurisprudenza alle nuove regole del t.u.b. (Trib. Bolzano, 11 aprile 2005)*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 861..

²⁴ RESCIO G. A., *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *BBTC*, II, 1987, p. 102; SAVINI S., *op. loc. ult. cit.*

²⁵ NIVARRA L., *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, cit., p.322 e ss, secondo l'Autore non avrebbe più senso interrogarsi sull'ammissibilità della clausola attributiva del *ius variandi*, proprio alla luce del fatto che il legislatore abbia riconosciuto l'ammissibilità di tali pattuizioni attraverso discipline improntate alla tutela del contraente debole (il cliente della banca, il consumatore).

²⁶ Cfr. ROPPO V., *Autonomia privata e poteri unilaterali*, cit., p. 156; FARNETI M., *La presunzione di cui alla lett. m) del 2° comma*, in DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A. (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2010, p. 288: l'A. sottolinea come il vero dibattito si disputi circa i requisiti di ammissibilità della figura, ossia circa i connotati che l'attribuzione del potere debba avere e le condizioni cui lo stesso debba essere assoggettato. Cfr. anche PAGLIANTI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 121.

²⁷ RESCIO G. A., *Clausola di modifica unilaterale ...*, cit., p. 98, il quale, considerando «ineluttabile» il contrasto con gli artt. 1321, 1325 e 1372 c.c., evidenzia come in seguito all'esercizio del potere di modifica unilaterale «il contratto finirebbe di essere il “voluto” di entrambe le parti» divenendo

Un diverso orientamento, invece, richiamandosi al principio dell'autonomia privata, considera non solo tali pattuizioni ammissibili, valutando i poteri unilaterali delle parti come un fenomeno non necessariamente «sconcertante, paradossale o iniquo»²⁸, ma nei casi in cui la modifica si traduca esclusivamente in un vantaggio per la controparte, ritiene persino non necessaria una specifica pattuizione che attribuisca il relativo potere di modifica²⁹.

Altra dottrina interpreta la diffusione delle ipotesi legali e negoziali del *ius variandi* come espressione di un generale principio di «limitata, speciale e derivata ammissibilità» dello stesso. L'ammissibilità del *ius variandi* sarebbe: "limitata", in quanto la previsione di un simile potere, in ossequio al principio di eguaglianza sostanziale delle parti, non potrebbe che essere sottoposta ad una serie di limiti e condizioni, a garanzia della parte destinata a subirne l'esercizio; "speciale", in quanto il *ius variandi*, derogando al principio generale della forza vincolante del contratto, non potrebbe avere carattere di istituto generale; "derivata", in quanto la legittimità della variazione operata dalla parte presuppone necessariamente la sussistenza di una specifica fonte di legittimazione, legale o negoziale³⁰.

Contro una aprioristica presa di posizione, circa la validità o meno del *ius variandi* di natura convenzionale, in considerazione dell'utilità che da tali clausole possono derivare per i traffici giuridici, altra dottrina sostiene l'inopportunità di un generale divieto del *ius variandi*, ritenendo più adeguata la sola sanzione del suo abuso³¹.

espressione delle sole esigenze del soggetto titolare del relativo potere, privando la controparte della possibilità di controllare le conseguenze cui la stessa sarà soggetta. Cfr. però TRIB. MILANO, 18 aprile 1985, in *BBTC*, II, 1987, p. 94 e ss. con nota critica di RESCIO G. A, il quale rileva come l'organo giudicante non si sia neppure posto il problema della validità della clausola, attribuendole direttamente «una portata tale da conferire valore giuridico di accettazione al silenzio del cliente successivo alla modifica proposta». La clausola, in sostanza, viene fatta salva mediante la sua riconduzione alla fattispecie dell'accordo tacito, il che «rappresentava chiaramente un espediente per superare eventuali problemi attinenti alla bilateralità del consenso» (SCARPELLO A. *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *NGCC*, I, p.347).

²⁸ SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali ...*, cit., p.24. *Contra* DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, Led Edizioni, 1993, il quale ritiene che le previsioni legislative di *ius variandi* costituiscano «un settore di diritto speciale, sottratto al principio di cui all'art. 1372 c.c.». Nel senso dell'eccezionalità del *ius variandi* riconosciuto alla banca si esprime BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in MORERA U. e NUZZO A. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria, II, L'attività delle banche*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 219.

²⁹ SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali ...*, cit., p.21-22.

³⁰ GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 135, n. 241.

³¹ FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale ...*, cit., p. 400. Cfr. anche DI MARZIO F., *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 163, il quale pur sottolineando come in linea generale sarebbe possibile affermare l'illiceità della previsione convenzionale del *ius variandi* al di fuori delle ipotesi legislative, ponendosi tale potere in apparente contrasto «con la tutela della libertà contrattuale, che è

Se è, infatti, vero che il potere di modifica unilaterale determina la soggezione della controparte alle scelte operate dall'altra, ciò non vuol dire che l'esercizio di tale potere conduca inevitabilmente al realizzarsi di abusi in danno di una delle parti³².

A conclusione di questo breve *excursus* delle posizioni assunte dalla dottrina, è possibile rilevare come le diverse valutazioni si giustificano alla luce della natura poliedrica del fenomeno del *ius variandi*, il quale si presta, a seconda dei casi, ad essere strumento di possibile prevaricazione di una parte sull'altra, così come strumento per sistemare «in modo efficiente, ragionevole, equilibrato gli interessi delle parti»³³.

Data tale premessa si può condividere, senz'altro, la posizione di chi³⁴, operando una distinzione fra le ipotesi di *ius variandi* attribuito nel prevalente interesse della controparte e quelle in cui lo stesso è attribuito nell'interesse della parte titolare del potere, distingue i relativi giudizi circa l'ammissibilità e liceità delle relative pattuizioni.

La prima ipotesi viene considerata certamente lecita, configurandosi l'esercizio del *ius variandi* come un potere-dovere della parte, sindacabile alla luce dei canoni di correttezza e buona fede.

Rispetto alla seconda ipotesi, invece, viene operata un'ulteriore differenziazione, a seconda che la clausola fissi i criteri di esercizio del *ius variandi*, ovvero assegni un potere illimitato ad una delle parti.

Nel primo caso la clausola viene considerata lecita in quanto idonea a limitare l'arbitrio del titolare del potere, mentre nel secondo caso vengono proposte due possibili valutazioni: l'una nel senso della nullità della clausola per contrasto con il principio dell'accordo e del vincolo contrattuale; l'altra tendente a considerare lecita la pattuizione e a spostare il giudizio di validità nel momento dell'esercizio del potere, sì da considerare efficaci solo le modifiche che risultino conformi secondo il canone della buona fede³⁵.

Quest'ultima ipotesi sembra però scontrarsi con l'orientamento assunto, anche

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 sul *ius variandi* nei contratti tra professionista e consumatore [cfr. art. 33, 2° comma, lett. m) ed o)].

³² SAVINI S., *Brevi note in tema di arbitraggio ...*, cit., p. 219.

³³ ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 525.

³⁴ ROPPO V., *op. cit.*, p. 526 - 527.

³⁵ ROPPO V., *op. loc. ult. cit.*

recentemente, dalla giurisprudenza della Suprema Corte, la quale considera invalida, per contrasto con il principio di determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto, quella clausola che attribuisca ad una delle parti il potere di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale, senza predeterminarne i criteri di esercizio³⁶.

1.2. L'autonomia privata come fondamento del *ius variandi*.

Non rinvenendosi in dottrina un'interpretazione univoca circa la legittimità delle clausole attributive di un potere unilaterale di modifica, al di fuori delle ipotesi esplicitamente prese in considerazione dal legislatore, è opportuno innanzitutto verificarne l'ammissibilità alla luce del principio di autonomia privata, il quale, come si è accennato, informa l'intero sistema del diritto privato, consentendo alle parti di regolare da sé i propri interessi.

Sebbene in dottrina non manchino dichiarazioni tese ad affermare il primato dell'autonomia privata e, quindi, della libertà di ciascuno di legarsi come meglio crede³⁷, non può farsi a meno di notare come l'ordinamento tuteli la medesima autonomia privata e la libertà contrattuale anche contro se stessa, mediante la previsione di ipotesi di nullità *c.d.* di protezione, le quali travolgono con la sanzione dell'invalidità clausole pur sempre volute dalla parte nel cui interesse è prevista la nullità³⁸.

La previsione del potere di modificare unilateralmente il divisato assetto

³⁶ Cfr. CASS. CIV., 8 novembre 1997, n. 11003, in *NGCC*, 1999, I, con nota di SCARPELLO A., p.338; CASS. CIV., III sez., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, con nota di FARNETI M., p. 123 e ss.

³⁷ Cfr. SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali ...*, cit, p. 21, il quale afferma come le parti siano libere, in ogni tipo di contratto, di convenire la facoltà di una di esse di modificare il contenuto dell'accordo, rientrando tale ipotesi nella nozione di autonomia contrattuale e dovendo sottostare ai soli limiti generali che condizionano la validità di ogni accordo (giusta causa e liceità); In senso adesivo cfr. FICI A., *op. cit.*, p. 396, il quale, definendo tale prospettiva come la «più convincente», sottolinea come, fondandosi il diritto di modificazione unilaterale su un previo accordo delle parti, il principio di bilateralità potrebbe considerarsi rispettato; FASIELLO M., *Clausola di modificazione unilaterale del contratto*, in CENDON P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XXIV, *Clausole ricorrenti – accordi e discipline*, Torino, Utet, 2004, p. 271, il quale ritiene però l'applicazione del *ius variandi* unilaterale un'eccezione in quanto, a giudizio dell'A., l'ordinamento legittimerebbe la modifica dell'accordo solo per mutuo consenso; ANTONUCCI M., *Le clausole sulla forma e sulla modificabilità del contratto*, *ivi*, p.763. *Contra* SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 114, il quale sottolinea come non basti il richiamo all'autonomia privata per legittimare la previsione della clausola sul *ius variandi*, dovendo essere il principio di autonomia contrattuale coordinato con l'art. 1372 c.c., il quale veicola il principio dell'identità tra fattispecie ed effetti.

³⁸ ROPPO V., *Il contratto*, cit. p.525.

contrattuale, in linea teorica, consentirebbe ad una delle parti di poter alterare la normale ripartizione dell'alea contrattuale, spostando il rischio derivante da eventuali sopravvenienze successive alla conclusione del contratto sulla controparte, la quale si potrebbe così vedere obbligata ad una prestazione diversa o più onerosa rispetto a quella originariamente pattuita³⁹.

La parte destinataria dell'esercizio del *ius variandi* verrebbe a trovarsi in una posizione di completa soggezione, suscettibile di far venir meno la base paritaria del rapporto contrattuale, essendo assegnato ad uno dei contraenti il potere di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica altrui, modificando un rapporto che trova la propria fonte originaria nell'accordo⁴⁰.

Può notarsi, in prima battuta, come l'ordinamento ponga la liceità quale limite generale all'autonomia contrattuale, sancendo *ex art.* 1343 c.c., in combinato disposto con l'art. 1418, 2° comma, c.c., la nullità del regolamento dettato dalle parti allorché questo sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume⁴¹.

In seconda battuta, può rilevarsi come appaia contraria ai principi (di ordine pubblico) dell'accordo e del vincolo contrattuale, una previsione che, consentendo ad una sola delle parti di poter variare il regolamento contrattuale, senza la necessità di raccogliere il consenso della controparte, determini la possibilità di incidere unilateralmente l'altrui sfera giuridica. Sicché, se tale inconciliabilità fosse confermata, senza dubbio si potrebbe concludere per l'illiceità della relativa pattuizione a nulla valendo che essa sia stata accettata dalle parti⁴².

1.2.1. Conciliabilità del *ius variandi* con il principio dell'accordo e del vincolo contrattuale.

La conclusione appena prospettata, tuttavia, non appare condivisibile in quanto il

³⁹ Cfr. IURILLI C., *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "jus variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giur. it.*, I, 2001, p. 654.

⁴⁰ SCARANO L. A., *Ius variandi nel rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in BIANCA C. M. e BUSNELLI F. D. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Padova, Cedam, p.508.

⁴¹ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, Esi, 2011, p.799, il quale sottolinea la portata generale della norma, dettata in tema di causa, dall'art. 1343 c.c.

⁴² ROPPO V., *op. loc. ult. cit.*: Il principio dell'accordo e del vincolo possono essere considerati principi di ordine pubblico essendo il primo posto a tutela della sfera giuridica dei singoli, contro incursioni da questi non volute, ed essendo il secondo posto a tutela della certezza e stabilità degli effetti derivanti da quanto le parti abbiano convenuto nel regolamento contrattuale.

potere della parte, cui sia attribuito il *ius variandi*, trova pur sempre la propria legittimazione in un preventivo accordo tra le parti.

In forza di quest'ultimo, come notato anche da coloro i quali ne sostengono l'invalidità al di fuori delle ipotesi legali, le modifiche apportate dalla parte potrebbero ritenersi sorrette da un «accordo di secondo grado»⁴³, sì da non urtare la bilateralità dell'accordo, così come avviene nel caso della determinazione successiva del terzo (art. 1349 c.c.)⁴⁴.

La previsione di un *ius variandi* convenzionale, inoltre, essendo inclusa nell'ambito del regolamento contrattuale, non negherebbe il principio di intangibilità del vincolo, sancito dall'art. 1372 c.c. Il contratto così concluso dalle parti continuerebbe, infatti, a non poter subire interferenze esterne o modifiche che non trovino ragione nel contratto stesso (quindi, nella volontà delle parti) o nella legge⁴⁵.

È indubbio che le parti, una volta concluso l'accordo e determinate il contenuto, a fronte del mutare degli interessi o delle circostanze, possano successivamente mettere in discussione quanto concordato⁴⁶, così come nulla sembra impedire alle stesse di prevedere e concordare nel momento dell'accordo un meccanismo di revisione dell'assetto contrattuale che rimetta ad uno dei contraenti la scelta delle modifiche da apportare.

Allo stesso tempo, tuttavia, appare incontestabile, alla luce dei principi

⁴³ RESCIO G. A., *Clausola di modifica ...*, cit., p. 99. In tal senso cfr. anche SCARPELLO A., *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». *Contra* IURILLI C., *op. cit.*, 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, in quanto questo «non sarebbe “libero”, ma “indotto” dal contraente forte».

⁴⁴ Cfr. IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, cit., p. 6. *Contra* BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza ...*, cit., p. 219, secondo l'A. la modifica contrattuale non potrebbe ritenersi «solo apparentemente unilaterale» in virtù del fatto che sia stato anticipatamente prestato il consenso alla modificazione, ciò in quanto un «consenso “alla cieca” [...] è un non consenso».

⁴⁵ Così IORIO G., *op. cit.*, p. 14. Cfr. anche SIRENA P., *Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *BBTC*, I, 2007, p. 264, l'A. evidenzia come il principio di vincolatività del contratto escluda che «ciascuna parte possa autonomamente attribuirsi il diritto di modificare (così come di sciogliere) il contratto, ma non vieta affatto che tale diritto possa esserle attribuito dall'accordo con l'altra parte».

⁴⁶ Quanto affermato nel testo appare senz'altro vero a fronte di un rapporto contrattuale destinato a protrarsi nel tempo. Anticipando in parte quanto si analizzerà nel § 1.3, tale considerazione permette di distinguere, ai fini dell'ammissibilità della previsione del *ius variandi*, tra contratti ad esecuzione istantanea-immediata e contratti di durata, risultando tale previsione priva di ragioni giustificatrici, meritevoli di tutela, nel caso di un contratto destinato a produrre i propri effetti nel momento stesso della sua conclusione.

fondamentali dell'autonomia privata, l'inammissibilità di un potere che esponga una delle parti al rischio di vedersi obbligata a qualcosa di completamente diverso da quanto preventivamente concordato, risultando senz'altro necessario un contenimento e controllo del potere di modifica, salvo voler privare di effettività l'autonomia della parte destinataria del suo esercizio, azzerata dall'impossibilità di strumenti di reazione in capo alla parte stessa⁴⁷.

In definitiva, nel momento della conclusione dell'accordo, uno dei contraenti può, senz'altro, disporre del suo successivo consenso alla modifica dell'assetto contrattuale, purché sia possibile un sindacato sul merito dell'esercizio del *ius variandi*, il quale si sostituisce al principio dell'accordo come forma di tutela della propria sfera giuridica⁴⁸.

Anche la Suprema Corte, con le sentenze dell'8 novembre 1997, n. 11003 e del 29 febbraio 2008, n. 5513⁴⁹, sembra aver assunto una posizione diversa, rispetto a quanti affermano l'invalidità del *ius variandi* per violazione del principio della bilateralità del consenso e dell'intangibilità del vincolo. La Corte, infatti, nell'ammettere a date condizioni la prevedibilità di tale potere, ritiene che tali principi non siano messi in discussione dalla previsione di un potere di modifica unilaterale, il quale si fondi sulla volontà dalle parti⁵⁰.

Un dato non trascurabile, inoltre, proviene dalla legislazione speciale, che come accennato, sembra riconoscere un'ammissibilità in via generale alle clausole attributive del *ius variandi*.

Le discipline dettate a tutela del *c.d.* contraente debole, infatti, prevedendo limiti e condizioni per l'attribuzione e l'esercizio del potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (art. 118 t.u.b. ed art. 33, 2° comma cod. cons), ovvero negandone – con specifiche eccezioni – la possibilità di previsione (art. 6, l. n. 192/98), possono essere lette come *eccezione* ad un generale principio di ammissibilità del *ius variandi* convenzionale⁵¹. Ragionando diversamente, ossia nel senso di ritenere tali clausole di per sé nulle, perché non ammesse dall'ordinamento,

⁴⁷ Per tali conclusioni vedi *infra* § 1.5.

⁴⁸ CAPURRO T., *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, cit., p. 231.

⁴⁹ Vedi *supra* nota 36.

⁵⁰ GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali ...*, cit., p.967.

⁵¹ Occorre osservare però come la nuova formulazione dell'art. 118 t.u.b. (come già quella successiva alla riforma del 2006, cui si riferisce SCARPELLO A., *La modifica unilaterale ...*, cit., p.267) prevedendo che, nei contratti a tempo indeterminato, la facoltà di modifica unilaterale «può essere convenuta», con clausola specificamente approvata dal cliente, sembrerebbe suggerire un ragionamento inverso a quello, invece, svolto nel testo.

non potrebbe che concludersi per la superfluità delle norme introdotte dal legislatore⁵².

L'inclusione delle clausole attributive del *ius variandi* nell'elenco dettato dall'art. 33 del Codice del consumo sembrerebbe confermare l'inesistenza di un divieto di carattere generale rispetto alla prevedibilità ad opera dei contraenti di simili pattuizioni, provando come anche rispetto a tale ipotesi l'autonomia privata sia «abilitata ad esercitare il proprio potere creativo»⁵³.

Tali considerazioni potrebbero ritenersi sufficienti per affermare la legittimità di una previsione pattizia del *ius variandi*, anche al di fuori dei casi espressamente autorizzati dalla legge, se non che le perplessità rispetto a tale figura non si limitano solo agli aspetti appena trattati, coinvolgendo anche il profilo strutturale del contratto con riguardo al requisito della determinatezza/determinabilità dell'oggetto (art. 1346 c.c.)⁵⁴.

1.2.2. Conciliabilità del *ius variandi* con il principio di determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto.

Alla luce del consolidato orientamento della Suprema Corte⁵⁵, prima di procedere alla verifica dei limiti entro cui l'autonomia privata possa prevedere l'attribuzione di un potere di modifica unilaterale in capo ad una delle parti, il quale può indubbiamente prestarsi ad essere strumento di prevaricazione e arbitrio⁵⁶,

⁵² ROPPO V., *Autonomia privata ...*, cit., p. 156; ID., *Il contratto*, cit., p. 525; SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, cit., p. 147; GRANELLI C., *op. cit.*, p. 970; GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 112, e in particolare p. 132, dove l'autore afferma come il *ius variandi* di fonte convenzionale oltre a rinvenire «indubbio fondamento normativo nell'art. 1322 c.c. [...] sembra aver trovato implicito riconoscimento in ulteriori, recenti disposizioni normative»; IORIO G., *Le clausole attributive...*, cit., p. 7, il quale valuta tali discipline legislative come la conferma della consapevolezza, da parte del legislatore moderno, che la previsione pattizia del *ius variandi* non costituisca un'eccezione al sistema. L'A., inoltre, ritiene (p. 64 e ss) che le norme sul *ius variandi*, dettate dal codice in riferimento a singoli tipi contrattuali, presentino capacità estensiva nei confronti di quelle figure atipiche che presentino tratti comuni con le fattispecie codificate; Cfr. anche GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 45, n. 59, il quale nota come, in presenza di indicazioni positive contraddittorie, la disciplina codicistica sui singoli contratti, sebbene non fondi una generale ammissibilità del *ius variandi*, «attenua la portata preclusiva che si annette agli argomenti su cui si può fondare l'orientamento restrittivo».

⁵³ BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale, La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, Giappichelli, 2002, p.227.

⁵⁴ Cfr. CASS. CIV., 8 novembre 1997, n. 11003, cit., p.338 e ss.; CASS. CIV., III sez., 29 febbraio 2008, n. 5513, cit., p. 123 e ss.

⁵⁵ Vedi nota precedente.

⁵⁶ In dottrina viene giustamente notato come il fondamento consensuale del *ius variandi* non sembri «di per sé sufficiente a fondarne e legittimarne un esercizio libero ed indiscriminato, irragionevole o

occorre accertarne preliminarmente la compatibilità con il disposto dell'art. 1346 c.c.

Può per prima cosa notarsi come l'ordinamento, al fine di garantire alle parti di poter conoscere quale sia l'impegno cui prestano il proprio consenso, richieda che le stesse stabiliscano personalmente quantomeno il nucleo essenziale del contratto (il quale viene individuato dalla dottrina nella causa e nella natura delle prestazioni principali)⁵⁷, potendone rimettere la concretizzazione ad elementi esterni e consentendo il Codice la possibilità di rimettersi alla determinazione del terzo (art. 1349 c.c.).

Scorrendo la letteratura in materia è possibile, inoltre, notare come, nonostante il silenzio del legislatore, in dottrina non si escluda l'ammissibilità della determinazione di parte, purché questa sia rimessa al suo equo apprezzamento⁵⁸. Nel Codice manca del resto un espresso divieto, né questo sembra desumibile da altra disposizione generale, mentre al contrario sembra possibile desumerne l'ammissibilità, purché gli effetti della scelta siano prevedibili e tollerabili dalla controparte⁵⁹.

Sulla base di tali considerazioni e ritenendo l'ipotesi del *ius variandi* assimilabile ad un'ipotesi di arbitraggio di parte⁶⁰, la Cassazione con la sentenza n. 11003/1997 ha ritenuto nulla, in un contratto di agenzia, la clausola con cui la società preponente si riservava, con il solo onere di preavviso, una facoltà illimitata di

arbitrario», SCARANO L. A., *op. cit.*, p. 510.

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

⁵⁸ Cfr. MACARIO F., *I rimedi manutentivi. L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in ROPPO V. (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, V, 2006, p. 715, il quale sottolinea come la dottrina tradizionalmente escluda la rimessione della determinazione al mero arbitrio della parte; Cfr. anche BIANCA C. M., *op. cit.*, p.327 e in particolare p.338 dove l'A. individua nell'art. 1285 c.c., in tema di obbligazione alternativa, il riconoscimento dell'ammissibilità di una parziale determinazione del rapporto ad opera della parte. Tale riconoscimento, secondo l'A., sarebbe espressione di un principio generale formulabile nel senso che, la determinazione successiva rimessa alla parte possa essere ammessa «nei limiti in cui non alteri la posizione dell'altro contraente»; SCARPELLO A., *La modifica unilaterale ...*, cit., p. 43 e ss., il quale sottolinea come l'inclinazione della dottrina più recente ad ammettere 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», cfr. BIANCA M. C., *op. cit.*, p. 34), il quale conduce a ritenere garantita l'autonomia privata anche in assenza di un'effettiva negoziazione di tutti gli aspetti del contratto.

⁵⁹ Cfr. RESCIO G. A., *Clausola di modifica ...*, cit., p. 103; MACARIO F., *I rimedi manutentivi*, cit., p. 716; ROPPO V., *Il contratto*, cit., p.338, il quale, escludendo la possibilità che le parti si rimettano alla discrezionalità illimitata di una di esse, richiama, quali indici normativi di apertura alla possibilità di una determinazione di parte, oltre all'art. 1285 c.c., l'art. 1560, 2° comma, c.c., in tema di somministrazione, e l'art. 6, l. 192/98, in tema di subfornitura. L'A. sottolinea come da tali disposizioni possano essere desunti i termini di ammissibilità di una determinazione unilaterale.

⁶⁰ SAVINI S., *Brevi note in tema di arbitraggio ...*, cit., p. 215.

variazione delle tariffe provvigionali, il che a giudizio della S.C. implicava l'indeterminabilità del corrispettivo spettante all'agente, in contrasto con l'art. 1346 c.c.⁶¹.

Dal testo della sentenza appena citata è possibile rilevare come la Corte condanni, con la sanzione della nullità, la clausola che rimetta la determinazione della modifica al mero arbitrio di una parte, ammettendola invece qualora sia rimessa al suo equo apprezzamento, ovvero qualora preveda dei criteri atti ad escludere o, quantomeno, circoscrivere la discrezionalità della parte titolare del potere, consentendo così alla controparte la possibilità di avere conoscenza dei suoi possibili effetti⁶².

Ragionamento confermato dalla sent. n. 5513/2008, il quale ha cassato la pronuncia con cui la corte territoriale aveva riconosciuto la validità della clausola che riconosceva ad una delle parti la facoltà di variare nel corso del rapporto i canoni dovuti per l'erogazione dei servizi oggetto di contratto, qualora si fossero verificate delle variazioni dei costi e del bilancio economico dell'attività «senza verificare se tale pattuizione fosse integrata da eventuali altre clausole relative ai criteri di determinazione della misura dei canoni»⁶³.

In particolare la decisione del 1997 è stata oggetto di diverse critiche da parte della dottrina, tese ad evidenziare come l'attribuzione del *ius variandi* ad una delle parti non comporti di per sé l'indeterminabilità dell'oggetto del contratto⁶⁴. Tale

⁶¹ Tale orientamento della S.C., sebbene non abbia convinto la dottrina, è stato ulteriormente confermato con la sentenza dalla III sezione civile, del 29 febbraio 2008, n. 5513, cit., con nota di FARNETI M., p.123-130.

⁶² CASS. CIV., 8.11.1997, n. 11003, cit., p. 344.

⁶³ CASS. CIV., 29.2.2008, n. 5513, cit., p. 124.

⁶⁴ Cfr. GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 35, n. 46, il quale ritiene che la clausola sul *ius variandi* non incida sulla fase genetica del vincolo del rapporto determinando un'indeterminabilità originaria dell'oggetto contrattuale; FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione ...*, cit., p. 399 e ss., il requisito della determinabilità sarebbe soddisfatto dall'indicazione nel contratto del metodo attraverso cui l'oggetto sarà determinato, non rilevando l'esito della determinazione, né l'incertezza della prestazione, la quale inciderebbe solo sulla maggiore o minore aleatorietà del contratto. Nello stesso senso, GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali ...*, cit., p.968, il quale sottolinea come «la determinabilità dell'oggetto del contratto – così come non dipende dai criteri da seguire nella determinazione originaria del suo contenuto – non può, di certo, dipendere dai criteri da seguire nella sua modificazione successiva». *Contra* SCARPELLO A., *Determinazione dell'oggetto ...*, cit., p. 349, il quale però si dimostra critico nei confronti dell'assimilazione, operata dalla Corte, tra il profilo della determinabilità del rapporto e quello della obiettività della determinazione. L'A., interpretando la previsione dell'art. 1349 c.c. come eccezione rispetto al canone sancito dall'art. 1346 c.c., evidenzia come il richiamo all'equità della scelta di parte non faccia venir meno gli aspetti relativi all'incertezza giuridica derivanti dall'attribuzione del *ius variandi* e, seguendo tali coordinate, considera scongiurabile l'assenza di determinabilità del contenuto di tale potere solo mediante la preventiva individuazione di precisi criteri di variabilità.

requisito, infatti, sarebbe soddisfatto dalla individuazione in maniera univoca, ad opera delle parti, del meccanismo o della procedura mediante cui pervenire alla determinazione dell'oggetto, senza che sia necessario prevederne gli esiti di applicazione⁶⁵.

Il requisito della determinabilità del contenuto contrattuale astrattamente, quindi, sembrerebbe soddisfatto anche dalla previsione del *ius variandi*, il quale prefigura sufficientemente un meccanismo mediante cui pervenire alla rideterminazione del regolamento contrattuale⁶⁶, dovendosi ritenere inammissibile la modifica unilaterale della natura delle prestazioni principali del contratto, ovvero della clausola attributiva del potere stesso⁶⁷.

I limiti contenutistici alla modificabilità del rapporto contrattuale, inoltre, anche qualora non esplicitamente previsti dalle parti, sarebbero in ogni caso rinvenibili nell'assetto di interessi che le stesse hanno concordato nel momento della conclusione del contratto⁶⁸.

1.2.3. *L'inammissibilità di un potere di modifica unilaterale rimesso al mero arbitrio di una parte.*

In primo luogo può notarsi come, sebbene in considerazione della diversità ontologica intercorrente tra i due istituti non sembri possibile giustificare il fondamento del *ius variandi* della parte sulla base di un richiamo all'arbitraggio equitativo del terzo, essendo il *ius variandi* espressione di una vicenda modificativa e non integrativa del contratto⁶⁹; allo stesso tempo non sembra possa escludersi una

In merito alla tematica della determinabilità dell'oggetto del contratto si vedano le interessanti riflessioni di SACCO R., in SACCO R. e DE NOVA G. (a cura di), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, II, Torino, Utet, 2004, p. 119 e ss., il quale, portando ad esempio la disciplina della fideiussione *omnibus*, prima della riforma del 1992, sottolinea come l'indeterminatezza venga talora confusa con altri difetti o caratteri di un accordo, come l'aleatorietà.

⁶⁵ Cfr. FICI A., *op. cit.*, p. 399; GRANELLI C., *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ GRANELLI C., *ibidem*; cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 90, il quale segnala come l'accezione di determinabilità accolta dalla giurisprudenza sia sufficientemente estesa da ricomprendere i casi di *ius variandi* caratterizzati da un'elevata discrezionalità.

⁶⁷ Nel caso di una modifica unilaterale della clausola attributiva del *ius variandi* verrebbe meno la possibilità, nel rispetto del principio dell'accordo, di ricondurre le modifiche, che da tale clausola trarrebbero legittimazione, alla volontà della controparte, espressa in riferimento all'originaria formulazione della clausola stessa. Nel caso di modifica della natura delle prestazioni principali dedotte in contratto si avrebbe un'inammissibile ipotesi di novazione unilaterale, su cui si rinvia al § 1.4.

⁶⁸ Vedi *infra* § 1.5.

⁶⁹ Mentre l'oggetto del contratto nell'ipotesi di arbitraggio è indeterminato, ma determinabile,

certa affinità tra gli istituti del *ius variandi* e dell'arbitraggio di parte, consentendo entrambi una determinazione unilaterale ad opera di uno dei contraenti.

In virtù di tale similitudine, pertanto, non dovrebbe apparire peregrino, al fine di circoscrivere l'ambito di ammissibilità del *ius variandi*, il richiamo a quegli orientamenti dottrinali che, pur reputando ammissibile l'arbitraggio di parte, lo limitano alla sola ipotesi di determinazione rimessa all'equo apprezzamento della parte, ravvisandosi nel mero arbitrio l'assenza di serietà del vincolo assunto dalla parte, cui è rimessa la determinazione, e ritenendo prioritaria l'esigenza di evitare che la controparte si trovi assoggettata ad una determinazione interessata.

Proprio in tale direzione, si può ancora notare, come parte della dottrina, facendo riferimento alle situazioni in cui l'ordinamento giuridico prevede o consente che un soggetto possa unilateralmente modificare o costituire un rapporto giuridico, ritenga possibile desumere dal sistema una generale tendenza a tutelare i contraenti contro «irragionevoli sorprese»⁷⁰ che stravolgano il concordato assetto contrattuale.

Le ipotesi legali, infatti, risultano caratterizzate da una relativa certezza circa il risultato finale conseguente all'esercizio del potere unilaterale, così da consentire alla parte che ne subisce l'esercizio di prestare consapevolmente il proprio consenso⁷¹.

Seguendo tale orientamento potrebbe ritenersi che, anche nel caso di una previsione convenzionale del *ius variandi*, quest'ultimo trovi come limite il generale sfavore dell'ordinamento verso la determinazione arbitraria della parte.

Un elemento di supporto a quest'ultima affermazione sembra possa essere rinvenuto nella disciplina della condizione e, in particolare, nell'art. 1355 c.c.⁷²

presentandosi quindi l'azione del terzo (o della parte) come doverosa, essendo necessaria l'integrazione del contratto, nel caso del *ius variandi* l'oggetto è determinato, ma modificabile, e l'esercizio dello stesso si presenta come meramente eventuale; Cfr. SAVINI S., *op. cit.*, p. 218, il quale nota come la modifica sia «un'ipotesi solo eventuale e non necessaria per l'operatività del contratto»; SCARPELLO A., *Determinazione dell'oggetto ...*, cit. p. 349; ID., *La modifica ...*, cit., p.73 e ss., L'A. esclude che il contratto modificabile in forza della previsione del *ius variandi* possa configurarsi come una ipotesi di «incompletezza successiva». L'accordo originario, infatti, è pur sempre completo ed efficace, anche quando la modifica sia legittimata dall'avverarsi di una data situazione, la quale non può comunque incidere direttamente sulla vicenda contrattuale, sì da farne venir meno il carattere della completezza.

⁷⁰ ROPPO V., *Autonomia privata ...*, cit., p. 146.

⁷¹ ROPPO V., *ibidem*.

⁷² SCARPELLO A., *La modifica unilaterale ...*, cit., p. 117, il quale evidenzia come il verificarsi dell'evento dedotto in condizione determini una modifica dell'assetto di interessi delle parti.

È da notare come il richiamo all'art. 1355 c.c. per fondare la liceità del *ius variandi* sia stato criticato da RESCIO G. A., *op. cit.*, p. 102, il quale non ritiene possibile ricavare da tale norma la generale ammissibilità della determinabilità di parte secondo il parametro dell'*arbitrium boni viri*.

La condizione consente di collegare l'efficacia o la risoluzione del contratto al verificarsi o meno di un determinato evento futuro ed incerto. Attraverso tale figura, specie nel caso in cui l'evento dedotto in condizione dipenda dalla volontà della parte, l'ordinamento riconosce ai contraenti un sicuro spazio di gestione del rapporto⁷³, limitato dalla previsione dell'art. 1355 c.c., il quale sancisce la nullità dell'alienazione di un diritto o dell'assunzione di un obbligo subordinata alla mera volontà dell'alienante o del debitore.

Un diffuso orientamento giurisprudenziale tende ad attribuire una portata ristretta a tale previsione, limitandone l'operatività ai soli casi in cui non sussista un apprezzabile interesse della parte dalla cui volontà dipenda il verificarsi della condizione, il quale deve trovare espressa specificazione nel contratto stesso⁷⁴.

Sembrirebbe, dunque, che così come dall'art. 1285 c.c. si possa ricavare l'illegittimità di un potere di determinazione unilaterale rimesso all'arbitrio di uno dei contraenti⁷⁵, così la nullità della condizione sospensiva meramente potestativa, ex art. 1355 c.c., potrebbe essere intesa «come segno del disvalore dell'ordinamento verso le determinazioni arbitrarie della parte»⁷⁶.

La *ratio* sottesa alla norma, infatti, può essere individuata nella finalità di evitare che uno dei contraenti possa alterare l'assetto negoziale sulla base di un suo semplice "capriccio"⁷⁷.

Diversamente dalla posizione criticata, attraverso il richiamo nel testo alla disposizione in argomento, si intende desumere unicamente l'esistenza di un principio generale, all'interno del nostro ordinamento, tendente ad escludere l'ammissibilità di poteri di determinazione rimessi al mero arbitrio di una delle parti.

⁷³ Nella condizione potestativa viene fatto riferimento ad un fatto volontario della parte, il cui compimento comporti un apprezzabile interesse per la stessa (cfr. Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, XLIV ed., Padova, Cedam, 2009, p. 146). La parte «è spinta ad agire sulla base di motivi oggettivi, che rappresentano un giustificato interesse e non un mero capriccio», GAZZONI F., *op. cit.*, p. 937. Si ha, invece, una condizione meramente potestativa quando la stessa «consiste in un fatto volontario il cui compimento o la cui omissione non dipende da seri o apprezzabili motivi, ma dal mero arbitrio della parte», ZACCARIA A., *Sub art. 1355*, in CIAN G. e TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, Padova, Cedam, 2008, p. 1486.

⁷⁴ Cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 119. Tende ad ampliare la nozione di mera potestatività BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 349, il quale collega la configurazione della condizione meramente potestativa all'attribuzione alla parte di un diretto potere decisionale.

⁷⁵ BIANCA C. M., *op. cit.*, p.338.

⁷⁶ SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 121. La diversità di disciplina rispetto alle condizioni risolutive meramente potestative, per le quali non è prevista la sanzione della nullità, conferma come sia maggiormente rischioso l'assoggettamento di una parte ad un potere costitutivo, piuttosto che risolutivo, riconosciuto in capo alla controparte.

⁷⁷ Cfr. GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 45, n. 59, il quale individua nella disciplina della condizione meramente potestativa la conferma «di una direttiva di carattere generale che segna il limite di ammissibilità della rimessione alla volontà di una delle parti di scelte incidenti sul rapporto, che non può spingersi sino a dare accesso a preferenze unilaterali arbitrarie».

Alla luce di tali considerazioni, di conseguenza, si potrebbe trarre dall'art. 1355 c.c. l'inammissibilità di quelle clausole di *ius variandi* che rimettano alla mera volontà di una parte il potere di determinare la variazione, salva la specificazione nel contratto degli interessi che ne potrebbero giustificare l'esercizio. Del resto, se non si vuole sacrificare la compatibilità della previsione del *ius variandi* con il principio del vincolo contrattuale, i presupposti legittimanti l'esercizio di tale potere dovranno essere indicati nel (o desumibili in via interpretativa dal) contratto, escludendosi, *ex art* 1372 c.c., che quest'ultimo possa subire modifiche che non trovino ragione nello stesso⁷⁸.

Il principio della necessità di un apprezzabile interesse, sotteso all'ammissibilità della condizione sospensiva potestativa, troverebbe applicazione anche nel caso del *ius variandi*, risultando identica la situazione di soggezione in cui viene a trovarsi il soggetto destinatario degli effetti contrattuali⁷⁹.

Sulla base di tali ragioni e in via di prima approssimazione, si potrebbe concludere nel senso di ritenere lecita, e quindi ammissibile, pur se priva dell'indicazione dei criteri e limiti al suo esercizio, una previsione convenzionale del *ius variandi*, il quale sia attribuito nel prevalente interesse della parte abilitata al suo esercizio, purché gli effetti e l'esercizio di quest'ultimo trovino una giustificazione meritevole di tutela *ex art.* 1322, 2° comma, c.c.

Al fine di valutare la legittimità dell'attribuzione del potere di *ius variandi* dovrà, quindi, indagarsi alla luce dei canoni di meritevolezza e liceità l'interesse cui miri la relativa previsione⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 199 e in particolare p. 201, il quale ritiene che un'ipotesi di *ius variandi* discrezionale, al di là delle ipotesi legali, urti con lo stesso principio della vincolatività del contratto; IORIO G., *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. .

⁷⁹ Cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 123, l'A. trae da tali considerazioni un'ulteriore elemento a sostegno della tesi dell'ammissibilità del *ius variandi*, osservando come se l'ordinamento ammetta l'alterazione del regolamento contrattuale mediante il meccanismo condizionale (il quale opera automaticamente), non vi sarebbe ragione per escludere che le parti possano prevedere un diverso meccanismo che lasci alla parte discrezionalità sul "se" procedere o meno alla modifica, pur essendosi verificate le circostanze giustificatrici.

⁸⁰ Cfr. GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 236, l'A. nota come nel caso in cui la clausola attributiva del *ius variandi* risulti non adeguatamente giustificata, secondo i canoni di liceità e meritevolezza, l'intero contratto dovrebbe essere colpito da nullità qualora, senza tale clausola, le parti non l'avrebbero stipulato.

1.3. L'esigenza di flessibilità tra prassi commerciale e ipotesi legali.

Constatata l'astratta ammissibilità del *ius variandi* di fonte convenzionale, il quale non sia rimesso al mero arbitrio di una delle parti, occorre procedere ad un'analisi delle ragioni che ne possano giustificare la previsione, risultando, ad un tempo, meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Osservando la disciplina legislativa delle fattispecie legali di *ius variandi*, si può notare, da un lato, come le stesse si riferiscano a rapporti caratterizzati dal protrarsi nel tempo dell'operazione economica sottesa al contratto (si pensi ad esempio all'appalto, al contratto di locazione, al rapporto di lavoro subordinato etc.), e dall'altro, come queste risultino finalizzate al perseguimento di determinate tipologie di interessi, quali: l'interesse a consentire, nel corso dello svolgimento del rapporto contrattuale, una specificazione della prestazione da eseguire o una sua modifica, sì da realizzare l'adempimento del contratto e rendere la prestazione funzionale agli interessi del contraente titolare del potere (così, ad es., nel caso del *ius variandi* attribuito al datore di lavoro, *ex art. 2103 c.c.*, ovvero del diritto di impartire istruzioni al mandatario, attribuito *ex art. 1711, 2° comma, c.c.* al mandante); l'interesse a consentire l'adeguamento del regolamento contrattuale a circostanze sopravvenute, le quali potrebbero compromettere il raggiungimento dello scopo dedotto nel contratto (così, ad es., nel caso del *ius variandi* attribuito al mandante, *ex art. 1710, 2° comma, c.c.*, ed al mandatario, *ex art. 1711, 2° comma, c.c.*, ovvero di quello attribuito alla banca, *ex art. 118 t.u.b.*); l'interesse a consentire una modifica del regolamento contrattuale dettata da un mutamento nella valutazione degli interessi in gioco (così, ad es. nel caso del *ius variandi* attribuito al committente, *ex art. 1661 c.c.*, ovvero nel caso del *ius variandi* che, previa indicazione nel contratto di un giustificato motivo, l'art. 33, 2° comma, lett. m, cod. cons., consente venga attribuito al professionista di modificare unilateralmente le clausole contrattuali etc.). In altri casi, infine, assume rilevanza l'esigenza di far fronte rapidamente ad una determinata sopravvenienza (così, ad es., nel caso del potere del conduttore di realizzare le riparazioni urgenti a carico del locatore, *ex art. 1577 c.c.*)⁸¹.

In dottrina viene evidenziato come tali interessi possano essere tutti ricondotti al

⁸¹ GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali ...*, cit., p. 968 e ss; DI MARZIO F., *Clausola sullo ius variandi ...*, cit., p. 143 e ss.

generale interesse alla flessibilità del contratto, esigenza propria di quei tipi contrattuali destinati ad avere efficacia prolungata nel tempo⁸².

Alla luce di tali rilievi, sembra possibile compiere un ulteriore passo nel senso della delimitazione dell'ammissibilità del *ius variandi*, con riferimento alla tipologia contrattuale adottata dai contraenti. In letteratura si esclude, infatti, la possibilità di ammettere la previsione di un potere di modifica unilaterale con riguardo ai contratti ad esecuzione istantanea ed immediata, nei quali la variazione del regolamento contrattuale non troverebbe sufficienti ragioni giustificative, essendo il contratto destinato a produrre i propri effetti nel momento stesso della sua conclusione.

Diversamente, nei contratti ad esecuzione istantanea ma differita, la cui esecuzione è rinviata ad un momento successivo, e soprattutto nei contratti di durata, i quali tendono a regolare assetti di interessi durevolmente proiettati nel futuro, la previsione di una clausola di *ius variandi* risulterebbe, obiettivamente, un utile strumento di adeguamento del contratto a circostanze sopravvenute o al mutato assetto di interessi di una o di entrambe le parti⁸³.

A conferma di quanto affermato, osservando la prassi commerciale⁸⁴ può evidenziarsi come l'istituto del *ius variandi* risulti legato alla durata del rapporto contrattuale e all'esigenza di garantirne la conservazione⁸⁵.

Nel settore dei contratti commerciali internazionali di durata è, infatti, diffusa la tendenza a prevedere clausole di modificazione dell'assetto contrattuale volte a far fronte ad eventuali sopravvenienze che possano mettere in discussione il concordato assetto di interessi, note come clausole di *hardship*. Attraverso tali clausole viene garantito al contratto un certo margine di flessibilità, rinviando: ad un dato obiettivo della realtà (un tasso d'interesse, un indice di borsa etc.); alla determinazione di un terzo, cui viene affidato un arbitraggio eventuale di natura modificativa; ad un successivo accordo delle parti, mediante la previsione di una clausola di

⁸² Cfr. GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali*, cit., p. 970.

⁸³ GAMBINI M., *op. cit.*, p. 137 e ss.; SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit. p. 87 e ss.

⁸⁴ Con riferimento alla prassi contrattuale, gli stessi Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali sembrano riconoscere la legittimità del potere unilaterale di modifica di fonte convenzionale, *ex art.* 1.3, stabilendo quest'ultimo che il contratto può essere modificato o risolto «in conformità alle clausole contrattuali» oltre che per accordo delle parti o secondo quanto previsto dai Principi stessi, cfr. IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 10.

⁸⁵ Cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 208, il quale evidenzia come la riserva del potere di modifica unilaterale nella prassi risulti presente in «una folta casistica di rapporti contrattuali sia "individuali" che di "massa"», nei quali l'impresa, a causa del fattore "tempo", è esposta al rischio derivante da eventi sopravvenuti.

rinegoziazione; oppure alla rideterminazione di una delle parti stesse⁸⁶. In tal modo le parti evitano la risoluzione del contratto, resa necessaria dal sopraggiungere di eventuali sopravvenienze, consentendo al rapporto contrattuale di proseguire così come modificato.

Risulta evidente come in tale settore, a fronte degli elevati costi transattivi, in termini di impiego di risorse finanziarie e di tempo, sia fortemente sentita la necessità di conservare, per quanto possibile, la stabilità dei rapporti contrattuali. A fronte di determinate sopravvenienze, che impediscano lo svolgimento del rapporto così come programmato originariamente, le parti potrebbero non avere interesse nella risoluzione del contratto, prediligendo invece la prosecuzione dello stesso mediante le opportune modifiche. In linea con tale esigenza, la previsione del *ius variandi* si presterebbe a soddisfare l'interesse delle parti all'adeguamento del rapporto, predisponendo *ex ante* un meccanismo in grado di far fronte alle circostanze che potrebbero inficiarne la prosecuzione, ovvero la piena realizzazione⁸⁷.

L'esigenza di flessibilità del rapporto, osservando ancora la prassi, risulta evidente nei casi in cui le parti perseguano la realizzazione di un'operazione economica, destinata a protrarsi nel tempo e particolarmente complessa, della quale non sia possibile predisporre preventivamente ogni singolo dettaglio (si pensi ad esempio ai *c.d.* "contratti quadro"). In tali casi, si rende necessaria la predisposizione di un meccanismo che consenta di gestire il rapporto contrattuale in linea con l'evolversi delle circostanze rilevanti per la sua prosecuzione⁸⁸.

Alla luce di tali considerazioni, l'ammissibilità della previsione di un potere unilaterale di modifica, sulla base della sua utilità ad evitare la risoluzione del contratto e consentirne la prosecuzione, rendendo quest'ultimo adattabile agli eventuali mutamenti sopravvenuti alla conclusione dello stesso, sembrerebbe trovare una condivisibile giustificazione nell'esigenza di flessibilità del rapporto contrattuale. Quest'ultima, tuttavia, non basta a far ritenere in ogni caso ammissibile la previsione del *ius variandi*, dovendosi pur sempre accertare, sul piano dell'interesse specifico perseguito dalle parti, la conformità della clausola al principio di meritevolezza, *ex art.* 1322, 2° comma, c.c., e di liceità, *ex art.* 1343

⁸⁶ ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 971.

⁸⁷ Cfr. IORIO G., *op. cit.*, p. 13

⁸⁸ Cfr. per tutti GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 143; ROPPO V., *Il contratto*, cit., p.968.

c.c.⁸⁹.

Secondo parte della dottrina, già sul piano sistematico, sarebbe possibile individuare, nelle disposizioni che consentono di adeguare il regolamento contrattuale, una «macro-ratio» rispondente all'interesse dell'ordinamento alla manutenzione del contratto, rispetto alla «vanificazione del vincolo», potendosi ravvisare, nell'ambito della categoria dei contratti di durata, l'esistenza di un principio generale di adeguamento del rapporto contrattuale⁹⁰. Sicché risulterebbe senz'altro meritevole di tutela quella clausola che abbia come finalità quella di adeguare il contratto alle eventuali sopravvenienze⁹¹.

1.3.1. L'ordine pubblico economico come limite all'ammissibilità del ius variandi.

In dottrina si è proposto di ancorare il controllo di meritevolezza al principio dell'ordine pubblico economico⁹², mediante il quale delineare i limiti di ammissibilità delle clausole attributive del *ius variandi*.

Secondo un primo orientamento dottrinale, dalle fattispecie legali che subordinano l'esercizio del *ius variandi* al verificarsi di circostanze esterne sarebbe desumibile un principio di carattere generale attinente all'equilibrio del rapporto contrattuale, il quale autorizzerebbe la modifica del rapporto allorché sia intervenuta una alterazione dell'equilibrio dello stesso a causa di un evento sopravvenuto. Il principio dell'ordine pubblico così delineato svolgerebbe una funzione positiva di legittimazione della modifica unilaterale, la quale avrebbe come obiettivo quello di mantenere invariato l'equilibrio contrattuale⁹³.

Altro orientamento dottrinale, pur condividendo il richiamo al principio dell'ordine pubblico economico al fine di valutare la legittimità della previsione

⁸⁹ Cfr. IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 171, l'A. evidenzia come non sia possibile rinvenire un profilo generale di meritevolezza in capo alle clausole sul *ius variandi* solo perché queste assicurerebbero al rapporto contrattuale un meccanismo di flessibilità.

⁹⁰ Cfr. MACARIO F., *I rimedi manutentivi ...*, cit., p.691 e ss.

⁹¹ GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 80 «detto potere risponde, al pari delle altre possibili manifestazioni della vicenda modificativa, all'interesse, ritenuto dall'ordinamento meritevole di tutela, alla modifica, nella conservazione, dell'originario regolamento di interessi».

⁹² La nozione di ordine pubblico economico può ricondursi all'interno di quella di ordine pubblico in generale, costituendo una specificazione della stessa ed avendo un valore meramente descrittivo (cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 802). Tale espressione starebbe ad indicare «quei principi e valori, ricavabili dalle norme del sistema, che attengono all'attività dei privati nell'ambito dei rapporti patrimoniali» (così IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 184).

⁹³ IORIO G., *op. cit.*, p. 201 e ss, in particolare p. 219.

relativa al *ius variandi*, ritiene che questo operi “in negativo”, indicando all’interprete quelle clausole che, pregiudicando il regolare svolgimento dei rapporti economici tra i privati, risulterebbero in contrasto con i principi dell’ordine pubblico non superando, quindi, il giudizio di meritevolezza⁹⁴.

Nell’ambito delle disposizioni con cui il legislatore autorizza una modifica del concordato assetto contrattuale, secondo tale orientamento, possono distinguersi due diverse categorie di previsioni: la prima (*c.d.* revisionale o di autotutela) volta a consentire il riequilibrio delle prestazioni compromesso dalla sopravvenienza, così nell’ipotesi disciplinata dall’art. 1664 c.c., il quale prevede un meccanismo revisionale, concordato o giudiziale, mediante il quale una parte può ottenere il ripristino dell’equilibrio sinallagmatico pregiudicato dalle sopravvenienze esterne; la seconda (*c.d.* conformativa) volta a consentire la compiuta realizzazione dell’affare nell’interesse della parte creditrice, così nell’ipotesi disciplinata dall’art. 1661 c.c., dove le variazioni che si consente di introdurre al committente sono frutto di una nuova valutazione dell’interesse sotteso all’affare e non sono necessariamente collegate al sopraggiungere di cause esterne⁹⁵.

Ulteriori esempi di quest’ultima categoria si possono trarre dalle ipotesi legali di *ius variandi* previste dalla disciplina del contratto di mandato (art. 1711 c.c.), di trasporto (artt. 1685 - 1686 c.c.), di deposito (1770 c.c.), di lavoro (2103 c.c.), le quali prevedono un potere di modifica unilaterale il cui esercizio è funzionale alla soddisfazione dell’interesse creditorio, consentendo la realizzazione del programma contrattuale ed evitandone così la risoluzione⁹⁶.

L’istituto del *ius variandi* unilaterale, secondo tale ricostruzione, sembrerebbe quindi costituire uno strumento di gestione del rapporto, piuttosto che uno strumento di adeguamento del contratto, desumendosi dalla disciplina codicistica la preferenza del legislatore per discipline che prevedano un meccanismo di adeguamento del contratto, concordato o giudiziale⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p.151 e ss.

⁹⁵ GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 101, «lo *ius variandi* opera semplicemente quale strumento per introdurre variabili nell’esecuzione del rapporto, in funzione del modo di realizzarsi dell’interesse particolare della parte» titolare del relativo potere.

⁹⁶ SCARPELLO A., *La modifica unilaterale ...*, cit., p. 163 e ss.

⁹⁷ Nelle ipotesi del *ius variandi* attribuito, ad esempio, al mandatario, al vettore o al depositario, tale potere si configurerebbe come strumento eccezionale di tutela degli interessi della posizione creditoria, manifestandosi quale applicazione del principio di buona fede, in quanto teso a conservare l’utilità della prestazione per la parte destinataria dell’esercizio del *ius variandi*. Lo stesso potere di modifica unilaterale, invece, operando in rapporti caratterizzati da una posizione di

Tali considerazioni consentono di evidenziare come il *ius variandi* possa assolvere anche funzioni diverse rispetto a quella di adeguare il rapporto alle eventuali sopravvenienze, potendo questo operare nel senso di consentire la conservazione dell'utilità dell'operazione economica o la gestione del rapporto contrattuale, senza che la necessità della modifica si colleghi ad eventi esterni.

In dottrina si evidenzia come tale potere possa, in tal modo, risultare funzionale a diversi obiettivi, quali la competizione nel mercato tra imprese concorrenti, le strategie organizzative aziendali e le strategie di *marketing*⁹⁸.

Operando il principio di ordine pubblico economico come limite negativo all'ammissibilità del *ius variandi*, la relativa previsione di tale potere, per potersi considerare legittima, dovrebbe innanzitutto risultare compatibile con la causa del tipo contrattuale posto in essere⁹⁹.

Il potere di modifica unilaterale, attribuito ad uno dei contraenti, inoltre, non potrebbe determinare la vanificazione dell'affidamento che ciascuna parte pone nella realizzazione della causa contrattuale, dovendo il suo esercizio perseguire in ogni caso l'interesse che il contratto è funzionalmente diretto a soddisfare¹⁰⁰.

Il principio dell'ordine pubblico economico, tuttavia, potrebbe essere utilizzato anche "in positivo" al fine di attribuire legittimazione alle clausole sul *ius variandi* nelle ipotesi in cui le parti abbiano omesso di indicare i presupposti che ne legittimano l'esercizio¹⁰¹.

Alla luce di tale principio, volto a preservare l'equilibrio contrattuale, la clausola relativa ad un *ius variandi* incondizionato dovrebbe essere interpretata come finalizzata a porre rimedio ad eventuali sopravvenienze che possano impedire la prosecuzione del rapporto contrattuale¹⁰².

preminenza dell'imprenditore, come nel caso emblematico dell'appalto o del rapporto di lavoro subordinato, si configurerebbe come strumento ordinario di gestione dell'operazione economica, il cui contenuto sarebbe strettamente collegato all'aspetto causale della particolare fattispecie regolata (cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 175-176). La relativa disciplina, quindi, non potrebbe essere estesa oltre le fattispecie espressamente prese in considerazione dal legislatore, potendosi tutt'al più ammettere un'applicazione analogica a quei contratti atipici che «presentino una coloritura causale riconducibile alle fattispecie legislative», così IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 200.

⁹⁸ Cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 215.

⁹⁹ «Sul versante della causa potrebbe negarsi la validità di clausole sul *jus variandi* la cui funzione giustificatrice non è in linea con la causa concreta cui il contratto deve assolvere, nel momento in cui la modifica unilaterale conduca verso una sostanziale deviazione dagli scopi perseguiti con l'operazione economica», SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 157;

¹⁰⁰ Cfr. IURILLI C., *Riequilibrio delle posizioni contrattuali ...*, cit. p. 654.

¹⁰¹ SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 154.

¹⁰² Cfr. IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 222, il quale propone l'impiego delle regole

L'esercizio del potere di modifica unilaterale attribuito ad uno dei contraenti, quindi, non potrebbe tradursi in un'alterazione dell'equilibrio contrattuale, fissato dalle parti al momento della conclusione dell'accordo, ma dovrebbe puntare alla realizzazione dell'interesse cui è funzionalizzato il contratto stesso. Potendosi, successivamente, sindacare sulla base del canone generale della buona fede la legittimità delle modifiche apportate.

1.3.2. *Il ius variandi come strumento di adeguamento del contratto.*

Come detto, dalle disposizioni normative che consentono alle parti di operare una modifica dell'assetto contrattuale sembrerebbe possibile desumere una tendenza del legislatore a preferire, nei contratti di durata, la conservazione del rapporto, rispetto alla sua risoluzione¹⁰³. Tendenza che risulta condivisa anche nella prassi commerciale, alla luce dell'interesse generale del mercato ad evitare sprechi di risorse e a fronte dei costi transattivi necessari per addivenire alla conclusione e alla revisione dell'accordo, i quali spingono per il mantenimento del contratto stipulato.

È indubbio come nei contratti di durata, specie se inseriti in un'attività imprenditoriale, a fronte del mutare delle circostanze esterne incidenti sul programma contrattuale o delle stesse esigenze delle parti, si possa porre il problema di evitarne la risoluzione. I contraenti, infatti, potrebbero indirizzarsi nel senso di preferire la prosecuzione del programma contrattuale con gli opportuni aggiustamenti, i quali consentano di mantenere in vita il contratto, conservandone al contempo l'utilità¹⁰⁴.

Tale esigenza, però, in mancanza dei presupposti necessari all'attivazione delle misure legali, previste al fine di consentire un adeguamento del diviso assetto contrattuale, lascerebbero le parti di fronte all'alternativa: dell'impossibilità di intervenire sul contratto, se non mediante una rinegoziazione dello stesso (ciò in virtù del principio sancito dall'art. 1372 c.c.); ovvero del ricorso allo scioglimento del vincolo. Soluzioni che, il più delle volte – come evidenziato in dottrina – si

ermeneutiche dettate per l'interpretazione del contratto al fine di sottrarre alla sanzione della nullità quelle clausole che risultino di carattere generico.

¹⁰³ Cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 183; ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 968.

¹⁰⁴ ROPPO V., *op. loc. ult. cit.*

presentano poco convenienti per le parti¹⁰⁵.

La figura del *ius variandi*, in tale ottica, potrebbe trovare giustificazione nell'esigenza di porre rimedio alle sopravvenienze imprevedibili o anche prevedibili al momento della conclusione dell'accordo¹⁰⁶, riconducendosi così la previsione del potere di modifica unilaterale nell'ambito dei rimedi manutentivi del contratto¹⁰⁷.

La stessa dottrina che evidenzia il profilo di maggiore garanzia offerto da un meccanismo di revisione giudiziale o concordato sottolinea come, in particolar modo nei contratti di impresa, la revisione giudiziale, come quella su base concordata, possa essere vista come una «procedura troppo rigida e costosa, che favorisce comportamenti opportunistici e dilatori idonei a interrompere il rapporto, non rispondendo alle esigenze di efficienza e speditezza»¹⁰⁸. Appare, del resto, naturale il rilievo circa la differenza di costi e benefici tra le varie tecniche di adeguamento, per cui date determinate circostanze l'una può risultare preferibile alle altre.

Sulla base di tale considerazioni, il *ius variandi* unilaterale sembrerebbe essere maggiormente efficace, rispetto alla modificazione consensuale, nella gestione delle sopravvenienze contrattuali quando 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 poter modificare il rapporto, ai fini di una corretta esecuzione dello stesso¹⁰⁹.

In tali casi, infatti, le parti potrebbero certo addivenire allo stesso risultato mediante una nuova contrattazione, che le veda entrambe partecipi, ma quest'ultima

¹⁰⁵ Cfr. COSTANZA M., *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in DRAETTA U e VACCÀ C. (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, Egea, 1992, p. 312.

¹⁰⁶ CAPURRO T., *op. cit.*, p.231.

¹⁰⁷ ROPPO V., *op. cit.*, p. 969. Con riferimento ai contratti bancari, NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, p.471, definisce il *ius variandi* come «un utile se non addirittura indispensabile strumento di governo del rapporto». Cfr. anche BENEDETTI A. M., *Autonomia privata ...*, cit., p. 230, il quale sottolinea come la figura del *ius variandi* non attenti necessariamente all'accordo contrattuale, potendo anzi risultare d'aiuto al rapporto contrattuale, adeguandolo alle circostanze sopravvenute che impongono modifiche dello stesso.

¹⁰⁸ Così SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 176.

¹⁰⁹ GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 150-151; FICI A., *op. cit.*, p. 404 e ss.; Cfr. ancora SCARPELLO A., *op. ult. 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».

potrebbe richiedere tempi incompatibili con l'urgenza delle modifiche¹¹⁰.

1.3.3. Ammissibilità di strumenti atipici di gestione del rapporto contrattuale.

In letteratura viene evidenziata l'esigenza di esaminare la compatibilità di uno strumento pattizio, come il *ius variandi* unilaterale, che preveda un potere determinativo incidente sulla dimensione economica del contratto, alla luce dei rimedi garantiti alle parti dal Codice civile, ponendosi la questione dell'ammissibilità di strumenti atipici di gestione del contratto, diversi dal rimedio generale offerto dalla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, *ex art. 1467 c.c.*¹¹¹.

Tale quesito è risolto in senso affermativo dalla stessa dottrina, la quale assume come elemento decisivo a supporto di tale ammissibilità la riconosciuta legittimità delle clausole di rivalutazione monetaria, nonché la possibilità per le parti di derogare alla disciplina dettata dall'art. 1467 c.c., la quale ha carattere dispositivo, essendo riconosciuto ai contraenti la possibilità di stipulare contratti aleatori, *ex art. 1469 c.c.*, e di prevedere una determinata ripartizione dei rischi contrattuali¹¹².

L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità andrebbe letto «nell'ottica della tutela del valore del contratto quale strumento per la realizzazione di operazioni “razionali” e “utili” alle parti», ponendosi come rimedio estremo all'ipotesi di inattuabilità del risultato contrattuale corrispondente alle aspettative delle parti¹¹³.

Seguendo tale linea di pensiero, mediante la previsione del *ius variandi* le parti potrebbero regolare quelle ipotesi che non rientrino nella sfera di operatività dell'istituto, previsto *ex art. 1467 c.c.*, dando così rilievo a quelle sopravvenienze che non incidano sulla normale alea contrattuale, o che siano dovute ad avvenimenti né straordinari, né imprevedibili¹¹⁴.

¹¹⁰ ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 526.

¹¹¹ SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 216 e ss.

¹¹² SCARPELLO A., *op. cit.*, p. 222 e ss.

¹¹³ SCARPELLO A., *op. cit.*, p. 225.

¹¹⁴ SCARPELLO A., *op. cit.*, p. 227. Cfr. anche COSTANZA M., *Clausola di rinegoziazione ...*, cit, p.314- 315, l'A. evidenzia come «se le variazioni dei valori di scambio non pregiudichino in modo radicale l'operazione economica, l'alternativa che si presenta è, quindi, sopportare l'aggravio economico o correggerlo attraverso meccanismi convenzionali di aggiustamento. Di qui la validità di

Le parti, all'atto della conclusione dell'accordo, possono ben rappresentarsi eventi idonei a produrre una sopravvenienza onerosa incidente sul rapporto contrattuale; di conseguenza, nell'ambito della propria autonomia, possono prevedere meccanismi di adeguamento idonei a far fronte alle diverse e specifiche esigenze, proprie dell'operazione economica posta in essere¹¹⁵.

Rivolgendo lo sguardo alla prassi contrattuale è, infatti, possibile notare come sia diffusa la previsione di clausole volte a distribuire, fra le parti contrattuali, il rischio del verificarsi delle possibili sopravvenienze. Nei contratti di compravendita, dove il momento della stipulazione sia tenuto distinto da quello dell'esecuzione del contratto (ad. es. vendita di cosa futura, vendita soggetta a condizione sospensiva, vendita a consegna ripartita, ecc.) è diffusa l'adozione di clausole di modificazione o determinazione unilaterale del valore di scambio, volte ad evitare che la parte tenuta alla prestazione in natura «debba sopportare le conseguenze delle variazioni di valore che possono intervenire nell'intervallo di tempo fra la conclusione e l'esecuzione del contratto»¹¹⁶.

È opportuno sottolineare come dalla disciplina sull'eccessiva onerosità non sembrerebbe possibile trarre i presupposti legittimanti la previsione del *ius variandi*, non potendosi escludere, salvo voler negare la funzione stessa di tale figura, la possibilità delle parti di collegare l'esercizio del potere di modifica unilaterale al prevedibile verificarsi di un determinato evento, il quale potrebbe anche non incidere sull'alea contrattuale.

Trattandosi di una clausola pattizia, espressione dell'autonomia privata, il giudizio sull'importanza della sopravvenienza è compiuto dalle parti stesse, le quali così come sono libere di prevedere una clausola risolutiva espressa, ex art. 1456 c.c., che colleghi la risoluzione ad un inadempimento ritenuto da queste sufficientemente grave, così possono prevedere un meccanismo revisionale che ponga rimedio a sopravvenienze che non incidano in misura rilevante sull'economia contrattuale¹¹⁷.

Si potrebbe, invece, diversamente argomentare nel caso in cui le parti abbiano

tali pattuizioni in quanto la loro previsione costituisce un atto di disposizione della cosiddetta alea normale del contratto, tipica materia rimessa alla libera determinazione dei contraenti».

¹¹⁵ Cfr. IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 113-114, l'A. evidenzia come nella prassi siano diversi i meccanismi contrattuali intesi ad apportare rimedi per l'eventualità del verificarsi di una sopravvenienza onerosa.

¹¹⁶ COSTANZA M., *Clausola di rinegoziazione ...*, cit. p. 319.

¹¹⁷ IORIO G., *op. cit.*, p. 223.

predisposto una clausola generica, omettendo quindi di indicare i presupposti legittimanti l'esercizio del potere di modifica unilaterale. In quest'ultima ipotesi, infatti, la legittimità della modifica potrebbe ritenersi circoscritta al caso in cui si verificano «avvenimenti straordinari o imprevedibili» che legittimerebbero il titolare del relativo potere a domandare la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, *ex art. 1467 c.c.*

Dalla stessa disciplina parrebbe, inoltre, possibile ricavare una limitazione alle modifiche che la parte sarebbe legittimata ad introdurre nel contratto, anche nell'ipotesi in cui le parti abbiano omissis di specificarne limiti e condizioni.

A tal proposito, parte della dottrina evidenzia come gli strumenti di revisione non possano mai andare oltre l'assetto di interessi fissato nell'accordo stesso, dovendo gli stessi assolvere alla necessità di garantire, nonostante le sopravvenienze, la realizzazione degli interessi, che le parti miravano e mirano a soddisfare mediante la stipula del contratto¹¹⁸.

Al titolare del *ius variandi*, pertanto, sarebbe preclusa la possibilità di esercitare il relativo potere al fine di mutare il nucleo fondamentale degli interessi cui il contratto è finalizzato.

1.4. L'oggetto del *ius variandi*. La disciplina della novazione come limite all'estensione del potere unilaterale di modifica.

Il *ius variandi* incide su di un rapporto contrattuale già in essere, consentendo la determinazione di una modifica unilaterale del programma contrattuale originariamente concordato.

Alla luce di tale atteggiarsi del potere di modifica unilaterale, in dottrina si riscontra una varietà di vedute circa l'incidenza del *ius variandi* sul contenuto del contratto o sul rapporto contrattuale¹¹⁹, questione «eminentemente teorica» che secondo alcuni potrebbe aver perso di rilevanza alla luce di quelle teorie che hanno

¹¹⁸ SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 239-243.

¹¹⁹ Alcuni autori ritengono che il *ius variandi* modifichi il rapporto intercorrente tra le parti contraenti (GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 162; IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 16; SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, cit., p. 144; ID., *Il ius variandi della banca ...*, cit., p. 263, n. 5, il quale evidenzia come la modifica apportata mediante l'esercizio del *ius variandi* «non consiste in una nuova determinazione del contenuto del contratto, quanto in una sua specificazione ovvero nel suo adattamento a un fatto sopravvenuto»); altri, invece, ritengono che ad essere modificato sia l'atto in sé, ovvero il contenuto stesso del contratto (Schelsinger P., *Poteri unilaterali ...*, cit., p. 21).

attenuato la differenza tra le nozioni di oggetto, contenuto ed effetti del contratto¹²⁰.

In letteratura si rileva come debba considerarsi un'«utile semplificazione, la tesi che identifica l'oggetto del contratto con il suo contenuto (più di preciso con il suo contenuto “sostanziale”, contrapposto a quello “formale” che è il testo del contratto, cioè l'insieme delle parole dette o scritte dalle parti contraenti)». Secondo tale orientamento, potendosi assimilare contenuto ed effetti del contratto entro la comprensiva nozione di regolamento contrattuale, «dire “oggetto del contratto” non è cosa molto diversa dall'alludere all'insieme dei suoi effetti»¹²¹.

Considerando il contenuto contrattuale come l'autoregolamento dell'operazione economica predisposto dalle parti, sembrerebbe possibile «includere nella nozione del *jus variandi* sia le modifiche afferenti le prestazioni dedotte nel contratto sia quelle che attengono alle condizioni contrattuali», potendosi osservare come la modificazione operata dalla parte titolare del relativo potere ricada, in primo luogo, sul regolamento contrattuale (ossia sul contenuto del contratto, inteso come il complesso delle pattuizioni predeterminate dalle parti) e si rifletta, in secondo luogo, sulle modalità di esecuzione dello stesso e sui suoi effetti (ossia sul rapporto giuridico)¹²².

Riconosciuta l'ammissibilità dell'attribuzione di un potere di modifica unilaterale e individuazione l'oggetto ultimo nel rapporto contrattuale, potendo il titolare del *ius variandi* modificare ogni tipo di condizione, sia essa economica o regolamentare¹²³, non resta che chiedersi sino a che punto tale potere di modifica

¹²⁰ SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 24.

¹²¹ ROPPO E., voce *Contratto*, in *Digesto IV ed., Discipline Privatistiche, Sez. civ., IV*, Torino, Utet, 1989, p. 111.

¹²² Cfr. SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 26; CRISCUOLI G., *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, p. 853, «ove le parti vogliano modificare il rapporto tra loro esistente pur conservandolo in piedi non possono, col negozio modificativo, non operare anche sul negozio che ha creato detto rapporto, modificandolo; [...] Precisato questo, l'effetto del negozio modificativo nei confronti del negozio da modificare, va individuato nella *sostituzione* delle nuove clausole modificative accessorie a quelle vecchie corrispondenti del precedente negozio [...]. Diverso è, invece, l'effetto del negozio modificativo nei confronti diretti del rapporto principale. Esso si manifesta, infatti, in una *compressione* o in una *estensione* di detto rapporto, strutturando direttamente il potere di elasticità di cui esso, per sua natura, è dotato»;

¹²³ Cfr. SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 188, l'A. evidenzia come, non sussistendo particolari differenze sostanziali, sul piano dei presupposti giustificativi o degli interessi sottesi alla previsione del potere di modifica unilaterale che riguardi le *c.d.* clausole regolamentari, ossia a quelle clausole che dettano le condizioni di svolgimento del rapporto contrattuale ovvero le *c.d.* clausole economiche, non vi sarebbero ragioni idonee a giustificare una limitazione del *ius variandi* solo a queste ultime.

Tale osservazione sembrerebbe essere confermata dallo stesso dato legislativo, il quale, nella disciplina dettata a tutela del consumatore consente al professionista: da un lato, di modificare le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, previa

possa estendere la propria portata.

Quest'ultimo potrebbe presentare sia un contenuto negativo, in quanto diretto a eliminare gli effetti scaturenti da una o più clausole contrattuali, sia un contenuto positivo, mirando a realizzare nuovi e diversi effetti rispetto a quelli originari¹²⁴.

Osservando la prassi contrattuale e le ipotesi legislative si può agevolmente notare come l'esercizio del *ius variandi* sia proteso alla conservazione, nella modificazione, del rapporto contrattuale, piuttosto che a produrre un fenomeno estintivo-costitutivo¹²⁵.

Seguendo tale spunto sembrerebbe possibile individuare nella conservazione dell'identità del rapporto giuridico il limite oltre cui non possa spingersi l'esercizio del *ius variandi*¹²⁶.

Perché il rapporto originario possa presentarsi privo di soluzione di continuità, la modifica non potrebbe incidere sugli interessi fondamentali espressi nel regolamento originario e idonei ad identificare il rapporto giuridico stesso. In tal senso, la dottrina appare concorde nell'escludere la possibilità che il *ius variandi* possa essere esercitato rispetto a quelle condizioni contrattuali che determinino una modifica degli elementi essenziali del contratto, non potendosi spingere il potere unilaterale di modifica, attribuito ad uno dei contraenti, sino ad estinguere e contestualmente creare un nuovo e distinto rapporto giuridico¹²⁷.

Volgendo lo sguardo al dato normativo, l'art. 1372 c.c. stabilisce che il contratto può essere sciolto per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge, mentre il successivo art. 1373 c.c. riconosce alle parti la facoltà di prevedere, nell'ambito della propria autonomia, un'ipotesi di recesso unilaterale. Il carattere dispositivo di quest'ultima norma potrebbe far sorgere il dubbio circa la legittimità di una previsione pattizia che riconosca, ad una o ad entrambe le parti, non solo il potere di sciogliere il vincolo contrattuale, mediante l'esercizio del recesso, ma contestualmente anche il potere di instaurare, unilateralmente, un nuovo rapporto

indicazione di un giustificato motivo nel contratto (art. 33, 2° comma, lett. m); e dall'altro, di aumentare il prezzo del bene o del servizio riconoscendo al consumatore la facoltà di recedere qualora il prezzo finale sia eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente pattuito (art. 33, 2° comma, lett. o).

¹²⁴ GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 166;

¹²⁵ Cfr. GAMBINI M., *op. cit.*, p. 81; SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali ...*, cit., p. 144; IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 133.

¹²⁶ GAMBINI M., *op. cit.*, p.46; PARPAGLIONI M., *Le clausole sulla modifica unilaterale ...*, cit., p.807; FASIELLO M., *Clausola di modificazione ...*, cit., p.272-273; IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 19 e ss.;

¹²⁷ Cfr. IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 20.

giuridico.

Ammettendo tale possibilità in capo alle parti, si legittimerebbe l'idea che le stesse siano abilitate dall'ordinamento al compimento di atti unilaterali atipici, i quali possano essere fonte di obbligazione per entrambe le parti contrattuali. Una simile possibilità risulta, però, essere revocata indubbio dalla dottrina tradizionale, sulla base del disposto dell'art. 1987 c.c., il quale, sancendo che «la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dai casi ammessi dalla legge», lascia desumere l'esistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di tipicità degli atti unilaterali¹²⁸.

Rispetto a tale possibilità potrebbe, tuttavia, farsi riferimento a quell'orientamento dottrinale che, sulla base della disciplina del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, *ex art. 1333 c.c.*, ritiene sia possibile desumere, sul piano funzionale e al di là delle diverse ricostruzioni dogmatiche¹²⁹, un principio generale per cui l'iniziativa individuale può produrre effetti giuridici (incrementativi) nell'altrui sfera giuridica, salva la facoltà di rifiuto dell'iniziativa altrui da parte del destinatario. Attraverso tale percorso logico si potrebbe, infatti, almeno concludere per la legittimità di un *ius variandi* che attribuisca ad una delle parti la facoltà di estinguere e costituire un nuovo rapporto, il quale determini unicamente vantaggi a favore della controparte¹³⁰.

Tale conclusione potrebbe addirittura condividersi se non fosse che, il potere attribuito mediante la previsione della clausola sul *ius variandi*, contrasti con l'*iter* procedimentale in cui si articola il principio ricavabile *ex art. 1333 c.c.*, non avendo

¹²⁸ Cfr. GALGANO F., *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II, t. 1, IV ed., 2004, Padova, Cedam, p.285-286, il quale richiamando le considerazioni svolte nella Relazione al Re, n. 251, sottolinea la necessaria operatività dell'art. 1987 c.c. per tutti gli atti unilaterali: «un sistema basato come il nostro, sulla causalità del contratto (e dell'atto unilaterale) non può tollerare quella che la Relazione definisce come la "atomizzazione degli elementi costitutivi di questo" [...] Se ciò fosse ammissibile, il destinatario di ciascuno dei due atti unilaterali potrebbe pretendere l'adempimento senza essere tenuto ad adempiere a sua volta». L'A. nota inoltre come «atti unilaterali che hanno in sé la propria causa, ossia la ragione della meritevolezza dell'interesse perseguito, sono socialmente eccezionali; e questa loro sociale eccezionalità spiega la loro giuridica tipicità».

¹²⁹ Le posizioni della dottrina, circa la ricostruzione della fattispecie dell'art. 1333 c.c., possono essere ricondotte a tre principali orientamenti: il primo di matrice "contrattualista", il quale riconduce la figura allo schema contrattualistico, mediante la qualificazione del mancato rifiuto come accettazione tacita della parte destinataria degli effetti del contratto; un secondo orientamento, il quale ritiene che l'art. 1333 c.c. delinei un "contratto a formazione unilaterale", sottoposto alla condizione risolutiva del rifiuto del destinatario; un terzo orientamento che ravvisa in tale ipotesi un "negozio unilaterale con struttura a rilievo bilaterale", il quale non comporta la soggezione del destinatario dell'atto, ma consente a quest'ultimo di apprezzarne liberamente il contenuto tramite il riconoscimento di un potere di rifiuto, cfr. IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p.25-29.

¹³⁰ Cfr. IORIO G., *op. loc. ult. cit.*

la controparte l'effettiva possibilità di compiere una specifica valutazione degli effetti dell'atto concretamente posto in essere¹³¹.

Vigendo il principio di tassatività degli atti unilaterali e non potendo il relativo meccanismo essere ricondotto al principio sancito dall'art. 1333 c.c., non sembrerebbe, dunque, possibile altra alternativa rispetto all'esclusione della possibilità di prevedere un simile potere unilaterale (estintivo-costitutivo).

Ulteriore conferma di tale esclusione può desumersi dalla disciplina dettata in materia di novazione, la quale viene intesa come «espressione del divieto di costituire unilateralmente nuovi rapporti obbligatori»¹³²: identificandosi i presupposti della novazione oggettiva, da un lato, nella modificazione dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione, e, dall'altro, nella comune volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione¹³³.

La disciplina dettata dagli artt. 1230 e 1231 c.c., regolando un fenomeno che oltrepassa la semplice vicenda modificativa del contratto, potrebbe essere assunta come parametro per l'individuazione dei confini del potere di modifica unilaterale, così come di ogni altra possibile ipotesi di modificazione del rapporto contrattuale. È evidente come sia la fattispecie novativa che quella modificativa, incidendo su di un precedente rapporto giuridico, rappresentino entrambe strumenti idonei a consentire alle parti una nuova regolamentazione dei propri interessi, ma non può farsi a meno di notare come le stesse si differenzino sul piano degli effetti che da esse derivano: la novazione comporta l'estinzione della precedente obbligazione e la sua contestuale sostituzione, mentre il fenomeno modificativo si esaurisce nella sola trasformazione del rapporto, il quale non viene ad estinguersi¹³⁴.

In dottrina non vi sono dubbi circa il venir meno dell'identità del rapporto giuridico qualora ad essere modificato sia il suo titolo¹³⁵, comportando tale modifica la necessità di un diverso assetto di interessi incompatibile con quello precedentemente predisposto. Rispetto ad una modifica che incida sull'oggetto della prestazione si distingue, invece, a seconda che questa assuma un carattere

¹³¹ IORIO G., *op. cit.*, p. 30;

¹³² SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 27.

¹³³ Cfr. IORIO G., *op. cit.*, p. 20.

¹³⁴ Cfr. GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 25 e ss.

¹³⁵ «La modifica del titolo consiste nel fatto che la nuova obbligazione ha una causa diversa che non deve essere riconducibile a quella dell'obbligazione novata», CARACCIOLLO C., *La novazione – postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 2008, p. 1.

qualitativo o soltanto quantitativo¹³⁶. Secondo le diverse ricostruzioni operate in letteratura, infatti, l'identità del rapporto verrebbe messa in discussione da una modifica qualitativa dell'oggetto, sia nel caso in cui venga modificato il tipo di prestazione (ad un'obbligazione di fare viene sostituita un'obbligazione di non fare o di dare), sia nel caso in cui venga modificato il comportamento o il bene dedotto in obbligazione, allorché si tratti di prestazioni infungibili.

L'identità del rapporto sarebbe, invece, fatta salva nell'ipotesi di modifica quantitativa dell'oggetto della prestazione, così come nel caso di ogni mutamento che incida sulle modalità di esecuzione della prestazione, le quali non comportino un mutamento del nucleo fondamentale dell'assetto di interessi tale da escluderne la compatibilità con quello precedentemente fissato dalle parti¹³⁷.

L'art. 1231 c.c., offrendo una esemplificazione delle ipotesi che non comportano novazione, individua nell'accessorietà della modifica la linea di demarcazione tra il fenomeno modificativo e quello novativo¹³⁸.

Sulla base di tale dato normativo sembrerebbe possibile, da un lato, escludere l'ammissibilità di una clausola che attribuisca ad una delle parti il potere di modificare gli elementi essenziali del contratto e, dall'altro, consentire un sindacato di merito sulla modifica posta in essere dalla parte, al fine di verificarne l'eventuale sconfinamento dal naturale perimetro della vicenda modificativa.

Naturalmente, non essendo possibile predeterminare in via teorica l'accessorietà o meno dell'elemento su cui va ad incidere il potere di modifica unilaterale, potendo un elemento normalmente accessorio risultare essenziale al rapporto posto in essere dalle parti, occorrerà far riferimento al singolo caso specifico, cioè al concreto assetto di interessi riscontrabile nel contratto¹³⁹.

A tal proposito in dottrina si fa l'esempio di una modifica che incida sull'elemento temporale, potendo la modifica di un termine incidere sulla stessa individuazione del tipo negoziale o del tipo di prestazione, così nel caso di un contratto di fornitura, dove la modifica della modalità temporale di esecuzione della prestazione potrebbe trasformare il rapporto in una normale compravendita¹⁴⁰.

¹³⁶ Cfr. IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 36-38.

¹³⁷ Cfr. GAMBINI M., *Fondamento e limiti ...*, cit., p. 54 e ss.; IORIO G., *op. loc. ult. cit.*

¹³⁸ Cfr. GAMBINI M., *op. cit.*, p. 47.

¹³⁹ GAMBINI M., *op. cit.*, p. 64; IORIO G., *op. cit.*, p. 44; SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 28.

¹⁴⁰ GAMBINI M., *op. loc. ult. cit.*; IORIO G., *op. cit.*, p. 43.

1.5. Natura ed esercizio del *ius variandi*.

La figura del *ius variandi*, sia che trovi la propria fonte nella legge o in una previsione pattizia, può essere ricondotta nella categoria dei diritti potestativi (o conformativi), e precisamente nella sottocategoria dei *c.d.* «diritti potestativi modificativi»¹⁴¹, determinando da un lato il potere di una parte di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale e, dall'altro, una situazione di soggezione della controparte alla modifica così apportata¹⁴².

Al fine di realizzare la modifica del rapporto contrattuale, infatti, non è necessaria l'attiva collaborazione di entrambe le parti, risultando sufficiente la sola manifestazione di volontà del titolare del potere di modifica unilaterale¹⁴³.

Il titolare del *ius variandi*, seppure questo sia subordinato al verificarsi di determinati presupposti, è libero di scegliere se esercitare o meno il relativo potere, modificando il rapporto contrattuale. La parte destinata a subire la modifica, invece, così come avviene per la realizzazione dei diritti potestativi, non dovrà far nulla al fine di consentire il prodursi della modifica né potrà far nulla per impedire che questa si verifichi¹⁴⁴.

Riconducendo il *ius variandi* nell'ambito dei diritti potestativi e riscontrandosi una situazione di soggezione solo laddove il diritto può realizzarsi anche senza la collaborazione di altri soggetti, sembrerebbe possibile escludere dall'ambito del potere di modifica unilaterale quelle ipotesi in cui il realizzarsi della modifica sia collegato all'intervento di un terzo (come nel caso dell'ipotesi di offerta di riduzione ad equità, *ex art.* 1467, 3° comma, c.c., dove la modifica si verifica nel processo e in forza della sentenza), ovvero ad un comportamento (anche omissivo) della controparte, risultando in tal caso la modifica perfezionatasi su base bilaterale¹⁴⁵.

Alla luce del riconosciuto carattere discrezionale dell'esercizio del *ius variandi*,

¹⁴¹ GAMBINI M., *op. cit.*, p. 157, l'A. richiama la classificazione dei diritti potestativi, costruita sulla base agli effetti (costitutivi, modificativi, estintivi) dell'atto di esercizio sulla situazione giuridica altrui, formulata da MESSINA G., *Diritti potestativi*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948.

¹⁴² GAMBINI M., *op. cit.*, p.153 e ss.; DI MARZIO F., *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 142; SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 16.

¹⁴³ La possibilità che il *ius variandi* sia suscettibile di un esercizio ripetuto nel tempo non fa venir meno la sua classificazione nell'ambito dei poteri *c.d.* conformativi, cfr. GAMBINI M., *op. cit.*, p. 157; IORIO G., *op. cit.*, p. 137.

¹⁴⁴ Cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 61-62.

¹⁴⁵ SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 17 e ss.

il quale autorizza una parte ad incidere non solo sulla propria sfera giuridica, ma anche su quella della controparte, è possibile ravvisare l'esigenza di tutelare quest'ultima da possibili casi di esercizio abusivo del relativo potere¹⁴⁶. Esigenza che si rinviene anche a fondamento delle posizioni di quanti si pronunciano per l'inammissibilità, al di fuori delle ipotesi legali, dell'istituto del *ius variandi*.

Soluzione quest'ultima che, non tenendo conto dell'esigenza di flessibilità riscontrabile nella prassi contrattuale, pecca per eccesso, potendosi contenere il rischio di comportamenti abusivi mediante il ricorso alla clausola generale di buona fede, *ex art. 1375 c.c.*¹⁴⁷.

In dottrina viene correttamente notato come «affermare la validità, in linea di principio, delle clausole che attribuiscono ad uno dei contraenti il diritto di modificare discrezionalmente il regolamento negoziale non significherebbe, in ogni caso, lasciare privo di tutela il contraente che a tale diritto si sia volontariamente assoggettato»¹⁴⁸, ponendosi quindi l'esigenza di valutare la legittimità della modifica posta in essere mediante l'esercizio del *ius variandi*.

Il canone di buona fede, pertanto, sembrerebbe idoneo a soddisfare tale esigenza, operando come criterio di controllo degli atti di esercizio del potere di modifica e portando ad escludere la legittimità di quelle modifiche che consentano alla parte titolare del relativo potere di approfittare della propria posizione a svantaggio della controparte¹⁴⁹.

L'art. 1375 c.c. stabilisce, infatti, una regola di condotta cui le parti devono attenersi nell'esecuzione del rapporto contrattuale, prevedendosi l'obbligo per ciascuna di esse di salvaguardare l'utilità della altra, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio.

Nel caso di esercizio di poteri discrezionali, inoltre, tale principio restringe il

¹⁴⁶ FARNETI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 289.

¹⁴⁷ FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione ...*, cit., p. 409 «Il ricorso alla regola della buona fede non impedisce all'autonomia privata di servirsi di una efficace modalità di adeguamento del contratto e allo stesso tempo consente di impedire che il riconoscimento convenzionale del diritto si traduca poi in abusi di un contraente a danno dell'altro»; Cfr. anche DI MARZIO F., *op. cit.*, p. 164; IORIO G., *op. cit.*, p. 120, l'A. sottolinea come la giurisprudenza da tempo individui nella clausola generale della buona fede una regola di governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto «assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere».

¹⁴⁸ Così GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali del contratto ...*, cit., p. 971.

¹⁴⁹ Cfr. GAMBINI M., *op. cit.*, p. 205, «Il limite generale di buona fede e correttezza interviene a conformare il potere unilaterale di modifica e si offre ad un tempo quale parametro di controllo della fase dinamica di attuazione del potere, costituendo il metro di valutazione del modo in cui lo stesso è stato esercitato»; SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit., p. 144 e ss.

marginale di discrezionalità attribuito alla parte, imponendo alla stessa di compiere scelte che siano compatibili con l'interesse per il quale il potere è stato conferito¹⁵⁰.

A tal proposito si può osservare come il *ius variandi* non si configuri come potere autonomo, ma si inserisca sempre nell'ambito di una situazione soggettiva più complessa «da cui trae origine, di cui è parte integrante e per la cui compiuta realizzazione è predisposto»¹⁵¹.

La stretta correlazione tra potere di modifica unilaterale e operazione economica posta in essere tra le parti sembrerebbe autorizzare l'idea che, anche qualora si sia ommesso di specificare condizioni e limiti del *ius variandi*, questo risulti in ogni caso giurisdizionalmente sindacabile, alla luce del criterio di buona fede, qualora il suo esercizio, assumendo i caratteri dell'arbitrarietà e dell'imprevedibilità, sia diretto a realizzare scopi estranei a quelli per cui tale potere era stato attribuito alla luce dell'interesse comune perseguito dalle parti.

Tale affermazione sembrerebbe, inoltre, rafforzata dalla comune opinione circa la verificabilità, *ex art. 1375 c.c.*, del comportamento tenuto dalla parte nell'esercizio del recesso *ad nutum*, il quale è accomunato all'ipotesi di *ius variandi* per la sua natura potestativa e unilaterale¹⁵².

Esclusa la possibilità che mediante l'esercizio del *ius variandi* sia alterata la sostanza del rapporto contrattuale, questo dovrebbe mantenersi entro i confini segnati dagli elementi essenziali dell'originario regolamento contrattuale, i quali si porrebbero come criteri di valutazione dei singoli mutamenti¹⁵³.

Contrariamente a quanto affermato ancora recentemente dalla Suprema Corte¹⁵⁴, sembrerebbe possibile ritenere ammissibile, e quindi valida, una clausola sul *ius variandi* non assoggettata dalle parti a presupposti e limiti predeterminati.

Sul piano della validità della previsione, questa potrebbe considerarsi valida, in

¹⁵⁰ BIANCA C. M., *Diritto civile*, cit., p. 505 e ss.

¹⁵¹ GAMBINI M., *op. cit.*, p. 152; Cfr. anche CAPURRO T., *In tema di clausola attributiva ...*, cit., p.233, il quale nota come «lo stesso diritto potestativo, considerato come diritto secondario strettamente inerente a una situazione giuridica primaria, presuppone necessariamente una precedente situazione giuridica sulla quale viene ad innestarsi e della quale non può non tenersi conto al fine della valutazione del suo esercizio».

¹⁵² DI MARZIO F., *op. loc. ult. cit.*; Cfr. anche IORIO G., *op. cit.*, p. 154, L'A. richiama la sent. della S.C., 21 maggio 1997, n. 4538, secondo la quale «il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito è da considerare illegittimo, ove in concreto esso assuma connotati del tutto imprevisi e arbitrari; connotati tali, cioè, da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto».

¹⁵³ GAMBINI M., *op. cit.*, p. 175.

¹⁵⁴ Sent. CASS. CIV., III sez., 29 febbraio 2008, n. 5513, cit.

quanto diretta a consentire l'adeguamento del rapporto ad eventuali sopravvenienze, mentre sul piano dell'efficacia delle modifiche apportate dalla parte titolare del relativo potere, queste ultime potrebbero considerarsi validamente poste in essere qualora tendano alla compiuta realizzazione dell'interesse sotteso al contratto, nel rispetto del reciproco affidamento riposto dalle parti nella realizzazione dello stesso, e mantenendosi le variazioni entro la soglia della normale prevedibilità e ragionevolezza¹⁵⁵.

Nell'ipotesi in cui l'esercizio del *ius variandi* si traduca in una alterazione unilaterale e arbitraria del programma contrattuale originariamente convenuto, verrebbe ad integrarsi una ipotesi di esercizio abusivo che sarebbe censurabile alla luce del canone della buona fede¹⁵⁶. In tal modo risulterebbe soddisfatta l'esigenza di tutela della controparte, senza la necessità di colpire *tout court* la clausola sul *ius variandi*¹⁵⁷.

L'eventuale modifica che violi la regola dettata dall'art. 1375 c.c., qualora sia posta in essere a puro scopo emulativo, oppure miri a consentire alla parte titolare del diritto di modifica di recuperare utilità perdute nel momento della conclusione del contratto, ovvero di imporre alla controparte condizioni inique, discriminatorie o gravose, sarebbe sanzionabile con la dichiarazione di inefficacia della modifica¹⁵⁸. Così come sarebbero sanzionabili quelle modifiche che non rispettino i criteri per l'esercizio del *ius variandi* fissati dalla legge o dalle parti nella previsione della clausola attributiva del relativo potere¹⁵⁹.

Sotto il profilo delle modalità di esercizio del potere di modifica, sempre il

¹⁵⁵ Cfr. IORIO G., *Le clausole attributive ...*, cit., p. 222; IURILLI C., *Riequilibrio delle posizioni contrattuali ...*, cit., p. 654.

¹⁵⁶ SCARANO L. A., *Ius variandi del rapporto contrattuale ...*, cit., p. 510 e ss.; Cfr. anche CAPURRO T., *op. cit.*, p. 235, il quale afferma come la regola generale della buona fede comporti «il rispetto di un valore di coerenza con lo spirito dell'intesa raggiunta dalle parti o, più concretamente, con l'equilibrio contrattuale».

¹⁵⁷ Il ragionamento svolto nel testo è confermato dalle osservazioni compiute da FARNETI M., *Convinzioni (incrollabili?) della Cassazione in materia di clausole sul ius variandi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 130, il quale critico nei confronti della citata pronuncia della S.C. evidenzia come, nel caso specifico, la modifica apportata sulla base della clausola colpita da nullità per indeterminatezza dell'oggetto, *ex artt.* 1346 e 1418 c.c., sarebbe potuta essere censurata anche alla luce del criterio di buona fede: «più che la reale carenza di criteri di determinazione, pare proprio che sul segno della decisione abbiano influito valutazioni attinenti alle modalità “di fatto” attraverso cui si è giunti all'esercizio del *ius variandi* [...] dietro le parole della Cassazione si presagisce che ad ispirare la bocciatura della clausola sia più che altro la riprovazione per l'arbitrarietà e la “scorrettezza” della modifica, attraverso cui il consorzio pretendeva di riversare sulle controparti le ripercussioni economiche negative di scelte – pur legittime – dalle quali esso traeva comunque vantaggio».

¹⁵⁸ Cfr. FICI A., *op. cit.*, p. 411-412; IORIO G., *op. cit.*, p. 166;

¹⁵⁹ GAMBINI M., *op. cit.*, p. 206 e 249; CAPURRO T., *op. cit.*, p. 233.

principio generale della buona fede, potrebbe condurre a ritenere invalida e, quindi, inefficace quella modifica che prenda di sorpresa la controparte, senza essere stata preceduta da un congruo preavviso¹⁶⁰.

Per quanto concerne la natura e la forma dell'atto con il quale si esercita il *ius variandi*, dati i caratteri comuni alle due figure, sembrerebbe possibile far riferimento all'atto di esercizio del diritto di recesso, il quale come affermato dalla Cassazione, con la sent. 5059/86¹⁶¹, integra un negozio unilaterale recettizio, sottoposto alle stesse garanzie di forma prescritte per il contratto costitutivo del rapporto alla cui cessazione il recesso è preordinato.

La modifica avrebbe, dunque, effetto nel momento in cui l'atto sia portato a conoscenza del destinatario, *ex artt.* 1334 e 1335 c.c.¹⁶². Il carattere della recettizietà della modifica si giustificerebbe, del resto, sulla base dell'esigenza che la parte destinata a subirne gli effetti sia, quantomeno, informata del suo verificarsi¹⁶³.

In ultimo, può osservarsi come le parti ben potrebbero predeterminare dei requisiti di forma cui subordinare l'efficacia degli atti esplicativi del potere di modifica unilaterale, trovando comunque applicazione, nel caso in cui manchi una simile previsione, il principio di "omogeneità della forma" tra l'atto di modifica e il contratto originariamente stipulato¹⁶⁴, potendosi pertanto considerare inefficace quella modifica che sia posta in essere con un atto avente forma diversa o non ammessa¹⁶⁵.

¹⁶⁰ SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, cit., p. 146; ID., *Il ius variandi della banca ...*, cit., p. 267, l'A. considera irragionevole l'esercizio del *ius variandi* anche «quando la parte abbia fatto acquiescenza al fatto che lo giustifica o abbia comunque atteso troppo tempo dal momento in cui ne è venuta a conoscenza». Con particolare riguardo ai contratti bancari vedi *infra* § 3.2.6.

¹⁶¹ CASS. CIV., 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. giust. civ.*, 1986, fasc. 8-9.

¹⁶² GAMBINI M., *op. cit.*, p. 176; IORIO G., *op. cit.*, p. 150; SCARPELLO A., *La modifica ...*, cit. p.17;

¹⁶³ GAMBINI M., *op. cit.*, p. 177.

¹⁶⁴ GAMBINI M., *op. loc. ult. cit.*; IORIO G., *op. cit.*, p. 145 e ss.

¹⁶⁵ Con particolare riguardo ai contratti bancari vedi *infra* § 3.2.6.

SEZIONE II
IUS VARIANDI E TUTELA DEL CONSUMATORE

1.6. Cenni sulla disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori.

Prima di analizzare le regole di ammissibilità del *ius variandi* nell'ambito di un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore (contraente per antonomasia *c.d.* debole), pare opportuno ripercorrere a grandi linee la disciplina dettata in attuazione della direttiva 1993/13/CEE in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori¹, potendo la stessa tornare utile nel corso del presente lavoro².

Superando la prospettiva formalistica in cui si colloca la protezione offerta dagli artt. 1341 e 1342 c.c., il recepimento della direttiva ha comportato l'introduzione nel nostro ordinamento di un sistema di controllo sostanziale delle condizioni unilateralmente predisposte dal professionista, sia nel caso in cui si tratti di contratti standard, sia nel caso in cui si tratti di contratti non destinati ad un impiego generalizzato, i quali abbiano come controparte un consumatore³.

Ai sensi della disciplina confluita nel Codice del consumo si reputano vessatorie, venendo colpite da nullità (*ex art. 36, 1° comma cod. cons.*)⁴, quelle clausole che

¹ La direttiva si colloca, in un'ottica di protezione del contraente *c.d.* debole, nell'ambito del processo di armonizzazione e unificazione del diritto degli Stati membri dell'Unione Europea, teso a garantire la creazione e il funzionamento del mercato unico europeo.

In attuazione di tale direttiva il nostro legislatore ha in un primo tempo, con la l. n. 52/1996, novellato il Codice civile inserendo la disciplina sulle clausole abusive nel Capo XIV-*bis* (del Titolo II del Libro IV). Successivamente, in occasione della riorganizzazione della disciplina a tutela dei consumatori, la relativa disciplina è stata trasferita, in maniera pressoché immutata, nel *c.d.* Codice del Consumo (artt. 33 e ss., d. lgs. 206/2005).

² Vedi *infra* §§ 2.5 e 3.4.

³ Cfr. ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 283; LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, V, 1996, c.146; BARENGHI A., *Sub art. 33*, in CUFFARO V., BARENGHI A. e BARBA A. (a cura di), *Commentario al codice del consumo e norme collegate*, II ed., Milano, Giuffrè, 2008, p.216.

In linea con tale impostazione viene prevista sia la possibilità di far valere in un giudizio individuale la vessatorietà di determinate clausole inserite in singoli contratti stipulati con un consumatore, sia la possibilità di un'azione collettiva (art. 37 cod. cons.), esercitabile dalle associazioni dei consumatori, dei professionisti e dalle camere di commercio, volta ad inibire l'impiego di clausole vessatorie nell'ambito della generalità dei contratti stipulati nell'ambito della propria attività dal professionista con un consumatore.

⁴ La formulazione del previgente art. 1469-*quinquies*, il quale sanciva l'"inefficacia" delle clausole

«malgrado la buona fede» determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33, 1° comma cod. cons.)⁵.

La concretizzazione di tale clausola generale viene attribuita all'interprete, il quale rispetto alla valutazione delle condizioni contrattuali, in concreto predisposte dal professionista, dispone di un'ampia discrezionalità limitata in parte dall'art. 34 cod. cons., nel quale sono dettati «cinque criteri strumentali» volti a guidare l'opera del giudice nell'ambito del giudizio di vessatorietà⁶.

L'interprete dovrà tener conto: «della natura del bene o del servizio oggetto del

che fossero risultate vessatorie, aveva creato non poche perplessità in dottrina circa la forma di invalidità così comminata (v. CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, Studium juris, 1996, I, p. 417). Tali perplessità possono oggi considerarsi superate dallo stesso legislatore nella trasposizione della disciplina nel Codice del consumo, il quale sancisce la nullità delle clausole riconosciute come vessatorie, ex art. 33 e 34 cod. cons., facendo salva la restante parte del contratto. Si tratta di una ipotesi di nullità parziale e relativa (c.d. nullità di protezione) la quale opera solo a favore del consumatore, pur potendo essere rilevata d'ufficio dal giudice, ex art. 36, 3° comma cod. cons. (cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000 (rist. 2008), p. 388-389; ROPPO V., *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, p.862-863).

⁵ Già la formulazione contenuta nell'art. 3, par. 1 della direttiva 1993/13/CEE era stata fatta oggetto di critiche ad opera della dottrina, la quale ne aveva auspicato una correzione in sede di recepimento nell'ordinamento interno, così da rendere esplicita l'applicazione della disciplina a quelle clausole che si ponessero in contrasto con la buona fede (oggettiva) intesa quale regola di condotta «che, nella fase della formazione dell'accordo, impone al professionista, nei contratti con i consumatori, di tenere conto dei legittimi interessi della controparte astenendosi dal predisporre un regolamento contrattuale significativamente sbilanciato a proprio vantaggio» (v. TROIANO S., *Sub art. 33*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2010, p. 240-241). Tale auspicio è stato, però, disatteso dal legislatore il quale ha riprodotto l'espressione «malgrado buona fede» sia nell'art. 1469-bis, 1° co., c.c. che nell'art. 33, 1° comma cod. cons. determinando il formarsi in dottrina di interpretazioni contrapposte circa il significato da attribuire all'espressione stessa (v. per i relativi riferimenti TROIANO S., *op. cit.*, p. 241 e ss.). Nonostante la divergenza di opinioni entrambi gli orientamenti giungono a riconoscere l'operatività nel giudizio di vessatorietà del principio di buona fede in senso oggettivo, chi in via diretta ritenendo l'inciso frutto di un errata traduzione della direttiva in lingua italiana (CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis ...*, cit., p.415; CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 29), chi invece considerando il riferimento a quest'ultima implicito nel concetto di significativo squilibrio (v. TROIANO S., *op. cit.*, p. 245.; cfr. anche BARENGHI A., *Sub art. 33.*, cit., p.219; BIANCA C.M., *Diritto civile*, cit., p.379, il quale sottolinea come il dato normativo non sia idoneo ad escludere l'operatività della buona fede quale precetto che regola l'esercizio di poteri discrezionali). Anche con riguardo al ruolo da attribuire al parametro della buona fede, rispetto a quello del significativo squilibrio, la dottrina appare divisa tra quanti reputano i due criteri come concorrenti ai fini dell'accertamento della vessatorietà (cfr. ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 67; Bigliuzzi Geri L., *Sub art. 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore comma 1°*, in BIANCA C. M. e BUSNELLI F. D. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Padova, CEDAM, 1999, p. 91) e quanti, invece, ritengono che questi si fondano in un unico criterio di giudizio, assumendo la buona fede la funzione di criterio di valutazione della significatività dello squilibrio (LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie ...*, cit., c. 160), il cui ambito di applicazione sarebbe tracciato dai criteri complementari indicati nell'art. 34, 1° comma cod. cons. (TROIANO S., *op. cit.*, p. 248 e 254; FARNETI M., *Sub art. 34*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 345).

⁶ FARNETI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 344.

contratto», potendo una determinata clausola risultare vessatoria o meno a seconda del tipo di contratto nel quale sia inserita⁷; delle «circostanze esistenti al momento della sua conclusione» e delle «altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende» (art. 34, 1° comma cod. cons.)⁸.

Mediante l'applicazione di tali criteri, i quali prescrivono in sostanza una valutazione complessiva dell'operazione posta in essere dalle parti, il giudice potrebbe escludere – come anche accertare – la vessatorietà di una clausola sospettata (o meno) di dar luogo a quel significativo squilibrio contrario a buona fede, richiesto dall'art. 33 cod. cons.⁹.

Il secondo comma dell'art. 34 cod. cons., tracciando l'ambito applicativo della disciplina, esclude dal giudizio di vessatorietà le clausole inerenti la determinazione dell'oggetto del contratto e l'ammontare del corrispettivo, non attenendo la valutazione della vessatorietà alla valutazione della natura e delle caratteristiche della prestazione, né tantomeno all'adeguatezza del prezzo dei beni e servizi, essendo questi lasciati al libero gioco del mercato e alla libera scelta dell'autonomia privata del consumatore, purché individuati in modo chiaro e comprensibile ad opera del professionista¹⁰.

Sulla base di tale previsione in letteratura si distingue tra “contenuto normativo” e “contenuto economico” del contratto di cui solo il primo sarebbe assoggettabile al controllo giudiziale, essendo il giudizio di vessatorietà attinente al solo squilibrio normativo e non anche a quello economico¹¹.

In dottrina si rileva, però, come tale distinzione possa rivelarsi «fuorviante»¹², potendo qualsiasi clausola incidere sulla vantaggiosità del contratto e, quindi, essere ricondotta nell'ambito del contenuto economico dello stesso, sottratto al giudizio di

⁷ FARNETI M., *op. cit.*, p. 346.

⁸ Una clausola sbilanciata a sfavore del consumatore potrebbe non risultare vessatoria nel caso in cui la stessa risulti riequilibrata da altre condizioni (inserite nello stesso contratto o in altro a quest'ultimo collegato) che attribuiscono un significativo vantaggio a favore del consumatore, cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile ...*, cit., p.382; ROPPO V., *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 858.

⁹ Cfr. FARNETI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.347 e 350.

¹⁰ Cfr. BIANCA C. M., *op. cit.*, p.380; ROPPO V., *op. ult. cit.*, p. 857; FARNETI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.353-354, l'A. sottolinea come, mediante la disciplina dettata dalla direttiva 1993/13/CEE, si intenda rimediare soltanto a quelle «“patologie” del meccanismo contrattuale [...] che dipendono dalla strutturale asimmetria informativa intercorrente tra professionista e consumatore [la quale] fa presumere esistente un pericolo di strumentalizzaz. ed abuso da parte del contraente in posiz. di vantaggio a danno di quello svantaggiato».

¹¹ Cfr. FARNETI M., *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 2009, p.246; ROPPO V., *op. loc. ult. cit.*

¹² FARNETI M., *La vessatorietà delle clausole ...*, cit., p. 247.

vessatorietà.

In tale ottica viene, quindi, proposta una ricostruzione funzionale della limitazione disposta dall'art. 34, 2° comma cod. cons.¹³, individuandosi la ragione dell'esclusione delle clausole, da essa indicate, nella loro necessaria considerazione e valutazione da parte del consumatore nel momento della stipula del contratto.

Il fatto che questi abbia potuto liberamente apprezzare e comprendere le clausole *c.d.* principali del contratto, al fine di determinarsi nel senso di concludere lo stesso, consente di superare la necessità del giudizio di vessatorietà, escludendo il pericolo che il professionista possa abusare della propria posizione di vantaggio a danno dell'aderente¹⁴. Tale rischio, tuttavia, è destinato a riemergere qualora tali clausole siano formulate in maniera oscura¹⁵.

Il terzo e quarto comma dello stesso articolo escludono la vessatorietà delle clausole che, rispettivamente, riproducano nel loro contenuto precettivo disposizioni di legge¹⁶ ovvero siano state oggetto di trattativa individuale¹⁷,

¹³ Vedi FARNETI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.356.

¹⁴ L'esclusione dall'ambito del controllo giudiziale di vessatorietà delle clausole *c.d.* principali viene ricollegata alla loro inclusione o meno «nelle dinamiche del procedimento decisionale che ha spinto il consumatore a concludere quel contratto», FARNETI M., *La vessatorietà delle clausole ...*, cit., p. 261 e ss.

¹⁵ Cfr. FARNETI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.357, il quale individua nella chiarezza e comprensibilità delle clausole, indicate dall'art. 34, 2° comma cod. cons., la condizione per la loro esclusione dal giudizio di vessatorietà.

In linea generale, del resto, la disciplina in esame impone al professionista un generale obbligo di trasparenza nella redazione delle clausole contrattuali (art. 35, 1° comma cod. cons.), la cui violazione determina l'assoggettamento della clausola non redatta in modo chiaro e comprensibile al giudizio di vessatorietà, in quanto idonea ad accrescere l'asimmetria informativa tra professionista e consumatore (cfr. LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie ...*, cit., c.153).

¹⁶ V. in giurisprudenza CASS. CIV., sent. n. 13051/2008, con nota di FARNETI M., *Contratti del consumatore*, in *Studium Iuris*, II, 2008, p. 1444 e, in particolare, p. 1448: l'esclusione della vessatorietà della clausola è legata alla riproduzione del nucleo precettivo della disposizione, non necessariamente sotto il profilo testuale, bensì contenutistico. «Restano di contro soggette al controllo giudiziale quelle clausole con cui il predisponente si avvalga autonomamente di una facoltà che la norma gli riconosce, nei limiti in cui tale riconoscimento opera».

¹⁷ In merito a quest'ultima previsione si può notare come la direttiva 1993/13/CEE consideri quale presupposto del giudizio di vessatorietà della clausola l'assenza di un negoziato individuale sulla stessa (par. 3.1), definendo così il campo di applicazione della disciplina (cfr. ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive ...*, cit., p. 283; FARNETI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 362). Nell'attuazione interna il legislatore si è, invece, discostato da tale impostazione prevedendo la negoziazione individuale nell'ambito degli elementi valutativi della vessatorietà, venendosi così a configurare la trattativa come un «elemento» o «fattore impeditivo» dell'"abusività" stessa (ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie ...*, cit., p. 68; ID., *Il contratto*, cit., p. 861), ciononostante parte della dottrina riconduce il negoziato individuale a presupposto del giudizio di vessatorietà, idoneo a tracciare l'ambito di applicazione della disciplina (cfr. CIAN G., *op. loc. ult. cit.*), ma non ad escludere o impedire il carattere della vessatorietà; ciò che sarebbe provato dall'art. 36, 2° comma cod. cons., il quale, comminando la sanzione della nullità ad una serie di clausole giudicate vessatorie, «quantunque oggetto di trattativa», dimostrerebbe l'inidoneità della negoziazione ad eliminare il significativo squilibrio contrario a buona fede che determina la vessatorietà (cfr. LENER G., *La nuova disciplina ...*, cit., c.148; FARNETI M., *op. cit.*, in

gravando sul professionista la prova dell'avvenuta negoziazione¹⁸.

Il secondo comma dell'art. 33 cod. cons. contiene un'elencazione esemplificativa (e non esauriente) di clausole che si presumono vessatorie sino a prova contraria¹⁹, il quale costituisce un «manifesto tentativo di concretizzazione della clausola generale del significativo squilibrio contrario a buona fede»²⁰.

In dottrina si sono proposte diverse classificazioni delle clausole che hanno trovato collocazione nella *c.d. lista grigia*, distinguendosi su un piano sistematico tra «clausole di squilibrio» e «clausole di sorpresa»²¹, e su un piano sostanziale tra «clausole che attribuiscono al professionista poteri unilaterali», «clausole che escludono o limitano i rimedi di tutela» e «clausole che incidono sulla

Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria, cit., p.363).

¹⁸ L'art. 3, par. 2, comma 3 della direttiva 1993/13/CEE attribuisce al professionista l'onere di provare l'avvenuta negoziazione della clausola sospettata di abusività, in conformità a tale previsione, in dottrina, si è ritenuto che la regola dettata dal quinto comma dell'art. 34, sebbene riferita ai soli casi in cui il professionista abbia fatto uso di moduli o formulari, debba essere interpretata estensivamente, così da coprire ogni ipotesi di predisposizione unilaterale delle condizioni contrattuali (cfr. FARNETI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.367).

Per poter affermare che una clausola sia stata oggetto di trattativa individuale non è necessario che il contenuto della stessa sia stato congiuntamente determinato dal professionista e dal consumatore, ciò che importa è che la stessa possa essere ricondotta nell'ambito di un libero processo decisionale, in cui il consumatore abbia avuto l'effettiva possibilità di poter influire sul contenuto della clausola, pur se non si traduca in un risultato concreto di modifica della stessa. (cfr. LENER G., *La nuova disciplina ...*, cit., c. 149; CIAN G., *op. cit.*, p. 417; ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 861).

¹⁹ Più che di fronte ad una presunzione vera e propria ci si troverebbe, in realtà, dinnanzi ad una regola di giudizio volta ad invertire l'onere della prova (v. BIANCA C. M., *Diritto civile*, cit., p. 382, n. 41; cfr. anche CECERE C., *Sub art. 1469-bis*, in BARENGHI A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, Jovene, 1996, p. 65) riferendosi la stessa ad una qualificazione giuridica, qual è la vessatorietà, piuttosto che ad un fatto noto da cui inferire un fatto ignoto (cfr. CASTRONOVO C., *op. cit.*, p.10 e ss.). Al consumatore basterà allegare la riconducibilità della singola clausola all'elencazione dell'art. 33, 2° comma cod. cons., spettando al professionista l'onere di provare la sussistenza di una trattativa individuale sulla singola clausola, ovvero l'assenza in concreto del significativo squilibrio contrario a buona fede, ciò alla luce dei parametri dettati dall'art. 34, 1° comma cod. cons. (cfr. CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis ...*, cit., p.416, il quale rileva, inoltre, come il giudice così come può rilevare d'ufficio la vessatorietà di una determinata clausola, così potrebbe rilevare – sempre alla luce dei parametri dettati dal cod. cons. – la non abusività di quella clausola pur astrattamente vessatoria in quanto rientrante nell'elenco dettato dall'art. 33, 2° comma cod. cons.; cfr. anche CASTRONOVO C., *op. cit.*, p. 12 e, in particolare, p. 33, n. 35; CECERE C., *op. cit.*, p. 68. *Contra* ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 860, il quale afferma che il giudice «di fronte alla clausola corrispondente a una delle voci dell'elenco, [...] non deve accertare se essa determina in concreto significativo squilibrio a danno del consumatore»).

²⁰ Così TROIANO S., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 250; cfr. anche ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive ...*, cit., p. 284; BARENGHI A., *Sub art. 33*, cit., p. 220. A tale *c.d. lista grigia* si affianca un'ulteriore elencazione di clausole (*c.d. lista nera*), le quali sono considerate in ogni caso vessatorie, *ex art.* 36, 2° comma cod. cons.

²¹ ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive ...*, cit., p. 287, la prima categoria ricomprenderebbe quelle clausole che comportino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, mentre nella seconda sarebbero riconducibili quelle clausole che rendano «l'esecuzione del contratto significativamente differente da quella che il consumatore legittimamente potrebbe aspettarsi».

responsabilità»²².

Nell'elencazione dell'art. 33, 2° comma cod. cons. trovano espressa menzione, potendo essere ricondotte nell'ambito della categoria delle «clausole di sorpresa», ovvero di quelle «che attribuiscono al professionista poteri unilaterali»²³, le clausole che consentono al predisponente di modificare unilateralmente le condizioni del contratto, «ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso» (*lett. m*)²⁴, ovvero di «aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto» (*lett. o*).

1.7. La disciplina del *ius variandi* nel Codice del consumo.

Concentrando l'attenzione sull'argomento di specifico interesse della presente trattazione può notarsi come la disciplina dettata nell'ambito del Codice del consumo venga letta in dottrina²⁵ come indice dell'ammissibilità in via generale del *ius variandi* di fonte convenzionale²⁶, ciò in quanto l'attribuzione del relativo potere non è dichiarata senz'altro abusiva, ma solo assoggettata ad una generale presunzione di vessatorietà la quale è subordinata alla mancata indicazione nel contratto di un giustificato motivo legittimante l'esercizio del potere di modifica

²² CECERE C., *Sub art. 1469-bis*, cit., p.68 e ss.; cfr. anche DE NOVA G., *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 230, il quale distingue tra clausole che derogano al principio secondo cui il contratto ha forza di legge e clausole che prevedono l'autotutela del professionista limitando il diritto di difesa del consumatore.

²³ Cfr. COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis*, 3° comma, n. 11 – 4° comma, n. 2, in ALPA G. e PATTI S. (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003, p.458-459; BARENGHI A., *Sub art. 33*, cit., p. 221; FARNETI M., *La presunzione di cui alla lett. m) del 2° comma*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 288.

²⁴ La lett. m) riproduce, così come precedentemente l'art. 1469-bis, terzo comma, n. 11, c.c., il contenuto delle lett. j) e k) del primo paragrafo dell'allegato alla direttiva 93/13/CEE.

²⁵ Cfr. RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis*, comma 3°, n. 11, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile Bianca-Busnelli*, cit., p. 342; GORGONI A., *Sub art. 33 comma 2 lett. m)*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 281 e, in particolare, p. 286 «La norma [...] disciplinando lo *ius variandi*, dimostra che l'ordinamento considera tale strumento, avente la funzione di adeguare il contratto alle sopravvenienze, un valore aggiunto per la conservazione del contratto»; CECERE C., *Sub art. 1469-bis*, cit., p. 78; COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., p.467; SCIARRONE ALIBRANDI A., *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA. VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza? Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 73.

²⁶ Vedi *supra* § 1.2.1.

unilaterale²⁷.

I risultati raggiunti dalla dottrina in sede di ricostruzione della disciplina generale²⁸, così come i principi generali ricavabili dall'ordinamento giuridico, integrano i *c.d.* limiti esterni al *ius variandi* nei contratti del consumatore²⁹, non potendosi ad esempio considerare ammissibile, e quindi legittima, quella pattuizione che autorizzi il professionista, seppure alla luce di un «giustificato motivo indicato nel contratto», ad apportare una modifica che implichi il venir meno dell'identità del rapporto dando luogo ad un inammissibile effetto novativo unilaterale³⁰.

Sempre in tale ottica, così come ciascuno dei contraenti può ritenersi legittimato, pur in assenza di una clausola attributiva del *ius variandi*, a porre in essere «variazioni, di minima entità, che non valgono a pregiudicare l'interesse dell'altro contraente, non assumendo apprezzabile rilevanza economica e, dunque, non valendo a qualificare come adempimento inesatto la prestazione eseguita»³¹, così il professionista dovrebbe ritenersi legittimato a modificare le caratteristiche del prodotto o del servizio, qualora questa sia resa necessaria dall'esigenza di eliminare un vizio che renderebbe il prodotto inadatto alla funzione cui è destinato, ovvero pericoloso per il consumatore, la cui mancata rimozione configurerebbe un inadempimento da parte del professionista stesso³².

Analizzando la figura del *ius variandi* se ne è evidenziata la forte carica di discrezionalità che le è connaturale, sottolineandosi la consequenziale esigenza di tutela della parte soggetta al suo esercizio, al fine di evitare che l'attribuzione di un simile potere possa tradursi in un meccanismo di prevaricazione di una parte sull'altra³³.

È in questa direzione che si inserisce l'intervento di origine europea, in quello che rappresenta il settore dei traffici giuridici dove maggiormente è avvertita

²⁷ FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*

²⁸ Per i quali si rinvia alla ricostruzione operata *supra* § 1.2 e ss.

²⁹ Cfr. COLUZZI C., *op. loc. ult. cit.*; FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 288.

³⁰ Vedi *supra* § 1.4; Cfr. GRASSI U. e MINUCCI A., *Sub art. 33, comma 2, lettera m*), in CESARO E. (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam, 2007, p. 208, dove si sottolinea come «l'interprete, ben prima di valutare i "giustificati motivi" debba sincerarsi che la clausola non sia in conflitto con norme o principi del nostro ordinamento, e perciò nulla».

³¹ RIZZUTO C., *op. cit.*, in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p.341.

³² CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis ...*, cit, p.423; COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., p. 465.

³³ Cfr. GORGONI A., *Sub art. 33*, cit., p. 285 e ss. Vedi *supra* § 1.5.

l'esigenza di tutela del contraente *c.d.* debole.

Considerata l'ampia discrezionalità del *ius variandi*, mediante l'inclusione della clausola, che attribuisca al professionista il potere di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali, tra quelle considerate idonee a produrre il significativo squilibrio richiesto dall'art. 33, 1° comma cod. cons., il legislatore ha inteso tutelare il contraente debole dal rischio di una inaspettata modifica del regolamento contrattuale³⁴, la quale potrebbe porlo in una posizione deteriore rispetto a quella che egli si sia ragionevolmente prefigurato nel momento della stipula del contratto³⁵.

La discrezionalità insista nell'esercizio del *ius variandi* preclude al consumatore la possibilità di valutare correttamente il rischio economico, che egli ha assunto mediante l'adesione al contratto predisposto dal professionista³⁶.

La preventiva indicazione nel contratto dei giustificati motivi legittimanti l'esercizio del potere di modifica riduce tale discrezionalità, riducendo al contempo la possibilità di abusi a danno del consumatore³⁷.

Quest'ultimo, inoltre, viene posto in grado di conoscere, nel momento della conclusione dell'accordo, quali saranno le cause che potranno portare ad una modifica del regolamento contrattuale sottoscritto, così da consentirgli una corretta valutazione della convenienza economica dell'affare³⁸.

Il fatto che siano indicati nel contratto i presupposti del *ius variandi*, inoltre, garantisce una più agevole verifica circa la correttezza del suo esercizio³⁹.

L'interprete dovrà preliminarmente verificare, alla luce del principio di buona fede, se i motivi indicati nel contratto a presupposto della variazione possano definirsi giustificati, ossia non siano stati imposti alla controparte sfruttando la propria maggiore forza contrattuale, ma corrispondano a ragioni meritevoli di tutela, in quanto «sufficientemente serie e gravi»⁴⁰.

In subordine ed allo scopo di accertare l'efficacia o meno della modifica

³⁴ FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*; cfr. anche GORGONI A., *Sub art. 33*, cit., p. 287, n. 18.

³⁵ Cfr. COLUZZI C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., p. 459.

³⁶ LENER G. e BOCCHINI R., *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in GABRIELLI E. e MINERVINI E. (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, Utet, 2005, p.261.

³⁷ SCARANO L. A., *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile Bianca-Busnelli*, cit., p.513.

³⁸ Cfr. RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p.343; LENER G. e BOCCHINI R., *op. loc. ult. cit.*

³⁹ FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 289 e 291.

⁴⁰ GRASSI U. e MINUCCI A., *Sub art. 33 ...*, cit., p. 211.

apportata al regolamento contrattuale, l'interprete dovrà verificare la corrispondenza dei motivi indicati in contratto con la motivazione che, nel caso specifico, risulta essere alla base della modifica operata dal professionista⁴¹.

1.7.1. *Il giustificato motivo.*

A questo punto occorre chiarire che cosa si intenda per «giustificato motivo» e quale debba essere il grado di dettaglio e specificazione della sua indicazione nel contratto al fine di superare la presunzione di vessatorietà, *ex art. 33, 2° comma, lett. m) cod. cons.*

A tal proposito, può innanzitutto notarsi come la formula impiegata dal legislatore, riconducibile al principio generale di buona fede⁴², sia talmente elastica da rendere incerta l'individuazione delle ipotesi concrete in essa riconducibili, prestandosi così ad un ampio margine di opposte soluzioni interpretative⁴³. Ciononostante, facendo riferimento alla *ratio* sottesa al meccanismo del *ius variandi*, in letteratura si ritiene possibile giungere ad una concretizzazione del «giustificato motivo»⁴⁴, idonea al contempo ad evitare che la clausola si risolva in un espediente per aggirare il divieto di clausole di esonero della responsabilità per inadempimento, *ex artt. 1229 c.c. e 33, 2° comma, lett. r) cod. cons.*⁴⁵

È appena il caso di notare come il potere di modifica del rapporto contrattuale, a differenza delle clausole che limitano la responsabilità in caso di inadempimento, non pongono un limite alla facoltà della controparte di opporre eccezioni o di agire giudizialmente per far valere l'inadempimento contrattuale, ma ponendo un vero e proprio limite al suo diritto sostanziale, valgono ad escludere l'inadempimento stesso mediante la modifica dell'obbligazione cui è tenuto il debitore (*id est* nel nostro caso il professionista)⁴⁶.

⁴¹ FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 291

⁴² Cfr. RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p. 343; NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, p.469, il quale ritiene che il giustificato motivo e la buona fede non differiscano in nulla se non nella veste linguistica; GORGONI A., *Sub art. 33*, cit., p. 287; FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 290.

⁴³ COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., p. 468; GRASSI U. e MINUCCI A., *Sub art. 33 ...*, cit., p.211.

⁴⁴ FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁵ GRASSI U. e MINUCCI A., *Sub art. 33 ...*, cit., p. 212; cfr. anche RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p. 335.

⁴⁶ RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis, comma 3°, n. II*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 933, l'A. nota come proprio tale distinzione valga ad escludere la possibilità che la clausola attributiva di *ius*

Configurandosi quale strumento di adeguamento nel tempo del rapporto contrattuale, mediante cui affrontare eventuali sopravvenienze che impediscano la piena realizzazione dell'interesse avuto di mira dalle parti, l'esigenza di far fronte al mutare delle circostanze esterne incidenti sul programma contrattuale, ovvero sulle esigenze stesse delle parti, potrebbe senz'altro considerarsi un giustificato motivo di esercizio del *ius variandi*.

Tuttavia, la possibilità che il professionista sfrutti tale meccanismo per evitare un eventuale inadempimento contrattuale, imputabile e preventivato, viene valutata negativamente dall'ordinamento giuridico e spinge l'interprete a circoscrivere le ragioni riconducibili nell'area del «giustificato motivo» a quelle che in via generale consentono di sottrarsi al proprio impegno o di modificarlo⁴⁷.

Seguendo tale orientamento potrebbero, quindi, considerarsi quali giustificati motivi, legittimanti la modifica del regolamento contrattuale, da un lato, l'esigenza di reagire all'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, dall'altro, l'esigenza di far fronte a quelle circostanze sopravvenute ed imprevedibili (le quali appaiano cioè di improbabile verifica) che rendano eccessivamente oneroso l'adempimento della propria prestazione⁴⁸.

Così concretizzato il «giustificato motivo» verrebbe, in sostanza, a configurarsi quale impedimento al professionista di trasferire sul consumatore il costo delle sopravvenienze da questo previste o prevedibili⁴⁹.

In tali casi, infatti, il professionista terrebbe un comportamento contrario a buona fede, occultando alla controparte informazioni che avrebbero potuto indurla a non concludere il contratto, ovvero a concluderlo a diverse condizioni⁵⁰.

Come è stato già accennato, al fine del superamento della presunzione di vessatorietà prevista dalla lett. m) oltre alla ricorrenza di giustificati motivi

variandi possa essere fatta rientrare nell'elenco tassativo dell'art. 1341, 2° comma, c.c.

⁴⁷ GRASSI U. e MINUCCI A., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ Cfr. GRASSI U. e MINUCCI A., *op. cit.*, p. 213 e ss., p. 215, l'A. individua nelle «sopravvenienze obiettive, straordinarie ed imprevedibili» le «uniche ragioni giudicate idonee ad attenuare il rigore dei criteri oggettivi d'imputazione della responsabilità contrattuale» integrando queste il concetto di «giustificato motivo». Nello stesso senso TRIB. PALERMO, sez.III, sent. 14 ottobre 2010, n. 8477, come riferita da PAGLIANTINI S., *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di giustizia)*, in *I contratti*, 2012, p. 170, n. 29, ove il giustificato motivo viene individuato nelle sole ipotesi di impossibilità sopravvenuta, totale o parziale, della prestazione, per cause non imputabili.

⁴⁹ GRASSI U. e MINUCCI A., *op. cit.*, p. 216; FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ Cfr. COCOZZA A., *Il recepimento della direttiva sulle clausole abusive. Prime riflessioni sui suoi effetti nei contratti bancari*, in BELLI F. e MAZZINI F. (a cura di), *Argomenti di diritto bancario*, 1998, Torino, Giappichelli, p. 89.

legittimanti l'esercizio del *ius variandi*, viene richiesta la specifica indicazione di questi ultimi nell'ambito del contratto⁵¹.

Attraverso la previsione di questo elemento formale il legislatore circoscrive l'elasticità della valutazione attinente al requisito del «giustificato motivo»⁵², imponendo al professionista la predeterminazione e puntuale indicazione delle specifiche circostanze di natura oggettiva idonee a fondare l'esercizio del potere di modifica unilaterale⁵³.

Un'indicazione vaga o generica, ovvero il rinvio alle «necessità organizzative» del professionista, autorizzando quest'ultimo ad inserire qualsiasi modifica egli ritenga opportuna, non sarebbe in grado di soddisfare tale prescrizione risultando, quindi, inidonea ad integrare il requisito del «giustificato motivo» e, di conseguenza, ad escludere la presunzione di vessatorietà della clausola⁵⁴. La quale si noti potrebbe, comunque, essere esclusa sulla base dei criteri dettati dagli artt. 33, 1° comma e 34 cod. cons.⁵⁵.

La clausola che attribuisca al professionista il *ius variandi* potrebbe essere stata oggetto di specifica trattativa con il consumatore, risultando quindi sottratta all'applicazione della disciplina (*ex art. 34.4 cod. cons.*), così come ne potrebbe essere esclusa la vessatorietà qualora essa risulti riprodotiva di una ipotesi legale di *ius variandi* (*ex art. 34.3 cod. cons.*)⁵⁶, dove cioè sia lo stesso legislatore a riconoscerlo ad una delle parti (si pensi alle ipotesi disciplinate dagli artt. 1711, 2°

⁵¹ Cfr. LENER G. e BOCCHINI R., *op. cit.*, p. 262.

⁵² Cfr. COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., p. 469; FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 290.

⁵³ COLUZZI F., *op. loc. ult. cit.*; GRASSI U. e MINUCCI A., *op. cit.*, p. 211; IURILLI C., *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello «ius variandi» nei contratti del consumatore*, in *Giur. it.*, I, 2001 p. 656, l'A., traendo spunti di riflessione dalla disciplina del giustificato motivo oggettivo legittimante il licenziamento del lavoratore, nota come «la clausola contenente la previsione del “giustificato motivo” (prevista unilateralmente nel contratto) al fine di non incorrere in una pronuncia di vessatorietà, [debba] rivestire necessariamente i caratteri di obiettività, essere cioè riferita ad obiettive esigenze (imprenditoriali e produttive) del predisponente».

⁵⁴ Cfr. FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*

⁵⁵ Cfr. RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p. 343; COLUZZI F., *op. cit.*, p. 469, n. 31. *Contra* LENER G. e BOCCHINI R., *op. loc. ult. cit.*, ove viene affermato che «se i motivi non sono indicati nel contratto, la clausola sarà sicuramente vessatoria»; Cfr. anche GORGONI A., *Sub art. 33*, cit., p. 287, n. 17, l'A. sottolinea come, al di là della dimostrazione dell'avvenuta trattativa individuale, appaia improbabile la possibilità di riuscire a dimostrare la non vessatorietà della clausola sulla base di un eventuale compensazione dello squilibrio ad opera di altre clausole inerite nel contratto o in altro a questo collegato. Un possibile bilanciamento della clausola sul *ius variandi* viene individuato, da FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 291, nella previsione di una clausola di recesso a favore del consumatore. *Contra* RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p. 344.

⁵⁶ Cfr. COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., p. 466.

comma e 1770, 2° comma, c.c.), risultando le stesse in ogni caso costruite in maniera tale da impedire che l'esercizio del potere di modifica unilaterale possa compromettere l'equilibrio contrattuale in danno della parte soggetta al relativo potere⁵⁷.

1.7.2. Il rapporto fra le disposizioni contenute nell'art. 33, 2° comma, lett. m) ed o), cod. cons.

Al di là del «giustificato motivo», la lett. m) non subordina la presunzione di vessatorietà anche alla mancata attribuzione a favore del consumatore della facoltà di recedere dal contratto⁵⁸, diversamente dalla previsione contenuta nella successiva lett. o), la quale invece collega la presunzione di vessatorietà della clausola, con cui il professionista si riserva il potere di aumentare il prezzo di beni e servizi, alla mancata attribuzione al consumatore della facoltà di recesso, qualora il prezzo finale sia «eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto»⁵⁹.

In dottrina viene rilevato un difetto di coordinamento tra le disposizioni contenute nelle lett. m) ed o), riferendosi la prima a qualsiasi clausola del contratto e la seconda alle sole clausole relative al prezzo, le quali sarebbero riconducibili nella prima, dettando limiti diversi entro cui possa essere ammessa l'attribuzione del *ius variandi* al professionista⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. GORGONI A., *Sub art. 33*, cit., p. 283 e ss.; RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p. 337.

⁵⁸ DE NOVA G., *La novella sulle clausole vessatorie ...*, cit., p. 231; RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p. 344; Cfr. anche FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*, l'A. nota come la mancanza del diritto di recesso a favore del consumatore possa comunque risultare idonea a far valutare come squilibrata l'attribuzione del *ius variandi*, ex art. 33, 1° comma cod. cons.; nello stesso senso PAGLIANTINI S., *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico ...*, cit., p. 169.

⁵⁹ La presunzione di vessatorietà indicata dalla lett. o) è diretta a neutralizzare l'effetto sorpresa insito nell'attribuzione al professionista del potere di modificare unilateralmente il contenuto contrattuale (FARNETI M., *La presunzione di cui alla lett. o) del 2° comma*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 297), che nel caso in esame riguarda un aspetto tutt'altro che secondario per l'economia dell'affare, ossia il prezzo, inteso quale valore di scambio di una cosa o di un servizio (LENER G. e BOCCHINI R., *op. cit.*, p. 268). Potendosi, inoltre, individuare un'ulteriore finalità della previsione nell'esigenza di tutelare la «funzionalità della concorrenza del mercato, impedendo al professionista di attirare il consumatore con prezzi competitivi, per poi aumentarli» (DIURNI A., *Sub art. 1469-bis, 3° comma, nn. 12 e 13*, in ALPA G. e PATTI S. (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003, p.505), costituendo questa una «prassi anticompetitiva» (FARNETI, *op. loc. ult. cit.*). Dipendendo nel caso in esame la vessatorietà della clausola dal mancato riequilibrio del *ius variandi* con il riconoscimento a favore del consumatore del diritto di recesso, alcuni autori inquadrano la fattispecie nell'ambito della categoria delle «clausole di squilibrio» (v. per i relativi riferimenti FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*).

⁶⁰ Cfr. RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p. 341.

Al quesito circa quale clausola debba trovare applicazione qualora sia prevista la facoltà per il professionista di aumentare il prezzo del prodotto o del servizio, in letteratura alcuni autori propendono, in ragione della sua specialità, per la previsione contenuta nella lett. o), affermando che la modifica potrebbe avvenire anche senza la specifica indicazione di un «giustificato motivo» legittimante la modifica⁶¹.

A questa posizione si sono opposti quanti, invece, reputano pur sempre operante la previsione della lett. m), indicando la lett. o) «un'ulteriore protezione per il consumatore avverso gli incrementi del prezzo»⁶².

Mediante tale previsione il legislatore avrebbe inteso, da un lato, consentire al professionista di allocare sul consumatore il rischio di aumenti nella produzione del bene o nella fornitura del servizio, purché contenuti entro un margine di astratta tollerabilità⁶³. Dall'altro, offrire al consumatore una maggiore tutela garantendogli una «via di fuga» dal contratto (soltanto) nell'ipotesi in cui la variazione del prezzo risulti eccessiva rispetto a quella che ragionevolmente poteva essere prevista nel momento della conclusione del accordo⁶⁴.

Si può notare come leggendo in combinato disposto le presunzioni di vessatorietà dettate dalle lett. m) ed o), obbligando il professionista ad indicare nel contratto le ragioni che potrebbero condurre ad una variazione del prezzo, si impedirebbe, o almeno ridurrebbe, la possibilità che la riserva del *ius variandi* a favore del professionista si traduca in un *escamotage* per aggirare il divieto di rinviare la determinazione del corrispettivo al momento della consegna del bene o

⁶¹ LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie ...*, cit., c.172; RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Nuove leggi civ. comm.*, cit., p. 937. *Contra* BIANCA C. M., *Diritto civile*, cit., p. 385, n. 56; Cfr. anche GAGGERO P., *Il jus variandi del prestatore di servizi finanziari*, in AA. VV., *Diritto Privato, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, p.364 e ss., il quale evidenzia come sebbene l'adozione del criterio di specialità soddisfi l'esigenza di coordinamento delle diverse disposizioni attuative sul *ius variandi*, questa interpretazione appare «insoddisfacente negli esiti» ed in contrasto con l'interpretazione desumibile dalla direttiva, in quanto ammettere la prevalenza della presunzione dettata dalla lett. o) su quella dettata dalla lett. m), nell'ipotesi in cui sia previsto il potere del professionista di modificare il prezzo, significherebbe ammettere una riduzione della tutela offerta al consumatore dalle norme di attuazione, ciò che risulterebbe in contrasto con la *ratio* sottesa alla normativa europea.

⁶² GRASSI U. e MINUCCI A., *op. cit.*, p. 217, n. 16; CECERE C., *op. cit.*, p. 80 e ss.; cfr. anche AMATO C., *Sub art. 1469-bis, comma 3°, n.13*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 950, l'A. suggerisce quale soluzione al problema di coordinamento fra le diverse disposizioni «di non determinare *a priori* il rapporto di specialità del n. 13 rispetto all'11 [oggi, rispettivamente lett. o e lett. m], ma di valutare nel caso concreto quale possa essere la soluzione più favorevole alla parte debole del rapporto».

⁶³ Cfr. AMATO C., *Sub art. 1469-bis, comma 3°, n.13*, cit., p. 952; DIURNI A., *op. cit.*, p. 507 e 515.

⁶⁴ Cfr. CECERE C., *op. loc. ult. cit.*; RISPOLI G., *Incremento del prezzo, vessatorietà e diritto di recesso*, in *NGCC*, 2008, p. 430.

dell'esecuzione del servizio (*ex lett. n*)⁶⁵, ciò mediante la fissazione di un determinato prezzo, il quale, inducendo il consumatore ad accettare il contratto, sia destinato ad essere aumentato in misura tale da non integrare il requisito dell'eccessiva sproporzione tra il prezzo iniziale e il prezzo finale, così da impedire il recesso del consumatore⁶⁶.

In ogni caso, alla luce della *ratio* della disciplina posta a tutela del consumatore, non si potrebbe prescindere dal requisito della sussistenza di un giustificato motivo, così come concretizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quale fondamento della variazione unilaterale, potendosi eventualmente leggere la previsione della lett. o) come una semplice agevolazione offerta al professionista, il quale non risulta obbligato (soltanto) alla preventiva indicazione contrattuale dei motivi legittimanti la modifica⁶⁷.

Tale interpretazione, del resto, appare obbligata a meno di voler affermare che il legislatore, a fronte della variazione di un elemento tutt'altro che secondario del contratto, abbia voluto irragionevolmente ridurre la tutela offerta al consumatore.

⁶⁵ Le due presunzioni di vessatorietà contenute nelle lett. n) ed o) sono il frutto della divisione, ad opera del legislatore nazionale, della lett. l), par. I dell'allegato alla direttiva 93/13/CEE, la quale subordinava la vessatorietà di entrambe le ipotesi alla mancata attribuzione a favore del consumatore del diritto di recesso nel caso in cui il prezzo finale fosse risultato troppo elevato rispetto a quello concordato nel momento della conclusione del contratto. La scelta del nostro legislatore ha determinato una modifica in senso restrittivo per il professionista al quale risulta preclusa la possibilità di rinviare la determinazione del prezzo ad un momento successivo alla conclusione del contratto senza incorrere nella presunzione di vessatorietà (DIURNI A., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., p. 490 e ss.; FIORDILISO F., *Sub art. 33, comma 2, lettera o*), in CESARO E. (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam, 2007, p.243). Sebbene tale scelta sia stata nell'immediato criticata per l'apparente contraddittorietà che veniva a crearsi tra le due ipotesi (CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis ...*, cit., p. 423), la stessa viene giudicata opportuna alla luce delle maggiori contraddittorietà insite nella formulazione della direttiva (DIURNI A., *op. cit.*, p. 494; FIORDILISO F., *op. cit.*, p. 244; FARNETI M., *La presunzione di cui alla lett. n) del 2° comma*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 292).

⁶⁶ La possibilità di aggirare la prescrizione dettata dalla lett. n) non suscita, comunque, in dottrina particolari preoccupazioni essendo, in ogni caso, raggiunto l'obiettivo di contenere la possibilità di modifica attribuita al professionista entro il limite dell'aumento eccessivo (FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 293).

⁶⁷ Cfr. COCOZZA A., *Il recepimento della direttiva ...*, cit., p. 91; v. anche le considerazioni svolte da PAGLIANTINI S., *La modificazione unilaterale del contratto ...*, cit., p. 171, l'A. sottolinea, da un lato, come ritenere superata la presunzione di vessatorietà a fronte di una predeterminazione della misura massima dell'aumento in seno al contratto (secondo la S. C., sent. 19366/2007 insindacabile *ex art. 33, 1° comma cod. cons.*, scattando il controllo giudiziale solo ove la soglia dell'aumento non sia stata definita in anticipo dalle parti), non sarebbe idonea a tutelare il consumatore assecondando eccessivamente il potere conformativo del professionista. Dall'altro lato, l'A. evidenzia come ritenendo quale contrappeso del potere di modifica il solo recesso a favore del consumatore, si potrebbero assecondare pratiche speculative del predisponente, il quale, dando intenzionalmente causa al recesso, potrebbe ottenere una risoluzione anticipata del contratto che, invece, nel caso specifico gli potrebbe essere preclusa dalla legge.

1.7.3. *L'incremento eccessivo del prezzo.*

La previsione della lett. o) considera l'incremento eccessivo del prezzo «quale presupposto di legittimazione all'esercizio della facoltà di recesso del consumatore»⁶⁸, configurandosi in tal modo il riferimento alla nozione di incremento eccessivamente elevato il fulcro della fattispecie «attorno al quale ruotano i poteri sia di *variatio* del professionista che di recesso del consumatore, qualificandosi o giustificandosi in relazione ad esso»⁶⁹.

In letteratura si ritiene che la costruzione della presunzione intorno all'eccessiva sproporzione dell'aumento realizzi un adeguato bilanciamento tra il potere di modifica del corrispettivo attribuito al professionista e il potere di recesso riconosciuto al consumatore: mediante la previsione del recesso viene ad essere garantita l'integrità del consenso del consumatore rispetto al nuovo assetto contrattuale⁷⁰, mentre la subordinazione del suo esercizio al verificarsi di un aumento eccessivo garantisce la conservazione della funzionalità del *ius variandi* attribuito al professionista, impedendo al cliente di poter recedere ogni qual volta intervenga una qualsiasi variazione del prezzo⁷¹.

Anche in questo caso, tuttavia, come per il «giustificato motivo», si pone un problema di concretizzazione del requisito dell'incremento «eccessivamente elevato», teso ad individuare il limite quantitativo oltre il quale il professionista non possa spingere l'aumento del prezzo, senza riconoscere al consumatore il diritto di

⁶⁸ Così CASS. CIV., sent. del 18.9.2007 n. 19366 in *NGCC*, 2008, con nota di RISPOLI G., p. 427. La S. C. in tale occasione ha sancito la non applicabilità della presunzione prevista dall'art. 1469-bis, comma 3°, n. 13 c.c. [ora art. 33, 2° comma, lett. o cod. cons.] nell'ipotesi in cui la variazione in aumento del prezzo sia collegata alla previsione di una clausola di indicizzazione, sottolineando come la stessa non dipenda semplicemente dalla mancata attribuzione del diritto di recesso a favore del consumatore, ma richieda l'accertamento in concreto dell'eccessività del nuovo prezzo rispetto a quello originariamente fissato; cfr. anche FIORDILISO F., *op. cit.*, p. 245, l'A. sottolinea come i presupposti operativi della presunzione di vessatorietà, ossia l'eccessività del prezzo finale e la mancanza del diritto di recesso a favore del consumatore, siano l'uno in rapporto di subordinazione dell'altro, in quanto «solo ove il primo di essi risulti realizzato, bisognerà verificare se sussiste o meno la previsione del diritto di recesso per il consumatore, circostanza che salva la clausola dalla presunta vessatorietà». Cfr. anche PAGLIANTINI S., *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico ...*, cit., p. 170 e ss., secondo il quale sarebbe stato preferibile che il diritto di recesso spettasse in ogni caso al consumatore e non fosse fatto dipendere dal presupposto di una eccessiva sperequazione tra prezzo iniziale e prezzo finale.

⁶⁹ FARNETI M., *La presunzione di cui alla lett. o) ...*, cit., in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 298; cfr. anche LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie ...*, cit., c. 172; FIORDILISO F., *op. cit.*, p. 246

⁷⁰ cfr. PARGLIONI M., *Le clausole sulla modifica unilaterale del contratto e sull'accertamento unilaterale dell'esecuzione*, in CENDON P. (a cura di), *I contratti in generale, IV, t.2, Clausole abusive*, Torino, Utet, 2001, p. 813.

⁷¹ DIURNI A., *op. cit.*, p. 512.

recesso, pena la sanzione della vessatorietà⁷².

Si può preliminarmente osservare come il riferimento operato dalla norma, all'eccessiva alterazione del prezzo finale rispetto al prezzo iniziale, faccia apparire chiaro come la sperequazione rilevante ai fini della presunzione di vessatorietà non sia quella tra corrispettivo e valore reale del bene, confermandosi come l'ordinamento sia tendenzialmente indifferente alla sproporzione economica tra le prestazioni dedotte in contratto⁷³.

In secondo luogo, può ancora osservarsi come la norma non sia diretta a conservare l'equilibrio contrattuale originariamente pattuito, avendo il consumatore preventivamente accettato che lo stesso possa subire delle variazioni in virtù della previsione del *ius variandi*. Alla luce di quest'ultima considerazione, in letteratura si è ritenuto possibile dedurre dalla disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta e, in particolare, dall'art. 1468 c.c. un idoneo criterio metodologico sulla cui base operare la qualificazione (in termini di eccessività o meno) della sperequazione fra i due prezzi, individuandosi quest'ultimo nel raffronto tra il loro diverso ammontare, rispettivamente, al momento della conclusione del contratto e al momento dell'esecuzione dello stesso⁷⁴.

Essendo il prezzo l'espressione in denaro del valore di un bene o di un servizio, tale operazione di raffronto si tradurrebbe in un semplice calcolo matematico, restando però da capire quando la differenza tra il prezzo iniziale e quello finale possa dirsi eccessiva⁷⁵.

Al fine di individuare la «formula»⁷⁶ applicabile a tale calcolo, in dottrina si è proposto di far riferimento alla disciplina della rescissione per lesione, *ex art.* 1448 c.c., individuandosi l'aumento «eccessivamente elevato» qualora il prezzo finale sia il risultato di un rialzo superiore al cinquanta per cento del prezzo originariamente pattuito. Soluzione scartata dalla stessa dottrina alla luce della vanificazione della

⁷² FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*; In dottrina viene evidenziato, in via preliminare, come il giudizio sull'eccessività del prezzo finale rispetto a quello originariamente pattuito non possa dipendere da criteri soggettivi, quale potrebbe essere l'eventuale stato di difficoltà economica del consumatore (DIURNI A., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., p. 511; FIORDILISO F., *op. cit.*, p. 246).

⁷³ DIURNI A., *op. loc. ult. cit.*; IURILLI C., *Riequilibrio delle posizioni contrattuali ...*, cit., p. 657.

⁷⁴ A differenza dell'art. 1467 c.c. che valuta l'eccessiva onerosità di una prestazione sulla base del raffronto con il valore della controprestazione, l'art. 1468 c.c. indica quale criterio di valutazione dell'eccessiva onerosità il confronto tra i valori assunti dall'unica prestazione prima e dopo il verificarsi della sopravvenienza (cfr. FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 299).

⁷⁵ DIURNI A., *op. cit.*, p. 513 e ss.; FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*

protezione offerta al consumatore, il quale sarebbe costretto a sopportare un aumento del prezzo sino alla metà del suo concreto ammontare, senza avere la possibilità di svincolarsi dal contratto⁷⁷.

Più ragionevole parrebbe, invece, il riferimento al limite del dieci per cento, fissato dagli artt. 1664 c.c. e 90 cod. cons. (oggi sostituito dall'art. 40, 3° comma, cod. tur.⁷⁸), avendo il legislatore dimostrato, nel dettare la disciplina della revisione del prezzo nell'appalto e nella vendita di pacchetti turistici, di ritenere tollerabile una simile oscillazione del prezzo⁷⁹.

Secondo parte della dottrina la presunzione dettata dalla lett. o), con molta probabilità, potrebbe essere esclusa anche qualora non sia stato attribuito il diritto di recesso al consumatore, così nel caso in cui la misura della variazione del prezzo sia stata determinata in modo certo nel contratto, ovvero sia stata collegata a criteri obiettivi, sì da far risultare esclusa la discrezionalità del professionista nell'operare la variazione e, di conseguenza, sia rimosso il *c.d.* "effetto sorpresa" insito nella clausola attributiva del *ius variandi*⁸⁰.

1.8. Il recesso come possibile strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali.

La previsione del diritto di recesso a favore del consumatore consente il superamento della presunzione di vessatorietà posta dalla lett. o) dell'art. 33, 2° comma cod. cons.

⁷⁷ Cfr. DIURNI A., *op. cit.*, p. 514 e ss., l'A. sottolinea come una simile soluzione contrasterebbe con la *ratio* stessa della presunzione, risultando inidonea a garantire la funzionalità della concorrenza del mercato; FIORDILISO F., *op. cit.*, p. 248; LUCCHESI F., *Sub art. 33 comma 2 lett. n e o*), in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 309 e ss., il quale sottolinea come una simile interpretazione «produrrebbe un pericoloso effetto "boomerang"» a danno del consumatore.

⁷⁸ Il *c.d.* Codice del Turismo è stato introdotto dal D.lgs. 23 maggio 2011, n. 79.

⁷⁹ Cfr. DIURNI A., *op. cit.*, p. 515 e FIORDILISO F., *op. cit.*, p. 248.

⁸⁰ RISPOLI G., *op. cit.*, p. 429. Da un lato l'art. 33, 6° comma, cod. cons. esclude l'applicazione della presunzione dettata dalla lett. o) alle clausole di indicizzazione dei prezzi, non ricorrendo del resto una fattispecie di *ius variandi* qualora la modifica avvenga automaticamente in relazione alle variazioni di un determinato parametro non controllato dai contraenti (cfr. CUBEDDU M. G. e ZUCCHI A., *Il regime speciale di cui ai commi 3-6 dell'art. 33*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 339), a condizione però che le modalità di variazione siano espressamente descritte nel contratto. Dall'altro, resta ferma l'esclusione della presunzione di vessatorietà della clausola nel caso in cui questa sia stata oggetto di specifica trattativa individuale con il consumatore, ovvero qualora, alla luce dei criteri complementari dettati dall'art. 34, 1° comma cod. cons., non risulti concretizzato quel significativo squilibrio contrario a buona fede, richiesto dall'art. 33 cod. cons. ai fini della valutazione di vessatorietà.

Nell'ottica del legislatore il recesso si pone come strumento idoneo a garantire al consumatore il ripristino dell'equilibrio contrattuale venuto meno in seguito alla variazione del prezzo ad opera del professionista⁸¹.

Si tratta della medesima forma di tutela adottata nell'ambito della vendita di servizi turistici⁸², dove l'art. 40, 3° comma, cod. tur. attribuisce all'acquirente il diritto di recedere dal contratto, come strumento di reazione al *ius variandi*, qualora l'aumento superi il dieci per cento del prezzo nel suo originario ammontare⁸³.

Come si è già avuto modo di notare, la presunzione di vessatorietà dettata dalla lett. o) ruota intorno alla mancata attribuzione del diritto di recesso a fronte di un aumento eccessivo del prezzo finale rispetto a quello originariamente pattuito, il quale colga di sorpresa il consumatore obbligandolo ad una prestazione maggiormente onerosa rispetto a quella che ragionevolmente poteva attendersi nel momento della conclusione del contratto.

Risultando così costruita la presunzione, la clausola che attribuisca il *ius variandi* al professionista potrebbe non essere colpita da nullità, ex art. 36 cod. cons., anche nel caso in cui sia mancata l'attribuzione del diritto di recesso al consumatore. Quest'ultimo, quindi, non essendo attribuito *ex lege*, ma trovando la propria fonte nelle condizioni contrattuali predisposte dal professionista ed accettate dal consumatore, può essere ricondotto nella categoria del recesso convenzionale, condizionato alla sussistenza di una giusta causa, individuata dalla legge nell'incremento eccessivo del prezzo, il quale si configura come giustificazione dell'esercizio del recesso da parte del consumatore⁸⁴.

Tale caratteristica consentirebbe di qualificare tale ipotesi di recesso nell'ambito dei *c.d.* «recessi di autotutela», ove la facoltà di sciogliersi dal vincolo contrattuale viene riconosciuta alla parte per consentirle di reagire contro eventi sopravvenuti che minaccino i suoi interessi contrattuali, come potrebbe essere l'inadempimento della controparte ovvero il verificarsi di fatti sopravvenuti che modifichino il rapporto contrattuale⁸⁵.

⁸¹ DIURNI A., *op. cit.*, p. 506; FIORDILISO F., *op. cit.*, p. 249; FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*;

⁸² In tale ipotesi, a differenza della lett. o), vedi *infra* nel testo, il legislatore ha previsto un'ipotesi di recesso legale a favore del consumatore.

⁸³ Cfr. BARCA A., *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 97.

⁸⁴ DIURNI A., *op. cit.*, p. 508; FARNETI M., *op. ult. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.300.

⁸⁵ Cfr. ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 519 e ss., il quale richiama, tra le altre, le ipotesi di recesso legale previste nell'ambito della vendita dei servizi turistici (art. 40, 3° comma cod. tur.) e

Trattandosi di un'ipotesi di recesso convenzionale, il diritto attribuito al consumatore risulta disciplinato dall'art. 1373 c.c., il quale consente l'esercizio del diritto di recesso «finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione», salvo che si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero le parti abbiano disposto diversamente⁸⁶.

In dottrina si è evidenziato come tale regola non tuteli realmente il consumatore, consentendo al professionista di porre in essere comportamenti elusivi che possano impedire di fatto l'esercizio del diritto di recesso, ad esempio comunicando l'aumento del prezzo successivamente all'avvenuta prestazione⁸⁷.

Una simile circostanza sebbene non privi il consumatore della possibilità di esercitare il recesso⁸⁸, lo porrebbe di fronte all'alternativa «comunque gravosa» di rinunciare alla prestazione (con evidente danno per lo stesso qualora si tratti di un servizio essenziale) ovvero accettare il nuovo prezzo e successivamente agire in giudizio per far accertare la vessatorietà della clausola e chiedere il risarcimento del danno subito⁸⁹.

Maggiormente garantista degli interessi del consumatore sarebbe potuta risultare, viceversa, la previsione della vessatorietà della clausola qualora l'aumento apportato fosse risultato eccessivo, senza quindi prevedere la possibilità di superare la presunzione mediante l'attribuzione al consumatore del diritto di recesso, con la conseguente inefficacia dell'aumento e applicazione del prezzo inizialmente fissato⁹⁰.

A prescindere dal fatto che, solo nell'ipotesi presa in considerazione dalla lett. o), il legislatore abbia collegato la presunzione di vessatorietà della clausola

nell'ambito dei contratti bancari (art. 118, 3° comma t.u.b.) come reazione all'esercizio del *ius variandi*.

⁸⁶ Ex art. 1373 ult. cpv. c.c., la disciplina dettata dal codice ha natura dispositiva potendo le parti aumentarne o restringerne la portata (DE NOVA G., *Il recesso*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, t.2, III ed., in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2004, p. 732; ROPPO V., *Il contratto*, cit., p. 513).

⁸⁷ FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ Cfr. DE NOVA G., *Il recesso*, cit., p. 735, il quale citando la giurisprudenza della S. C. evidenzia come il «principio di esecuzione» idoneo a precludere il recesso, ex art. 1373, 1° comma, c.c., sia quello «posto in essere dal recedente o da lui consentito [...] successivo alla conclusione del contratto, e non contestuale». Analizzando l'ipotesi formulata nel testo alla luce di tale osservazione sembrerebbe senz'altro possibile concludere che anche qualora il professionista abbia comunicato l'aumento del prezzo nel momento della consegna del prodotto o dell'esecuzione del servizio, il consumatore conservi inalterata la propria facoltà di recedere dal contratto, rinunciando quindi alla prestazione.

⁸⁹ LENER G. e BOCCHINI R., *op. cit.*, 274.

⁹⁰ FIORDILISO F., *op. cit.*, p. 246, n. 7; PAGLIANTINI S., *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico ...*, cit., p. 171-172.

attributiva del *ius variandi* alla mancata previsione di un diritto di recesso a favore del consumatore, parte della dottrina non esclude la possibilità che una simile clausola, indicante i giustificati motivi legittimanti l'esercizio del potere di modifica, ma sprovvista della facoltà di recesso per il consumatore, possa essere giudicata abusiva in quanto produttiva del significativo squilibrio richiesto dall'art. 33 cod. cons.⁹¹

Allo stesso tempo viene, però, evidenziato come il carattere vessatorio della clausola sul *ius variandi*, che non rispetti i limiti imposti dall'ordinamento, ex art. 33, 2° comma, lett. m), non potrebbe ritenersi escluso dalla semplice previsione di un diritto di recesso riconosciuto ad una o ad entrambe le parti, in quanto si tratterebbe di un rimedio inidoneo a «soddisfare sostanzialmente le esigenze di tutela del consumatore e del quale sono evidenti i limiti» specie in quelle ipotesi in cui il consumatore non abbia una reale possibilità di scelta, trovandosi l'imprenditore in una condizione di monopolio ovvero qualora tutti gli agenti di un determinato settore del mercato applichino le medesime condizioni contrattuali⁹².

Da tali considerazioni sembrerebbe possibile dedurre, in un'ottica tesa ad ottenere il maggiore equilibrio delle posizioni contrattuali, che la migliore tutela per il consumatore, rispetto al rischio di un abuso della propria maggiore forza contrattuale da parte del professionista, possa essere data dalla combinazione dei requisiti previsti dalle lett. m) ed o) dell'art. 33, 2° comma cod. cons.

Tale soluzione, infatti, consentirebbe al consumatore di poter correttamente valutare l'impegno economico assunto mediante l'adesione al contratto predisposto dal professionista, mentre quest'ultimo vedrebbe limitato il proprio potere discrezionale di variazione delle condizioni contrattuali dall'esigenza di indicare specificatamente nel contratto le circostanze che legittimerebbero l'esercizio del *ius variandi*.

Il consumatore, infine, ammesso che questo non gli sia già consentito in virtù

⁹¹ FARNETI M., *La presunzione di cui alla lett. m) ...*, cit., in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 289; cfr. anche FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, p. 409, il quale nota come mediante l'attribuzione del diritto di recesso alla parte soggetta all'esercizio del *ius variandi* venga recuperata una sorta di bilateralità dell'accordo sulla modifica, consentendo un controllo sulla correttezza della variazione apportata dal titolare del potere di modifica unilaterale.

⁹² RIZZUTO C., *sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis ...*, cit., p. 344; L'efficacia della previsione del diritto di recesso a favore della parte assoggettata al *ius variandi* risulta «fortemente condizionata dalle condizioni di mercato, posto che l'assenza di alternativi *partner* contrattuali potrebbe tradursi in un disincentivo (o impossibilità) ad esercitare il recesso anche accertata la condotta opportunistica di controparte», FICI A., *op. loc. ult. cit.*

della disciplina dettata dall'art. 1467 c.c.⁹³, potrebbe svincolarsi dal contratto qualora le variazioni apportate dal professionista comportino il superamento della normale alea contrattuale.

1.9. Le deroghe previste dal Codice del consumo in relazione ai contratti finanziari.

Al fine di completare l'analisi della disciplina, relativa al *ius variandi*, predisposta a tutela del consumatore dal Codice del consumo, occorre soffermarsi sulle deroghe, alle lett. m) ed o), poste con riferimento ai contratti aventi ad oggetto servizi finanziari.

Il secondo paragrafo dell'allegato alla direttiva 93/13/CEE, lett. b), con riferimento al *ius variandi* stabilisce che «la lettera j) non si oppone a clausole con cui il fornitore di servizi finanziari si riserva il diritto di modificare senza preavviso, qualora vi sia un valido motivo, il tasso di interesse di un prestito o di un credito da lui concesso o l'importo di tutti gli altri oneri relativi a servizi finanziari, a condizione che sia fatto obbligo al professionista di informare l'altra o le altre parti contraenti con la massima rapidità e che queste ultime siano libere di recedere immediatamente dal contratto»; non opponendosi «neppure a clausole con cui il professionista si riserva il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di un contratto di durata indeterminata, a condizione che gli sia fatto obbligo di informare con un ragionevole preavviso il consumatore e che questi sia libero di recedere dal contratto»⁹⁴.

⁹³ Cfr. COCOZZA A., *Il recepimento della direttiva ...*, cit., p. 87, n. 134, il quale reputa applicabile la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta seppure la parte che subisce la modifica abbia prestato il proprio consenso a tale evenienza. L'art. 1467 c.c. troverebbe applicazione qualora, la modifica apportata dal titolare del *ius variandi*, sebbene risulti equa riconducendo i valori delle prestazioni al loro originario equilibrio, «vada al di là di ogni normale evoluzione prevedibile del rapporto e sia tale da pregiudicare l'interesse alla prosecuzione del vincolo in capo alla controparte».

⁹⁴ La *ratio* della norma, mancando un esplicito riferimento ai servizi finanziari nell'elenco dei Considerando della direttiva (BOCCHINI R., *Sub art. 33, comma 3*, in CESARO E. (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam, 2007, p. 328), viene individuata in letteratura nel valore che il legislatore europeo riconosce alla natura dei beni e servizi oggetto del contratto, ex art. 4, 1° comma dir. 93/13/CEE, nella valutazione della vessatorietà delle clausole (TONELLO M., *Sub art. 1469-bis, commi 4°, 5° e 6°*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile Bianca-Busnelli*, cit., p. 518; CUBEDDU M. G. e ZUCCHI A., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.334; LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, in E. GABRIELLI e R. LENER, *I contratti del mercato finanziario*, I, II ed., in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. GABRIELLI, Torino,

Il legislatore italiano ha dato attuazione a tale disciplina nell'ordinamento interno riproducendo la seconda parte della disposizione, relativa al *ius variandi* delle clausole *c.d.* normative o regolamentari, nel quarto comma dell'art. 1469-*bis* c.c. (oggi abrogato e sostituito dall'art. 33.3 cod. cons.), stabilendo (*ex lett. b*) che qualora sussista un giustificato motivo il professionista «può» modificare le condizioni del contratto, avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, il quale ha diritto di recedere dal contratto.

La prima parte della disposizione europea, relativa al *ius variandi* delle clausole *c.d.* economiche, è stata invece riprodotta nel successivo quinto comma dello stesso articolo (ora art. 33.4 cod. cons.), facendo riferimento tanto ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, che a quelli sottoposti a termine finale⁹⁵.

La formulazione utilizzata dal legislatore nostrano nel dettare la disciplina di recepimento si discosta da quella impiegata nel testo della direttiva europea, rendendo non facile la ricostruzione dell'esatta portata della norma.

La prima questione che si pone all'attenzione dell'interprete riguarda l'art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons., il quale, stabilendo che «il professionista può» modificare le condizioni contrattuali, sembrerebbe prevedere un'ipotesi di *ius variandi* legale a favore del professionista, là dove la deroga prevista dalla direttiva intende (soltanto) consentire al professionista la predisposizione nel contratto di clausole sul *ius variandi*. Tale impostazione si evince chiaramente dall'*incipit* della disposizione, la quale afferma che la presunzione generale di vessatorietà sancita dalla lett. j) «non si oppone a clausole con cui il fornitore di servizi finanziari si riserva» di apportare modifiche al regolamento contrattuale⁹⁶.

Leggendo la disciplina di recepimento come direttamente attribuita al professionista del diritto potestativo di modifica del contratto, risulterebbe svilita la protezione offerta al consumatore di servizi finanziari, il quale verrebbe a trovarsi inconsapevolmente assoggettato al possibile esercizio del *ius variandi* pure nell'ipotesi in cui il contratto non ne abbia fatto menzione, ciò che sembrerebbe in

Utet, 2011, p. 131), in considerazione della necessità di garantire la stabilità e la solvibilità del sistema finanziario nel suo complesso (RISPOLI FARINA M. e FALCONE G., *Sub art. 33, commi nn. 3, 4, 5 e 6*, in CESARO E. (a cura di) *I contratti del consumatore ...*, cit., p. 388 e 406).

⁹⁵ CUBEDDU M. G. e ZUCCHI A., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.339.

⁹⁶ Cfr. BOCCHINI R., *op. cit.*, p. 343 e 359.

contrasto con il precipuo scopo di tutela avuto di mira dalla direttiva⁹⁷.

La possibilità che la disciplina delle clausole vessatorie abbia introdotto un *ius variandi* legale viene esclusa dalla più attenta dottrina mediante l'adozione di un'interpretazione correttiva di quello che *prima facie* sembrerebbe essere il significato dell'art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons.⁹⁸

Tale disposizione, rinviando a presunzioni generali di vessatorietà, le quali pongono limiti all'autonomia privata del professionista rispetto al contenuto di particolari clausole, non avrebbe altro senso che dettare le condizioni alle quali il professionista può, nei contratti aventi ad oggetto servizi finanziari, riservarsi convenzionalmente il potere di modificare *ex uno latere* il regolamento contrattuale⁹⁹.

Esclusa la configurabilità di un'ipotesi di *ius variandi* legale, dalla disciplina derogatoria dettata dal terzo, quarto e quinto comma dell'art. 33 cod. cons. si può, quindi, soltanto desumere che la clausola sul *ius variandi*, restando ferme le presunzioni generali di vessatorietà, non sarebbe abusiva qualora il contratto abbia ad oggetto:

a) valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo sia collegato alle fluttuazioni di un corso o di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista;

b) la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera;

⁹⁷ Cfr. GAGGERO P., *Il jus variandi del prestatore ...*, cit., p. 352, l'A. segnala, inoltre, come la direttiva non impedisca al legislatore nazionale di disciplinare discrezionalmente determinati rapporti contrattuali, incontrando questi l'unico limite nell'obbligo di non porre in essere una disciplina che contrasti con il contenuto delle disposizioni europee, potendosi individuare tale limite «nell'inammissibilità di disposizioni interne che tengano luogo a clausole comprese tra quelle presuntivamente abusive». Data tale considerazione, l'A. esclude che la disciplina derogatoria dettata dal legislatore italiano possa considerarsi in contrasto con quella dettata dalla direttiva, anche nell'ipotesi – esclusa dall'A. – in cui si voglia interpretare la disposizione di recepimento come attributiva di un'ipotesi di *ius variandi* legale.

⁹⁸ GAGGERO P., *op. ult. cit.*, p. 351 e ss.; CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, Esi, 2000, p.154 e ss.; LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 130 e, in particolare, p. 159-160.

⁹⁹ Stessa opzione interpretativa viene adottata con riferimento all'ipotesi di riserva della facoltà di recesso a favore del professionista, ex art. 33, 3° comma lett. a), cfr. GAGGERO P., *op. ult. cit.*, p. 355 e ss., il quale aggiunge come «dalle deroghe portate dal 4° comma ss. dell'art. 1469-bis c.c. [ora art. 33, 3° comma cod. cons.], si desume soltanto che alcune clausole non sono abusive sebbene, per il loro contenuto, dovrebbero essere presunte tali»; SIRENA P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *BBTC*, 1997, p. 357, n. 10; CUBEDDU M. G., *Sub art. 1469-bis, 4° comma*, ALPA G. e PATTI S. (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 649; LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 160, il quale nota come «se davvero il legislatore avesse voluto attribuire dei poteri *ex lege*, non lo avrebbe fatto *per relationem*» *Contra* BOCCHINI R., *op. cit.*, p. 345 e 363 ss.

c) la prestazione di servizi finanziari, il cui prezzo non sia collegato alle fluttuazioni indicate *sub* lett. a), risultando esclusa la presunzione di abusività soltanto qualora siano rispettate le condizioni cui il legislatore ha esplicitamente subordinato l'ammissibilità di una previsione pattizia del *ius variandi*. Nell'ipotesi in cui tali condizioni non siano soddisfatte dalla specifica pattuizione, la stessa non potrebbe beneficiare della deroga e, ricadendo nell'ambito della previsione generale di vessatorietà, salva naturalmente la prova contraria, sarebbe colpita da nullità *ex* art. 36 cod. cons.¹⁰⁰.

Il terzo e quarto comma dell'art. 33 cod. cons. sebbene non subordinino l'ammissibilità della previsione del potere di modifica unilaterale all'indicazione specifica, nell'ambito del contratto, delle ragioni legittimanti il suo esercizio, richiedono che quest'ultimo avvenga comunque in presenza di un giustificato motivo¹⁰¹.

Al professionista, inoltre, viene fatto obbligo di informare il consumatore della variazione che si intende apportare al regolamento contrattuale, con un congruo preavviso nel caso di modifiche che incidano sulle clausole *c.d.* normative del contratto (*ex* art. 33.3 cod. cons.) ovvero, qualora si tratti di modifiche attinenti alle condizioni economiche, ossia al tasso di interesse o all'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente pattuiti (*ex* art. 33.4 cod. cons.), dando soltanto immediata comunicazione dell'avvenuta modifica¹⁰². In entrambe le ipotesi, infine, a fronte della variazione operata dal professionista deve essere riconosciuta convenzionalmente al consumatore la facoltà di recedere dal contratto.

Subordinando la legittimità del *ius variandi* alla sussistenza di un giustificato motivo il legislatore, come nel caso della previsione della lett. m), art. 33, 2° comma cod. cons., non specifica quale sia il contenuto da attribuire a tale espressione, potendosi quindi richiamare, anche in questa sede, le considerazioni svolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza per concretizzare il requisito del «giustificato motivo»¹⁰³.

Individuandosi la *ratio* della normativa nella tutela della stabilità del mercato e della solvibilità degli operatori finanziari, restando comunque ferma l'impossibilità

¹⁰⁰ Cfr. GAGGERO P., *op. ult. cit.*, p. 356.

¹⁰¹ Cfr. RISPOLI FARINA M. e FALCONE G., *op. cit.*, p. 426.

¹⁰² TONELLO M., *Sub art. 1469-bis, commi 4°, 5° e 6°, cit.*, p. 521.

¹⁰³ Vedi *supra* § 1.8.

per il professionista di scaricare sul consumatore eventuali inefficienze di gestione a lui attribuibili, integrerebbero ipotesi di giustificato motivo l'eventuale aumento del tasso di interesse praticato all'istituto di credito dalla Banca Centrale (ossia il *c.d.* aumento del costo del denaro), ovvero il verificarsi di eventi che investono la sfera del soggetto finanziato (incidenti ad es. sulla sua solvibilità) rendendo l'operazione maggiormente rischiosa¹⁰⁴.

Una volta definita l'esatta portata della disciplina derogatoria, *ex art.* 33, commi 3, 4 e 5 cod. cons., non resta che individuarne l'ambito di applicazione al fine di comprendere, nello specifico, a quali contratti essa sia riferita.

La disposizione di origine europea individuava il proprio ambito di applicazione impiegando un criterio soggettivo, ossia riferendosi al «fornitore di servizi finanziari», mentre la norma italiana ha adottato un criterio oggettivo, riferendosi ai «contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari».

Per inciso, può notarsi come sebbene la disciplina derogatoria abbia ad oggetto indistintamente tutti i contratti di durata, nei quali sia dedotta una prestazione finanziaria, l'ambito di applicazione del terzo comma dell'art. 33 cod. cons., rispetto al successivo quarto comma, si riferisce esplicitamente ai soli contratti a tempo indeterminato, sicché rispetto alla clausola sul *ius variandi* inserita in un contratto a tempo determinato, avente ad oggetto servizi finanziari, dovrebbe trovare applicazione la presunzione generale dettata dalla lett. m) dell'art. 33, 2° comma cod. cons.¹⁰⁵.

L'adozione in sede di recepimento della direttiva di un criterio oggettivo ha reso possibile affermare, con maggiore certezza, l'applicabilità della regola ai contratti posti in essere, indifferentemente, da banche, intermediari finanziari e società di intermediazione mobiliare¹⁰⁶. Nonostante ciò, tuttavia, il lavoro dell'interprete, nel definire l'ambito di applicazione della norma sul piano oggettivo, è stato complicato dall'assenza nella direttiva (così come nella normativa di recepimento e

¹⁰⁴ NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, cit., p. 471-473. Vedi sul punto *amplius* § 3.2.3.

¹⁰⁵ In dottrina tale differenza di disciplina viene spiegata sulla base della maggiore capacità per il fornitore di servizi finanziari a prevedere ed internalizzare i rischi assunti con la stipula di un contratto a termine, rispetto all'ipotesi in cui questi concluda un contratto di durata indeterminata, LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, cit., p.161.

¹⁰⁶ Cfr. CUBEDDU M. G., *Sub art. 1469-bis, 4° comma*, cit., p. 641; cfr. anche ; TONELLO M., *Sub art. 1469-bis, commi 4°, 5° e 6°*, cit., p. 524, l'A. nota come optando per un criterio oggettivo, anziché soggettivo, di delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina derogatoria il legislatore nazionale abbia eliminato «ciò che avrebbe potuto rappresentare un ostacolo all'ampliamento in senso soggettivo dell'operatività delle norme in esame».

nei lavori preparatori) di una definizione univoca di cosa si intenda per “servizi finanziari”¹⁰⁷.

Tale lacuna legislativa ha fatto sì che in dottrina si formassero diverse opzioni ricostruttive¹⁰⁸, sintetizzabili in due diversi orientamenti.

Accogliendo un’accezione estesa dell’espressione “prestazione di servizi finanziari”, da una parte si ritiene che la deroga in parola trovi applicazione con riferimento ai contratti aventi ad oggetto la prestazione dei servizi finanziari in senso stretto, consistenti in tutte quelle operazioni che tra le parti inizino e terminino con il denaro (gestione del risparmio, concessione di credito, operazioni di pagamento e di cambio), così come all’insieme dell’attività bancaria e dei servizi parabancari¹⁰⁹.

Dall’altra, invece, giudicando «massimalista»¹¹⁰ la soluzione appena riferita, si esclude che possano farsi rientrare indistintamente nell’ambito dei «contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari» tutti i contratti bancari, dovendovi piuttosto ricomprendere solo quei contratti che abbiano ad oggetto un’attività che procuri un finanziamento al cliente tramite un investimento o un’erogazione di credito¹¹¹. Soluzione apparentemente più condivisibile sia alla luce della *ratio*

¹⁰⁷ Cfr. RISPOLI FARINA M. e FALCONE G., *op. cit.*, p.406 e ss.; COCOZZA A., *Il recepimento della direttiva ...*, cit., p. 68 e ss., l’A. individua in tale mancanza una consapevole scelta del legislatore europeo tesa a evitare irrigidimenti in un settore in continua e rapida evoluzione; BOCCHINI R., *op. cit.*, p. 349.

¹⁰⁸ La nozione di «servizi finanziari» potrebbe essere desunta facendo riferimento ad altri provvedimenti legislativi di origine comunitaria diversi dalla direttiva 93/13/CEE, i quali a seconda della specifica finalità perseguita forniscono una nozione collegata ad elencazioni più o meno ampie di operazioni ascrivibili a tale categoria di attività, ovvero questa potrebbe essere individuata mediante l’adozione di un approccio di tipo economico che ricostruisca autonomamente la definizione secondo la scienza economica, la quale identifica l’attività finanziaria con le operazioni che iniziano e terminano con il denaro (cfr. GAGGERO P., *Il jus variandi del prestatore ...*, cit., p. 344, n. 10, l’A. evidenzia come l’assenza di una specifica definizione dei servizi finanziari faccia propendere per l’impiego della nozione in un’accezione ampia, potendovi ricondurre la conclusione dei contratti disciplinati dal t.u.b.; COCOZZA A., *Il recepimento della direttiva sulle clausole abusive ...*, cit., p. 70 e ss.).

¹⁰⁹ GAGGERO P., *Il jus variandi del prestatore ...*, cit., p. 344; TONELLO M., *Sub art. 1469-bis, commi 4°, 5° e 6°*, cit., p. 523; CUBEDDU M. G., *Sub art. 1469-bis, 4° comma*, cit., p. 641; LUCCHESI F., *Sub art. 33 commi 3, 4, 5 e 6*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p.329; RISPOLI FARINA M. e FALCONE G., *op. cit.*, p. 407; CUBEDDU M. G. e ZUCCHI A., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 334; cfr. anche IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, Giuffrè, 2008, p.77.

¹¹⁰ BOCCHINI R., *op. cit.*, p. 358.

¹¹¹ Cfr. DI MAJO A., *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in RUFFOLO U. (a cura di), *Clausole “vessatorie” e “abusiva”*. *Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 242 e ss., l’A. considera prestazioni di servizi finanziari quelle offerte mediante gran parte dei contratti bancari, riconducendo nell’ambito di tale categoria il fido bancario, l’apertura di credito, lo sconto bancario ed anche le operazioni di deposito «giacché con esso il cliente ottiene, tramite l’interesse, un corrispettivo per il godimento del danaro affidato

sottesa alla disciplina derogatoria, sia in quanto fornisce una ricostruzione omogenea sul piano oggettivo della categoria dei «contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi finanziari», individuandone il nucleo tipizzante nel finanziamento al consumatore¹¹².

Nonostante si sia tentati di aderire a quest'ultimo orientamento dottrinale, per le ragioni che si sono appena tratteggiate, motivi di carattere sistematico spingono verso l'adesione all'orientamento maggioritario.

Essendo la disciplina in esame di derivazione europea, si pone l'esigenza di garantirne un'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri dell'Unione.

In ragione di ciò, assumendo la direttiva un criterio soggettivo, il quale consente di qualificare come prestazioni finanziarie ogni attività posta in essere da un fornitore di servizi finanziari, si imporrebbe un'interpretazione conforme della normativa d'attuazione¹¹³. Tale sarebbe, appunto, quella di considerare l'espressione «contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi finanziari» in un'accezione ampia, la quale sia equiparabile all'adozione del criterio soggettivo impiegato dalla normativa europea¹¹⁴.

Al di là di tale problematica e rinviando al seguito della trattazione, in questa sede può segnalarsi come la disciplina dettata nel Codice del consumo si sovrapponga a quella contenuta nel Testo unico bancario, ponendo problemi di coordinamento circa l'individuazione della disciplina in materia di *ius variandi* concretamente applicabile ai contratti bancari conclusi con i consumatori¹¹⁵.

1.10. *Ius variandi* e contratto asimmetrico.

Come si è già avuto modo di notare la discrezionalità insita nel *ius variandi* unilaterale spinge inevitabilmente ad individuare i limiti di operatività dell'istituto al fine di impedire che lo stesso possa trasformarsi in uno strumento di arbitrio di

alla banca»; BOCCHINI R., *op. cit.*, p. 348 e 355 ss., il quale esclude la riconducibilità nell'ambito della categoria dei contratti aventi ad oggetto attività di finanziamento i contratti di deposito e conto corrente, non ravvisando nell'attività di raccolta del risparmio un'operazione di finanziamento. Nello stesso senso anche CAPOBIANCO E., *op. loc. ult. cit.*, il quale esclude dall'ambito dei contratti aventi ad oggetto prestazioni finanziarie quelli relativi al servizio delle cassette di sicurezza, i contratti di garanzia (a meno che sia la banca stessa a concedere la garanzia, assumendo in tal caso il contratto una finalità «*lato sensu creditizia*») e i contratti di conto corrente.

¹¹² BOCCHINI R., *op. cit.*, p. 349.

¹¹³ Cfr. LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 138.

¹¹⁴ Cfr. IORIO G., *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁵ Vedi *infra* §§ 2.5 e 3.4.

una parte sull'altra.

Presumendo che entrambi i contraenti abbiano tendenzialmente la stessa forza contrattuale, gli stessi mediante una trattativa individuale condotta su un piano di parità potrebbero legittimamente concordare che ad uno di essi sia attribuito il potere di modificare unilateralmente il contratto.

Essendo rimessa a ciascun soggetto la libertà di scegliere se e come vincolarsi (*ex art. 1322 c.c.*), le parti potrebbero validamente scegliere di condizionare o meno l'esercizio del *ius variandi* a determinati limiti o presupposti, a tutela della parte che ad esso sia assoggettata (ad. es. indicazione delle circostanze legittimanti l'esercizio, limitazione delle modifiche apportabili al regolamento pattuito, riconoscimento della facoltà di recesso a seguito della variazione, etc.).

In linea con la *ratio* propria dell'istituto, non ammettendosi nel nostro ordinamento poteri arbitrari, la validità di un'eventuale pattuizione di un *ius variandi* incondizionato potrebbe, tuttavia, essere fatta salva solo interpretando la stessa (*ex art. 1367 c.c.*) come se le parti abbiano inteso riconoscere, ad una di esse, la facoltà di adeguare il regolamento contrattuale ad eventi sopravvenuti che impediscano la prosecuzione del rapporto contrattuale, ovvero la piena realizzazione dell'interesse sotteso alla conclusione del contratto¹¹⁶.

L'esercizio del *ius variandi* sarebbe, inoltre, sindacabile alla luce del principio generale di buona fede, trovando in quest'ultimo il proprio limite intrinseco¹¹⁷.

Certo resterebbe da chiarire quali rimedi possano essere utilizzati dalla parte assoggettata al *ius variandi* nell'ipotesi in cui la modifica apportata al contratto, sebbene corrispondente a buona fede, determini il venir meno dell'interesse di questa alla prosecuzione del rapporto.

Nulla quaestio qualora al contraente che subisce la modifica sia riconosciuto un corrispondente diritto di recedere dal contratto, ovvero qualora la modifica si mantenga entro i margini di normale prevedibilità e tollerabilità. In quest'ultimo caso, infatti, la parte dovrebbe sopportarne gli effetti, in conformità alla distribuzione del rischio contrattuale concordata al momento della conclusione del contratto.

Diversamente dovrebbe argomentarsi nel caso in cui gli effetti della modifica vadano «al di là di ogni normale evoluzione prevedibile del rapporto», nel qual caso

¹¹⁶ Vedi *supra* § 1.3.

¹¹⁷ Vedi *supra* § 1.5.

non dovrebbe essere precluso il ricorso alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, *ex art. 1467 c.c.*, potendosi la modifica (in tale specifico caso) configurare come un «avvenimento straordinario e imprevedibile» eccedente l'alea contrattuale accettata dai contraenti¹¹⁸.

Diverso discorso rispetto all'ammissibilità di un'ipotesi di *ius variandi* incondizionato dovrebbe farsi, invece, con riferimento ad un rapporto «asimmetrico» nel quale le parti siano dotate di una diversa forza contrattuale.

In tali ipotesi, di cui i contratti con i consumatori sono un esempio paradigmatico, ma non esaustivo, uno dei contraenti versa in una condizione di debolezza (informativa, economica o relazionale) tale per cui la controparte è in grado di imporre un determinato assetto contrattuale che il contraente debole può accettare o rifiutare *in toto*.

Si pone, allora, l'esigenza di evitare che il regolamento o singole clausole di esso possano essere il risultato di un approfittamento, contrario a buona fede, della propria posizione di preminenza in danno del contraente *c.d.* debole.

Proprio sulla base di tale ragione, ripetendo brevemente quanto già si è detto in apertura della sezione, il Codice del consumo colpisce con la sanzione della nullità quelle pattuizioni che determinino un significativo squilibrio a danno del consumatore, inserendo tra le clausole che si presumono vessatorie anche quelle con cui il professionista si riserva a date condizioni il *ius variandi*.

In tal modo viene, quindi, ad essere sostanzialmente limitata l'autonomia del professionista, il quale viene privato della possibilità di inserire (unilateralmente) nel regolamento contrattuale la previsione di un *ius variandi* incondizionato, dovendo la relativa clausola indicare i motivi legittimanti l'esercizio dello stesso, ovvero riconoscere alla controparte il diritto di recedere.

A tal punto, considerato come la disciplina dettata dal Codice del consumo sia caratterizzata da una «specialità soggettiva»¹¹⁹, trovando applicazione solo con riferimento ai contratti conclusi tra un professionista e un consumatore, lì dove il consumatore viene individuato «nella persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta» e il professionista «nella persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività

¹¹⁸ Cfr. COCOZZA A., *Il recepimento della direttiva ...*, cit., p.87, n. 134.

¹¹⁹ CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria ...*, cit., p. 44.

imprenditoriale o professionale»¹²⁰, appare lecito chiedersi quale tutela l'ordinamento offra, rispetto alla previsione del *ius variandi*, al contraente debole di un contratto asimmetrico diverso da quello *business2consumer*.

La scelta, operata dal legislatore europeo e seguita da quello nazionale, di restringere il campo di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie è stata fatta oggetto, da parte della dottrina, di critiche tese a sottolineare l'irragionevole esclusione di quei soggetti che, in concreto, pur rivestendo la qualità di professionista versino in una situazione di minore forza contrattuale¹²¹.

Sulla base di tale considerazione si è dunque proposto il superamento di tale irragionevolezza mediante un'interpretazione che consenta di ritenere applicabile la relativa disciplina anche al professionista che sia esposto al rischio di prevaricazioni da parte di altri soggetti professionali *c.d. forti*¹²².

Tale risultato viene raggiunto definendo, da un lato, il consumatore come colui il quale non pone in essere atti che realizzano direttamente interessi professionali, ma si limita ad utilizzare il bene o il servizio in ambito familiare o professionale, facendovi quindi rientrare anche il professionista, qualora questi non ponga in essere un atto che sia espressione, manifestazione o esercizio della sua professione specifica¹²³. Dall'altro lato, la *ratio* della disciplina delle clausole vessatorie viene interpretata come tesa a proteggere il contraente che non possa negoziare in tutto o in parte il regolamento contrattuale, potendosi così in via analogica intendere la figura del consumatore come il contraente privo della possibilità di incidere sul contenuto contrattuale in virtù della propria condizione di debolezza¹²⁴.

¹²⁰ *Ex art. 3, 1° comma, lett. a) e c) cod. cons.*

¹²¹ CAPOBIANCO E., *op. cit.*, p. 38 e ss.; Cfr. ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive ...*, cit., p. 282, il quale giudica «discutibile» la scelta operata dal legislatore mettendo in luce il rischio di una vanificazione della *ratio* di protezione del consumatore finale sul quale potrebbero essere riversati, in termini monetari, gli effetti dell'applicazione di clausole abusive nell'ambito dei rapporti fra imprese dotate di diversa forza contrattuale.

¹²² GATT L., *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, I, 1998, p. 2341 e ss.

¹²³ Sarebbero atti a scopo professionale ad. es. la vendita dei beni prodotti dalla propria azienda; la conclusione con un cliente di un contratto d'opera intellettuale ecc. Diversamente, quando il professionista acquista un computer o conclude un contratto di erogazione di energia elettrica per il proprio ufficio non porrebbe in essere un atto a scopo professionale, bensì mirando a soddisfare «altre sue necessità qualificabili come esigenze di *consumo privato*» porrebbe in essere un atto di consumo, GATT L., *op. cit.*, p. 2350-2352; cfr. anche LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 143, il quale rileva come questo orientamento sia espresso anche in alcune pronunce giurisprudenziali di merito, dove viene considerato consumatore anche il soggetto che, pur rivestendo la qualifica astratta di professionista, concluda un contratto non inquadrabile tra le manifestazioni tipiche dell'attività da questi svolta.

¹²⁴ GATT L., *op. cit.*, p. 2354.

Tale interpretazione appare indubbiamente caratterizzata da una forte carica suggestiva, consentendo ragionevolmente di applicare la disciplina dettata a tutela del consumatore ogni qualvolta una delle parti si trovi in una condizione di debolezza rispetto all'altra, ciò che condurrebbe a ritenere applicabili, anche al di là dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori, le limitazioni dettate in tema di *ius variandi*.

Tuttavia, non si può tacere, da un lato, la posizione di quanti in dottrina non né condividono l'impostazione¹²⁵ e, dall'altro, l'interpretazione fatta propria anche dalla Corte Costituzionale, che nel rigettare la questione di legittimità del secondo comma dell'art. 1469-*bis*, sollevata in riferimento agli artt. 3, 25 e 41 della Costituzione, nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, ha ritenuto non irragionevole la scelta di limitare la particolare tutela «a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale», considerando la finalità della norma «quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare», escludendo espressamente da tale categoria i professionisti, i piccoli imprenditori e gli artigiani¹²⁶.

La stessa Corte di Cassazione, con la sent. 13377/2007, ha adottato un'interpretazione restrittiva della figura del «consumatore», considerando tale solo la persona fisica che concluda un contratto per soddisfare esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di un'attività imprenditoriale o professionale, tale non essendo quel contratto che sia concluso «per uno scopo connesso» all'esercizio di tale attività¹²⁷.

Non essendo pacifica l'estensibilità o meno della disciplina dettata dal Codice del consumo anche ai contratti diversi da quelli conclusi tra un professionista e un consumatore, non sembra possibile – almeno seguendo questa strada – offrire una

¹²⁵ Vedi tra gli altri CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria ...*, cit., p. 40 e ss., il quale considera la disciplina dei contratti dei consumatori di stretta interpretazione con riferimento alle nozioni di consumatore e professionista.

¹²⁶ CORTE COST., sent. n. 469/2002 (in www.giurcost.org/decisioni). La Consulta aveva precedentemente rigettato, per difetto di motivazione della rilevanza nel procedimento *a quo*, con ord. n. 282/1999, (in *Foro it.*, I, 1999, p. 3118 e ss.), la questione di legittimità dell'art. 1469-*bis* «nella parte in cui definisce consumatore solo la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta e non anche la persona fisica che agisce per scopi imprenditoriali o professionali e la persona giuridica».

¹²⁷ CASS. CIV., sez. III, 8 giugno 2007 n. 13377, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 996, nello specifico la S. C. ha ritenuto che il contratto di *leasing*, siglato tra una società per azioni finanziaria e una s.a.s. venditrice di giocattoli, avente ad oggetto gli arredamenti del negozio (scaffalature, ripiani, etc.) destinati all'esposizione della merce, fosse stato concluso tra professionisti.

risposta certa al quesito circa l'esistenza o meno di limiti, nella generalità dei contratti caratterizzati dall'asimmetria delle posizioni contrattuali, alla previsione convenzionale del *ius variandi*.

Risultati più proficui potrebbero, allora, trarsi analizzando la disciplina dettata in materia di subfornitura dalla l. n. 192/1998, la quale pure contiene una espressa disciplina del *ius variandi* unilaterale, sanzionando con la nullità il patto con cui si riserva convenzionalmente ad una delle parti il potere di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali e facendo salvi gli accordi che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre e i tempi di esecuzione della fornitura (art. 6, l. n. 192/98).

La disposizione appena ricordata, tuttavia, risulta inappropriata allo scopo che qui ci si è proposti, in quanto si riferisce espressamente e in modo specifico al contratto di subfornitura, risultandone quindi preclusa la possibilità di una interpretazione analogica, *ex art. 14 disp. prel. al c.c.*

L'art. 9, l. n. 192/98, invece, attraverso una previsione di carattere generale (suscettibile quindi di operare anche al di là dello specifico rapporto di subfornitura)¹²⁸ vieta l'abuso di dipendenza economica perpetrato da parte di una o più imprese nei confronti di una impresa cliente o fornitrice, sanzionando con la nullità il patto attraverso cui tale abuso è posto in essere.

Il secondo comma dell'art. 9, l. n. 192/98, fornisce un elenco esemplificativo di casi di abuso di dipendenza economica richiamando l'ipotesi in cui l'impresa *c.d.* forte rifiuti di vendere o di comprare, imponga all'altra «condizioni contrattuali ingiustamente gravose o discriminatorie», ovvero interrompa arbitrariamente le relazioni commerciali in atto.

Essendo la dipendenza economica definita come «la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa,

¹²⁸ Che l'art. 9, l. n. 192/98, abbia una portata applicativa più ampia rispetto al rapporto di subfornitura appare un assunto «per lo più pacifico in dottrina» (CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria ...*, cit., p. 59 n. 161; cfr. PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 641 e, in particolare, p. 643), differenziandosi l'abuso di dipendenza economica da quella dipendenza tecnica o tecnologica che caratterizza, invece, la subfornitura (MAFFEIS D., *Sub art. 9-Abuso di dipendenza economica*, in G. DE NOVA, A. CHIESA, F. DELFINI, D. MAFFEIS, A. SALVADÈ, *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, Ipsoa, 1998, p. 77). *Contra* MUSSO A., *La subfornitura*, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 484 e ss., l'A. critica l'orientamento maggioritario considerandolo il frutto di semplici «impressioni», piuttosto che di «approfondite indagini ermeneutiche», ritenendo come la collocazione dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica nell'ambito della legge sulla subfornitura «imponga una conclusione assai più restrittiva rispetto all'interpretazione dominante».

un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi» (art. 9, 1° comma)¹²⁹, ne consegue che le clausole contrattuali, le quali determinino in concreto tale squilibrio, manifestando l'esistenza di una dipendenza economica appunto, sarebbero colpite da nullità¹³⁰.

Tale definizione induce ad individuare per assonanza il «modello di riferimento»¹³¹ dell'art. 9 nella disciplina sulle clausole vessatorie¹³², esprimendo la norma, come correttamente evidenziato in dottrina, un «principio generale» volto ad impedire nei contratti fra imprese che la parte dotata di maggiore forza contrattuale possa imporre all'altra un regolamento contrattuale iniquo¹³³.

Naturalmente le due discipline presentano svariate differenze: applicandosi quella sull'abuso di dipendenza economica anche alle condizioni contrattuali che siano state eventualmente oggetto di trattativa individuale; estendendosi la rilevanza dello squilibrio oltre l'aspetto normativo, toccando anche quello economico; mancando nel caso di dipendenza economica una elencazione di clausole che si presumano abusive sino a prova contraria, come quella prevista dal secondo comma dell'art. 33 cod. cons.¹³⁴.

Quest'ultimo aspetto induce parte della dottrina a ritenere che nel caso di abuso di dipendenza economica non possa farsi una «indiscriminata applicazione» degli elenchi di clausole contenuti negli artt. 33, 2° comma e 36, 2° comma cod. cons., «se non in via puramente indicativa»¹³⁵.

Altri, invece, ritengono possibile senz'altro far ricorso a tali elencazioni, al fine di pervenire all'individuazione dei parametri che consentano di determinare le ipotesi di abuso di dipendenza economica, sostenendo la sostanziale equivalenza tra il «significativo squilibrio», caratterizzante la vessatorietà *ex* art. 33 cod. cons., e l'«eccessivo squilibrio» considerato dall'art.9, l. n. 192/98¹³⁶.

¹²⁹ Il terzo capoverso del primo comma dell'art. 9, l. n. 192/98, specifica che nel valutare la dipendenza economica si tiene conto «anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

¹³⁰ Cfr. MAFFEIS D., *op. cit.*, p. 80.

¹³¹ MAFFEIS D., *op. cit.*, p. 77.

¹³² PROSPERI F., *op. cit.*, p. 643-644, l'A. nota come in entrambe le discipline vengano introdotti limiti all'autonomia privata del contraente forte a protezione della parte debole; cfr. anche CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria ...*, cit., p. 61, il quale parla di «significativa analogia», evidenziando come la disciplina relativa all'abuso di dipendenza economica si ponga in una «linea di sostanziale continuità» con quella sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori.

¹³³ PROSPERI F., *op. cit.*, p. 643.

¹³⁴ Cfr. PROSPERI F., *op. cit.*, p.646 e ss.; CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria ...*, cit., p.61.

¹³⁵ CAPOBIANCO E., *op. loc. ult. cit.*, n. 169.

¹³⁶ PROSPERI F., *op. cit.*, p. 644 e 645, essendo le due discipline colorate dalla stessa *ratio* – secondo

Al di là della possibilità di ritenere o meno tali elencazioni quali parametri certi al fine di concretizzare l'abuso di dipendenza economica, entrambe le posizioni sembrano suggerire una possibile risposta al nostro quesito, nel senso di ritenere sussistenti i requisiti di ammissibilità del *ius variandi*, previsti dalla disciplina sulle clausole vessatorie, anche nel caso di un contratto asimmetrico *business2business*, ciò al fine di evitare che la clausola possa essere valutata in termini di abusività in ragione della sua eventuale predisposizione unilaterale da parte del contraente forte, ovvero della sua indubbia idoneità a determinare un assetto contrattuale sbilanciato a sfavore del contraente debole, qualora non controbilanciata dal contenimento della discrezionalità del titolare del *ius variandi* (mediante la predeterminazione dei motivi legittimanti il suo esercizio) oppure dal riconoscimento alla controparte del diritto di recesso¹³⁷.

Considerando, inoltre, come in letteratura la disciplina sull'abuso di dipendenza economica sia considerata suscettibile di applicazione estensiva ed analogica, anche oltre l'ambito dei rapporti fra imprese¹³⁸, ci si potrebbe spingere sino a ritenere che una simile pattuizione nell'ambito di un contratto asimmetrico, per sfuggire all'eventuale sanzione di nullità, in linea con la *ratio* sottesa alle previsioni contenute nella disciplina sulle clausole vessatorie, non possa mai attribuire alla parte dotata di maggiore forza contrattuale un potere di modifica unilaterale incondizionato, dovendo quantomeno indicare le ragioni che ne giustificano l'esercizio ed attribuire alla controparte la facoltà di recedere dal contratto, allorquando questo risulti modificato¹³⁹.

l'A. – l'impiego delle regole e dei principi contenuti nella disciplina sulle clausole vessatorie per chiarire la portata dell'art. 9, l. n. 192/98, «non risulta semplicemente opportuna, ma imposta dall'esigenza di rispetto del fondamentale canone ermeneutico che postula la coerente unitarietà dell'ordinamento».

¹³⁷ Cfr. GAMBINI M., *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, Esi, 2000, p. 115, n. 204, l'A. segnala, seppure con riferimento alle previsioni pattizie sul *ius variandi* ammesse nell'ambito del contratto di subfornitura, ex art. 6 l. n. 192/98, come tali pattuizioni siano «suscettibili di ulteriore controllo sotto il diverso profilo dell'abuso di dipendenza economica».

¹³⁸ PROSPERI F., *op. cit.*, p. 677 e ss., l'A. ricostruendo la natura dell'abuso di dipendenza economica come espressione della clausola generale di buona fede, sulla base del principio di eguaglianza sostanziale conclude nel senso di ritenere la relativa disciplina suscettibile di un'applicazione generalizzata in tutti i casi in cui una parte versi in una situazione di debolezza contrattuale, pur senza rivestire la qualifica di imprenditore; in senso adesivo cfr. anche CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria ...*, cit., p. 63 e ss.

¹³⁹ Vedi *supra* § 1.9.

CAPITOLO II

EVOLUZIONE DEL *IUS VARIANDI* NEI CONTRATTI BANCARI

2.1. Dall'emersione nella prassi contrattuale al processo legislativo di revisione delle clausole attributive del *ius variandi*.

Storicamente si è registrato, sino all'emanazione del Codice civile del 1942, un disinteresse del legislatore rispetto alla disciplina dei contratti bancari, lasciandosi la regolamentazione di tali rapporti al diritto comune e, soprattutto, alla prassi degli operatori del settore¹.

Lo stesso legislatore del Codice civile si è limitato a dettare una scarsa regolamentazione delle singole operazioni più diffuse nella pratica bancaria, mediante una disciplina dispositiva passibile di deroghe o integrazione ad opera delle parti contrattuali².

Data la natura dispositiva della disciplina codicistica, sostanzialmente, sino alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, la regolamentazione contrattuale dei rapporti bancari è stata di fatto rimessa alle *c.d.* Norme bancarie uniformi (di seguito N.b.u.)³, le quali hanno assunto una rilevanza tale da essere qualificate, in

¹ Cfr. MOLLE G., *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXXV, t. 1, Milano, Giuffrè, 1981, p. 42; SILVETTI C., *I contratti bancari parte generale*, in CALANDRA BUONAURA V., PERASSI M., SILVETTI C., *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, VI, Padova, Cedam, 2001, p.329 e ss., ove si sottolinea come non fossero mancati, dopo la crisi economica del 1929, significativi interventi legislativi, culminati con l'adozione della legge bancaria del 1936 (ossia il regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141), tesi ad introdurre il controllo dell'autorità amministrativa sulle scelte organizzative ed imprenditoriali delle imprese bancarie, al fine di garantire efficienza e stabilità al sistema creditizio; cfr. anche CAMPOBASSO G. F., *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *BBTC*, I, 1999, p. 562 e ss.

² MOLLE G., *op. cit.*, p.43; PORZIO M., *Le fonti normative dei contratti bancari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 12, Torino, Utet, 1985, p.852; SILVETTI C., *I contratti bancari ...*, *cit.*, p. 332.

³ Le N.b.u. consistono in una serie di schemi contrattuali standardizzati recanti la disciplina di alcuni dei contratti impiegati nello svolgimento dell'attività delle imprese bancarie. Elaborate dall'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.), a partire dagli anni cinquanta, sono state recepite dalle banche quali condizioni generali dei singoli contratti conclusi con la propria clientela, cfr. MOLLE G., *op. cit.*, p. 52 e ss.; SALANITRO N., *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F. VASSALLI, Torino, Utet, 1983, p. 46 e ss.; PORZIO M., *op. cit.*, p. 844, l'A. riconducendo le N.b.u. nell'ambito del fenomeno delle condizioni generali di contratto, subordina la loro efficacia alla disciplina dettata dagli artt. 1341 e 1342 c.c., a nulla rilevando la circostanza che esse siano predisposte da un'associazione di categoria piuttosto che dalle singole imprese; SILVETTI C., *I contratti bancari ...*, *cit.*, p. 340 e ss.; MARTORANO F., *Condizioni generali di contratto e rapporti*

dottrina, come la «principale fonte»⁴ di regolamentazione del settore creditizio, integrando, modificando e sostituendo ove possibile la disciplina dettata dal Codice civile⁵.

In letteratura si evidenzia come nella vigenza di un simile quadro normativo, considerata la naturale differenza di forza contrattuale intercorrente fra banca e cliente, e risultando pressoché nulli gli strumenti posti a tutela del secondo, non sia stato difficile per le prime predisporre regolamenti contrattuali sbilanciati a loro favore⁶.

Proprio le N.b.u., per quanto concerne la materia oggetto di trattazione, in virtù del loro pressoché generalizzato recepimento da parte degli istituti di credito italiani, offrono la tangibile dimostrazione della diffusione nella prassi del settore creditizio della previsione di clausole attributive di un illimitato *ius variandi*⁷, attraverso cui le imprese bancarie si riservavano la facoltà di modificare, in qualsiasi momento e *ad libitum*, le condizioni contrattuali originariamente predisposte⁸.

bancari, in *BBTC*, I, 1994, p. 125; CAVALLI G., *Norme bancarie uniformi e accordi interbancari*, in *Digesto IV ed, Discipline privatistiche – Sez. comm.*, X, Torino, Utet, 1994, p. 266, il quale rileva come la qualifica di condizioni generali sia da riferirsi «esclusivamente agli standards fatti propri dalle singole banche e non a quelli elaborati ed approvati in via generale ed astratta dagli organi di categoria»; nello stesso senso anche BELLI F. e MAZZINI F., *Condizioni generali e clausole vessatorie nel settore dei contratti bancari*, in *Diritto Privato*, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, p.153.

⁴ PORZIO M., *op. cit.*, p. 843.

⁵ MOLLE G., *op. cit.*, p. 52-53; cfr. anche MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *BBTC*, I, 2008, p. 163, il quale nota come le banche abbiano «letteralmente dominato la scena contrattuale, modificando ed integrando a loro piacimento l’evanescente apparato codicistico»; Piccinini V., *I rapporti tra banca e clientela: asimmetria e condotte abusive*, Padova, Cedam, 2008, p. 289.

⁶ Cfr. CAMPOBASSO G. F., *Servizi bancari e finanziari ...*, cit., p. 565; cfr. anche NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1992, p.425, l’A. evidenzia come la regolamentazione concreta dei rapporti bancari sia rimasta affidata prevalentemente ad una «“formazione” secondaria rispetto alla legge [...] unilaterale e decisamente, per un verso *elastica* ed *oscura* e, per altro verso, *vessatoria*».

⁷ In tale settore il *ius variandi* si è «sempre presentato con tratti di spiccata vessatorietà, accompagnandosi la più grande disparità di forza economica all’assenza di qualsivoglia limite o vincolo all’esercizio del potere modificativo» (NIVARRA L., *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in AA. VV., *Diritto Privato*, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, p. 319-320), il quale trovava giustificazione nell’esigenza di garantire l’adeguamento del contratto agli eventuali mutamenti del mercato, che avessero fatto venir meno l’originario equilibrio contrattuale, «stante l’insufficienza, a questi fini, dei rimedi contenuti nella disciplina generale dei contratti (artt. 1467 e 1468 cod. civ.)» (PICCININI V., *op. loc. ult. cit.*).

⁸ L’art. 16 delle N.b.u. in materia di conto corrente di corrispondenza e servizi connessi, ad es., disponeva testualmente (nella formulazione riportata in MOLLE G., *op. cit.*, p. 862) che «l’Azienda di credito si riserva la facoltà di modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni tutte che regolano i rapporti di conto corrente. Le comunicazioni relative saranno validamente fatte dall’Azienda di credito mediante lettera semplice all’ultimo indirizzo indicato dal Correntista oppure mediante avviso esposto nei locali dell’Azienda o pubblicato nella stampa locale ed entreranno in

Tali clausole attribuivano alla banca un potere di modifica unilaterale *ad nutum* suscettibile di incidere su ogni aspetto del regolamento contrattuale, peraltro non risultando la relativa previsione subordinata alla specifica approvazione per iscritto *ex art. 1341, 2° comma, c.c.*, atteso il carattere tassativo dell'elencazione contenuta in quest'ultima disposizione⁹.

In dottrina – come si è avuto modo di vedere diffusamente nel corso del primo capitolo – si sono avanzati dubbi circa la validità di simili clausole, soprattutto con riferimento alla possibilità di una variazione generalizzata delle condizioni contrattuali¹⁰, dubbi che tuttavia non hanno trovato riscontro in una giurisprudenza

vigore con la decorrenza indicata in tale comunicazione od avviso». Ancora l'art. 11 delle N.b.u. sui libretti di deposito a risparmio disponeva (nella formulazione riportata da PIETRUNTI M., «Ius variandi» e «trasparenza» nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo, in *Contr. impr.*, 1996, p. 191) che «le modificazioni dei tassi, delle valute, dei limiti di disponibilità, nonché delle altre norme e condizioni sono rese note al pubblico con avviso esposto nei locali dall'azienda di credito».

⁹ L'elenco contenuto nel secondo comma dell'art. 1341 c.c. è, per orientamento prevalente, ritenuto tassativo, non dovendo essere specificamente sottoscritte dall'aderente le clausole diverse da quelle *ivi* indicate (TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XLIV ed., Padova, Cedam, 2009, p.189, n.1), pertanto un'eventuale clausola attributiva del *ius variandi* inserita nell'ambito delle condizioni generali di contratto, mancandone l'indicazione nell'ambito dell'art. 1341, 2° comma, c.c., avrebbe dovuto ritenersi comunque valida seppure non approvata specificamente per iscritto, cfr. NIVARRA L., *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, cit., p. 320. Contra SALANITRO N., *op. cit.*, p. 58, il quale reputando l'attribuzione del potere di modifica unilaterale quale deroga ai principi generali considerava il *ius variandi* «senza dubbio più “vessatorio” del potere di recesso compreso nell'elenco dell'art. 1341 cpv., ragion per cui, *a fortiori*, anche la relativa clausola [avrebbe dovuto] essere approvata specificamente per iscritto»; DOLMETTA A. A., *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *BBTC*, I, 1992, p. 380, n. 14, ove l'A. ipotizzava che una volta riconosciuta la validità della clausola, ne sarebbe dovuto discendere l'assoggettamento all'onere di specifica approvazione «per diritto vigente dall'art. 1341, co. 2, c.c.»; cfr. anche SANTANGELO A., *Sub art. 118*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, t. 3, III ed., Padova, Cedam, 2012, p. 1717, l'A. nota come, nel dubbio, le clausole sul *ius variandi* venissero, nella prassi, fatte sottoscrivere specificamente dalla clientela da parte delle banche.

¹⁰ Cfr. per una posizione rigorista RESCIO G. A., *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *BBTC*, II, 1987, p. 94 e ss.; MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 180 e ss., in particolare p. 185; In una posizione di cauta apertura (rispetto alla modifica delle condizioni *c.d.* economiche) sembrava porsi, invece, SALANITRO N., *op. cit.*, p. 55 e ss., il quale, reputando «in ogni caso invalida» quella clausola che consentisse alla banca di modificare tutte le condizioni generali di contratto, in quanto in contrasto con il principio dell'accordo, riteneva di poter considerare ammissibile il potere di modifica unilaterale di tassi, valute e limiti di disponibilità sulla base del fatto che si trattasse di elementi di difficile predeterminazione per tutta la durata del rapporto, dipendendo gli stessi dall'andamento del mercato e dalle disposizioni della pubblica Amministrazione, *ex art. 32 lett. b) l. n. 141/1938*; Per un'interpretazione correttiva, volta a far salva la validità della clausola riconducendo l'efficacia della modifica unilaterale al meccanismo proposta/silenzio-accettazione cfr. PORZIO M., *op. cit.*, p. 845, il quale, leggendo la comunicazione effettuata dalla banca al cliente come una proposta di modifica rispetto alla quale il silenzio del primo acquistava valore di adesione, considerava invalida la sola clausola che collegasse l'efficacia della modifica alla semplice pubblicità effettuata nei locali della banca; Cfr. anche MOLLE G., *op. cit.*, p. 63, l'A. al fine di individuare il momento di operatività della modifica nei confronti del cliente, qualora questi non avesse espressamente accettato la modifica dando luogo ad un accordo modificativo, distingueva a seconda che il rapporto fosse a tempo

che – nelle rare pronunce, dalle quali comunque non pare possibile trarre un orientamento univoco – è parsa, piuttosto, orientata a risolvere il relativo problema in senso positivo¹¹.

Nella seconda metà degli anni ottanta ha iniziato a farsi strada¹² la possibilità di un intervento del legislatore volto a disciplinare la trasparenza delle operazioni bancarie e ad introdurre un tendenziale riequilibrio delle posizioni delle parti dei contratti bancari¹³.

Probabilmente proprio al fine di bloccare sul nascere tale processo di riforma, l'A.B.I. ha dato vita all'«Accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela»¹⁴.

Attraverso tale accordo veniva ad essere integrata anche la previsione in materia di *ius variandi*, contenuta nelle N.b.u., prevedendosi che, con riguardo alle variazioni dei tassi attivi e passivi, il cliente avesse a disposizione quindici giorni dalla comunicazione dell'avvenuta modifica per rifiutarne (o accettarne) il contenuto, recedendo (o meno) dal contratto; nel qual caso, in sede di liquidazione del rapporto, sarebbero state mantenute ferme le condizioni contrattuali precedenti la *variatio*¹⁵.

Nonostante il tentativo dell'A.B.I. di fermare il processo riformatore, nel 1992,

determinato o indeterminato. Seguendo l'orientamento dell'A., le modifiche non avrebbero potuto incidere sul contratto a tempo determinato, riguardando le stesse soltanto i contratti futuri e non quelli in corso di esecuzione, i quali avrebbero potuto essere modificati solo mediante mutuo consenso. Diversamente nel caso di contratti a tempo indeterminato, le modifiche comunicate al cliente avrebbero prodotto i loro effetti qualora il contraente avesse omesso di rifiutarle.

¹¹ TRIB. MILANO, 18 aprile 1985, in *BBTC*, II, 1987; v. anche BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nella disciplina dei contratti bancari*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 283, n. 1, ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

¹² Cfr. SCHLESINGER P., *Problemi relativi alla c.d. «trasparenza bancaria»*, in *Il corriere giuridico*, 1989, p. 229, l'A. evidenzia come fra le varie lamentele mosse dal mondo imprenditoriale e dai piccoli risparmiatori rispetto alla mancanza di trasparenza nella disciplina dei rapporti con gli istituti di credito trovassero ampio spazio anche quelle tese a sottolineare la facilità con cui la banca poteva procedere a variazioni unilaterali dei tassi applicati alla clientela; cfr. anche NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, p. 465, il quale individua nelle clausole sul *ius variandi* quelle, tra le N.u.b., che riscuotevano la maggiore impopolarità «incarnando agli occhi di molti l'essenza stessa dell'arbitrio delle banche nei confronti della clientela».

¹³ In Parlamento, tra il 1986 e il 1988, si sono susseguiti vari progetti di legge tesi, con diverso respiro e ambizioni, a dettare una disciplina in materia di trasparenza bancaria, cfr. DOLMETTA A. A., *Per l'equilibrio e la trasparenza ...*, cit., p. 375 e ss..

¹⁴ Cfr. SCHLESINGER P., *op. loc. ult. cit.*; SILVETTI C., *I contratti bancari ...*, cit., p.333; CAMPOBASSO G. F., *Servizi bancari e finanziari ...*, cit., p. 574

¹⁵ Cfr. PORZIO M., *L'accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, *Appendice di aggiornamento*, 22, Torino, Utet, 1991, p. 296; MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio ...*, cit., p. 123.

sotto la spinta delle direttive europee¹⁶, sono state emanate la l. n. 154, in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, e la l. n. 142, in materia di credito al consumo, le quali nel disciplinare i rapporti tra banca e cliente predispongono, accanto agli oneri di pubblicizzazione delle condizioni contrattuali e alle disposizioni sulla forma e sul contenuto minimo obbligatorio dei contratti conclusi con la clientela, una serie di limitazioni al potere di modifica unilaterale¹⁷, successivamente confermate dal t.u.b. (d.lgs. n. 385/1993).

2.2. Le ragioni del riconoscimento legislativo del *ius variandi* nel settore bancario, finanziario e creditizio.

Prima di procedere nell'analisi specifica dei mutamenti legislativi che hanno interessato l'istituto del *ius variandi* bancario – il quale si è caratterizzato sin dalla sua emersione per una forte instabilità del dato normativo¹⁸ – pare opportuno attardarsi ulteriormente, seppure in maniera sintetica, sulle ragioni di ordine sostanziale che possono giustificare, nel settore creditizio e finanziario, il riconoscimento a favore della banca della generica ammissibilità della pattuizione di un potere di modifica unilaterale del contratto.

L'ordinamento bancario nel corso degli anni Novanta del secolo scorso è stato interessato da un processo di riforma che ha inteso traghettare il settore del credito da un sistema oligopolista e non concorrenziale (disegnato dalla legge bancaria del 1936) verso il libero mercato¹⁹.

Tale mutamento, insieme al fatto che la competizione fra le banche si gioca soprattutto sul piano della qualità dei servizi offerti e della capacità delle singole aziende di adeguare velocemente gli stessi ai variabili bisogni del mercato e della clientela, ha determinato la necessità per gli istituti di credito di fornirsi di strumenti atti ad adeguare la propria offerta a quella delle imprese concorrenti, in modo da

¹⁶ Cfr. SILVETTI C., *op. cit.*, p. 334; MORERA U., *Contratti bancari ...*, cit., p. 164.

¹⁷ Cfr. STESURI A., *I contratti di credito al consumo tra jus variandi e trasparenza*, in *I contratti*, 2003, p. 302.

¹⁸ DOLMETTA A. A., *Linee evolutive di un ius variandi*, in DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1.; cfr. anche PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2012, p.119, il quale definisce la recente storia normativa del *ius variandi* come «instabile, vischiosa e confusa».

¹⁹ LA ROCCA G., *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca impresa e società*, 1997, p. 55 e ss.

non perdere quote di mercato e risultare quindi competitivi²⁰.

In tal senso, l'esigenza di attribuire flessibilità ai contratti per adeguare il servizio o il prodotto offerto agli eventuali mutamenti del mercato, in un ottica concorrenziale (virtuosa), tende – come evidenziato in dottrina – a configurarsi come l'interesse sostanziale «di più immediata percezione» tra quelli individuabili alla base della facoltà di modifica unilaterale, risultando la clausola sul *ius variandi* «preordinata a consentire l'adeguamento delle condizioni generali di contratto all'evoluzione dei servizi bancari imposta dalla concorrenza tra le imprese del settore»²¹.

Un'ulteriore ragione giustificatrice di tale facoltà può essere, inoltre, individuata nell'abbattimento dei costi transattivi nella gestione dell'insieme dei rapporti (o di una determinata tipologia di rapporti) intercorrenti in un dato momento storico con la generalità della clientela, derivante dal non dover ricorrere la banca alla rinegoziazione di ogni singolo contratto, ogni qualvolta si ponga l'esigenza di adeguare le condizioni del servizio che ne costituisce l'oggetto²² (vuoi al fine di adeguare la propria offerta a quella di altre imprese concorrenti, vuoi al fine di far fronte all'eventuale aumento del costo del denaro deliberato dalla Banca Centrale).

Ancora, la stessa dottrina individua un'ulteriore ragione sostanziale, in grado di giustificare la riserva e il riconoscimento legislativo del *ius variandi* bancario, nell'esigenza di garantire la stabilità e l'efficienza del sistema finanziario, ciò soprattutto in ragione dell'importante funzione svolta dagli istituti di credito nell'economia nazionale²³.

Da un lato le imprese bancarie, in ragione della intrinseca variabilità del mercato finanziario²⁴, confermata dalla crisi economica di questi ultimi anni, non potrebbero

²⁰ LA ROCCA G., *op. cit.*, p. 61.

²¹ LA ROCCA G., *op. cit.*, p. 62.

²² LA ROCCA G., *op. loc. ult. cit.*

²³ Cfr. LA ROCCA G., *Il potere della banca ...*, cit., p. 62 e ss.; MAJELLO U., *Sub art. 118*, in BELLI F., CONTENTO G., PATRONI GRIFFI A., PORZIO M. E SANTORO V. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, II, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 1946; SCARPELLO A., *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, Cedam, 2010, p. 262 e, in particolare, p. 268.

²⁴ Cfr. BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in MORERA U. e NUZZO A. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria, II. L'attività delle banche*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 219 e ss., l'A. individua il fondamento del *ius variandi* «nella circostanza [...] che il prezzo dei rapporti bancari, perlomeno per quanto attiene all'aspetto fondamentale dei tassi di interesse attivi e passivi, è collegato a una variabile indipendente rappresentata dal costo del denaro, ed è pertanto caratterizzato da una spiccata flessibilità»; Cfr. anche FAUCEGLIA G., *I contratti bancari*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, III/2, Torino, Giappichelli, 2005, p. 140, il quale evidenzia come la possibilità di apportare variazioni al regolamento contrattuale si presenti

scaricare i maggiori costi – derivanti ad esempio da un aumento del costo del denaro – unicamente sulla nuova clientela, poiché un simile comportamento potrebbe tradursi in un ostacolo all’accesso al credito per i nuovi clienti che andrebbe ad incidere negativamente sullo sviluppo dell’economia generale²⁵; dall’altro lato pure non potrebbero interamente farsi carico della maggiore onerosità dell’operazione economica, in quanto così facendo porrebbero a rischio la propria stabilità e, di conseguenza, quanto raccolto tra i risparmiatori.

In tale ottica, quindi, il potere di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali (dei rapporti in essere) consente alla banca di poter spalmare uniformemente e in maniera accettabile sull’intera clientela i rischi intrinseci al mercato finanziario, favorendo così, da un lato, la stabilità complessiva del sistema insieme con la tutela del risparmio e, dall’altro, la concessione del credito, ai nuovi potenziali clienti, a prezzi e tassi non proibitivi²⁶.

Un diverso profilo, sempre connesso con l’esigenza di efficienza e stabilità dell’impresa bancaria, il quale pure mette in luce l’utilità dello strumento del *ius variandi*, concerne il fatto che la banca, una volta concesso un finanziamento, resta esposta al rischio che il cliente ponga in essere investimenti maggiormente rischiosi rispetto a quelli originariamente dichiarati.

La possibilità di modificare le condizioni contrattuali e, quindi, il tasso del finanziamento, consente all’istituto di credito di adeguare il contratto al mutato rischio, «evitando quello che gli economisti chiamano un *lemons problem*, ossia l’attribuzione di un identico valore di mercato a beni di diversa qualità», ed impedendo ripercussioni negative sull’efficienza complessiva del sistema²⁷.

Tali ragioni, ben enucleate dalla dottrina più volte richiamata²⁸, appaiono idonee a palesare il motivo per cui il legislatore abbia riconosciuto alla banca il potere di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali originariamente pattuite, pure nell’ambito di una disciplina che si poneva e si pone come obiettivo quello di apprestare una maggiore tutela al cliente, riequilibrando le posizioni contrattuali

essenziale «ad un corretto funzionamento del credito bancario, in ragione della naturale modificazione nei presupposti dei “costi” sui mercati finanziari», rispecchiando l’esercizio del *ius variandi* «l’esigenza di adeguare i termini economici del rapporto bancario alle significative variazioni del quadro macroeconomico e microeconomico come originariamente presupposto dalle parti».

²⁵ cfr. MAJELLO U., *Sub art. 118*, cit., p. 1947.

²⁶ cfr. MAJELLO U., *op. loc. ult. cit.*

²⁷ LA ROCCA G., *op. cit.*, p. 63.

²⁸ LA ROCCA G., *op. cit.*, p. 62 e ss.

delle parti²⁹.

«L'attribuzione al finanziatore del potere di modificare unilateralmente il contenuto del contratto si appoggia a insopprimibili esigenze di ordine economico, tipiche del modo stesso di operare del mercato del credito»³⁰.

Simili considerazioni, se da un lato non inducono ad assumere un atteggiamento filo-bancario nell'approccio all'analisi del *ius variandi* riservato agli enti creditizi, dall'altro senz'altro inducono ad abbandonare l'idea che questo istituto possa configurarsi come un odioso privilegio a favore delle banche³¹, rappresentando piuttosto «un importante strumento di gestione dell'impresa bancaria»³².

Posta questa precisazione e considerata la disparità di forza contrattuale che caratterizza il rapporto bancario, come si è già avuto modo di evidenziare³³, si pone in ogni caso l'esigenza di circoscrivere la portata di un simile potere, cioè se non altro al fine di rendere sindacabili le scelte compiute dalla banca, sottraendo l'esercizio del *ius variandi* alla sola discrezionalità di questa, sì da evitare che siano perpetrati abusi in danno della clientela³⁴.

Proprio in questo senso, come si avrà modo di notare nel prosieguo, sembra essersi mosso il legislatore nei continui rimaneggiamenti che, anche dopo l'entrata in vigore del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 385/93), hanno interessato la disciplina del *ius variandi* bancario³⁵.

²⁹ Cfr. MARTORANO F., *Condizioni generali di contratto ...*, cit., p.133; NIVARRA L., *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, cit., il quale evidenzia come il legislatore, adottando un approccio pragmatico alla figura del *ius variandi*, si faccia carico «delle ragioni di quanti – operatori creditizi e finanziari in genere – si trovano ad agire nell'ambito di mercati che in effetti necessitano di meccanismi flessibili di adeguamento del contenuto contrattuale».

³⁰ Così NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, cit., p. 465.

³¹ Cfr. NIVARRA L., *op. cit.*, p. 471; Parlano invece proprio di «manifestazione dello strapotere contrattuale delle banche»: MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio ...*, cit., p. 200; PIETRUNTI M., «*Ius variandi*» e «*trasparenza*» ..., cit., p. 198; assume invece un atteggiamento di apertura SILVETTI C., *I contratti bancari ...*, cit., p. 436-437, il quale però nota come il *ius variandi* «offra la misura di quanto sia ancor oggi privilegiata la [posizione delle banche] rispetto a quella dei clienti».

³² LA ROCCA G., *op. cit.*, p. 64; Cfr. anche SCARPELLO A., *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 237, il quale evidenzia come l'istituto del *ius variandi* sia «uno degli strumenti che consente alla banca [...] di gestire più agevolmente le operazioni “di durata”, garantendo un'adeguata remunerazione del capitale e evitando dissesti dannosi sia per gli azionisti che per i clienti».

³³ Vedi *supra* Cap. I, Sez. II, in particolare § 1.10.

³⁴ Cfr. MAJELLO U., *op. loc. ultt. citt.*

³⁵ Vedi *infra* nei paragrafi successivi.

2.3. Il riconoscimento e la limitazione del *ius variandi* bancario nelle leggi sulla trasparenza e sul credito al consumo.

La l. n. 154 del 1992, ha rappresentato «il primo vero riconoscimento legislativo»³⁶ del *ius variandi* stabilendo all'art. 4, 2° comma, che «l'eventuale possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione [dovesse] essere espressamente indicata nel contratto con una clausola approvata specificamente dal cliente».

Attraverso tale normativa veniva riconosciuta alla banca una facoltà di modificare *ad nutum* i tassi e le altre condizioni previste sia nei contratti a tempo indeterminato che in quelli a tempo determinato³⁷.

Disciplinandone le modalità di esercizio l'art. 6 della l. n. 154/92 subordinava l'efficacia della variazione alla preventiva informazione del cliente, il quale poteva essere avvisato mediante comunicazione scritta inviata presso il suo ultimo domicilio notificato (1° comma), ovvero, nel caso in cui la banca avesse proceduto ad una variazione generalizzata della struttura dei tassi, mediante una comunicazione impersonale, operata attraverso l'inserzione di appositi avvisi nella Gazzetta Ufficiale (2° comma)³⁸.

A tutela del cliente, il quinto comma dello stesso articolo prevedeva la facoltà, entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta, ovvero dalla pubblicazione degli avvisi nella G.U., di recedere dal contratto senza penalità e ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni originariamente pattuite³⁹.

La disciplina appena tratteggiata, la quale non si discostava molto dalle previsioni inserite nel citato Accordo interbancario del 1988⁴⁰, com'era prevedibile,

³⁶ PIETRUNTI M., «Ius variandi» e «trasparenza» ..., cit., p. 196.

³⁷ cfr. MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio* ..., cit., p. 200; PIETRUNTI M., «Ius variandi» e «trasparenza» ..., cit., p. 197.

³⁸ Particolari modalità di comunicazione potevano, inoltre, *ex art.* 6, 3° comma, l. n. 154/92, essere previste dalla Banca d'Italia, su conforme delibera del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR), «per le variazioni riguardanti determinate categorie di operazioni e servizi ove ciò [fosse stato] giustificato da motivate ragioni tecniche».

³⁹ Cfr. VIALE M., *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giur. comm.*, I, 1992, p. 787, l'A. avanza dubbi sull'effettiva utilità di una simile tutela, posto che il recesso, provocando l'estinzione del rapporto, determinerebbe l'immediata esigibilità del credito da parte della banca.

⁴⁰ Cfr. DOLMETTA A. A., *Per l'equilibrio e la trasparenza* ..., cit., p. 380, n. 14; MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio* ..., cit., p. 1, il quale nota come in sede di approvazione della legge sulla trasparenza bancaria sia prevalsa una linea filo-bancaria e conservatrice.

non ha riscosso grande apprezzamento in dottrina⁴¹.

Le ragioni di un simile atteggiamento non sono di difficile comprensione ove si consideri come, a differenza della *c.d.* “Proposta Minervini”⁴², le modifiche apportabili al rapporto contrattuale fossero lasciate alla piena discrezionalità delle imprese bancarie, risultando così vanificata la possibilità per il cliente di sindacare le motivazioni addotte dall’istituto di credito a fondamento dell’attuata modifica contrattuale⁴³.

Le modalità di comunicazione delle variazioni generalizzate dei tassi, inoltre, non apparivano sufficienti a garantire un’idonea garanzia di conoscibilità delle stesse da parte del fruitore del servizio⁴⁴, mentre il diritto di recesso riconosciuto al cliente, a fronte dell’esercizio del *ius variandi*, risultava una forma di tutela inadeguata, non potendo questi evitare in altro modo gli effetti di una modifica che, per il suo carattere unilaterale e non vincolato alla sussistenza di ragioni giustificatrici, appariva senz’altro arbitraria⁴⁵.

Oltre a tali aspetti, si può ancora notare come la portata del potere di modifica unilaterale riconosciuto alla banca risultasse dai contorni incerti, essendo dubbia l’ammissibilità dello stesso nei soli «contratti di durata»⁴⁶ e risultando controverso

⁴¹ Cfr. PIETRUNTI M., «Ius variandi» e «trasparenza» ..., cit., p. 198 e ss.; BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza* ..., cit., p. 217, il quale evidenzia come le valutazioni sulla disciplina dettata dalla l. n. 154/92 siano state contrastanti, inneggiandosi da un lato all’«avanzamento realizzato nella tutela della clientela» e, dall’altro, mostrandosi «insoddisfazione per i risultati in concreto raggiunti»; BRIOLINI F., *op. cit.*, p. 285; STESURI A., *I contratti di credito al consumo* ..., cit., p. 302.

⁴² Cfr. SPENA A., *Sub artt. 4-6*, in PORZIO M. (a cura di), *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1162, l’A. mette in luce come la proposta di legge 24 marzo 1986, n. 3617, presentata dall’on. Minervini, limitasse maggiormente il potere di modifica unilaterale riconosciuto agli enti creditizi, limitando, da un lato, tale facoltà ai soli contratti a tempo indeterminato, ove la specifica clausola fosse stata approvata per iscritto; dall’altro, legittimandone l’esercizio solo nel caso e nei limiti in cui la modifica fosse giustificata dalla mutata situazione del mercato finanziario. L’efficacia della modifica, inoltre, non era immediata ma risultava sospesa per un periodo di quindici giorni, nel quale il cliente poteva eventualmente recedere dal contratto.

⁴³ Cfr. MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio* ..., cit., p. 200, il quale riserva un giudizio particolarmente critico alla disciplina legislativa, considerandola «volta unicamente a consacrare – sotto il falso vessillo dell’equilibrio dinamico dei rapporti creditizi e finanziari – lo strapotere contrattuale delle banche (piuttosto che a regolarlo adeguatamente), ed a porlo comunque al riparo da agevoli contestazioni».

⁴⁴ DOLMETTA A. A., *Per l’equilibrio e la trasparenza* ..., cit., p. 382.

⁴⁵ Cfr. STESURI A., *I contratti di credito al consumo* ..., cit., p. 303.

⁴⁶ Cfr. BUSSOLETTI M., *op. cit.*, p. 222, l’A., notando come tale profilo sia stato «stranamente ignorato» dagli autori che si sono occupati della legge sulla trasparenza, evidenzia come solo con l’avvento del T.u.b. possa «ritenersi con ragionevole sicurezza» l’ammissibilità del *ius variandi* nei soli contratti di durata. Nello stesso senso BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali* ..., cit., p. 286, il quale sottolinea come la formulazione degli art. 4 e 6 della l. n. 154/92 «poteva far pensare che esistessero due distinti regimi normativi»: uno per i contratti di durata (*ex art. 6*), dove la

il significato da attribuire al termine «condizione» impiegato negli artt. 4 e 6 della l. n. 154/92.

Qualora tale espressione fosse stata intesa come sinonimo di «clausola contrattuale» si sarebbe dovuto ritenere che alle banche fosse stato riconosciuto un ampio potere di modifica, identico a quello riconosciutogli già attraverso la disciplina di autoregolamentazione dettata nelle N.b.u.⁴⁷.

Tale circostanza ha spinto la dottrina a preferire una interpretazione restrittiva del termine, nel senso che lo stesso si riferisse alle sole «condizioni economiche»⁴⁸.

Ulteriore motivo di critica⁴⁹ scaturiva dal confronto della normativa dettata dalla legge sulla trasparenza con quella dettata dalla legge sul credito al consumo⁵⁰ (l. n. 142/92), alla quale veniva riconosciuta «maggiore organicità e trasparenza»⁵¹, circoscrivendo la discrezionalità degli istituti di credito nell'esercizio del *ius variandi* e limitando quest'ultimo alle sole condizioni economiche del contratto⁵².

facoltà di modifica unilaterale era attribuita alla banca *ex lege*, richiedendosi solo una comunicazione personale al cliente nel caso di variazione a questi sfavorevole; un altro (*ex art. 4*) relativo ai contratti diversi da quelli di durata, dove il *ius variandi* poteva essere previsto convenzionalmente mediante l'inserimento di un'apposita clausola attributiva, specificamente sottoscritta dal cliente.

⁴⁷ Cfr. NIGRO A., *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1993, p. 58, il quale notava come la conclusione che il legislatore avesse riconosciuto alle banche il medesimo potere che queste erano solite attribuirsi prima della riforma del 1992 apparisse «quanto meno singolare» in considerazione del fatto che la legge sulla trasparenza fosse volta «nel suo insieme a limitare quello che è stato spesso definito lo “strapotere contrattuale” delle banche e non certo a rafforzarlo».

⁴⁸ Il riconoscimento del potere di modifica unilaterale veniva letta come un'ipotesi eccezionale (BUSSOLETTI M., *op. cit.*, p. 218) il che, dinanzi al dubbio interpretativo prospettato nel testo, ha spinto l'interprete a preferire un'interpretazione restrittiva, ciò anche al fine di evitare di «avvallare in toto una prassi della cui legittimità [...] poteva dubitarsi», BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali ...*, cit., p. 285, n. 3; Cfr. anche NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni ...*, cit., p. 430, il quale evidenziava come il termine «condizioni» fosse sul piano letterale «costantemente associato, nelle diverse disposizioni, all'espressione “tassi e prezzi”, alla quale [era], oltretutto, *postposto*, il che ne chiari[va] la valenza residuale» dovendosi, quindi, intendere nel significato più ristretto; ID., *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, cit., p. 581.

Nel senso che il termine «condizioni» si riferisse in via generica ad ogni clausola contrattuale si veda, invece, MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio ...*, cit., p. 177 e ss., il quale riteneva che la formulazione impiegata negli artt. 4 e 6, indicando distintamente i tassi, i prezzi e le altre condizioni contrattuali, deponesse nel senso che la variazione riguardasse indistintamente «le condizioni contrattuali in genere».

⁴⁹ Cfr. DOLMETTA A. A., *Per l'equilibrio e la trasparenza ...*, cit., p. 382, il quale metteva in luce l'irragionevolezza di «un diverso regime del *ius variandi* della banca a seconda che il cliente [agisse o meno] nella veste di consumatore».

⁵⁰ Il credito al consumo si configura come la concessione di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra analoga facilitazione finanziaria, a favore di una persona fisica che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

⁵¹ PIETRUNTI M., «*Ius variandi*» e «*trasparenza*» ..., cit., p. 199.

⁵² Cfr. MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio ...*, cit., p. 204, il quale considerava «uno *ius variandi* limitato alle sole condizioni economiche e per di più condizionato, salva comunque la facoltà di recesso [...] più garantista di uno *ius variandi* illimitato ed incondizionato, ancorché controbilanciato, per così dire, dal diritto di recesso».

L'art. 21, 2° comma, lett. d) della l. n. 142/92 disponeva, infatti, che i contratti di concessione del credito al consumo dovessero indicare, nel momento della stipula del contratto stesso, «il dettaglio delle condizioni analitiche» secondo cui il Tasso annuo effettivo globale (TAEG) poteva essere eventualmente modificato.

Il successivo quinto comma, dettando tra l'altro una disciplina transitoria per i contratti di apertura di credito in conto corrente non connessi all'uso di carta di credito, stipulati tra un ente creditizio o finanziario e un consumatore⁵³, limitava in tali contratti il *ius variandi* al tasso d'interesse annuo e agli altri oneri previsti dal contratto, prescrivendo la specifica indicazione delle condizioni che nell'esecuzione del rapporto avrebbero potuto determinare l'esercizio del *ius variandi*.

Il sesto comma del medesimo articolo consentiva, poi, che il tasso d'interessi annuo e gli altri oneri previsti per i contratti di cui al quinto comma fossero mutati in senso sfavorevole al cliente, purché a quest'ultimo ne fosse data comunicazione scritta, con un preavviso di cinque giorni dalla data di applicazione delle modifiche, determinando il mancato rispetto di tale prescrizione l'inefficacia delle stesse.

Entro quindici giorni da tale comunicazione, *ex art. 21, 7° comma, l. n.142/92*, era prevista la facoltà per il cliente di recedere dal contratto senza penalità ed ottenere in sede di liquidazione del rapporto le condizioni precedentemente praticate⁵⁴.

2.4. L'avvento del Testo unico bancario.

A poco più di un anno dalle leggi del 1992, il legislatore è successivamente tornato sulla disciplina dei rapporti bancari e finanziari mediante l'emanazione del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385/1993).

In tale occasione, la disciplina relativa al *ius variandi* contenuta nelle leggi sulla trasparenza e sul credito al consumo è stata trasfusa, rispettivamente, negli artt. 117, 5° comma e 118 del Capo I e negli artt. 124, 2° comma, lett. d) e 126 del Capo II del Titolo VI t.u.b., intitolato «trasparenza delle condizioni contrattuali»⁵⁵, operando

⁵³ Tale disciplina transitoria avrebbe dovuto trovare applicazione «sino all'adozione di una disciplina nazionale sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari di contenuto almeno equivalente» a quello dettato dalla legge sul credito al consumo.

⁵⁴ Cfr. MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio ...*, cit., p. 204; GIORDANO U. M., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. Soc.*, 1993, p. 1252.

⁵⁵ Cfr. BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali ...*, cit., p. 286; CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, Esi, 2000, p. 21.

un opportuno coordinamento e ravvicinamento tra le due normative, pur mantenendo però alcune differenze di disciplina.

In relazione a tale intervento legislativo si può notare, in via preliminare, come le innovazioni introdotte dal t.u.b. abbiano comportato «semplici variazioni di tipo formale»⁵⁶ rispetto alla previgente normativa, risultando sostanzialmente confermata la legittimità della clausola con cui la banca si fosse riservata un *ius variandi* esercitabile *ad nutum*⁵⁷, fermo restando il rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede⁵⁸.

Nel quinto comma dell'art. 117 t.u.b. era, infatti, riprodotta la medesima formulazione dell'art. 4, 2° comma, l. n. 154/92, richiedendosi (unicamente) che la possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione fosse espressamente prevista dal contratto⁵⁹, mediante una clausola specificatamente approvata per iscritto⁶⁰.

Ex art. 118, 3° comma, t.u.b., era confermato al cliente, come unica tutela nei confronti dell'esercizio del *ius variandi*, il riconoscimento della facoltà di recedere dal contratto entro quindici giorni dalla comunicazione dell'avvenuta *variatio*, trovando applicazione in sede di liquidazione le condizioni originariamente

⁵⁶ PIETRUNTI M., «Ius variandi» e «trasparenza» ..., cit., p. 199.

⁵⁷ Cfr. CARRIERO A. M., *Sub art. 118*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 1994, p. 602; GIORDANO U. M., *La trasparenza delle condizioni* ..., cit., p. 1251 e, in particolare, p. 1253, dove l'A. sottolineava «la particolare vessatorietà del potere di modifica unilaterale», così come regolato dal t.u.b.

⁵⁸ Cfr. BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche* ..., cit., p. 288, il quale nota come al di là dei limiti imposti dal rispetto del principio generale di buona fede, dal sistema, non fossero desumibili altri limiti al *ius variandi* bancario; DI MARZIO F., *Clausole abusive nei contratti bancari. Recesso, ius variandi e limitazioni di responsabilità*, in PERLINGIERI P. e CATERINI E. (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Esi, 2004, p. 317; MORERA U., *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa*, in BRESCIA MORRA C. e MORERA U. (a cura di), *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Notar.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, Esi, 2006, p. 370.

⁵⁹ Con riferimento alla mancata disciplina da parte del t.u.b. delle modifiche favorevoli al cliente, in dottrina si riteneva che queste rimanessero subordinate alla mera discrezionalità della banca, cfr. PIETRUNTI M., *op. loc. ult. cit.*; CAMPOBASSO G. F., *Servizi bancari e finanziari* ..., cit., p.580, il quale sottolineava il permanere della «diffusa prassi secondo cui gli aumenti dei tassi [venivano] riconosciuti ai depositanti solo se espressamente richiesti».

Diversamente, BUSSOLETTI M., *op. cit.*, p. 223, per il quale, di fronte all'ipotesi in cui le stesse circostanze obiettive (quali ad. es. la modifica del costo del denaro, per il rifinanziamento della banca) legittimanti l'istituto di credito ad apportare modifiche sfavorevoli al cliente, consentissero viceversa variazioni a quest'ultimo favorevoli, la banca – quale mandatario di entrambe le parti contrattuali – sarebbe stata obbligata ad agire in tal senso, ponendo in essere le modifiche favorevoli alla clientela.

⁶⁰ Cfr. GAGGERO P., *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, Cedam, 1999, p.65 e ss., l'A. nota come l'art. 117 t.u.b. senza un esplicito richiamo riproponesse il modello procedimentale e formale previsto dall'art. 1341, 2° comma, c.c. per le clausole vessatorie, apportando a quest'ultimo «rilevanti profili di innovazione», essendo la specifica approvazione della clausola richiesta indipendentemente dal fatto che la pattuizione del *ius variandi* fosse contenuta o meno nelle condizioni generali di contratto.

pattuite⁶¹.

Nel regolare, invece, il potere di modifica unilaterale nell'ambito dei contratti di credito al consumo, il t.u.b. conservava invariata la previgente e più rigorosa disciplina, dettata dalla l. n. 142/92.

Infatti, nei contratti di credito al consumo pur trovando, *ex art.* 115, 3° comma, t.u.b., applicazione le prescrizioni contenute nell'art. 118 t.u.b. (con riguardo alle modalità di comunicazione delle variazioni e la facoltà di recesso del cliente), l'eventuale modifica del TAEG era comunque subordinata alla specifica indicazione in contratto delle condizioni analitiche idonee a giustificare la variazione (art. 124, 2° comma, lett. d, t.u.b.)⁶².

Stessa limitazione era, inoltre, prevista *ex art.* 126, lett. b), t.u.b., con riguardo alla variazione del tasso d'interesse annuo e degli altri oneri previsti dal contratto, per le aperture di credito in conto corrente concesse dalla banca ad un consumatore.

Nonostante il quadro normativo risultasse bene o male immutato rispetto alla previgente normativa, agli occhi della dottrina⁶³, la riformulazione delle modalità di esercizio del *ius variandi* nell'art. 118 t.u.b. e in particolare l'inserimento, in apertura della disposizione, della congiunzione condizionale «se» ha reso univoco il carattere unitario della disciplina dettata dall'articolo in esame, insieme con quella contenuta nell'art. 117, 5° comma, così da fugare ogni dubbio circa il configurarsi del *ius variandi* come facoltà che le banche potevano riservarsi mediante apposita clausola specificamente approvata dal cliente⁶⁴.

Tale conclusione consentiva, da un lato, di escludere che il regime legale dei contratti bancari di durata, come poteva essere ipotizzato nella vigenza della l. n. 154/92⁶⁵, comprendesse anche il potere della banca di modificarne unilateralmente il contenuto e, dall'altro, di ritenere applicabile la disciplina dettata dagli artt. 117,

⁶¹ Tale previsione veniva letta in dottrina come funzionalizzata a fornire al cliente un preavviso della modifica unilateralmente apportata al contratto, in quanto sebbene le variazioni producessero effetti dal momento della comunicazione, il cliente non ne risultava gravato sino allo scadere dei quindici giorni e (solo) nel caso in cui, in tale periodo, questi non fosse receduto dal contratto, cfr. GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 73.

⁶² Cfr. GAGGERO P., *op. ult. cit.*, p. 76 e ss., il quale sottolineava come la maggior tutela per il consumatore, offerta mediante il requisito della specifica indicazione delle condizioni legittimanti l'esercizio del *ius variandi*, fosse limitata al solo TAEG, risultando gli artt. 117, 5° comma, e 118 t.u.b. «le uniche disposizioni di disciplina del *jus variandi* delle clausole di contratti di credito al consumo non attinenti all'entità del tasso annuo effettivo globale».

⁶³ BUSSOLETTI M., *op. cit.*, p. 222;

⁶⁴ Cfr. BUSSOLETTI M., *op. loc. ult. cit.*; BRIOLINI F., *op. cit.*, p.286

⁶⁵ Vedi *supra* § 2.2.

5° comma, e 118 t.u.b. ai soli contratti di durata⁶⁶. Categoria dai contorni incerti⁶⁷ nella quale la dottrina ha ricondotto non solo i contratti a prestazione continuata o periodica⁶⁸, ma anche tutti quei contratti che sviluppandosi nel tempo, risultassero caratterizzati da adempimenti non istantanei⁶⁹.

Si può ancora notare, poi, come nonostante il tenore letterale della disciplina inserita nel t.u.b. pure autorizzasse un'interpretazione ampia, tesa a ritenere il *ius variandi* della banca riferito ad ogni genere di clausola contrattuale⁷⁰, tale intervento legislativo abbia rinforzato la posizione di quanti, già nella vigenza della legge sulla trasparenza, reputavano la portata del potere di modifica unilaterale limitata alle sole condizioni economiche⁷¹.

Un primo argomento a sostegno di tale tesi veniva riscontrato nella nuova formulazione dell'art. 116, 1° comma, t.u.b. relativo alle condizioni oggetto di pubblicità da parte della banca, la quale faceva espressamente riferimento alle condizioni economiche, cui poi venivano riferiti i commi dell'art. 117 t.u.b. ove il termine «condizioni» veniva impiegato senza altre specificazioni⁷².

Ulteriore argomento era dato dall'avvenuto coordinamento tra la disciplina sulla

⁶⁶ Cfr. BUSSOLETTI M., *op. loc. ult. cit.*; PORZIO M., *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *BBTC*, I, 1998, p. 294; NIGRO A., *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Diritto banca e merc. fin.*, 1998, p. 528, il quale evidenziava come l'esigenza di un'interpretazione coordinata delle norme, dettate dagli artt. 117, 5° comma, e 118 t.u.b. apparisse necessaria al fine di evitare l'assurdo per cui nei contratti di durata il potere di modifica della banca trovasse temperamento nelle prescrizioni dell'art. 118, mentre negli altri contratti lo stesso non fosse assoggettato ad alcun limite; MORERA U., *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, cit., p.367-368.

⁶⁷ Il principale dubbio interpretativo, circa l'estensione dell'ambito oggettivo dell'art. 118 t.u.b., riguardava la riconducibilità dei contratti a tempo determinato, come ad esempio il mutuo, nell'ambito della categoria dei «contratti di durata» (cfr. PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela ...*, cit., p. 312). L'opinione prevalente in letteratura tendeva a risolvere in senso positivo tale questione, riconducendo nell'ambito della categoria dei «contratti di durata» sia i contratti a tempo indeterminato che a tempo determinato, cfr. SPENA A., *Sub. artt. 4-6*, cit., p.1162; SILVETTI C., *I contratti bancari ...*, cit., p. 446; GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, p. 171 e ss.; FAUCEGLIA G., *I contratti bancari*, cit., p. 144. *Contra*, nel senso che tale categoria dovesse coincidere nel settore bancario con i contratti a tempo indeterminato cfr. MORERA U., *I profili generali dell'attività negoziale ...*, cit., p. 368.

⁶⁸ PORZIO M., *I contratti di durata nel testo unico ...*, cit., p. 299.

⁶⁹ Cfr. BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza ...*, cit., p. 231 e ss., in particolare p. 234; NIGRO A., *op. loc. ult. cit.*; SIRENA P., *Il ius variandi dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *BBTC*, I, 2007, p. 270.

Per un approfondito studio nell'ambito dei contratti bancari v. GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p.147 e ss., il quale ricostruisce la categoria dei contratti di durata, impiegata dal legislatore nel t.u.b., sulla base della rilevanza causale della durata dell'esecuzione.

⁷⁰ Cfr. CARRIERO A. M., *Sub art. 118*, cit., p. 603.

⁷¹ Cfr. BRIOLINI F., *op. cit.*, p. 287; DOLMETTA A. A., *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (direttiva CEE n. 93/13)*, in MORERA U. e NUZZO A. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 142; FARINA V., *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, p.860.

⁷² NIGRO A., *La nuova normativa sulla trasparenza ...*, cit., p. 582.

trasparenza e quella sul credito al consumo, dal quale scaturiva la necessità di interpretare e ricostruire le due discipline in maniera tra loro coerente, trovando le disposizioni contenute nel Capo I applicazione anche alle operazioni sul credito al consumo «per gli aspetti non diversamente disciplinati» (art. 115, 3° comma, t.u.b.)⁷³.

Secondo parte della dottrina, infatti, risultando abrogato l'art. 21, 6° comma, l. n. 142/92⁷⁴, il quale nell'ambito dei contratti di credito al consumo limitava il potere di modifica unilaterale della banca alle sole condizioni economiche del regolamento contrattuale, si imponeva una lettura restrittiva della portata del potere di modifica, a meno di voler ritenere che il legislatore avesse inteso in tal modo ridurre la tutela offerta al cliente-consumatore⁷⁵.

Tali considerazioni, unite da un lato all'esigenza, evidenziata in letteratura⁷⁶, di assegnare al termine «condizioni» un identico significato in tutte le norme in materia di trasparenza e, dall'altro, alla necessità di garantire la tutela del consumatore, quale parte debole del rapporto, in linea con la *ratio* che aveva ispirato la disciplina sul credito al consumo, conducevano ad attribuire al termine impiegato dagli artt. 117, 5° comma, e 118 t.u.b. il significato di «condizioni economiche»⁷⁷.

Una simile interpretazione, condivisa da gran parte della dottrina⁷⁸, aveva come effetto quello di restringere la portata delle modifiche che la banca avrebbe potuto legittimamente apportare al regolamento contrattuale, escludendosi che quest'ultima potesse modificare unilateralmente ogni clausola contrattuale.

⁷³ Cfr. NIGRO A., *op. loc. ult. cit.*; GIORDANO U. M., *La trasparenza delle condizioni ...*, cit., p.1252.

⁷⁴ Critico rispetto a tale modifica DOLMETTA A. A., *Dal testo unico in materia bancaria ...*, cit., p.145, l'A. sottolinea come l'abrogazione dell'art. 21, 6° comma, l. n. 142/92, ove era prescritta la necessità di una comunicazione scritta a ciascun cliente dell'intervenuta modifica, abbia determinato un abbassamento del livello di protezione offerto al consumatore, trovando applicazione anche alle operazioni di credito al consumo la previsione dell'art. 118 t.u.b., il quale ammetteva la possibilità di comunicazioni impersonali.

⁷⁵ NIGRO A., *La nuova normativa ...*, cit., p. 576.

⁷⁶ DOLMETTA A. A., *Per l'equilibrio e la trasparenza ...*, cit., p. 391.

⁷⁷ NIGRO A., *La nuova normativa ...*, cit. p. 582.

⁷⁸ V. per tutti NIGRO A., *Disciplina di trasparenza ...*, cit., p. 513 e, in particolare, p. 525; BUSSOLETTI M., *op. cit.*, p.221. *Contra* GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 252 e ss.; LA ROCCA G., *Il potere della banca ...*, cit., p. 84; CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria ...*, cit., p. 157. Ridimensiona la questione MAJELLO U., *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in RISPOLI FARINA M. (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Napoli, Jovene, 1995, p. 315, l'A. considerando non comprensibile la distinzione tra condizioni economiche e condizioni non economiche, sottolinea come «tutte le condizioni di un'operazione bancaria [incidano] sul contenuto economico del contratto». Nello stesso senso SIRENA P., *Il ius variandi della banca ...*, cit., p. 270, il quale nota come tutte le condizioni contrattuali concorrano «a determinare la vantaggiosità dell'affare per ciascuna delle parti contraenti».

In questo quadro normativo, però, sono successivamente intervenuti prima il CICR, con la delibera del 4 marzo 2003, n. 286⁷⁹, e poi la Banca d'Italia⁸⁰, con l'intento di estendere il potere di modifica unilaterale degli istituti di credito oltre il circoscritto ambito delle condizioni economiche, così da ricomprendervi pure le condizioni contrattuali *c.d.* normative o regolamentari⁸¹.

Quanto al merito della disciplina, la principale modifica apportata dal t.u.b., rispetto alla previgente normativa, era rinvenibile sul piano delle modalità di comunicazione delle modifiche apportate dalla banca, *ex art.* 118 t.u.b.

Con l'emanazione del t.u.b., infatti, il legislatore ha eliminato la previsione, contenuta nel secondo comma dell'art. 6, l. n. 154/92, che consentiva alla banca, in caso di variazioni generalizzate della struttura dei tassi, di informare la propria clientela mediante comunicazione impersonale, subordinando l'efficacia della modifica ad una specifica comunicazione personale indirizzata al cliente «nei modi e nei termini» stabiliti dal CICR⁸².

Il mancato rispetto di tali modalità avrebbe, quindi, determinato l'inefficacia delle variazioni eventualmente poste in essere, continuando a trovare applicazione le condizioni originariamente pattuite (art. 118, 2° comma, t.u.b.).

Sebbene l'eliminazione della doppia forma di comunicazione delle modifiche fosse stata salutata positivamente dalla dottrina⁸³, in considerazione delle critiche che la comunicazione impersonale aveva suscitato nella vigenza della l. n. 154/92, in quanto inadeguata a garantire la conoscibilità delle variazioni da parte della clientela, in realtà il rinvio operato alla disciplina secondaria consentiva comunque il ricorso a tali forme impersonali di comunicazione, prima invece espressamente previste dalla legge⁸⁴.

⁷⁹ Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, 27 marzo 2003, n. 72.

⁸⁰ *Istruzioni di vigilanza per le banche - Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 - 9° Aggiornamento del 25 luglio 2003*, reperibile sul sito della Banca d'Italia al link www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/circ-reg/istrvig, p. 18.

⁸¹ FARINA V., *Brevi riflessioni ...*, cit., p. 862, l'A. è fortemente critico nei confronti di tale intervento, il quale sarebbe avvenuto «in contrasto con lo spirito e la lettera» degli artt. 117, 5° comma, e 118 t.u.b., «in assenza di qualsivoglia delega sul punto». L'A. sottolinea, infatti, come la delega contenuta nell'art. 118 t.u.b., da un lato, fosse stata rilasciata al solo CICR e non pure alla Banca d'Italia e, dall'altro, riguardasse unicamente «la facoltà di emettere disposizioni "relative al contenuto e alle modalità delle comunicazioni", senza poter nulla aggiungere in merito alla natura delle condizioni», potendosi quindi dubitare della legittimità delle previsioni dettate in materia da tali organi.

⁸² PIETRUNTI M., *op. cit.*, p. 200.

⁸³ STESURI A., *op. cit.*, p. 304.

⁸⁴ Cfr. la *Relazione illustrativa del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, reperibile in *Il testo unico del credito annotato con la relazione governativa*, introduzione di R. Costi, Milano,

In sostanza quello che era stato fatto uscire dalla porta, poteva rientrare dalla finestra e, infatti, così come prospettato nella Relazione illustrativa al t.u.b., i citati interventi, prima del CICR e poi della Banca d'Italia, hanno sostanzialmente confermato lo *status quo antea* prevedendo, ancora una volta, per le variazioni sfavorevoli e generalizzate, la possibilità per la banca di porre in essere una comunicazione impersonale, mediante apposite inserzioni nella G.U., anche ai fini dell'esercizio del diritto di recesso previsto dall'art. 118, 3° comma, t.u.b.⁸⁵

Nell'ambito delle Istruzioni dettate dalla Banca d'Italia⁸⁶, al fine di garantire la conoscibilità delle modifiche, ne veniva prescritta anche la pubblicizzazione mediante l'esposizione di appositi avvisi nei locali dell'istituto creditizio; essendo poi previsto, *ex art. 11, 3° comma, delibera CICR*, che le stesse dovessero essere comunicate individualmente al cliente alla prima occasione utile ovvero nell'ambito delle comunicazioni periodiche o di quelle riguardanti operazioni specifiche, veniva precisato che l'efficacia della variazione decorresse dalla comunicazione impersonale pubblicata in G.U.⁸⁷

2.5. La disciplina sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori e il mancato coordinamento con il t.u.b.

L'entrata in vigore del t.u.b. non è valsa «a mettere un punto fermo nel medio periodo alle innovazioni normative»⁸⁸ in materia di *ius variandi*, sulla cui disciplina è venuta ad incidere anche la direttiva 93/13/CEE, cui è stata data attuazione nel nostro ordinamento con la l. n. 52 del 1996 e successive modificazioni⁸⁹.

In via preliminare si deve osservare come, nell'analizzare la regolamentazione del *ius variandi* bancario, non si possa prescindere dalla normativa europea, non consentendo infatti la disciplina dettata dal t.u.b. di ritenere sottratta la pattuizione di tale potere al controllo contenutistico previsto dalla disciplina sulle clausole

Giuffrè, 1994, p. 139

⁸⁵ Cfr. GORGONI A., *Sub art. 33, comma 2 lett. m)*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 300, il quale sottolinea come l'ammissione della comunicazione impersonale impedisca «insieme ad altri fattori [...] l'esercizio del diritto di recesso e limita fortemente la concorrenza tra banche con conseguente aggravio di costi per i clienti».

⁸⁶ BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, cit., tit. X, cap. 1, sez. IV, par. 2.

⁸⁷ In senso critico rispetto alle scelte operate dal CICR, cfr. MAJELLO U., *Sub art. 118*, cit., p.1950, il quale riteneva illegittima la previsione di modalità di comunicazione impersonale che andassero a sostituirsi, e non soltanto ad aggiungersi, a quella personale.

⁸⁸ DOLMETTA A. A., *Dal testo unico ...*, cit., p. 140.

⁸⁹ Vedi *supra* § 1.6 e ss.

abusive (oggi trasfusa nel Codice del consumo, art. 33 e ss., d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)⁹⁰.

Richiamando quanto già si è avuto modo di osservare analizzando tale disciplina, con specifico riferimento ai contratti conclusi da un consumatore ed aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, nei quali possono essere ricompresi anche i contratti bancari⁹¹, il legislatore europeo e quello nazionale hanno previsto una specifica disciplina del *ius variandi* derogatoria rispetto alle presunzioni generali di vessatorietà (oggi inserite nell'art. 33, 2° comma, lett. m ed o, cod. cons.).

L'inserimento di tale disciplina nel nostro ordinamento ha determinato un problema di sovrapposizione di norme⁹², il quale ha contribuito a rendere maggiormente complesso il quadro normativo relativo alla disciplina del *ius variandi* nei contratti bancari conclusi con un consumatore, ciò in ragione del fatto che il legislatore nazionale ha omissso di coordinare la novella apportata al Codice civile dalla l. n. 52/96 ed il Testo unico bancario⁹³. Omissione cui neppure successivamente, con l'emanazione del Codice del consumo, il legislatore ha ritenuto opportuno porre rimedio⁹⁴.

Volendo innanzitutto evidenziare i profili di incongruenza tra i due corpi legislativi, con riferimento alla disciplina che consente di inserire nel contratto una clausola attributiva del *ius variandi*, appare opportuno procedere ad un raffronto delle due regolamentazioni:

se da un lato, il t.u.b. a) faceva riferimento ai «contratti di durata», b) richiedeva

⁹⁰ Cfr. SIRENA P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *BBTC*, I, 1997, p. 356 e ss., l'A. evidenzia come l'esclusione delle clausole riproduttive di disposizioni di legge dal giudizio di vessatorietà, disposto dall'art. 1469-ter (oggi art. 34, 3° comma, cod. cons.), riguardi unicamente quelle clausole che riproducano il contenuto sostanziale della disciplina legale, la quale possa trovare applicazione pur nell'ipotesi in cui le parti non l'avessero richiamata con una specifica previsione contrattuale. Ipotesi alla quale la disciplina del *ius variandi* non può essere ricondotta, trovando questa applicazione unicamente nel caso in cui i contraenti specificamente prevedano nel contratto l'attribuzione del relativo potere; GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 104; BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche ...*, cit., p. 294; Cfr. anche CASS. CIV., sent. n. 13051/2008, con nota di FARNETI M., *Contratti del consumatore*, in *Studium Iuris*, II, 2008, p. 1444.

⁹¹ Vedi *supra* § 1.9.

⁹² Cfr. TONELLO M., *Sub art. 1469-bis, commi 4°, 5° e 6°*, in BIANCA C. M. e BUSNELLI F. D. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Padova, Cedam, 1999, p. 526.

⁹³ Cfr. BRIOLINI F., *op. cit.*, p. 291; COSTANZA M., *La novella sulle clausole abusive a confronto con il regime dei contratti finanziari*, in *BBTC*, I, p. 362; BUSSOLETTI M., *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2005, p. 14.

⁹⁴ Cfr. GORGONI A., *Sub art. 33 ...*, cit., p. 300.

la specifica approvazione della clausola attributiva del *ius variandi* (art. 117, 5° comma, t.u.b.), *c*) consentiva l'esercizio *ad nutum* del potere di modifica unilaterale (cioè senza che la banca fosse tenuta a specificare le ragioni poste a fondamento della variazione); *d*) sottoponeva l'efficacia della modifica ad una comunicazione (anche impersonale), dalla quale decorreva il termine nel quale il cliente avrebbe potuto scegliere se recedere o meno dal contratto, evitando così di soggiacere agli effetti della *variatio*, *e*) limitava – secondo la prevalente dottrina – l'esercizio del diritto potestativo di modifica alle sole «condizioni economiche»;

dall'altro lato, la disciplina contenuta nella novella sulle clausole abusive (poi trasfusa nel Codice del consumo), *a*) distingue tra contratti finanziari a tempo indeterminato e contratti finanziari *tout court*, quindi anche a tempo determinato (*ex* art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons.), *b*) subordina l'esercizio del *ius variandi* alla sussistenza di un «giustificato motivo» e all'attribuzione alla controparte della facoltà di recedere dal contratto (non precisandosi se il consumatore abbia o meno diritto all'applicazione delle condizioni originariamente pattuite), *c*) non richiede che sia dato al consumatore un preavviso circa le modifiche incidenti sulle condizioni economiche del contratto, per le quali è prescritta una immediata comunicazione indirizzata al consumatore, *d*) nel caso di modifiche delle condizioni *c.d.* normative, ammesse nei contratti a tempo indeterminato, viene richiesto il preavviso, entro un congruo termine (non meglio specificato).

Tale raffronto consente di evidenziare come la disciplina dettata dalla novella sulle clausole abusive differisse sotto molteplici aspetti da quella prevista dal t.u.b., il quale: se, da un lato, risultava essere «più rigoroso», richiedendo la specifica approvazione della clausola, circoscrivendo (secondo l'opinione prevalente) il potere di modifica alle sole condizioni economiche e subordinandolo, in ogni caso, ad un periodo di preavviso, pari a quindici giorni, nel quale il cliente avrebbe potuto valutare se subire le modifiche oppure esercitare il diritto di recesso e sciogliersi dal vincolo; dall'altro lato, risultava essere più permissivo laddove consentiva che il *ius variandi* fosse esercitato *ad nutum*, richiedendo invece la disciplina sulle clausole abusive che l'esercizio di tale potere fosse subordinato alla esistenza di un «giustificato motivo»⁹⁵.

⁹⁵ Cfr. TONELLO M., *Sub art. 1469-bis ...*, cit., in *Commentario al capo XIV bis Bianca-Busnelli*, cit., p. 528 e ss.

2.5.1. *Il tentativo della dottrina di ricondurre ad unità il sistema.*

Il problema suscitato dal mancato coordinamento tra le due discipline non è risultato di facile soluzione, in ragione del rapporto di specialità reciproca sussistente tra le due normative⁹⁶, suscitando così in dottrina un animato dibattito tra quanti, in virtù della prevalenza delle norme di origine europea e in applicazione dell'art. 15 disp. prel., reputavano che la disciplina sulle clausole abusive avesse tacitamente abrogato⁹⁷, con riguardo ai contratti conclusi con i consumatori, le disposizioni difformi del t.u.b. e quanti, invece, ritenevano che si dovesse procedere ad un più articolato raccordo tra le due discipline, distinguendo a seconda che le diverse disposizioni risultassero tra loro compatibili o meno⁹⁸.

Quest'ultima posizione merita un rapido approfondimento, risultando maggiormente in linea con la *ratio* di tutela ricavabile dalla disciplina sulle clausole vessatorie, evitando tra l'altro di porre paradossalmente il consumatore in una posizione deteriore rispetto agli altri clienti delle banche⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 384 e ss.; DI MARZIO F., *op. cit.*, p. 391; BRIOLINI F., *op. cit.*, p. 295, n. 31; BUSSOLETTI M., *op. ult. cit.*, p. 15; PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela ...*, cit., p. 297.

⁹⁷ Cfr. TONELLO M., *op. cit.*, p. 530 e ss., in particolare, p. 532; SIRENA P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie ...*, cit., p. 359; ID., *Il ius variandi della banca ...*, cit., p. 274. *Contra*, nel senso che dovesse prevalere la disciplina dettata dal t.u.b., cfr. LA ROCCA G., *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti ...*, cit., p. 81.

⁹⁸ Cfr. ROMAGNOLI G., *La protezione dei consumatori tra novella e disciplina speciale dei contratti bancari e finanziari*, in *Giur. comm.*, I, 1998, p. 397 e 404; BRIOLINI F., *op. cit.*, p. 291; DI MARZIO F., *op. loc. ult. cit.*; BUSSOLETTI M., *op. ult. cit.*, p. 16, il quale esclude «un'abrogazione implicita della *lex anterior* per difetto di generalità della *lex posterior*», la quale non regola l'intera materia cui invece si riferiva e si riferisce il t.u.b.; GORGONI A., *op. loc. ult. cit.*, l'A. nota come anche successivamente all'introduzione del Codice del consumo, possa esser riproposta «la soluzione di leggere in modo combinato le diverse discipline [...] in quanto volta ad indicare, superando incertezze, un'unica regolamentazione del contratto tra finanziatore e consumatore. Più di recente LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, in GABRIELLI E. e LENER R., *I contratti del mercato finanziario*, I, II ed., in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, Utet, 2011, p. 155, il quale ritiene che entrambe le discipline debbano trovare «simultanea applicazione [...], verificando, di volta in volta, in caso di incompatibilità, quale sia la disposizione di maggiore tutela per il consumatore».

Anche la giurisprudenza è apparsa a favore della soluzione tesa a combinare le due discipline allo scopo di garantire la migliore tutela al consumatore, cfr. CORTE D'APPELLO DI ROMA, 24 settembre 2002, in *Foro It.*, 2003, c. 351; TRIB. BOLZANO, 11 aprile 2005, in *Riv. dir. priv.*, 2006, con nota di FARNETI M., p. 853; TRIB. PALERMO – sez. Bagheria, 26 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, con nota di GORGONI M., p. 2086.

⁹⁹ BRIOLINI F., *op. cit.*, p. 293; cfr. anche DI MARZIO F., *op. cit.*, p. 320, il quale sottolinea come reputando implicitamente abrogate le disposizioni dettate dal t.u.b. nei contratti con i consumatori si sarebbe ottenuto l'illogico «risultato interpretativo di consentire in alcuni casi alle banche e agli intermediari finanziari un trattamento deteriore del cliente-consumatore rispetto al cliente-professionista», il che avrebbe potuto esporre una simile interpretazione al contrasto con l'art. 3 della Costituzione. *Contra* SIRENA P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie ...*, cit., p. 360, il quale riteneva che subordinare l'esercizio del potere di modifica unilaterale all'esistenza di un giustificato

Argomentando dall'art. 8 della direttiva 93/13/CEE, il quale consente ai singoli Stati membri di mantenere o adottare discipline più severe al fine di garantire un maggiore livello di protezione per il consumatore¹⁰⁰, il silenzio serbato dal legislatore in merito al coordinamento tra le due discipline veniva letto come manifestazione della volontà di conservare, anche nei contratti con i consumatori, la disciplina dettata nel t.u.b., almeno per quella parte non in contrasto con la normativa europea e maggiormente protettiva per il consumatore¹⁰¹.

Qualora il giudizio di compatibilità tra le disposizioni del t.u.b. e della novella sulle clausole vessatorie avesse dato esito positivo, dunque, le due normative avrebbero dovuto considerarsi integrate, cumulando «i meccanismi di protezione in favore del cliente consumatore»; laddove invece le diverse previsioni fossero risultate incompatibili, allora, avrebbe dovuto trovare applicazione la disciplina sulle clausole vessatorie, assumendo quest'ultima «univoca caratterizzazione di *lex specialis* rispetto alla normativa generale contenuta nella disciplina di trasparenza»¹⁰².

Sulla base di tali posizioni, dunque, se da un lato si riteneva che, nell'ambito dei contratti bancari stipulati con un consumatore, il potere di modifica unilaterale della banca fosse stato esteso oltre il limite oggettivo delle condizioni economiche¹⁰³, dall'altro veniva esclusa, in forza di un'interpretazione restrittiva dell'art. 118 t.u.b., la possibilità che l'istituto di credito – avvalendosi della disciplina sulle clausole vessatorie – potesse apportare modifiche unilaterali al “contenuto giuridico” del contratto¹⁰⁴.

motivo risultasse sufficiente a realizzare «complessivamente una miglior tutela del consumatore».

¹⁰⁰ Cfr. DOLMETTA A. A., il quale, paventando il rischio che nel dare attuazione alla direttiva si determinasse una diminuzione della protezione offerta dal t.u.b. al cliente-consumatore, individuava nell'art. 8 della direttiva 93/13/CEE un possibile meccanismo di «correzione automatica», considerando non ipotizzabile che la disciplina europea potesse porre «i consumatori in posizione peggiore rispetto agli altri clienti delle imprese».

¹⁰¹ Cfr. DI MARZIO F., *op. cit.*, p. 319; BRIOLINI F., *op. cit.*, p. 292.

¹⁰² BUSSOLETTI M., *La disciplina del jus variandi ...*, cit., p. 16.

¹⁰³ Cfr. SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁴ BRIOLINI F., *op. loc. ult. cit.*; DI MARZIO F., *op. cit.*, p. 320 l'A., pur riconoscendo che la disciplina sulle clausole vessatorie potesse condurre a ritenere il professionista finanziario abilitato a modificare pure le condizioni non economiche del contratto, evidenziava come risultando la tutela offerta dalla nuova disciplina «meno incisiva» rispetto a quella prevista dal t.u.b. risultasse inevitabile concludere per la prevalenza di quest'ultima, in ragione dell'art. 8 della direttiva e dei dubbi di incostituzionalità sollevati da un'interpretazione che ritenesse assoggettati i clienti-consumatori ad una tutela peggiore rispetto a quella assicurata ai clienti-professionisti. *Contra* LA ROCCA G., *Il potere della banca ...*, cit., p. 85 e NIVARRA L., *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, cit., p. 324 e ss., i quali, alla luce della normativa di attuazione della direttiva 93/13/CEE, hanno posto in dubbio gli esiti interpretativi cui era giunta la dottrina con

Diversità di vedute poi, comunque, superata dall'intervento del CICR e della Banca d'Italia, il quale come si è già accennato ha esteso la portata del potere di modifica unilaterale, nella generalità dei contratti bancari, anche alle condizioni *c.d.* normative¹⁰⁵.

A prescindere da quale fosse l'orientamento seguito, in ogni caso veniva generalmente riconosciuta l'introduzione, ad opera della disciplina sulle clausole vessatorie, di un ulteriore requisito a fondamento del *ius variandi*, qualora controparte della banca fosse risultata essere un consumatore, essendo il legittimo esercizio di tale potere subordinato alla sussistenza di un giustificato motivo (non necessariamente indicato nel contratto)¹⁰⁶.

La limitazione dell'esercizio del *ius variandi* alle sole ipotesi in cui sussistesse un «giustificato motivo», risultava maggiormente garantista per il consumatore, aprendo inoltre la strada ad un possibile sindacato della scelta operata dalla banca sulla base della ragione addotta a fondamento della variazione, laddove invece il t.u.b. riconosceva agli istituti di credito la possibilità di esercitare *liberamente* il relativo potere di modifica¹⁰⁷.

Il secondo degli orientamenti citati, però, con riferimento alla possibilità di variazione del TAEG nei contratti di credito al consumo, riteneva che il giustificato motivo oltre a dover sussistere nel momento dell'esercizio del *ius variandi*, dovesse essere preventivamente e specificatamente individuato nel momento della

riferimento al t.u.b., sostenendo – proprio al fine di evitare l'assurdo per cui il cliente-professionista potesse godere di una limitazione, invece, preclusa al cliente-consumatore – che già la disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 117, 5° comma, e 118 t.u.b. fosse riferibile alla generalità delle condizioni contrattuali e non limitata alle sole condizioni economiche.

¹⁰⁵ Vedi *supra* § 2.4.

¹⁰⁶ Cfr. SIRENA P., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 361 e ss.; BRIOLINI F., *op. cit.*, p.295; BUSSOLETTI M., *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari ...*, cit., p. 21; NIVARRA L., *op. ult. cit.*, p.328, l'A. evidenziava come l'ulteriore limite del giustificato motivo seguisse «*de plano*» andando «ad arricchire lo strumentario della tutela del consumatore finanziario già abbozzato dalla normativa sulla trasparenza», al punto da ritenere che neppure si ponesse sul punto un problema di coordinamento «trattandosi di disposizioni non antinomiche ma complementari»; cfr. anche CORTE D'APPELLO DI ROMA, 24 settembre 2002, cit., c. 351 e ss., la quale, sostenendo la necessità di integrare la disciplina dello *ius variandi* prevista dal t.u.b. con quella prevista dalla normativa in tema di clausole vessatorie, ha ritenuto che la banca potesse esercitare il potere di variazione unilaterale, convenzionalmente riconosciute, solo in presenza di un giustificato motivo.

¹⁰⁷ Si deve notare come già prima dell'attuazione della direttiva 93/13/CEE in letteratura era stata sostenuta la necessità della sussistenza di un giustificato motivo legittimante l'esercizio del *ius variandi*: cfr. DOLMETTA A. A., *Per l'equilibrio e la trasparenza ...*, cit., p. 390; BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza ...*, cit., p. 221, il quale argomentava che, sebbene solo le norme sul credito al consumo (artt. 124, 2° comma, lett. b e 126, lett. b, t.u.b.) ancorassero il funzionamento del *ius variandi* alla sussistenza di condizioni che lo giustificassero, questo dato non potesse essere impiegato «per desumere *a contrario* che nella disciplina di trasparenza il *ius variandi* [fosse] sganciato dalla sussistenza di condizioni che oggettivamente» lo giustificassero.

conclusione del contratto (*ex art. 124, 2° comma, lett. b, t.u.b.*); così come pure nel caso dei contratti di apertura di credito, con riferimento alla variazione del tasso d'interessi annuo e degli altri oneri economici, *ex art. 126, lett. b), t.u.b.*¹⁰⁸

Con riferimento alla necessità o meno, nei contratti bancari conclusi con un consumatore, della specifica approvazione della clausola attributiva del *ius variandi*, il dubbio nasceva dall'apparente introduzione, ad opera del legislatore della novella, di un'ipotesi di *ius variandi* legale, attribuito al professionista finanziario indipendentemente dalla sua previsione in una specifica clausola contrattuale.

Analizzando la deroga posta dalla disciplina sulle clausole vessatorie, si è già avuto modo di osservare come debba escludersi una simile interpretazione, dovendosi piuttosto, sulla base della direttiva 93/13/CEE, ritenere che l'attribuzione del *ius variandi* necessiti comunque di essere prevista nell'ambito del regolamento contrattuale¹⁰⁹.

Limitandosi, dunque, la normativa di attuazione ad aver ribadito l'ammissibilità, a date condizioni, della previsione convenzionale di tale potere e risultando con essa compatibile la disposizione dell'art. 117, 5° comma, t.u.b., il dubbio circa la necessità o meno della specifica approvazione della clausola attributiva del *ius variandi* era risolto positivamente dalla dottrina¹¹⁰.

Sempre sulla base del raffronto tra le due normative e con riferimento ai contratti conclusi con un consumatore, in letteratura si escludeva la possibilità per l'istituto di credito di procedere ad una comunicazione impersonale delle variazioni apportate al regolamento contrattuale (pur consentita *ex art. 118 t.u.b.*, come integrato dalla delibera del CICR, 4 marzo 2003), ritenendosi prevalente la disciplina sulle clausole abusive, il cui dato testuale induce a ritenere ammissibile unicamente una comunicazione individuale, richiedendosi che il preavviso o la

¹⁰⁸ Cfr. NIVARRA L., *op. loc. ult. cit.*; DI MARZIO F., *op. cit.*, p. 321; BUSSOLETTI M., *op. ult. cit.*, p. 21, il quale notando come la novella sulle clausole abusive avesse introdotto un controllo sull'attività contrattuale, mentre il t.u.b. conteneva «anzitutto una disciplina in ordine alle previsioni di limitata e anticipata individuazione del giustificato motivo», riteneva che la soluzione dell'apparente conflitto tra le diverse discipline dovesse essere risolto applicando la regola «*lex generalis posterior non derogat legi speciali anteriori*».

¹⁰⁹ Vedi *supra* § 1.9.

¹¹⁰ Cfr. ROMAGNOLI G., *op. cit.*, p. 405; BUSSOLETTI M., *op. ult. cit.*, p. 19; SIRENA P., *op. ult. cit.*, p.360, n. 23; MORERA U., *I profili generali dell'attività negoziale ...*, cit., p. 373, l'A. evidenziava come essendo l'art. 117, 5° comma, t.u.b. una disposizione generale per i contratti bancari, applicabile quindi in ogni caso, lo stesso non avrebbe potuto non trovare applicazione anche nei contratti bancari conclusi con un consumatore.

comunicazione immediata siano indirizzati direttamente «al consumatore» (art. 1469-bis, 4° e 5° comma, c.c.; ora art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons.)¹¹¹.

Ulteriore questione riguardava la facoltà di recedere dal contratto riconosciuta al consumatore a fronte della modifica del regolamento contrattuale.

Nel richiedere che la clausola sul *ius variandi*, al fine di non rientrare nella generale presunzione di vessatorietà, riconosca al consumatore che subisce la modifica il diritto di recedere dal contratto, il legislatore ha ommesso, da una parte, di specificare se, una volta esercitato il recesso, il cliente avesse diritto o meno all'applicazione delle condizioni originariamente pattuite e, dall'altra, di indicare il termine entro cui tale diritto potesse essere utilmente esercitato.

Sul punto la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto che tale disciplina andasse integrata con quella già dettata dal t.u.b.¹¹², per cui il cliente-consumatore della banca avrebbe potuto esercitare il diritto di recesso entro quindici giorni senza penalità¹¹³, trovando applicazione, in sede di liquidazione, le condizioni originariamente pattuite (*ex art. 118, 3° comma, t.u.b.*)¹¹⁴.

2.6. Le modifiche introdotte con la conversione in legge del c.d. d.l. sulla competitività (n. 223/2006).

Nel 2006 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è intervenuta sulla questione del mancato coordinamento tra la disciplina dettata a tutela del consumatore e quella contenuta nel t.u.b., con la segnalazione AS338 del

¹¹¹ Cfr. BUSSOLETTI M., *op. ult. cit.*, p. 27, l'A. notava, inoltre, come sebbene la disciplina sulle clausole vessatorie non richiedesse la forma scritta per le comunicazioni, quest'ultima potesse essere desunta dall'art. 117, 1° comma, t.u.b., il quale «nel richiedere la forma scritta *ad substantiam* (sia pure con la comminatoria della nullità relativa), implicitamente predica la medesima formula anche per le modificazioni contrattuali».

¹¹² Cfr. TRIB. BOLZANO, 11 aprile 2005, *cit.*, p. 853-854, che affermando come la disciplina sulle clausole vessatorie e quella del t.u.b. debbano «essere integrate tra loro allo scopo di offrire al consumatore il massimo di tutela» ha giudicato vessatoria la clausola con cui la banca pretendeva per il recesso il pagamento di somme non giustificate nella sostanza e, quindi, qualificabili come una sorta di «caparra [*rectius*: multa] penitenziale».

¹¹³ Cfr. FARNETI M., *Ius variandi, recesso, spese di chiusura conto e condizioni economiche nei contratti bancari del consumatore: dalla giurisprudenza alle nuove regole del t.u.b.*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 871.

¹¹⁴ Cfr. SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 361 e ss.; NIVARRA L., *op. ult. cit.*, p.330; cfr. anche BUSSOLETTI M., *La disciplina del jus variandi ...*, *cit.*, p. 28 e ss., il quale con riferimento al «congruo termine» di preavviso richiesto dalla disciplina sulle clausole vessatorie per le modifiche riguardanti il disciplinare giuridico del contratto, attribuiva al termine di quindici giorni previsto dall'art. 118 t.u.b. «un valore interpretativo semplice e non cogente [...] nel senso che il termine di quindici giorni [dovesse] considerarsi congruo in linea di principio», non potendosi escludere che in taluni casi anche tale termine potesse risultare insufficiente ovvero eccessivo.

26 maggio¹¹⁵.

Mettendo in evidenza «l'instaurarsi di ostacoli allo sviluppo concorrenziale del mercato dei servizi bancari», causati dalle concrete modalità di applicazione della disciplina sul *ius variandi*, in tale occasione l'AGCM ha sollecitato l'adeguamento delle norme del t.u.b. a quelle da ultimo trasfuse nel Codice del consumo, suggerendo: la limitazione delle variazioni unilaterali ai soli casi in cui vi sia un giustificato motivo; l'eliminazione della comunicazione impersonale tramite G.U.; e il prolungamento del periodo entro cui il cliente possa recedere dal contratto una volta che gli sia stata comunicata la *variatio*¹¹⁶.

Le linee di riforma suggerite dalla AGCM con la segnalazione AS338 del 26 maggio 2006 sono state immediatamente recepite dal legislatore, il quale dopo poco più di un mese è intervenuto in modo significativo sulla disciplina del *ius variandi* bancario, attraverso l'emanazione del *c.d. d.l.* sulla competitività (4 luglio 2006, n. 223)¹¹⁷.

L'art. 10, 1° comma, del d.l. n. 223/2006, conv. con modif. dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, ha sostituito il previgente testo dell'art. 118 t.u.b., prescrivendo l'osservanza da parte delle banche di condizioni di operatività maggiormente rigorose per l'esercizio del *ius variandi*¹¹⁸.

In prima battuta, può osservarsi come in letteratura non si sia mancato di sottolineare come tale riforma abbia, da un lato, consentito il superamento di gran parte dei problemi sollevati dal mancato coordinamento con la disciplina ora contenuta nel Codice del consumo e, dall'altro, sollevato nuovi quesiti interpretativi¹¹⁹, sui quali in questa sede, oltre a riferire le principali modifiche che hanno interessato la materia oggetto di studio, occorrerà soffermarsi brevemente.

Circa i contenuti della riforma operata dal legislatore del 2006, deve notarsi come la nuova formulazione del primo comma dell'art. 118 t.u.b., prevedendo la possibilità di convenire pattiziamente «la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto», sembrava aver risolto in senso

¹¹⁵ AGCM, provv. 26 maggio 2006, Segnalazione AS338, in *Boll.*, n. 19/2006.

¹¹⁶ Vedi per tutti GORGONI A., *Sub art. 33 ...*, cit., p. 301 e ss.; PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela ...*, cit., p. 300 e ss.

¹¹⁷ Cfr. per una panoramica su tali argomenti, FARNETI M., *Ius variandi, recesso, spese di chiusura conto ...*, cit., p. 873.

¹¹⁸ FARNETI M., *op. ult. cit.*, p. 874.

¹¹⁹ SANTONI G., *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *BBTC*, I, 2007, p. 252.

positivo il dubbio – che in passato aveva diviso la dottrina – circa la riferibilità o meno di tale potere, oltre che alle condizioni economiche, anche a quelle *c.d.* normative¹²⁰.

Tale precisazione, insieme con l'espressa previsione della necessaria sussistenza di un giustificato motivo a fondamento dell'esercizio del *ius variandi*, indipendentemente dalla qualifica del cliente come consumatore o come professionista, contribuiva a rendere maggiormente coerente il sistema, allineando la disciplina contenuta nel t.u.b. a quella originariamente introdotta con la novella sulle clausole abusive e ora trasfusa nel Codice del consumo¹²¹.

A chiusura del primo comma dell'art. 118 t.u.b., il legislatore ha inserito un richiamo all'art. 1341, 2° comma, c.c., considerato superfluo nella misura in cui si limitava a ripetere quanto già statuito dall'art. 117, 5° comma, t.u.b.¹²²

Il riferimento operato dal Testo unico alla disciplina delle condizioni generali di contratto prevista dal Codice civile, se da una parte forniva un'ulteriore conferma del fatto che la clausola attributiva del *ius variandi* fosse una clausola vessatoria¹²³, dall'altra chiariva soltanto quanto già sembrava pacifico in dottrina, ossia che il potere di modifica unilaterale dovesse essere, in ogni caso, specificamente approvato per iscritto dal cliente, pena l'inefficacia della clausola.

In letteratura, infatti, si escludeva che da tale riferimento potesse desumersi che la disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b., a differenza di quella dettata dall'art. 117, 5° comma, t.u.b., si riferisse alle sole ipotesi in cui la clausola sul *ius variandi* fosse inserita in condizioni generali di contratto¹²⁴.

¹²⁰ Cfr. SANTONI G., *op. cit.*, p. 255, l'A. evidenziava come la lettera del nuovo art. 118 t.u.b. apparisse «idonea a fugare ogni dubbio sulle condizioni contrattuali modificabili», facendo il primo comma espresso riferimento anche «alle altre condizioni di contratto», con formulazione talmente ampia da comprendere certamente anche le normative»; MIRONI A., *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *BBTC*, I, 2009, p. 300; SANTANGELO A., *Sub art. 118*, cit., p.1723.

¹²¹ Cfr. SANTONI G., *op. cit.*, p. 257, il quale nota come «già nel vigore della precedente formulazione della norma, anche per i clienti non consumatori», si dovesse ritenere «illegittimo il cambiamento arbitrario delle condizioni contrattuali, in quanto in contrasto con i generali canoni della correttezza e della buona fede»; DE POLI M., *Sub art. 118*, in DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A. (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2010, p.1426.

¹²² Cfr. MAZZINI F., *Conti correnti: il cliente esce senza spese*, in *Guida al diritto*, n. 34, 2006, p.106; FARNETI M., *op. cit.*, p. 875; GORGONI A., *Sub art. 33 ...*, cit., p. 304.

¹²³ Cfr. SANTONI G., *op. cit.*, p. 253; PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela ...*, cit., p. 293: l'A. evidenzia come il carattere vessatorio della norma non sia mai stato in discussione, ciò in ragione dell'«evidente squilibrio di poteri che introduceva a favore della banca alla quale attribuiva la facoltà di introdurre nel contratto una clausola che le riservava il potere di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali senza alcun preventivo interpello del cliente».

¹²⁴ DE POLI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 1425.

Ulteriore novità della disciplina poteva essere riscontrata nelle modalità di comunicazione delle variazioni contrattuali, ove il legislatore aveva – questa volta definitivamente – escluso l’ammissibilità di una comunicazione impersonale, stabilendo che questa doveva essere fatta «espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: “Proposta di modifica unilaterale del contratto”»¹²⁵.

La comunicazione, oltre a dover essere individuale, doveva essere effettuata in forma scritta o «mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente» (ad. es. messaggi di posta elettronica, comunicazioni mediante il servizio *online* della “banca multicanale”, etc.)¹²⁶.

In dottrina, al fine di garantire un’effettiva presa di conoscenza da parte del cliente del fatto che la banca stesse per variare le condizioni contrattuali precedentemente praticate¹²⁷, si riteneva che tale comunicazione dovesse essere «di tipo “dedicato”», ossia espressamente finalizzata ad informare il cliente della modifica contrattuale, escludendosi la possibilità che una simile comunicazione potesse essere utilmente inserita all’interno dell’estratto conto periodicamente inviato alla clientela¹²⁸.

Per quanto concerne, invece, il contenuto della comunicazione, nonostante ne mancasse l’esplicita previsione, in letteratura si era ritenuto pacifico che la banca dovesse precisare il motivo in base a cui era stata operata la modifica¹²⁹.

¹²⁵ Cfr. SANTONI G., *op. cit.*, p. 258, l’A. con riferimento alla previsione che l’informativa al cliente dovesse essere preceduta dalla formula “Proposta di modifica unilaterale del contratto”, la quale era indicata dalla norma tra virgolette, considerava gli istituti di credito obbligati ad impiegare specificamente tale dizione, comportando eventuali modifiche nella sua intitolazione, e finanche semplici errori di battitura, l’inefficacia della variazione.

¹²⁶ Cfr. SIRENA P., *Il ius variandi della banca ...*, cit., p. 279

¹²⁷ Cfr. GORGONI A., *Sub art. 33 ...*, cit., p. 305, il quale, nel sottolineare l’utilità del onere formale di riprodurre nella comunicazione la formula “Proposta di modifica unilaterale del contratto”, metteva in luce il rischio che il cliente, ritenendo la comunicazione ricevuta dalla banca «di contenuto simile a quelle che abitualmente riceve», potesse disinteressarsi del contenuto della stessa, lasciando decorrere inutilmente il termine per l’esercizio del recesso e restando così assoggettato (inconsapevolmente) alle nuove condizioni contrattuali.

¹²⁸ ATELLI M. e MAZZEO M., *L’osservatorio legislativo. Prime note sulla riforma dell’art. 118 del testo unico bancario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p.851. *Contra* PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela ...*, cit., p. 331; DE POLI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 1427, evidenzia come la norma richiedesse esclusivamente che la modifica fosse comunicata espressamente al cliente, con modalità chiare ed in equivoche, ritenendo possibile che l’informativa relativa alla variazione avvenisse «mediante adeguata comunicazione contenuta nell’estratto conto».

¹²⁹ Cfr. FARNETI M., *op. cit.*, p. 876; SANTONI G., *op. cit.*, p. 257, il quale evidenziando come la riforma fosse volta «ad incrementare la trasparenza dei rapporti con la clientela», considerava «gravemente contraddittoria» ogni interpretazione volta ad escludere l’obbligo della banca di indicare nella comunicazione il giustificato motivo della modifica; SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*; MORERA U., *Contratti bancari ...*, cit., p. 169; MIRONE A., *op. cit.*, p. 305.

Sebbene l'*incipit* del secondo comma, riferendosi a «qualunque modifica unilaterale», potesse lasciare intendere che sia le variazioni sfavorevoli, sia quelle favorevoli al cliente, dovessero essere comunicate in conformità al prescritto modello legale, tale conclusione veniva esclusa in dottrina sulla base del terzo comma dell'art. 118 t.u.b., il quale limitava la comminatoria dell'inefficacia alle sole variazioni sfavorevoli che non fossero state comunicate secondo le prescritte modalità¹³⁰.

La seconda parte del nuovo art. 118, 2° comma, t.u.b., disponeva inoltre che l'informativa relativa alle variazioni contrattuali dovesse essere inviata con un termine di preavviso di trenta giorni, prevedendosi la possibilità per il cliente di recedere dal contratto entro il termine di sessanta giorni.

A differenza della previgente disposizione, la quale stabiliva che il recesso dal contratto potesse essere utilmente esercitato entro quindici giorni dalla comunicazione della modifica, il nuovo art. 118 t.u.b., così come riformulato dalla legge di conversione (diversamente dal d.l. sulla competitività)¹³¹, ometteva ogni riferimento sul punto, rendendo incerta l'individuazione del momento a partire dal quale le variazioni fossero divenute efficaci, nonché del *dies a quo* dal quale iniziasse a decorrere il termine per l'esercizio del recesso¹³².

Sulla base della natura di atto recettizio della comunicazione, in dottrina si riteneva comunque che il termine entro cui il cliente potesse recedere dal contratto iniziasse a decorrere dal giorno in cui questi l'aveva ricevuta, *ex artt.* 1334 e 1335 c.c.¹³³, considerandosi assorbito il termine di preavviso in quello più ampio riconosciuto al cliente per il recesso¹³⁴.

L'individuazione del momento in cui le variazioni acquistavano efficacia risultava essere ulteriormente problematica, ciò in ragione della particolare formulazione del secondo comma del novellato art. 118 t.u.b., il quale come evidenziato in dottrina, stabilendo che la modifica si dovesse intendere «approvata»

¹³⁰ Cfr. FARNETI M., *op. ult. cit.*, p. 877; GORGONI A., *Sub art. 33 ...*, cit., p. 304; DE POLI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 1427 e 1429.

¹³¹ FARNETI M., *op. cit.*, p. 876, n. 47; SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 280.

¹³² DE POLI M., *op. cit.*, p. 1427.

¹³³ SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*

¹³⁴ cfr. SANTONI G., *op. cit.*, p. 260; DE POLI M., *op. cit.*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 1428. *Contra* MIRONE A., *op. cit.*, p. 303, il quale riteneva che il legislatore, mediante l'eliminazione, in sede di conversione del decreto legge, della precisazione che sanciva il decorso del termine per l'esercizio del recesso dal ricevimento della comunicazione, avesse inteso collegare il relativo *dies a quo* con la data di scadenza del preavviso, così attribuendo al cliente «un termine di riflessione per lo meno pari a novanta giorni».

ove il cliente non avesse esercitato la facoltà di recedere dal contratto, sembrava voler ricondurre la figura del *ius variandi* allo schema proposta/accettazione tacita, così da recuperare il procedimento di modifica allo schema consensuale di conclusione del contratto¹³⁵.

Proprio in virtù dell'apparente subordinazione dell'efficacia della modifica all'approvazione tacita del cliente, parte della dottrina aveva addirittura affermato¹³⁶ che la riforma del 2006 avesse disinnescato il potere della banca di modificare unilateralmente il divisato assetto contrattuale, introducendo un meccanismo bilaterale di modificazione del contratto, in forza del quale la modifica non avrebbe potuto produrre effetti prima della sua approvazione tacita ad opera del cliente¹³⁷, ossia prima che fosse decorso il termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione effettuata dalla banca.

Tale lettura è stata però rifiutata da altra parte della dottrina, la quale ha evidenziato come, in realtà, il meccanismo del *ius variandi* continuasse a configurarsi come un diritto potestativo della banca¹³⁸, sembrando poco plausibile l'intenzione del legislatore di operare un così radicale ribaltamento della regolamentazione del *ius variandi* bancario, il quale – sin dalla sua primissima formulazione nell'art. 6 della l. n. 154/92 – si è sempre configurato come il potere della banca di modificare *ex uno latere* le condizioni contrattuali combinato con il potere riconosciuto al cliente di evitare la modifica recedendo dal contratto¹³⁹.

Da tali considerazioni si ricavava, quindi, che gli effetti della modifica operata

¹³⁵ Cfr. FARNETI M., *op. ult. cit.*, p. 876; DE POLI M., *op. loc. ultt. citt.* Ripercorre recentemente i termini della questione PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi ...*, cit., p. 150 e ss.

¹³⁶ Cfr. SANTONI G., *op. cit.*, p. 258 e ss., il quale a seguito della modifica legislativa vedeva mutato il potere della banca, nel senso che l'istituto di credito non avrebbe potuto più modificare unilateralmente le condizioni contrattuali, ma solo proporre modifiche, le quali non sarebbero potute essere rifiutate dal cliente se non recedendo dal contratto.

¹³⁷ SANTONI G., *op. cit.*, p. 259. *Contra* MIRONE A., *op. cit.*, p. 303, che sottolineava come, ove si fosse abbracciata l'interpretazione per cui l'efficacia delle modifiche derivasse unicamente dallo scadere del termine di sessanta giorni per l'esercizio del recesso, si sarebbe privato di ogni significato il preavviso, il quale non avrebbe potuto realizzare nessun altro effetto, essendo questo fondamentalmente preordinato a consentire l'applicazione delle nuove condizioni comunicate dalla banca.

¹³⁸ Cfr. SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 281, l'A. definisce «un'inaccettabile finzione» l'equiparazione del silenzio del cliente ad un'accettazione tacita della proposta di variazione; MIRONE A., *Le "fonti private" del diritto bancario ...*, cit., p. 302, il quale da un lato evidenziava come l'impiego della formula "Proposta di modifica unilaterale" avesse «la sola finalità di richiamare l'attenzione del cliente» sul fatto della modificazione delle condizioni contrattuali ad opera della banca; mentre dall'altro escludeva che, al fine di ricondurre la fattispecie nell'ambito delle modifiche consensuali, si potesse attribuire «eccessivo peso» alla terminologia utilizzata dal legislatore nell'affermare che la modifica si dovesse intendere «approvata» dal cliente, in caso di mancato recesso.

¹³⁹ DE POLI M., *op. cit.*, p. 1428.

dalla banca divenissero efficaci allo scadere del termine di preavviso¹⁴⁰, restando però «risolutivamente condizionati all'esercizio del recesso» da parte del cliente¹⁴¹.

In altri termini, tale disposizione veniva letta nel senso di consentire al cliente di togliere efficacia alla modifica comunicata dalla banca mediante l'esercizio del diritto di recesso¹⁴², il quale si sarebbe configurato come «rifiuto eliminativo di una variazione contrattuale già verificatasi»¹⁴³.

Con riferimento al recesso, mentre il d.l. sulla competitività specificava espressamente che qualora il cliente avesse esercitato tale diritto, in seguito alla comunicazione della *variatio*, questo sarebbe dovuto avvenire «senza penalità e senza spese di chiusura», la legge di conversione nel riformulare il testo dell'art. 118 t.u.b. aveva lasciato il solo riferimento alla necessità che il recesso avvenisse «senza spese», prevedendo invece in un'ulteriore disposizione, estranea a tale articolo e avente portata generale, che nei contratti di durata il cliente avesse «sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura» (art. 10, 2° comma, l. n. 248/2006)¹⁴⁴.

In virtù di tali previsioni, risultava chiaro come alla banca fosse inibita la possibilità di chiedere il pagamento di una multa penitenziale per l'esercizio del recesso, nonché di far gravare sul cliente le eventuali spese connesse con la chiusura del rapporto¹⁴⁵.

A mo' di semplice notazione e rinviando a quanto si dirà in seguito¹⁴⁶, un'ultima novità introdotta dal legislatore del 2006, che ha particolarmente impegnato gli interpreti, ha riguardato la previsione dell'obbligo per la banca di attuare contestualmente le variazioni dei tassi di interesse, conseguenti a decisioni di politica monetaria, sia con riguardo ai tassi debitori che quelli creditori, con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente (art. 118, 4° comma, t.u.b.).

¹⁴⁰ Cfr. SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*; MORERA U., *op. loc. ult. cit.*; MIRONE A., *op. cit.*, p. 303.

¹⁴¹ MIRONE A., *op. cit.*, p.302.

¹⁴² DE POLI M., *op. loc. ult. cit.*

¹⁴³ SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁴ FARNETI M., *op. ult. cit.*, p. 878

¹⁴⁵ Cfr. FARNETI M., *op. loc. ult. cit.*; SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*; DE POLI M., *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁶ Vedi *infra* § 3.2.8.

2.7. I recenti interventi legislativi in tema di *ius variandi*: il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 e la conversione in legge del c.d. “Decreto Sviluppo”.

Trattandosi di presentare sommariamente i contenuti dell’ennesimo mutamento legislativo della disciplina del *ius variandi* bancario, i quali saranno ampiamente ripresi nel prossimo capitolo, occorre segnalare, preliminarmente e per ragioni di completezza, l’introduzione nel nostro ordinamento di un’ulteriore ipotesi di modifica unilaterale, avvenuta con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, la quale va ad affiancarsi a quelle già contenute nell’art. 118 t.u.b. e nell’art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons., rendendo ulteriormente frastagliato il già composito quadro normativo della materia¹⁴⁷.

Successivamente a tale intervento legislativo, la necessità di provvedere al recepimento della direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, ha fornito al legislatore un’ulteriore occasione per rimaneggiare la normativa contenuta nel t.u.b., realizzando quella che in dottrina è stata definita come «la più importante e la più profonda fra le (numerose) riforme subite dal t.u. bancario posteriormente alla sua entrata in vigore»¹⁴⁸.

Il Governo, sulla base della delega contenuta nella l. n. 88/2009 (c.d. «legge comunitaria 2008»)¹⁴⁹, ha predisposto ed approvato il d.lgs. n. 141/2010 (successivamente modificato ed integrato dal d.lgs. n. 218/2010), il quale oltre a recepire il contenuto della direttiva sul credito al consumo ha apportato svariate innovazioni al t.u.b. e ad altri testi normativi, sulle quali in questa sede – *ratione materiae* – non è possibile soffermarsi se non limitandosi alle novità apportate al titolo VI del t.u.b. e, in particolare, al regime del *ius variandi* bancario, *ex art.* 118

¹⁴⁷ Il d.lgs. n. 11/2010, nel dare attuazione alla direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento, ha inserito nel Titolo VI del T.u.b. il nuovo Capo II-*bis*, nell’ambito del quale ha dettato una specifica disciplina del *ius variandi* per i contratti quadro aventi ad oggetto servizi di pagamento (art. 126-*sexies* t.u.b.). Per ulteriori approfondimenti vedi *infra* § 3.3.

¹⁴⁸ DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 2010, p. 1041.

¹⁴⁹ L’art. 33, l. n. 88/2009, nel dettare i principi e criteri direttivi per la predisposizione dei decreti legislativi per l’attuazione della direttiva 2008/48/CE, ha autorizzato il Governo ad apportare le necessarie modifiche e integrazioni al t.u.b., nonché a coordinare, al fine di evitare sovrapposizioni normative, il Titolo VI del t.u.b. con le altre disposizioni legislative aventi a oggetto operazioni e servizi disciplinati dal medesimo Titolo VI, nonché con le altre disposizioni aventi ad oggetto la tutela dei consumatori.

t.u.b.¹⁵⁰

L'art. 4, 2° comma, del d.lgs. n. 141/2010 ha previsto l'integrale sostituzione del Capo I, Titolo VI del t.u.b., integrando e modificando disposizioni già esistenti, ovvero introducendone di nuove, nelle quali sono state trasfuse prescrizioni normative precedentemente collocate all'esterno del t.u.b.¹⁵¹

Tralasciando le altre modifiche, le quali per quanto qui interessa risultano essere di contorno, e venendo subito alle innovazioni che hanno interessato la disciplina del *ius variandi* bancario, può senz'altro notarsi come la principale novità abbia riguardato la distinzione, operata dal primo comma dell'art. 118 t.u.b., tra i «contratti a tempo indeterminato», nei quali può essere convenzionalmente riconosciuto alla banca il potere di modificare unilateralmente, in presenza di un giustificato motivo, «i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto», e gli «altri contratti di durata» (*rectius*: a tempo determinato), nei quali il potere di modifica attribuito alla banca non può incidere sul tasso di interesse originariamente pattuito, ferma restando la possibilità di variare, in presenza di un giustificato motivo, gli altri oneri economici e le clausole regolamentari¹⁵².

Il d.lgs. n. 141/2010 ha lasciato pressoché invariate le previsioni contenute nel terzo e quarto comma dell'art. 118 t.u.b., così come il principio per cui la modifica unilateralmente apportata dalla banca si intende approvata qualora il cliente non receda dal contratto entro due mesi dalla ricezione della comunicazione della *variatio*.

Ulteriori cambiamenti, sui quali ci si soffermerà ampiamente nel prossimo capitolo, riguardano schematicamente:

a) l'eliminazione del richiamo all'art. 1341, 2° comma, c.c., sostituito con la previsione, prima contenuta dall'art. 117, 5° comma, t.u.b. (ora abrogato), per cui la clausola attributiva del *ius variandi* deve essere «approvata specificamente dal cliente»;

b) l'espressa limitazione del potere di modifica unilaterale alle sole condizioni

¹⁵⁰ Per una panoramica della struttura e dei contenuti del d.lgs. n. 141/2010 vedi DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 1043 e ss.

¹⁵¹ DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, 1045; CENTINI A., *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n. 141 del 2010*, in *I contratti*, 2011, p. 391.

¹⁵² SCIARRONE ALIBRANDI A., *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA. VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza? Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, p.74; CENTINI A., *op. cit.*, p. 393; ID., *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *I contratti*, 2011, p.1035.

già previste nel contratto, escludendosi quindi la possibilità che la banca possa introdurre nuove clausole¹⁵³;

c) il prolungamento del periodo di preavviso da uno a due mesi, il quale viene ad essere così fatto coincidere con il termine riconosciuto al cliente, in seguito alla variazione delle condizioni contrattuali, per poter recedere dal contratto;

d) la reintroduzione del rinvio alle deliberazioni del CICR con riguardo alle determinazioni delle modalità di comunicazione delle variazioni concernenti i rapporti al portatore.

All'indomani del d.lgs. n. 141/2010 il legislatore è di nuovo tornato sulla formulazione dell'art. 118 t.u.b. con l'emanazione del d.l. n. 70/2011 (*c.d.* Decreto Sviluppo), convertito con modifiche dalla l. n. 106/2011, ad esito del quale si è introdotta un'ulteriore ripartizione disciplinare con riferimento alla prevedibilità convenzionale del *ius variandi* nell'ambito dei contratti a tempo determinato¹⁵⁴.

L'intento del legislatore, spinto dalle sollecitazioni dell'ABI, era quello di allineare la previsione contenuta nell'art. 118 t.u.b. alla disciplina prevista per i servizi di pagamento, mirando ad uniformare categorie di operazioni e servizi sostanzialmente assimilabili¹⁵⁵.

L'art. 126-*bis*, 3° comma, t.u.b., infatti, prevede che le parti possano accordarsi, in deroga all'art. 127, 1° comma, t.u.b., affinché la disciplina dettata in materia di trasparenza, quindi anche con riferimento alle modalità di esercizio del *ius variandi*, stabilite dall'art. 126-*sexies* t.u.b., non si applichino «interamente o parzialmente», nel caso in cui l'utilizzatore dei servizi di pagamento non sia un consumatore o una «micro-impresa», cioè un'impresa con più di dieci dipendenti che realizzi un fatturato annuo o un totale di bilancio superiore a due milioni di euro, *ex art.*1, 1° comma, lett. t), d.lgs. n.11/2010.

Possibilità che, invece, non è prevista nell'ambito della disciplina del *ius variandi* per i contratti bancari in generale, rispetto ai quali trova applicazione l'art. 127, 1° comma, t.u.b., il quale sancisce la derogabilità delle disposizioni contenute nel Titolo VI «solo in senso più favorevole al cliente».

¹⁵³ La possibilità della banca di introdurre nuove condizioni contrattuali, *ex art.* 118 t.u.b., era già stata esclusa subito dopo la riforma del 2006 dal Ministero dello Sviluppo economico, mediante la diramazione della nota n. 5574 del 21 febbraio 2007.

¹⁵⁴ SCARPELLO A., *Il "nuovo" jus variandi della banca dopo la conversione del cd. "decreto sviluppo"*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 585.

¹⁵⁵ CENTINI A., *Il procedimento di modifica ...*, cit., p. 1037 e 1038.

L'art. 8, 5° comma, lett. f), d.l. n. 70/2011, pertanto, stabilendo l'introduzione di un comma *2-bis*, dopo il secondo comma dell'articolo 118 t.u.b., mirava appunto ad attribuire alle parti contrattuali la possibilità di convenire pattiziamente la non applicazione, «in tutto o in parte», delle disposizioni dettate in materia di *ius variandi*, purché il cliente non fosse stato un consumatore, né una micro-impresa.

Tuttavia, tale provvedimento legislativo, il quale in linea teorica, grazie all'introduzione del nuovo comma, lasciava presagire la possibilità per le banche di apportare ampie deroghe alla disciplina del procedimento di modifica disposto dall'art. 118 t.u.b.¹⁵⁶, ha incontrato una forte avversione da parte delle associazioni degli imprenditori e, in particolare, della Confindustria¹⁵⁷.

La maggior parte delle critiche si sono concentrate, in particolare, sulla seconda disposizione, contenuta nella lett. g) dell'art. 8, 5° comma, d.l. n.70/2011, in virtù del quale la deroga prevista dal comma *2-bis* avrebbe trovato applicazione anche ai contratti in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto legge, potendo le banche e gli intermediari finanziari (entro il 30 giugno 2011) comunicare – nelle modalità stabilite dal secondo comma dell'art. 118 t.u.b. – le modifiche apportate al contratto, le quali si sarebbero intese approvate qualora il cliente non avesse esercitato il recesso «entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione».

Tale disposizione, più che consentire l'applicazione del nuovo comma *2-bis* anche ai contratti in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto legge, conclusi con soggetti diversi da consumatori e micro-imprese, in realtà consentiva agli istituti di credito di apportare modifiche unilaterali al rapporto in essere, a prescindere dalla presenza o meno di una clausola sul *ius variandi* specificamente approvata dal cliente¹⁵⁸.

¹⁵⁶ CENTINI A., *Il procedimento di modifica ...*, cit., p. 1036: secondo l'A. il nuovo comma avrebbe consentito alle parti di derogare tutte le disposizioni dell'art. 118 t.u.b. Cfr. sul punto DOLMETTA A. A., *op. cit.*, in *Ius variandi bancario ...*, cit., p.7, il quale nota come la formula legislativa promettesse «assai più di quanto avrebbe poi potuto mantenere», restando in ogni caso necessaria una specifica approvazione della clausola attributiva del relativo potere di modifica, nonché la sussistenza di una ragione meritevole di tutela a fondamento della *variatio*, ex art. 1322 c.c., e la necessità che la stessa fosse comunicata al cliente, configurandosi l'atto di esercizio del *ius variandi* come un atto recettizio. L'A., inoltre, evidenzia come la mancata previsione di un'espressa deroga all'art. 127, 1° comma, t.u.b. (così come prevista dall'art. 126-bis, 3° comma, t.u.b.) conducesse ad adottare una «linea interpretativa di riduzione sistematica della deroga», nel senso di ritenere che le modifiche apportabili alla disciplina del *ius variandi* non potessero andare comunque a detrimento della clientela imprenditoriale.

¹⁵⁷ Per una ricognizione del dibattito sorto fra la Confindustria e l'ABI a seguito dell'emanazione del d.l. n. 70/2011, vedi gli articoli pubblicati su *Italia Oggi*, il 18, 19 e 20 maggio 2011, tutti a p. 10.

¹⁵⁸ Cfr. FERRO-LUZZI F., *Ipotesi e rilievi sui confini applicativi dell'art. 118 t.u.b. dopo l'introduzione del comma 2-bis*, in DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius*

In ragione delle forti critiche suscitate da tale previsione¹⁵⁹, in sede di conversione del decreto legge, si è provveduto con un maxi-emendamento a modificare la portata della norma¹⁶⁰.

Sicché, nella sua versione definitiva, il comma *2-bis* ora riconosce alla banca, qualora instauri rapporti con clienti che non siano consumatori o micro-imprese, la possibilità di inserire, nei contratti di durata a tempo determinato, «clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse *al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto*»¹⁶¹.

A seguito di tale modifica, quindi, la disciplina del *ius variandi*, ex art. 118 t.u.b., viene a differenziarsi dal punto di vista oggettivo a seconda che tale potere sia convenzionalmente attribuito alla banca in un contratto *a tempo indeterminato* ovvero in un contratto *a tempo determinato*, dovendosi in tale ultimo caso operare un'ulteriore ripartizione di tipo soggettivo a seconda che l'istituto di credito si relazioni *con un consumatore e una micro-impresa* oppure *con soggetti diversi*¹⁶².

Completata la panoramica sui mutamenti e le innovazioni che, nell'arco di venti anni, hanno interessato la disciplina delle modifiche unilaterali nei contratti bancari, ex art. 118 t.u.b., non resta che procedere ad un'analisi più approfondita e ragionata dell'attuale quadro normativo, sì da evidenziarne i positivi cambiamenti rispetto al passato, oltre ad individuarne i profili di criticità che pure permangono, nonostante i continui rimaneggiamenti legislativi¹⁶³.

variandi *bancario* ..., cit., p. 151, n. 4; SANTANGELO A., *Sub art. 118*, cit., p. 1730;

¹⁵⁹ Cfr. CENTINI A., *op. ult. cit.*, p. 1038, n. 17.

¹⁶⁰ Il succedersi delle diverse disposizioni normative non ha comunque determinato rilevanti riflessi operativi, essendo stata di fatto disapplicata dagli operatori bancari l'originaria versione del nuovo comma, in ragione delle forti riserve avanzate sull'intervento legislativo, le quali lasciavano presagire una revisione dello stesso in sede di conversione (cfr. DOLMETTA A. A., *op. cit.*, in *Ius variandi bancario* ..., cit., p. 8; CENTINI A., *op. ult. cit.*, p. 1038; vedi anche *Italia Oggi*, 25 maggio 2011, p. 10). Inoltre, diversamente dalla previgente versione dell'art. 8, 5° comma, lett. g), d.l. n. 70/2011, la legge di conversione ha disposto che le parti possano inserire le clausole previste dal comma *2-bis* soltanto nei contratti conclusi successivamente all'entrata in vigore della norma, stabilendo l'inefficacia delle variazioni eventualmente apportate ai contratti in vigore nel periodo di vigenza del decreto legge.

¹⁶¹ Per gli opportuni approfondimenti vedi *infra* § 3.2.4.

¹⁶² CENTINI A., *op. ult. cit.*, p. 1040; SCARPELLO A., *Il "nuovo" jus variandi* ..., cit., p. 586.

¹⁶³ Cfr. DOLMETTA A. A., *op. cit.*, in *Ius variandi bancario* ..., cit., p. 11, il quale, proprio con riferimento alle problematiche poste dal nuovo assetto legislativo, auspica un intervento di riforma «di vasto respiro».

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA DEL *IUS VARIANDI* NEI CONTRATTI BANCARI

3.1. Premessa.

Analizzando l'evoluzione normativa della disciplina del *ius variandi* nell'ambito dei contratti bancari, si è potuto notare come la modifica *ex uno latere* delle condizioni contrattuali sia un fenomeno ben radicato nella prassi degli istituti di credito italiani¹, sulla cui disciplina il legislatore è intervenuto in diverse occasioni.

La stratificazione degli interventi legislativi ha delineato una segmentazione della disciplina del *ius variandi* «per blocchi di fattispecie contrattuali»², ponendo problemi di coordinamento tra le diverse regolamentazioni che – come evidenziato in dottrina³ – sono stati solo in parte superati dai successivi rimaneggiamenti operati dal legislatore.

Di tale articolazione e dei relativi problemi di coordinamento si dovrà tener conto nel corso dell'analisi cui ci si accinge in questo capitolo e, pur mantenendo uno sguardo privilegiato al procedimento di modifica unilaterale dettato per i contratti bancari in generale, *ex art. 118 t.u.b.*, il quale trova applicazione anche ai contratti di credito al consumo (*ex art. 125-bis, 2° comma, t.u.b.*), sarà dunque necessario completare l'analisi del quadro normativo facendo qualche rapido cenno alla specifica disciplina dettata dall'*art. 126-sexies t.u.b.* per la modifica unilaterale dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di pagamento.

3.2. La modifica unilaterale nei contratti bancari, *ex art. 118 t.u.b.*

Nel rimodellare la disciplina del *ius variandi* il legislatore del 2010 ha abrogato la disposizione contenuta nell'*art. 117, 5° comma, t.u.b.* accorbandola all'*art. 118 t.u.b.*, dove invece è stato eliminato il riferimento all'*art. 1341 c.c.* stabilendosi che il potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali possa essere attribuito alla banca

¹ Cfr. DOLMETTA A. A., *Linee evolutive di un ius variandi*, in DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, Giuffrè, 2012, p.1.

² SCIARRONE ALIBRANDI A., *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza? Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 73; ID. e MUCCIARONE G., *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario ...*, cit., p.60.

³ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 62.

mediante una clausola «approvata specificatamente dal cliente»⁴.

Considerando come nella prassi il testo contrattuale sia redatto unilateralmente dalla banca per poi essere sottoposto alla sottoscrizione del cliente, il quale in linea di principio – in ragione del differente potere contrattuale che caratterizza le parti – non può che accettare o rifiutare *in toto* il contratto, l'espressione impiegata dal legislatore sembrerebbe doversi intendere nel senso che la validità della previsione pattizia, mediante cui si riserva all'istituto di credito il *ius variandi*, sia subordinata al medesimo meccanismo della *c.d.* “doppia sottoscrizione” previsto dall'art. 1341, 2° comma, c.c., ciò al fine di attrarre l'attenzione del cliente sul contenuto della relativa clausola ed evitare che lo stesso sia colto di sorpresa dall'esercizio del potere di modifica ad opera della banca⁵.

In letteratura⁶ si evidenzia come la previsione, prima contenuta nell'art. 117 e ora nell'art. 118, esoneri l'interprete dalla necessità di dover dedurre in via interpretativa l'applicazione, anche in tali ipotesi, del procedimento prescritto dall'art. 1341, 2° comma, c.c., la cui elencazione è per altro ritenuta tassativa, escludendosi così la possibilità che la clausola possa essere surrettiziamente inserita nel regolamento contrattuale⁷.

La previsione contenuta nel Testo unico bancario, tuttavia, si differenzia da quella dettata dall'art. 1341, 2° comma, c.c. richiedendo la specifica sottoscrizione della clausola, non solo nel caso in cui questa sia inserita in condizioni generali di contratto ovvero in moduli o formulari, ma anche quando il regolamento contrattuale sia stato redatto per disciplinare un solo specifico rapporto⁸.

Sebbene l'art. 118 t.u.b. nulla dica in merito alle modalità di formulazione della clausola da sottoporre al cliente per la specifica approvazione, parte della dottrina ritiene sia da censurare la prassi bancaria per cui la clausola sul *ius variandi* viene formulata in termini marcatamente sintetici e/o generici, tali da impedire alla controparte di acquisire un'idonea consapevolezza della portata del potere attribuito alla banca, sì da escludere

⁴ Esprime dubbi circa il significato da attribuire all'espressione impiegata dal legislatore DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 2010, p. 1047.

⁵ Cfr. SANGIOVANNI V., *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitrato bancario e finanziario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 210.

⁶ SANTANGELO A., *Sub art. 118*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, t. 3, III ed., Padova, Cedam, 2012, p. 1717.

⁷ Cfr. MAJELLO U., *Sub art. 117*, in F. BELLI, G. CONTENUTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d. lgs. 1° settembre 1993*, n. 385, II, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 1939.

⁸ Cfr. SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1718; già con riferimento alla previsione contenuta nell'art. 117 t.u.b. vedi per tutti GAGGERO P., *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, Cedam, 1999, p.66.

che sulla stessa possa esprimersi un vero e proprio consenso del cliente⁹.

Allo stesso modo potrebbero sollevarsi dubbi circa l'effettività del consenso espresso dal cliente e, quindi, circa il soddisfacimento del requisito della specifica approvazione della clausola sul *ius variandi*, qualora a quest'ultimo sia richiesta la sottoscrizione di un'autonoma dichiarazione di accettazione, distinta dal resto del contratto, la quale però si limiti a richiamare in blocco le singole clausole vessatorie contenute nel regolamento contrattuale mediante l'indicazione del numero ovvero dell'oggetto delle stesse.

Sebbene tale pratica sia considerata idonea dalla giurisprudenza ad assolvere il requisito della *c.d.* doppia sottoscrizione, *ex art.* 1341, 2° comma, c.c.¹⁰, ritenere la stessa sufficiente a soddisfare il requisito richiesto dall'art. 118 t.u.b. priverebbe di concretezza tale previsione, non potendosi in tal caso ritenere garantito che l'attenzione del cliente sia stata effettivamente richiamata sulla specifica clausola attributiva del *ius variandi*.

Posta la necessità che il potere della banca di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali trovi espressa menzione nel contratto, occorre innanzitutto delineare l'ambito di applicazione della disciplina dettata dal legislatore con riferimento ai contratti bancari in generale.

3.2.1. Ambito di applicazione.

In via preliminare occorre chiarire a quale tipologia di modifiche si riferisca l'art. 118 t.u.b.

Sebbene ad una prima lettura, sulla base del combinato disposto del primo e terzo comma, sembrerebbe potersi ritenere che il relativo procedimento trovi applicazione ad ogni ipotesi di variazione posta in essere dalla banca, sia essa favorevole o sfavorevole al cliente, tale conclusione viene esclusa da parte della dottrina, la quale sottolinea come la disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b. abbia un «senso reale» solo per le modifiche peggiorative del divisato assetto contrattuale, a fronte delle quali la controparte viene a

⁹ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 34, il quale – richiamando BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in MORERA U. e NUZZO A. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria, II. L'attività delle banche*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 219, secondo cui un «consenso “alla cieca” [...] è un non consenso» – ritiene che solo «un'indicazione analitica delle clausole variabili [ammonendo] effettivamente il cliente dell'entità e vastità dei rischi che vengono fatti gravare sulla sua posizione contrattuale» potrebbe soddisfare il requisito della specifica approvazione richiesto dall'art. 118 t.u.b.

¹⁰ Cfr. PATTI G. e PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, Giuffrè, 1993, p.353 e ss.

trovarsi in una vera e propria condizione di soggezione¹¹.

Diversamente, con riferimento alle ipotesi di variazioni migliorative, le quali apportino solo vantaggi alla controparte, potrebbe trovare applicazione il principio sancito dall'art. 1333, 2° comma, c.c., il quale tra l'altro, consentendo al cliente di rifiutare la modifica, non lo priverebbe della possibilità di continuare il rapporto alle condizioni originariamente pattuite¹².

L'opinione secondo cui la disciplina dell'art. 118 t.u.b. si riferisca alle sole modifiche sfavorevoli alla clientela, poste in essere nell'interesse della banca e svantaggiose per la controparte, sembra avere un condivisibile fondamento logico, considerando come la stessa sia dettata a tutela del cliente¹³.

Infatti, apparirebbe irragionevole assoggettare anche le eventuali variazioni favorevoli alla controparte esclusivamente al procedimento dettato dall'art. 118 t.u.b., costringendo cioè la banca a correre il rischio che il cliente, nel cui interesse in questo caso viene operata la modifica, receda dal contratto nell'ipotesi in cui non intenda profittare della variazione¹⁴.

In ultimo, proprio la sanzione dell'inefficacia comminata dal terzo comma alle (sole) modifiche sfavorevoli al cliente, che non siano state poste in essere nel rispetto delle modalità prescritte dalla legge, parrebbe deporre nel senso che le eventuali modifiche favorevoli al cliente possano seguire anche altre strade, collocandosi quindi al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 118 t.u.b.¹⁵

Una volta chiarito che solo le modifiche sfavorevoli alla clientela trovano nella disciplina dettata dal t.u.b. la loro disciplina esclusiva, si deve osservare come il d.lgs. n. 141/2010 abbia risolto uno degli aspetti maggiormente dibattuti in dottrina, con riguardo alla delimitazione della categoria dei «contratti di durata»¹⁶, chiarendo come il potere di

¹¹ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 13. *Contra* DE POLI M., *Sub art. 118*, in DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2010, p. 1427, l'A. con riferimento alla versione dell'art. 118 ante riforma del 2010 nota come sia condizionata alla presenza di un giustificato motivo «anche la modifica favorevole al cliente [...], per quanto una modifica favorevole sembri avere *in re ipsa* i caratteri di giustificatezza».

¹² Cfr. DOLMETTA A. A., *op. loc. ult. cit.*; SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 59, n. 1.

¹³ Limita l'operatività dell'art. 118 t.u.b. alle sole modifiche sfavorevoli, ovvero delle quali non sia certa la natura, ABF, Collegio di Milano, decisione n. 777 del 16 marzo 2012, in www.arbitratobancariofinanziario.it.

¹⁴ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. loc. ult. cit.*, il quale evidenzia come ove si reputasse che l'art. 118 t.u.b. trovi applicazione anche nel caso delle modifiche favorevoli alla clientela, tale strumento risulterebbe, «di per sé, sovradimensionato, se non contrario, agli interessi della banca».

¹⁵ Cfr. SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1722.

¹⁶ Cfr. CENTINI A., *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n. 141 del 2010*, in *I contratti*, 2011, p. 393.

modifica unilaterale possa essere convenzionalmente riconosciuto alla banca, con alcune differenze¹⁷, sia nei contratti a tempo indeterminato che in quelli a tempo determinato¹⁸.

In virtù di tale previsione viene a cadere la posizione di quanti¹⁹, prima della riforma del 2010, reputavano che, nel settore bancario, la categoria dei «contratti di durata» dovesse considerarsi limitata ai soli contratti a tempo indeterminato, escludendosi quindi l'ammissibilità del *ius variandi*, ad esempio, nel contratto di mutuo²⁰.

La dottrina²¹, che recentemente si è occupata del tema, non ha infatti incontrato particolari difficoltà nell'ammettere la pattuibilità del *ius variandi* anche nell'ambito di tale negozio, ciò naturalmente nei termini stabiliti dall'art. 118 t.u.b.²² sui quali si ritornerà a breve.

Tralasciando i dubbi circa la riconducibilità o meno del mutuo nell'ambito dei contratti

¹⁷ Vedi *infra* § 3.2.2.

¹⁸ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 90, ove viene notato come per entrambe le tipologie di rapporti si presenti la possibilità di sopravvenienze che alterino l'originaria convenienza dell'affare, non ravvisandosi ragioni idonee per ritenere che «la fissazione di un termine di efficacia del contratto debba equivalere ad assunzione del rischio di ogni sopravvenienza».

¹⁹ Vedi per tutti MORERA U., *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in BRESCIA MORRA C. e MORERA U. (a cura di), *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Notar.*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, Esi, 2006, p. 368. *Contra* nel senso che anche i contratti a tempo determinato dovessero essere ricompresi nella categoria dei «contratti di durata» cfr. SILVETTI C., *I contratti bancari parte generale*, in CALANDRA BUONAURO V., PERASSI M. e SILVETTI C. (a cura di), *La banca: l'impresa i contratti*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da G. COTTINO, Padova, Cedam, 2001, p. 446; GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 171 e ss.; FAUCEGLIA G., *I contratti bancari*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, III/2, Torino, Giappichelli, 2005, p. 144.

²⁰ In tal senso si era orientato il Ministero dello Sviluppo economico con la nota n. 5574 del 21 febbraio 2007, reperibile in: www.fiscoetasse.com/upload/nota_21022007.pdf, escludendo i «contratti di mutuo, nei quali lo svolgimento del rapporto in un arco temporale concordato tra le parti costituisce un elemento essenziale, a tutela degli interessi di entrambi i contraenti».

Mentre tale soluzione è stata fatta propria dall'ABF, Collegio di Milano, con le decisioni n. 388 del 19 maggio 2010 e n. 934 del 15 settembre 2010 (la quale tra l'altro afferma risoluta l'esclusione del mutuo dalla categoria dei contratti di durata), entrambe in www.arbitratobancariofinanziario.it; in altre decisioni *ivi* pubblicate (cfr. ad es. ABF, Collegio di Milano, decisione n. 1705 del 9 agosto 2011) non è stata, invece, posta in dubbio la legittimità della previsione della clausola attributiva, concentrandosi le stesse sulla validità del giustificato motivo addotto a fondamento della variazione, cfr. CENTINI A., *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitrato Bancario e Finanziario*, in *I contratti*, 2012, p. 193-194.

²¹ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 26; SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 93. *Contra* nel senso che la modifica unilaterale delle condizioni del tasso d'interesse sia incompatibile con la struttura causale del mutuo vedi da ultimo SCARPELLO A., *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 259; ID., *Il "nuovo" jus variandi della banca dopo la conversione del cd. "decreto sviluppo"*, *ivi*, 2012, p. 582. Perplexità sono avanzate pure da PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 137, il quale rileva come, a fronte dell'esercizio del *ius variandi* da parte della banca, al cliente sia offerto un rimedio (il recesso) «che svuota in concreto la causa mutualistica» alterando «una corrispettività originaria fondata sul differimento temporale dell'obbligazione restitutoria».

²² Cfr. PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *I contratti*, 2011, p. 192 e ss.; MORERA U. e OLIVIERI G., *La variazione dei tassi nei contratti bancari a tempo indeterminato. sul nuovo comma 2-bis dell'art. 118 t.u.b.*, in in DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario.*, cit., p. 166.

di durata²³, aspetto tra l'altro giudicato da alcuni «irrilevante», non potendosi escludere che il termine «durata» sia stato impiegato dal legislatore come sinonimo di «contratto a esecuzione non compiutamente istantanea»²⁴, in letteratura si evidenzia come tale fattispecie contrattuale non presenti specificità tali da giustificare la sottrazione dall'ambito di applicazione dell'art. 118 t.u.b., potendosi al contrario estendere ad ogni contratto di credito i rilievi²⁵ sollevati a sostegno della tesi contraria all'ammissibilità del *ius variandi* nel contratto di mutuo²⁶, i quali per altro o provano troppo²⁷, oppure possono tradursi in una critica generale alla congruità della disciplina dettata dal t.u.b.²⁸

3.2.2. Oggetto del *ius variandi*.

Nell'analizzare l'evoluzione normativa della disciplina del *ius variandi* si è avuto modo di notare come la dottrina si sia tradizionalmente interrogata sull'estensione della portata del relativo potere con riferimento alla possibilità per la banca di modificare, oltre alle condizioni economiche, anche quelle *c.d.* normative o regolamentari.

Oggi, dopo l'attuazione nell'ordinamento interno della direttiva 93/13/CEE e soprattutto dopo la riforma del 2006, lo stesso dato legislativo²⁹ depone a favore dell'estensione più ampia del relativo potere, nel senso che questo possa riferirsi

²³ In argomento vedi per tutti CAPOBIANCO E., *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 508 e ss.; Cfr. anche CASS. CIV., sez. III, 10 settembre 2010, n. 19291, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, la quale – occupandosi della questione inerente la decorrenza del termine decennale di prescrizione del diritto alla restituzione delle somme mutate – ha ricondotto, senza particolari difficoltà, il contratto di mutuo nell'ambito dei «contratti di durata».

²⁴ DOLMETTA A. A., *op. loc. ult. cit.*

²⁵ Per una chiara e sintetica ricognizione delle posizioni di quanti escludevano la possibilità di prevedere convenzionalmente nel contratto di mutuo la possibilità per l'intermediario di variare unilateralmente tassi e condizioni contrattuali, vedi per tutti MORERA U. e OLIVIERI G., *Mutui bancari e ius variandi (sull'art. 118, comma 2-bis, t.u.b.)*, in *BBTC*, 2011, p.482-484.

²⁶ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. loc. ult. cit.*

²⁷ DOLMETTA A. A., *op. loc. ult. cit.*, l'A. sottolinea come l'argomento che esclude l'operatività dell'art. 118 t.u.b., nell'ambito del contratto di mutuo, sulla base della constatazione che il meccanismo *ius variandi* della banca/diritto di recesso del cliente vada ad incidere su un elemento essenziale dell'operazione posta in essere dalle parti, quale si configura il termine di restituzione delle somme avute a mutuo, valga «unicamente a sottrarre alla facoltà unilaterale della banca la previsione pattizia del termine (rateale o meno) di restituzione delle somme erogate», non invece ad escludere la possibilità che le parti possano legittimamente inserire nell'ambito del regolamento contrattuale una clausola sul *ius variandi*.

²⁸ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. loc. ult. cit.*, ove viene evidenziato come l'ineffettività della facoltà di recesso del cliente non sia una peculiare caratteristica del contratto di mutuo, vedendosi il mutuatario stretto nell'alternativa tra l'accettare la modifica ovvero recedere e restituire immediatamente il debito residuo, risultando tale assunto comune a ogni contratto di credito; nello stesso senso DOLMETTA A. A., *op. loc. ult. cit.*

²⁹ Cfr. SANTONI G., *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l.n. 248 del 2006*, in *BBTC*, I, 2007, p. 255; MIRONE A., *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, *ivi*, I, 2009, p. 300.

indistintamente ad ogni genere di clausola contrattuale³⁰.

Prima di passare ad osservare nello specifico la diversità di disciplina, introdotta dal d.lgs. n. 141/2010, tra contratti a tempo indeterminato e contratti a tempo determinato rispetto alle condizioni contrattuali che, concretamente, possono formare oggetto della clausola attributiva del *ius variandi*, occorre notare come, precedentemente alla riforma del 2010, non apparisse chiaro se le modifiche poste in essere dalla banca, mediante il procedimento disciplinato dall'art. 118 t.u.b., potessero o meno comportare l'introduzione di clausole precedentemente non previste dal contratto.

Tale possibilità è stata, però, esclusa dal Ministero dello Sviluppo economico mediante la diramazione della nota n. 5574 del 2007, avente ad oggetto «Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 10 della legge 4 agosto 2006, n. 248», nella quale è stato specificato che «le “modifiche” disciplinate dal nuovo articolo 118 t.u.b., riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole *ex novo*».

L'orientamento espresso dal Ministero è stato ripreso anche da numerose decisioni dell'Arbitrato bancario finanziario³¹ e dalla giurisprudenza³², per poi essere definitivamente formalizzato con il d.lgs. n. 141/2010³³ mediante l'inserimento, nella prima parte dell'art. 118, 1° comma, t.u.b., della precisazione per cui «può essere convenuta, [...] la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni *previste* dal contratto», fuggendo così ogni dubbio circa l'impossibilità per la banca di andare oltre la semplice modifica delle condizioni contrattuali già previste nel

³⁰ Soluzione largamente condivisa in dottrina, vedi per tutti SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 94, n. 93; PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi ...*, cit., p. 127; cfr. anche SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p. 211, il quale afferma come tassi e prezzi siano menzionati a fine esemplificativo, «ben potendo la modifica concernere qualsiasi altra condizione contrattuale»; In tal senso è orientata anche la “giurisprudenza” dell'ABF, nella quale però – come evidenziato in letteratura – non si riscontrano vertenze concernenti variazioni di clausole regolamentari. Tale circostanza, comunque, non può certo essere assunta come prova del fatto che simili variazioni siano operate in minore misura dalle banche, potendosi al contrario ravvisare la ragione dello scarso contenzioso nella considerazione che «mentre le clausole economiche hanno effetto pratico immediato e percepito dal cliente [...] quelle regolamentari risultano sovente (forse, quasi sempre) più “discrete”», per cui, risultando meno immediato il loro effetto pratico, «quand'anche avvertita, la variazione appare più facilmente “digeribile” dal cliente», DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 30.

³¹ Cfr. per tutte ABF, Collegio di Napoli, decisione n. 192 del 02 aprile 2010; ABF, Collegio di Roma, decisione n. 980 del 24 settembre 2010, ove viene chiaramente espresso come il *ius variandi* disciplinato dall'art. 118 t.u.b. non possa «essere utilizzato per introdurre nuove commissioni a carico del cliente»; ABF, Collegio di Milano, decisione n. 1298 del 10 novembre 2010 dove la possibilità di introdurre una clausola precedentemente non prevista dal contratto viene qualificata come «estranea al meccanismo previsto e disciplinato dall'art. 118».

³² Cfr. TRIB. PALERMO – sez. Bagheria, 26 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, con nota di GORGONI M., p.2098.

³³ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 15.

contratto, mediante l'introduzione di clausole nuove³⁴.

La banca, quindi, qualora intenda introdurre nuove condizioni contrattuali dovrà procedere ad una rinegoziazione del divisato assetto contrattuale, non potendo ricorrere all'esercizio del *ius variandi*, salva l'ipotesi in cui il legislatore introduca una specifica disposizione che legittimi il ricorso alla variazione unilaterale, come avvenuto in base all'art. 2-bis, 3° comma, l. n. 2/2009 (oggi abrogato dall'art. 27, comma 4, l.n. 27/2012)³⁵.

Venendo ora al punto focale della riforma attuata mediante l'emanazione del d.lgs. n. 141/2010, può osservarsi che:

da un lato, ossia nei contratti a tempo indeterminato, l'ambito oggettivo del *ius variandi* si presenta, concretamente, nei termini molto ampi che si sono visti in apertura del paragrafo, potendo la modifica unilaterale andare ad incidere sulle commissioni, sui tassi d'interesse e su ogni altra condizione prevista dal contratto (art. 118, 1° comma, primo periodo, t.u.b.);

dall'altro, ossia nei contratti a tempo determinato (individuati dalla legge con l'espressione «altri contratti di durata»), tale ambito risulta circoscritto dal legislatore alle sole clausole *non* aventi ad oggetto i tassi d'interesse, risultando quindi concretamente suscettibili d'essere fatti oggetto di modifica unilaterale, ad opera della banca, unicamente gli altri oneri economici e le clausole regolamentari (art. 118, 1° comma, secondo periodo, t.u.b.)³⁶.

³⁴ Cfr. CENTINI A., *La disciplina delle modifiche unilaterali ...*, cit., p. 395; PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 193; ID., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi ...*, cit., p. 126; OLIVIERI G., *Usi e abusi del ius variandi nei contratti bancari*, in DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario.*, cit., p. 118; SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p.95, n. 94; SCARPELLO A., *Il "nuovo" jus variandi ...*, cit., p. 581; cfr. anche ABF, Collegio di Roma, decisione n. 559 del 21 febbraio 2012, ove viene ribadito come l'art. 118 t.u.b. possa «essere utilizzato solo per modificare clausole preesistenti e non per introdurre clausole nuove»; ABF, Collegio di Milano, decisione n. 708 del 09 marzo 2012, dove si afferma che «ai sensi dell'art. 118 T.U.B. lo *ius variandi* – secondo quanto è acquisito alla letteratura e pure a questo Arbitro – non può servire ad introdurre clausole nuove».

³⁵ CENTINI A., *op. loc. ult. cit.*; L'orientamento interpretativo prevalente dell'ABF ha considerato legittima la possibilità delle banche di avvalersi del meccanismo dell'art. 118 t.u.b. per sostituire le commissioni di massimo scoperto con altre forme di remunerazione degli affidamenti conformi alle prescrizioni contenute nel primo comma dell'art. 2-bis, l. n. 2/2009 (anche esso oggi abrogato dall'art. 27, comma 4, l. n. 27/2012), seppure si trattasse di sistemi «oggettivamente diversi» tra loro (cfr. OLIVIERI G., *op. cit.*, p. 125), con la precisazione però che il ricorso all'art. 118 t.u.b., potesse considerarsi legittimo solo allorché la modifica si fosse limitata a rimodulare condizioni già inserite nel regolamento contrattuale, le quali non risultassero più conformi al mutato assetto normativo, cfr. ABF, Collegio di Napoli, decisione del 28 aprile 2010, n. 300; ABF, Collegio di Roma, decisione n. 2165 del 14 ottobre 2011, entrambe in www.arbitratobancariofinanziario.it.

³⁶ Cfr. SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p. 212; tale soluzione è stata criticata da SCARPELLO A., *La nuova disciplina della trasparenza bancaria ...*, cit., p. 253 e ss., il quale rileva come, alla luce della funzione dell'istituto del *ius variandi* di consentire alla banca di porre rimedio ad eventuali sopravvenienze contrattuali, appaia «difficile assegnare una giustificazione razionale al divieto *tranchant* di prevedere una qualsiasi clausola sul *jus variandi* [dei tassi d'interesse] nei contratti a tempo determinato». Secondo l'A., infatti, «si sarebbe potuto garantire una tutela adeguata del cliente attraverso lo strumento del giustificato

Come si è già avuto modo di vedere, su questo quadro normativo è intervenuto il d.l. n. 70/2011, come convertito dalla l. n. 106/2011, il quale ha esteso nuovamente l'ambito oggettivo del *ius variandi* nei contratti a tempo determinato, ma solo se conclusi con soggetti diversi da un consumatore o una micro-impresa, ammettendo in tali contratti la possibilità di inserire clausole di variazione unilaterale del tasso d'interesse, «al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto» (art. 118, comma 2-bis, t.u.b.).

In tale contesto si inserisce il dubbio circa la possibilità o meno per la banca di modificare unilateralmente, in costanza di un contratto di finanziamento, il tasso variabile³⁷ originariamente pattuito dalle parti.

Nell'ambito della "giurisprudenza" dell'ABF si è sostanzialmente affermata una soluzione negativa a tale quesito, tendendosi ad escludere il saggio d'interessi indicizzato dalla portata del *ius variandi* pattiziamente riconosciuto alla banca³⁸.

Le ragioni di un simile orientamento, ben enucleate nella decisione del Collegio di Napoli, n. 122 del 15 marzo 2010, sono sostanzialmente individuate nel fatto che, nei contratti di mutuo a tasso variabile, ma più in generale nei contratti di finanziamento in cui la remunerazione del capitale è ancorata ad un parametro destinato ad oscillare nel tempo, maggiorato di una percentuale fissa liberamente stabilita dalla banca, entrambe le parti concludono il contratto accettando, «in maniera esattamente speculare», il rischio di dover sopportare la variazione del saggio d'interesse, in conseguenza del modificarsi del parametro di riferimento, e trovando adeguata contropartita nella possibilità che tale variazione possa volgere a loro favore.

Così strutturato il contratto, riconoscendo alla banca il potere di variare lo *spread* in considerazione delle fluttuazioni del parametro di riferimento, determinate da scelte di politica economica o dall'andamento del mercato, le quali per loro natura non possono incidere sul tasso fisso predeterminato dall'intermediario, significherebbe attribuire all'istituto di credito il potere di incidere «su profili che attengono alla struttura stessa dell'operazione economica come voluta dalle parti».

motivo, che consente al giudice di sindacare le motivazioni addotte dalla banca per imporre la modifica del tasso d'interesse, escludendo l'arbitrio di quest'ultima».

³⁷ Il tasso variabile si compone di una percentuale fissa (*spread*), ossia il guadagno della banca (SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p. 211), e di una percentuale variabile legata all'andamento di un parametro di riferimento, di solito rappresentato dall'andamento di altri tassi come l'*Euribor*, il quale indica il tasso di interesse medio delle transazioni finanziarie in Euro operate tra le principali banche europee.

³⁸ Cfr. ABF, Collegio di Napoli, decisione n. 122 del 15 marzo 2010; ABF, Collegio di Milano, decisioni n. 276 del 23 aprile 2010, n. 388 del 19 maggio 2010 e n. 798 del 23 luglio 2010, tutte reperibili in www.arbitratobancariofinanziario.it.

Mediante la variazione della percentuale fissa, infatti, la banca sarebbe sempre in grado di sottrarsi al rischio della riduzione del parametro di riferimento, mentre il cliente sarebbe privato della possibilità di avvantaggiarsi degli effetti di tale diminuzione pur continuando a subire gli effetti di un eventuale innalzamento del tasso di riferimento e, per giunta, in maniera più intensa in ragione dell'aumentato *spread*³⁹.

In dottrina la questione appare tutt'altro che pacifica. Se da un lato si tende ad escludere la modificabilità della componente fissa del tasso variabile, identificando la stessa come una delle «caratteristiche base dell'operazione», facendo però salva l'ipotesi in cui si verifichi un peggioramento delle condizioni di rischio del cliente⁴⁰; dall'altro se ne ammette la modifica reputando non persuasive le argomentazioni poste a fondamento dell'esclusione del tasso indicizzato dall'oggetto del *ius variandi*⁴¹.

Quest'ultimo orientamento, in particolare, evidenzia come la stipula di un contratto di finanziamento a tasso variabile non implichi che la banca assuma su di sé il rischio di qualsiasi sopravvenienza⁴², potendosi verificare mutamenti nelle condizioni di mercato non controllabili attraverso la componente del tasso legata all'andamento del parametro di riferimento⁴³, i quali ben potrebbero essere idonei ad incidere negativamente sull'equilibrio complessivo del sistema bancario.

Alla luce di tale considerazione, in linea con la *ratio* sottesa all'art. 118 t.u.b.⁴⁴, non sembrerebbe quindi ragionevole escludere del tutto la possibilità per la banca di ricorrere

³⁹ ABF., Collegio di Napoli, decisione n. 122/2010, p. 5-6.

⁴⁰ Così DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 26 e ss.

⁴¹ Così SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 98 e ss.; Cfr. anche CENTINI A., *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *I contratti*, 2011, p. 1040, il quale ritiene che il riferimento contenuto nella norma ai "tassi d'interesse" consenta «di ritenere che la variazione possa riguardare sia i tassi espressi in misura fissa, sia in misura variabile» e per questi ultimi di argomentare la variabilità sia della componente fissa che del parametro di riferimento.

⁴² SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 101 e ss., dove viene messo in luce come la clausola di indicizzazione del tasso d'interesse non valga «a proteggere la banca da qualunque aumento del costo della provvista», cioè del prezzo a cui la banca raccoglie nel mercato i fondi necessari per finanziare gli impieghi. *Contra* SCARPELLO A., *Il "nuovo" jus variandi ...*, cit., p. 585, il quale reputa sia da condividere l'opinione sfavorevole rispetto all'ammissibilità del *ius variandi* del tasso mutuato in considerazione della «presenza di un meccanismo di indicizzazione che, nei contratti a tasso variabile, protegge la banca dagli sbalzi del costo del danaro», sicché ulteriori meccanismi di variazione del tasso risulterebbero privi di giustificazione.

⁴³ Cfr. anche CAPOBIANCO E., *op. cit.*, p. 516. Per una analisi degli effetti dell'attuale crisi economica sul costo della raccolta bancaria vedi ANOLLI M., *Pricing del credito e anomalie nel costo della raccolta per le banche italiane nella seconda metà del 2011*, in DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario*, cit., p. 169 e ss., il quale evidenzia come «le tensioni osservate sul mercato del debito sovrano hanno fatto sì che, fondamentalmente, il tasso Euribor 3 mesi (in quanto prodotto in larga parte come media di condizioni espresse da banche i cui paesi non stavano subendo le medesime pressioni [...]) cessasse di esprimere condizioni prossime a quelle alle quali le banche italiane erano in grado di approvvigionarsi di raccolta nel mercato *wholesale*».

⁴⁴ Vedi *supra* § 2.2.

al meccanismo del *ius variandi*⁴⁵, ciò naturalmente escludendo – in virtù del canone generale della buona fede – che la banca possa sfruttare tale potere per annullare l’effetto derivante dalla normale fluttuazione del parametro di riferimento cui è agganciato il tasso variabile, andando così ad alterare la struttura economica del contratto come originariamente pattuita⁴⁶.

3.2.3. Il “giustificato motivo” quale presupposto legittimante la modifica.

Individuato l’ambito di applicazione e le condizioni che concretamente possono costituire oggetto del *ius variandi*, prima di passare ad analizzare le modalità di esercizio di tale potere, occorre soffermarsi sul presupposto che ne legittima l’attivazione, il quale viene individuato dall’art. 118 t.u.b. nella esistenza di un «giustificato motivo».

Inizialmente previsto solo per i contratti bancari conclusi con un consumatore (*ex art. 1469-bis*, 4° e 5° comma, c.c.; ora art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons.), è stato successivamente esteso nel 2006 alla generalità dei contratti bancari al fine di attribuire maggiore coerenza d’insieme al quadro normativo⁴⁷, circoscrivendo la legittimità dell’esercizio del potere di modifica unilaterale e con essa la discrezionalità riconosciuta alla banca⁴⁸.

Come già si è visto nell’analizzare la disciplina dettata nel Codice del consumo⁴⁹, la scelta del legislatore di impiegare una simile clausola generale, per sua natura talmente elastica da «correre il rischio di risultare troppo vaga e generica»⁵⁰, ha fatto sì che la dottrina si sforzasse di concretizzarne il contenuto al fine di rendere più agevole l’individuare di quelle ragioni che, in linea teorica, potrebbero giustificare una variazione del rapporto contrattuale nell’ambito delle operazioni bancarie, legittimando di

⁴⁵ Sembraerebbero presupporre l’inclusione del tasso indicizzato nell’ambito oggettivo del *ius variandi* ABF, Collegio di Milano, decisione n. 1705 del 9 agosto 2011, cit., e TRIB. RIMINI, ordinanza del 22 agosto 2011, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6557.pdf, decidendo la controversia sulla base della valutazione dell’inidoneità del giustificato motivo a fondare l’esercizio di tale potere.

⁴⁶ Cfr. ancora una volta ABF, Collegio di Napoli, decisione n. 122/2010, cit., p. 7, ove viene affermato come nelle operazioni di finanziamento a tasso variabile il criterio di distribuzione del rischio «implica che l’intermediario non possa completamente sottrarsi al rischio, accettato all’atto della stipula, della riduzione del tasso».

⁴⁷ Vedi *supra* § 2.6.

⁴⁸ Cfr. SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 577 il quale definisce il *ius variandi* bancario uno strumento a «discrezionalità limitata». La previsione del requisito del «giustificato motivo» viene vista dall’A. come un «mutamento di prospettiva del legislatore [...] in favore della “stabilità” dell’operazione contrattuale e dell’affidamento del cliente»;

⁴⁹ Vedi *supra* § 1.7 e ss.

⁵⁰ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 10.

conseguenza l'attivazione del *ius variandi*⁵¹.

Recentemente è stata proposta una delimitazione particolarmente stringente della nozione di «giustificato motivo»⁵² sul presupposto che la disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b. miri a «conservare l'equilibrio macro negoziale» della banca, ossia la stabilità del sistema creditizio nel suo complesso, piuttosto che l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali del singolo rapporto.

Secondo tale lettura, in particolare, sarebbero escluse dal novero dei giustificati motivi quelle ragioni attinenti alla singola operazione economica, come il peggioramento delle condizioni di rischio del cliente⁵³, potendosi ravvisare un «giustificato motivo» esclusivamente in presenza di eventi «estranei alle [...] parti di un singolo contratto» che vadano ad incidere su di un complesso più o meno ampio di rapporti giuridici in maniera tale da determinare effetti economicamente insopportabili per l'istituto di credito⁵⁴.

Una simile posizione ha, senz'altro, il pregio di mettere in rilievo come la complessiva stabilità dell'impresa bancaria possa essere esposta a serio rischio anche da piccole variazioni degli indici economici, che pur risultando irrilevanti per un singolo rapporto contrattuale potrebbero assumere effetti economicamente insostenibili per la banca, moltiplicandosi queste per un numero indefinito di rapporti in ragione del carattere seriale dell'offerta bancaria⁵⁵.

Tuttavia, essa non convince del tutto laddove esclude la possibilità di ravvisare un «giustificato motivo» in ragioni connesse alla specificità di un singolo rapporto, come risulterebbe essere l'aumento del rischio di credito legato all'aggravarsi delle condizioni

⁵¹ In letteratura si esclude la possibilità di fare riferimento all'elaborazione della giurisprudenza laburistica in tema di giustificato motivo di licenziamento al fine di individuare una nozione di tale clausola generale che sia valida anche per il settore bancario, ciò in quanto «il giustificato motivo di licenziamento non attiene a una variazione del rapporto contrattuale, bensì al suo scioglimento, ed è costituito quindi da un sindacato sulla sopravvenuta inutilità del rapporto che è invece evidentemente inidoneo a giustificare l'esercizio del *ius variandi*» (così SIRENA P., *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *BBTC*, I, 2007, p. 277; cfr. anche PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela: asimmetria e condotte abusive*, Padova, Cedam, 2008, p. 322; DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 40). *Contra* TAVORMINA V., *Ius variandi e contratti bancari*, in *www.judicium.it*, 25 luglio 2012, p. 11, il quale afferma che «la diversità di materia e delle vicende disciplinate non toglie che in tutti questi casi si tratti di limiti esterni all'autonomia privata in attività economica: e ciò basta a rendere comparabili le relative discipline».

⁵² FERRO-LUZZI F., *Il "giustificato motivo" nello ius variandi: primi orientamenti dell'ABF*, in *BBTC*, I, 2011, p. 731 e ss.; ID., *Ipotesi e rilievi sui confini applicativi dell'art. 118 t.u.b. dopo l'introduzione del comma 2-bis*, in DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario*, cit., p.148 e ss.

⁵³ La sopravvenuta difficoltà economica del cliente giustificerebbe la variazione delle condizioni contrattuali del singolo rapporto unicamente qualora «ciò sia espressamente previsto dal contratto [...] o qualora ciò sia previsto dalla legislazione positiva», FERRO-LUZZI F., *Ipotesi e rilievi ...*, cit., p. 149, n. 3.

⁵⁴ FERRO-LUZZI F., *op. ult. cit.*, p. 149.

⁵⁵ Cfr. FERRO-LUZZI F., *op. ult. cit.*, p. 148.

economiche del cliente, ipotesi che, invece, sembra senz'altro giustificare un intervento modificativo della banca, ove si consideri come il «rischio di credito partecipa alla formazione del risultato economico gestionale [...] e rappresenta ancor oggi il fattore principale delle crisi bancarie»⁵⁶.

Successivamente alla riforma del 2006, inoltre, sulla definizione del contenuto minimo della nozione di «giustificato motivo» è intervenuto il Ministero dello Sviluppo economico, con la citata Comunicazione del 21 febbraio 2007, nella quale è stato chiarito come la stessa debba intendersi «nel senso di ricomprendere gli eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario», potendo essere tali eventi: sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente, facendosi proprio l'esempio del mutamento del grado di affidabilità in termini di rischio di credito; sia quelli che consistono «in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio, tassi di interesse, inflazione, ecc.)»⁵⁷.

Maggiormente condivisibile appare, allora, la chiave interpretativa proposta da altra dottrina⁵⁸, secondo la quale, al fine di delimitare l'ambito della nozione di «giustificato motivo» e selezionare gli eventi futuri che possono costituirne esplicazione, si deve fare riferimento al sistema, ossia alle ipotesi di sopravvenienze rispetto alle quali il legislatore, in materia di obbligazioni e contratti, ha previsto strumenti idonei a consentire alla parte danneggiata dalla sopravvenienza di porvi rimedio.

Secondo tale orientamento, le ipotesi di sopravvenienza, che legittimerebbero l'attivazione dei singoli rimedi predisposti dal legislatore nell'ambito del Codice civile, costituirebbero «altrettante ipotesi (costitutive)» del *ius variandi* in ambito bancario, configurandosi quest'ultimo come «rimedio generale alle sopravvenienze»⁵⁹.

Tali ipotesi, per giunta, oltre a costituire giustificati motivi di modifica, segnerebbero anche i confini del *ius variandi*, non potendosi ravvisare nel sistema ragioni (atte a legittimare una modifica unilaterale del contratto) ulteriori rispetto «alle sopravvenienze

⁵⁶ SARTORI F., *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 t.u.b.*, in A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario*, cit., p. 139; Cfr. anche DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 20. Nel senso che il peggioramento delle condizioni di affidabilità del credito del cliente costituisca pacificamente un «giustificato motivo» di esercizio del *ius variandi* vedi ABF, Collegio di Milano, decisione n. 1099 del 24 febbraio 2011, in www.arbitratobancariofinanziario.it, dove viene affermato come sia «acquisito che la ragione per cui è consentito attribuire un *ius variandi in peius* alla banca è quella di permetterle di adeguare il contratto ai mutamenti della realtà, che diminuiscono la originaria convenienza che per lei presentava l'affare: quantomeno quando tali mutamenti siano «esterni» alla banca». Vedi anche TRIB. PALERMO – sez. Bagheria, 26 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, con nota di GORGONI M., p. 2086.

⁵⁷ Nota n. 5574 del 21 febbraio 2007, cit.

⁵⁸ SCIARRONE ALIBRANDI A., *Interventi ...*, cit., p. 76; ID. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 81 e ss.

⁵⁹ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 83.

cui, per diritto generale, è legato un effetto estintivo (o volto all'estinzione) del rapporto (o alla sua modificazione)»⁶⁰.

Ciò posto, richiamando i presupposti alla base dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), tale orientamento ritiene che il «giustificato motivo» possa individuarsi «in un fatto successivo alla conclusione del contratto, che, nella sostanza altera [...] l'assetto degli interessi dei contraenti così come programmato dal contratto stesso, senza che l'alterazione fosse prevedibile al tempo dell'atto – se diversa dall'inadempimento o dal deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore⁶¹ – né il fatto imputabile al contraente a favore del quale sia previsto il *ius variandi*»⁶².

Su tale chiave di lettura sembra poi potersi innestare, senza particolari problemi, anche la posizione di quanti, individuando la ragione sostanziale dell'istituto del *ius variandi* «nell'esigenza di conservare nel corso del tempo l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali»⁶³, hanno ritenuto che la nozione di «giustificato motivo» sia integrata (solo) allorché si verificano circostanze oggettive non controllabili dalla banca, come ad esempio una diminuzione del grado di solvibilità del cliente oppure un aumento del costo del denaro o dei costi industriali relativi ai servizi offerti dall'istituto di credito⁶⁴.

Sulla base di tali ricostruzioni, dunque, non potrebbero dirsi sorrette da un «giustificato motivo» quelle variazioni poste in essere in virtù di scelte di politica industriale, ovvero di esigenze organizzative o gestionali dell'istituto di credito⁶⁵,

⁶⁰ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 85.

⁶¹ Vedi però TRIB. RIMINI, ord. 22 agosto 2011, cit., il quale esclude che possa costituire un «giustificato motivo» il peggioramento delle condizioni del cliente quando questo sia prevedibile al tempo della conclusione del contratto, non integrando il *ius variandi* «un *ius poenitendi*, che consenta ripensamenti circa quanto convenuto tra le parti».

⁶² SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 88; nello stesso senso SARTORI F., *Sul potere unilaterale di modificazione ...*, cit., p. 138. Cfr. anche ABF, Collegio di Milano, decisione n. 1705 del 9 agosto 2011, in www.arbitratobancariofinanziario.it.

⁶³ SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 276.

⁶⁴ Cfr. SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 277-278; DE POLI M., *Sub art. 118*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p.1427; MORERA U., *Sub art. 118*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, p.990; IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 86; PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina ...*, cit., p.192; SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 578; Cfr. anche ABF, Collegio di Milano, decisioni n. 98 del 4 marzo 2010, n. 177 del 31 marzo 2010 e n. 249 del 20 aprile 2010, tutte in www.arbitratobancariofinanziario.it, le quali richiamando la Comunicazione del Ministero dello Sviluppo economico e le elaborazioni della dottrina individuano, in via esemplificativa, la ricorrenza di un giustificato motivo quando si verifichi un mutamento dei tassi d'interesse di primaria importanza per il mercato creditizio (*Euribor*, *Libor*, *IRS*) oppure nell'ipotesi di un aumento generale dei costi industriali o dei prezzi al consumo, così come nel caso di variazione dei tassi in conseguenza di decisioni di politica economica, ex art. 118, 4° comma, t.u.b.; TRIB. RIMINI, ord. 22 agosto 2011, cit.

⁶⁵ Cfr. SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 277; DE POLI M., *op. loc. ult. cit.*; MORERA U., *op. loc. ult. cit.*; PAGLIANTINI S., *op. loc. ult. cit.*; Nel senso che nella nozione di «giustificato motivo» possano

risultando del resto in contrasto con il canone di buona fede far ricadere sul cliente gli effetti negativi di scelte dipendenti dalla banca, nonché in contrasto con la *ratio* sottesa all'istituto del *ius variandi*, la quale – a meno di voler continuare a vedere in tale meccanismo l'espressione dello “strapotere delle banche” – non può certo identificarsi nella finalità di garantire inalterato il margine di profitto dell'impresa⁶⁶.

3.2.4. (Segue) Necessità di un giustificato motivo nei contratti a tempo determinato conclusi con soggetti diversi da un consumatore o una micro-impresa?

Rimanendo sempre nell'ambito del «giustificato motivo», la modifica apportata dalla l. n. 106/2011, con riferimento alla modificabilità del tasso d'interesse nei contratti di durata a tempo determinato conclusi con soggetti diversi da un consumatore o una micro-impresa, pone un ulteriore quesito interpretativo.

Nell'ammettere la possibilità per la banca di variare il tasso d'interesse «al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto» il nuovo comma 2-bis dell'art. 118 t.u.b. non specifica se tali eventi e condizioni debbano essere o meno selezionati mediante la lente prospettiva del requisito del «giustificato motivo».

Fermandosi ad un'interpretazione letterale della norma, sembrerebbe possibile

ricomprendersi anche «vicende personali del fornitore di prodotti finanziari» si esprime BUSSOLETTI M., *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2005, p. 21, il quale però richiama l'eventuale mutamento di strategia imprenditoriale solo con riguardo al giustificato motivo nell'esercizio del recesso, mentre per quanto concerne il suo funzionamento nell'esercizio del *ius variandi* fa riferimento (soltanto) a «fattori legislativi che mutano, quali tariffe fiscali o postali il cui costo era addebitato al cliente inglobato nel prezzo del servizio reso; a modificazione del costo del denaro; a modificazioni del merito di fido della clientela». Riconduce esplicitamente le scelte gestionali della banca nell'alveo del «giustificato motivo» TAVORMINA V., *op. loc. ult. cit.*: «le scelte gestionali sono insindacabili e sufficienti a giustificare coerenti conseguenze in tema sia di cessazione del rapporto che di modifica dei contenuti contrattuali, restando oggetto di verifica solo detta coerenza».

⁶⁶ SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*; Cfr. anche OLIVIERI G., *op. cit.*, p. 122; SARTORI F., *op. cit.*, p. 137.

Tuttavia – pur condividendo l'assunto per cui la banca non potrebbe legittimare l'esercizio del *ius variandi* sulla base della sua decisione «di cambiare politica aziendale», in quanto «il fatto legittimante la decisione [non potrebbe] consistere nella decisione medesima»; così come l'esigenza di porre in essere «adattamenti della politica di bilancio» non potrebbe assurgere a «giustificato motivo», poiché una simile modifica non verrebbe «a perseguire, nella sua dinamica concreta, interessi meritevoli di tutela» – parte della dottrina (DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 43) ha rilevato come rispetto alle clausole regolamentari il mutamento della politica aziendale, in alcuni casi, specie con riferimento ai contratti a tempo indeterminato o di lunga durata, potrebbe giungere ad integrare il requisito del giustificato motivo: «si può pensare a un cambiamento del gruppo societario di appartenenza dell'intermediario e alla (connessa) modifica della clausola di foro territoriale; oppure all'adeguamento di vecchi contratti a politiche regolamentari diverse» ormai generalmente applicate da tempo ai nuovi contratti in essere, quando ciò «risulti concreto fattore di razionalizzazione, senza tradursi in una vicenda di approfittamento contrario alla buona fede».

escludere tale evenienza, autorizzando quindi le parti a subordinare l'esercizio del *ius variandi* al verificarsi di qualsiasi sopravvenienza, pur non qualificabile come «giustificato motivo», a condizione che la stessa sia stata specificatamente prevista nel contratto⁶⁷.

Nelle ipotesi regolate dal comma 2-*bis*, del resto, la banca avrebbe a che fare con soggetti non del tutto privi di idonei strumenti atti a comprendere la vantaggiosità o meno del contratto e delle sue singole clausole. Inoltre, trattandosi di imprese di grandi dimensioni non è improbabile che l'istituto di credito conduca con le stesse una specifica trattativa sul contenuto del contratto, ciò naturalmente al fine di addivenire alla stipula dello stesso e non perdere il cliente a vantaggio di imprese concorrenti⁶⁸.

Ciò premesso, con riferimento alle condizioni cui viene subordinata la variabilità del tasso d'interesse dei contratti a tempo determinato, non potrebbe escludersi che le parti attribuiscono autonoma rilevanza a condizioni ed eventi che, in linea generale, non autorizzerebbero la banca ad esercitare alcuna modifica, assurgendo essi quindi ad ipotesi di «giustificato motivo convenzionale»⁶⁹.

Ancora, a sostegno di tale lettura potrebbe sostenersi che quando il legislatore ha voluto subordinare la previsione del *ius variandi* alla specifica indicazione in contratto del «giustificato motivo» legittimante la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, come nel caso disciplinato dall'art. 33, comma 2, lett. m) cod. cons., lo ha fatto esplicitamente.

Simili considerazioni sembrerebbero, dunque, idonee ad escludere la necessaria sussistenza, nell'ipotesi disciplinata dal comma 2-*bis* dell'art. 118 t.u.b., di un giustificato motivo oggettivo, così come invece richiesto nei casi disciplinati dal primo comma dello stesso articolo, senonché altra dottrina evidenzia come: non avrebbe senso subordinare,

⁶⁷ Cfr. CENTINI A., *Il procedimento di modifica unilaterale ...*, cit., p.1041; SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p.213; SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 589 e ss.

⁶⁸ Cfr. SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1731, l'A. afferma come «la protezione prevista dall'art. 118 possa divenire paternalistica laddove la controparte della banca sia una multinazionale o una società quotata, con potere negoziale, capacità di *funding* e consapevolezza delle dinamiche di mercato pari o superiori a quelli dello stesso intermediario e tale per cui la valenza commerciale della relazione costituisce per la banca il maggiore deterrente all'adozione di comportamenti arbitrari»; SANGIOVANNI V., *op. loc. ult. cit.*, il quale rileva come i margini di trattativa siano comunque limitati anche rispetto alla clientela «professionale», per cui «sarà normalmente la banca a dettare il contenuto del contratto», intuizione che inevitabilmente conduce l'A. a ritenere che il nuovo comma 2-*bis* «riduca la tutela prevista per le controparti "professionali" della banca».

⁶⁹ CENTINI A., *op. loc. ult. cit.*, l'A. individua, in via di esemplificazione, quali possibili ipotesi di «giustificato motivo convenzionale» il collegamento della variazione del tasso «al mutamento peggiorativo di determinati indici o parametri rilevabili dal bilancio sociale» del cliente, ovvero al caso in cui questi non abbia rispettato «obblighi contrattuali quantitativi o qualitativi», come «ad esempio, la costituzione di una garanzia o la conclusione di un piano di ristrutturazione finanziaria».

nei contratti a tempo determinato, la variabilità delle clausole regolamentari e degli altri oneri economici alla sussistenza di un «giustificato motivo», ex art. 118, 1° comma, t.u.b., per poi lasciare negli stessi un più ampio margine di manovra rispetto alla modificabilità del tasso d'interesse; così come sarebbe privo di senso consentire un maggior spazio di variazione per i contratti a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato, nei quali l'esercizio del *ius variandi* resta comunque subordinato all'esistenza del «giustificato motivo», pure nel caso in cui siano conclusi con una macro-impresa⁷⁰.

Inoltre, la riforma introdotta con il d.lgs. n. 141/2010, tesa ad escludere in maniera assoluta la modificabilità del tasso d'interesse nei contratti a tempo determinato, così come la riformulazione del comma 2-bis operata dalla l. n. 106/2011, diretta ad ammetterne la variabilità, ma solo con riguardo ai contratti stipulati con una macro-impresa e a patto che ne siano indicate le ragioni in contratto, sembrano lasciar trasparire l'intenzione del legislatore di aumentare la tutela offerta al cliente rispetto al potere di modifica unilaterale riconosciuto alla banca, piuttosto che ampliare le maglie di ammissibilità del suo esercizio.

Tali considerazioni spingono, dunque, verso un'interpretazione sistematica della nuova disposizione, la quale derogando alla previsione contenuta nella seconda parte del primo comma dell'art. 118 t.u.b., lungi dall'escludere a fondamento del *ius variandi* del tasso d'interesse la permanenza del requisito della necessaria esistenza di un «giustificato motivo», avrebbe introdotto l'ulteriore requisito della sua specifica individuazione *ex ante*, ossia al momento stesso della conclusione del contratto⁷¹.

Il requisito della specifica predeterminazione del «giustificato motivo» porta con sé l'ulteriore quesito circa il modo in cui debbano essere indicati in contratto i fatti costitutivi del *ius variandi*: se da un lato alcuni autori ritengono che le situazioni di giustificato motivo prese a riferimento debbano essere indicate in modo chiaro e puntuale⁷², altri invece – rilevando giustamente come l'indicazione puntuale della specifica sopravvenienza sia possibile solo una volta che questa si sia già verificata – ritengono sufficiente che la clausola contenga l'indicazione della varietà di fatti

⁷⁰ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 9.

⁷¹ DOLMETTA A. A., *op. loc. ult. cit.*, il quale parla di un «giustificato motivo ridotto»; PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi ...*, cit., p. 136. Nel senso che pure nei contratti a tempo determinato conclusi con una macro-impresa ai fini dell'esercizio del *ius variandi* sia necessaria la sussistenza di un giustificato motivo vedi pure SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 73 e p. 84, n. 68. *Contra* SCARPELLO A., *Il "nuovo" jus variandi ...*, cit., p. 593.

⁷² CENTINI A., *op. loc. ult. cit.*; DOLMETTA A. A., *op. loc. ult. cit.*

astrattamente idonei a legittimare la modifica unilaterale⁷³.

3.2.5. *Natura del ius variandi bancario.*

La dottrina prevalente non ha dubbi nel qualificare il *ius variandi* disciplinato dall'art. 118 t.u.b. come un diritto potestativo, il quale consente alla banca di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del cliente, modificando il divisato assetto contrattuale indipendentemente dall'accettazione o dal rifiuto di quest'ultimo⁷⁴.

Il cliente, del resto, di fronte alla comunicazione della modifica non può opporsi alla stessa pretendendo il rispetto del programma contrattuale originariamente concordato: l'unica alternativa che gli è data è recedere dal contratto, sottraendosi agli effetti delle modifiche, oppure restare inerme e continuare il rapporto alle mutate condizioni⁷⁵.

Tuttavia, si deve notare come l'estensione del termine di preavviso operata con la riforma del 2010, insieme con la prevista possibilità per il cliente di recedere dal contratto sino alla data prevista per l'applicazione della modifica, abbia fatto riemergere in dottrina⁷⁶ la tesi, già proposta da alcuni autori⁷⁷ dopo la riforma del 2006, secondo cui l'art. 118 t.u.b., piuttosto che attribuire un vero e proprio diritto potestativo alla banca, tratteggi un meccanismo bilaterale di modifica del regolamento contrattuale.

Secondo tale orientamento il legislatore avrebbe operato una vera e propria «riscrittura dell'istituto» funzionando il mancato recesso «da atto di consenso/presupposto di efficacia» della modifica, sicché ci si troverebbe di fronte ad «un *ius variandi* tale, nel settore dei rapporti bancari, solo nominalmente», configurandosi questo piuttosto come un «contratto modificativo in senso stretto pur se con un accordo cd. a struttura

⁷³ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 84, n. 68.

⁷⁴ Vedi SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 280 e ss.; MIRONE A., *op. cit.*, p. 302; ID., *La nuova disciplina dello ius variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Vita Notarile*, 2011 p. 657; DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 12 e ss., l'A. rileva come la modifica sfavorevole al cliente posta in essere dalla banca risulti espressione di un potere del predisponente bancario «rispetto al quale il cliente si trova, cioè, in posizione di soggezione, posto che non può né controproporre, né rifiutare (ma solo uscire dal rapporto); SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 68; SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p.214, il quale sottolinea l'erroneità del testo di legge «laddove parla di una “proposta” di modifica unilaterale». Nel senso che il *ius variandi* costituisca «a tutti gli effetti, un diritto potestativo» vedi *ex multis* ABF, Collegio di Milano, decisioni n. 98/2010, n. 249/2010, n. 2316/2011, n. 1586/2012, cit.

⁷⁵ Cfr. FERRO-LUZZI F., *op. ult. cit.*, p. 155, l'A. nota come il cliente nei due mesi intercorrenti dalla ricezione della comunicazione, oltre a poter recedere dal contratto, potrebbe anche contestare il ricorrere del giustificato motivo ovvero contestare la quantificazione della modifica proposta rispetto al motivo addotto.

⁷⁶ PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 196; ID., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi ...*, cit., p. 152; SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 596.

⁷⁷ Cfr. SANTONI G., *op. cit.*, p. 258 e ss.

leggera»⁷⁸.

Effettivamente, la terminologia impiegata dal legislatore, così come il fatto che la comunicazione debba recare la dicitura “Proposta di modifica unilaterale del contratto”, potrebbe indurre ad accostare il mancato recesso del cliente ad una accettazione tacita della modifica, e quindi ad un meccanismo di modifica bilaterale del contratto, ma allo stesso tempo una simile interpretazione non pare compatibile con la rubrica dell’art. 118 t.u.b., la quale individua il contenuto della disposizione nella «modificazione unilaterale delle condizioni contrattuali».

Si aggiunga, ancora, come il primo comma di tale articolo faccia riferimento alla possibilità per le parti di convenire, con apposita clausola specificatamente approvata dal cliente, «la facoltà di modificare unilateralmente» le condizioni previste dal contratto e non la facoltà «di proporre la modifica», così come invece argomenta la posizione che qui si critica⁷⁹.

Che non si tratti, poi, di una vera e propria “proposta” (è bene ribadirlo) lo si deduce dal fatto che al cliente non sia data la possibilità di rifiutare la modifica proseguendo nel rapporto così come originariamente concordato, potendo questi solo recedere dal contratto, laddove naturalmente il *ius variandi* sia esercitato nel rispetto delle prescrizioni contenute nell’art. 118 t.u.b.⁸⁰

Inoltre, così come veniva persuasivamente rilevato dopo la riforma del 2006, attribuire al mancato recesso lo stesso significato di un atto di consenso non sarebbe nulla di più che una «inaccettabile finzione»⁸¹, soprattutto ove si consideri come «la mancata reazione del cliente può essere dovuta alle ragioni più diverse, ed è anzi normalmente dovuta non già alla volontà di aderire alla modifica, quanto alla valutazione sulla non convenienza del recesso»⁸².

Diversamente, la facoltà di svincolarsi dal contratto sembra configurarsi, a sua volta, come un diritto potestativo attivabile dal cliente a fronte dell’esercizio del potere di

⁷⁸ PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina* ..., cit., p. 196-197.

⁷⁹ Cfr. SCARPELLO A., *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 68, n. 24; TAVORMINA V., *op. cit.*, p.14. Cfr. lo stesso PAGLIANTINI S., *L’incerta disciplina del nuovo ius variandi* ..., cit., p. 153, il quale rilevando come la proposta della banca abbia l’effetto di porre il cliente nella condizione di accettare la modifica ovvero di recedere dal contratto, sembra ammettere il configurarsi di una situazione potestativa in capo all’intermediario «a contenuto più ridotto», non incidendo automaticamente ed *ex uno latere* sul concordato regolamentare contrattuale, «epperò idonea pur sempre ad innescare *ex se* una variazione comunque *in peius* (per il cliente)», il quale è privato della possibilità di proseguire nel contratto alle condizioni originariamente pattuite.

⁸¹ SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*

⁸² MIRONE A., *Le “fonti private”* ..., cit., p. 302; ID., *La nuova disciplina* ..., cit., p. 658.

modifica unilaterale riconosciuto alla banca, funzionando da contrappeso normativo e ponendosi come limite esterno a quest'ultimo⁸³.

Trattando del giustificato motivo si è già avuto modo di notare come, nei contratti a tempo determinato, conclusi con soggetti diversi da un consumatore o una micro-impresa, il legislatore abbia subordinato la possibilità di attribuire alla banca il potere di modificare unilateralmente il tasso d'interesse alla specifica indicazione nel contratto degli eventi e condizioni legittimanti il relativo potere.

In questa sede occorre ritornare sull'argomento al fine di fugare ogni dubbio circa la natura unilaterale della modifica disciplinata dal nuovo comma 2-*bis* e l'applicabilità anche a tale ipotesi del procedimento delineato dal secondo comma dell'art. 118 t.u.b., rilevandosi in merito a tale profilo opinioni contrastanti in dottrina.

Secondo un primo orientamento, la norma introdotta dalla l. n. 106/2011 non inciderebbe sul procedimento di modifica, *ex art.* 118, 2° comma, t.u.b., avendo questa come unico effetto quello di consentire di introdurre, mediante apposita clausola, anche nei contratti di finanziamento a tempo determinato, nei quali la banca non abbia come controparte un consumatore o una micro-impresa, la possibilità di modificare unilateralmente i tassi d'interesse, seppure solo al ricorrere di quegli eventi e condizioni indicati nel contratto stesso⁸⁴.

Secondo altra dottrina, invece, la norma assumerebbe il significato di imporre alle parti di predeterminare nel contratto non solo gli eventi che possono «autorizzare la banca a effettuare una *specific*a modifica», ma anche le specifiche conseguenze che questa può avere sull'assetto contrattuale⁸⁵.

Così interpretato il contenuto prescrittivo della norma, detta dottrina ritiene che al verificarsi degli eventi, predeterminati nel contratto, la banca potrebbe avvalersi della possibilità di variare le condizioni contrattuali nella misura prevista dal regolamento contrattuale, restando preclusa al cliente imprenditore la facoltà di recedere, in quanto la variazione operata dall'istituto di credito non si configurerebbe come una modifica unilaterale, assoggettata alla disciplina dettata dall'art. 118, 2° comma, t.u.b., bensì come una modifica concordata *ex ante* tra le parti, frutto del programma contrattuale originariamente concluso⁸⁶.

⁸³ MIRONE A., *Le "fonti private" ...*, cit., p. 302, n. 117; ID., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 659, n. 20; SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1728.

⁸⁴ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 8 e ss.

⁸⁵ FERRO-LUZZI F., *op. ult. cit.*, p. 154 e ss.

⁸⁶ FERRO-LUZZI F., *op. ult. cit.*, p. 156, secondo l'A., a fronte dell'esecuzione da parte della banca del

Tra le due ricostruzioni appare, senz'altro, preferibile la prima per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, sul piano sistematico appare chiaro come la norma si riferisca alla disposizione contenuta nella seconda parte del primo comma dell'art. 118 t.u.b., quale deroga al generale divieto nei contratti a tempo determinato di modificare unilateralmente i tassi d'interesse⁸⁷.

Non sembra, poi, possibile attribuire rilevanza alla sua collocazione dopo il secondo comma dell'art. 118 t.u.b., sì da ritenere che quest'ultimo non si applichi alle ipotesi disciplinate dal comma 2-*bis*, risultando la stessa frutto di una svista del legislatore, il quale concentrato nel riformulare il contenuto della norma, rispetto a quanto previsto dal d.l. n. 70/2011, non ha provveduto a ricollocarla in una sede più adatta, quale ad esempio un terzo periodo del primo comma, oppure un comma 1-*bis*⁸⁸.

Altrettanto chiaro è il fatto che con l'art. 118 t.u.b. il legislatore abbia inteso dettare una disciplina comune alle ipotesi di modifica unilaterale dei contratti bancari, fra le quali sembra plausibile poter ricondurre anche quella disciplinata dal comma 2-*bis*.

L'interpretazione fornita dal secondo orientamento richiamato, del resto, sembra attribuire alla norma un significato ultroneo rispetto a quello fatto palese dalla sua lettera, non reputandosi possibile ricavare dal testo della disposizione la necessità che le parti, insieme con gli eventi e le condizioni che legittimano la modifica, predeterminino nel contratto anche gli effetti derivanti dalla stessa.

In realtà il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 118 t.u.b. non prescrive alle parti altro che la predeterminazione degli specifici eventi e condizioni al ricorrere dei quali la banca potrà modificare unilateralmente la misura del tasso d'interesse, restando quest'ultima libera di decidere se esercitare o meno il *ius variandi* al verificarsi dell'evento previsto in contratto, nonché di determinare la misura della variazione da apportare al tasso d'interesse originariamente pattuito⁸⁹.

Ciò considerato, dunque, la modifica posta in essere dalla banca non sembra possa

regolamento contrattuale, così come concordato anche rispetto alla possibilità di operare una modifica dello stesso, al cliente non resterebbe che «il solo potere di contestare il ricorrere dell'ipotesi negozialmente prevista per l'esercizio del diritto potestativo della modifica delle condizioni», avendo inoltre diritto all'applicazione delle precedenti condizioni «al venir meno del presupposto per la variazione».

⁸⁷ CENTINI A., *Il procedimento di modifica ...*, cit., p. 1038; DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 8.

⁸⁸ Cfr. CENTINI A., *Il procedimento di modifica ...*, cit., p. 1039.; SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p. 212. Non sembra tener conto di questo aspetto TAVORMINA V., *op. cit.*, p. 16, il quale ritiene che le variazioni dei tassi d'interesse previste dal comma 2-*bis* «potrebbero sfuggire alle modalità di esercizio ed al potere di recesso [...] in ragione della collocazione di detto comma successiva ai primi due, che non vengono affatto richiamati».

⁸⁹ MORERA U. e OLIVIERI G., *La variazione dei tassi ...*, cit., p. 163.

dirsi realmente “concordata” tra le parti, sì da escluderne l’assoggettamento alla disciplina dettata a tutela del cliente dall’art. 118, 2° comma, t.u.b., risultando piuttosto anch’essa qualificabile come unilaterale⁹⁰, frutto di un diritto potestativo convenzionalmente riconosciuto dalle parti in capo all’istituto di credito.

3.2.6. Modalità di esercizio del *ius variandi*.

Venendo ad analizzare le modalità di esercizio del *ius variandi*, il primo dato positivo che viene in rilievo è l’art. 118, 2° comma, t.u.b., così come modificato dal d.lgs. n. 141/2010, il quale stabilisce, in via generale, l’obbligo per la banca di comunicare personalmente al cliente la modifica apportata alle condizioni contrattuali.

Con riferimento alle modalità di comunicazione delle variazioni inerenti ai rapporti al portatore, il legislatore ha fatto nuovamente rinvio alle deliberazioni del CICR.

In forza di tale rinvio, con Decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze, n. 117 del 3 febbraio 2011, si è stabilito che le modifiche unilaterale inerenti a tali tipi di rapporti devono essere «comunicate alla clientela con strumenti di comunicazione impersonale facilmente accessibili presso le dipendenze dell’intermediario e sul sito internet di questo, ove esistente».

Una simile disciplina si giustifica nei rapporti al portatore in quanto il titolare del rapporto è sconosciuto alla banca, sicché non sarebbe possibile indirizzargli una comunicazione personalizzata⁹¹.

Rispetto a tutti gli altri rapporti, invece, la comunicazione deve recare in modo evidenziato la formula “Proposta di modifica unilaterale del contratto” e deve essere inviata al cliente in forma scritta, su un supporto cartaceo o altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente⁹².

Il costo di tale comunicazione grava sull’istituto di credito, «indipendentemente dagli strumenti di comunicazione impiegati», *ex art. 127-bis*, 1° comma, t.u.b.

⁹⁰ Una modifica è qualificabile come unilaterale «ogni qual volta il contratto riconosca ad una delle parti [...] un margine, anche minimo, di discrezionalità nella *definizione* di un regola negoziale diversa da quella originariamente pattuita», così MORERA U. e OLIVIERI G., *op. ult. cit.*, p. 162.

⁹¹ SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p. 214.

⁹² In letteratura, al fine di individuare le caratteristiche del «supporto durevole» utilizzabile dalla banca in sostituzione della comunicazione cartacea, viene richiamata la definizione contenuta nell’art. 67-ter, lett. f), cod. cons., il quale fa riferimento a qualsiasi strumento che consenta al cliente «di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse, e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate», SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1726.

La necessità della comunicazione si lega alla natura recettizia dell'atto di esercizio del *ius variandi*⁹³, risultando funzionale a portare a conoscenza del cliente le modifiche che la banca intende praticare all'originario assetto contrattuale.

Inoltre, proprio al fine di consentire al cliente di poter godere di un congruo lasso di tempo, entro cui valutare la portata delle variazioni e valutarne la convenienza, eventualmente sondando altre offerte presenti sul mercato per il medesimo servizio, la legge esclude che le modifiche possano produrre i propri effetti non appena portate a conoscenza del cliente, stabilendo un termine di preavviso di due mesi⁹⁴, il quale decorre dalla ricezione della comunicazione (*ex artt. 1334 e 1335 c.c.*), entro cui il cliente può recedere, senza spese, dal contratto evitando così di subire gli effetti della *variatio*⁹⁵.

Ai fini dell'efficacia della modifica, quindi, il meccanismo legislativo presuppone necessariamente la ricezione della comunicazione da parte del cliente, il cui onere probatorio grava sulla banca⁹⁶, la quale dovrebbe quantomeno dimostrare «l'effettivo e rituale invio della proposta di modifica unilaterale del contratto al domicilio indicato dal cliente»⁹⁷.

Naturalmente la prova del corretto invio della comunicazione «non dà luogo ad una presunzione *iuris et de iure* di avvenuto ricevimento dell'atto, essendo sempre possibile la specifica confutazione della circostanza e la prova contraria»⁹⁸, sicché la produzione del cedolino di avvenuta ricezione della raccomandata appare, in ogni caso, «il migliore mezzo per dare sicurezza *ex ante* all'azione di esercizio del *ius*»⁹⁹.

In linea con l'orientamento formatosi a seguito della riforma del 2006¹⁰⁰, suffragato anche dalla citata Comunicazione del Ministero dello Sviluppo economico, la quale ha chiarito che «il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della

⁹³ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 34.

⁹⁴ Cfr. MIRONE A., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 659, il quale evidenzia come «la novella del d.lgs. 141/2010 abbia semplificato la disciplina, in senso fortemente protezionistico verso la clientela».

⁹⁵ Cfr. SANGIOVANNI V., *op. loc. ult. cit.*

⁹⁶ Vedi *ex multis* ABF, Collegio di Milano, decisione n. 443 del 27 maggio 2010; ABF, Collegio di Roma, decisioni n.1262 del 10 novembre 2010 e n. 487 dell'11 marzo 2011; ABF, Collegio di Milano, decisioni n. 2316 del 27 ottobre 2011 e n. 1586 del 16 maggio 2012, in www.arbitratobancariofinanziario.it.

⁹⁷ ABF, Collegio di Roma, decisione n. 896 del 6 settembre 2010, in www.arbitratobancariofinanziario.it. Cfr. CENTINI A., *Lo ius variandi ...*, cit., p. 203 e ss., il quale nota come dalla lettura delle singole decisioni dell'ABF emergano «diverse valutazioni in ordine al concreto assolvimento dell'onere probatorio da parte del mittente», in alcune assumendo rilevanza il solo invio connesso alla presunzione di normale ricezione e in altre dandosi rilevanza alla specifica prova della ricezione della comunicazione.

⁹⁸ CASS. CIV., 20 giugno 2011, n. 13488, in www.altalex.com.

⁹⁹ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 35; cfr. anche CENTINI A., *op. ult. cit.*, p. 204, il quale, rilevando «la concreta e decisiva rilevanza che assumono le modalità di invio» della comunicazione, sottolinea come «l'intermediario che si avvale di metodologie non idonee a comprovare l'invio e/o la ricezione si espone, sol per questa ragione, al rischio di vedersi dichiarare illegittime le modifiche applicate».

¹⁰⁰ Vedi per tutti SANTONI G., *op. cit.*, p. 257.

modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base», in letteratura – così come nelle decisioni dell'ABF¹⁰¹ - viene predicata a carico della banca la sussistenza di «un vero e proprio onere di allegazione» del motivo posto a fondamento della modifica¹⁰², il quale deve essere indicato in maniera puntuale e circostanziata nella comunicazione inviata al cliente¹⁰³, a pena di inefficacia della variazione stessa, *ex art. 118, 3° comma, t.u.b.*¹⁰⁴

Tale posizione è stata recentemente fatta propria anche dalla giurisprudenza di merito, la quale – rilevando come il requisito del «giustificato motivo» costituisca una condizione legittimante l'esercizio del *ius variandi* – ha ritenuto che lo stesso debba essere esplicitato nella comunicazione dell'istituto di credito, dovendosi tener conto ai fini della valutazione della legittimità della modifica solo del motivo ivi indicato, senza che possano assumere rilievo in sede di giudizio nuove e diverse giustificazioni¹⁰⁵.

Si deve notare, a questo punto, come l'esistenza di un «giustificato motivo» e il rispetto delle prescrizioni legali, concernenti la modalità e la tempistica della comunicazione al cliente dell'intenzione di avvalersi del potere di modifica unilaterale, non autorizzino comunque un esercizio del tutto libero del *ius variandi*, dovendo questo essere comunque improntato al rispetto del canone generale della buona fede (*ex art. 1375 c.c.*), pena l'inefficacia della modifica¹⁰⁶.

¹⁰¹ Cfr. *ex multis* ABF, Collegio di Milano, decisione n. 334 del 10 maggio 2010, in www.arbitratobancariofinanziario.it.

¹⁰² DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 37; Cfr. anche PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina ...*, cit., p.196; SANGIOVANNI V., *op. loc. ultt. citt.*; TAVORMINA V., *op. loc. ult. cit.*

¹⁰³ Cfr. DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 45 e ss., l'A., criticando la prassi delle banche italiane di impiegare nelle comunicazioni alla clientela motivazioni del tutto generiche e rilevando come la struttura della clausola del «giustificato motivo» si incentri «su un giudizio di congruità tra un fatto legittimante e la modifica concretamente apportata al contratto in essere», ritiene che l'atto effettivo di esercizio del *ius variandi* debba fondarsi su di un fatto legittimante la modifica debitamente circostanziato. Cfr. anche FERRO-LUZZI F., *Il "giustificato motivo" nello jus variandi ...*, cit., p. 733, il quale rileva come il giustificato motivo non possa essere «generico» e la comunicazione inviata al cliente debba consentire al cliente di «valutare la congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa (non bastando, allora ad esempio, l'indicazione generica di variazioni dei tassi di interesse di primaria importanza per il mercato ma necessitando l'indicazione della tipologia del tasso nonché la percentuale intervenuta di modifica)».

Numerose decisioni dell'ABF censurano la pratica delle banche di indicare in maniera estremamente generica e sintetica le ragioni poste a fondamento dell'esercizio del *ius variandi*, vedi per tutte ABF, Collegio di Milano, decisione n. 2419 del 9 novembre 2011, ove viene giudicato inefficace il richiamo agli «effetti prodotti dall'attuale crisi economica» quale «giustificato motivo» essendo inidoneo a consentire al cliente, «neppure con un certo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base».

¹⁰⁴ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 106; OLIVIERI G., *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁵ TRIB. RIMINI, ord. 22 agosto 2011, cit.

¹⁰⁶ Cfr. sull'argomento PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi ...*, cit., p. 134 e ss.

Un primo limite all'esercizio di tale potere può, senz'altro, individuarsi nella funzione propria dell'istituto, la quale risponde all'esigenza di consentire alla banca di adeguare il contratto all'eventuale verificarsi di una sopravvenienza che ne possa alterare l'originario equilibrio contrattuale.

Dovendosi esercitare il *ius variandi* in modo coerente alla sua funzione, la modifica dovrebbe essere volta unicamente a neutralizzare gli effetti negativi derivanti dalla sopravvenienza, sicché la banca non potrebbe apportare al rapporto in corso di svolgimento modifiche tali da renderne le condizioni contrattuali peggiori rispetto a quelle, pubblicizzate *ex art. 116 t.u.b.*, alle quali si sarebbe concluso il contratto se la situazione originaria fosse stata quella poi sopravvenuta¹⁰⁷.

Altro limite deriva, invece, dallo stesso requisito del «giustificato motivo» dovendo la modifica risultare congrua rispetto allo specifico motivo addotto a fondamento dell'esercizio del *ius variandi*.

Assumendo, ad esempio, a fondamento della *variatio* un aumento del tasso di sconto da parte della Banca centrale europea (BCE), il singolo istituto di credito non potrà sfruttare tale circostanza per innalzare oltre misura i tassi attivi praticati ai propri clienti, dovendo mantenere tale aumento entro la misura della variazione subita dal tasso di riferimento, pertanto «se il tasso di sconto subisce un aumento pari allo 0,5%, la banca non potrà effettuare aumenti in misura superiore a questo punto percentuale»¹⁰⁸.

Proprio per tale ragione, assume peculiare rilevanza l'onere di allegazione del «giustificato motivo», cui si è fatto prima riferimento, risultando l'individuazione della motivazione, che ha indotto l'intermediario a ricorrere al *ius variandi*, funzionale a consentire la verifica del corretto esercizio di tale potere, sia per quanto concerne l'*an*, che per quanto riguarda il *quantum* della variazione¹⁰⁹.

3.2.7. Il recesso del cliente.

L'ultima parte del secondo comma dell'art. 118 t.u.b. stabilisce che «la modifica si

¹⁰⁷ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 104 e ss.; Cfr. anche ABF, Collegio di Milano, decisione n. 1099/2011, cit., il quale, nel respingere un ricorso ove veniva contestata la congruità delle variazioni rispetto alle mutate condizioni economiche del cliente, ha affermato come «la variazione del tasso di interesse decisa dal resistente sarebbe stata eccessiva se questo avesse introdotto un tasso maggiore di quello previsto dagli stessi tipi di contratti che il resistente aveva concluso con clienti che versavano nelle difficili condizioni patrimoniali in cui era venuta a trovarsi la resistente».

¹⁰⁸ PICCININI V., *op. cit.*, p. 326.

¹⁰⁹ Cfr. NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, p. 471; PICCININI V., *op. cit.*, p. 325; SARTORI F., *op. cit.*, p. 144.

intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate».

Viene in tal modo introdotta dal legislatore una forma di recesso legale, il quale trova come unico presupposto l'esercizio del *ius variandi* ad opera della banca, non essendo richiesto al cliente di giustificare la propria scelta di sciogliersi dal contratto.

Quest'ultimo potrà utilmente recedere dal contratto entro la data di applicazione della modifica, comunicatagli nel rispetto del termine di preavviso pari a due mesi, senza dover far fronte ad eventuali spese connesse con la chiusura del rapporto e senza che l'istituto di credito possa addebitargli eventuali penali, essendo il recesso provocato da una scelta della banca e, quindi, in un certo senso imposto dalla stessa¹¹⁰.

Tuttavia si deve notare, come sebbene tale conclusione sia senz'altro praticabile per i rapporti a tempo indeterminato, *ex art. 120-bis t.u.b.*, il quale sancisce che «il cliente ha diritto di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese», la stessa risulta, invece, tutt'altro che pacifica rispetto ai contratti a tempo determinato per i quali il recesso conseguente alla modifica unilaterale resta unicamente «senza spese», potendosi quindi ritenere che anche in tal caso la banca sia autorizzata a richiedere il pagamento di una *c.d.* penale per l'estinzione anticipata del rapporto, la quale appunto non sarebbe riconducibile nell'ambito delle «spese»¹¹¹.

In realtà, deve escludersi una simile conclusione in quanto l'eventuale pattuizione che colleghi all'esercizio del recesso il pagamento di una somma di denaro, integrando una vera e propria multa penitenziale a carico del cliente, potrebbe essere considerata nulla per difetto di causa¹¹², essendo il diritto di recesso attribuito *ex lege* e risultando, *ex art. 127 t.u.b.*, la sua disciplina non derogabile dalle parti se non in senso favorevole al cliente.

Passando ad analizzare la funzione del recesso, può notarsi come esso si configuri come un «contrappeso normativo» al diritto potestativo riconosciuto alla banca di modificare il divisato assetto contrattuale¹¹³, consentendo al cliente di sciogliersi da un rapporto che in ragione della *variatio* non risponderebbe più alle sue originarie

¹¹⁰ Cfr. DE POLI M., *Sub art. 118*, in *Commentario breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 1428 e ss.; SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p. 215.

¹¹¹ Cfr. DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 52-53.

¹¹² Cfr. MUCCIARONE G. e SCIARRONE ALIBRANDI A., *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d.lgs. n. 141/2010: questioni di coordinamento*, in *BBTC*, I, 2012, p. 44.

¹¹³ Cfr. MIRONE A., *Le "fonti private" ...*, cit., p.302, n. 117; ID., *La nuova disciplina ...*, cit., p.659, n. 20.

aspettative¹¹⁴.

In linea teorica, in un mercato del credito che «abbia raggiunto un accettabile grado di competitività», la possibilità che il cliente si sciolga dal contratto portando la propria posizione creditoria presso un altro istituto di credito maggiormente competitivo potrebbe, effettivamente, fungere da limite esterno all'esercizio del *ius variandi*, inducendo l'istituto di credito a limitare quanto più possibile il ricorso a modifiche sfavorevoli per la clientela, così da non esporsi al rischio di perdere i propri clienti a favore di altre imprese concorrenti¹¹⁵.

Tuttavia, in dottrina viene evidenziato come nel contesto complessivo della disciplina del *ius variandi* la facoltà del cliente di recedere dal contratto assuma un ruolo del tutto secondario¹¹⁶, presentandosi come una contropartita di ben poca cosa rispetto al potere della banca di modificare le condizioni contrattuali originariamente pattuite¹¹⁷.

Con particolare riferimento ai contratti di finanziamento, la strada del recesso non appare concretamente percorribile per quel cliente che non sia in grado di far fronte all'immediata restituzione del debito residuo¹¹⁸, mentre per le restanti tipologie contrattuali l'esercizio della facoltà di recedere dal contratto risulta scoraggiata dall'inesistenza sul mercato bancario di «alternative contrattuali senza *ius variandi*», il che porta il cliente a subire la modifica anziché affrontare un trasferimento del proprio rapporto contrattuale presso un altro istituto per poi trovarsi nuovamente, di lì a poco, in una situazione simile a quella di partenza¹¹⁹.

In ragione di tali considerazioni assumono, dunque, maggiore rilievo il requisito del «giustificato motivo», vero e proprio fulcro della disciplina del *ius variandi*, e il canone generale della buona fede, attraverso i quali viene reso possibile un sindacato di merito sull'operato della banca, consentendosi al cliente di non fare ricorso al diritto di recesso, ma di far valere l'inefficacia della modifica, ex art. 118, 3° comma, t.u.b., ottenendo così la prosecuzione del rapporto alle condizioni precedentemente praticate¹²⁰.

¹¹⁴ SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1728.

¹¹⁵ NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore ...*, cit., p. 472.

¹¹⁶ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁷ SILVETTI C., *I contratti bancari ...*, cit., p. 439.

¹¹⁸ Cfr. VIALE M., *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giur. comm.*, I, 1992, p. 787; SILVETTI C., *op. loc. ult. cit.*; SCARPELLO A., *Il "nuovo" jus variandi ...*, cit., p. 597; DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 52, il quale nota come «per certi contratti la facoltà di recesso appare strumento propriamente inadatto a fungere da correttivo del *ius*».

¹¹⁹ DOLMETTA A. A., *op. cit.*, p. 51 e ss.

¹²⁰ Cfr. SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1729.

3.2.8. *Le variazioni dei tassi conseguenti a decisioni di politica monetaria.*

L'ultimo comma dell'art. 118 t.u.b., introdotto dal d. l. sulla competitività (n. 223/2006) e modificato dalla l. n. 244/2007 (*c.d. legge finanziaria 2008*), stabilisce la regola per cui «le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente».

In ragione della sua formulazione la norma pone diversi quesiti interpretativi, rispetto ai quali è pure intervenuto il Ministero dello Sviluppo economico, con la più volte menzionata comunicazione del 2007, chiarendo innanzitutto come la disposizione in esame sia «volta a dettare una disciplina speciale per le variazioni dei tassi connesse a un'ipotesi tipizzata di giustificato motivo, identificata nelle decisioni di politica monetaria»¹²¹.

Coerentemente alla disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b., prima di ogni altra cosa, deve osservarsi che:

da un lato, la disposizione in esame trova applicazione unicamente con riferimento a quelle variazioni *ex uno latere* dei tassi d'interesse adottate dalla banca, nell'ambito della propria discrezionalità, «in conseguenza o in previsione di decisioni di politica monetaria», mentre non trova applicazione rispetto a quelle ipotesi in cui la modifica avvenga automaticamente, essendo il tasso collegato ad un parametro o indice direttamente influenzato da tale tipo di decisioni¹²²;

dall'altro lato resta, in ogni caso, preclusa all'istituto di credito la possibilità di poter operare la modifica laddove nel contratto non sia stata prevista un'apposita clausola attributiva del *ius variandi*, specificamente approvata dal cliente, *ex art. 118, 1° comma, t.u.b.*¹²³; così come ai fini dell'efficacia della modifica dovranno essere osservate, oltre alle prescrizioni contenute nel comma in esame, anche quelle contenute nel secondo comma dello stesso articolo.

Sempre in via preliminare occorre, poi, precisare che cosa si intenda per «decisioni di politica monetaria».

¹²¹ Nota n. 5574 del 21 febbraio 2007, cit.; Cfr. MORERA U., *Le variazioni dei tassi d'interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria (art. 118, 4° comma, t. u. bancario)*, in *Foro it.*, 2007, c.252 e ss.; ID., *sub art. 118*, cit., p. 991 e ss., l'A. è critico nei confronti dei chiarimenti forniti dal Ministero ritenendo gli stessi «poco idonei» a facilitare la lettura della norma «quando non addirittura forieri di ulteriori incertezze».

¹²² MORERA U., *Sub art. 118*, cit., p. 992.

¹²³ Cfr. MORERA U., *op. ult. cit.*, p. 991; SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1734.

A tal proposito in letteratura appare pacifico riferire tale concetto alle decisioni assunte dalla BCE con riferimento alla fissazione dei *c.d.* tassi di riferimento (ossia quelli di rifinanziamento sulle operazioni principali, di deposito *overnight* e di finanziamento sulle operazioni marginali), la cui variazione influenza innanzitutto i tassi interbancari e di riflesso i tassi praticati alla clientela dai singoli istituti di credito¹²⁴.

La norma, dunque, consente alle singole imprese bancarie di adeguare i propri contratti a decisioni di politica monetaria già adottate ovvero che saranno verosimilmente adottate di lì a poco dalla Banca centrale, elevando quest'ultime a «giustificato motivo tipico»¹²⁵ per l'esercizio del *ius variandi*.

Attraverso tale previsione, l'intermediario è quindi posto nella condizione non solo di poter reagire ad una decisione di politica monetaria, ma anche di anticiparla prevenendone gli effetti¹²⁶.

Una simile possibilità, tuttavia, porta con sé il rischio che la banca modifichi i tassi d'interesse sulla base della previsione di un probabile aumento dei *c.d.* tassi di riferimento, che successivamente si riveli errata nell'*an* ovvero nel *quantum*. Si pone, allora, il problema di capire quale potrebbe essere il destino di tali modifiche una volta che la decisione di politica monetaria non sia più adottata ovvero sia assunta con un contenuto diverso da quello atteso e sul quale è stata parametrata la modifica dei tassi d'interesse.

Appare evidente che la banca non possa sfruttare una simile circostanza ottenendo un vantaggio in concreto ingiustificato¹²⁷, sicché dovrebbe ritenersi che questa sia tenuta, in

¹²⁴ Cfr. SIRENA P., *Il ius variandi ...*, cit., p. 282; MORERA U., *Le variazioni dei tassi ...*, cit., c. 253; ID., *sub art. 118*, cit., p. 993; DE POLI M., *sub art. 118*, in *Commentario Breve De Cristofaro-Zaccaria*, cit., p. 1429; SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1733. Non è affatto chiaro, tuttavia, se accanto a tali decisioni possano assumere rilevanza anche quelle adottate da altre banche centrali non appartenenti al Sistema europeo (SEBC), come ad esempio la *Federal Reserve*, la *Bank of Japan*, ecc., le cui decisioni sono comunque in grado di influire sul valore di divise diverse dall'euro. La questione risulta dibattuta in dottrina fra quanti reputano che le decisioni assunte da Banche centrali non facenti parte del SEBC non possano «considerarsi rilevanti ai fini della politica monetaria adottata nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano» (SIRENA P., *op. loc. ult. cit.*) e quanti, invece, reputano possibile attribuirvi tale rilevanza, rappresentando le decisioni della BCE un «giustificato motivo» di modifica del tasso dei soli rapporti che abbiano ad oggetto valuta europea (MORERA U., *opp. loc. ult. cit.*). Cfr. anche DE POLI M., *op. loc. ult. cit.*, l'A., rilevando come anche le determinazioni delle Banche centrali non appartenenti al sistema europeo costituiscano decisioni di politica monetaria, sottolinea come le stesse siano «almeno in genere, ininfluenti, sulla fissazione del costo del denaro operata dalle banche operanti in Italia», salvo poi porsi il dubbio circa una loro possibile influenza «sulla raccolta di provvista monetaria fatta dalle banche straniere operanti in Italia».

¹²⁵ SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 278.

¹²⁶ SANGIOVANNI V., *op. loc. ult. cit.*

¹²⁷ Cfr. SANGIOVANNI V., *op. loc. ult. cit.*, il quale nota come «una soluzione diversa aprirebbe ampie possibilità di abusi in capo alle banche, le quali – paventando imminenti aumenti dei tassi d'interesse da parte delle autorità monetarie – avrebbero gioco facile nell'alterare le condizioni contrattuali applicate alla clientela».

virtù del canone generale della buona fede, a revocare la modifica con effetto *ex tunc* allorquando la decisione di politica monetaria non sia stata più adottata, ovvero ad allineare la modifica posta in essere all'effettivo contenuto della decisione che sia stata in definitiva assunta dalla Banca centrale¹²⁸.

Parte della dottrina, con riferimento a tale specifica questione, si è orientata nel senso di ritenere che, in tali casi, la variazione operata *ex ante* dalla banca possa ritenersi priva di «giustificato motivo» e come tale inefficace, *ex art. 118, 3° comma, t.u.b.*¹²⁹

In ogni caso, una volta che la banca si sia determinata nel senso di apportare la modifica, questa risulterà vincolata a variare «contestualmente», ossia nello stesso momento¹³⁰, sia i tassi debitori (cioè quelli applicati sulle somme date a finanziamento) sia i tassi creditori (cioè quelli riconosciuti sulle somme depositate presso l'istituto di credito)¹³¹.

Resta, a questo punto, da verificare se l'obbligo imposto alla banca si riferisca soltanto al singolo rapporto interessato dalla modifica, ovvero a tutti i contratti conclusi con un medesimo cliente; oppure riguardi diversamente tutti i rapporti intrattenuti con la clientela che siano riconducibili alla medesima tipologia contrattuale di quello fatto oggetto di modifica da parte dell'intermediario.

In letteratura la risposta a tale quesito viene individuata sul piano sistematico in senso diametralmente opposto a quanto affermato, in maniera apodittica, dal Ministero dello Sviluppo economico nella nota di chiarimento del 2007, secondo il quale la modifica contestuale dovrebbe «operare nei confronti dell'insieme dei tassi attivi e passivi relativi a medesime tipologie di contratti (per es. lo stesso tipo di conto corrente) utilizzati da più clienti, ovvero praticati all'interno di un rapporto contrattuale o di più rapporti contrattuali intrattenuti con lo stesso cliente (es. conto corrente e apertura di credito)»¹³².

Infatti, osservando come «elemento centrale di tutto l'art. 118 [sia] indiscutibilmente il (singolo) “contratto”, non già il (singolo) “cliente”, né tantomeno la “clientela” (cioè tutti

¹²⁸ Un comportamento senz'altro rispettoso del canone della buona fede, qualora la banca si determini nel senso di operare in via preventiva una modifica dei tassi d'interesse, potrebbe essere quello di subordinare l'efficacia della variazione, così come comunicata al cliente, all'effettiva adozione della decisione di politica monetaria da parte della Banca centrale europea.

¹²⁹ Così SPENA A., *Sub art. 118*, in PORZIO M., BELLÌ F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 48; seguito da SANGIOVANNI V., *op. loc. ultt. citt.*

¹³⁰ MORERA U., *Le variazioni dei tassi ...*, cit., c. 254; ID., *sub art. 118*, cit., p. 993;

¹³¹ Cfr. SANGIOVANNI V., *op. loc. ultt. citt.*;

¹³² Nota n. 5574 del 21 febbraio 2007, cit.

indistintamente i clienti)»¹³³, la dottrina ritiene, condivisibilmente, che l'obbligo dell'istituto di credito di apportare la variazione contestualmente ai tassi debitori e creditori debba considerarsi limitato al singolo contratto fatto oggetto di modifica¹³⁴.

Lungi dall'introdurre un obbligo di natura generale di modificare tutti i rapporti conclusi con un medesimo cliente, ovvero tutti i rapporti riconducibili alla medesima tipologia contrattuale¹³⁵, il legislatore avrebbe inteso garantire il cliente rispetto alla possibilità che la banca approfitti del mutamento del costo del denaro, derivante dall'adozione di una decisione di politica monetaria da parte della BCE, aumentando solo il tasso debitore e lasciando invariato quello creditore¹³⁶, alterando così a proprio favore l'originario equilibrio sinallagmatico voluto dalle parti, in contrasto con la *ratio* stessa dell'istituto del *ius variandi*¹³⁷.

Potendo un simile approfittamento avere luogo solo ove il contratto preveda sia tassi attivi che tassi passivi, la regola della contestualità della variazione finirebbe, quindi, per trovare applicazione unicamente con riferimento al contratto di conto corrente bancario¹³⁸.

Così circoscritta la sfera di operatività dell'art. 118, 4° comma, t.u.b., l'attenzione dell'interprete si sposta sull'ulteriore precisazione per cui la variazione dei tassi deve avvenire «con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente».

L'opinione prevalente¹³⁹ in letteratura ritiene che tale requisito sia rispettato allorquando la variazione dei tassi creditori e debitori avvenga «in misura assoluta, ossia per gli stessi punti percentuali che corrispondono alla modificazione unilaterale decisa dalla banca»¹⁴⁰, sicché ad esempio un aumento del tasso attivo dal 3% al 5%

¹³³ MORERA U., *op. loc. ultt. citt.*; cfr. anche.; SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1733.

¹³⁴ Cfr. SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 283 e ss.; MORERA U., *op. loc. ultt. citt.*; MIRONE A., *op. cit.*, p. 309; ID. *La nuova disciplina ...*, cit., p.664; SANTANGELO A., *op. loc. ult. cit.*

¹³⁵ Cfr. MIRONE A., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 664, l'A. nota come interpretare il riferimento normativo alla contestualità delle variazioni «nel senso di un obbligo per la banca di applicare necessariamente la modifica simultaneamente a tutti i rapporti bancari in essere [...] irrigidirebbe in modo inaccettabile l'esercizio dell'attività bancaria».

¹³⁶ MORERA U., *Le variazioni dei tassi ...*, cit., c. 254 e ss.; ID., *sub art. 118*, cit., p. 994 e ss..

¹³⁷ Cfr. SIRENA P., *op. loc. ultt. citt.*

¹³⁸ SIRENA P., *op. loc. ultt. citt.*; MIRONE A., *op. loc. ultt. citt.*

¹³⁹ Cfr. SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 282 e ss, il quale ritiene che il requisito della contestualità della variazione, non debba essere inteso solo in senso temporale, ma si riferisca «anche al profilo quantitativo»; MORERA U., *Le variazioni dei tassi ...*, cit., c. 256.; ID., *sub art. 118*, cit., p. 996; SANTANGELO A., *op. cit.*, p. 1734, l'A. afferma come «in chiave interpretativa l'obbligo di non recare pregiudizio al cliente [possa] essere inteso con la necessità, duplice, di dare corso alle decisioni di politica monetaria sia in maniera proporzionale rispetto alla variazione apportata dalla BCE [...] sia in modo simmetrico tra tassi attivi e tassi passivi». Parla, invece, di «parità di trattamento fra i tassi debitori e quelli creditori», SANGIOVANNI V., *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁰ SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 283.

implicherebbe un aumento del tasso passivo dall'1% al 3%.

Altra dottrina¹⁴¹, sulla base della sostituzione da parte della legge di conversione (n. 248/2006) dell'originaria previsione contenuta nel d.l. sulla competitività (n. 223/2006), la quale richiedeva che la variazione dovesse avvenire «nella stessa misura» per i tassi attivi e passivi, ha invece ipotizzato la legittimità di un'applicazione “proporzionale” della variazione dei tassi.

Secondo tale lettura, quindi, la banca manterrebbe un margine di libertà nella determinazione dell'entità della modifica, incontrando il solo limite di rispettare il rapporto esistente fra i tassi attivi e quelli passivi, non potendo quest'ultimo essere alterato a svantaggio del cliente¹⁴².

In altri termini, nel caso in cui i tassi attivi e passivi siano rispettivamente fissati nella misura del 3% e 1,5%, e la banca aumenti il tasso attivo al 6%, in ragione dell'adozione da parte della BCE di una decisione di politica monetaria che determini un innalzamento dei tassi, la stessa dovrebbe incrementare il tasso passivo per lo meno al 3%, rispettando così il rapporto di due a uno esistente tra i tassi originariamente praticati.

3.3. La modifica unilaterale nei contratti-quadro aventi ad oggetto la prestazione di servizi di pagamento, ex art. 126-sexies t.u.b.

Come si è già avuto modo di accennare, il d.lgs. n. 11 del 2010, nel recepire la direttiva 2007/64/CE (*Payment Services Directive*, di seguito anche PSD), ha introdotto all'interno del Titolo VI del Testo unico bancario un nuovo Capo II-*bis* interamente dedicato ai servizi di pagamento, nell'ambito del quale è stata inserita un'ulteriore e specifica normativa per la modifica del contratto quadro avente ad oggetto questa tipologia di servizi.

La disciplina dettata dall'art. 126-*sexies* t.u.b., rubricato “Modifica unilaterale delle condizioni”, a differenza di quella dettata dall'art. 118 t.u.b. per i contratti in generale, può essere convenzionalmente derogata (in tutto o in parte) dalle parti qualora il cliente non sia un consumatore o una micro-impresa (*ex art. 126-bis*, 3° comma, t.u.b.).

Ai sensi del primo comma dell'articolo in esame, il prestatore dei servizi di pagamento può proporre la modifica delle condizioni del contratto quadro e delle informazioni che, in sede precontrattuale, questi è tenuto a fornire all'utilizzatore, *ex art. 126-quater*, 1°

¹⁴¹ MIRONE A., *Le “fonti private” ...*, cit., p. 309; ID., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 664 e ss..

¹⁴² MIRONE A., *op. loc. ultt. citt.*

comma, lett. a), t.u.b. «secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia, con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista»¹⁴³.

Come evidenziato in dottrina, dalla precisazione contenuta nella prima parte del secondo comma dello stesso articolo, per cui «il contratto quadro può prevedere che la modifica delle condizioni contrattuali si ritiene accettata dall'utilizzatore a meno che questi non comunichi al prestatore dei servizi di pagamento, prima della data prevista per l'applicazione della modifica, che non intende accettarla», si desume che, nel caso in cui il contratto non preveda espressamente tale possibilità, la modifica possa trovare applicazione solo previa accettazione espressa da parte dell'utilizzatore¹⁴⁴.

Stando così le cose, non sembra possibile discorrere con riferimento al primo comma dell'art. 126-*sexies* t.u.b. di un'ipotesi di modifica unilaterale, né tantomeno sembrerebbe possibile parlare di *ius variandi*, indicandosi con tale sintagma il potere di uno dei contraenti (nel nostro caso la banca ovvero l'intermediario) di incidere *ex uno latere* sulla sfera giuridica della controparte contrattuale, senza che sia necessaria alcuna attiva collaborazione da parte di quest'ultima.

In realtà, come è stato efficacemente rilevato in dottrina, tale comma non farebbe altro «che recepire il principio generale [per cui] i contratti possono essere sempre sciolti o modificati per mutuo consenso delle parti», con l'unica peculiarità che, quando sia l'intermediario ad assumere l'iniziativa per la modifica del contratto, la relativa proposta dovrà essere comunicata al cliente con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data prevista per l'applicazione della variazione¹⁴⁵.

Diversamente, nell'ipotesi disciplinata dal secondo comma non sarebbe necessaria una espressa manifestazione di adesione dell'utente, potendo questa essere sostituita dal silenzio dello stesso, purché tale possibilità sia stata esplicitamente prevista in una

¹⁴³ Le modifiche devono essere "proposte" espressamente al cliente e la comunicazione dell'intermediario deve essere effettuata per iscritto, su supporto cartaceo o altro supporto durevole concordato con il cliente, «secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula "Proposta di modifica del contratto"», BANCA D'ITALIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, in www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/disposizioni-vig/trasparenza_operazioni/disp_trasp_coord_imel.pdf.

¹⁴⁴ Cfr. SPENA A., *Sub art. 126-sexies*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1111; DE POLI M., *Sub art. 126-sexies*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, t. 3, III ed., Padova, Cedam, 2012, p. 1997; cfr. anche PAGLIANTINI S., *op. ult. cit.*, p.154 e ss., il quale ritiene che l'art. 126-*sexies*, 1° comma, t.u.b. preveda «una modificazione bilaterale, per di più formale, per così dire a pieno regime», dovendo avvenire in forma scritta, sia la proposta che l'accettazione, in virtù del richiamo all'art. 117, 1° comma, operato dall'art. 126-*quinquies* t.u.b.

¹⁴⁵ SPENA A., *op. loc. ult. cit.*

clausola del contratto quadro¹⁴⁶ e il prestatore del servizio nella comunicazione di cui al primo comma specifici «che in assenza di espresso rifiuto la proposta si intende accettata e che l'utilizzatore ha diritto di recedere senza spese prima della data prevista per l'applicazione della modifica».

Dal dato legislativo nazionale, così come da quello dell'art. 44, paragrafo 2, della PSD, non si evince con particolare chiarezza se si sia inteso attribuire al prestatore del servizio di pagamento un vero e proprio *ius variandi*, con corrispondente diritto di recesso in capo al cliente come unica via per sottrarsi alla modifica, ovvero si sia voluto riconoscere semplicemente la facoltà per l'intermediario di proporre una modifica peggiorativa delle condizioni contrattuali, la quale, sullo schema della proposta con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333, 2° comma, c.c.), sia destinata a produrre i propri effetti se non rifiutata dall'utilizzatore, potendo questi paralizzare la modifica anche senza recedere dal contratto e, quindi, senza pregiudicarne la prosecuzione.

Parte della dottrina¹⁴⁷ si è orientata nel senso di ritenere che il legislatore abbia voluto «disciplinare soltanto una procedura di accettazione tacita della modifica del contratto», sottolineando come la fattispecie regolata dall'art. 126-*sexies* t.u.b. si differenzi da quella contenuta nell'art. 118 t.u.b., sia per quanto concerne la formulazione testuale adottata dal legislatore, che per quanto riguarda la regolamentazione sostanziale: al di fuori della sua rubrica (la quale tra l'altro si discosta dall'art. 44 della direttiva 2007/64/CE) l'art. 126-*sexies* non qualifica come “unilaterale” la proposta di modifica, contrapponendo a questa l'accettazione o il rifiuto dell'utente «presupponendo quindi la condivisione tra le parti del nuovo regime normativo»; la stessa inoltre potrebbe essere posta in essere «ad

¹⁴⁶ La norma non richiede la specifica approvazione della clausola da parte dell'utilizzatore (SPENA A., *op. ult. cit.*, p. 1113; MIRONI A., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 655; DE POLI M., *op. ult. cit.*, p. 2000). Parte della dottrina (SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 71-72) ritenendo che tale clausola attribuisca al prestatore dei servizi di pagamento il potere di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali, ritiene che tale regola – prevista esplicitamente dall'art. 118 t.u.b. – sia «da ritenersi operante anche per tutti i contratti aventi ad oggetto servizi di pagamento», risultando requisito essenziale di ogni patto di *ius variandi* la sua specifica approvazione scritta, «e ciò per via di applicazione analogica [...] della regola dell'art. 1341, co. 2, c.c.», risultando la pattuizione del potere di modifica unilaterale senza dubbio più sbilanciata a favore del predisponente di quanto non lo sia la previsione pattizia che gli attribuisca la facoltà di recesso. Cfr. anche PAGLIANTINI S., *op. ult. cit.*, p. 146, il quale rilevando come il meccanismo previsto dall'art. 126-*sexies* t.u.b. non differisca da quello previsto dall'art. 118 t.u.b. (pur interpretando quest'ultimo come un meccanismo di proposta/accettazione tacita) ritiene che la clausola inserita nel contratto quadro non sia «meno vessatoria» di quella inserita in un qualsiasi altro contratto bancario. Data tale premessa, quindi, quantomeno al fine di evitare una disparità di trattamento sospetta di irragionevolezza sotto il profilo costituzionale, *ex art. 3 Cost.*, l'A. reputa plausibile il «ricorso ad una interpretazione adeguatrice che interpoli, nel corpo dell'art. 126 *sexies*, comma 2°, la sottoscrizione mancante».

¹⁴⁷ PROFETA V., *Sub art. 126-sexies T.u.b.*, in MANCINI M., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., SCIARRONE ALIBRANDI A. e TROIANO O. (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 554 e ss.

libitum» dal prestatore dei servizi di pagamento, «non essendo prevista la necessità di supportarla con un giustificato motivo»¹⁴⁸.

Sempre secondo tale ricostruzione, sarebbe poi possibile «attraverso la modifica del contratto anche un'espansione del contenuto dello stesso ossia l'introduzione di condizioni negoziali nuove in precedenza non contemplate nel contratto quadro»¹⁴⁹.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, tale orientamento esclude la possibilità che l'art. 126-*sexies*, 2° comma, t.u.b. possa essere interpretato analogamente all'art. 118 t.u.b., nel senso che la proposta dell'intermediario integri già una modifica del contratto la cui efficacia è sospesa sino alla scadenza del termine per l'eventuale esercizio del diritto di recesso, senza che il cliente possa metterla nel nulla mediante la manifestazione di un espresso rifiuto, in quanto ciò vorrebbe dire «aumentare significativamente lo squilibrio sinallagmatico – che forse la PSD mirava a contenere – in danno del cliente di servizi di pagamento»¹⁵⁰.

Ad ulteriore sostegno di tale interpretazione, inoltre, si evidenzia come, nell'ambito della disciplina dei servizi di pagamento, all'intermediario non sia riconosciuto il diritto di recesso nei contratti a tempo determinato. Ove, quindi, si ammettesse l'esistenza in capo a quest'ultimo di un vero e proprio *ius variandi ad nutum*, sciolto «da ogni vincolo motivazionale e rimess[o] sostanzialmente alla mera volontà del prestatore», a fronte del cui esercizio il cliente potrebbe evitare la modifica solo attraverso il recesso, gli si riconoscerebbe la facoltà «di eludere il termine di durata del contratto»¹⁵¹, sfruttando il potere di modifica unilaterale per spingere il cliente a recedere dal contratto, laddove l'intermediario non avrebbe altro modo per liberarsi dal vincolo¹⁵².

¹⁴⁸ PROFETA V., *op. cit.*, p. 557. Ritiene che attraverso «la previsione inserita nell'accordo quadro [sia] riconosciuto al prestatore un vero e proprio *jus variandi ad nutum*», SPENA A., *op. ult. cit.*, p. 1112; OLIVIERI G., *op. cit.*, p. 116. *Contra* SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 75, i quali ritengono che la regola della necessaria sussistenza di un giustificato motivo possa essere desunta dal sistema, il quale in linea generale non ammetterebbe che una parte si assoggetti «al mero arbitrio dell'altra» (vedi *supra* §1.2.3), sicché un giustificato motivo posto a fondamento dell'esercizio del *ius variandi* «dovrebbe essere necessario per la modifica unilaterale di tutti i contratti bancari».

¹⁴⁹ *Contra* DE POLI M., *Sub art. 126-sexies*, cit., p. 1997, il quale interpretando la norma come un'ipotesi di *ius variandi* limita la portata della stessa alle sole condizioni già incluse nel regolamento contrattuale: «un'interpretazione volta ad estendere, in materia di servizi di pagamento, la portata delle modifiche unilaterali oltre le clausole già presenti nel contratto quadro, fino ad ammetterne l'introduzione di nuove, aprirebbe un *vulnus* in punto di razionalità e di coerenza sistematica, in particolare alla luce dell'art. 33 della legge delega 7 luglio 2009, n. 88, il quale richiede l'adozione delle misure necessarie al fine di garantire una completa equiparazione fra i diversi regimi di *ius variandi* previsti dagli artt. 118 e 126-*sexies* t.u.b.».

¹⁵⁰ PROFETA V., *op. cit.*, p. 558.

¹⁵¹ PROFETA V., *op. loc. ult. cit.*

¹⁵² Mette in evidenza tale rischio anche Cfr. PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi* ..., cit., p. 161.

Così interpretata la portata dell'art. 126-*sexies*, 2° comma, t.u.b. appare quasi naturale pervenire – come la dottrina citata – alla conclusione di preferire una lettura che, in linea con il dettato letterale della norma, attribuisca al prestatore dei servizi di pagamento il solo diritto a proporre una modifica, la quale per divenire vincolante necessita in ogni caso dell'accettazione dell'utente, riconoscendo a quest'ultimo la facoltà di recedere dal contratto, senza però privarlo della facoltà di rifiutare la modifica e proseguire nel rapporto contrattuale così come originariamente concordato¹⁵³.

Tuttavia, le argomentazioni poste a fondamento di tale interpretazione non sembrano idonee ad escludere indiscutibilmente la possibilità di leggere il secondo comma dell'art. 126-*sexies* t.u.b. come attributivo, previa apposita pattuizione convenzionale, di un vero e proprio diritto potestativo di modifica in capo al prestatore del servizio di pagamento¹⁵⁴; del resto, non v'è dubbio che sebbene l'esercizio di tale diritto non sia espressamente subordinato dalla norma alla sussistenza di un giustificato motivo, lo stesso non potrebbe risultare arbitrario (arg. *ex art.* 1355 c.c.)¹⁵⁵ e sarebbe in ogni caso sindacabile alla luce del canone generale della buona fede (*ex art.* 1375 c.c.), risultando quindi inefficace quella modifica che sia stata eventualmente posta in essere in contrasto con tale principio.

Data tale premessa, appare plausibile ritenere che il prestatore del servizio di pagamento non potrebbe utilizzare il potere di modifica unilaterale come *escamotage* per liberarsi di eventuali contratti a tempo determinato, a lui non più graditi, spingendo il cliente a recedere dal contratto, in quanto quest'ultimo, a fronte di un irragionevole ed ingiustificato esercizio del *ius variandi*, potrebbe sempre chiedere l'annullamento della modifica in via giudiziale, conservando il diritto a proseguire nel contratto alle condizioni originariamente pattuite, sino alla sua naturale scadenza.

Nondimeno, in linea teorica, sulla base del canone della buona fede, *sub specie* di

¹⁵³ PROFETA V., *op. cit.*, p. 559 e ss.

¹⁵⁴ Nel senso che la disposizione preveda un'ipotesi di *ius variandi* SPENA A., *op. loc. ult. cit.*; SCIARRONE ALIBRANDI A., *Interventi normativi ...*, cit., p. 75; OLIVIERI G., *op. loc. ult. cit.*; MIRONE A., *op. ult. cit.*, p. 656. Cfr. anche DE POLI M., *op. ult. cit.*, p. 1999 e ss.: l'A. sottolinea la necessità di operare un coordinamento tra le due norme, rilevando come ove «si ritenesse di condividere la tesi che riconosce al prestatore un vero e proprio *ius variandi* [...] tale diritto potestativo godrebbe di una latitudine molto maggiore rispetto all'omologo *ius variandi* del prestatore degli altri servizi bancari e finanziari disciplinato dall'art. 118 T.U.B., determinando pericolosi problemi di coordinamento fra le due norme e, comunque, crepe evidenti della coerenza sistematica».

¹⁵⁵ Vedi *supra* § 1.2.3; Cfr. anche PAGLIANTINI S., *op. ult. cit.*, p. 161 e ss., il quale con riferimento alla derogabilità (*ex art.* 126-*bis*, 3° comma, t.u.b.) della disciplina dettata dall'art. 126-*sexies* t.u.b., quando controparte dell'intermediario non sia un soggetto qualificabile come consumatore o micro-impresa, rileva come «il combinato disposto degli artt. 1355 e 1334 c.c. [faccia] da sponda unicamente all'ammissibilità di un *ius variandi cum causa* (e provvisto di forme comunicative personalizzate): con annessa nullità, perciò, delle corrispondenti clausole derogatorie».

principio di trasparenza, potrebbe assumersi a carico del prestatore del servizio di pagamento un onere di allegazione della motivazione posta a fondamento dell'esercizio del *ius variandi*, analogo a quello previsto in via interpretativa dall'art. 118 t.u.b. con riferimento al «giustificato motivo»¹⁵⁶, sì da consentire al cliente di comprendere le ragioni che hanno indotto l'intermediario a proporre quelle specifiche modifiche e valutare così la possibilità di recedere dal contratto, ovvero opporsi alla modifica quando il comportamento tenuto dalla controparte appaia integrare un abuso.

Si può, inoltre, notare come anche il legislatore nazionale paia aver (scientemente) inteso la disciplina inserita nella disposizione in esame come regolante un'ipotesi di *ius variandi*. Tale intendimento oltre ad emergere dalla Relazione illustrativa del d.lgs. n. 11/2010 è testimoniato dal fatto che nel quinto comma dello stesso articolo è stata inserita una clausola di salvezza per le disposizioni del Codice del consumo che disciplinano il potere di modifica *ex uno latere* del professionista finanziario, segno quasi inconfutabile dell'identità della materia trattata¹⁵⁷.

Ancora, osservando il contenuto della comunicazione cui è tenuto il prestatore del servizio di pagamento, ai sensi della seconda parte dell'art. 126-*sexies*, 2° comma, t.u.b., se davvero fosse consentito al cliente rifiutare la variazione e pretendere la continuazione del rapporto alle condizioni originariamente convenute, risulterebbe privo di significato l'obbligo imposto all'intermediario di avvertire il cliente della possibilità di recedere dal contratto¹⁵⁸, considerando tra l'altro come questi possa esercitare tale diritto in ogni momento «senza penalità e senza spese di chiusura», *ex art. 126-septies* t.u.b.

Da tali considerazioni, dunque, si potrebbe desumere che in realtà all'utente non sia consentito rifiutare la modifica, potendo egli soltanto recedere dal contratto qualora non intenda accettarla, risultando di conseguenza riconosciuto all'intermediario un vero e proprio diritto potestativo di modifica delle condizioni contrattuali.

Naturalmente, tale conclusione potrebbe essere messa in crisi qualora nelle sedi europee la disciplina dettata dall'art. 44, paragrafo 2, della direttiva 2007/64/CE venisse interpretata nel senso di consentire al cliente di rifiutare le modifiche “proposte” dall'intermediario, senza essere costretto in ragione di tale rifiuto a recedere dal contratto.

¹⁵⁶ Vedi *supra* § 3.2.6.

¹⁵⁷ SCIARRONE ALIBRANDI A., *op. loc. ult. cit.*; ID e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 69, ove viene ulteriormente rilevato come «detta concezione si riflette poi nella rubrica dell'art. 126-*sexies* che reca “Modifica unilaterale delle condizioni”»: per quanto non in sé; ma in considerazione dell'uguale titolazione dell'art. 118 T.u.b.».

¹⁵⁸ SCIARRONE ALIBRANDI A., *op. loc. ult. cit.*; ID e MUCCIARONE G., *op. loc. ult. cit.*

3.3.1. *La speciale disciplina dei tassi d'interesse e di cambio.*

Con riferimento alla variazione dei tassi d'interesse e di cambio, il terzo comma dell'art. 126-*sexies* detta un'ulteriore disciplina diversa da quella contenuta nei due commi precedenti¹⁵⁹, stabilendo che tali modifiche «possono essere applicate con effetto immediato e senza preavviso».

Tuttavia la norma specifica come, nel caso in cui la variazione sia sfavorevole per il cliente, ciò sarebbe possibile solo se esplicitamente previsto nel contratto quadro e «la modifica sia la conseguenza della variazione dei tassi di interesse o di cambio di riferimento convenuti nel contratto».

In letteratura è stato rilevato come tale specificazione limiti l'ambito di applicazione della disposizione, riferendo l'ipotesi di immediata applicazione della modifica unicamente agli accordi quadro in cui sia stato pattuito un tasso d'interesse indicizzato, ovvero il tasso di cambio sia stato determinato «*per relationem*»¹⁶⁰.

Diversamente, nel caso in cui il prestatore dei servizi di pagamento voglia modificare il tasso d'interesse o di cambio predeterminato in misura fissa, ovvero intenda variare il parametro di riferimento o altri elementi cui è legata la determinazione dei tassi, le eventuali modifiche saranno assoggettate al «regime generale disciplinato nei commi 1 e 2 dell'art. 126-*sexies*»¹⁶¹.

Considerando come la modifica, stando al tenore letterale della disposizione, dipenda non da una scelta discrezionale dell'intermediario, bensì dalla variazione degli indici di riferimento cui le parti hanno collegato il tasso d'interesse o di cambio, può osservarsi come in tal caso la norma, in realtà, non faccia riferimento ad una fattispecie qualificabile come modifica unilaterale¹⁶² e, quindi, non disciplini un'ipotesi di *ius variandi*¹⁶³.

In ogni caso, poiché a causa della variabilità dei parametri di riferimento si potrebbe determinare una modifica suscettibile di aggravare in maniera consistente la posizione

¹⁵⁹ Parla di regime «speciale e rafforzato» DE POLI M., *op. ult. cit.*, p. 2001.

¹⁶⁰ SPENA A., *op. ult. cit.*, p. 1114.

¹⁶¹ PROFETA V., *op. cit.*, p. 561.

¹⁶² Cfr. MORERA U. e OLIVIERI G., *op. cit.*, p. 162, ove si esclude il carattere “unilaterale” di quella modifica che sia collegata a meccanismi automatici, i quali privino le parti «di qualsivoglia spazio di autonomia nella definizione del nuovo assetto negoziale».

¹⁶³ Cfr. DE POLI M., *op. loc. ult. cit.*, il quale rileva come nell'ipotesi disciplinata dal terzo comma dell'art. 126-*sexies* t.u.b. «risulti difficile ritenere sussistente un vero e proprio potere di modifica unilaterale in capo al prestatore, come appare ulteriormente confermato dall'assenza dell'espressa facoltà di recesso in capo all'utilizzatore».

dell'utilizzatore del servizio, la norma prescrive particolari cautele informative a tutela del cliente¹⁶⁴.

A tal proposito, nell'ambito delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia¹⁶⁵, viene previsto che l'utilizzatore del servizio debba essere informato «*tempestivamente*» della modifica a lui sfavorevole («anche se non necessariamente prima dell'entrata in vigore» della stessa¹⁶⁶), lasciando libere le parti di prevedere nel contratto che la comunicazione «sia effettuata periodicamente o con modalità particolari»¹⁶⁷.

Il quarto comma dell'art. 126-*sexies* t.u.b. stabilisce un'ulteriore regola per «le modifiche dei tassi d'interesse o di cambio utilizzati nelle operazioni di pagamento» le quali devono essere «applicate e calcolate in una forma neutra tale da non creare discriminazioni tra utilizzatori, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia».

Parte della dottrina¹⁶⁸ riferendo tale disposizione alla previsione contenuta nel terzo comma, la quale – come si è visto – si riferisce a modifiche dei tassi aventi «carattere pressoché automatico» essendo legate alle fluttuazioni degli indici di riferimento scelti dalle parti, ritiene che la stessa costituisca «più che un limite applicativo alla clausola di modifica del tasso, un limite al contenuto delle clausole di modifica dei tassi inseribili nell'ambito dei contratti quadro», sicché gli intermediari dovrebbero «attenersi a criteri oggettivi e motivati [...] nel prevedere le clausole di modifica dei tassi e non [potrebbero] proporre, quantomeno per tale profilo, contratti che risultino discriminatori per gli utilizzatori».

In realtà, la disposizione non sembra riferirsi esclusivamente al terzo comma, ben potendo il prestatore dei servizi di pagamento porre in essere una variazione dei tassi anche mediante il meccanismo delineato dall'art. 126-*sexies*, 2° comma, t.u.b., naturalmente in tal caso gli effetti della modifica non si produrranno immediatamente e sarà necessario preavvisare il cliente con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data

¹⁶⁴ Cfr. SPENA A., *op. loc. ult. cit.*; PROFETA V., *op. cit.*, p. 561 e ss., l'A sottolinea come «in mancanza della clausola che autorizza l'applicazione immediata, deve ritenersi che solo dopo aver fornito informazione al cliente possa darsi corso all'applicazione del nuovo tasso di interesse e di cambio conseguente alla modifica dell'indice di riferimento».

¹⁶⁵ BANCA D'ITALIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, cit., ove tra l'altro viene prescritta la necessità della specifica sottoscrizione della clausola contrattuale che preveda l'immediata applicazione senza preavviso delle modifiche peggiorative dei tassi d'interesse e di cambio.

¹⁶⁶ DE POLI M., *op. ult. cit.*, p. 2003.

¹⁶⁷ In tal modo il legislatore si è discostato da quell'orientamento giurisprudenziale che, in materia di contratti bancari, ha escluso la necessità di una comunicazione al cliente nei casi di variazioni contrattuali derivanti dalle fluttuazioni degli indici di riferimento pattuiti dalle parti (PROFETA V., *op. cit.*, p. 561, n. 18, il quale richiama CASS. CIV., 25 novembre 2002, n. 16568).

¹⁶⁸ Cfr. PROFETA V., *op. cit.*, p. 563.

prevista per l'applicazione della *variatio*.

Posta tale precisazione, sembrerebbe senz'altro possibile condividere l'opinione di quanti riferiscono la previsione contenuta nel quarto comma «alle variazioni generalizzate, determinate da una modifica della struttura dei tassi e quindi potenzialmente destinate a tutti i clienti»¹⁶⁹.

In sostanza, la norma sembrerebbe riecheggiare la prescrizione contenuta nell'art. 8 della l. 64/1986, il quale assicurava «integrale parità di trattamento nei confronti dei clienti della stessa azienda o istituto, a parità di condizioni soggettive», sicché ad esempio l'intermediario, a fronte di una variazione della struttura dei tassi incidente sulla generalità (o su una determinata tipologia) di contratti in essere con la propria clientela, non potrebbe modificare *ex uno latere* soltanto quei rapporti dove la variazione risulti peggiorativa per gli utenti, lasciando invece impregiudicati quelli dove la modifica sia a loro favorevole, eventualmente procedendo alla modificazione solo su richiesta dei clienti stessi.

In ogni caso, parte della dottrina rileva come la disposizione «non dovrebbe precludere la facoltà del prestatore di modificare i tassi su base individuale, avuto riguardo cioè alle caratteristiche soggettive dei singoli utilizzatori»¹⁷⁰.

Tale affermazione appare sicuramente vera laddove, però, così come prescritto dalle disposizioni della Banca d'Italia, le variazioni risultino poste in essere con modalità di applicazione e di calcolo adottate alla luce di «criteri obiettivi e motivati», i quali trovino applicazione a tutti i clienti che versino nella medesima condizione¹⁷¹.

3.4. Il *ius variandi* nei contratti bancari conclusi con i consumatori.

Analizzando l'evoluzione normativa del *ius variandi* bancario si è già segnalato¹⁷² come l'attuazione nel nostro ordinamento della direttiva 1993/13/CEE sulle clausole vessatorie abbia inciso sulla disciplina a quel tempo dettata *in subiecta materia* dal Testo unico bancario (art. 118 t.u.b.) determinando un problema di sovrapposizione di norme cui il legislatore, prima con l'emanazione della l. n. 52/1996, poi con l'adozione del Codice del consumo e ancora con le successive riscritture dell'art. 118 t.u.b., ha mancato

¹⁶⁹ SPENA A., *op. ult. cit.*, p. 1115; seguito da DE POLI M., *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁰ SPENA A., *op. loc. ult. cit.*; DE POLI M., *op. loc. ult. cit.*

¹⁷¹ BANCA D'ITALIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni ...*, cit., Sez. VI, § 5.2.

¹⁷² Vedi *supra* § 2.5.

di dare positiva soluzione.

A differenza infatti dell'art. 126-*sexies* t.u.b., il quale contiene nel quinto ed ultimo comma una disposizione di coordinamento con la disciplina dettata dall'art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons.¹⁷³, l'art. 118 t.u.b. anche dopo la riforma del 2010 trascura completamente tale profilo, ciò nonostante la legge delega, nel dettare i principi e criteri direttivi per l'attuazione della direttiva 2008/48/CE, avesse autorizzato il Governo, oltre che ad apportare le necessarie modifiche e integrazioni al t.u.b., anche ad operare l'opportuno coordinamento tra il Titolo VI del t.u.b. e «le altre disposizioni legislative aventi come oggetto la tutela del consumatore» (art. 33, 1° comma, lett. f, l. n. 88/2009)¹⁷⁴.

Partendo proprio dal permanere del mancato coordinamento dell'art. 118 t.u.b. con la disciplina dettata dal Codice del consumo, deve ricordarsi come i problemi di raccordo tra le due normative non possano risolversi mediante il ricorso al principio *lex specialis derogat legi generali*, ciò in ragione del rapporto di specialità reciproca esistente tra le stesse, riguardando la prima tutti i contratti conclusi da banche ed intermediari finanziari con qualsivoglia tipo di cliente, sia esso o meno un consumatore, e trovando applicazione la seconda a tutti (e solo) i contratti conclusi con i consumatori, quale che sia la controparte professionale¹⁷⁵.

Ciò posto, al fine di ricostruire una regolamentazione unitaria del *ius variandi* nei contratti bancari conclusi con un cliente-consumatore l'opinione prevalente in letteratura¹⁷⁶, come in giurisprudenza¹⁷⁷, ha ritenuto che il raccordo tra la disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b. e quella prevista dall'art. 33 cod. cons. dovesse avvenire nel solco offerto dal canone ermeneutico della maggior tutela del consumatore, ritenendo cioè applicabile, in caso di contrasto tra le diverse disposizioni, quella che fosse risultata più favorevole per il consumatore.

¹⁷³ Vedi *infra* in questo paragrafo.

¹⁷⁴ Cfr. DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori ...*, cit., p. 1047; PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina ...*, cit., p. 194, il quale giudica «incomprensibile» il mancato intervento del legislatore.

¹⁷⁵ Cfr. GAGGERO P., *La modificazione unilaterale ...*, cit., p. 384 e ss.; BUSSOLETTI M., *La disciplina del jus variandi ...*, p. 15; PICCININI V., *op. cit.*, p. 297; LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, in GABRIELLI E. e LENER R., *I contratti del mercato finanziario*, I, II ed., in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, Utet, 2011, p. 155; SCARPELLO A., *La nuova disciplina della trasparenza bancaria ...*, cit., p. 267.

¹⁷⁶ Vedi per tutti LENER G., *op. loc. ult. cit.*; GORGONI A., *Sub Art. 33 comma 2 lett. m)*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 300.

¹⁷⁷ Cfr. CORTE D'APPELLO DI ROMA, 24 settembre 2002, in *Foro It.*, 2003, c. 351; TRIB. BOLZANO, 11 aprile 2005, in *Riv. dir. priv.*, 2006, con nota di FARNETI M., p. 853; TRIB. PALERMO – sez. Bagheria, 26 marzo 2010, in *Giur. merito*, con nota di GORGONI M., 2010, p. 2086.

Si noti come, in via preliminare e sulla base dell'analisi sino ad ora condotta, si possa affermare senza dubbio che la disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b. – grazie ai recenti interventi legislativi che, dal 2006 ad oggi, ne hanno completamente mutato fisionomia – si presenti per molti aspetti più rigorosa rispetto a quella dettata dal Codice del consumo¹⁷⁸.

Proprio in ragione di tale constatazione appare senz'altro percorribile la strada tracciata dalla dottrina prevalente, nel senso di ritenere che le due normative si integrino reciprocamente, trovando soluzione le eventuali antinomie in base al principio del *favor consumatoris*¹⁷⁹.

Tale criterio del resto, oltre a permettere di evitare il risultato a dir poco paradossale per cui al cliente-consumatore sarebbe serbato, *ex art. 33 cod. cons.*, un trattamento deteriore rispetto a quello riservato agli altri clienti delle banche (*ex art. 118 t.u.b.*), appare senz'altro in linea con la direttiva 1993/13/CEE, il cui art. 8 consente agli Stati membri di mantenere o adottare discipline più severe, di quella contenuta nel provvedimento europeo, al fine di garantire un maggiore livello di protezione per il consumatore¹⁸⁰.

Seguendo tale prospettiva, una volta escluso che il legislatore abbia attribuito *ex lege* al prestatore di servizi finanziari il potere di modificare unilateralmente il convenuto assetto contrattuale (*ex art. 33, 3° e 4° comma, cod. cons.*)¹⁸¹, deve ritenersi che, nel

¹⁷⁸ Cfr. OLIVIERI G., *op. loc. ultt. citt.*; SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 264 e, in particolare, p. 266: l'A. afferma che «all'esito delle modifiche intervenute sul T.U.B., l'esigenza di integrare le diverse disposizioni settoriali sul *jus variandi* ha perso consistenza, perché la disciplina bancaria è più favorevole per il cliente sotto tutti gli aspetti».

¹⁷⁹ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 65. Vedi anche PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi ...*, cit., p. 144: l'A., richiamando l'art. 1469-bis c.c. «inteso come norma, che assicura *sempre* la prevalenza della disciplina più favorevole al consumatore», quale che sia la «fonte che prescrive il maggior *favor*» per il consumatore, ritiene che l'art. 118 t.u.b. possa regolare «*per extenso* il c.d. *ius variandi* nei contratti bancari unilateralmente commerciali». Si vedano però le considerazioni di SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 268 e ss., il quale, pur concludendo nel senso che il conflitto tra la disciplina del t.u.b. e quella consumeristica debba essere risolto «nell'ottica della migliore protezione del consumatore», esclude (dato l'attuale tenore letterale della norma) la possibilità di fondare tale interpretazione sull'art. 1469-bis c.c., dettando quest'ultimo unicamente un criterio di risoluzione delle antinomie tra le disposizioni del Titolo II del Libro IV c.c. e altre disposizioni contenute nel Codice del consumo ovvero in altri provvedimenti normativi.

¹⁸⁰ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 65 e ss.

¹⁸¹ Cfr. sul punto tra gli altri GAGGERO P., *Il jus variandi del prestatore di servizi finanziari*, in AA. VV., *Diritto Privato, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, p. 351 e ss.; Capobianco E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, Esi, 2000, p. 154 e ss.; SIRENA P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *BBTC*, 1997, p. 357, n. 10; CUBEDDU M. G., *Sub art. 1469-bis, 4° comma*, ALPA G. e PATTI S. (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003, p.649; LENER G., *Le clausole vessatorie ...*, cit., p.160. *Contra* nel senso che la disciplina dettata dal Codice del consumo preveda l'attribuzione *ex lege* del *ius variandi* vedi per tutti BOCCHINI R., *Sub art. 33, comma 3*, in CESARO E. (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam,

silenzio della disciplina consumeristica e in forza della previsione contenuta nell'art. 118 t.u.b., la pattuizione sul *ius variandi* debba essere specificamente approvata per iscritto anche nell'ambito di un contratto bancario concluso con un cliente-consumatore¹⁸², ciò in quanto tale prescrizione aumenta la tutela offerta a quest'ultimo, seppure solo sotto il profilo formale: innegabilmente, infatti, il requisito della doppia sottoscrizione, richiamando l'attenzione del consumatore sul contenuto della clausola, evita che questi venga a trovarsi inconsapevolmente assoggettato all'esercizio del potere di modifica unilaterale, consentendo così una maggiore consapevolezza nell'assunzione della decisione di vincolarsi o meno al contratto mediante la sua conclusione.

L'art. 118 t.u.b. nella sua nuova formulazione detta, inoltre, una diversa disciplina a seconda che si tratti di contratti bancari a tempo indeterminato ovvero a termine, prevedendo che in questi ultimi il *ius variandi* eventualmente riconosciuto alla banca non possa incidere sul tasso d'interesse, ma solo sugli altri oneri economici e sulle clausole regolamentari¹⁸³.

Da tale differenziazione discendono una serie di conseguenze sul piano ricostruttivo della disciplina applicabile ai contratti conclusi con un cliente-consumatore.

Per quanto concerne la modifica *ex uno latere* delle condizioni *c.d.* normative o regolamentari dei contratti a termine, riferendosi il terzo comma dell'art. 33 cod. cons. ai soli contratti a tempo indeterminato, troverà applicazione la disciplina dettata dall'art. 33, 2° comma, lett. m): sicché al fine di sottrarre la clausola attributiva del *ius variandi* alla presunzione di vessatorietà e di conseguenza alla sanzione della nullità, *ex art.* 36 cod. cons., si dovranno indicare specificatamente nel contratto i casi di giustificato motivo al cui eventuale verificarsi la banca sarà legittimata a far ricorso al potere di modifica unilaterale¹⁸⁴.

Per quanto riguarda, invece, la possibilità per l'intermediario di modificare unilateralmente il tasso d'interesse, *ex art.* 33, 4° comma, cod. cons., questa dovrà ritenersi esclusa *ex art.* 118, 1° comma, seconda parte, t.u.b.¹⁸⁵ che, tutelando «l'affidamento del cliente sulla “stabilità” dell'operazione contrattuale»¹⁸⁶, almeno per

2007, p. 345 e 363 ss.; recentemente SCARPELLO A., *op. ult. cit.*, p. 266 e 269.

¹⁸² Cfr. ROMAGNOLI G., *La protezione dei consumatori tra novella e disciplina speciale dei contratti bancari e finanziari*, in *Giur. comm.*, I, 1998, p. 405; SIRENA P., *op. ult. cit.*, p. 360; MORERA U., *Sub art. 118*, cit., p. 989; SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 66.

¹⁸³ Vedi *supra* § 3.2.2.

¹⁸⁴ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁵ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 67, n. 19.

¹⁸⁶ SCARPELLO A., *Il “nuovo” jus variandi ...*, cit., p. 581.

quanto riguarda la misura del tasso d'interesse praticato dalla banca, appare senz'altro più favorevole al consumatore di quanto non sia la norma consumeristica.

Quest'ultima, tra l'altro, esclude la presunzione di abusività della clausola che consenta all'intermediario di modificare unilateralmente «il tasso d'interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti», purché sia data «immediata comunicazione» della modifica al consumatore, il quale ha diritto di recedere dal contratto.

Tale disposizione, non richiedendo che al consumatore sia dato un «congruo preavviso» dell'applicazione della variazione, così come richiesto invece dall'art. 33, 3° comma, cod. cons., si pone in evidente contrasto con quanto disposto dall'art. 118 t.u.b., il quale richiede in via generale, oltre alla necessaria sussistenza di un giustificato motivo (1° comma), che la comunicazione della modifica sia inoltrata personalmente al cliente almeno due mesi prima della data prevista per la sua applicazione (2° comma).

Per tale ragione, appare naturale ritenere che pure nel caso di modifica unilaterale di un contratto concluso con un consumatore la banca sia tenuta ad osservare la prescrizione dettata dal Testo unico bancario circa le modalità di esercizio del *ius variandi*, sia con riferimento al termine di preavviso bimestrale, che alla necessità di indicare nell'intestazione della comunicazione la formula “Proposta di modifica unilaterale del contratto”.

Infine, quale che sia la durata del rapporto contrattuale (a tempo determinato o indeterminato), a fronte dell'esercizio del *ius variandi* ad opera della banca, al cliente-consumatore spetterà il diritto di recedere dal contratto, entro la data di applicazione della modifica indicata nella comunicazione (ovvero entro due mesi dalla ricezione della stessa), senza che l'intermediario possa addebitare al cliente spese di chiusura del rapporto o il pagamento di eventuali penali (risultando il diritto di recesso attribuito *ex lege* e non potendo la sua disciplina essere derogata, se non in senso più favorevole al cliente); in sede di liquidazione del rapporto, inoltre, il consumatore avrà diritto all'applicazione delle condizioni originariamente pattuite nel momento della conclusione del contratto (*ex art. 118, 2° comma, ultima parte, t.u.b.*).

Passando ora ad analizzare la disciplina del *ius variandi* nei servizi di pagamento, allorquando la controparte dell'intermediario sia qualificabile come consumatore, viene subito in rilievo il disposto del quinto comma dell'art. 126-*sexies* t.u.b., mediante il quale il legislatore ha predisposto un criterio positivo di coordinamento tra la normativa di attuazione della direttiva 2007/64/CE e quella contenuta nel Codice del consumo

stabilendo che «restano ferme, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 33, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206».

Lungi dall'aver decretato la prevalenza della normativa sui servizi di pagamento, come pure è stato affermato in letteratura¹⁸⁷, la disposizione appare essere formulata volutamente in maniera tale da consentire un'interpretazione bidirezionale, così come sembra confermato dalla stessa relazione illustrativa al d.lgs. n. 11/2011.

In altri termini, il legislatore, non avendo la certezza che la disciplina dettata dalla PSD fosse o meno prevalente rispetto a quella adottata in attuazione della direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori, ha preferito non assumere posizione dettando una norma in grado di adattarsi agli eventuali orientamenti interpretativi che, successivamente alla sua adozione, si fossero formati a livello europeo nel senso della prevalenza dell'una come dell'altra disciplina.

A tal proposito in letteratura si è evidenziato come, dovendo l'ordinamento europeo formare un sistema coerente, apparirebbe privo di giustificazione «che nei servizi di pagamento il consumatore riceva una protezione minore di quella ottenuta dal medesimo nei contratti bancari in genere»¹⁸⁸, sicché dovrebbe senz'altro ritenersi che la disciplina dettata a tutela del consumatore in materia di clausole abusive trovi applicazione pure nei rapporti con il consumatore aventi ad oggetto servizi di pagamento.

Alla luce di tale considerazione, l'interpretazione che, anche in questo caso, appare preferibile è dunque quella che coordina le due discipline integrandole l'una con l'altra in modo tale da cumulare gli strumenti di protezione a favore dell'utente-consumatore¹⁸⁹, sicché: l'esercizio del *ius variandi* nei contratti quadro conclusi con un consumatore sarà in ogni caso subordinato alla sussistenza di un giustificato motivo (*ex art. 33, 3° e 4° comma, t.u.b.*); qualora si tratti di rapporti a tempo determinato, la clausola che riserva all'intermediario il potere di modificare unilateralmente le clausole regolamentari del

¹⁸⁷ Vedi SPENA A., *op. ult. cit.*, p. 1116, l'A. afferma che il «problema di compatibilità tra le due discipline è stato sì tenuto presente dal legislatore, ma risolto a vantaggio della normativa sui servizi di pagamento, in quanto le più restrittive regole dello *ius variandi* contenute nel codice del consumo si applicano solo "in quanto compatibili"». *Contra* DE POLI M., *op. ult. cit.*, p. 2003, il quale si esprime nel senso che il disposto dell'art. 126-*sexies*, 5° comma, t.u.b., determini l'applicazione «quale normativa speciale a tutela della parte debole del rapporto, la normativa in materia di modifiche unilaterali prevista dal Codice del Consumo».

¹⁸⁸ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 70. Cfr. anche PAGLIANTINI S., *op. ult. cit.*, p. 160 e ss., il quale, in ragione della «specialità riconnessa alla qualità del cliente consumatore», afferma la prevalenza delle norme contenute nel Codice del consumo su quelle della direttiva 2007/64/CE.

¹⁸⁹ Cfr. PAGLIANTINI S., *op. loc. ult. cit.*, l'A. ritiene che l'inciso «in quanto compatibili» vada inteso nel senso «di un'applicazione sì concorrente, ma solo quando [la normativa sui servizi di pagamento risulti] *migliorativa*, della disciplina consumeristica. Da escludersi invece allorché, per la pretermissione del preavviso nell'art. 33, comma 4° ed una efficacia della modifica a far data dalla scadenza di questo, risulta formulata *in peius*».

contratto dovrà indicare in maniera esplicita le ragioni legittimanti l'esercizio dello stesso (ex art. 33, 3° comma, lett. m); in base al combinato disposto del primo e secondo comma dell'art. 126-*sexies* t.u.b., la comunicazione della "proposta" di modifica dovrà essere inviata personalmente all'utente-consumatore «con almeno due mesi di anticipo» rispetto alla data prevista per la sua attuazione, non trovando applicazione invece la previsione contenuta nell'art. 33, 4° comma, cod. cons.¹⁹⁰

¹⁹⁰ SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 70 e ss.

BIBLIOGRAFIA.

AMATO C., *Sub art. 1469-bis, comma 3°, n. 13*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 947-958.

ANTONUCCI M., *Le clausole sulla forma e sulla modificabilità del contratto*, in CENDON P. (a cura di), *I contratti in generale, IV, t.2, Clausole abusive*, Torino, Utet, 2001, p. 759-764.

ATELLI M. e MAZZEO M., *L'osservatorio legislativo. Prime note sulla riforma dell'art. 118 del testo unico bancario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 850-852.

BARCA A., *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2011.

BARENGHI A. e CECERE C., *Sub art. 1469-bis*, in BARENGHI A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, Jovene, 1996, p. 7-98.

BARENGHI A., *Sub art. 33*, in CUFFARO V., BARENGHI A. e BARBA A. (a cura di), *Commentario al codice del consumo e norme collegate*, II ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 209-224.

BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

BENEDETTI A. M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, Giappichelli, 2002.

BELLI F. e MAZZINI F., *Condizioni generali e clausole vessatorie nel settore dei contratti bancari*, in *Diritto Privato, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, p. 145-196.

BIANCA C. M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, (rist. 2008).

BIANCA C. M. e BUSNELLI F. D. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Padova, Cedam, 1999.

BOCCHINI R., *Sub art. 33, comma 3*, in CESARO E. (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam, 2007, p. 322-382.

BRIOLINI F., *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nella disciplina dei contratti bancari*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 283-296.

BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in MORERA U. e NUZZO A. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria, II. L'attività delle banche*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 217-234.

BUSSOLETTI M., *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2005, p. 13-34.

CAMPOBASSO G. F., *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *BBTC*, I, 1999, p. 562-582.

CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, Esi, 2000.

CAPOBIANCO E., *Contratto di mutuo e jus variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 504-516.

CAPURRO T., *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, in *BBTC*, 2008, II, p. 229-236.

CARACCILO C., *La novazione – postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 2008, p. 1-3.

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie, cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 5-43.

CARRIERO A. M., *Sub art. 118*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 1994, p. 600-604.

CAVALLI G., *Norme bancarie uniformi e accordi interbancari*, in *Digesto IV ed, Discipline privatistiche – Sez. comm.*, X, Torino, Utet, 1994, p. 265-274.

CENTINI A., *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *I contratti*, 2011, p. 1033-1043.

CENTINI A., *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n. 141 del 2010*, in *I contratti*, 2011, p. 391-407.

CENTINI A., *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitrato Bancario e Finanziario*, in *I contratti*, 2012, p. 182-206.

CIAN G., *Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium juris*, 1996, I, p. 411-426.

CIAN G. e TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, Padova, Cedam, 2008.

COCOZZA A., *Il recepimento della direttiva sulle clausole abusive. Prime riflessioni sui suoi effetti nei contratti bancari*, in BELLI F. e MAZZINI F. (a cura di), *Argomenti di diritto bancario*, 1998, Torino, Giappichelli, p. 45-137.

COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis, 3° comma, n. 11 – 4° comma, n. 2*, in ALPA G. e PATTI S. (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 301-323.

COSTANZA M., *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in DRAETTA U. e VACCÀ C. (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, Egea, 1992, p. 311-322.

COSTANZA M., *La novella sulle clausole abusive a confronto con il regime dei contratti finanziari*, in *BBTC*, I, 2000, p. 361-368.

CRISCUOLI G., *Contributo alla specificazione del negozio giuridico modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, p. 845-859.

CUBEDDU M. G., *Sub art. 1469-bis, 4° comma*, ALPA G. e PATTI S. (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 637-650.

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 2010, p. 1041-1059.

DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2010.

DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, Led Edizioni, 1993.

DE NOVA G., *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 221-245

DE NOVA G., *Il recesso*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, t. 2, III ed., in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2004, p. 729-739.

DE POLI M., *Sub art. 126-sexies*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, t. 3, III ed., Padova, Cedam, 2012, p. 1955-2004.

DI MAJO A., *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in RUFFOLO U. (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusiva". Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 239-249.

DI MARZIO F., *Clausole abusive nei contratti bancari. Recesso, ius variandi e limitazioni di responsabilità*, in PERLINGERI P. e CATERINI E. (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Esi, 2004, p. 307-326.

DI MARZIO F., *Clausola sullo ius variandi*, in CENDON P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi commerciale, XXIV, Clausole ricorrenti - accordi e discipline*, Torino, Utet, 2004, p. 139-167.

DIURNI A., *Sub art. 1469-bis, 3° comma, nn. 12 e 13*, in ALPA G. e PATTI S. (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 481-515.

DOLMETTA A. A., *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/92*, in *BBTC*, I, 1992, p. 375-397.

DOLMETTA A. A., *Dal Testo Unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in MORERA U. e NUZZO A. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 139-164.

DOLMETTA A. A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, Giuffrè, 2012.

FARINA V., *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 842-869.

FARNETI M., *Ius variandi, recesso, spese di chiusura conto e condizioni economiche nei contratti bancari del consumatore: dalla giurisprudenza alle nuove regole del t.u.b.* (Trib. Bolzano, 11 aprile 2005), in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 856-896.

FARNETI M., *Contratti del consumatore*, in *Studium Iuris*, II, 2008, p. 1444-1448.

FARNETI M., *Convinzioni (incrollabili?) della Cassazione in materia di clausole sul ius variandi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 126-130.

FARNETI M., *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 2009.

FASIELLO M., *Clausola di modificazione unilaterale del contratto*, in CENDON P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, XXIV, Clausole ricorrenti - accordi e discipline*, Torino, Utet, 2004, p. 269-277.

FAUCEGLIA G., *I contratti bancari*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, III/2, Torino, Giappichelli, 2005.

FERRO-LUZZI F., *Il “giustificato motivo” nello jus variandi: primi orientamenti dell’ABF*, in *BBTC*, I, 2011, p. 730-736.

FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (jus variandi)*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, p. 389-414.

FIORDILISO F., *Sub Art. 33, comma 2, lettera o*, in CESARO E. (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam, 2007, p. 241-251.

GAGGERO P., *Il jus variandi del prestatore di servizi finanziari*, in AA. VV., *Diritto Privato*, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, p. 335-376.

GAGGERO P., *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, Cedam, 1999.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, t. 1, IV ed., Padova, Cedam, 2004.

GAMBINI M., *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, Esi, 2000.

GATT L., *L’ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, I, 1998, p. 2341-2358.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, Esi, 2011.

GEYMONAT M., *Jus variandi: «il» o «lo»?* , in *BBTC*, I, 1997, p. 305-307.

GIORDANO U. M., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. Soc.*, 1993, p. 1234-1259.

GORGONI A., *Sub Art. 33 comma 2 lett. m)*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 281-307.

GRANELLI C., *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, p. 967-971.

GRASSI U e MINUCCI A., *Sub art. 33, comma 2, lettera m)*, in CESARO E. (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam, 2007, p. 207-222.

IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, Giuffrè, 2008.

IURILLI C., *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "ius variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2001 p. 652-659.

LA ROCCA G., *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca impresa e società*, 1997, p. 55-86.

LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, V, 1996, p. 145-176.

LENER G., *Le clausole vessatorie nei contratti del mercato finanziario*, in E. GABRIELLI e R. LENER, *I contratti del mercato finanziario*, I, (sec. ed.), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, Utet, 2011, p. 129-177.

LUCCHESI F., *Sub art. 33 comma 2 lett. n e o)*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 307-310.

LUCCHESI F., *Sub art. 33 commi 3, 4, 5 e 6*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 327-335.

MACARIO F., *I rimedi manutentivi. L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in ROPPO V. (a cura di), *Rimedi - 2*, in *Trattato del contr.* diretto da V. ROPPO, V, 2006, p. 689-749.

MAFFEIS D., *Sub art. 9 - Abuso di dipendenza economica*, in DE NOVA G., CHIESA A., DELFINI F., MAFFEIS D. e SALVADÈ A., *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, Ipsoa, 1998, p. 77-84.

MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 1993.

MAJELLO U., *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in RISPOLI FARINA M. (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Napoli, Jovene, 1995, p. 307-320.

MAJELLO U., *Sub art. 117*, in BELLI F., CONTENTO G., PATRONI GRIFFI A., PORZIO M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, II*, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 1931-

1945.

MAJELLO U., *Sub art. 118*, in BELLI F., CONTENTO G., PATRONI GRIFFI A., PORZIO M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, II*, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 1945-1954.

MARTORANO F., *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *BBTC*, I, 1994, p. 125-136.

MAZZINI F., *Conti correnti: il cliente esce senza spese*, in *Guida al diritto*, n. 34, 2006, p. 106-109.

MIRONE A., *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *BBTC*, I, 2009, p. 262-311.

MIRONE A., *La nuova disciplina dello ius variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Vita Notarile*, 2011, p. 651-666.

MOLLE G., *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXXV, t. 1, Milano, Giuffrè, 1981.

MORERA U., *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in BRESCIA MORRA C. e MORERA U. (a cura di), *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Notar.*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, Esi, 2006, p. 321-433.

MORERA U., *Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria*, in *Foro It.*, V, 2007, p. 252-256.

MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *BBTC*, I, 2008, p. 163-174.

MORERA U., *Sub art. 118*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 984-998.

MORERA U. e OLIVIERI G., *Mutui bancari e jus variandi (sull'art. 118, comma 2-bis, t.u.b.)*, in *BBTC*, 2011, p. 480-486.

MUCCIARONE G. e SCIARRONE ALIBRANDI A., *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d.lgs. n. 141/2010: questioni di coordinamento*, in *BBTC*, I, 2012, p. 37-58.

MUSSO A., *La subfornitura*, Bologna, Zanichelli, 2003.

NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1992, p. 421-434.

NIGRO A., *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1993, p. 571-584.

NIGRO A., *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Diritto banca e merc. fin.*, 1998, p. 511-533.

NIVARRA L., *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in AA. VV., *Diritto Privato, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, p. 319-334.

NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, p. 463- 476.

PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *I contratti*, 2011, p. 191-198.

PAGLIANTINI S., *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di giustizia)*, in *I contratti*, 2012, p. 165-177.

PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 119-164.

PARPAGLIONI M., *Le clausole sulla modifica unilaterale del contratto e sull'accertamento unilaterale dell'esecuzione*, in CENDON P. (a cura di), *I contratti in generale, IV, t.2, Clausole abusive*, Torino, Utet, 2001, p. 805-816.

PATTI G. e PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, Giuffrè, 1993.

PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela: asimmetria e condotte abusive*, Padova, Cedam, 2008.

PIETRUNTI M., *«Ius variandi» e «trasparenza» nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 189-205.

PORZIO M., *Le fonti normative dei contratti bancari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 12, Torino, Utet, 1985, p. 843-856.

PORZIO M., *L'accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, *Appendice di aggiornamento*, 22, Torino, Utet, 1991, p. 279-296.

PORZIO M., *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *BBTC*, I, 1998, p. 294-300.

PROFETA V. *Sub art. 126-sexies T.u.b.*, in MANCINI M., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., SCIARRONE ALIBRANDI A. e TROIANO O. (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 551-567.

PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639-687.

RESCIO G. A., *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *BBTC*, II, 1987, p. 94-114.

RISPOLI FARINA M. e FALCONE G., *Sub art. 33, commi nn. 3, 4, 5 e 6*, in CESARO E. (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam, 2007, p. 383-443.

RISPOLI G., *Incremento del prezzo, vessatorietà e diritto di recesso*, in *NGCC*, 2008, p. 425-431.

RIZZUTO C., *Sub art. 1469-bis, comma 3°, n. 11*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 933-938.

ROMAGNOLI G., *La protezione dei consumatori tra novella e disciplina speciale dei contratti bancari e finanziari*, in *Giur. comm.*, I, 1998, p. 396-411.

ROPPO E., voce *Contratto*, in *Digesto IV ed., Discipline Privatistiche, Sez. civ., IV*, Torino, Utet, 1989, p. 87-138.

ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 277-302.

ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 65-76.

ROPPO V., *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in BELVEDERE A. e GRANELLI C. (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2001, p. 141-157.

ROPPO V., *Il contratto*, (sec. ed.), in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011.

SACCO R. e DE NOVA G. (a cura di), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, II, Torino, Utet, 2004.

SALANITRO N., *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F. VASSALLI, Torino, Utet, 1983.

SANGIOVANNI V., *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitrato bancario e finanziario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 208-215.

SANTANGELO A., *Sub art. 118*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, t. 3, III ed., Padova, Cedam, 2012, p. 1711-1736.

SANTONI G., *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l.n. 248 del 2006*, in *BBTC*, I, 2007, p. 254-261.

SAVINI S., *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. econ. assic.*, 1999, p. 215-222.

SCARANO L. A., *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in BIANCA C. M. e BUSNELLI F. D. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Padova, Cedam, 1999, p. 503-517.

SCARPELLO A., *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *NGCC*, I, 1999 p. 346-353.

SCARPELLO A., *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, Cedam, 2010.

SCARPELLO A., *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 225-273.

SCARPELLO A., *Il "nuovo" jus variandi della banca dopo la conversione del cd. "decreto sviluppo"*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 575-600.

SCHLESINGER P., *Problemi relativi alla c.d. «trasparenza bancaria»*, in *Il corriere giuridico*, 1989, p. 229-230.

SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali di modificazione (jus variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, I, 1992 p. 18-24.

SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229-232.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA. VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza? Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 65-78

SILVETTI C., *I contratti bancari parte generale*, in CALANDRA BUONAURA V., PERASSI M. e SILVETTI C. (a cura di), *La banca: l'impresa i contratti*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da G. COTTINO, Padova, CEDAM, 2001, p. 329-460.

SIRENA P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *BBTC*, 1997, p. 354-387.

SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, in COSTANZA M. (a cura di) *Effetti*, in *Tratt. del contratto* diretto da V. ROPPO, III, Milano, Giuffrè, 2006 p. 141-149.

SIRENA P., *Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *BBTC*, I, 2007, p. 262-284.

SPENA A., *Sub artt. 4-6*, in PORZIO M. (a cura di), *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1155-1166.

SPENA A., *Sub art. 126-sexies*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1111-1117.

SPENA A., *Sub art. 118, T.U. bancario*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 45-48.

STESURI A., *I contratti di credito al consumo tra jus variandi e trasparenza*, in *I contratti*, 2003, p. 301-307.

TAVORMINA V., *Ius variandi e contratti bancari*, in *www.judicium.it*, 25 luglio 2012, p. 1-17.

TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XVIII ed, Milano, Giuffrè, 2007.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XLIV ed., Padova, Cedam, 2009.

VIALE M., *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giur. comm.*, I, 1992, p. 785-789.