



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Dipartimento di Giurisprudenza

## *Il ius variandi nel credito ai consumatori*

Tesi di laurea di:

**Flavia Verona**

RELATORE:

**CH.MO PROF. Enrico Camilleri**

---

ANNO ACCADEMICO 2021-2022

MAGISTRALE A CICLO UNICO



## INDICE

<b>Introduzione</b> .....	pag. 1
<b>1. Le modificazioni unilaterali del contratto col consumatore</b>	
1.1 Fondamento del <i>ius variandi</i> nel Codice civile.....	pag. 9
1.2 Il <i>ius variandi</i> nei contratti asimmetrici.....	pag. 17
1.3 Disciplina nel codice del consumo.....	pag. 21
1.3.1 Art. 33, comma 2, <i>lett. m)</i> , codice del consumo: il giustificato motivo.....	pag. 24
1.3.2 Art. 33, comma 2, <i>lett. o)</i> , codice del consumo: il recesso.....	pag. 26
1.3.3 Le deroghe previste per i contratti bancari e finanziari del consumatore.....	pag. 29
<b>2. La tutela del cliente e del consumatore</b>	
2.1 La fase precontrattuale.....	pag. 34
2.1.1 L'educazione del consumatore bancario.....	pag. 36
2.1.2 Pratiche commerciali scorrette.....	pag. 39
2.2 Obblighi di informazione e trasparenza.....	pag. 42
2.3 Il ruolo della buona fede.....	pag. 51
<b>3. La disciplina nel credito ai consumatori</b>	
3.1 I contratti di credito ai consumatori.....	pag. 56
3.2 Il <i>ius variandi</i> : <i>iter</i> normativo.....	pag. 63
3.3 Attuale disciplina dell'art. 118 t.u.b.: ambito di applicazione.....	pag. 71
3.4 ( <i>Segue</i> ) Oggetto della modifica e il limite della <i>novitas</i> .....	pag. 76
3.5 ( <i>Segue</i> ) Modalità di esercizio del <i>ius</i> e comunicazione.....	pag. 81
3.6 ( <i>Segue</i> ) Il limite del giustificato motivo.....	pag. 86

3.7 Variazioni dei tassi di interesse adottate in conseguenza di decisioni di politica monetaria.....	pag. 94
3.8 Il <i>ius variandi</i> nei servizi di pagamento.....	pag. 98

#### **4. I rimedi**

4.1 Disciplina del recesso nei contratti di credito al consumo: il <i>ius poenitendi</i> .....	pag. 103
4.2 Una breve digressione: la tutela collettiva rispetto a condotte scorrette seriali della banca.....	pag. 110
4.3 Il recesso come contrappeso normativo all'esercizio del <i>ius variandi</i> .....	pag. 113

<b>Conclusioni</b> .....	pag. 118
--------------------------	----------

<b>Bibliografia</b> .....	pag. 121
---------------------------	----------



## Introduzione

L'indagine relativa all'esercizio del *ius variandi*<sup>1</sup> nei rapporti di credito e con i consumatori deve necessariamente partire da una valutazione in merito alla peculiarità della disciplina: se da un lato il potere legale o convenzionale di modificare unilateralmente il contenuto di un contratto di durata o ad esecuzione differita<sup>2</sup>, esercitato dal professionista, è reso indispensabile dalla necessità di mantenere in vita i vincoli contrattuali assunti, anche a fronte di variazioni delle condizioni di mercato – è lo stesso ordinamento a manifestare suddetto interesse, al fine di garantire la complessiva stabilità del sistema, la tutela del risparmio ed evitare il congelamento del sistema dei traffici giuridici, soprattutto in un settore fortemente dinamico come quello dei contratti *b2c* – dall'altro, bisogna però tener conto del bilanciamento di questa esigenza con quella di tutelare il consumatore *lato sensu* inteso, fisiologicamente posto in una posizione di inferiorità e asimmetria rispetto la sua controparte contrattuale.

Nell'ottica di trovare questo delicato equilibrio, lo studio qui proposto si prefigge l'obiettivo di guardare la disciplina generale del contratto in materia di modificazioni unilaterali, al fine di giustificare l'ammissibilità di detto strumento del tutto eccezionale, che anzi "arricchisce e non vulnera il contratto"<sup>3</sup>, per poi osservare come l'evoluzione normativa, adattatasi alle spinte provenienti dal diritto europeo, ha configurato un panorama nel quale il *ius variandi*, ancorché esercitato

---

<sup>1</sup> Sull'uso dell'articolo "il" DOLMETTA A.A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. XVII, si consiglia l'utilizzo dell'articolo "lo", nel rispetto della regola fonetica, "per ogni uso diverso dallo scritto".

<sup>2</sup> SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione ("ius variandi") del rapporto contrattuale*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 18 ss.

<sup>3</sup> PAGLIANTINI, *Modificazione unilaterale del contratto (diritto civile)*, pubblicazione fuori commercio, Giuffrè, p. 487

*ex uno latere*, sia qualificabile come “tecnica di governo delle sopravvenienze”<sup>4</sup> occasionate dal trascorrere del tempo che permette di adeguare il contratto alle nuove esigenze dei contraenti.

Si è innanzitutto guardato al fondamento del *ius variandi* nel Codice civile: in quanto strumento che ammette la possibilità di inserire convenzionalmente nel contratto una clausola che legittimi una sola delle parti a modificare unilateralmente il contenuto del regolamento negoziale, ci si è interrogati circa l’ammissibilità di detto strumento, il quale appare in aperta violazione con quanto previsto dall’art. 1372 c.c. (che ammette il *ius variandi* nei casi previsti dalla legge); si è preliminarmente guardato al vaglio delle fattispecie legali di *ius variandi*, per meglio comprendere quali siano le ragioni per cui talvolta il legislatore accorda ad una delle parti la facoltà di intervenire *in executivis* sul contratto: nell’appalto, nel trasporto di cose, e nelle assicurazioni una diversa valutazione degli interessi dedotti in contratto è ritenuta meritevole di tutela dall’ordinamento, che ammette il potere di modifica seppur entro certi limiti e con certe modalità, talaltra invece, come nella locazione (art. 1577 c.c.), la *ratio* del *ius variandi* è ravvisabile nella necessità di far fronte a eventi sopravvenuti e imprevedibili, ove il mantenimento del sinallagma è ritenuto meno oneroso rispetto lo scioglimento del contratto, ancorché modificato. In dette ipotesi la valutazione di liceità è però già stata effettuata a monte dal legislatore, si è pertanto osservata l’operazione ermeneutica effettuata dalla dottrina al fine di individuare una norma generale che ammetta il *ius variandi* di fonte convenzionale: è stata proposta la tesi secondo cui il potere di cui si discute troverebbe il fondamento normativo nell’applicazione analogica della disciplina dell’arbitraggio di parte, tuttavia scartata in quanto i due istituti operano uno sul momento genetico, l’altro sulla fase esecutiva del rapporto, con presupposti radicalmente differenti; si è allora tentata la via delle condizione potestativa, non percorribile giacché l’avverarsi dell’evento dedotto in condizione risolve automaticamente il contratto, ove *ius variandi* si caratterizza per l’elevata

---

<sup>4</sup> V. già PAGLIANTINI, *ult. cit.*

discrezionalità; quindi si è negata l'ammissibilità dell'istituto di fonte convenzionale, facendo leva sull'argomento per cui manca una norma di portata generale specularmente all'art. 1373 c.c.; si è infine presa in considerazione quella dottrina che ritiene come la modifica non sia ascrivibile alla categoria dei diritti potestativi, ma si tratti piuttosto di un accordo di secondo grado, ove alla controparte sia accordato il potere di reagire alla modifica mediante recesso, tuttavia esclusa in quanto la struttura propria dell'istituto non risponda ad un accordo bilaterale. Si è visto come la dottrina e la giurisprudenza hanno più volte messo in risalto la natura dell'istituto quale vicenda modificativa del contratto che risponde all'esigenza di riconfigurare il regolamento di interessi delle parti e che trova il proprio fondamento proprio nel principio di autonomia dei contraenti *ex art. 1322 c.c.*; infine si è sottolineato come l'intervento del legislatore che talvolta esclude la possibilità di inserire detta clausola, mentre altre ne procedimentalizza l'esercizio, faccia propendere per la generale ammissibilità dell'istituto.

Si è successivamente passati ad osservare come una clausola di *ius variandi* unilaterale possa essere legittima in un contratto asimmetrico, anche nelle ipotesi in cui il potere di modifica venga riservato alla "parte forte" del rapporto. La circostanza che alcuni rapporti contrattuali permangano in vita è particolarmente sentina ai fini della stabilità complessiva del sistema, tuttavia, questo potere non deve tradursi in abusi e prevaricazioni; si è al riguardo passati all'analisi delle fattispecie che disciplinano le modalità di esercizio del *ius variandi*; *in primis* relativamente alle ipotesi previste dal Codice del consumo, rispetto alle quali si è proceduto ad un *excursus* in materia di clausole vessatorie, osservando come la relativa clausola sia presuntivamente ritenuta abusiva, ma tale presunzione potrà essere superata qualora venga posta in essere nel rispetto delle condizioni positivamente prescritte, segnatamente: l'art. 33, comma 2, *lett. m)*, cod. cons. che prevede la necessaria esplicitazione del giustificato motivo posto a fondamento della modifica; l'art. 33, comma 2, *lett. o)*, cod. cons., che presume la vessatorietà della clausola che legittimi il professionista ad aumentare il prezzo del bene o del servizio, ma che non accordi al consumatore il diritto di recedere qualora l'aumento

sia eccessivo, osservando tra l'altro come le due previsioni non siano perfettamente coordinate; infine si è guardata la disciplina dei contratti bancari conclusi con un consumatore, nella quale è stato ritenuto preminente il bilanciamento delle tutele accordate al consumatore con quelle di iniziativa economica e di raccolta del risparmio presso il pubblico, il che si è tradotto in una disciplina di parziale *favor* per il professionista, che può esercitare i poteri di modifica entro margini di discrezionalità apparentemente più elevati, per poi osservare come la disciplina del codice del consumo e quella del T.U. Bancario non siano coordinate, rendendo indispensabile il lavoro dell'interprete.

A fronte della potenziale vessatorietà della clausola di *ius variandi*, nonostante l'impossibilità di una *reductio ad unum* dell'intera materia<sup>5</sup>, è comunque possibile trovare alcuni tratti comuni che ineriscono alla tutela del contraente debole, soprattutto in sede di trattative o in generale nel momento in cui interviene la modifica delle condizioni contrattuali, rispetto le quali un ruolo centrale è certamente assunto dalle modalità con cui vengono fornite le informazioni al consumatore, finalizzate a garantire la trasparenza del contratto e la sua generale esecuzione secondo buona fede.

In merito alla fase precontrattuale si è posta l'attenzione sull'educazione del consumatore bancario, sul presupposto che le asimmetrie della contrattazione *b2c*, specie nel settore bancario, siano accentuate dal tecnicismo che caratterizza la materia in esame; si è sottolineato il ruolo dell'educazione come elemento che favorisca la consapevolezza dei diritti e degli interessi dei consumatori bancari, giacché l'elevato numero di moduli e formulari standard che vengono consegnati al fine di adempiere agli obblighi di informazione e trasparenza gravanti sulle banche può tradursi in un'informazione completa ma di difficile comprensione. Si è passati

---

<sup>5</sup> La dottrina mette in rilievo le diverse funzioni della clausola attributiva del *ius variandi*; così IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, ne sottolinea la "finalità pregnante di mantenere, durante la pendenza del contratto, l'equilibrio sinallagmatico inizialmente voluto dalle parti"; o ancora NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, cit. 463, per il quale è strumento "efficiente, se correttamente esercitato" poiché garantisce flessibilità dell'operazione economica.

quindi a osservare il peso dell'informazione anche in merito alle pratiche commerciali scorrette, soprattutto con riguardo alla pubblicità ingannevole, e il ruolo che le leggi in materia di trasparenza (nonché il relativo provvedimento trasparenza della Banca d'Italia), hanno avuto sull'aspetto della resa di una pubblicità completa e fruibile anche dagli *omnes*. Proprio in merito alla trasparenza, infatti, si è osservato come il proliferare informativo ha fatto sorgere la necessità che il consumatore sia assistito nella comprensione delle informazioni fornite, al fine di prendere una scelta consapevole; si è quindi posto l'accento sul come informazione significhi fornire tutti gli elementi necessari per la valutazione del calcolo di convenienza economica del contratto, segnando quel passaggio che rende l'informazione "attiva", nel senso di una vera e propria consulenza che tenga conto delle preferenze espresse dal cliente. Sul piano formale invece l'intervento del legislatore in merito alle informazioni rese in sede precontrattuale, è stato funzionale alla creazione di un nesso tra informazione e contenuto del contratto, in quanto gli elementi essenziali del contratto sono individuati adempiendo agli obblighi di informazione; si è poi passati ad osservare da vicino la materia del credito al consumo, ove l'adempimento di detti obblighi avviene mediante la consegna del modulo informativo e la consulenza per la comprensione delle informazioni, sottolineando il diverso peso che nel tempo hanno avuti i differenti oneri. Si è infine posto particolare rilievo sul ruolo della buona fede quale limite generale all'esercizio del *ius variandi* e mezzo di tutela del contraente debole, sottolineando inoltre le differenze con il giustificato motivo. Per entrare nel vivo della trattazione, si è allora effettuato un *excursus* sulla disciplina dei contratti di credito al consumo, partendo dalla Direttiva 87/102/CEE che si collocava sulla scia degli interventi di armonizzazione minima, per arrivare alla Direttiva 2008/48/CE, che si vedrà essere un intervento di armonizzazione massima, ove la *ratio* ispiratrice è ravvisabile nell'intento di garantire maggiori e migliori forme di tutela ai consumatori e di riflesso favorire la crescita di un mercato transfrontaliero del credito; direttiva recepita dal d.lgs. 141/2010, che ha inciso in maniera significativa sul t.u. bancario; si è visto anche il ruolo che la successiva Direttiva 2014/17/UE,

sul credito immobiliare ai consumatori, ha avuto per la correzione delle problematiche sorte in merito all'applicazione della precedente direttiva. A quel punto si è posta l'attenzione sull'*iter* normativo che ha interessato il *ius variandi*, dall'originario nucleo nelle norme bancarie uniformi, passando per la Legge sulla trasparenza bancaria 154/92 e la contestuale L. 142/92, e la relativa trasposizione nel testo unico del credito. Dall'entrata in vigore del t.u.b., la disciplina ivi contenuta fu oggetto di critiche da parte della dottrina e dell'AGCM, che ravvisavano il potenziale abuso dell'istituto da parte delle banche a danno di consumatori e generale clientela, ragioni che hanno determinato l'intervento ad opera del D.L. 223/2006, ove i limiti e le condizioni di esercizio del *ius variandi* sono stati ridisegnati in termini parzialmente più rigorosi. A fronte dell'emanazione della direttiva 2008/48/CE, il recepimento è avvenuto col c.d. "decreto-sviluppo" con il quale è stato sostituito il Capo I Titolo VI del t.u.b, ai quali si sono aggiunti ulteriori interventi che hanno configurato l'attuale disciplina delle modifiche unilaterali del contratto. Si è quindi passati ad analizzare più da vicino l'art. 118 t.u.b.; *in primis* relativamente all'ambito di applicazione, che attiene ad i contratti di durata, con una distinzione in merito a quelli a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato, ove le modifiche non possono riguardare i tassi di interesse, per poi differenziare l'ambito di applicazione dal punto di vista soggettivo, distinguendo a seconda che controparte sia un consumatore o una microimpresa, dal momento che il comma 2-bis ammette la possibilità, nei contratti a tempo determinato, che siano inserite clausole che permettano la modifica dei tassi d'interesse alla sussistenza di eventi predeterminati.

Si è poi visto quali clausole possano essere oggetto di modifica unilaterale, addivenendo alla conclusione che il *ius variandi* operi sia in merito alle clausole economiche che normative, escludendo però che in sede di variazione possano essere inserite clausole nuove, guardando poi alla questione dei tassi indicizzati. A questo punto si è visto come il *ius variandi* possa essere esercitato mediante una comunicazione scritta che deve pervenire al destinatario con preavviso minimo di due mesi, sottolineando come il termine sia funzionale alla ponderazione del

risultato del regolamento contrattuale in seguito alla modifica, e guardando all'inciso che prevede la specifica approvazione per iscritto, il tutto in una logica di implementazione delle tutele garantite al contraente debole. Si è allora posta l'attenzione sulla nozione del giustificato motivo, limite all'esercizio del *ius variandi*, che costituisce il bilanciamento tra la necessaria flessibilità e discrezionalità che la banca deve essere in grado di poter esercitare e le esigenze di protezione della controparte contrattuale osservando, inoltre, le differenti sfumature che la dottrina attribuisce alla formula del giustificato motivo e la necessaria allegazione dello stesso. Si è dunque accennato alla disciplina delle variazioni dei tassi di interesse adottate in conseguenza di decisioni di politica monetaria, che si ritiene costituisca una fattispecie tipizzata di giustificato motivo; ancora è stato oggetto d'analisi la disciplina delle modificazioni unilaterali nei contratti quadro aventi ad oggetto i servizi di pagamento ed il relativo coordinamento con l'art. 33 cod. cons., in merito ai contratti bancari conclusi con il consumatore, soffermando l'attenzione sulla questione se la disciplina possa essere ricondotta o meno entro il perimetro del *ius variandi*.

Infine, si è fatta una panoramica del diritto di recesso, il quale viene accordato in termini di *ius poenitendi* al consumatore che stipula un contratto di credito entro quattordici giorni successivi alla conclusione ovvero, dal momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'art. 125-*bis*, comma 1, t.u.b., e delle norme di attuazione emanate dalla Banca d'Italia, se successivo; è prevista inoltre una disciplina del recesso ordinario dai contratti di durata di credito al consumo a tempo determinato, analoga a quella prevista dalla disciplina generale del contratto. Da ultimo si è analizzato il recesso legale quale contrappeso normativo attribuito al cliente-consumatore per reagire all'esercizio del *ius variandi*, posto in essere dalla banca, sollevando perplessità in ordine alla portata rimediabile dell'istituto, che nonostante il dichiarato intento, non è idoneo nel collocare le parti in una posizione di sostanziale parità.



## Capitolo I

### Le modificazioni unilaterali del contratto col consumatore

#### 1.1 Fondamento del *ius variandi* nel Codice civile

Il *ius variandi* è generalmente riconosciuto come il diritto potestativo di modificare unilateralmente le condizioni del contratto. Proprio partendo da questa definizione, viene già in rilievo come lo stesso possa essere considerato quale istituto eccezionale, derogatorio rispetto al disposto dell'art. 1372 c.c. nel quale viene consacrato il principio della "forza di legge" del contratto tra le parti e la necessità del mutuo consenso per lo scioglimento; pertanto, finché il sinallagma permane le parti non possono procedere a modifiche *ex uno latere*, dal momento che eventuali condotte contrarie costituiscono inadempimento ed espongono il contraente infedele alla risoluzione<sup>6</sup> del contratto e al risarcimento del danno.

Lo stesso art. 1372 c.c. riconosce un margine di deroga<sup>7</sup>, ovverosia quello dei casi previsti dalla legge, onde per cui è normativamente riconosciuto uno spazio di *ius variandi* legale; dubbi invece in passato residuavano in merito all'ammissibilità di un *ius variandi* di fonte convenzionale, anche se gli stessi ad oggi sono stati per lo più superati dal c.d. diritto dei nuovi contratti, di derivazione comunitaria - soprattutto in materia di trasparenza bancaria e di tutela del consumatore - in cui è lo stesso legislatore ad ammetterne la legittimità<sup>8</sup>, pur in assenza di una norma di portata generale che ne ammetta l'ammissibilità: se la disciplina *ex art. 33*, comma

---

<sup>6</sup> SANGIOVANNI, *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. Dir. Banc.*, dirittobancario.it, 8, 2012, pag 1.

<sup>7</sup> DI MARZIO F., *Clausola sullo ius variandi*, cit., p. 142, classifica il *ius variandi* nell'ambito delle vicende modificative del rapporto giuridico in deroga all'art. 1372 c.c.

<sup>8</sup> NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, cit., p.322 e ss, secondo cui non ha più senso interrogarsi sull'ammissibilità della clausola attributiva del *ius variandi*, dal momento che il legislatore ha riconosciuto l'ammissibilità di tali pattuizioni attraverso discipline improntate alla tutela del contraente debole (il cliente-il consumatore).

2, lett. m), n), o) codice del consumo prevede la presunzione di vessatorietà della clausola che attribuisce al professionista il potere di modificare unilateralmente e discrezionalmente il contenuto del contratto, ciò importa che è comunque accordata al professionista la possibilità di provarne la non-abusività, pertanto interpretando *a contrario* la norma, è possibile dedurre l'ammissibilità di detta clausola, se lecita. Al fine di meglio comprendere la *ratio* sottesa alla possibilità delle parti di prevedere valide clausole di modificazione del contratto, non si può prescindere dal vaglio delle fattispecie legali di *ius variandi*.

Ipotesi nominate vengono previste nella disciplina degli artt. 1661<sup>9</sup>, 1685<sup>10</sup> e 1925<sup>11</sup> c.c. per le quali è la legge stessa che tiene conto della possibilità che si manifesti l'esigenza di modificare le condizioni contrattuali *in executivis*, al fine di rendere la prestazione del contraente assoggettato a tale potere funzionale agli interessi della controparte, che lo può esercitare; il legislatore ha per lo più ritenuto preminente l'interesse di una delle parti del contratto, accordando rispettivamente al committente nell'appalto, al mittente nel trasporto e all'assicurato nei contratti assicurativi la possibilità di esercitare detto diritto potestativo, senza che, tuttavia, lo stesso si trasformi in uno "strumento di arbitrio e prevaricazione<sup>12</sup>": così il committente<sup>13</sup> incontra il limite di variazioni al progetto il cui ammontare non sia superiore al sesto del prezzo complessivo convenuto e le stesse non importino notevoli modificazioni alla natura dell'opera, fermo restando il diritto dell'appaltatore al compenso per i maggiori lavori eseguiti; limiti analoghi sono previsti anche per il mittente, salvo l'obbligo di rimborsare al vettore le spese e di

---

<sup>9</sup> Sull'art. 1661 RUBINO e IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO. *Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1665-1677)*, Bologna-Roma, 1992, 265 ss.

<sup>10</sup> Sull'art. 1685 IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro quarto. Delle obbligazioni*, cit., (Art. 1678-1702), 1970, sub art. 1685, 122 ss.

<sup>11</sup> Sull'art. 1925 PECCENINI, *Dell'assicurazione*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro quarto. Delle obbligazioni*, cit., (Art. 1882-1932), 2011, sub art. 1925, 259 ss.

<sup>12</sup> SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, Cedam, 2010, p. 1

<sup>13</sup> ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 557 s., sottolineando la *ratio* sottesa all'esercizio del *ius variandi*, osserva come "il committente inesperto delle tecniche che governano l'opera appaltata può trarre vantaggio dall'affidare al più competente appaltatore il potere di introdurre le varianti progettuali che strada facendo si rivelino utili per la maggior riuscita dell'opera."

risarcire i danni derivanti dal contrordine. Limiti che non esauriscono ogni margine di discrezionalità del committente o del mittente, poiché la possibilità di ordinare varianti nell'appalto, ovvero di sospendere il trasporto o disporre una diversa consegna, viene in ogni caso esercitata non tanto al verificarsi di eventi sopravvenuti e imprevedibili<sup>14</sup>, quanto in relazione ad una diversa valutazione degli interessi dedotti nel contratto, accordando, quindi, “una potestà *ad libitum* di mutare il risultato pattuito”.<sup>15</sup>

Differenti quanto ai presupposti, ma analoghe rispetto la possibilità di intervenire *in itinere* con modifiche unilaterali, sono le fattispecie *ex artt.* 1577 comma 2, 1686 comma 2, 1690 comma 1 e 1770 comma 2 cod. civ.<sup>16</sup>, ove il *ius variandi* assume il ruolo proprio di vicenda modificativa alternativa alla risoluzione, poiché gli eventi astrattamente presi in considerazione sono assimilabili ad un'impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex artt.* 1256 e 1464 c.c., onde per cui la modifica garantisce l'interesse del creditore al mantenimento del contratto, “secondo forme e modi definiti dall'obbligato in via sostitutiva<sup>17</sup>”.

L'analisi delle fattispecie legali, se ha il pregio di mettere in risalto le diverse funzioni del *ius variandi*, ha comunque una rilevanza per lo più dogmatica, poiché in dette ipotesi la valutazione circa la liceità di tale diritto è già stata fatta a monte dal legislatore.

Al fine di trovare una norma di portata generale che legittimi le parti ad intervenire *in executivis* con modifiche del contratto, la dottrina ha fatto leva su vari istituti di parte generale che, nonostante presentino un differente *nomen iuris*, potrebbero

---

<sup>14</sup> Nell'appalto è evidente la differenza con la disciplina *ex art.* 1664 c.c., ove la revisione del prezzo o la possibilità dell'appaltatore di chiedere un equo compenso sono collegati a circostanze imprevedibili che rendono maggiormente onerosa o difficoltosa la prestazione; esula tuttavia dal modello di *ius variandi*, avendo una funzione di revisione tipizzata del contratto.

<sup>15</sup> ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Padova, 1915, 312

<sup>16</sup> Rispettivamente: riparazioni urgenti dell'immobile che il conduttore può eseguire direttamente; facoltà di deposito o vendita delle cose consegnate in caso di impedimenti e ritardi nell'esecuzione del trasporto per il vettore; potere del mandatario di discostarsi dalle istruzioni ricevute; possibilità del depositario di esercitare la custodia in modo diverso da quello convenuto.

<sup>17</sup> SCARPELLO, *op. cit.*, 167.

essere qualificati come fattispecie di *ius variandi*; si vedrà, tuttavia, come si tratti di richiami impropri.

La prima e ricorrente analogia viene ravvisata nella disciplina dell'arbitraggio ex art. 1349 c.c.<sup>18</sup>: ad esser suscettibile di applicazione analogica sarebbe, chiaramente, soltanto il disposto relativo all'arbitraggio di parte, essendo un eventuale terzo, l'arbitratore, escluso dall'eventuale possibilità di esercitare il *ius varianidi*. In realtà la questione ruota attorno la determinatezza-determinabilità dell'oggetto ex art. 1346 c.c., rispetto la quale determinante -in negativo- è stato l'orientamento della Cassazione<sup>19</sup>; la Corte distingue tra la clausola che affidi all'*arbitrium merum* la determinazione della modifica, sanzionandola con la nullità e quella che, invece, viene ritenuta ammissibile, poiché rimette la determinabilità dell'oggetto all'equo arbitraggio di una delle parti. La pronuncia è stata fortemente criticata in dottrina<sup>20</sup>, sul presupposto che l'attribuzione del *ius variandi* ad una delle parti non implichi necessariamente l'indeterminabilità dell'oggetto, giacché tale evenienza potrebbe essere scongiurata dalle parti stesse, le quali dovrebbero prevedere in contratto le modalità con cui pervenire alla determinazione dell'oggetto. Tuttavia, la questione è stata dalla Corte stessa mal posta: la disciplina relativa al *ius variandi* opera su un piano radicalmente diverso rispetto a quella dell'art. 1349 c.c., poiché mentre l'arbitraggio interviene nel momento genetico di un accordo ancora lacunoso, quale vicenda integrativa del contratto, tanto che in caso di mancata determinazione dell'oggetto - ovvero mancata sostituzione del terzo - il contratto sarà nullo, il *ius variandi* è invece una vicenda modificativa che incide su un contratto già completo nei suoi elementi essenziali; inoltre, non va trascurata l'ulteriore differenza tra i due istituti per cui, mentre l'arbitraggio si caratterizza per l'obbligatorietà della determinazione della prestazione, nel *ius*

---

<sup>18</sup> GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Edizioni scientifiche italiane.

<sup>19</sup> Cass. 8 novembre 1997, n. 11003, dove in un contratto di agenzia, la Corte. sanzionava con la nullità quella clausola che avrebbe permesso alla società preponente di modificare *ad libitum* le tariffe provvigionali, poiché in contrasto con l'art. 1346 c.c. per indeterminabilità del corrispettivo spettante all'agente

<sup>20</sup> GAGGERO P., *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, cit., p. 35, n. 46, dell'oggetto.

*variandi* l'esercizio del potere di modifica è possibile ed eventuale, caratterizzandosi per discrezionalità sia nell'*an* che nel *quantum*<sup>21</sup>.

Ulteriore analogia con istituti di parte generale è ravvisata nella disciplina della condizione<sup>22</sup>, in particolare quella potestativa: le affinità senz'altro non vanno trascurate, entrambi gli istituti infatti, rendono precario il contratto nella sua dimensione effettuale, poiché il prodursi degli effetti viene legato alla volontà di una delle parti, pertanto così come l'art. 1355 c.c. prevede la nullità del contratto subordinato all'avverarsi di una condizione meramente potestativa, allo stesso modo dovrebbe essere considerata invalida la clausola attributiva di un *ius variandi* assolutamente discrezionale<sup>23</sup>; ma è concentrando l'attenzione sulla condizione potestativa che viene in rilievo la differenza strutturale dei due istituti, infatti nella condizione la volontà della parte si traduce nell'*incertus an*, che, qualora l'evento dovesse avverarsi, porterà ad un automatismo risolutivo, nel *ius variandi* invece<sup>24</sup>, il prodursi dell'evento fa sì che l'istituto continui "ad avere la foggia della situazione potestativa ad esercizio discrezionale<sup>25</sup>".

In considerazione delle differenze che intercorrono tra l'arbitraggio di parte e la condizione potestativa con il *ius variandi*, la disciplina dei suddetti istituti non potrà essere utilizzata per la ricostruzione in via interpretativa del *ius variandi*.

Argomento speso per negare l'ammissibilità di un *ius variandi* pattizio è quello che raffronta l'assenza di una norma di carattere generale che attribuisce ad una delle parti il diritto di modificare unilateralmente il contenuto del contratto e, invece, la speculare disciplina del recesso convenzionale ex art. 1373 c.c.: avendo il contratto "forza di legge" tra le parti, come non può essere modificato *ex uno latere*, così non potrebbe essere unilateralmente sciolto, possibilità invece riconosciuta dall'art. 1373 c.c. . Si sottolinea come l'esercizio del *ius variandi* risulti "discriminante" per

---

<sup>21</sup> Salvo i limiti di cui si dirà nel corso della trattazione.

<sup>22</sup> SCARPELLO, *op. cit.*, p. 116 ss.

<sup>23</sup> SCARPELLO, *op. cit.*, p. 122

<sup>24</sup> È condivisibile la precisazione di P. Sirena, *Il ius variandi della banca*, cit., secondo cui "non può parlarsi di *ius variandi* laddove la modificazione del contratto non sia rimessa alla volontà di una delle parti contraenti, ma avvenga automaticamente al verificarsi di una circostanza sopravvenuta.

<sup>25</sup> S. PAGLIANTINI, *Modificazione unilaterale del contratto (diritto civile)*, cit., p. 502.

la parte che subisce le modifiche giacché, a differenza del recesso, l'esercizio di tale potestà vincola uno solo dei contraenti non solo al contenuto originario dell'accordo, ma anche a quanto stabilito in corso di esecuzione dalla parte che tale diritto può esercitare<sup>26</sup>, aggiungendo, inoltre, come l'assoggettamento di una delle parti al recesso sia meno gravosa rispetto la variazione *in executivis*, la quale "parrebbe incompatibile con la necessaria base consensuale e paritaria del rapporto contrattuale"<sup>27</sup>. Tuttavia, altra dottrina<sup>28</sup> osserva come non in tutte le ipotesi il *ius variandi* legale sia qualificabile come diritto potestativo, ma talvolta la modificazione interviene col consenso della controparte, nel senso che a fronte della decisione unilaterale di una parte, l'altra potrà reagire col rimedio del recesso: la modifica si traduce in uno schema bilaterale per cui a fronte della dichiarazione di una parte di voler modificare il contratto, la controparte, non recedendo, tacitamente accetta la variazione, facendo sì che il silenzio assuma un ruolo significativo<sup>29</sup>. Se l'argomento presenta indubbio fascino, nella misura in cui è in grado di mettere a tacere le opinioni che escludono l'ammissibilità del *ius variandi*, poiché in contrasto con la necessaria bilateralità dell'accordo, dato che la modifica sarebbe soltanto apparentemente unilaterale, tuttavia non si può far a meno di considerare come le fattispecie legali di *ius variandi* non prevedano tutte il rimedio del recesso, dimostrando come l'ordinamento contempa ipotesi di modifiche *ex uno latere*. Inoltre, qualificare il silenzio come una tacita accettazione di una modifica bilaterale, svisciva la posizione della parte che si trova nell'alternativa tra soggezione alla modifica ovvero recesso, che implica in ogni caso il venir meno di un contratto che *ab initio* avrebbe prodotto effetti favorevoli per la stessa, dimostrando pertanto, come il *ius variandi* sia comunque qualificabile come diritto

---

<sup>26</sup> DI MARZIO, *Clausola sullo ius variandi*, in CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi commerciale*, XXIV, *Clausole ricorrenti – accordi e discipline*, Torino, Utet, 2004.

<sup>27</sup> SCHLESINGER, *op. cit.*, p.19. e per la maggiore arbitrarietà del potere di modifica V. ROPPO, *op. cit.*, p. 555.

<sup>28</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 503

<sup>29</sup> FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, in Riv. crit. Cit., 414.

potestativo che assoggetta la controparte, che potrà scegliere se subire la modifica ovvero “subire” lo scioglimento del vincolo.

La configurabilità di un *ius variandi* convenzionale è comunque frutto dell’elaborazione dottrinale<sup>30</sup> e giurisprudenziale<sup>31</sup>, che, partendo dall’analisi della *ratio* sottesa alle ipotesi di *ius variandi* legale e delle norme che ne autorizzano la previsione in contratto, ne hanno riconosciuto l’efficacia nell’ambito delle vicende modificative del contratto, fino a consolidare la portata funzionale dell’istituto, rispondete all’esigenza di adeguamento del regolamento di interessi e di riequilibrio delle posizioni contrattuali; in merito è stato osservato<sup>32</sup> come “In generale, il *ius variandi*, si giustifica soprattutto quando la materia del contratto è fluida, soggetta a evoluzioni e sopravvenienze che possono richiedere aggiustamenti successivi nell’interesse comune dei contraenti.”

La questione relativa all’ammissibilità della clausola attributiva del potere di modifica unilaterale del contratto di fonte convenzionale si è allora concentrata nell’ambito del dibattito di coloro che la escludono, sul presupposto della necessaria bilateralità delle vicende modificative e coloro che invece pongono in risalto il disposto dell’art. 1322 c.c. che cristallizza il principio dell’autonomia dei contraenti di autoregolare i propri interessi. A tal proposito autorevole dottrina ha sostenuto che il dogma “forza di legge” del contratto dovrebbe porlo “al riparo” da modificazioni non consensuali, siano esse volute dalla legge, dal giudice o da una sola delle parti<sup>33</sup>; di segno opposto l’opinione di altra dottrina<sup>34</sup>, che osserva come

---

<sup>30</sup> V., tra tutti, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, cit. 18. ss.

<sup>31</sup> Una recente pronuncia del *CdS*, sent.1529/2020, riprende gli orientamenti dottrinari in materia di *ius variandi*, sottolineando un primo orientamento, minoritario, che esclude l’esercizio di tale potere in mancanza di una norma generale che ne legittimi l’esercizio; un secondo orientamento, maggioritario, per il quale si ritiene che tale potere sia configurabile in ogni contratto, dal momento che, in assenza di espressi divieti legali, rientra nell’ambito dell’autonomia negoziale delle parti inserire clausole che attribuiscono ad una di essa la possibilità di modificare unilateralmente il contratto.

<sup>32</sup> ROPPO, *op. cit.*, p. 557 s.

<sup>33</sup> G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 11: l’Autore sottolinea come l’ordinamento sia ormai permeato da numerosissime norme imperative che, sostituendosi o comunque prevalendo sulla volontà dei contraenti, mettono in dubbio il primato dell’autonomia sulla volontà della legge.

<sup>34</sup> SALANTIRO, *le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, VIII, t. 3, Torino, 1983

spesso detta formula *ex art. 1372 c.c.* viene strumentalizzata, nel senso di sottolineare l'aspetto della vincolatività delle parti agli effetti del contratto, così come dalle stesse configurati, escludendo la possibilità di intervenire con modifiche *ex uno latere* del rapporto contrattuale; tuttavia, non è mancato di farsi notare come una clausola attributiva dello *ius variandi* di fonte negoziale trovi il suo fondamento nell'accordo stesso delle parti, tale per cui l'art. 1372 c.c. è una norma che "completa il principio di autonomia contrattuale" *ex art. 1322 c.c.*<sup>35</sup> e non si pone in contrasto con lo stesso, per cui difficilmente il *ius variandi* può considerarsi clausola illecita; inoltre il dogma dell'intangibilità del vincolo non viene sconosciuto dalla previsione di un *ius variandi* convenzionale, dal momento che le modifiche dovranno necessariamente trovare il proprio titolo nel contratto stesso, ovvero nella legge, senza subire ingerenze esterne<sup>36</sup>.

Nel prosieguo della trattazione si analizzeranno i profili di potenziale abusività di un tale diritto potestativo, ragione per cui in alcune specifiche ipotesi il legislatore è intervenuto prevedendo un espresso divieto di clausola attributiva il *ius variandi*<sup>37</sup>; in altre ha invece previsto specifici limiti e contrappesi normativi<sup>38</sup>, sicché, può dedursene che l'intervento del legislatore di regolazione singole fattispecie di modifica unilaterale, faccia propendere per una generale ammissibilità del *ius variandi*, anche perché le norme *ad hoc* che ne prevedono la nullità, qualora l'istituto fosse generalmente inammissibile o illecito, non avrebbero ragione d'esistere<sup>39</sup>. È possibile osservare come le ipotesi di clausole considerate nulle *ex lege*, ineriscano ad un eventuale *ius variandi ad libitum*, corroborando la tesi

---

<sup>35</sup> SCARPELLO, *op. cit.*, cit., 114, per il quale resta salva la natura bilaterale del contratto giacché «delegare alla parte la sorte del contratto costituisce espressione di quella stessa autonomia negoziale che la determinazione unilaterale dovrebbe mettere in discussione»

<sup>36</sup> 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, sottolinea 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».

<sup>37</sup> L.192/98 art. 6 "è nullo il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura".

<sup>38</sup> Particolare attenzione si dedicherà alla disciplina *ex art. 33 cod. cons. e art. 118 t.u.b.*

<sup>39</sup> BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale del contratto*, cit., 202 ss.

secondo cui l'ammissibilità dell'istituto va ancorata ad una valutazione degli interessi che si intendono preservare, che, se meritevoli di tutela, traducono il potere di modifica in una "misura più confacente al realizzarsi o all'equilibrato svolgersi del sinallagma contrattuale"<sup>40</sup>.

Interpretando la disciplina di settore e gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, può concludersi per l'ammissibilità del *ius variandi* convenzionale. Tuttavia, le diverse modalità con cui le modifiche possono essere esercitate, fanno sì che il trattamento normativo dell'istituto non venga ricondotto ad un "blocco unitario"<sup>41</sup>, ma conduca ad una differenziazione nella disciplina che tenga conto del contratto specifico in cui interviene la modifica, dell'incidenza della stessa e del *quomodo* del suo esercizio, al fine di valutare entro quali limiti e con quali rimedi detto potere possa essere considerato legittimo.

## **1.2 Il *ius variandi* nei contratti asimmetrici**

La disciplina generale del contratto presuppone una situazione di parità formale e sostanziale tra i contraenti che, a seguito di una fase di trattative, pervengono insieme all'accordo, determinando così il contenuto del contratto. Tuttavia, la prassi commerciale dimostra un differente assetto con riguardo alla forza contrattuale delle parti, ove vi è un soggetto in posizione di superiorità, solitamente imprenditore, in grado di imporre ad una potenziale clientela un contratto predisposto unilateralmente, senza che questi possano eventualmente procedere a trattative individuali<sup>42</sup>, se non nei limiti degli specifici elementi riferiti a quella operazione; se è pur vero che il fenomeno della contrattazione di massa è stato preso in considerazione dal legislatore negli artt. 1341 c.c. sulle condizioni generali di

---

<sup>40</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 497.

<sup>41</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, 8.

<sup>42</sup> OPPO G., *Disumanizzazione del contratto?* in *Riv. Dir. Civ.* 1998, I, p. 525 ss.

contratto e 1342 c.c. sui contratti conclusi mediante moduli o formulari<sup>43</sup>, non bisogna trascurare che l'evoluzione del mercato e l'attuale realtà dello stesso hanno determinato un panorama nel quale la tutela codicistica è senz'altro necessaria, ma non sufficiente<sup>44</sup>: da qui l'attenzione al settore della contrattazione asimmetrica, che è frutto dell'acquisita consapevolezza circa la differente forza contrattuale che intercorre tra le parti, considerata già legislatore in alcune fattispecie tipiche, quali la subfornitura, e resa particolarmente esigente nell'ambito del diritto dei nuovi contratti, *in primis* nei contratti del consumatore e nei contratti bancari. Conseguenza diretta è stata l'avvertita necessità di intervenire con tecniche di tutela del contraente debole volte a ricondurre ad un fisiologico equilibrio le posizioni delle parti. Proprio in ragione di questa esigenza il *ius variandi* assume in questo ambito una disciplina peculiare che tende a ridurre il potere di modifica del contraente forte per restituirlo al contraente debole<sup>45</sup>.

Parte della dottrina<sup>46</sup> osserva l'istituto ritenendo che in un settore caratterizzato da un differente potere economico e contrattuale delle parti, il *ius variandi*, quale strumento volto a riequilibrare le posizioni dei contraenti rispetto l'originario assetto di interessi, assume qui un ruolo di garanzia, che offre una "tutela rafforzata" al contraente in posizione subalterna. Tuttavia, l'esigenza di regolare in maniera più incisiva l'esercizio del potere di variare il contenuto del contratto nasce dalla circostanza che lo stesso viene per lo più riservato alla parte forte del rapporto attraverso la compilazione di moduli o formulari standard, amplificando quella situazione di squilibrio che è già insita nei contratti asimmetrici, soprattutto se si tratta di contratti *b2c*. Autorevole dottrina ha tuttavia osservato come "il *ius variandi* può essere strumento di arbitrio e prevaricazione di un contraente

---

<sup>43</sup> ALESSI R., *La disciplina generale del contratto, Terza edizione*, Torino, p. 211 ss.;

<sup>44</sup> Osserva VITERBO F.G., *Le clausole vessatorie*, in CAPOBIANCO E. (a cura di), *Contratti bancari*, come lo strumento della specifica approvazione per iscritto, requisito di forma *ad substantiam*, sia risultato poco efficace "soprattutto ei contratti fortemente squilibrati, dove il cliente, spinto dal bisogno di stipulare il contratto, finisce sempre per apporre tutte le sottoscrizioni richieste", p. 366 ss.

<sup>45</sup> DI MARZIO, *Ius variandi e nuovo diritto dei contratti*, DGA, 2016, p. 2

<sup>46</sup> GAMBINI, *op. cit.*, la quale, in riferimento al consumatore, qualifica il potere unilaterale modificativo come "*ius variandi* di protezione", p. 100.

sull'altro. Ma può essere anche un meccanismo per sistemare in modo efficiente, ragionevole, equilibrato gli interessi delle parti, e segnatamente l'interesse della parte che apparentemente lo subisce<sup>47</sup>”.

La *ratio* di fondo per cui il potere unilaterale di modifica è comunque riconosciuto in questo ambito, è ravvisabile nella necessità del professionista di procedere alla modifica complessiva del proprio pacchetto di contratti, a fronte di variazioni di mercato o altre sopravvenienze, che la rendono più conveniente rispetto un'eventuale rinegoziazione o ad un generalizzato rinnovo<sup>48</sup>, ne è esempio la disciplina dettata dall'art. 33, 3 e 4 comma cod. cons., in merito ai contratti aventi ad oggetto servizi finanziari, ove l'esigenza di garantire la stabilità del sistema finanziario, determina una disciplina maggiormente favorevole per il professionista, che può inserire clausole di modifica unilaterale che, qualora siano sorrette da un giustificato motivo, sono sottratte alla presunzione di vessatorietà; è stato infatti osservato come “Forme similari di tutela “forte” dell'interesse della parte debole [...] sono, con ogni probabilità, destinate a moltiplicarsi in un mondo sempre più preoccupato di evitare abusi da parte del contraente che si ritenga possa trovarsi in “posizione dominante”. [...] Appare quindi opportuno un atteggiamento più aperto a considerare il rapporto contrattuale come suscettibile di subire modificazioni di varia natura e fonte, non necessariamente consensuale, ravvisando nei poteri di ciascun contraente, quand'anche idonei a sconvolgere unilateralmente e discrezionalmente il programma inizialmente concordato, un fenomeno per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo”<sup>49</sup>.

Ammettendo l'esercizio del *ius variandi* anche negli accordi caratterizzati da un genetico squilibrio – che sia lo stesso economico o informativo – viene in rilievo l'esigenza che il contratto, o singole clausole dello stesso, non siano frutto della posizione di superiorità di una parte in danno del contraente debole.

---

<sup>47</sup> ROPPO, *op. cit.*, p. 557 s.

<sup>48</sup> LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca impresa e società*, 1997, 62 ss.

<sup>49</sup> SCHLESINGER, *op. cit.*, 419.

Al fine di limitare il rischio di abusi nell'esercizio del *ius variandi*, il canone generale della buona fede *in executivis ex* 1375 c.c. costituisce senz'altro un parametro da non trascurare, giacché permette di sindacare la compatibilità dell'esercizio concreto di detto potere con le ragioni che ne hanno determinato la previsione in contratto, comportando l'inefficacia delle modifiche in contrasto con tale canone.

I contratti del consumatore sono al riguardo un esempio emblematico, rispetto ai quali la disciplina ivi prevista da un lato accorda al professionista la possibilità di modificare le condizioni contrattuali, dall'altro prevede la nullità delle clausole che determinano un significativo squilibrio in danno al consumatore, di cui il *ius variandi*, riservato al professionista, per il quale il legislatore detta una presunzione generale di vessatorietà *ex art. 33, comma 2 lett m) ed o) cod. cons.*

Oltre la disciplina consumeristica, è stato oggetto di specifici interventi normativi il *ius variandi* esercitato: dall'istituto di credito nei rapporti bancari e di finanziamento *ex art. 118 t.u.b.*; dall'organizzatore o dall'intermediario nei contratti di pacchetto turistico *ex art. 40 e 41 cod. tur.*; dai gestori dei servizi di telefonia nei confronti degli abbonati *ex d. lg. 259/2003*; dalla società nei confronti del multiproprietario, qualora l'ammontare del corrispettivo da versare annualmente per la partecipazione azionaria nel capitale sia rimessa al consiglio d'amministrazione [...]<sup>50</sup>; in tutte queste ipotesi è possibile osservare uno schema procedimentale comune: a fronte di una proposta modificativa, che potrà pervenire o un forza di un procedimento vincolato *ex iure* ovvero liberamente, ma limitata rispetto le modalità informative e i presupposti applicativi, alla controparte è accordata la sola possibilità di rifiutarla mediante recesso.

Lo stato di fisiologica soggezione della parte debole del rapporto, dovrebbe far spostare il ragionamento sul *ius variandi* nei contratti asimmetrici non tanto sulla questione dell'ammissibilità, ormai superata dagli espliciti riconoscimenti normativi in taluni settori dell'ordinamento, quanto sui limiti operativi che vengono

---

<sup>50</sup> L'individuazione delle ipotesi di *ius variandi* nei contratti asimmetrici si deve a PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 490

differentemente modulati a secondo della controparte assoggettata all'esercizio di detto potere: in materia, il canone del *favor consumatoris* è stato determinante per l'evoluzione della disciplina. In definitiva può dirsi che il diritto dei contratti asimmetrici non pone dei limiti assoluti che ostano all'esercizio del *ius variandi*, ma osservando come la variazione del regolamento contrattuale sia *proprium* caratteristico non della patologia, ma della fisiologia dell'accordo, ne vengono disciplinate le condizioni di legittimità.

### 1.3 Disciplina nel Codice del consumo

L'espresso riconoscimento normativo della clausola di modifica unilaterale del contratto accordata al professionista è frutto dell'acquisita consapevolezza circa la sua diffusione nella contrattazione *b2c*, ragion per cui il legislatore, invece di procedere a una disciplina delle singole ipotesi tipiche di *ius variandi*, tecnica utilizzata per alcune fattispecie del Codice civile, ne ha definito i limiti di ammissibilità e ne ha procedimentalizzato l'esercizio<sup>51</sup>.

Preliminarmente è però necessario procedere ad un *excursus* in materia di tutela del consumatore: nell'ambito del processo di armonizzazione e unificazione del diritto degli Stati membri dell'Unione Europea, finalizzato alla creazione e al funzionamento del mercato unico europeo<sup>52</sup>, si colloca la direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori<sup>53</sup>, secondo cui si presumono vessatorie, sino a prova contraria, le clausole che, malgrado la

---

<sup>51</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, p. 3

<sup>52</sup> L'art. 169 TFUE (in origine 153 TCE) prevede che l'Unione assicuri un livello elevato di protezione dei consumatori e, a tal fine, contribuisce a tutelare la loro salute, sicurezza ed i loro interessi economici e ne promuove il diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi.

<sup>53</sup> Inizialmente attuata a livello interno attraverso la novella Codice civile inserendo la disciplina sulle clausole abusive nel Capo XIV-bis (del Titolo II del Libro IV). Successivamente è stata trasferita nel c.d. *Codice del consumo* ex d.lgs. 206/2005, artt. 33 ss.

buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33, 1 comma cod. cons.)<sup>54</sup>.

L'art. 33, comma 2, cod. cons., prosegue con un'elencazione, esemplificativa e non tassativa, delle clausole che si presumono *iuris tantum* vessatorie, rispetto al quale la dottrina ha distinto in termini generali tra "clausole di squilibrio" e "clausole di sorpresa"<sup>55</sup>, per poi procedere ad una classificazione sostanziale<sup>56</sup> distinguendole in: "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".

Riconducibili alle "clausole di sorpresa" sono senz'altro le clausole che consentono al professionista 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*), ovvero "stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione" (*lett. n*), o

---

<sup>54</sup>La formula contenuta nell'art. 3, par. 1 della direttiva 1993/13/CEE ha posto non pochi problemi interpretativi, dal momento che non era chiaro se il giudizio di vessatorietà dovesse far riferimento al parametro della buona fede in termini oggettivi ovvero se andasse valutato solo il "significativo squilibrio". Si auspicava che il legislatore interno recepisce il canone in termini oggettivi, in modo da ancorare il giudizio di vessatorietà ad una 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). Tuttavia, il legislatore ha tradotto la formula "malgrado la buona fede", comportando il protrarsi di interpretazioni contrapposte. In senso oggettivo CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 29; sul fatto che l'oggettività sia implicita nel significativo squilibrio BIANCA C.M., *Diritto civile*, cit., p.379. Il contrasto sembra superato dalla versione italiana della Comunicazione della Commissione europea del 2019 recante "orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13" che ravvisa l'abusività delle clausole nel "contrasto con il requisito della buona fede".

<sup>55</sup> ROPPO V., *op. cit.*, p. 287, la prima categoria farebbe riferimento a quelle clausole che comportano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, mentre nella seconda rientrerebbero quelle clausole che rendano «l'esecuzione del contratto significativamente differente da quella che il consumatore legittimamente potrebbe aspettarsi».

<sup>56</sup> DE NOVA G., *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 230,

ancora 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*).

Disciplina che incontra delle parziali deroghe nel caso il cui il professionista non sia quello genericamente inteso, quanto il professionista finanziario, per cui in merito allo specifico settore dei contratti relativi a servizi finanziari l’art. 33, comma 3, cod. cons., consente di modificare le condizioni contrattuali alla ricorrenza di un giustificato motivo, non necessariamente preventivamente indicato ma con la necessità di un congruo preavviso e conseguente diritto di recesso per il consumatore, proseguendo con ulteriori specificazioni, che permettono di osservare l’esistenza di una disciplina differenziata per i contratti bancari e finanziari del consumatore.

Nonostante un apparente sfavore verso questo potere fortemente penalizzante per il consumatore, il suo concreto esercizio può determinare la salvezza della clausola, se esercitato nei limiti e alle condizioni prefissate dal legislatore; condizioni che hanno il fine di limitare quell’asimmetria dettata dall’attribuzione del *ius variandi* alla parte forte. In termini generali può osservarsi come il *ius variandi* nel codice del consumo assume i connotati di un potere proprio del contraente in posizione di superiorità, che si attribuisce la facoltà di esercitarlo attraverso una clausola contrattuale non negoziata, circostanza che ne ha determinato l’inserimento nella c.d. *gray list* di cui all’art. 33, comma 2, cod. cons., con tutti i corollari e i limiti operativi, di cui qui di seguito.

### **1.3.1 Art. 33, comma 2, lett. m), codice del consumo: il giustificato motivo**

L’art. 33, comma 2, *lett. m)*, cod. cons. presume l’abusività della clausola che consente al professionista la modificazione delle clausole contrattuali ovvero delle

caratteristiche del prodotto o del servizio in esso dedotti senza un giustificato motivo, il quale deve essere espressamente indicato nel contratto stesso.

Stando alla lettera della norma, a legittimare la modifica e a vincere la presunzione di vessatorietà è la previsione di un giustificato motivo, che dovrebbe rappresentare una garanzia sufficiente per il consumatore<sup>57</sup>. Lo stesso viene qualificato come presupposto e limite del *ius variandi* poiché tende a racchiudere in una formula dai contorni sfumati<sup>58</sup> tutti quegli eventi che siano “sì perturbativi del sinallagma, ma che non compromettono irrimediabilmente la funzionalità dell’operazione economica”.<sup>59</sup>

Se ad oggi la prassi applicativa tiene conto di detto limite soprattutto nei contratti bancari, in quanto espressamente richiamato nel corpo dell’art. 118 t.u.b., è in seno al codice del consumo che è nato il dibattito circa il significato concreto da attribuire ad una clausola di *ius variandi tout court* corredata di un giustificato motivo<sup>60</sup>.

Si osserva come il potere di modificazione riconosciuto al professionista sia potenzialmente vastissimo, dal momento che i limiti sono appunto soltanto l’esistenza di un giustificato motivo e l’eventuale sindacato giurisdizionale circa l’effettiva sussistenza dello stesso, cosicché oggetto della *variatio* può essere potenzialmente qualsiasi clausola del contratto, sia quelle a contenuto economico che normativo. La previsione del giustificato motivo funge da argine alla discrezionalità del professionista, evitando che si trasformi in mero arbitrio e tutela il consumatore da uno “sgradevole ed esiziale effetto sorpresa”<sup>61</sup> che, per lo più, si concretizza in un trasferimento dei rischi di inadempimento in capo al consumatore stesso, il quale di sovente si trova in una posizione di difficoltà nella valutazione

---

<sup>57</sup> RIZZUTO, *sub art. 1469-bis*, co. 3, n. 11, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, (a cura di) BIANCA, BUSNELLI, 1997, 936 ss.

<sup>58</sup> *Contra* DOLMETTA, *op. cit.*, 6., che lo qualifica come clausola generale.

<sup>59</sup> Così PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 512 ss.

<sup>60</sup> Secondo parte della dottrina, NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, p. 469, il giustificato motivo non è altro che una formula che nasconde in una nuova veste, la clausola generale di buona fede.

<sup>61</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, p. 3

del rischio economico assunto aderendo al contratto predisposto dal professionista<sup>62</sup>.

Ulteriore condizione richiesta per vincere la presunzione di vessatorietà è l'espressa indicazione nel contratto del giustificato motivo, adempimento formalistico che determina in capo al professionista l'onere di individuare e specificare quelle sopravvenienze che possano legittimare l'esercizio del potere modificativo; è stato osservato<sup>63</sup> come la vicenda giustificativa deve necessariamente consistere in eventi oggettivi che abbiano un riflesso diretto sul sinallagma, senza che "variazioni *ad personam*", collegate a esigenze del professionista, possano assumere un qualche ruolo giustificativo, dal momento che le stesse potrebbero essere comunque dichiarate nulle per contrasto con l'art. 33, comma 1, cod. cons.<sup>64</sup>; non va inoltre trascurato come i motivi dedotti per l'eventuale modifica dovranno necessariamente coincidere con interessi meritevoli di tutela<sup>65</sup> per l'ordinamento, consistenti in ragioni serie e gravi, e non devono essere frutto della fisiologica asimmetria della forza contrattuale, fermo restando che detti motivi, per essere giustificati, saranno sindacabili alla stregua del principio generale di buona fede.

È stato inoltre osservato come la norma non faccia nessun espresso riferimento al recesso, ritenuto una costante dei contratti asimmetrici, sollevando il dubbio in merito alla circostanza che in realtà lo stesso venga assorbito dal giustificato motivo<sup>66</sup>; la Cassazione<sup>67</sup> sul punto ha adottato un diverso orientamento, ritenendo perfettamente lecita la clausola modificativa accompagnata da un giustificato motivo ma sprovvista della facoltà di recedere, sul presupposto che il recesso sia un *quid* alternativo al giustificato motivo e non complementare allo stesso. Parte della

---

<sup>62</sup> LENER, BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in GABRIELLI, MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*

<sup>63</sup> SCARPELLO, *op. cit.*, 132

<sup>64</sup> COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis, 3° comma*, in ALPA G. e PATTI S. (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, p. 466.

<sup>65</sup> GAMBINI, *op. cit.*, 216

<sup>66</sup> PAGLIANTINI, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la cassazione (aspettando la corte di giustizia)*, p. 200

<sup>67</sup> Cass. 18 settembre 2007, n. 19366; Cass. 17 marzo 2010, n. 6481

dottrina è tuttavia di contrario avviso<sup>68</sup>, ritenendo che una simile circostanza - sussistenza della condizione giustificante ma assenza del recesso - possa comunque essere considerata vessatoria per contrasto con l'art. 33, comma 1, cod. cons., poiché determinerebbe quasi certamente un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, salvo che detta clausola sia frutto di una specifica trattativa individuale intercorrente tra professionista e consumatore che, ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. cons., la sottrae al giudizio di vessatorietà<sup>69</sup>.

### **1.3.2 Art. 33, comma 2, lett. o), codice del consumo: il recesso**

L'art. 33, comma 2, lett. o), cod. cons. presume la vessatorietà della clausola che consente al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere dal contratto, a fronte di aumenti eccessivamente elevati del prezzo rispetto a quello originariamente convenuto.

Sono chiaramente escluse dall'ambito di applicazione del giudizio di vessatorietà le clausole contrattuali di indicizzazione o adeguamento meccanico del corrispettivo o del prezzo<sup>70</sup>, pertanto la disposizione si applica in riferimento alle ipotesi di modifica unilaterale esercitata *ad libitum*<sup>71</sup>.

La norma pone vari problemi interpretativi: *in primis* quello relativo al significato da attribuire all'eccessività dell'aumento, dal momento che la formula non è ancora la valutazione a parametri normativi o indici di riferimento; pertanto, sarà

---

<sup>68</sup> GRASSI e MINUCCI, *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)*

<sup>69</sup> Secondo D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I, 645 ss., nonostante la trattativa individuale faccia venir meno la presunzione di vessatorietà, si ha una prevalenza di un giudizio di validità condotto alla stregua della disciplina generale del contratto, segnatamente *ex art. 1229 c.c.*

<sup>70</sup> È pur sempre una clausola del contratto a prevedere *variationes* della prestazione, ma dal momento che la stessa è ancorata ad un indice assunto a parametro di riferimento non si può neanche parlare di *ius variandi*. V., Cass. 25 novembre 2002, n. 16568.;

<sup>71</sup> AMATO C., *Art. 1469-bis, comma 3, n. 13*, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, II, 949 s.

opportuno in primo luogo verificare quale sia il risultato economico e giuridico perseguito dalle parti, successivamente valutare l'effetto della modifica sull'originario assetto di interessi, tenendo conto dei "valori stabiliti per la categoria di transazioni in cui rientra quella specificatamente in oggetto"<sup>72</sup> e infine valutare la differenza tra risultato prospettato e risultato prospettabile a fronte della *variatio*; qualora il divario sia evidente, si ritiene integrata l'eccessività dell'aumento del prezzo<sup>73</sup>. Tuttavia, la norma presume la vessatorietà della clausola non tanto nella misura in cui sia consentito al professionista di aumentare anche eccessivamente il prezzo, quanto nell'ipotesi in cui detta previsione non sia ancorata alla conseguente facoltà, per il consumatore, di recedere dal contratto.

Per vincere la presunzione di vessatorietà parrebbe esser sufficiente la previsione del recesso, col il quale si andrebbe a realizzare un adeguato bilanciamento tra il *ius variandi* sul prezzo riservato al professionista e il rimedio ablativo attribuito al consumatore.

Proprio perché la *lett. o)* riconosce l'ammissibilità incondizionata di *variationes ad libitum* senza che le modifiche sul prezzo vengano subordinate alla presenza di un giustificato motivo, la dottrina<sup>74</sup> ha sostenuto la tesi di una specialità della norma rispetto alla *lett. m)*; in realtà più che di specialità, bisognerebbe piuttosto spostare l'attenzione sull'infelice coordinamento tra le due disposizioni<sup>75</sup> ove la *lett. m)* - che prevede la presunzione di vessatorietà della clausola in assenza di un giustificato motivo espressamente indicato - riferisce il *ius variandi* a qualsiasi

---

<sup>72</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, p. 4

<sup>73</sup> Secondo FARNETTI, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, il giudizio sull'eccessività va effettuato alla stregua dell'art. 1468 c.c. e non ex art. 1467 c.c., poiché va fatto un raffronto sul valore della prestazione prima e dopo la modifica e non tenendo conto del valore della controprestazione.

<sup>74</sup> 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 osserva che, nonostante l'adozione del criterio di specialità risponda all'esigenza di coordinamento delle diverse disposizioni sul *ius variandi*, è comunque un'interpretazione «insoddisfacente negli esiti» ed in contrasto con l'interpretazione desumibile dalla direttiva, dal momento che ammettere la prevalenza della presunzione dettata dalla *lett. o)* su quella della *lett. m)*, nell'ipotesi in cui sia concesso al professionista di aumentare il prezzo, comporterebbe accettare una diminuzione della tutela prevista per il consumatore, che sarebbe in contrasto con la *ratio* di fondo nella disciplina comunitaria.

<sup>75</sup> ROPPO, *op. cit.*, 285 ss.

clausola del contratto, pertanto ben potrebbe riferirsi anche al potere di aumentare il prezzo del bene o del servizio, circostanza che invece trova una sua esplicita disciplina nella *lett. o)*, ove la vessatorietà sussiste qualora non venga accordato al consumatore il potere di reagire mediante recesso; essendo il giustificato motivo considerato *leitmotiv* della disciplina consumeristica, si ritiene<sup>76</sup> che lo stesso, pur in assenza di una espressa menzione nel corpo della norma, sia implicitamente subordinato in una valutazione che sarà effettuata *ex post* dal giudice.

L'orientamento della Cassazione<sup>77</sup> sul punto sembra però essere differente, dal momento che ha sottolineato come la clausola di rivedibilità del prezzo che realizza un interesse del professionista meritevole di tutela, ma spoglia di un giustificato motivo non altera la *causa contractus* e pertanto, soprattutto se in assenza di un incremento eccessivo, non sarà vessatoria se accompagnata dal recesso.

Non pare di potersi accogliere un simile orientamento, quantomeno avendo a riguardo i contratti a tempo determinato: nell'eventualità in cui si ammettesse la possibilità del professionista di inserire nel contratto una clausola di *ius variandi ad libitum* col solo contrappeso del recesso per il consumatore, allorquando determinate circostanze sopravvenute determinino un venir meno dell'interesse del professionista all'esecuzione del contratto, per come inizialmente configurato, verrebbe concesso al contraente forte un espediente per la risoluzione anticipata, eludendo il termine inizialmente stabilito<sup>78</sup>; esito questo probabile, ma non certo, se non altro perché il recesso è una forma di tutela non efficace nell'ipotesi in cui il consumatore continui ad avere un significativo interesse al mantenimento del contratto, col rischio che anche una *variatio* eccessiva venga sopportata dallo stesso, al quale l'ordinamento non accorda una forma di tutela strettamente rispondente alle esigenze del consumatore; l'esito paradossale di una disciplina così

---

<sup>76</sup> S. PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei, commento a CGUE, sez. IX, 26 febbraio 2015, n. 143 e CGUE*, p. 753 ss.

<sup>77</sup> Cass. 18 settembre 2007, n. 19366

<sup>78</sup> PROFETA, *sub art. 126-sexies*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di Mancini-Rispoli Farina- Santoro – Sciarrone Alibrandi e Troiano, 2011, 558.

consegnata, è quello per cui al consumatore risulterebbe più utile una clausola di *ius variandi* sul prezzo sprovvista della facoltà di recedere, cosicché in caso di aumento eccessivo la stessa potrebbe essere soggetta al giudizio di vessatorietà, dichiarata nulla e il prezzo della prestazione verrebbe ricondotto a quello pattuito *ab origine*<sup>79</sup>.

### 1.3.3 Le deroghe previste per i contratti bancari e finanziari del consumatore

La normativa del codice del consumo ha previsto una disciplina di carattere generale in merito alle condizioni di esercizio del *ius variandi* convenzionale esercitato dal professionista. Il secondo paragrafo, *lett. a) e b)*<sup>80</sup> dell'allegato alla direttiva 93/13/CEE ha previsto una regolamentazione differenziata con riguardo ai contratti stipulati col fornitore di servizi finanziari. Nell'ottica di bilanciare le esigenze di tutela del consumatore con quelle di iniziativa economica e di risparmio, *proprium* dell'attività bancaria, sono stati previsti limiti di squilibrio sopportabile parzialmente più favorevoli per il professionista<sup>81</sup>; in merito la dottrina<sup>82</sup> ha infatti osservato come “la stessa ottica di valutazione dell'abuso contrattuale appare deformata” in riferimento al settore bancario “se si tiene presente che le clausole, normalmente qualificabili come vessatorie, possono apparire giustificate in quanto non inserite per la finalità egoistica della massimizzazione del profitto dell'impresa,

---

<sup>79</sup> V., in questo senso, PAGLIANTINI, *ult. op. cit.*, p. 203;

<sup>80</sup> “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” e “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”

<sup>81</sup> CAPOBIANCO E., *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 506 ss.

<sup>82</sup> Parole di MARTORANO F., *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 1994, p. 129

ma in un'ottica diversa, quale quella della stabilità del sistema a tutela di quel risparmio che costituisce la materia prima con la quale le banche operano, e quindi, in definitiva, a tutela di un'altra faccia della medesima clientela”.

Nel recepimento della direttiva e nella trasposizione nel codice del consumo, il legislatore interno se n'è leggermente allontanato, soprattutto nell'adozione di un criterio oggettivo per individuare l'ambito di applicazione della disciplina, che infatti inerisce ai “contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari”, il che ha determinato l'applicazione della norma con riguardo ai contratti stipulati da banche, intermediari finanziari e società di intermediazione mobiliare<sup>83</sup>, poiché soggetti che stipulano contratti riconducibili a quel criterio. Interpretando estensivamente la nozione di “prestazione di servizi finanziari” la dottrina maggioritaria ritiene che la deroga operi con riguardo a tutte le operazioni di pagamento e di cambio, gestione del risparmio, concessione di credito e tutta l'attività bancaria<sup>84</sup>; l'orientamento minoritario invece propende per un'interpretazione restrittiva della definizione, nel senso che nell'ambito della “prestazione dei servizi finanziari” non andrebbe ricondotta l'attività bancaria *tout court*, ma solo quella che implica l'erogazione del credito o un finanziamento al cliente<sup>85</sup>; interpretazione forse preferibile, senonché la necessità di garantire l'applicazione uniforme della Direttiva in tutti gli Stati membri ha portato ad aderire all'orientamento prevalente, poiché l'interpretazione estensiva della nozione di “prestazione di servizi finanziari” appare sovrapponibile al criterio soggettivo, previsto dalla Direttiva stessa.

La disciplina derogatoria del codice del consumo prevede segnatamente: l'art. 33, comma 3, *lett. b)*, cod. cons., sui servizi finanziari a tempo indeterminato, in deroga alle *lett h)* e *m)*, consente al professionista di recedere, qualora vi sia un giustificato

---

<sup>83</sup> CUBEDDU M. G., *Sub art. 1469-bis, 4° comma*, p. 641.

<sup>84</sup> GAGGERO, *op. cit.*, p. 344

<sup>85</sup> 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*, p. 242 e ss.

motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore, ovvero di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali alla ricorrenza di un giustificato motivo, senza che tuttavia sussista la necessità di una previa indicazione dello stesso nel contratto, ma col solo onere di darne congruo avviso al consumatore che potrà sempre recedere dal contratto;

l'art. 33, comma 4, cod. cons. sui servizi finanziari in generale ammette la possibilità del professionista di modificare, senza preavviso, sempreché vi sia un giustificato motivo in deroga alle *lett. n) e o)* del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto;

l'art 33, comma 5, cod. cons., prevede che le norme sul *ius variandi* del comma 2 non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonché la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera;

l'art. 33, comma 6, cod. cons., prevede la non applicazione delle *lett. n) e o)* alle clausole di indicizzazione dei prezzi, ove consentite dalla legge, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte.

In riferimento ai commi 3, *lett. b)* e 4 dell'art. 33 cod. cons. la questione che è stata sollevata attiene alla circostanza per cui sembra essere stata introdotta un'ipotesi di *ius variandi* legale<sup>86</sup>, sul presupposto che il dato letterale depone in tal senso, il che si tradurrebbe però, in un *minus* di tutela garantita al consumatore, il quale potrebbe trovarsi nella posizione di subire l'esercizio della modifica unilaterale pur in

---

<sup>86</sup> BOCCHINI, *Art. 33, comma 3*, in CESARO (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, IV ed., Padova, 2007, 342:” nel testo della norma nazionale, il legislatore prevede un'ipotesi di recesso legale che la direttiva non prevedeva. In sostanza, mentre la direttiva comunitaria considerava non vessatoria la clausola contenente un recesso non convenzionale nella prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, il codice (...) sembra saltare il fosso e introdurre un'ipotesi di vero e proprio recesso legale”.

assenza di una espressa menzione nel contratto della possibilità di esercitare detta facoltà, il che sembrerebbe in contrasto con la *ratio* della direttiva<sup>87</sup>; tuttavia più attenta dottrina ha escluso l'introduzione di fattispecie di *ius variandi* legale in merito al 3° e 4° comma dell'art. 33 cod. cons., ritenendo che detto potere debba pur sempre risultare da una specifica previsione contrattuale, e ha interpretato i commi come disposizioni che dettano le condizioni di ammissibilità della clausola di modifica unilaterale del contratto avente ad oggetto servizi finanziari, per la quale restano valide le presunzioni generali di legittimità, considerato anche che l'art. 33 cod. cons. disciplina le clausole vessatorie e le eventuali deroghe sono previste al comma 2.

Rimandando al resto della trattazione, può comunque già osservarsi come la disciplina del Codice del consumo non sia perfettamente raccordata con quella del Testo unico del credito, sicché il compito di coordinamento è stato lasciato all'interprete: si ritiene che le normative siano in rapporto di "specialità reciproca"<sup>88</sup>, infatti il t.u.b disciplina esclusivamente i contratti bancari, tra i quali quelli con i consumatori, il codice del consumo invece disciplina i contratti con i consumatori, anche in materia bancaria; pertanto, i contratti bancari con i consumatori sono disciplinati da entrambe le normative, criterio guida per l'interprete sarà chiaramente quello del *favor consumatoris*.<sup>89</sup>

Le differenze relative al *ius variandi ex art. 118 t.u.b.* stanno nella circostanza che, è esercitabile in presenza di un giustificato motivo, che nel credito al consumo deve essere espressamente circostanziato (a differenza dell'art. 33, comma 3, cod. cons.), e non *ad nutum*; è necessaria l'espressa approvazione per iscritto del potere di variazione *ex art. 118, comma 1, t.u.b.*, fatto salvo in ogni caso il diritto di recesso del cliente alle condizioni inizialmente pattuite entro il termine di sessanta giorni

---

<sup>87</sup> GAGGERO, *op. cit.*, p. 352

<sup>88</sup> DI MARZIO F., *op. cit.*, p. 9

<sup>89</sup> L'art. 8 della Direttiva 93/13/CEE, infatti accorda agli Stati membri dell'Unione la possibilità di mantenere in vigore le norme maggiormente protettive, così nell'ipotesi in cui la disciplina più vecchia detti una tutela maggiore per il consumatore, sarà applicabile in luogo della nuova in deroga al criterio di prevalenza della legge successiva su quella precedente.

dalla comunicazione dell'avvenuta variazione e senza spese aggiuntive, specificazione assente nel codice del consumo. Tutte le clausole contrattuali inserite in un contratto bancario stipulato con un consumatore che non garantiscano il livello minimo di tutela desumibile dal combinato disposto della disciplina consumeristica con quella del Testo unico del credito, saranno soggette al giudizio di vessatorietà.

## Capitolo II

### La tutela del cliente e del consumatore bancario

#### 2.1 La fase precontrattuale

In merito all'esercizio del *ius variandi* da parte di una banca o di un istituto di credito, è normativamente riconosciuta la possibilità che la clausola attributiva di detto potere sia contenuta *ab origine* nel corpo del contratto, al quale il cliente-consumatore potrà aderire o meno. In ragione di ciò, prima di osservare da vicino l'evoluzione normativa dell'art. 118 t.u.b. e dei presupposti e limiti ad esso connessi, è necessario preliminarmente soffermarsi sulla tutela della "parte debole" del rapporto nella fase che precede la vera e propria formazione del contratto.

La qualità delle relazioni che le banche intrattengono con la clientela *lato sensu* intesa è un elemento fondamentale ai fini della stabilità e competitività del settore; di ciò il legislatore ha mostrato una sempre più crescente consapevolezza, che lo ha indotto ad intervenire soprattutto sulla materia della trasparenza nel mercato bancario e finanziario e sul ruolo della corretta comunicazione e informazione alla clientela. D'altronde, la raccolta del risparmio presso il pubblico e l'esercizio del credito sono principi predicati dall'art. 47, comma 1, Cost., sicché la tutela del "pubblico", inteso come pluralità di individui che l'ordinamento ritiene destinatari e meritevoli di una disciplina speciale<sup>90</sup>, è un fine di rango costituzionale, non di certo trascurabile dagli attori del mercato bancario e finanziario.

L'obiettivo primario è quindi quello di accrescere le forme di tutela offerte ai consumatori, oltre che soddisfare i loro interessi; attività che di riflesso produrrà

---

<sup>90</sup> E non solo "un complesso di soggetti non predeterminabile", così CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 312; FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, vol. I, cit., 125 ss., si osserva come presso il pubblico si svolga la sola attività di raccolta del risparmio e non anche quella di esercizio del credito, quale caratteristica essenziale all'attività bancaria. Da ciò la particolare attenzione che il legislatore ha dedicato alla materia.

risultati economici “duraturi e sostenibili”<sup>91</sup> anche per la solidità delle banche stesse.

Nel settore della contrattazione bancaria, è stato osservato come l’attività bancaria - ancorché attività d’impresa e in quanto tale slegata dallo “scopo di utilità generale (finché non ne sia specificatamente investita)”<sup>92</sup> - non sia totalmente estranea agli interessi pubblici, quantomeno per quanto attiene al suo connaturato carattere di utilità sociale; da ciò la necessità che le autorità creditizie<sup>93</sup> svolgano l’attività di vigilanza avendo riguardo alle finalità di “sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario” ex art. 5 t.u.b.; autorità creditizie che ai sensi dell’art. 127, comma 1, t.u.b. “esercitano i poteri previsti dal presente Titolo” avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell’art. 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela”.

Considerate le peculiarità del settore, il legislatore ha tenuto conto delle esigenze di tutela non solo nella fase di vera e propria contrattazione e di successiva esecuzione del contratto, ma già in quella antecedente di incontro sul mercato tra banca e consumatori.

La fase precontrattuale era già stata presa in considerazione dal legislatore del ’42, che agli artt. 1337 e 1338 c.c. detta una disciplina proiettata sulla responsabilità del potenziale contraente che durante le trattative agisce in mala fede ovvero non comunica alla controparte eventuali cause di invalidità a lui conosciute; disciplina sì efficace, ma non perfettamente rispondente alle peculiari esigenze di protezione dei clienti e dei consumatori bancari; pertanto, il legislatore, prima europeo e poi interno, è intervenuto sulla fase che precede le stesse trattative, soffermandosi in particolare sull’educazione del consumatore e sull’incontro sul mercato, qualora avvenga a fronte di pratiche commerciali scorrette.

---

<sup>91</sup> TARANTOLA A.M., *Regole e comportamenti nelle relazioni tra banche e clienti*, p. 13

<sup>92</sup> OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.* 1994, I, 25 ss., p. 32

<sup>93</sup> *Ex art.1, co.1, t.u.b, lett. a)* per cui si intendono: Comitato interministeriale per il credito e il risparmio; Ministro dell’economia e delle finanze; Banca d’Italia.

## 2.1.2 L'educazione del consumatore bancario

Il diritto all'educazione del consumatore è oggi espressamente previsto dall'art. 169 TFUE<sup>94</sup>, il quale prevede che “la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”. Si tratta di un tema che assume una sempre maggiore attenzione, soprattutto in ambito settoriale, come dimostra la Direttiva 2014/17UE, sul credito immobiliare ai consumatori, in cui l'educazione finanziaria viene qualificata all'art. 6 come un dovere primario degli Stati membri, infatti al *considerando* n. 29 è previsto come: “Al fine di accrescere la capacità dei consumatori di prendere autonomamente decisioni informate e responsabili in materia di accensione di prestiti e di gestione del debito, gli Stati membri dovrebbero promuovere misure a sostegno dell'educazione dei consumatori relativamente all'accensione responsabile di prestiti e alla gestione del debito, in particolare per i contratti di credito ipotecario. È particolarmente importante fornire orientamenti ai consumatori che contraggono per la prima volta un credito ipotecario. A tale riguardo la Commissione dovrebbe individuare esempi di migliori pratiche per agevolare l'ulteriore sviluppo di misure tese a potenziare la consapevolezza dei consumatori in materia finanziaria”, per poi al Capo 2 concentrarsi in particolar modo sull'educazione finanziaria dei consumatori<sup>95</sup>, la quale viene intesa nel senso di

---

<sup>94</sup> È stata trasfusa nel TFUE la disciplina *ex art.* 153 TCE, che innovava la già esistente disciplina protettiva di cui all'art. 129 A del Trattato di Maastricht.

<sup>95</sup> Infatti, l'art. 6 recita “1. *Gli Stati membri promuovono misure atte a favorire l'educazione dei consumatori in merito a un indebitamento e a una gestione del debito responsabili, in particolare per quanto riguarda i contratti di credito ipotecario. Per guidare i consumatori, specialmente quelli che sottoscrivono un credito ipotecario per la prima volta, sono necessarie informazioni chiare e generali sulla procedura per la concessione del credito. Sono inoltre necessarie informazioni sulla guida che le organizzazioni di consumatori e le autorità nazionali possono fornire ai consumatori.* 2. *La Commissione pubblica una valutazione degli strumenti di educazione finanziaria a disposizione dei consumatori negli Stati membri e individua gli esempi di migliori pratiche che potrebbero essere ulteriormente sviluppate al fine di accrescere la consapevolezza in materia finanziaria dei consumatori*”

una vera e propria istruzione o formazione finanziaria<sup>96</sup>, necessitata dalla “scarsa cultura finanziaria”<sup>97</sup> dei consumatori stessi.

A livello nazionale l’art. 2, comma 2, *lett. d*), cod. cons. qualifica come fondamentale il diritto all’educazione al consumo<sup>98</sup>, che viene poi espressamente ripreso dall’art. 4 cod. cons.<sup>99</sup> nel quale si sottolinea il carattere finalistico dell’educazione del consumatore - e anche dell’utente - per favorire la consapevolezza dei loro diritti e dei loro interessi, per poi sottolineare al comma 2 come “Le attività destinate all’educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili.” Sulla formulazione dell’art. 4 cod. cons. la dottrina ha mostrato perplessità poiché ritenuta “sostanzialmente priva di un autentico contenuto precettivo”<sup>100</sup>; lo stesso non può invece dirsi in merito all’attenzione che viene rivolta all’educazione del consumatore bancario, il quale

---

<sup>96</sup>Ove PATTI F.P., in *L’educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, osserva invece come nella versione inglese della Direttiva è usata la formula *financial education*, in quella tedesca si parla invece di *Finanzbildung*.

<sup>97</sup> Cfr. *Considerando* n. 4 dir. 2014/17/UE.

<sup>98</sup> Rilievo già previsto dall’art. 1, comma 2, l. 30 luglio 1998, n. 281 (*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*)

<sup>99</sup> La *Relazione illustrativa* al codice del consumo in merito spiega che "educazione del consumatore" si è inteso il processo mediante il quale il consumatore apprende il funzionamento del mercato e la cui finalità consiste nel migliorare la capacità di agire in qualità di acquirente o di consumatore dei beni e dei servizi, che sono giudicati maggiormente idonei allo sviluppo del proprio benessere. Ne è conseguito il tentativo di introdurre espliciti riferimenti all’educazione del consumatore, quale attività o processo informativo o di istruzione che non abbia quale oggetto il bene o il servizio di una specifica impresa o marca, ma la categoria generale alla quale il bene o il servizio appartiene. In tale contesto, il processo educativo non assume in alcun modo finalità promozionale del consumo, ma si limita a evidenziare quali attributi dell’offerta siano da valutarsi per poter inferire le prestazioni del prodotto, e quali attributi, seppure non visibili o non valutabili a priori, siano maggiormente influenti sulle prestazioni. Inoltre, l’educazione deve permettere al consumatore di conoscere la dinamica temporale e causale con cui i legami fra attributi e prestazioni siano soliti manifestarsi. Pertanto, il richiamo all’educazione del consumatore è volto all’esemplificazione delle caratteristiche tecniche che rendono percepibili e misurabili i diversi attributi dei prodotti, nonché i loro effetti nel tempo. A questo obiettivo si affianca il fine di limitare le più frequenti distorsioni percettive di cui i consumatori soffrono in fase di raccolta, elaborazione e valutazione delle informazioni relative alle diverse categorie di beni e servizi da acquistare».

<sup>100</sup> DE CRISTOFARO, *Codice del consumo*, in *Enc. Giur.*, Agg. 2007, Roma, 2008, 5.

viene tutelato anche dagli obblighi che si vanno profilando in capo alle autorità creditizie, tenute a osservare quell'insieme di regole relative alla "trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" che si sostanziano in un formalismo informativo funzionale alla correttezza dei rapporti con i consumatori, in termini di un'informazione esauriente "che favorisca la comprensione delle caratteristiche, dei rischi e dei costi dei prodotti finanziari offerti e ne consenta la facile confrontabilità con altre offerte"<sup>101</sup>.

È stato inoltre osservato<sup>102</sup> come l'attività di educazione bancaria e finanziaria sia *condicio sine qua non* degli obiettivi perseguiti mediante la disciplina degli obblighi informativi, poiché se è pur vero che le informazioni da fornire necessariamente alla collettività sono notevolmente aumentate, non va tuttavia trascurato il dato per cui la mole di dette informazioni, il tecnicismo delle stesse e le modalità con le quali vengono fornite, potrebbero condurre il consumatore ad una cognizione parziale o errata di quanto illustrato in sede precontrattuale; l'educazione finanziaria assume pertanto il ruolo di attività prodromica alla "comprensione dell'elevato numero di informazioni imposte dalla direttiva e ad aumentare la consapevolezza del consumatore relativamente a una scelta idonea ad incidere sulla sua esistenza". L'azione di educazione quindi, mira a permettere scelte economiche consapevoli del cliente e aumentarne il benessere. Ciò può di riflesso limitare i rischi degli intermediari e aumentare la fiducia del pubblico negli operatori economici<sup>103</sup>, non a caso la sopracitata Direttiva sul credito immobiliare ai consumatori, al *considerando* n. 3 sottolinea come "un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico" L'educazione

---

<sup>101</sup> *La tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali e della correttezza delle relazioni con la clientela*, in [www.obiettivobancaditalia.it](http://www.obiettivobancaditalia.it)

<sup>102</sup> PATTI F.P., *op. cit.*, p. 1427

<sup>103</sup> <https://www.bancaditalia.it/compiti/tutela-educazione/index.html>

finanziaria deve pertanto precedere le informazioni che il consumatore riceve nella fase precontrattuale.

### 2.1.2 Le pratiche commerciali scorrette

Per quanto concerne invece l'incontro sul mercato, non va trascurato il profilo delle pratiche commerciali scorrette<sup>104</sup> nei confronti del consumatore bancario. La scorrettezza della pratica, secondo quanto previsto dall'art. 20, comma 2, cod. cons. deriva dalla contrarietà alla diligenza professionale e dall'idoneità a falsare il comportamento del consumatore medio<sup>105</sup>. Si tratta chiaramente di una clausola generale, pertanto la scorrettezza o meno di una pratica andrà valutata in riferimento a quella concretamente posta in essere.

Tra le pratiche commerciali scorrette vi rientra anche la pubblicità ingannevole, dal momento che la stessa può pregiudicare il comportamento economico del consumatore medio, qualora lo induca o è idonea ad indurlo in errore, assumendo una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso<sup>106</sup>, avendo

---

<sup>104</sup> Per cui si intendono “Qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori” ex art. 18, comma 1, *lett. d*), cod. cons.

<sup>105</sup> La Direttiva 2005/29CE, al *considerando* n. 18, individua “come parametro di riferimento il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali, linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte a evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio bambini, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo. È quindi opportuno includere nell'elenco di pratiche considerate in ogni caso sleali una disposizione che, senza imporre uno specifico divieto alla pubblicità destinata ai bambini, tuteli questi ultimi da esortazioni dirette all'acquisto. La nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità statali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie”.

<sup>106</sup> Il pregiudizio viene valutato già in chiave potenziale e non reale, così CGUE, sez. VI, 19 dicembre 2013, C281-12, in *Pluris*, secondo cui “una pratica commerciale dev'essere qualificata come ingannevole, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 2005/29, qualora tale pratica,

riguardo ad uno degli elementi indicati nell'art. 21, comma 1, cod. cons.; le banche sono pertanto obbligate ad astenersi dall'attuare pratiche commerciali ingannevoli o aggressive a danno dei consumatori, considerata anche la complessità delle informazioni pubblicitarie rese dalle banche, che le rende già fisiologicamente poco intelleggibili.

Dall'entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria<sup>107</sup>, il cui fine precipuo era quello di evitare gli abusi di posizione dominante delle banche per salvaguardare il mercato, ha avuto inizio un percorso volto ad assicurare ai clienti una chiara e corretta informazione in materia di tassi, di prezzi e di altre condizioni. A tal proposito viene in rilievo la disciplina del t.u.b, segnatamente il titolo IV rubricato "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti"<sup>108</sup>. Se la disciplina propria della trasparenza sarà oggetto di specifica attenzione nel corso dell'indagine, può già osservarsi come il disposto *ex art.* 116 t.u.b obbliga le banche e gli intermediari finanziari a render noti "in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento è pubblicizzato il Tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. (Per le informazioni obbligatorie) non può esser fatto rinvio agli usi." Il riferimento alla clientela potrebbe indurre ad interpretare la disposizione limitatamente alla fase dell'esecuzione del contratto, tuttavia il comma 4, il quale prevede che "Le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'articolo 1336 codice civile", conferma come la disposizione si applichi già nella fase precontrattuale, stante l'idoneità del messaggio pubblicitario a raggiungere una platea indefinita di destinatari.

---

da un lato, contenga informazioni false o possa ingannare il consumatore medio e, dall'altro, sia idonea ad indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso. [...] nella nozione di decisione di natura commerciale rientra qualsiasi decisione che sia direttamente connessa con quella di acquistare o meno un prodotto."

<sup>107</sup> Legge 17 febbraio 1992, n. 154 "norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari".

<sup>108</sup> Rubrica così sostituita ad opera dell'art. 4, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141

Il titolo IV del t.u.b. congiuntamente al c.d. “provvedimento trasparenza” della Banca d’Italia<sup>109</sup> disciplinano le modalità con cui deve essere realizzata la pubblicità: gli annunci pubblicitari devono essere riconoscibili come tali, deve infatti essere chiara la natura di messaggio con finalità promozionale, annunci che devono fare riferimento ai documenti informativi, i quali vanno messi a disposizione dei clienti. Nel dettaglio si tratta di: guide pratiche, foglio informativo, documento di sintesi e la copia completa del contratto.

- I. Le guide pratiche sono documenti riguardanti il credito immobiliare ai consumatori, il credito ai consumatori, l’accesso all’ABF e i conti correnti offerti ai consumatori e i servizi associati<sup>110</sup>, che illustrano in modo semplice caratteristiche e costi di determinati servizi e le modalità di esercizio dei dritti ad essi connessi;
- II. il foglio informativo contiene informazioni sull’intermediario, sulle condizioni e sulle principali caratteristiche dell’operazione o del servizio offerto, l’elenco completo delle condizioni economiche, le clausole contrattuali riguardanti il diritto di recesso spettante al cliente e alla banca, i tempi massimi per la chiusura del rapporto e i mezzi di tutela stragiudiziale a disposizione dei clienti;
- III. la copia completa del contratto può essere ottenuta gratuitamente, la sua consegna non vincola alla conclusione e le eventuali modifiche attuate dalla banca vanno necessariamente comunicate;
- IV. il documento di sintesi concerne le singole condizioni che ineriscono a quello specifico rapporto contrattuale, riportando le condizioni pubblicizzate nel foglio informativo.

Il capo IV del t.u.b detta inoltre un regime specifico per la pubblicità in materia di credito immobiliare ai consumatori *ex art. 120 octies* che, ai fini di una maggiore

---

<sup>109</sup> Provvedimento del 29 luglio 2009 e successive modifiche “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”.

<sup>110</sup> Elenco non definitivo, la Banca d’Italia può indicare altre operazioni e servizi; le guide sono predisposte secondo i modelli pubblicati sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it) e, per la Guida sull’Arbitro Bancario Finanziario, sul sito [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

chiarezza delle informazioni, prevede al comma 3 come talune di esse debbano “essere specificate con l’impiego di un esempio rappresentativo”, nonché la disciplina *ex artt.* 123 e 124 t.u.b. sul credito ai consumatori, che impone in capo all’intermediario, oltre all’onere di chiarezza relativamente alle informazioni pubblicizzate, che vanno anche evidenziate graficamente e supportate dall’esempio rappresentativo, un’ulteriore obbligo volto a permettere al consumatore “prima che egli sia vincolato da un contratto o da un’offerta di credito,” di conoscere “le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito”<sup>111</sup>.

Può pertanto concludersi nel senso che la disciplina relativa alla fase precontrattuale mira a garantire che al cliente vengano fornite informazioni corrette, chiare ed esaurienti che agevolino la comprensione delle caratteristiche del bene o del servizio offerto, dei rischi e in generale delle condizioni del contratto favorendo in tal modo anche la concorrenza nel mercato e la sua stabilità<sup>112</sup>.

## **2.2 Obblighi di informazione e trasparenza**

Alla base della disciplina consumeristica è possibile scorgere sempre la stessa *ratio* di protezione: il legislatore vuole attenuare il divario informativo tra le parti, per permettere al consumatore di compiere una scelta pienamente consapevole circa le

---

<sup>111</sup> La nuova disciplina sulla trasparenza sottolinea come il legislatore si sia mosso secondo una logica che mira non solo alla conoscenza delle informazioni necessarie, ma ad una vera e propria comprensione. Sul punto v. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l’evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra imprese e consumatori*, in *Banca borsa*, 2011, I, 246 ss.

<sup>112</sup> Al riguardo CAPOBIANCO, *op. cit.*, osserva come “Sul presupposto della necessità di tutelare e, al contempo rafforzare la libertà di scelta del consumatore tra più offerte, l’analitica regolamentazione del prodotto bancario per mezzo dell’indicazione delle condizioni essenziali del contratto contribuisce infatti alla costituzione di un mercato del credito concorrenziale, mettendo il cliente nelle condizioni di potere confrontare delle offerte omogenee”, p. 1833

condizioni e le conseguenze relative alla stipula del contratto; maggiori sono le asimmetrie, più avvertita è l'esigenza di tutela.

Come già accennato, la complessità delle informazioni proprie del settore bancario e finanziario ha portato la dottrina a parlare di una posizione del consumatore in termini di "sudditanza psicologica e di conclamata inferiorità rispetto agli operatori professionali con cui entra in rapporto, dal punto di vista sia della competenza tecnica, sia delle informazioni acquisibili, sia delle scelte, sia del controllo e del potere contrattuale"<sup>113</sup>. A tal fine, nonostante un orientamento della Corte di giustizia<sup>114</sup> che ragiona in termini di "quantità", si ritiene che le informazioni fornite ai consumatori debbano essere facilmente comprensibili, sicché un numero elevato di informazioni non necessariamente costituisce puntuale adempimento degli obblighi di informazione. Il proliferare informativo ha fatto sorgere la necessità che il consumatore sia assistito nella comprensione delle informazioni fornite, al fine di prendere una scelta consapevole: la disciplina *ex artt.* 120 *novies*, comma 2 e 120 *terdecies*, comma 3, t.u.b., in materia di credito immobiliare ai consumatori e il già richiamato art. 124, comma 1, t.u.b., sul credito ai consumatori, impongono alla banca di tener conto "delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore" così come di fornire quanto necessario per permettere un confronto tra le offerte e far prendere una scelta consapevole; a tal fine, l'art. 120 *novies*,

---

<sup>113</sup>ALPA e GAGGERO, *Profili generali dei contratti del consumatore per la fruizione di servizi bancari, finanziari, di investimento ed assicurativi*, in ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, 827.

<sup>114</sup> C. giust. UE, 21 dicembre 2016, cause C-154/15, C-307/15 e C-308/15, secondo cui bisogna utilizzare chiarezza e comprensibilità anche con finalità informative (artt. 4, § 2 e 5 direttiva 93/13/CEE), ai fini della c.d. trasparenza sostanziale, onde per cui l'intermediario dovrebbe fornire più informazioni e più dettagliate; cosa si intenda per trasparenza sostanziale emerge anche in C. giust. 26 febbraio 2015, C-143/13, Matei, dove si afferma che: "*l'obbligo della trasparenza delle clausole contrattuali sancito agli articoli 4, paragrafo 2, e 5 della direttiva 93/13... non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile di queste ultime sui piani formale e grammaticale... risulta in particolare dagli articoli 3 e 5 della direttiva 93/13 nonché dai punti 1, lettere j) e l), e 2, lettere b) e d), dell'allegato di tale direttiva che, ai fini del rispetto dell'obbligo di trasparenza è di rilevanza essenziale la questione se il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità del meccanismo di modifica del tasso di interesse e il rapporto tra tale clausola e le altre relative alla remunerazione del mutuatario, di modo che un consumatore informato possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano*".

comma 3, t.u.b., accorda al consumatore un periodo di riflessione pari ad almeno sette giorni, per permettere una decisione informata; durante la decorrenza del periodo di riflessione la banca (o in generale il finanziatore) resta vincolata all'offerta, la quale può essere accettata in qualsiasi momento dal consumatore.

In termini generali, un'autorevole dottrina<sup>115</sup> ha osservato come il ruolo della trasparenza oggi rispetto le esigenze di tutela, assume particolare importanza: “nel Testo Unico bancario [ove] la trasparenza contrattuale è posta in grande rilievo: conferisce addirittura denominazione ad un titolo (il VI) del corpo normativo. Essa è intesa in senso di comunicazione “al pubblico” di informazioni riguardanti i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti (art. 116 t.u.b.), ed è quindi sinonimo di pubblicità, relativa a specifici contenuti dei rapporti istituendi o già istituiti; ma include anche l'obbligo di forma scritta dei contratti, e quindi allude agli effetti della conclusione mediante documento piuttosto che con accordo verbale; ed include anche un contenuto contrattuale obbligatorio (art. 117 t.u.b.) circa il tasso di interesse, e ogni altro prezzo o onere; sicché trasparenza qui significa chiarezza del rapporto ottenuta mediante il complesso di informazioni offerte al contraente perché possa conoscere e valutare l'operazione economica al momento della conclusione, e, una volta concluso il contratto, posso controllare il comportamento della controparte; in più trasparenza significa conformità del contratto al contenuto tipico determinato in base alla denominazione e ai criteri specifici qualificativi dettati dalla Banca d'Italia; inoltre implica limitazioni alla modificazione unilaterale delle condizioni contrattuali ove non siano comunicate ai clienti (art. 118 t.u.b.), ed infine implica l'obbligo di comunicazioni periodiche alla clientela”.

---

<sup>115</sup> ALPA G., *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore, Intervento tenuto nell'ambito del Seminario su “Banche e mercati italiani nella prospettiva internazionale” S. Marco - Perugia, 19 marzo 2004*, p. 21

La peculiarità degli obblighi di informazione nel settore dei contratti di credito (al consumo o di investimento finanziario), sta proprio nell'onere di fornire alla parte debole del rapporto tutti gli elementi necessari per la valutazione del calcolo di convenienza economica del contratto, andando oltre la chiara e corretta rappresentazione delle condizioni contrattuali, sì che la dottrina ha sottolineato come in questi casi è maggiormente corretto parlare di informazione-consulenza e non informazione-comunicazione<sup>116</sup>; obblighi informativi precontrattuali per i quali sussiste in capo al finanziatore, che fornisce il credito al consumatore, l'onere di consegna del modulo contenente le c.d. "informazioni europee"<sup>117</sup> ex art. 124 t.u.b. Detta informazione-comunicazione ha subito un processo di "contrattualizzazione", nel senso che, l'informazione resa in sede precontrattuale si sostanzia in un'anticipazione del contenuto del contratto<sup>118</sup>, che in sede di stipula deve infatti trovare una conferma nel supporto durevole o nella copia del contratto consegnata al consumatore<sup>119</sup>. Qualora nel contratto siano previsti tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti rispetto a quanto pubblicizzato o che rinvii agli usi bancari, saranno affetti da nullità ex art. 117 t.u.b.; il contratto tuttavia non sarà integralmente travolto dalla nullità, ma il comma 7<sup>120</sup> disciplina un meccanismo di integrazione del contratto con i prezzi e le condizioni pubblicizzati dalla banca in sede di informazione precontrattuale - il che non avviene automaticamente solo nell'ipotesi in cui le variazioni sorte al momento della conclusione del contratto

---

<sup>116</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 225

<sup>117</sup> L'IEBCC - Informazioni Europee di base sul credito ai consumatori - è un documento realizzato secondo quanto disposto dalla Banca d'Italia; prevede che il cliente debba essere informato dal finanziatore prima di essere vincolato da un contratto. Nel documento ci sono tutte le informazioni atte a chiarire le condizioni economiche e le caratteristiche del finanziamento proposte al consumatore.

<sup>118</sup> V. ALESSI, *op. cit.*, che a tal proposito parla anche di *informazione-promessa*, p. 279

<sup>119</sup> Disciplina analoga prevista anche per i contratti di multiproprietà o relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, di rivendita e di scambio, per i quali l'art. 72, comma 4, cod. cons., prevede l'immodificabilità delle informazioni rese in sede precontrattuale, salvo un accordo esplicito tra le parti, ovvero qualora le modifiche unilaterali siano dettate dalla sopravvenienza di circostanze eccezionali ed imprevedibili, indipendenti dalla volontà del professionista anche ad opporre la dovuta diligenza.

<sup>120</sup> Pur in un contesto differente, il Collegio di coordinamento ABF 21.3.2019, n. 8049 osserva come "il comma 7 dell'articolo 117 T.U.B. ha chiara portata sanzionatoria".

siano più favorevoli - mentre si avrà integrazione legale nel caso dei tassi, per i quali si deve fare riferimento a quelli nominali minimi e massimi previsti per i titoli di Stato. Meccanismo analogo adottato anche per le clausole di un contratto di credito al consumatore, relative a costi a carico di questo non inclusi nel TAEG pubblicizzato in fase precontrattuale, sanzionate da nullità *ex art. 125bis*, comma 6, t.u.b.

Il legislatore ha quindi proceduto alla creazione di un nesso tra informazione e contenuto del contratto; pertanto, si può pacificamente ritenere che gli elementi essenziali del contratto siano individuati adempiendo agli obblighi di informazione. Nella materia dei contratti di credito ai consumatori il ruolo degli obblighi di informazione si spinge ancora oltre, giacché al consumatore vanno forniti anche tutti quegli elementi di valutazione funzionali al calcolo della convenienza dell'affare rispetto alle altre offerte rinvenibili sul mercato; si è parlato in proposito degli obblighi *ex art. 124 t.u.b.*<sup>121</sup> di “informazione attiva”<sup>122</sup>, poiché il ruolo del finanziatore non si limita ad una comunicazione ed informazione chiara e completa, ma mira ad orientare<sup>123</sup> la scelta del consumatore verso un finanziamento che risponda alle sue esigenze concrete<sup>124</sup>, sicché può dirsi che l'art. 124 t.u.b. individua quelle che sono delle vere e proprie regole di condotta gravanti sul finanziatore o l'intermediario del credito che si esplicano in una duplice direzione: da un lato

---

<sup>121</sup> CARRIERO, *Art. 124. Obblighi precontrattuali*, in CARPIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico in materia bancaria e finanziaria*, III, cit., p. 124 ss.

<sup>122</sup> ALESSI, *op. cit.*, “informazione attiva o meglio, un'attività di consulenza”, p. 281

<sup>123</sup> Si tratta, d'altronde, dello scopo dichiarato della direttiva 2008/48CE che “i consumatori possano prendere le loro decisioni con piena cognizione di causa», è ritenuto opportuno che gli stessi «ricevano informazioni adeguate, che il consumatore possa portare con sé ed esaminare, prima della conclusione del contratto di credito, circa le condizioni e il costo del credito e le loro obbligazioni”.

<sup>124</sup> Nel credito immobiliare ai consumatori l'informazione-consulenza attiva è ancor più enfatizzata, sicché l'art. 120 *novies* prevede che: “Il finanziatore o l'intermediario del credito mette a disposizione del consumatore, in qualsiasi momento, un documento contenente informazioni generali chiare e comprensibili sui contratti di credito offerti, su supporto cartaceo o altro supporto durevole” [...] “Il finanziatore o l'intermediario del credito fornisce al consumatore le informazioni personalizzate necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito”; si tratta di obblighi che prescindono da un qualsiasi ed eventuale servizio di consulenza.

l'onere di adempiere agli obblighi di informazione, avente ad oggetto gli elementi essenziali del contratto (comma 1), soddisfatto mediante la *traditio*<sup>125</sup> del modulo contenente le “informazioni europee” (comma 2), dall'altro, il successivo onere di procedere alla delucidazione delle informazioni fornite (comma 5).

In un primo momento di applicazione della disciplina si faceva maggiormente leva sul primo degli oneri posti in capo al finanziatore, il che si traduceva in un'informazione unidirezionale, tipico delle discipline consumeristiche, nonostante all'apparenza la Direttiva 2008/48/CE<sup>126</sup> sembrasse orientata verso uno scambio informativo, che rendesse partecipe il consumatore; infatti, il riferimento alle “preferenze espresse e alle informazioni fornite dal consumatore”, di cui al comma 1, di fatto passava in secondo piano, sicché l'obbligo di chiarimento previsto dal comma 5 veniva soddisfatto dietro l'impulso del consumatore stesso. L'evoluzione interpretativa che ha portato a rendere invece centrale questo secondo punto, si deve per lo più all'interpretazione della Direttiva 2008/48/CE da parte della Corte di giustizia UE, ma anche alla Direttiva 2014/17/UE, sul credito immobiliare ai consumatori, con la quale è stata data una risposta alle problematiche sorte in relazione all'applicazione pratica della precedente direttiva sul credito ai consumatori<sup>127</sup>.

Sul primo punto, quello relativo alla *traditio* del modulo recante gli elementi essenziali del contratto, l'insufficienza di una consegna non accompagnata dai chiarimenti necessari si è palesata con riguardo ad alcune controversie relative ai

---

<sup>125</sup> Il par. 4.2.1. della sezione VII delle “*Disposizioni della Banca d'Italia sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*” del 29.7.2009 a tale riguardo espressamente afferma che «il finanziatore assolve agli obblighi di fornire le informazioni precontrattuali al consumatore attraverso il documento denominato “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori” o altro documento, conformemente a quanto stabilito dai paragrafi 4.2.2. e 4.2.3. Tali documenti contengono, alternativamente: a) le condizioni offerte alla generalità della clientela, se queste non sono personalizzabili; b) nei casi diversi da quelli previsti dalla lettera a), le condizioni offerte al singolo consumatore, tenendo conto delle informazioni o delle preferenze specifiche eventualmente manifestate». Non pare sussistere un obbligo per il finanziatore di fornire informazioni personalizzate.

<sup>126</sup> Alla quale è stata data attuazione con il d.lgs. 141/2010, con cui è stato modificato (anche) il capo II, titolo VI sul credito ai consumatori. La disciplina verrà approfondita, v. cap. 3

<sup>127</sup> V. SEMERARO R. e TUCCI A., *Il credito ai consumatori*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, p. 1823 ss.

c.dd. mutui indicizzati al tasso svizzero; i finanziamenti, sia ex art. 121 ss. t.u.b. sia in materia di mutui ipotecari, si differenziavano con riguardo al ruolo assegnato alle oscillazioni di valore della valuta estera, poiché in alcuni casi i mutui venivano erogati direttamente in valuta estera, in altri la valuta estera era solo indice esterno per determinare il valore delle prestazioni restitutorie, gravanti in capo al cliente, e da effettuarsi con valuta nazionale; il problema che sorgeva era relativo agli effetti che le variazioni di cambio tra euro e franco svizzero producevano in capo al cliente-debitore<sup>128</sup>. La soluzione prospettata prende le mosse dal ruolo della trasparenza come onere di fornire al cliente informazioni chiare, infatti la Corte di Giustizia<sup>129</sup> affermò che la clausola del contratto che preveda un tale sistema è chiara, se è esposto “in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce [...] nonché il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, di modo che tale consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intellegibili, le conseguenze economiche che gliene derivano”, infatti “da un lato, il mutuatario deve essere chiaramente informato del fatto che, sottoscrivendo un contratto di mutuo espresso in valuta estera, si espone a un determinato rischio di cambio che gli sarà, eventualmente, economicamente difficile sostenere in caso di svalutazione della moneta nella quale egli percepisce il proprio reddito. Dall’altro lato, il professionista, nella fattispecie l’istituto bancario, deve esporre le possibili variazioni dei tassi di cambio e i rischi inerenti alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera, segnatamente nell’ipotesi in cui il consumatore mutuatario non percepisca il proprio reddito in tale valuta [...] l’articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che il requisito secondo cui una

---

<sup>128</sup> La Direttiva 2014/17/CE e in particolare l’art. 120-*quaterdecies* t.u.b. prevedono che il consumatore abbia “il diritto di convertire in qualsiasi momento la valuta in cui è denominato il contratto”, co. 4 “Se il valore dell’importo totale del credito o delle rate residui varia di oltre il 20 per cento rispetto a quello che risulterebbe applicando il tasso di cambio tra la valuta in cui è denominato il finanziamento e l’euro al momento in cui è stato concluso il contratto di credito, il finanziatore ne informa il consumatore nell’ambito delle comunicazioni previste ai sensi dell’articolo 119. La comunicazione informa il consumatore del diritto di convertire il finanziamento in una valuta alternativa e delle condizioni per farlo.”

<sup>129</sup> Corte giust. 3.4.2014, C-26/13 *Kasler* contro *OTP Jelzàlogbank Zrt*;

clausola contrattuale deve essere formulata in modo chiaro e comprensibile presuppone che, nel caso dei contratti di credito, gli istituti finanziari debbano fornire ai mutuatari informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa<sup>130</sup>. Dalle pronunce della Corte di Giustizia UE può dunque desumersi come la chiarezza delle informazioni fornite non può limitarsi ad un uso corretto delle parole su un piano formale, ma deve tradursi nella possibilità di far comprendere le conseguenze economiche frutto della sottoscrizione di un contratto di credito.

Sul secondo punto, relativo al comma 5 dell'art. 124 t.u.b. in merito ai "chiarimenti adeguati"; nonostante alcune voci dissenzienti<sup>131</sup>, pare che il criterio dell'adeguatezza vada riferito solo all'informazione da fornire al cliente, affinché questi possa valutare la convenienza economica dell'operazione proposta, e non anche al prodotto finanziario. Questo non significa che non esiste un obbligo in capo al finanziatore di offrire un prodotto bancario rispondente alle esigenze e alla situazione finanziaria del cliente; infatti, la stessa Corte di giustizia<sup>132</sup> ha ammesso la possibilità che sia il diritto interno a prevedere un tale obbligo, data l'inevitabile natura del diritto a perseguire la tutela del cliente nella fase precontrattuale. Tuttavia, sull'obbligo di offrire un prodotto adeguato, sembra vi siano state aperture a fronte dell'introduzione della disciplina prevista sul credito immobiliare al consumo; ponendo l'attenzione sull'adeguatezza dell'informazione resa in sede di formazione dell'accordo, l'interpretazione della disciplina ex art. 124, comma 5, t.u.b. ha subito un'evoluzione grazie alla Direttiva 2014/17/UE, ove è previsto l'obbligo di offrire un prodotto adeguato (o astenersi dal farlo in caso di valutazione negativa del merito creditizio), che si traduce a monte nella necessità di procedere

---

<sup>130</sup> Corte giust., 20.9.2017, C-186/16 *Ru. Pa. An* contro *Banca Românească SA*. L'intervento è relativo all'interpretazione del requisito della chiarezza delle clausole previsto dalla Direttiva 93/13, ma la sua portata può certamente trovare applicazione in materia di credito ai consumatori, segnatamente agli obblighi di informazione precontrattuali ex art. 124 t.u.b.

<sup>131</sup> *Contra* v. DOLMETTA, *Trasparenza bancaria*, p.124 ss.

<sup>132</sup> Corte Giust. 6.6.2019, causa C-58/18; Non va tuttavia trascurato però come l'art. 6 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio "Informazione reciproca e preventiva e obbligo di consulenza", sia stato escluso dal testo definitivo della direttiva sul credito ai consumatori.

ad un vero e proprio scambio informativo funzionale alla personalizzazione dell'informazione e preliminare alla formazione dell'offerta stessa; la direttiva ha portato ad un'evoluzione interpretativa anche avuto riguardo al merito creditizio *ex art. 124-bis t.u.b.*, pertanto, nonostante il dato letterale del comma 5 (art. 124) sembra faccia sorgere l'onere di fornire i chiarimenti adeguati in capo al finanziatore o all'intermediario del credito solo a fronte di un'esplicita richiesta del consumatore, si tende a preferire oggi quell'interpretazione della disposizione che anticipa già in sede precontrattuale l'informazione personalizzata, il che a sua volta implica la necessità che il finanziatore si attivi per raccogliere le informazioni relative alla situazione economica e alle esigenze del consumatore, per poter offrire quindi, un prodotto adeguato<sup>133</sup>.

L'obbligo di fornire chiarimenti adeguati, come interpretato dall'ABF<sup>134</sup> in termini di "prestazione di un vero e proprio servizio di consulenza professionale, e in ogni caso adempimento di uno specifico dovere di protezione nei confronti dell'altra parte contraente", porta a consolidare quell'interpretazione della funzione della trasparenza e dell'informazione resa in sede precontrattuale come ancillare alle esigenze del consumatore; rilievo che porta a ritenere come "l'adeguatezza" debba riferirsi già in principio a tutte le condizioni economiche del contratto e non solo agli elementi di cui l'art. 124 t.u.b., avuto sempre riguardo alla situazione patrimoniale del cliente. In questa prospettiva, il comma 5 si traduce in un obbligo di condotta gravante in capo al finanziatore o all'intermediario del credito, che deve condurre il consumatore verso una valutazione avveduta e personalizzata dell'offerta.

Può pertanto concludersi nel senso che la disciplina in materia di obblighi di informazione e trasparenza trova il suo fondamento nella fase precontrattuale, ma

---

<sup>133</sup> L'esistenza di una norma che preveda l'obbligo di valutazione del merito creditizio al fine di concedere il finanziamento, conferma come già in sede precontrattuale l'informazione resa debba necessariamente essere personalizzata, quanto meno sul fronte della situazione economica del consumatore. Trib. Piacenza 17.11.2015, n. 846, sottolinea come nella fase di formazione dell'offerta vada assegnato un ruolo centrale alla situazione patrimoniale del cliente, attraverso l'imposizione di un obbligo di informazione modulato su di essa.

<sup>134</sup> Collegio di Roma ABF 20.8.2013, n. 4440

esplica i suoi effetti ben oltre la stessa, intervenendo sia sul fronte della tutela garantita al consumatore, che viene accompagnato nella scelta di stipulare o meno un contratto di credito, permettendogli di comprendere a pieno quali possano essere le conseguenze che possano derivarne, sia sul piano degli obblighi di condotta gravanti sul finanziatore, il quale non può limitarsi ad un'informazione asettica mediante la consegna di un modulo standardizzato, ma deve garantire un'informazione partecipe, personalizzata e, chiaramente, adeguata.

### **2.3 Il ruolo della buona fede**

Nell'esercizio del *ius variandi* e in materia di tutela del consumatore, la clausola generale di buona fede costituisce un limite generale non di certo trascurabile.

Nel settore della contrattazione bancaria, specialmente qualora si tratti di contratti *B2C*, le esigenze protettive si manifestano in maniera ancora più evidente, sul presupposto della fisiologica posizione di asimmetria che intercorre tra le parti. È stato osservato<sup>135</sup> come la banca sia qualificabile, infatti, come “contraente dispari [...], perché costruttore dei prodotti e gestore della loro esecuzione. [...], è così facilmente comprensibile (o perlomeno dovrebbe esserlo) che i *partners* contrattuali delle banche abbiano bisogno di una particolare protezione da parte dell'ordinamento”.

Se nella fase di esecuzione del contratto, che lo stesso sia stato stipulato da un consumatore, da un cliente *tout court* ovvero da altro professionista, non rileva particolarmente in una prospettiva di tutela accordata dall'ordinamento, nella fase che precede la stipula del contratto è prevista una protezione maggiore per il consumatore, in quanto “parte debole”<sup>136</sup> del rapporto.

---

<sup>135</sup> DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 5

<sup>136</sup> Parte della dottrina però sottolinea il processo di assimilazione tra cliente e consumatore in prospettiva di tutela, v. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?* In *Corr. Giur.*, 2009, 276 “(...) sempre più spesso i *rulemakers* europei tendono a regolare le relazioni contrattuali che intercorrono fra soggetti del

Al fine di garantire una posizione di tutela al consumatore parte di un contratto bancario, vengono in rilievo le discipline *ex art. 1337 e 1375 c.c.*, le quali prevedono le clausole generali di correttezza e buona fede nello svolgimento delle trattative, nella formazione e nell'esecuzione del contratto; concetti che vengono ribaditi in termini di "diritti fondamentali" dagli art. 2, comma 2, *lett. c-bis*), cod. cons., il quale sancisce il diritto "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà" e dalla *lett. e*), che riconosce il diritto "alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali", nonché dall'art. 39 cod. cons., secondo cui "le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori".

La buona fede, in quanto clausola generale, è un concetto "vuoto" che va riempito di contenuto e differenziato da altre clausole generali quali, ad esempio, quello di diligenza, anch'esso richiesto alle banche nell'esecuzione del contratto<sup>137</sup>. Nell'esecuzione del rapporto la banca deve considerare primariamente gli interessi del consumatore; tuttavia, non va trascurato il dato per cui la banca svolge anche la fondamentale funzione di raccolta del risparmio presso il pubblico e di esercizio del credito, principi funzionali alla stabilità e alla competitività complessiva del settore, nonché alla circolazione dei traffici giuridici. Si tratta delle ragioni principali per le quali l'ordinamento riconosce alle banche il potere di modificare unilateralmente e *in executivis* le condizioni contrattuali, di cui l'art. 118 t.u.b., nonostante il fisiologico rapporto di asimmetria intercorrente tra le parti che vede la banca quale

---

mercato, a prescindere dalla circostanza che si tratti di relazioni specificatamente B2C. In alcuni casi, la regolazione riguarda contratti B2B. In altri casi riguarda la generalità dei rapporti che determinati operatori stringono con le loro controparti, senza nessuna distinzione basata sullo *status* di tali controparti (che possono essere, indifferentemente, consumatori o professionisti o soggetti non qualificabili né consumatori né professionisti).

<sup>137</sup> Sulla distinzione tra le clausole generali di buona fede e diligenza v., fra tutti, ROPPO, *il contratto*, il quale qualifica la buona fede quale criterio di integrazione del contratto che "serve a determinare contenuti e modalità delle prestazioni o dei comportamenti contrattualmente dovuti o vietati", mentre sulla diligenza scrive che "è criterio di imputazione della responsabilità, serve a stabilire se nell'eseguire la prestazione dovuta il contraente abbia impiegato la cura, l'attenzione, la competenza necessarie a renderlo irresponsabile dell'inadempimento".

“contraente forte” del rapporto. Presupposti, modalità d’esercizio e limiti del *ius variandi* si vedranno qui di seguito<sup>138</sup> ma, in questa sede, è già possibile osservare come la clausola generale di buona fede costituisca un limite interno che governa l’esercizio di detto istituto: andando oltre gli oneri previsti dall’art. 118 t.u.b., la condotta della banca deve in ogni caso conformarsi alla buona fede in tutte le fasi del contratto, dalla fase precontrattuale, all’esecuzione e, secondo parte della dottrina<sup>139</sup> e della giurisprudenza<sup>140</sup>, anche in sede post-contrattuale<sup>141</sup>; sicché sul ruolo della buona fede nell’esercizio del *ius variandi*, come limite di carattere generale, può ad esempio considerarsi la pronuncia dell’ABF<sup>142</sup> nella quale viene affermato che “anche se si ritenesse [...] che una particolare congiuntura di mercato ed un’accentuata contrazione dei tassi possa giustificare, in via eccezionale, un esercizio dello *ius variandi* anche riferito allo *spread* [...] si dovrebbe, tuttavia, pur sempre riconoscere che l’esercizio di questo potere di variazione deve essere mantenuto nei limiti della buona fede, e che comunque non può essere esercitato in maniera tale da sovvertire le caratteristiche del contratto. [...] Ebbene ciò è, invece, quanto può dirsi accaduto nel caso di specie, che l’intermediario non si è limitato a far valere lo *ius variandi*, ma lo ha esercitato in maniera del tutto avulsa da qualsiasi criterio di ragionevolezza.”

La valutazione *ex fide bona* della clausola attribuiva il *ius variandi*, non deve essere effettuata alla stregua del giustificato motivo, limite operativo previsto dall’art. 118,

---

<sup>138</sup> § Cap. 3

<sup>139</sup> VECCHI, *Buona fede e relazioni successive all’esecuzione del rapporto obbligatorio*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica, storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova, 2003, 353 ss.

<sup>140</sup> Cass., sez. III civ., 21 luglio 2011, n. 15992

<sup>141</sup> Osservano SIRENA e FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, p. 353, riportando altra dottrina, che dopo la cessazione del rapporto contrattuale, “(...) il rapporto obbligatorio vincola il debitore a non porre in essere condotte idonee a frustare la possibilità acquisita dal creditore di mantenere e godere l’utilità conseguita con l’adempimento. E che vincola entrambe le parti del rapporto a non pregiudicare l’una gli interessi dell’altra. L’attuazione dell’impegno dedotto nel rapporto obbligatorio deve infatti essere non solo esatta, ma anche definitiva”.

<sup>142</sup> Collegio di Napoli, 15 marzo 2010, n. 122

comma 1, t.u.b., nonostante parte della dottrina<sup>143</sup> tenda a sovrapporre il significato dei due precetti sul presupposto che tutte le modifiche debbano sottostare al canone della correttezza; non v'è chi non veda come anche in assenza di una ragione giustificatrice sottesa all'esercizio del *ius variandi* lo stesso non potrebbe tradursi in un potere arbitrario, essendo in ogni caso sindacabile alla *ex fide bona*. Pur essendo possibile considerare il giustificato motivo “come un tipo di *lex specialis* rispetto alla buona fede”<sup>144</sup>, la distinzione rileva sul riparto dell'onere della prova, giacché il motivo che realmente giustifichi la *variatio in executivis* per come configurato nella proposta di modifica andrà provato dalla banca, mentre il comportamento contrario a buona fede deve essere provato da chi lamenta di averlo subito<sup>145</sup>. Partendo da questo presupposto, si potrebbe ritenere che allora la buona fede sia un parametro privo di utilità nella disciplina *ex art. 118 t.u.b.*, ove il comma 2-*bis*, prevede la predeterminazione delle ragioni modificatrici del contratto, il che darebbe luogo quantomeno ad una “radicale semplificazione del giudizio di buona fede”<sup>146</sup>, poiché ogni variazione effettuata discostandosi dai motivi espressi sarebbe illegittima *in re ipsa*; tuttavia, la buona fede opera comunque quale limite all'esercizio del *ius variandi*, anche nell'ipotesi in cui siano sottese delle ragioni giustificatrici al suo esercizio, infatti un eventuale giustificato motivo legittimante la modifica unilaterale per una sopravvenienza imprevedibile ma intempestiva sarebbe “illegittimo, proprio in quanto sospetto di contrarietà a buona fede [...] per il fatto di non essere più attuale al momento in cui la si propone”<sup>147</sup>; altra dottrina<sup>148</sup> infatti sottolinea come “pur ricorrendo un fatto, per sé, qualificabile come

---

<sup>143</sup> SANTONI, *Lo ius variandi delle banche*, cit. 257

<sup>144</sup> NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, 469

<sup>145</sup> GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. Impr.*, 1998, 24 s.

<sup>146</sup> ROPPO, *op. cit.*, cit. 558

<sup>147</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 517, il quale propone “il caso della banca che, nonostante l'elevato rischio del cliente, prima gli incrementa il tetto del fido (a condizioni immutate) e poi si avvale del *ius variandi* (senza che nel frattempo le condizioni di costui abbiano subito un ulteriore deterioramento)”.

<sup>148</sup> SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *Il ius variandi bancario*, in *Quaderni di banca, borsa e titoli di credito*, 36, 2012, p. 89.

giustificato motivo, la buona fede pare idonea a dare rilievo ad altre concrete circostanze che non consentono l'esercizio del potere o lo consentono in termini meno favorevoli per la banca rispetto quelli ammessi *stricto iure*".

Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esercizio del *ius variandi*, rileva per lo più *ope iudicis*, quando il giudice è chiamato a effettuare un controllo sostanziale sull'uso del potere, se cioè la modifica sia realmente sorretta da un giustificato motivo e non si traduca soltanto in abuso del diritto; in dette ipotesi è possibile parlare di buona fede "correttiva"<sup>149</sup>, volta a inibire quelle forme di esercizio del *ius variandi* motivate ma abusive, poiché effettuate con modi, tempi o in relazione ad un *quantum* che le rendono sindacabili al giudizio *ex fide bona*, al quale resta sottratto soltanto l'*an* della variazione<sup>150</sup>. Può pertanto ritenersi che la buona fede rappresenti un parametro generale per riportare entro limiti ragionevoli l'ampia discrezionalità di cui gode il titolare del diritto alla modifica<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 518

<sup>150</sup> NIVARRA., *op. cit.*, 469 s.

<sup>151</sup> GAMBINI, *op. cit.*, p. 206

## Capitolo III

### La disciplina nel credito ai consumatori

#### 3.1 I contratti di credito ai consumatori

Oggetto dell'analisi qui proposta è il *ius variandi* nei contratti di credito ai consumatori. Questione preliminare è, pertanto, definire l'ambito di applicazione della disciplina.

Ai sensi dell'articolo 121 t.u.b., comma 1, lett c), per contratto di credito ai consumatori si intende un contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito, sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria; il perimetro di un contratto di credito è piuttosto ampio, tanto che l'art. 122 t.u.b. delimita l'ambito di applicazione "ai contratti di credito comunque denominati", ed eccezione dei casi espressamente previsti dal corpo della norma<sup>152</sup>. Perché trovi applicazione la disciplina del Capo

---

<sup>152</sup> Art. 122 t.u.b.: "le disposizioni del presente capo si applicano ai contratti di credito comunque denominati, a eccezione dei seguenti casi: a) finanziamenti di importo inferiore a 200 euro o superiore a 75.000 euro. Ai fini del computo della soglia minima si prendono in considerazione anche i crediti frazionati concessi attraverso più contratti, se questi sono riconducibili a una medesima operazione economica; b) contratti di somministrazione previsti dagli articoli 1559, e seguenti, del codice civile e contratti di appalto di cui all'articolo 1677 del codice civile; c) finanziamenti nei quali è escluso il pagamento di interessi o di altri oneri; d) finanziamenti a fronte dei quali il consumatore è tenuto a corrispondere esclusivamente commissioni per un importo non significativo, qualora il rimborso del credito debba avvenire entro tre mesi dall'utilizzo delle somme; e) finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato; f) finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili; g) finanziamenti, concessi da banche o da imprese di investimento, finalizzati a effettuare un'operazione avente a oggetto strumenti finanziari quali definiti dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, purché il finanziatore partecipi all'operazione; h) finanziamenti concessi in base a un accordo raggiunto dinanzi all'autorità giudiziaria o a un'altra autorità prevista dalla legge; i) dilazioni del pagamento di un debito preesistente concesse gratuitamente dal finanziatore; l) finanziamenti garantiti da pegno su un bene mobile, se il consumatore non è obbligato per un ammontare eccedente il valore del bene; m) contratti di locazione, a condizione che in essi sia prevista l'espressa clausola che in nessun momento la proprietà della cosa locata possa trasferirsi, con o senza corrispettivo, al locatario; n) iniziative di microcredito ai sensi dell'articolo 111 e altri contratti di credito individuati con legge relativi a

II, Titolo VI del t.u.b, il contratto in oggetto deve caratterizzarsi per la causa creditizia e per la circostanza e che il credito venga erogato a favore di un consumatore<sup>153</sup>; in proposito autorevole dottrina ha parlato di contratti caratterizzati da “tipicità sociale”<sup>154</sup>, poiché la *reductio ad unum* della tipologia contrattuale è possibile guardando all’intento negoziale perseguito dai contraenti e non invece attraverso un “approccio tipologico”<sup>155</sup>, infatti nell’ambito di applicazione della disciplina del credito al consumo possono rientrarvi sia contratti tipici che atipici. Sul piano soggettivo invece, il contratto deve essere stipulato tra un finanziatore, ossia un soggetto autorizzato, abilitato all’erogazione di finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica<sup>156</sup>, ovvero un intermediario del credito, e un consumatore<sup>157</sup>, la cui definizione coincide con quella del codice del consumo, ma che in questo settore rileva in quanto soggetto che richiede un finanziamento strumentale all’acquisto di beni di consumo.

La disciplina oggi prevista nel Testo unico bancario è frutto di un’evoluzione normativa che, a partire dagli anni ’60 e ’70 del 900, tiene conto dell’esponentiale aumento di richieste di credito da parte degli *omnes* per acquistare beni e servizi, circostanza che faceva sorgere la necessità di regolare in maniera puntuale la materia. Il primo intervento in merito si è avuto con la Direttiva del Consiglio 87/102/CEE del 22 dicembre 1986<sup>158</sup>, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito

---

prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi d’interesse non superiori a quelli prevalenti sul mercato; o) contratti di credito sotto forma di sconfinamento del conto corrente, salvo quanto disposto dall’articolo 125 *octies*.

<sup>153</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 102

<sup>154</sup> CARRIERO, *Il credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia*, Roma, 1998, p.52

<sup>155</sup> MODICA, *Il contratto di credito al consumatore nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p.785 ss.

<sup>156</sup> *Ex art.* 121, lett. *f*), t.u.b.

<sup>157</sup> *Ex art.* 121, lett. *b*), t.u.b.:” indica una persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

<sup>158</sup> Recepita in Italia con Legge 19 febbraio 1992, n. 142 (Legge Comunitaria per il 1991), successivamente abrogata per la trasposizione delle norme nel t.u.b.

al consumo, avente il fine di procedere ad un'armonizzazione minima degli ordinamenti dei singoli Stati membri, creare un mercato comune in materia di credito, nonché un certo livello di protezione del consumatore. Il progetto<sup>159</sup> della Direttiva in realtà si muoveva in una direzione differente, puntando infatti a garantire ai consumatori livelli di protezione più elevati; tuttavia, venne poi accolto il progetto di protezione e armonizzazione minima, che lasciava agli Stati membri la possibilità di intervenire con “misure più severe per la protezione del consumatore nel rispetto degli obblighi derivanti dal Trattato”<sup>160</sup>. L'adozione di un modello di armonizzazione minima aveva però fatto sorgere più problematiche relative alle “disparità significative tra le legislazioni dei vari Stati membri nel settore del credito alle persone fisiche in generale, soprattutto con riferimento al credito al consumo<sup>161</sup>” che avevano determinato “distorsioni della concorrenza, limitando la possibilità dei consumatori di beneficiare direttamente della crescente disponibilità di credito transfrontaliero”; queste ragioni hanno indotto il legislatore europeo ad abrogare la precedente disciplina<sup>162</sup> ed intervenire in materia con la Direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, avente l'obiettivo di realizzare “una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno. Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva<sup>163</sup>”. Uno dei pilastri della nuova direttiva è quindi l'armonizzazione massima in materia di credito ai consumatori, al fine di standardizzare la disciplina a livello comunitario e garantire maggiori livelli di tutela. È possibile innanzitutto apprezzare il mutamento di prospettiva: si è passati dal credito al consumo al credito ai consumatori, segno che con la nuova

---

<sup>159</sup> Il c.d. *avant-project* di una direttiva sul credito al consumo, formulato dalla Commissione nel 1974

<sup>160</sup> *Considerando* n. 14

<sup>161</sup> *Considerando* n. 3 Direttiva 2008/48/CE

<sup>162</sup> Che era già stata oggetto di modifiche ad opera della Direttiva 90/88/CEE

<sup>163</sup> *Considerando* n. 9

direttiva l'attenzione si sposta sul dato soggettivo, ovverosia i consumatori destinatari della disciplina di protezione, e non sulla finalità oggettiva della concessione del credito. Tuttavia è stato osservato<sup>164</sup> come l'obiettivo principale della direttiva in realtà non è stato quello di introdurre una disciplina protettiva degli interessi del consumatore; o meglio, gli interventi che sicuramente ampliano le tutele garantite ai destinatari della direttiva, in termini di implementazione delle informazioni da rendere in sede precontrattuale e generale miglioramento della tutela sostanziale del consumatore, risultano comunque secondari rispetto al fine principale della direttiva, ossia far fronte all'assenza di una disciplina comune tra gli Stati membri che favorisca lo sviluppo di un mercato europeo del credito ai consumatori, obiettivo perseguito mediante l'armonizzazione delle differenti discipline nazionali, e che incrementi la concorrenza nell'offerta del credito a livello transfrontaliero. L'introduzione dei meccanismi di tutela è quindi funzionale alle logiche di mercato e al modello concorrenziale, non è infatti un caso che a fondamento della propria azione la Commissione abbia posto l'art. 95 TFUE<sup>165</sup>.

Il cambio di prospettiva, dal piano oggettivo al piano soggettivo resta dunque relegato ad un solo aspetto formale.

---

<sup>164</sup> DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la Direttiva 2008/48/CEE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, II, p. 255 ss.

<sup>165</sup> Articolo 95TFUE (ex articolo 75 del TCE): 1. Nel traffico interno dell'Unione sono vietate le discriminazioni consistenti nell'applicazione, da parte di un vettore, di prezzi e condizioni di trasporto differenti per le stesse merci e per le stesse relazioni di traffico e fondate sul paese di origine o di destinazione dei prodotti trasportati. 2. Il paragrafo 1 non esclude che il Parlamento europeo e il Consiglio possano adottare altre misure in applicazione dell'articolo 91, paragrafo 1. 3. Il Consiglio stabilisce, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, una regolamentazione intesa a garantire l'attuazione delle disposizioni del paragrafo 1. Esso può prendere in particolare le disposizioni necessarie a permettere alle istituzioni dell'Unione di controllare l'osservanza della norma enunciata dal paragrafo 1 e ad assicurarne l'intero beneficio agli utenti. 4. La Commissione, di sua iniziativa o a richiesta di uno Stato membro, esamina i casi di discriminazioni contemplati dal paragrafo 1 e, dopo aver consultato ogni Stato membro interessato, prende le necessarie decisioni nel quadro della regolamentazione stabilita conformemente alle disposizioni del paragrafo 3.

La direttiva 2008/48/CE è stata recepita a livello nazionale col decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141<sup>166</sup> che ha delineato quella che è la nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori; in termini di tutela le novità più significative posso essere così riassunte: col decreto viene meno la differenza tra soggetti iscritti nell'elenco generale e speciale di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b., prevedendo ora nella nuova versione dell'art. 106 t.u.b. un unico albo degli intermediari autorizzati all'attività di concessione di finanziamenti, sotto qualsiasi forma, nei confronti del pubblico, per la cui iscrizione sono richiesti determinati requisiti organizzativi, patrimoniali, nonché di onorabilità, professionalità e indipendenza, indicati dall'art. 107 t.u.b.; viene ridisegnato l'ambito di applicazione della disciplina, prevedendo ulteriori fattispecie escluse ai sensi dell'art. 122 t.u.b.; da un punto di vista soggettivo invece, la possibilità di concedere il credito viene estesa anche alla figura dell'intermediario del credito<sup>167</sup>, il quale è chiaramente soggetto agli stessi obblighi previsti per il finanziatore, con l'aggiunta di ulteriori obblighi informativi *ex art. 125-novies* t.u.b.<sup>168</sup>; viene individuato dall'art. 123 t.u.b. il contenuto minimo degli annunci pubblicitari e le modalità con cui vanno rese le comunicazioni commerciali; nel corpo dell'art. 124 t.u.b. è particolarmente visibile il mutamento di prospettiva adottato con la nuova disciplina del credito ai consumatori, al fine di garantire standard più elevati di protezione, giacché non solo viene aumentata la

---

<sup>166</sup> art. 33 Legge n. 8 del 2009 (Legge Comunitaria per il 2008); con l'approvazione del d.lgs 141/2010 che ha modificato l'intero Titolo VI del TUB e ad ha abrogato agli artt. 40, 41 e 42 cod. cons.

<sup>167</sup> *Ex art. 121, comma 1, lett. h), t.u.b.*, “qualsiasi soggetto diverso dal finanziatore che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, provveda, dietro pagamento di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico, a presentare proposte di credito ai consumatori, ad assisterli nella conclusione dei contratti, ovvero a stipulare contratti di credito con i consumatori in nome e/o per conto del finanziatore.”

<sup>168</sup> “1. L'intermediario del credito indica, negli annunci pubblicitari e nei documenti destinati ai consumatori, l'ampiezza dei propri poteri e in particolare se lavori a titolo esclusivo con uno o più finanziatori oppure a titolo di mediatore; 2. Il consumatore è informato dell'eventuale compenso da versare all'intermediario del credito per i suoi servizi. Il compenso è oggetto di accordo tra il consumatore e l'intermediario del credito su supporto cartaceo o altro supporto durevole prima della conclusione del contratto di credito; 3. L'intermediario del credito comunica al finanziatore l'eventuale compenso che il consumatore deve versare all'intermediario del credito per i suoi servizi, al fine del calcolo del TAEG, secondo quanto stabilito dal CICR”.

mole delle informazioni necessarie, ma viene ridisegnato il ruolo degli obblighi precontrattuali in termini di informazione-consulenza, di cui sopra<sup>169</sup>; strettamente connessa è anche l'introduzione dell'art. 124-*bis* t.u.b, relativo al merito creditizio<sup>170</sup>, che impone al finanziatore l'onere di procedere alla verifica della solvibilità e della capacità del consumatore di adempiere agli oneri economici derivanti dal finanziamento, mediante informazioni rese dal consumatore stesso ovvero mediante la consultazione di banche date permanenti *ex art.* 125 t.u.b.; di nuova introduzione anche l'art. 125-*ter* t.u.b., con il quale è stata data attuazione all'art. 14 della Direttiva, che disciplina il *ius poenitendi* del consumatore, al quale viene accordata la possibilità di recedere entro quattordici giorni decorrenti dalla conclusione del contratto di credito ovvero dal giorno in cui ha ricevuto le informazioni relative al contratto, se questo è successivo alla stipula; in merito alla disciplina del recesso, non è invece stata recepita la disciplina *ex art.* 13 della Direttiva sul credito ai consumatori, che accorda al finanziatore la possibilità di recedere senza preavviso in presenza di “motivi oggettivamente giustificati”; sul tema del recesso si tornerà più avanti, è già possibile sottolineare come l'intento del legislatore comunitario sia stato quello di procedere all'armonizzazione in materia dei vari ordinamenti nazionali, dal momento che il recesso costituisce per il consumatore anche lo strumento con cui reagire alle ipotesi di modifiche unilaterali del contratto effettuate *in executivis* dal finanziatore.

A fronte delle novità e delle modifiche apportate, la Direttiva non ha in concreto prodotto gli effetti sperati, il ché è probabilmente imputabile sia ai comportamenti irresponsabili dei finanziatori *lato sensu* intesi, sia alle tutele previste per i consumatori, che seppur maggiori rispetto il passato si sono dimostrate comunque insufficienti; con la successiva Direttiva 2014/17/UE<sup>171</sup> - nonostante il carattere

---

<sup>169</sup> V. §2.2

<sup>170</sup> Va comunque considerato come la valutazione del c.d. merito creditizio non sia una novità introdotta con il d.lgs. 141/2011, in quanto già prevista dalla artt. 39-40 della delibera Consob n. 16190/2007 in materia di prestazione di servizi di gestione di portafoglio.

<sup>171</sup> Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010. La c.d. *Mortgage credit*

settoriale, in quanto riferita al credito immobiliare ai consumatori - si è in parte data una risposta ad alcune delle problematiche sorte in relazione alla precedente Direttiva comunitaria; tra le ragioni che hanno spinto il legislatore europeo a intervenire sul settore del credito immobiliare vi è stata *in primis* la necessità di far fronte alla crisi finanziaria, che ha visto particolarmente coinvolto il settore del credito immobiliare, senza tralasciare che “un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico”<sup>172</sup>, criticità che rilevano in tutte le tipologie di finanziamento ai consumatori, ragion per cui la Direttiva interviene anche nella disciplina generale del credito ai consumatori. Infatti, l’approccio della disciplina europea sul credito immobiliare ai consumatori è ben visibile al *considerando* n. 6, ove viene sottolineato come l’obiettivo perseguito sia quello di “realizzare un mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo, grazie a disposizioni uniformi, flessibili ed eque per i contratti di credito [...], promuovendo sostenibilità nell’erogazione e assunzione dei prestiti e l’inclusione finanziaria e garantendo dunque ai consumatori un elevato livello di protezione.”

Nonostante le diversità strutturali delle tipologie di finanziamento, il legislatore comunitario - e di conseguenza anche quello nazionale - hanno provveduto a creare “un modello normativo dei rapporti banca-cliente in grado di assicurare un credito responsabile e una più efficace tutela, accompagnati da una rinnovata fiducia dei consumatori nel sistema finanziario *lato sensu* inteso<sup>173</sup>”, sicché è possibile procedere ad una distinzione della disciplina operata sulla scorta delle caratteristiche oggettive o soggettive del contratto di cui si discute, tanto che il credito ai consumatori e il credito immobiliare ai consumatori sono disciplinati in

---

*Directive (MCD)*, è stata recepita dall’ordinamento italiano dal d.lgs. 72/2016 che ha novellato il t.u.b., aggiungendo il Titolo IV, trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, il Capo I *bis*, relativo al credito immobiliare ai consumatori

<sup>172</sup> *Considerando* n.3

<sup>173</sup> SEMERARO e TUCCI, *op. cit.*, p. 1825 s.

diversi capi del t.u. bancario, rispettivamente il II e il I-*bis*, ma è comunque presente una disciplina “generale” che, seppur non sia qualificabile tale in senso tecnico stante il disposto dell’art. 115, comma 3, t.u.b., secondo cui “le disposizioni del” Capo I relativo alla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, “a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dai capi I-*bis* e II”, trova applicazione per i contratti che vengono stipulati tra un intermediario ed un cliente, a prescindere dalla qualità soggettiva del cliente, il quale potrebbe ben essere un consumatore. Si può pertanto ritenere che esista una disciplina comune minima di tutela del consumatore<sup>174</sup>.

### **3.2 Il *ius variandi*: iter normativo**

Sino alla metà degli anni '80 del secolo scorso, alle banche veniva concessa la possibilità di intervenire unilateralmente con variazioni *in peius* delle clausole sia economiche che normative di un contratto bancario, senza che vi fossero particolari limiti relativi all’esercizio di tale potere. Il nucleo originario dell’istituto è ravvisabile nelle c.d. Norme bancarie uniformi, considerate la principale fonte di regolazione del settore del credito<sup>175</sup>, stante l’esiguità delle norme prevista dal Codice civile; si trattava di schemi contrattuali standardizzati, elaborati dall’Associazione Bancaria Italiana, relativi alle operazioni di credito più frequentemente poste in essere dagli istituti di credito. Tra le N.u.b. l’art. 15, relativo ai conti correnti di corrispondenza e servizi connessi, riconosceva alle banche “la facoltà di modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni tutte che regolano i rapporti”. Nonostante la fisiologica asimmetria del potere contrattuale delle parti di un contratto bancario, il *ius variandi* veniva esercitato *ad nutum*, incontrando il limite solo nelle clausole generali di correttezza e buona fede

---

<sup>174</sup> CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2001, p. 46 ss.

<sup>175</sup> CAVALLI, *Norme bancarie uniformi e accordi interbancari*, in *Digesto discipline privatistiche-sez. commerciale*, 1994, p. 266

e senza che sussistesse l'onere di specifica approvazione per iscritto *ex art.* 1341, comma 2, c.c., in quanto l'elencazione ivi contenuta veniva già ritenuta tassativa<sup>176</sup>. Nonostante i dubbi della dottrina sulla validità di una simile clausola così configurata per contrarietà al principio della “forza di legge” *ex art.* 1372 c.c.<sup>177</sup>, la giurisprudenza era diversamente orientata.

La necessità di regolare (anche) la materia in esame, ha indotto il legislatore ad intervenire con la Legge 17 febbraio 1992, n. 154, sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari<sup>178</sup>, che all'art. 4, comma 2, prevedeva “l'eventuale possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione [che doveva] essere espressamente indicata nel contratto con una clausola approvata specificamente dal cliente”. L'art. 6 della stessa legge ne disciplinava le modalità di esercizio, prevedendo che la modifica fosse valida se il cliente ne fosse stato preventivamente informato, mediante comunicazione scritta inviata presso l'ultimo domicilio notificato, ovvero, nel caso in cui la banca avesse proceduto ad una variazione generalizzata della struttura dei tassi, mediante una comunicazione impersonale tramite l'inserzione di appositi avvisi nella Gazzetta Ufficiale; il comma 5 dello stesso articolo introduceva la novità più rilevante, accordando al cliente il diritto di recesso<sup>179</sup>, senza penalità e ottenendo l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate, entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione di avvenuta modifica. A fronte di questa novità, per il resto la legge sulla trasparenza si limitò a recepire la prassi contrattuale in essere, senza che le tutele “aggiuntive” producessero l'effetto sperato sul piano sostanziale, sia perché le modalità di comunicazione delle variazioni generalizzate risultavano non facilmente conoscibili dalla clientela, sia perché il recesso risultava un contrappeso normativo inadeguato, dal momento che il *ius variandi* esercitato

---

<sup>176</sup> NIVARRA, *op. cit.*, p. 320

<sup>177</sup> V. §1.1

<sup>178</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, ritiene che l'istituto sia stato introdotto *ex nihilo* con la Legge in questione.

<sup>179</sup> Novità che era già stata riconosciuta dalla giurisprudenza che così interpretava le n.b.u., v. Trib. Milano 18.4.1985, in *Banca Borsa*, II, 1987, p. 94 ss., con nota (critica) di RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*.

unilateralmente e arbitrariamente dalla banca, poiché non ancorato a motivi giustificanti, si configurava come un “rimedio puramente ablativo [che] vanifica(va) il diritto del consumatore alla prestazione o [lo obbliga(va)] a tollerare una o più *variationes* fossero pure abusive<sup>180</sup>”; criticità relative al recesso che anche con l’attuale disciplina del *ius variandi* continuano ad essere sollevate in dottrina, ma sul punto si tornerà nel seguito.

Non va inoltre trascurato il dato per cui sulla scia degli stessi interventi riformatori si colloca la Legge 19 febbraio 1992, n. 142, in materia di credito al consumo, ove veniva riconosciuta la possibilità per gli istituti di credito di esercitare il *ius variandi in executivis*, ma limitatamente alle condizioni economiche del contratto; infatti l’art. 21, comma 2, lett. d), prevedeva l’onere di indicare il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG poteva subire eventuali variazioni; il comma 5 limitava il *ius variandi* al tasso di interesse annuo e agli altri oneri previsti dal contratto<sup>181</sup>, con indicazione delle ragioni legittimanti l’esercizio di tale potere, prevedendo inoltre al comma 6 che, qualora si trattasse di variazioni sfavorevoli, ne fosse data comunicazione scritta al consumatore entro cinque giorni dalla data di applicazione delle modifiche, pena l’inefficacia delle stesse; mentre sul piano rimediabile era prevista dal comma 7 la stessa tutela che per i clienti *tout court*, ovvero sia il recesso entro quindici giorni e senza penalità, col diritto di ricevere in sede di liquidazione le condizioni precedentemente praticate. Il *ius variandi* nel credito al consumo, pertanto, prevedeva una disciplina maggiormente protettiva, il che se trova una spiegazione nell’ancor più accentuato divario di forza contrattuale delle parti di un contratto di credito, non giustificava comunque come le banche, in tutti gli altri contratti bancari, potessero esercitare il *ius variandi* entro limiti non particolarmente stringenti.

La disciplina delle leggi del ’92 venne successivamente trasposta nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385/1993), segnatamente agli

---

<sup>180</sup> In un contesto parzialmente difforme PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 494

<sup>181</sup> Era prevista una disciplina transitoria per i contratti di apertura di credito in conto corrente non connessi all’uso di carta di credito, cui il comma 5 si riferisce.

artt. 117, comma 5 (oggi abrogato) e 118, nei quali si procedeva ad un “modesto rimaneggiamento”<sup>182</sup> dell’istituto; infatti, nessun intervento si è avuto per i contratti di credito al consumo, per i quali la più puntale disciplina prevista dalla L.142/92 venne trasposta senza modifiche, mentre nell’art. 117, comma 5, t.u.b. veniva riprodotto il disposto *ex art.* 4, comma 2, L. 154/92, senza distinguere tra contratti di durata e contratti a esecuzione istantanea, con l’unica novità secondo cui la possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d’interesse e ogni altro prezzo e condizione, dovesse essere espressamente prevista dal contratto, mediante una clausola specificatamente approvata per iscritto.

La versione originaria dell’art. 118 t.u.b. prevedeva che “se nei contratti di durata è convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli sono comunicate al cliente nei modi e nei termini stabiliti dal CICR. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci”; inoltre continuava indicando il rimedio a fronte della *variatio*, confermando il diritto del cliente di esercitare il recesso, secondo le modalità previste dalle leggi del 1992. Venne in parte confermata anche la disciplina sulle variazioni sfavorevoli generalizzate, per le quali l’art. 11 della delibera CICR 4 marzo 2003<sup>183</sup> prevedeva che “le variazioni sfavorevoli potessero essere comunicate alla clientela in modo impersonale, mediante inserzioni nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, anche ai fini dell’esercizio del diritto di recesso”. Una modifica indiretta si era già avuta con l’art. 25 della L. 52/96, che introduceva il Capo XIV-*bis* nel Titolo II del Codice civile, ove l’art. 1469-*bis*, comma 4, n. 2<sup>184</sup>, prevedeva la necessità che le modifiche delle condizioni anche non economiche nei contratti con i consumatori per la

---

<sup>182</sup> DOLMETTA, *Jus variandii bancario... op. cit.*, p. 1

<sup>183</sup> Si tratta della delibera del Comitato Interministeriale del Credito e del Risparmio che introduce la “disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”, pubblicata nella G.U. n. 72 del 27 marzo 2003. Il provvedimento è stato poi recepito ed ampliato nel documento della Banca d’Italia, attuato con le “Istruzioni” del 25 luglio 2003, con le quali si è sostituito il Titolo X, Cap. 1 del fascicolo “Istruzioni di Vigilanza per le banche” (circolare del 21 aprile 1999, n. 229). Si rinvia, inoltre, al Comunicato della Banca d’Italia, pubblicato nella G.U. del 17 gennaio 2005, n. 12.

<sup>184</sup> Oggi art. 33, commi 3 e 4, cod. cons.

prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, fossero sorrette da un giustificato motivo. L'AGCM, prendendo atto di un contesto normativo nel quale, nonostante gli interventi del legislatore, la tutela dei clienti continuava a risultare piuttosto limitata, a fronte di un tentativo di crescita di tutela dei consumatori, presentò al Parlamento una segnalazione<sup>185</sup> sulla “disciplina dello *jus variandi nei contratti bancari*”, nella quale si sottolineava come le imprese bancarie fossero in grado di sfruttare la loro posizione di forza contrattuale, pregiudicando la concorrenza bancaria perché “la capacità del cliente di effettuare scelte consapevoli era depotenziata da un uso indiscriminato dello *jus variandi*, che determinava incertezza in relazione alla stabilità delle condizioni economiche di un servizio. È probabile che un consumatore non trovi conveniente sopportare [...] i costi di cambiamento per godere di benefici, in termini di condizioni migliori, che potrebbero, tuttavia, venire meno anche in tempi brevi” , sottolineando inoltre il mancato coordinamento del t.u.b. con l'ormai entrato in vigore codice del consumo, il tutto “in un contesto interpretativo secondo il quale, pacificamente, la normativa generale a tutela del consumatore, e quindi le disposizioni in materia di giustificato motivo e di congrua informativa preventiva, debbano considerarsi valere anche per i contratti rientranti nell'ambito di applicazione del TUE; conformemente peraltro a quanto stabilito dalla giurisprudenza, l'obiettivo di promozione e tutela della concorrenza nel mercato dei servizi bancari richiede una specifica modifica [...] della normativa applicabile, che peraltro, non appare trovare analogie né nella normativa né nella prassi prevalente a livello internazionale.” Sulla spinta di una sempre più avvertita necessità di regolamentazione dell'istituto, la disciplina in tema di *jus variandi* ha subito ulteriori modifiche<sup>186</sup>; infatti, quanto suggerito dall'AGCM<sup>187</sup>, è stato in parte recepito con l'entrata in vigore del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modifiche, in Legge 4 agosto 2006, n. 248, il c.d.

---

<sup>185</sup> Segnalazione AS338 del 26 maggio 2006 consultabile in [www.agcm.it](http://www.agcm.it)

<sup>186</sup> Sull'evoluzione normativa v. SIRENA, *op. cit.*,

<sup>187</sup> Così riassumibile: eliminazione delle comunicazioni impersonali tramite Gazzetta Ufficiale; limitazioni delle modifiche alla sussistenza di un giustificato motivo; prolungamento del periodo per recedere a fronte della modifica

decreto-legge sulla competitività; con l'art. 10, comma 1, è stato sostituito l'art. 118 t.u.b., ed è stato ridisegnato in termini di possibilità per le banche di esercitare il *ius variandi* entro limiti e con modalità più stringenti. Nel dettaglio: nel primo comma dell'art. 118 t.u.b. è stata ammessa la possibilità di prevedere “la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo”, con ciò risolvendo il dubbio circa il riferimento alle condizioni, che con questa formulazione sembrava riferirsi sia alle economiche che normative<sup>188</sup>; veniva introdotta la necessità che la *variatio* fosse legittima se assistita dal giustificato motivo per tutti i contratti di durata, sia a tempo determinato che indeterminato, e per tutte i tipi di controparti contrattuali, sia consumatori che clienti ma anche altri professionisti; veniva inoltre richiamata la disciplina dell'art. 1342, comma 1, c.c., al fine di chiarire la natura vessatoria della clausola attributiva il *ius variandi* e sottolineare la necessità, in ogni caso, della specifica approvazione per iscritto da parte del cliente, pena l'inefficacia della clausola; al comma 2 dell'art. 118 t.u.b. venne anche modificata la disciplina delle comunicazioni al cliente, prevedendo che queste dovessero essere fatte “espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: Proposta di modifica unilaterale del contratto” e dovevano essere effettuate in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente, venendo meno la possibilità di procedere a comunicazioni impersonali per variazioni generalizzate; inoltre veniva previsto un termine pari a trenta giorni per la comunicazione di avvenuta variazione, che stando alla lettera del comma 2 si sarebbe dovuta avere per “qualunque modifica contrattuale delle condizioni contrattuali”, anche se la dottrina riteneva pacificamente che l'onere di comunicazione sussistesse per le sole *variationes in peius*<sup>189</sup>, stante anche il disposto del comma 3, art. 118 t.u.b., il quale

---

<sup>188</sup> SANTONI, op. cit., p. 255, riteneva che l'art. 118 t.u.b., in questa formulazione, fosse “idonea a fugare ogni dubbio sulle condizioni contrattuali modificabili”, per il riferimento al primo comma “alle altre condizioni di contratto, con formulazione talmente ampia da comprendere certamente anche le normative”

<sup>189</sup> Tra tutti DOLMETTA, *Jus variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF. Le linee evolutive del discorso*, in *Ius variandi bancario sviluppi normativi e di diritto applicato* (a cura di) DOLMETTA e ALIBRANDI, l'autore ritiene quando si parli di *ius variandi*

sanzionava la mancata ottemperanza delle disposizioni dell'articolo con l'inefficacia della modifica, solo se la stessa fosse stata sfavorevole per il cliente. Con la nuova disciplina dell'istituto venne modificato in parte anche il regime del recesso, prescrivendo un termine allungato per il suo esercizio pari a sessanta giorni e non più quindici; rispetto la previgente formulazione, venne meno anche il riferimento al *dies a quo* per l'esercizio del diritto di recesso ma, stante la natura di atto recettizio della comunicazione, si riteneva trovasse applicazione la disciplina generale del contratto ex artt. 1334 e 1335 c.c., con decorrenza del termine a partire dal giorno in cui il cliente avesse ricevuto la comunicazione (e non il termine di preavviso indicato, che si riteneva assorbito)<sup>190</sup>; decorso il termine ivi indicato, non era tuttavia chiaro quando le modifiche divenissero efficaci, stante il disposto della nuova formulazione del comma 2, che faceva ricevimento alla circostanza che la variazione si intendesse "approvata" qualora il cliente non avesse esercitato il diritto di recesso. Parte della dottrina aveva ricondotto (e tutt'ora lo sostiene) le modalità d'esercizio dell'istituto allo schema proposta-accettazione tacita, riconducendo il *ius variandi* ad un accordo di secondo grado, ove non sarebbe più corretto parlare di modificazione unilaterale, ma di un procedimento alternativo di formazione dell'accordo<sup>191</sup>; tuttavia questo radicale cambio di prospettiva tradisce la natura dell'istituto<sup>192</sup>, che resta un diritto potestativo accordato alla banca che può intervenire con modifiche unilaterali sulle condizioni del contratto, rispetto al quale il recesso è il contrappeso rimediale accordato al cliente. Pertanto, gli effetti della modifica si producevano allo scadere del termine di preavviso indicato dalla banca, dovendo tuttavia considerare che gli stessi fossero "risolutivamente condizionati dall'esercizio del recesso<sup>193</sup>" del cliente. Con il primo decreto Bersani venne anche

---

bancario, segnatamente in merito all'art. 118 t.u.b., si esclude qualsiasi variazione *in melius* dal suo ambito di applicazione.

<sup>190</sup> SIRENA, *op. cit.*, p. 279

<sup>191</sup> SCARPELLO, *op. cit.*, p. 15 e 39 ss.

<sup>192</sup> SIRENA, *op. cit.*, p. 281, ritiene che equiparare il silenzio del cliente ad un'accettazione tacita della proposta di modifica sia "un'inaccettabile finzione".

<sup>193</sup> MIRONE A., *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *BBTC*, I, p. 302

introdotto l'ultimo comma dell'art. 118 t.u.b., in tema di modificazioni dei tassi d'interesse, secondo cui qualora lo *ius variandi* venga esercitato in conseguenza di decisioni di politica monetaria, la *variatio* dovrà riguardare sia i tassi debitori che i tassi creditori, e la sua applicazione dovrà essere attuata con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente. Sulla *ratio* della norma si tornerà più avanti, ma può già osservarsi come la novità non abbia avuto una portata così dirompente, dal momento che la stessa interviene sulle modalità di esercizio del potere, senza prescrivere nessun obbligo nell'attuarlo.

Gli interventi normativi in materia di *ius variandi* non si sono tuttavia, arrestati alla disciplina fin qui esaminata, ma il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire nuovamente sulla materia in esame. A seguito della Direttiva 2008/48/CE, sui contratti di credito ai consumatori, è stata fatta "la più importante e la più profonda fra le riforme subite dal t.u. bancario posteriormente alla sua entrata in vigore"<sup>194</sup>; è stato infatti approvato il c.d. "decreto sviluppo", il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 – il cui art. 4, comma 2, ha integralmente sostituito il Capo I Titolo VI del t.u.b. - successivamente modificato con il d.lgs 14 dicembre 2010, n. 218 ed anche il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in Legge 12 luglio 2011, n. 106. Queste ultime modifiche hanno riformulato l'art. 118 t.u.b. nella sua versione attuale; si farà immediatamente seguito ad una puntuale analisi dell'attuale configurazione dell'istituto ma, a completamento dell'*iter* normativo, le novità proprie delle riforme del 2010 e 2011 possono essere così riassunte: è stata operata una distinzione nei contratti di durata tra i contratti a tempo determinato e contratti a tempo indeterminato, per i quali il *ius variandi* può essere esercitato limitatamente a differenti ambiti di applicazione; con il D.L. 70/2011 è stato introdotto il comma *2-bis*, che ammette la possibilità che se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa, nel contratto - se di durata ma diverso da quelli a tempo indeterminato - possano essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi

---

<sup>194</sup> DE CRISTOFARO, *op. cit.*,

di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto; è stato eliminato il richiamo all'art. 1341, 2° comma, c.c., ed è stato previsto che la clausola attributiva del *ius variandi* debba essere approvata specificamente dal cliente, previsione prima contenuta dall'art. 117, comma 5, t.u.b., ora abrogato; è stato positivizzato il limite della *novitas*, nel senso che la banca può intervenire con modifiche sulle condizioni già previste in contratto, senza possibilità che esercitando il *ius variandi* ne vengano introdotte di nuove; è stato anche allungato il termine di preavviso, oggi pari a sessanta giorni, facendo così che lo stesso coincida con quello per esercitare il recesso; il terzo e il quarto comma sono rimasti per lo più invariati, così come il disposto per cui la variazione unilaterale si intende approvata qualora il cliente non receda dal contratto entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione. Completata l'evoluzione normativa dell'istituto, è possibile procedere ad un'analisi più approfondita dell'art. 118 t.u.b.

### **3.3 Attuale disciplina dell'art. 118 t.u.b.: ambito di applicazione**

La nuova disciplina dell'art. 118 t.u.b. riscrive l'ambito di applicazione dell'istituto, sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto il profilo soggettivo.

Sul primo punto, il d.lgs. 223/2006 aveva previsto la necessità che, per i contratti di durata, il *ius variandi* fosse assistito da un giustificato motivo, senza prevedere specifiche differenze tra contratti a tempo determinato e indeterminato. Distinzione che invece è stata prevista dal d.lgs. 141/2010, che prevede un ambito di applicazione differenziato del *ius variandi*, a seconda che la clausola di modifica unilaterale del contratto acceda ad un contratto a tempo indeterminato ovvero a tempo determinato. In entrambe le ipotesi, infatti, possono verificarsi sopravvenienze che incidano in modo più o meno diretto sulla convenienza del

vincolo e non vi sono ragioni per cui “la fissazione di un termine di efficacia dovrebbe equivalere ad assunzione del rischio di ogni sopravvenienza<sup>195</sup>”.

L’art. 118, comma 1, t.u.b. infatti prevede che “nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo”. La riconducibilità dei contratti di durata all’art. 118 t.u.b. aveva già con la precedente formulazione sollevato dubbi, non risolti dall’attuale lettera dell’articolo; infatti, per parte della dottrina<sup>196</sup> la disciplina doveva intendersi applicabile per i soli contratti ad esecuzione non immediata, per altra<sup>197</sup> invece per i contratti a prestazione continuata o periodica, per altra ancora ad essere rilevante era la durata dell’esecuzione, andando oltre all’esecuzione continuata o periodica<sup>198</sup>, ed infine altra dottrina ancora che riconduceva la categoria ai contratti “in cui almeno una delle condizioni economiche si determini in misura direttamente proporzionale ad unità temporali”<sup>199</sup>. Il perimetro dell’art. 118 t.u.b. viene però oggi considerato piuttosto ampio, si ritiene<sup>200</sup> infatti che il legislatore abbia fatto riferimento ai contratti di durata intendendo tutti i contratti la cui esecuzione non sia immediata rispetto al perfezionamento del negozio, dal momento che la necessità di far fronte ad una sopravvenienza, *ratio* dell’istituto in esame, potrebbe sorgere con riguardo a qualsiasi contratto ad esecuzione non istantanea.

La distinzione opera quindi con riguardo alle condizioni del contratto soggette a modifiche: nei contratti a tempo determinato il *ius variandi* può essere esercitato in

---

<sup>195</sup> SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *Il ius variandi bancario*, in *Quaderni di banca, borsa e titoli di credito*, 36, 2012, p. 90.

<sup>196</sup> SIRENA, *op. cit.*, p.270

<sup>197</sup> PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca e Borsa*, 1998, II, p. 299

<sup>198</sup> GAGGERO, *op. cit.*, p. 165 ss.

<sup>199</sup> MAIELLO, *sub art. 118*, cit. p. 1949

<sup>200</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 26

riferimento a tutte le condizioni del contratto, sia economiche che normative, ad eccezione del tasso di interesse; la *ratio* sottesa a questa disciplina è quella di tutelare la posizione del cliente e il suo affidamento circa l'esecuzione del contratto, infatti, qualora alla banca fosse concesso di intervenire con modifiche anche sul tasso d'interesse, il cliente potrebbe trovarsi in situazione di particolare difficoltà, non riuscendo più a fronteggiare i costi derivanti dal contratto; si prenda ad esempio un contratto di mutuo per l'acquisto di un immobile, nonostante sul mutuo in dottrina<sup>201</sup> vengano sollevati dubbi circa la riconducibilità dello stesso ai contratti di durata; ricorrendo questa fattispecie, le conseguenze di una eventuale *variatio* della banca sul tasso di interesse, potrebbero rendere particolarmente gravoso per il cliente-mutuatario la restituzione del capitale, poiché l'eventuale rimedio ad egli accordato, ovverosia la facoltà di recedere, “risulterebbe completamente priva di qualsiasi concreta praticabilità, posto che per quest'ultimo [...] dovrebbe [...] procedere all'immediata restituzione [...] del debito residuo<sup>202</sup>”.

Sotto il profilo soggettivo, la disciplina del *ius variandi* muta a seconda che controparte della banca siano un consumatore o una microimpresa<sup>203</sup> da un lato, ovvero qualsiasi altra tipologia di clientela, dall'altro. Questa distinzione si deve all'introduzione del comma *2-bis* nel corpo dell'art. 118 t.u.b., ad opera della L. 106/2011<sup>204</sup>, secondo cui “se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa (...) nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto”.

---

<sup>201</sup> CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 508 e ss.; anche se non va trascurato come affermato da SCIARRONE ALIBRANDI e MUCCIARONE, *op. cit.*, che “il differimento della scadenza del debito di restituzione delle somme prestate costituisce elemento essenziale della funzione creditizia: esso è essenziale per ogni contratto di credito” cit. p. 93

<sup>202</sup> ABF Milano, n. 388/2010.

<sup>203</sup> È definita microimpresa dall'art. 1, comma 1, lett. *t*), D.lgs. 27.1.2010, n.11, l'impresa che ha meno di dieci dipendenti e un fatturato annuo o un totale di bilancio non superiore a 10 milioni di euro.

<sup>204</sup> Legge di conversione del D.L. 70/2011.

Può innanzi tutto osservarsi come nei contratti di durata a tempo indeterminato stipulati con la clientela *tout court* opera la disciplina generale di cui al comma 1, segno di quella tendenza legislativa che tende ad estendere ad altri *omnes* le tutele inizialmente pensate per il solo consumatore, andando oltre la figura dello stesso<sup>205</sup>; La dottrina ha tuttavia sollevato non poche perplessità in riferimento al nuovo comma: secondo alcuni<sup>206</sup>, nei contratti a tempo determinato, è possibile inserire clausole che prevedano la modifica unilaterale anche dei tassi di interesse, così prevedendo una disciplina analoga a quella di cui al comma 1, con l'unica (rilevante) differenza circa gli eventi e le condizioni che possano integrare il giustificato motivo, che devono essere predeterminati dalle parti. In questa ipotesi la modifica dovrebbe operare entro i limiti e le modalità *ex* 118 t.u.b. “a pena di inefficacia”, comprensivo anche del diritto di recesso quale rimedio all'esercizio del *ius variandi*. Secondo altra dottrina<sup>207</sup> invece, la collocazione del comma 2-*bis* nel corpo dell'art. 118 t.u.b. è frutto di un'infelice scelta del legislatore, poiché quanto previsto in questo comma poco ha a che vedere con la disciplina propria delle modifiche unilaterali del contratto, innanzitutto perché in questa fattispecie viene meno il profilo della unilateralità, infatti se gli eventi e le condizioni legittimanti la proposta di modifica del tasso di interesse vengono individuati *ex ante* da entrambe le parti, la clausola si configurerebbe al pari di un normale accordo bilaterale, espressione dell'autonomia negoziale delle parti e pertanto soggetto ai principi propri della disciplina generale del contratto; in secondo luogo la predeterminazione del giustificato motivo permette alle parti di qualificare come tale le condizioni non solo di carattere oggettivo, ma anche soggettivo, andando al di là della nozione stessa di giustificato motivo che secondo la “giurisprudenza”

---

<sup>205</sup> ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d.lgs. 21-02-2014 n. 24 Ambito applicativo: i contratti standard di servizi si assistenza legale*, cit., 696-696, osserva che “ove si riscontrino contratti che manifestano una situazione di asimmetria informativa, idonea a pregiudicare il corretto svolgimento del mercato, è possibile avvalersi della disciplina consumeristica, per tutelare direttamente il cliente-consumatore o il contraente debole e, indirettamente, ripristinare l'equilibrio contrattuale”.

<sup>206</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 24

<sup>207</sup> FERRO-LUZZI, *Lo ius non variandi: prime considerazioni, e alcune supposizioni, sul comma 2-bis dell'art. 118, t.u.b., in ilcaso.it, dopo la l. 106/2011, II, n. 266/2011*

dell'ABF<sup>208</sup> deve consistere in sopravvenienze di tipo oggettivo, il che viene confermato anche dal dato letterale che infatti si riferisce a “eventi e condizioni” futuri, con una nozione volutamente più ristretta. Dal momento che, secondo questa dottrina, la fattispecie *ex comma 2-bis* esula dal perimetro proprio dell'art. 118 t.u.b., non dovrebbero trovare applicazione neanche i limiti e le modalità di esercizio della modifica per come prescritti dall'articolo in questione, non essendo neanche la stessa unilaterale, pertanto, l'unico limite operativo a possibili *variationes* così configurate resterebbe il canone generale di correttezza e buona fede *ex art. 1375 c.c.*

Nonostante le differenti linee interpretative, può comunque farsi notare come la predeterminazione in contratto di eventi e condizioni, non priva la modifica del carattere della unilateralità, giacché la stessa non avviene in via automatica, né tantomeno la predeterminazione si spinge necessariamente nell'individuazione del *modus* con cui la banca possa procedere, considerato che agli istituti di credito viene comunque concesso un margine di discrezionalità, sia sotto il profilo dell'*an*, sia, e soprattutto, sotto il profilo del *quantum*, che potrebbe interessare i tassi d'interesse in misura più o meno maggiore<sup>209</sup>. Qualora l'individuazione degli eventi e condizioni al verificarsi dei quali possa avvenire la modifica si spinga sino a comprimere del tutto ogni margine di discrezionalità, non sarà operativo l'art. 118 t.u.b., circostanza che è d'altronde è già prevista nelle ipotesi in cui nel contratto di credito siano inseriti meccanismi automatici di adeguamento dei tassi d'interesse ovvero altre condizioni economiche originariamente pattuite<sup>210</sup>.

Dal combinato disposto dei commi 1 e *2-bis* dell'art. 118 t.u.b. può dunque desumersi che: la banca può esercitare il *ius variandi* nei contratti di durata ed in presenza di un giustificato motivo, salvo che sulle clausole aventi ad oggetto i tassi d'interesse per i contratti che non siano a tempo indeterminato; se ricorre questa

---

<sup>208</sup> ABF Collegio di Milano, 9 agosto 2011, n. 1705

<sup>209</sup> MORERA e OLIVERI, *La variazione dei tassi nei contratti bancari a tempo indeterminato. Sul nuovo comma 2-bis dell'art. 118 TUB*, in *Banca e borsa*, 2011, I, p. 485

<sup>210</sup> OLIVERI, *Usi e abusi del ius variandi nei contratti bancari*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*

circostanza va distinta l'ipotesi in cui il cliente sia un consumatore ovvero una microimpresa, per cui le eventuali modifiche su queste clausole saranno sempre inefficaci (comma 2), se il cliente non è né un consumatore né una microimpresa, le modifiche potranno operare anche sui tassi d'interesse, se gli eventi e le condizioni legittimanti il *ius variandi* siano stati predeterminati nel regolamento negoziale e espressamente approvate dal cliente<sup>211</sup>.

### 3.4 (Segue) Oggetto della modifica e il limite della *novitas*

Una volta definito l'ambito di applicazione dell'art. 118 t.u.b., bisogna spostare l'attenzione sulle clausole che possono essere oggetto di modifica unilaterale. La questione ruota intorno alla possibilità di modificare sia le clausole economiche che le normative (o disciplinari), ed in secondo luogo se, nell'esercizio del *ius variandi*, possano essere inserite clausole *ex novo*.

La prima questione è dirimente al fine di comprendere quale sia la portata effettiva dell'istituto. La prima versione della disciplina, contenuta nell'art. 6, comma 1, della Legge sulla trasparenza del '92, già prevedeva che le modifiche potessero estendersi a "tassi, prezzi e altre condizioni", formula questa ribadita, anche se in termini diversi, col c.d. decreto-legge sulla competitività, che si riferiva in termini generali a "le altre condizioni di contratto" e da ultimo confermata dalla versione attuale dell'articolo che nuovamente ribadisce la possibilità di prevedere una clausola di modifica dei "tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto"; il dato letterale, quindi, sembra confermare l'orientamento prevalente sia in dottrina<sup>212</sup> che in giurisprudenza<sup>213</sup>, secondo cui le variazioni possono riguardare

---

<sup>211</sup> SIRENA e FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, p. 350 s.

<sup>212</sup> SANTONI, *op. cit.*, p. 271, ritiene addirittura che l'ultima riforma sia stata sul punto "idonea a fugare ogni dubbio" al riguardo.

<sup>213</sup> Trib. Milano, 18 aprile 1985, n.192, in *BBTC*, 1987, II, p. 94 ss; è in realtà un passaggio incidentale, giacché nelle decisioni dell'ABF, le questioni attengono quasi sempre alla variazione di interessi, o di spese, o di commissioni. Sul punto DOLMETTA, *op. cit.*, osserva che probabilmente

tutte le clausole del contratto, tanto le economiche quanto le normative, il ché è tra l'altro coerente con la funzione propria dell'istituto: qualora sopravvenga una circostanza che non renda più conveniente una clausola regolamentare, non ci sono ragioni ostative tale per cui dovrebbe esistere un divieto di *ius variandi*; al riguardo la dottrina<sup>214</sup> osserva come “anche le clausole disciplinari rispondono – né, per definizione, potrebbe essere altrimenti (art. 1321 c.c.) – ad interessi economici delle parti. Solo le clausole economiche, peraltro, risultano espresse, o comunque sono immediatamente traducibili in denaro; esse si identificano con quelli che oggi vengono chiamati gli *oneri economici*”. È possibile, pertanto, ritenere come i tassi e i prezzi siano previsti a titolo esemplificativo, “ben potendo la modifica concernere qualsiasi altra condizione contrattuale<sup>215</sup>”.

L'attenzione della dottrina in merito all'oggetto del *ius variandi* si è maggiormente concentrata in merito alla possibilità che nel contratto potessero essere inserite *ex novo* clausole precedentemente escluse. Il dubbio era sorto soprattutto con la formulazione originaria dell'art. 118 t.u.b. e la successiva modifica ad opera del primo decreto Bersani, che non facevano luce sul punto, lasciando adito a differenti orientamenti in merito. La questione è stata risolta con la Circolare del Ministero dello Sviluppo economico del 21 febbraio 2007, n. 5574<sup>216</sup>, nella quale “si chiarisce che le modifiche disciplinate dal nuovo art. 118 t.u.b., riguardano soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole *ex novo*”. Se il punto è stato affrontato e risolto, tuttavia la circolare era carente in punto di motivazione; a detta mancanza hanno sopperito le decisioni dell'ABF<sup>217</sup>, che hanno portato al consolidamento dell'orientamento

---

questa circostanza è data dal fatto che “mentre le clausole economiche hanno effetto pratico immediato e percepito dal cliente (dalla sua tasca, se non altro) – quelle regolamentari risultano sovente (forse, quasi sempre) più discrete (...) quand'anche avvertita, la variazione risulta più digeribile”

<sup>214</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, cit. n. 91

<sup>215</sup> SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 211,

<sup>216</sup> Avente ad oggetto “Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 10 della legge 4 agosto 2006, n. 248”.

<sup>217</sup> ABF Collegio di Napoli, 2 aprile 2010, n. 192, secondo cui “Il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto dall'art. 118 T.u.b., in quanto eccezione alla regola generale della

per cui il *ius variandi* va qualificato come il potere, riconosciuto alla banca, di modificare il contenuto dell'operazione già espresso nelle clausole inserite *ab origine* nel contratto, senza poter intervenire sul complessivo significato economico del contratto attraverso nuove clausole. La dottrina<sup>218</sup> osserva come “il limite della *novitas* non potrebbe risultare riferito ad altro: posto che per definizione il regolamento negoziale risulta comunque completo, in ragione dell'integrazione che circa i patti viene a operare la normativa di legge *ex art. 1374 c.c.*”

La circolare del ministero è stata positivizzata dalla riforma operata dal d.lgs. 141/2010, con il quale è stato modificato l'art. 118 t.u.b. che oggi fa riferimento alle “altre condizioni previste dal contratto” e non più “le altre condizioni di contratto”; nella relazione sullo schema di decreto legislativo si legge infatti che “l'espressione condizioni previste dal contratto, intende precisare meglio, in linea con i chiarimenti forniti dal Ministero dello Sviluppo economico con nota del 21 febbraio 2007 (...), che le modifiche unilaterali ai sensi dell'art. 118 non possono comportare l'introduzione di clausole *ex novo*, ma soltanto la variazione di clausole già contemplate nel contratto”. Se per parte della dottrina<sup>219</sup> la modifica ha avuto un effetto costitutivo, nel senso di avvenuto “completamento [...] a livello di norma primaria del processo iniziato con la comunicazione del Ministero”, altra dottrina invece osserva come “i detti passaggi di formula normativa non vadano sopravvalutati” soprattutto se si considera “che l'art. 33, comma 3, cod. cons., resta attestato sulla formula modificare le condizioni del contratto, mentre per i servizi di pagamento il comma 2 dell'art. 126-*sexies* usa quella di modifica del contratto o delle condizioni<sup>220</sup>”; non va inoltre trascurato il dato per cui il valore dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione di un testo di legge sia di carattere meramente

---

immodificabilità del contratto senza il consenso di entrambe le parti, deve intendersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni già esistenti, senza potersi spingere al punto di introdurre clausole nuove tali da incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale”.

<sup>218</sup> DOLMETTA, *Jus variandi bancario...*, p. 10

<sup>219</sup> CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs n. 141 del 2010*, in *Contratti*, 2011, p. 394

<sup>220</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 10 s.

sussidiario<sup>221</sup>. Pertanto, la banca che vorrà inserire nuove clausole nel regolamento contrattuale, lo potrà fare con una rinegoziazione ovvero un accordo di secondo grado, ma non potrà avvalersi delle modalità di modifica unilaterale previste dall'art. 118 t.u.b., poiché stante il carattere eccezionale dell'istituto previsto dal t.u.b., l'esercizio viene limitato solo ed esclusivamente alla possibilità di variare clausole, siano esse di carattere economico o normativo, già esistenti. Tuttavia, non è sufficiente affermare come non possano essere aggiunte, mediante modifica, clausole che nel contratto non erano inizialmente previste, poiché si potrebbe intervenire con l'eliminazione di una clausola, in quanto prevista, operazione che stando ad una stretta interpretazione letterale potrebbe essere posta in essere, con il risultato di produrre effetti analoghi all'introduzione di una nuova clausola; si prenda come riferimento normativo al riguardo l'art. 1231 c.c. che, specificando le modalità che non importano novazione<sup>222</sup>, qualifica come modificazione accessoria sia la "l'apposizione" che "l'eliminazione" di un termine. Pertanto, per distinguere la modifica di clausole già esistenti dall'introduzione di nuove, bisogna verificare se le variazioni, siano esse anche caducazioni o aggiunzioni, incidano a tal punto da comportare una "trasformazione" del contratto raggiungendo il livello della novazione, incidendo "in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura"<sup>223</sup>; in dette ipotesi siamo certamente al di là dei limiti previsti dall'art. 118 t.u.b., comportando l'inefficacia di un tale intervento.

Sulla questione relativa all'oggetto della modifica, l'attenzione si è spostata sulla questione della modifica dei tassi indicizzati<sup>224</sup>. La "giurisprudenza" dell'ABF<sup>225</sup> ritiene che questa materia esuli dall'ambito di applicazione del *ius variandi*. Le

---

<sup>221</sup> Cass. Civ., Sez. I, 17 gennaio 2003, n. 654

<sup>222</sup> Beninteso come novazione e *ius variandi* siano istituti operati su piani radicalmente differenti, in quanto il primo è vicenda estintiva-costitutiva; il secondo è vicenda modificativa di un contratto già esistente.

<sup>223</sup> ABF, Collegio di Napoli, 28 aprile 2010, n. 300

<sup>224</sup> SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 211, o tassi variabili, cioè quei tassi che si compongono di una componente fissa e una variabile. La componente fissa, o *spread* è data dal guadagno della banca, la componente variabile è data dall'andamento di un parametro assunto a riferimento (es: *Euribor*)

<sup>225</sup> ABF, Collegio di Napoli, 15 marzo 2010, n. 120

decisioni in materia hanno interessato per lo più la fattispecie dei mutui, ma le considerazioni che a breve si svolgeranno sono estensibili, come anche l'ABF ha sottolineato, ai finanziamenti in genere; si ritiene che lo *spread* non possa essere variato in quanto “quell'elemento è sempre determinato liberamente dall'intermediario all'atto della stipula, e comunque come tale non è mai influenzato dall'andamento complessivo del mercato e dalle decisioni di politica monetaria, che possono incidere solo sul parametro, che però, le parti, come detto, hanno accettato essere variabile”: quindi c'è un parametro che oscilla nel tempo, maggiorato da una percentuale fissa stabilita dalla banca, il che comporta che entrambe le parti siano soggette al rischio di dover subire le variazioni del tasso d'interesse al modificarsi del parametro di riferimento, e detta variazione può essere favorevole a una parte e sfavorevole all'altra e viceversa, ponendo le parti in una posizione di sostanziale parità; in questa circostanza “se alla banca fosse concesso di intervenire *in executivis* modificando lo *spread* in funzione dell'andamento fluttuante del parametro sottostante, si finirebbe per accordarle il potere di alterare le modalità di distribuzione del rischio contrattuale come pianificate e volute dalle parti. Gli è, infatti, che mentre la banca sarebbe sempre potenzialmente in condizione di sottrarsi al rischio della diminuzione del tasso di riferimento (...) ciò non sarebbe per il cliente”. Interpretazione questa condivisa anche dalla giurisprudenza di merito<sup>226</sup>, parte della dottrina<sup>227</sup> è però diversamente orientata, ritenendo che la componente fissa del tasso variabile possa essere oggetto di

---

<sup>226</sup> Trib. Napoli 24 novembre 2000, 4: “Benché l'art. 6, l. 17 febbraio 1992, n. 154 (come d'altronde, il successivo art. 118, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), preveda che i tassi di interesse possano essere variati da parte della banca in senso sfavorevole al cliente a condizione che ne sia data al medesimo comunicazione scritta e che, in mancanza di tale comunicazione, la variazione è inefficace nel caso in cui sia pattuito un tasso di interesse variabile (nella specie perché collegato alle variazioni del tasso ufficiale di sconto) le variazioni del tasso di interesse in senso sfavorevole al cliente determinate dalla sola variazione del parametro di riferimento sono efficaci anche se non comunicate per iscritto al cliente medesimo, giacché le modificazioni delle condizioni contrattuali in senso sfavorevole al cliente a cui detta norma si riferisce sono solo quelle disposte unilateralmente dalla banca, mentre l'eventuale variazione del tasso derivante dalla variazione, non dipendente dalla volontà della banca, del parametro di riferimento, non è una manifestazione dello “*ius variandi*” di quest'ultima, ma un effetto integralmente voluto dalle parti sin dal momento della conclusione del contratto”

<sup>227</sup> SCIARRONE ALIBRANDI e MUCCIARONE, *op. cit.*, p. 98 ss.

modifica unilaterale, dal momento che la banca, nello stipulare un contratto di finanziamento a tasso variabile, non assume su di sé il rischio di ogni sopravvenienza, dal momento che possono comunque verificarsi eventi e cambiamenti nelle condizioni di mercato non controllabili dalla banca tramite la componente legata all'andamento del parametro di riferimento; si sottolinea infatti come “sarebbe tuttavia sforzato, in linea generale pensare (...) che, per la banca almeno, l'indicizzazione equivalga ad assunzione del rischio di qualunque aumento del costo del denaro, pure di quello eccessivo e straordinario”. Si può quindi ritenere che la banca possa esercitare il *ius variandi* anche nei contatti di finanziamento che prevedano tassi indicizzati, entro i limiti e con le modalità *ex* 118 t.u.b., dovendo chiaramente escludersi che detto potere possa tradursi in abuso, consistente nell'annullamento dell'effetto della fluttuazione del parametro di riferimento con riguardo al tasso variabile, cui è ancorato, e alterare così le modalità di distribuzione del rischio per come previste dalle parti, condotta che comunque sarebbe certamente censurabile poiché in contrasto con la clausola generale di buona fede.

### **3.5 (Segue) Modalità di esercizio del *ius variandi* e comunicazioni alla clientela**

Pur avendo superato quelle visioni del *ius variandi* come “la manifestazione dello “strapotere contrattuale delle banche<sup>228</sup>” nei rapporti con la clientela, non può essere trascurato il dato per cui la natura dell'istituto è pur sempre quella di un diritto potestativo che permette alla banca di intervenire unilateralmente modificando il contenuto del regolamento negoziale; in questa circostanza, al fine di riequilibrare la posizione delle parti, soccorre senz'altro il profilo rimediabile del diritto di recesso accordato al cliente, ma prima di addivenire all'esito della caducazione del

---

<sup>228</sup> PIETRUNTI, «*Ius variandi*» e «*trasparenza*» nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo, in *Contr. impr.*, 1996, p. 198

contratto, anche le modalità di esercizio del *ius* e la conseguente comunicazione alla clientela, costituiscono mezzi per ricondurre il contratto, o quantomeno ne costituiscono un tentativo, ad una fisiologica simmetria.

L'attuale formulazione del comma 2, art. 118 t.u.b., frutto dell'intervento del legislatore ad opera del d.lgs 141/2010 prevede che "Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate." Le modalità di comunicazione si differenziano in ragione del destinatario. Qualora si tratti di un cliente specificatamente individuato, è necessario che allo stesso pervenga la comunicazione in forma scritta, su un supporto cartaceo o altro supporto durevole<sup>229</sup> preventivamente accettato dal cliente e recante in modo evidenziato la formula "Proposta di modifica unilaterale del contratto"; può notarsi come, nonostante l'intestazione del modulo, non si tratti di una vera e propria proposta, giacché al cliente è solo accordata la facoltà di recedere dal contratto qualora non intendesse sopportare gli effetti prodotti dalla modifica unilaterale, senza avere la possibilità di proseguire il rapporto senza accettare la proposta. È inoltre specificato dall'art. 127-*bis*, comma 1, t.u.b., come le spese di comunicazione siano, "indipendentemente dagli strumenti di comunicazione impiegati", a carico della banca, novità questa frutto dell'intervento riformatore del 2010, ma che era

---

<sup>229</sup> Per supporto durevole si intende la nozione data dall'art. 67-*ter*, lett. *f*), cod. cons., nel quale viene definito come "qualsiasi strumento che permetta al consumatore 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"

comunque desumibile dalla circostanza che le modifiche vengono poste in essere dagli istituti di credito e nell'interesse degli stessi, si tratta infatti di una previsione mutuata dagli artt. 32, comma 1 e 44 della Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento e il relativo art. 126-ter t.u.b. che ha recepito la disciplina. In dottrina<sup>230</sup> è ormai pacifico che l'atto di esercizio del *ius variandi* abbia natura recettizia, circostanza confermata dall'ABF<sup>231</sup> che in numerose occasioni ha sottolineato l'insufficienza dell'invio e la necessità della ricezione. La *ratio* di tutela desumibile dalla disciplina delle comunicazioni si evince dalla circostanza che la modifica non produce gli effetti dal momento in cui l'atto perviene a conoscenza del cliente, come quanto previsto dagli artt. 1334 e 1335 c.c., ma la legge accorda al cliente un termine di preavviso pari a due mesi, che, concordemente alla disciplina generale del contratto decorre dalla ricezione, è funzionale al consentire al cliente la possibilità di valutare l'impatto complessivo della modifica sull'economia del regolamento negoziale ed eventualmente esercitare il recesso. Il carattere recettizio della comunicazione si manifesta anche sul piano dell'onere della prova che, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, grava sulla banca, la quale dovrebbe essere in grado dimostrare almeno "l'effettivo e rituale invio della proposta di modifica unilaterale del contratto al domicilio indicato dal cliente<sup>232</sup>" senza necessità di spingersi sino alla "produzione del cedolino dell'avvenuta ricezione della raccomandata. Per quanto, a onor del vero, proprio quest'ultimo sia il migliore mezzo per dare sicurezza *ex ante* all'azione di esercizio del *jus*<sup>233</sup>".

Sul contenuto della comunicazione la sopracitata circolare del Ministero dello Sviluppo economico del 21 febbraio 2007 ha fornito dei chiarimenti, specificando che "il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è

---

<sup>230</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 27 s.

<sup>231</sup> ABF Collegio di Milano, 12 maggio 2010, n. 357; Collegio di Roma, 6 settembre 2010, n. 896

<sup>232</sup> ABF, Collegio di Roma, 6 settembre 2010, n. 896

<sup>233</sup> DOLMETTA, *ult. op. cit.*

alla base”, orientamento confermato anche dalle decisioni dell’ABF e dalla dottrina; si ritiene pertanto che in capo alla banca gravi un vero proprio onere di allegazione, la cui inottemperanza determina l’inefficacia della modifica *ex* comma 3; onere che deve essere soddisfatto in modo puntuale e preciso, non essendo sufficiente una comunicazione generica, prassi tuttavia frequentemente posta in essere dagli istituti di credito e censurata dall’ABF<sup>234</sup>, ma anche dalla giurisprudenza<sup>235</sup>, che ha ulteriormente confermato come il giustificato motivo sia una condizione di legittimità della modifica e, in quanto tale, “nell’atto di modifica – di natura recettizia – deve essere allegato il fatto che lo giustifica ed è solo il motivo ivi indicato che si dovrà tenere conto ai fini di valutare la legittimità della modifica”. Sull’interpretazione del giustificato motivo ci si soffermerà a breve, ma è possibile già porre l’accento sulla funzione dell’onere di allegazione dello stesso, che permette al destinatario della modifica di verificare il corretto esercizio del potere da parte della banca e, pertanto, rafforzare la tutela ad egli riconosciuta.

Il nuovo comma 2, art. 118 t.u.b. fa anche riferimento alla necessità che la clausola di modifica unilaterale sia preventivamente approvata specificatamente dal cliente; formulazione frutto dell’intervento del legislatore che con il d.lgs. 141/2010 ha abrogato l’art. 117, comma 5, t.u.b., che in realtà è stato solo riprodotto nell’art. 118 t.u.b., nel quale è venuto meno il riferimento all’art. 1341 c.c.; anche in questo caso è evidente come la *ratio* sottesa alla riforma sia quella di incrementare le tutela previste per il cliente, dal momento che la specifica approvazione per iscritto è ormai necessaria non solo quando la clausola di modifica unilaterale sia prevista nelle condizioni generali di contratto, ma in ogni caso, anche qualora si tratti di un contratto specificatamente redatto per un singolo cliente; a onor del vero non va trascurato che nella prassi le banche predispongono contratti standard ai quali il cliente potrà aderire o meno, sicché nonostante non sia più espressamente

---

<sup>234</sup> ABF, Collegio di Milano, 9 novembre 2011, n. 2419, si sottolinea che “gli effetti prodotti dall’attuale crisi economica”, allegati dalla banca come motivo giustificante la modifica, siano inefficaci in quanto insufficiente per permettere al cliente “di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base.”

<sup>235</sup> Trib. Rimini, ord. 22 agosto 2011

richiamato l'art. 1341 c.c. – la cui elencazione ivi contenuta è peraltro tassativa – il procedimento di approvazione per lo più analogo. Anche in questa ipotesi, la clausola indicante la possibilità di modificare unilateralmente il contratto deve essere puntuale e adeguatamente circostanziata, poiché il cliente deve essere in grado di comprendere la reale portata del potere riservato alla banca e dei rischi che vengono fatti gravare su di lui, in modo da esprimere al riguardo un pieno consenso, infatti si sottolinea come nel caso di clausola eccessivamente generica, l'eventuale approvazione del cliente sarebbe “alla cieca” e pertanto “un non consenso. [...] un'indicazione analitica delle clausole variabili che ammonisca effettivamente il cliente dell'entità e vastità dei rischi che vengono fatti gravare sulla sua posizione contrattuale<sup>236</sup>” costituirebbe adempimento del disposto dell'art. 118, comma 2, t.u.b.

Oltre le modifiche specificatamente approvate dal singolo cliente, la nuova disciplina dell'art. 118 t.u.b. prevede che nei rapporti al portatore la comunicazione sia effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR; al riguardo il Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, n. 117 del 3 febbraio 2011, ha previsto che dette variazioni “siano comunicate alla clientela con strumenti di comunicazione impersonale facilmente accessibili presso le dipendenze dell'intermediario e sul sito internet di questo, ove esistente”. Non si tratta di una modifica che ha comportato la riviviscenza delle c.d. variazioni sfavorevoli generalizzate, prevista dalle N.U.B. e dalla Legge sulla trasparenza del '92, poiché in questa ipotesi la comunicazione impersonale è dettata dalla circostanza che nei rapporti al portatore la banca non conosce il titolare del rapporto, rendendo impossibile la possibilità di procedere ad una comunicazione personalizzata<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 34, che cita BUSSOLETTI, *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. 467

<sup>237</sup> SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 214

### 3.6 (*Segue*) Il limite del giustificato motivo

Il primo comma dell'art. 118 t.u.b. sancisce la necessità del c.d. giustificato motivo perché, nei contratti a tempo indeterminato, la modifica unilaterale di tassi, prezzi ed altre condizioni sia legittima, mentre per gli altri contratti di durata prevede che la modifica possa intervenire su tutte le clausole del contratto, salvo quelle aventi ad oggetto i tassi, sempre al ricorrere di un giustificato motivo. Si tratta di una clausola generale<sup>238</sup>, pensata per adattarsi rapidamente alle evoluzioni del sistema e alle circostanze del caso concreto, pertanto per la sua interpretazione è stato fondamentale l'apporto della dottrina e della giurisprudenza di merito, nonché delle decisioni dell'ABF.

È possibile notare *ictu oculi* come la necessità che la variazione unilaterale sia accompagnata da una ragione giustificatrice, costituisca un limite all'esercizio del *ius variandi*. Il palese intento protezionistico sotteso si deve all'origine dell'istituto nel corpo dell'art. 1469-*bis*, commi 4 e 5, c.c. poi trasposti nell'art. 33, comma 2, lett. m), cod. cons., che prevedono la presunzione di abusività della clausola che consenta al professionista la modificazione delle clausole contrattuali ovvero delle caratteristiche del prodotto o del servizio in esso dedotti senza un giustificato motivo, il quale deve essere espressamente indicato nel contratto stesso. La disciplina, che già veniva applicata per i contratti di credito stipulati con un consumatore, è stata estesa alla generalità dei contratti bancari nell'ambito dell'intervento riformatore del 2006 ed è stata da ultimo confermata con l'attuale formulazione dell'art. 118 t.u.b.; la questione, dunque, ruota attorno la necessità di individuare quei motivi che possano giustificare la modifica unilaterale del contratto da parte della banca. La difficoltà è dovuta al fatto che “tale nozione non ha una definizione precisa e si presenta assai problematica”<sup>239</sup>, da qui la necessità

---

<sup>238</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 33; *Contra* v. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 515, il quale invece ritiene si tratti di un concetto indeterminato.

<sup>239</sup> AGCM, provv. 100/2007

che la stessa vada individuata alla luce della *ratio* che legittima le banche ad intervenire *in executivis*.

Non va tuttavia criticata la scelta del legislatore di ancorare il limite del *ius variandi* ad un criterio “ad alto tasso di volatilità<sup>240</sup>”, qual è il giustificato motivo, giacché lo stesso è condizione legittimante la modifica nei contratti di durata che, in quanto tali, possono essere soggetti alle sopravvenienze più imprevedibili, ove il giustificato motivo costituisce il bilanciamento tra la necessaria flessibilità e discrezionalità che la banca deve essere in grado di poter esercitare e le esigenze di protezione della controparte contrattuale; discrezionalità che, proprio in ragione dell’onere di allegazione del giustificato motivo, viene definita “limitata [...] in favore della stabilità dell’operazione contrattuale e dell’affidamento del cliente<sup>241</sup>”. Si è già osservato come il *ius variandi* sia uno strumento di controllo del contratto, che permette alle parti di mantenere in essere il sinallagma anche a fronte di sopravvenienze imprevedibili *ex ante*, senza dover pervenire necessariamente ad una rinegoziazione ovvero allo scioglimento del vincolo. Il giustificato motivo deve pertanto essere espressione di questa stessa logica e costituire “la stella polare che deve guidare l’agire dell’impresa creditizia nell’esercizio del *ius variandi*, nonché, in seconda battuta, criterio euristico per verificarne la legittimità<sup>242</sup>”.

Ai fini definitivi, può innanzitutto escludersi qualsiasi rilevanza di una nozione soggettiva del giustificato motivo, nonostante qualche isolata decisione di segno opposto dell’ABF<sup>243</sup>; la giurisprudenza di merito<sup>244</sup> ha infatti confermato come eventi legati a vicende di politica commerciale, ovvero a necessità organizzative, non siano ragioni idonee a giustificare l’esercizio del *ius variandi* da parte di un istituto di credito, anche perché ove fosse ammessa una tale possibilità, si correrebbe il rischio di far “riscuotere una rilevanza giustificativa a tutte le

---

<sup>240</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 513

<sup>241</sup> SCARPELLO, *op. cit.*, p. 577

<sup>242</sup> SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all’art. 118 T.U.B.*, in DOLMETTA (a cura di), *Ius variandi bancario*, p. 129 s.

<sup>243</sup> ABF, Collegio di Roma, n. 1583/2010

<sup>244</sup> Trib. Roma, 21 gennaio 2000, ha giudicato una clausola così configurata come vessatoria.

variazioni di bilancio connesse ad una qualsiasi alterazione *in peius* (...) o una ad una riduzione purchessia dei finanziamenti necessari all'attività di erogazione del servizio<sup>245</sup>"; il rischio sarebbe quindi quello di far gravare sul cliente i costi derivanti da un'inefficiente gestione della banca, la quale sarebbe posta nella condizione di esercitare, sostanzialmente *ad nutum*, detto potere. Esulano, pertanto, da detta nozione "tutte le variazioni indotte o comunque giustificate da scelte di politica industriale del singolo intermediario che non trovino riscontro in analoghe dinamiche di mercato<sup>246</sup>."

Assodato dunque come il giustificato motivo debba essere di natura oggettiva, la giurisprudenza<sup>247</sup> ha ricondotto alla nozione gli eventi "esterni alla banca, idonei a modificare l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni contrattuali volute dalle parti contraenti." Da parte della dottrina, le condizioni idonee ad integrarlo sono state differentemente individuate; per alcuni autori la nozione coincide con "qualsiasi evento potenzialmente idoneo a modificare l'originario sinallagma contrattuale"<sup>248</sup>, interpretazione che tuttavia rischierebbe di tradurre la formula in un concetto vuoto e in grado di dare adito a forme arbitrarie di esercizio del *ius variandi*. Per altra dottrina<sup>249</sup> si dovrebbe guardare allora ad eventi non controllabili dalle parti del contratto, sul presupposto che l'art. 118 t.u.b. "miri a conservare l'equilibrio macronegoziale della banca", interpretazione questa che sicuramente ha il merito di sottolineare come il *ius variandi* sia attribuito alle banche proprio al fine di garantire la complessiva stabilità del sistema creditizio e che, pertanto, si possano verificare eventi idonei ad incidere "su di un complesso di rapporti giuridici e in maniera tale da rendere economicamente non sopportabile il peso, negativo, degli stessi se reiterati per un numero indefinito di rapporti", eventi che

---

<sup>245</sup> PAGLIANTINI, *ult. op. cit.*

<sup>246</sup> OLIVERI, *op. cit.*, p. 122

<sup>247</sup> Trib. Palermo, sez. Bagheria, 26 marzo 2010

<sup>248</sup> MORERA, *Contratti bancari*, p. 168

<sup>249</sup> FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 149, il quale continua affermando che "il giustificato motivo rappresenta allora il fulcro attorno al quale ruota il punto di incontro tra le esigenze di sistema della banca e quelle del singolo cliente e il momento in cui le due istanze si pongono in rapporto critico è certamente quello della ricezione della comunicazione" sulla quale v. §3.5

“modifichino quell’assetto economico, per categoria di cliente, che aveva portato la banca a perfezionare una determinata serie negoziale”; tuttavia, laddove vengono escluse sopravvenienze quali il peggioramento delle condizioni economiche del cliente, in quanto evento connesso ad uno specifico rapporto, questa lettura diviene facilmente criticabile da parte di quella dottrina che invece ritiene come anche vicende interne legate alla banca e al singolo contratto<sup>250</sup>, possano integrare il giustificato motivo, interpretato come “un allargamento del concetto di giusta causa<sup>251</sup>”. Non è a tal proposito raro il richiamo che la dottrina fa ai concetti propri della materia laburistica, anche se è da considerare per lo più improprio, sia per le distanti specificità delle rispettive materie, sia poiché la stessa “si focalizza sulle fattispecie di licenziamento<sup>252</sup>”.

Al fine di dissipare i dubbi in merito alla nozione di giustificato motivo, è intervenuta la Direzione generale del Ministero dello Sviluppo Economico che, con nota del 21 febbraio 2007, n. 5574, ha chiarito che nella nozione vadano ricompresi “specifici eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario. Tali eventi possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente (ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso 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.)”; dalla circolare della Direzione del Ministero, una dottrina<sup>253</sup> ha elaborato quella nozione di giustificato motivo che fa riferimento, appunto, sì al sistema nel suo complesso e di conseguenza alla sua stabilità, ma avendo riguardo a tutte quelle sopravvenienze future e imprevedibili, rispetto alle quali la parte che subisce l’evento, ha comunque degli strumenti, predisposti dal legislatore, per porvi rimedio, tenendo conto, chiaramente, della circostanza che la parte abbia interesse

---

<sup>250</sup> SARTORI, *op. cit.*, p. 139, afferma come “il rischio di credito partecipa alla formazione del risultato economico gestionale [...] e rappresenta ancor oggi il fattore principale delle crisi bancarie.”

<sup>251</sup> BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2005, p. 21

<sup>252</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 31

<sup>253</sup> SCIARRONE ALIBRANDI – MUCCIARONE, *op. cit.*, p. 78 ss.

o meno alla prosecuzione del rapporto, ancorché modificato. Si fa riferimento ai rimedi previsti dal Codice civile<sup>254</sup> che implicano il diritto ad ottenere la modifica del contratto, ovvero la sua risoluzione; come nella materia generale di obbligazione e contratti gli strumenti ivi previsti rispondono all'esigenza di rimediare agli eventi verificatosi, così nella materia bancaria, le stesse sopravvenienze costituirebbero "altrettante ipotesi (costitutive) del *ius variandi* della banca. Sicché tale potere può considerarsi, in ambito bancario, rimedio generale alle sopravvenienze, nonché più duttile di quelli specificatamente apprestati per ciascuna sopravvenienza nei contratti in genere: il *ius*, nel puntare alla conservazione del rapporto per ogni sopravvenienza, non è rigidamente predeterminato nei suoi contenuti [...] E tale duttilità, per vero, può rispondere non solo – com'è naturale – all'interesse della parte protetta dal *ius variandi*, la banca nella specie, ma, in concreto, pure dell'altra, del cliente: più e meglio di un rimedio diretto alla cessazione del rapporto". Secondo questa interpretazione, inoltre, le ipotesi prese in considerazione dalla disciplina codicistica costituirebbero non soltanto motivi giustificanti la modifica, ma anche un limite per l'esercizio del *ius variandi*, dal momento che non sarebbe possibile individuare nell'ordinamento motivi idonei a legittimare la modifica unilaterale del contratto, che siano nuovi rispetto alle sopravvenienze alle quali il Codice civile collega un effetto estintivo o modificativo del rapporto.

Se la dottrina individua la nozione di giustificato motivo negli eventi più svarianti, il punto di contatto è certamente quello per cui affinché la modifiche siano giustificate e legittime, è necessario che le stesse siano dovute ad una qualche sopravvenienza<sup>255</sup>: la variazione deve essere dettata da un accadimento futuro

---

<sup>254</sup> SCIARRONE ALIBRANDI – MUCCIARONE, *op. cit.*, p. 82 richiama a tal proposito gli art. 1186, art. 1461, l'inadempimento *ex art.* 1460 e 1453, l'impossibilità parziale *ex art.* 1464 e l'eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art.* 1467, c.c.

<sup>255</sup> Non va tuttavia trascurato come altra dottrina, DOLMETTA, *op. cit.*, p. 35, solleva perplessità in merito alla questione delle sopravvenienze imprevedibili, sia perché "la clausola generale di giustificato motivo sembra possedere, per sé una portata potenzialmente più vasta di quella data dall'equilibrio originario dei valori di cui alle attribuzioni patrimoniali. [...] il che tra l'altro comporta l'articolarsi di due interrogativi [...] entrambi gravitanti su detto equilibrio dei valori. Se si può intendere la ragione per cui l'equilibrio rilevi non all'inizio del rapporto, ma solo durante lo

rispetto al tempo della stipula che, “nella sostanza altera (quantomeno nel suo valore economico) l’assetto degli interessi dei contraenti così come programmato dal contratto stesso, senza che l’alterazione fosse prevedibile al tempo dell’atto [...] né il fatto imputabile al contraente a favore del quale sia previsto il *ius variandi*”<sup>256</sup>. Questa linea interpretativa trova conferma anche nella posizione dell’ABF<sup>257</sup>, che ha ritenuto integrato il giustificato motivo al verificarsi di sopravvenienze in grado di compromettere l’originaria convenienza dell’affare.

Guardando da vicino le ipotesi che, secondo la succitata circolare di febbraio 2007 della Direzione generale del Ministero dello Sviluppo Economico, costituiscono ipotesi di giustificato motivo oggettivo, sicuramente ha un particolare e frequente rilievo il mutamento del merito creditizio del cliente, che importa la necessità di rivalutare il c.d. “rischio di credito”, ossia “l’eventualità che un contraente non adempia agli obblighi di natura finanziaria assunti, causando una perdita alla controparte<sup>258</sup>”. Nella materia del credito al consumo, l’art. 124-*bis* t.u.b. impone al finanziatore l’onere di procedere ad una previa valutazione del merito creditizio in sede precontrattuale, tuttavia può ben verificarsi che nel corso di un contratto di durata vi sia un mutamento delle condizioni economiche-finanziarie del debitore; sul punto, altra dottrina<sup>259</sup> ha osservato come non sarebbe necessario per la banca intervenire con modifiche unilaterali, dal momento che l’ordinamento predispose già degli istituti per far fronte a detta evenienza, in particolare la disciplina *ex art.* 1844 c.c. e 1186 c.c., tuttavia sia nell’uno che nell’altro caso il richiamo al regime codicistico appare improprio, dal momento che, non in ogni contratto di credito è data una garanzia reale o personale, né tantomeno appare esservi coincidenza

---

svolgimento del medesimo, non è altrettanto agevole comprendere – nel contempo – perché quest’equilibrio rilevi solo ex uno latere, a favore della banca? [...] Un ulteriore ordine di perplessità discende dalla constatazione che l’idea in questione ha, tra le sue componenti essenziali, quella di fare entrare - nel giustificato motivo - la diligenza della banca predisponente”.

<sup>256</sup> SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *op. cit.*, p. 88

<sup>257</sup> ABF, Collegio di Milano, 9 agosto 2011, n. 1705

<sup>258</sup> SARTORI, *op. cit.*, p. 139

<sup>259</sup> DOLMETTA, *cit.*, n. 7.

semantica tra l'insolvenza del debitore e il rischio di credito, sicché il mutamento del merito creditizio può costituire giustificato motivo di modifica unilaterale.

Altra ipotesi che può consistere in una valida ragione che legittimi l'esercizio del *ius variandi*, è la variazione delle condizioni economico-finanziarie del mercato "che possono riflettersi in aumento dei costi operativi dell'intermediario<sup>260</sup>"; la dottrina in questa ipotesi osserva come il giustificato motivo vada individuato *a contrario*, nel senso che non può tradursi in una circostanza soggettiva e nemmeno in una perdita di convenienza del contratto dettata da aggravii economici rientranti nella normale alea del contratto ma, qualora il mutamento delle condizioni economico-finanziarie del mercato comporti un sacrificio per la banca che non viene più compensato dalla controprestazione del cliente, la necessità di esercitare il *ius variandi* è dettata non solo dalla circostanza che vi sia stata una sopravvenienza che ha alterato l'equilibrio sinallagmatico, ma soprattutto perché detta situazione sarebbe incompatibile con i principi di sana e prudente gestione delle banche.

Di recente è stata affrontata dall'ABF<sup>261</sup> la questione circa l'evenienza che una sopravvenienza normativa costituisca un giustificato motivo; la possibilità non va esclusa in radice, dal momento che può in ogni caso integrare una forma di sopravvenienza futura ed esterna di carattere non soggettivo; tuttavia nella decisione in commento viene sottolineato come lo *ius superveniens* non possa costituire presupposto per far gravare sul cliente oneri ulteriori rispetto l'assetto originario del sinallagma; viene infatti richiamata quella dottrina per la quale la sopravvenienza normativa difetta del carattere dell'imprevedibilità, sicché non può essere qualificata come giustificato motivo tipico, salvo che sia la legge stessa ad autorizzare le modifiche unilaterali, ovvero quando la legge condizioni il costo dell'attività o del servizio oggetto di modifica; in questa ultima ipotesi sarà

---

<sup>260</sup> SARTORI, *op. cit.*, p. 140

<sup>261</sup> SICIGNANO, *Osservazioni ad ABF, Coll. coord. n. 26498/2018, in tema di modifica unilaterale del contratto bancario e sussistenza del giustificato motivo. Nota a lodo arbitrale Arbitro Bancario Finanziario (ABF) 12 dicembre 2018, n. 26498; in Banca borsa e titoli di credito, 2020, fasc. 5, pt. 2, pp. 834-839*

opportuno verificare la congruità delle variazioni: non sarà quindi giustificata la modifica che impone al cliente un costo *una tantum*, dal momento che “un esborso *una tantum* per l’adeguamento normativo rientra nel normale rischio d’impresa”. Per concludere sul punto, si condividono le riflessioni di una puntuale dottrina<sup>262</sup> che ha osservato come in merito al giustificato motivo “l’attenzione degli interpreti è stata anzitutto richiamata dalla sua definizione, sovraccaricando forse la questione di un’enfasi eccessiva, se si considera che il giustificato motivo costituisce, per definizione, un concetto elastico, e quindi variabile in rapporto alle circostanze del caso di specie. [...]” “a ogni modo, è comprensibile che gli operatori si concentrino anzitutto sulla questione definitoria, che, fra l’altro, ha costituito uno dei terreni di scontro fra l’A.B.I. e l’A.G.C.M.”; infatti mentre l’Associazione Bancaria Italiana, con una circolare del 7 agosto 2006, n. 23, elencava a titolo esemplificativo eventi idonei ad integrare il giustificato motivo, quali l’aumento generale dei costi industriali, l’AGCM, con provvedimento del 14 settembre 2006, sottolineava come “l’individuazione degli aumenti generali dei costi industriali quale giustificato motivo per modificare il contratto di durata appare essere una forma di restrizione concorrenziale, essendo i costi industriali una variabile economica strategica nell’offerta da parte delle banche”. Si ritorna, quindi, al problema di una definizione concretizzante di giustificato motivo, che può essere supportata da “figure sintomatiche”<sup>263</sup>, che però non sono da sole sufficienti ai fini definitivi; d’altronde, l’intento del legislatore di limitare il *ius variandi* mediante una clausola generale è stato, probabilmente, quello di permettere volta per volta una valutazione sulle ragioni addotte dalla banca nel modulo contenente la proposta di modifica unilaterale, per verificarne la rispondenza all’esigenza di far fronte a sopravvenienze imprevedibili e che rendano più conveniente la modifica, perché il rapporto perduto, piuttosto che la risoluzione, fermo restando la possibilità del cliente di recedere dal contratto qualora dovesse ritenere la modifica sconveniente.

---

<sup>262</sup> SIRENA, *Il ius variandi della banca*, il quale cita IURILLI, *Ius variandi e Testo unico bancario*, p. 653 e 655

<sup>263</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 30

A tal proposito diviene necessaria la specificità del motivo addotto alla base della proposta di modifica, sicché la valutazione della legittimità andrà effettuata sulla scorta di “un giudizio di congruità<sup>264</sup> specifica tra un fatto legittimante e la modifica concretamente posta in essere. L’atto di effettivo esercizio del *jus*, di conseguenza, deve poggiarsi sopra di un fatto puntuale: che come tale va riportato nel testo della comunicazione al cliente, sì da assolvere al prescritto onere di allegazione<sup>265</sup>”. Se ancora gli istituti di credito, nel tentativo di assolvere l’onere di comunicazione previsto dall’art. 118 t.u.b., indicano a fondamento della modifica fatti o eventi di carattere generico - probabilmente poiché le stesse indicazioni contenutistiche fornite dall’ABI o dall’AGCM sono anch’esse piuttosto vaghe - l’ABF<sup>266</sup> sembra aver colto quale sia il significato proprio del giustificato motivo, quale presupposto e limite all’esercizio del *ius variandi*; in più occasioni ha infatti giudicato inefficaci delle modifiche che seppur apparentemente circostanziate, non erano in grado di porre il cliente nella posizione di percepire l’incidenza della variazione sia sull’*an* che sul *quantum* rispetto l’originario assetto di interessi. Il giustificato motivo e il conseguente onere di allegazione, specifico e puntuale, rispondono quindi all’esigenza di protezione che si manifesta nel settore della contrattazione bancaria, soprattutto nelle ipotesi di contratti *B2C*, poiché assolvono all’onere di permettere al cliente una valutazione adeguatamente ponderata circa gli effetti della modifica e, eventualmente, permettono l’esercizio del recesso in maniera informata e consapevole<sup>267</sup>.

---

<sup>264</sup> Conferma si è avuta con la Delibera 197/2017 della Banca d’Italia, nella quale si specifica che “le variazioni devono essere rette da un giustificato motivo e rese note alla clientela con anticipo, così da consentire al destinatario di verificarne la congruità rispetto alle sottostanti motivazioni e di valutare se mantenere il rapporto”.

<sup>265</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 36

<sup>266</sup> ABF, Collegio di Milano, 9 luglio 2010, n. 716, ove si afferma che “In caso di variazione delle spese postali, non appare circostanza idonea ad integrare giustificato motivo (...) a supporto della proposta di modifica unilaterale del contratto, il fatto che la banca applicherà le seguenti nuove condizioni economiche ai rapporti di conto corrente di corrispondenza e di custodia ed amministrazione titoli, al fine di coprire i costi sostenuti per adempiere agli obblighi informativi introdotti da recenti disposizioni normative: spese postali proposte euro 1,50 per singolo documento. Tale giustificazione, invero, appare assai generica (...) e, dunque, non tale da permettere al cliente di valutare la congruità rispetto alla motivazione che ne è alla base.”

<sup>267</sup> SARTORI, *op. cit.*, p. 142

### **3.7 Variazioni dei tassi di interesse adottate in conseguenza di decisioni di politica monetaria**

Per chiarezza espositiva, è opportuno affrontare anche il tema relativo alla variazione dei tassi di interesse adottate in conseguenza di decisioni di politica monetaria. Con le modifiche entrante in vigore con l'art. 10 del D.L. 223/2006, il c.d. decreto-legge sulla competitività, nel corpo dell'art. 118 t.u.b. è stato introdotto un nuovo comma, il quarto, il quale prevede che "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". Si è trattato di una novità che ha fatto sorgere non pochi problemi interpretativi, tanto che è stato necessario, anche in questo caso, l'intervento chiarificatore della Direzione generale del Ministero dello sviluppo economico che, sempre con nota n. 5574 del 21 febbraio 2007, ha individuato l'ambito di applicazione della disciplina, la quale è "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".

Va innanzitutto definito in cosa consistano le decisioni di politica monetaria; si ritiene che le stesse siano decisioni prese dalla Banca Centrale Europea per l'assolvimento dei compiti attribuiti al SEBC<sup>268</sup>, al fine di garantire la stabilità dei prezzi. Al riguardo, la lettera dell'art. 118, comma 4, t.u.b. fa riferimento alle variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria. Se adottate in conseguenza *nulla quaestio*, se adottate in previsione la dottrina<sup>269</sup> si è interrogata sulla circostanza che la stessa venga disattesa, nel senso che la BCE non adotti quella decisione di politica monetaria per

---

<sup>268</sup> 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, p. 252 e ss., in realtà l'autore richiamato gli artt. 105 – 111 Trattato Ce, si riferisce al Sebe.

<sup>269</sup> SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 216, che riporta le opinioni di diversi autori

la quale un istituto di credito aveva già provveduto all'esercizio del *ius variandi*. Per parte della dottrina le modifiche operate in questa circostanza sarebbero inefficaci, in quanto prive del giustificato motivo che, in questa fattispecie, è tipizzato; per altra invece, in virtù del canone generale di buona fede, graverebbe in capo alla banca l'onere di procedere alla revoca *ex tunc* della modifica. Sia che si preferisca l'una o l'altra interpretazione, è certo che la banca non possa sfruttare a proprio favore un'errata previsione di una decisione di politica monetaria, che sicuramente non potrà arrecare pregiudizio al cliente.

Autorevole dottrina<sup>270</sup> ha osservato come la collocazione sistematica di detto comma all'interno della disciplina delle modificazioni unilaterali dei contratti bancari, determini un'applicazione ridotta: alle variazioni di tasso che siano conseguenza di decisioni di politica monetaria; alla circostanza che la variazione inerisca a contratti di durata a tempo indeterminato, stante il disposto del comma 1 e la necessaria lettura coerente del dato normativo, che negli altri contratti di durata esclude la possibilità che la proposta di modifica abbia ad oggetto i tassi d'interesse; alla necessità che le decisioni di politica monetaria integrino il giustificato motivo richiesto a pena di inefficacia per tutte le modificazioni sfavorevoli alla clientela e che la clausola attributiva del *ius variandi* sia stata specificatamente approvata per iscritto. Delimitata in tal senso l'operatività del comma, per il resto alla banca sono concessi sufficienti margini di discrezionalità sia sull'*an* che sul *quantum* della variazione, purché vi sia coincidenza tra decisioni di politica monetaria e giustificato motivo, sicché certamente saranno escluse dall'ambito di applicazione della disciplina quelle ipotesi in cui le variazioni dei tassi, ancorché dipendenti da decisioni di politica monetaria, siano "automatizzate" in quanto ancorate ad un parametro predefinito.

---

<sup>270</sup> MORERA *ult. op. cit.*

Definito l'ambito di applicazione, può osservarsi come la norma prescrive l'obbligo di una modifica "contestuale" dei tassi sia debitori che creditori<sup>271</sup>, ove il dato della contestualità si ritiene venga soddisfatto qualora la modifica intervenga contemporaneamente su entrambi i tassi. La questione sta piuttosto nell'individuare quali siano i tassi che concretamente dovranno essere modificati, se quelli relativi al singolo contratto ovvero a tutti i rapporti in corso con quel cliente, ovvero ancora tutti i contratti stipulati con differenti clienti che però siano riconducibili al tipo contrattuale interessato dalle decisioni di politica monetaria. Per rispondere è necessario guardare all'*iter* normativo dell'art. 118 t.u.b. nel quale, nel corso delle riforme, è venuta meno la possibilità di procedere a modifiche generalizzate e in cui il riferimento è alle variazioni relative ai singoli contratti; va inoltre considerata l'interpretazione teleologica del *ius variandi* e la necessità del giustificato motivo che, avendo la funzione "di conservare nel tempo l'equilibrio sinallagmatico voluto dalle parti<sup>272</sup>", porta a ritenere centrale il singolo contratto stipulato con il cliente specifico. Dunque, per ragioni di coerenza sistematica, anche le modifiche sui tassi *ex art. 118, comma 4, t.u.b.*, avranno potenzialmente ad oggetto le clausole relative al singolo rapporto<sup>273</sup>. Di segno opposto è invece l'interpretazione data dal Ministero dello sviluppo economico con nota di chiarimento del 2007, secondo cui la modifica 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)"; questa opinione appare infatti contraria alla *ratio* sottesa alla fattispecie, che è rinvenibile nell'intento del legislatore di proteggere il cliente dalla condotta della banca la quale, approfittando del mutamento del costo del denaro a

---

<sup>271</sup> SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 215, qualifica come tassi debitori quelli che si calcolano sulle somme date a titolo di finanziamento; i tassi creditori quelli che invece si calcolano sulle somme depositate presso l'istituto di credito.

<sup>272</sup> SIRENA, *op. cit.*, p. 283

<sup>273</sup> Secondo MORERA, *op. cit.*, p. 254, una conferma indiretta si avrebbe nella disciplina relativa alla periodicità di calcolo degli interessi, per cui l'art. 120, comma 2, t.u.b. va applicato "nell'ambito di ogni singolo conto corrente"

fronte di una decisione della BCE, potrebbe aumentare il tasso debitore senza contestualmente procedere all'aumento del tasso debitore, possibilità esclusa dall'art. 118, comma 4, t.u.b., che viene infatti considerato un “meccanismo riequilibratore<sup>274</sup>”. Il comma prevede inoltre che la modifica debba aver luogo “con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente”; secondo parte della dottrina il detto onere viene assolto quando la variazione dei tassi creditori e debitori si realizzi “in misura assoluta, ossia per gli stessi punti percentuali che corrispondono alla modificazione unilaterale decisa dalla banca<sup>275</sup>”; secondo altra dottrina, minoritaria, la modifica dovrebbe invece consistere in un'applicazione proporzionale della variazione di tassi attivi e passivi, “nel senso cioè della correttezza di una modifica degli interessi in dare ed avere non già in misura assoluta, bensì in misura relativa<sup>276</sup>”: si tratta di un'interpretazione che lascerebbe alla banca margini di discrezionalità più ampi, con il solo limite di mantenere “proporzionato” il rapporto tra tassi creditori e tassi debitori, che non potrebbero essere alterati a svantaggio del cliente; tuttavia il rischio insito nella logica della proporzionalità è dettato dalla circostanza che una decisione di politica monetaria potrebbe incidere su una componente del solo tasso debitore, determinandone un innalzamento in misura superiore del tasso creditore, con esito pregiudizievole per il cliente. Appare dunque preferibile il criterio di innalzamento in termini assoluti<sup>277</sup>.

### **3.8 Il *ius variandi* nei servizi di pagamento**

La disciplina del *ius variandi* non si esaurisce nel disposto dell'art. 118 t.u.b., dal momento che nei rapporti intercorrenti tra banca e consumatore va considerato

---

<sup>274</sup> MORERA, *ult. op. cit.*

<sup>275</sup> SIRENA, *ult. op. cit.*

<sup>276</sup> MORERA, *ult. op. cit.*, il quale riprende MAMERI, *Il nuovo art. 118 t.u.b.*, relazione tenuta presso la federazione di banche di credito cooperativo del Friuli-Venezia Giulia (pag. 16 del dattiloscritto).

<sup>277</sup> MORERA, *ult. op. cit.*

anche quanto previsto dall'art. 126-*sexies* t.u.b. in merito ai contratti aventi ad oggetto i servizi di pagamento ed il relativo coordinamento con l'art. 33 cod. cons., in merito ai contratti bancari conclusi con il consumatore.

L'art. 126-*sexies* t.u.b, rubricato “modifica unilaterale delle condizioni” è stato introdotto dal d.lgs 11/2010, che ha a sua volta recepito l'art. 44 della Direttiva 2007/64/CE (*Payment Services Directive*) ed è *ictu oculi* ravvisabile come la disciplina ivi contenuta sia molto più flessibile rispetto quanto disposto dall'art. 118 t.u.b.; in termini sintetici infatti si osserva come per l'esercizio del *ius variandi* è necessario che detto potere risulti dal contratto, senza che la relativa clausola sia specificatamente approvata per iscritto dal cliente, anche se parte della dottrina<sup>278</sup> ritiene che detto onere sussista anche per i contratti aventi ad oggetto i servizi di pagamento, e lo stesso sarebbe desumibile applicando analogicamente quanto previsto dall'art. 1341, comma 2, c.c.; le modalità di comunicazione della modifica sono stabilite dalla Banca d'Italia e la stessa deve pervenire al destinatario con almeno due mesi di anticipo; non esiste nessun limite esplicito quale la sussistenza di un giustificato motivo e di conseguenza neanche l'onere di specificare nella comunicazione le ragioni poste a fondamento della *variatio*, salvo che si tratti di contratto conclusi con un consumatore; le modifiche che interessano tassi d'interesse e di cambio che siano diretta conseguenza della variazione dei tassi di riferimento convenuti nel contratto possono essere applicate immediatamente e senza preavviso; qualora il cliente non sia un consumatore o una microimpresa è ammessa la deroga convenzionale della disciplina dettata dall'art. 126-*sexies* t.u.b.

Il comma 2, art. 126- *sexies* t.u.b., ha fatto sorgere dubbi in dottrina circa la riconducibilità dello schema alla fattispecie del *ius variandi*, infatti mentre alcuni

---

<sup>278</sup> SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE, *op. cit.*, p. 72, secondo cui non assoggettare la clausola di modifica alla specifica sottoscrizione per iscritto “creerebbe un'incoerenza davvero grande: considerato che la previsione pattizia della facoltà di recesso esige apposito consenso scritto e, di per sé, il potere di modificare unilateralmente il contenuto del contratto è più pericoloso per il contraente che vi è soggetto, di quanto sia il potere di far cessare gli effetti del contratto anche contro la volontà dell'altra parte”

autori<sup>279</sup> ritengono che sia una previsione analoga a quanto disposto dall'art. 118 t.u.b. per cui la non accettazione della proposta può essere fatta valere solo mediante recesso, senza spese e prima della data prevista per l'applicazione della modifica, altri invece ritengono come l'ipotesi ivi contemplata non preveda un diritto potestativo, ma la "facoltà per la banca di proporre una modifica *in peius*, rifiutabile dal cliente e destinata a perdere effetto se non rifiutata (secondo lo schema dunque dell'art. 1333, co. 2, c.c., applicabile, per diritto privato generale, alle sole proposte puramente vantaggiose per l'oblato): e dall'art. 33 codice del consumo<sup>280</sup>". Quindi per parte della dottrina l'ipotesi disciplina dall'art. 126-*sexies* non è inquadrabile nell'istituto del *ius variandi*, per altri autori invece vi è piena corrispondenza e l'articolo relativo alle modifiche sui contratti quadro disciplina le peculiarità che lo discostano da quanto previsto dall'art. 118 t.u.b.; il dato normativo, sia interno che quello della direttiva, non offrono agevolazioni interpretative che permettano di risolvere la questione in un senso o nell'altro.

Coloro i quali ritengono che la disciplina non preveda un'ipotesi di *ius variandi*, fanno leva sull'interpretazione dell'art. 126-*sexies* t.u.b., comma 2, secondo cui "il contratto quadro può prevedere che la modifica delle condizioni contrattuali si [ritenga] 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 intend[a] accettarla", dunque se non è prevista espressamente la possibilità per cui la modifica si produce per effetto di un'accettazione tacita, *a contrario* sarà necessaria una espressa manifestazione di volontà affinché si producano gli effetti della *variatio*<sup>281</sup>; così configurato non sembra che la fattispecie possa essere ricondotta al *ius variandi*.

Non va però trascurato il dato secondo cui l'art. 126-*sexies* t.u.b. è rubricato "modifica unilaterale delle condizioni contrattuali", stessa rubrica dell'art. 118

---

<sup>279</sup> SPENA, *sub* art. 126-*sexies*, in PORZIO, BELLI, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2011, p. 1112

<sup>280</sup> SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE, *op. cit.*, p. 69

<sup>281</sup> SPENA, *op. cit.*, p. 1111

t.u.b., così come quello relativo alla *Relazione illustrativa* del d.lgs. 11/2010 secondo cui “il comma 5 costituisce un coordinamento tra la disciplina del *ius variandi* contenuta nella PSD e ...”, elementi questi che portano a ritenere preferibile l’opinione per cui anche in questo caso si tratti di un diritto potestativo attribuito al prestatore dei servizi di pagamento, la cui proposta di modifica unilaterale può essere rifiutata solo mediante recesso; l’art. 118 t.u.b. si verrebbe a configurare così come norma avente portata generale applicabile per tutti i contratti bancari, salvo quelli aventi ad oggetto i servizi di pagamento, per i quali troverebbe applicazione l’art. 126-*sexies* t.u.b., che comunque disciplina un’ipotesi di *ius variandi*, anche perché non sarebbe chiaro il perché attribuire alla banca detto diritto potestativo per tutti i contratti di credito conclusi con i clienti, compresi consumatori e micro imprese, ed escluderlo dai servizi di pagamento. Ammesso pertanto come anche in detta ipotesi si tratti della potestà della banca di intervenire *in executivis* con modifiche unilaterali, bisogna comunque considerare che, ove controparte contrattuale sia un consumatore, trovi applicazione anche quanto previsto dall’art. 33, commi 3 e 4, cod. cons., per come previsto dall’art. 126-*sexies*, comma 5, t.u.b.; da qui la circostanza che anche quando si tratti di modifiche poste in essere sui contratti quadro aventi ad oggetto i servizi di pagamento sussista la necessità di un giustificato motivo posto a fondamento, giacché in mancanza la clausola di modifica sarebbe abusiva<sup>282</sup>; è comunque da ritenere che, per quanto nelle altre ipotesi non sussista l’onere di addurre a fondamento della modifica le ragioni che l’hanno determinata, il relativo potere non possa essere esercitato *ad libitum* essendo comunque sindacabile *ex fide bona*. A sostegno della tesi secondo cui anche in detta ipotesi si tratti sempre di *ius variandi* vi è la circostanza per cui il comma 2 dell’art. 126-*sexies* t.u.b. prevede l’obbligo per l’intermediario di dare comunicazione al cliente della possibilità di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura, onere che non avrebbe ragion d’essere qualora la

---

<sup>282</sup> Nonostante parte della dottrina (v. SPENA, *op. cit.*, p.116) ritenga che anche qualora si controparte contrattuale sia un consumatore, la norma preveda comunque un’ipotesi di *ius variandi ad nutum*, argomentando sulla base del contrasto con l’art. 3 Cost.

controparte potesse semplicemente rifiutare la proposta di modifica e pretendere la prosecuzione del rapporto alle condizioni originariamente pattuite.

Sottolineando quanto disposto dal richiamo operato dall'art. 126-*sexies*, comma 5, t.u.b. all'art. 33, commi 3 e 4, cod. cons, si evince come il legislatore abbia inteso garantire al consumatore una tutela più efficace, dal momento che la disciplina consumeristica prevede che nei contratti a tempo indeterminato aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari è ammessa la modifica unilaterale da parte del professionista, qualora sussista un giustificato motivo, con congruo preavviso e accordando il diritto di recedere (comma 3); nei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari è ammessa la modifica del tasso d'interesse o l'importo di qualunque altro onere, anche senza preavviso ma sempre alla ricorrenza di un giustificato motivo e con il relativo diritto di recesso (comma 4). La disciplina del codice del consumo viene richiamata "in quanto compatibile", si ravvisa quindi che l'intento del legislatore sia stato quello di recuperare la necessità del giustificato motivo<sup>283</sup>.

Può quindi concludersi nel senso che le modifiche unilaterali dei contratti quadro aventi ad oggetti i servizi di pagamento possono essere poste in essere dal prestatore dei servizi di pagamento entro margini di discrezionalità più flessibili rispetto quelli previsti dal procedimentalizzato esercizio del *ius variandi ex art. 118 t.u.b.*, tuttavia ogni qualvolta controparte del contratto sia un consumatore (o una microimpresa), i margini di esercizio del potere tornano ad essere maggiormente rigorosi, in considerazione delle rafforzate esigenze di tutela e protezione.

---

<sup>283</sup> Circolare ABI, 31 marzo 2010, n. 33

## Capitolo IV

### I rimedi

#### **4.1 Disciplina del recesso nei contratti di credito al consumo: il *ius poenitendi***

Nel corso della trattazione si è più volte fatto riferimento al diritto di recesso accordato al cliente *tout court* che, a fronte della proposta di modifica unilaterale, ritiene più conveniente la caducazione del contratto rispetto la sua permanenza in vita con un contenuto diverso rispetto quello originariamente pattuito.

Ma prima di osservare più da vicino il recesso quale rimedio esercitabile a fronte dell'esercizio del *ius variandi* da parte della banca, è opportuno preliminarmente guardare alla disciplina dell'istituto, e soprattutto alla *ratio* ad esso sottesa, nel codice del consumo e nei contratti di credito ai consumatori per come prevista dal t.u. bancario.

Nella disciplina generale del contratto il recesso viene previsto dall'art. 1373 c.c., che disciplina il recesso unilaterale convenzionale, che può essere esercitato non oltre il momento in cui il contratto ha avuto un principio di esecuzione; nei contratti a esecuzione continuata o periodica può essere esercitato anche in un momento successivo, ma con efficacia *ex nunc*, salvo diversa pattuizione delle parti ed è inoltre possibile convenire un "prezzo"<sup>284</sup> da sostenere per l'esercizio di tale diritto, al fine di rafforzare il vincolo e indennizzare la controparte che subisce lo scioglimento per volontà unilaterale. In alcune ipotesi è lo stesso legislatore che, prendendo atto del tipo contrattuale, soprattutto qualora si tratti di contratti a tempo

---

<sup>284</sup> Prezzo che può essere versato e determinato al momento del recesso, costituendo la multa penitenziale. Ovvero può essere quantificato in misura forfettaria al momento della stipula, versando anticipatamente la caparra penitenziale (art. 1386 c.c.).

indeterminato, accorda ad una delle parti il potere di recedere dal contratto<sup>285</sup> in presenza di ragioni giustificatrici e con congruo preavviso; anche il recesso accordato al cliente a fronte della modifica unilaterale posta in essere da un istituto di credito *ex art. 118 t.u.b.*, costituisce, d'altro canto, un'ipotesi di recesso legale.

Nei contratti di consumo, e pertanto anche in quelli di credito ai consumatori, è prevista invece una disciplina differente, dal momento che l'ordinamento tiene conto del fisiologico squilibrio intercorrente tra le parti e attribuisce ad una sola il c.d. diritto di ripensamento (o *ius poenitendi*). L'istituto deve la sua origine agli impulsi del legislatore europeo; infatti, per distinguerlo dal recesso ordinario in letteratura si parla di recesso comunitario.

Si è già visto come la contrattazione *B2C* si caratterizzi per l'asimmetria informativa nonché per l'assenza di trattative individuali, sicché i contrappesi normativi volti a riequilibrare il rapporto si estendono anche alla possibilità, accordata al consumatore, di effettuare quella ponderazione che, per le caratteristiche proprie del settore è quasi impossibile effettuare in sede precontrattuale; per queste ragioni è ormai riconosciuto quale istituto tipico il diritto di ripensamento, consistente nella possibilità di recedere entro tempi brevi, gratuitamente e senza necessità di motivazioni.

In termini generali è la Direttiva 2011/83, sui diritti dei consumatori, che, nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali o mediante tecniche di comunicazione a distanza, accorda un termine per il recesso pari a 14 giorni, termine che viene allungato ad un anno dopo la fine del periodo di recesso iniziale, qualora il professionista non fornisca al consumatore le informazioni sul diritto di recesso; è evidente l'intento protezionistico da un lato e sanzionatorio dall'altro del legislatore europeo, che pone particolare enfasi sugli obblighi di informazione e trasparenza<sup>286</sup>. Le discipline settoriali prevedono poi un diverso atteggiarsi del *ius*

---

<sup>285</sup> Esempio ne è la disciplina della somministrazione *ex art. 1569 c.c.*; ovvero nei contratti di agenzia *ex art. 1750, comma 2, c.c.*)

<sup>286</sup> L'art. 49, comma 1, lett. *h*), cod. cons. prevede l'obbligo del professionista di consegnare al consumatore il modulo tipo di recesso, contenente tutte le informazioni sulle condizioni, i termini e le modalità di esercizio di tale diritto.

*poenitendi*, soprattutto con riguardo alla decorrenza del termine, ma è in questa sede opportuno guardare al diritto di ripensamento accordato al consumatore che abbia stipulato un contratto di credito.

La disciplina del recesso trova il fondamento normativo negli artt. 125-*ter* e 125-*quater* t.u.b. che sono stati novellati con il d.lgs. 141/2010 che ha a sua volta recepito gli artt. 13 e 14 della Direttiva 2008/48/CE. L'art. 125-*ter* t.u.b. rubricato "recesso del consumatore", rientra a pieno titolo nella disciplina del recesso comunitario, e pertanto in quella dettata dal Codice del Consumo, pur con le specialità proprie del settore del credito al consumo.

La prima direttiva sul credito al consumo non contemplava il recesso quale strumento di tutela del consumatore, tuttavia numerosi Stati membri, quali la Francia e la Germania, lo avevano comunque previsto, sicché con l'intervento di armonizzazione massima adoperato con la direttiva 2008/48/CE, è stato previsto il *ius poenitendi* nell'ambito delle norme sostanziali di protezione. La peculiarità nella materia è dettata dalla circostanza che, mentre negli altri settori consumeristici il recesso comunitario solitamente viene previsto per far fronte "all'effetto sorpresa" proprio dei contratti stipulati fuori dai locali commerciali ovvero a distanza, ove vi è un evidente *deficit* di ponderazione che viene recuperata in un momento successivo alla stipula, nel credito ai consumatori le modalità di contrattazione hanno pochissima, se non nessuna, rilevanza, poiché il diritto di recesso è accordato a prescindere dalle circostanze con cui si è pervenuti alla stipula, in virtù della complessità della materia in esame e per gli obblighi che ne derivano in capo al consumatore che sottoscrive un contratto di finanziamento<sup>287</sup>: tutte le "cautele" informative rese in sede precontrattuale comunque possono non rendere sufficientemente edotto il consumatore degli oneri economici che derivano dal contratto ovvero della circostanza che, al ricorrere di un giustificato motivo, le condizioni contrattuali potrebbero essere modificate *in peius*, dunque in una logica

---

<sup>287</sup> DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la Direttiva 2008/48/CEE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, II, p. 285.

di tutela, il legislatore ha previsto un ulteriore momento protettivo, ancorché successivo alla stipula. L'art. 125-ter t.u.b al riguardo, accorda al consumatore la facoltà di recedere dal contratto di credito entro quattordici giorni successivi alla conclusione ovvero, dal momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'art. 125-bis, comma 1, t.u.b., e delle norme di attuazione emanate della Banca d'Italia, se successivo.

L'art. 125-quater t.u.b.<sup>288</sup> disciplina invece il recesso ordinario del consumatore (e anche del finanziatore) dai contratti a tempo indeterminato, mantenendo la *ratio* di tutela del contraente debole ove prevede per il consumatore il diritto di recedere in qualsiasi momento e senza penalità o spese, limitata dalla possibilità di inserire una clausola che preveda l'onere di un congruo preavviso, che comunque non può essere superiore ad un mese. Per i contratti a tempo determinato, invece, non è prevista la facoltà di esercitare il recesso ordinario, anche se parte della dottrina<sup>289</sup> forza il dato normativo facendo leva sull'interpretazione teleologica della disposizione ritenendo, pertanto, che la logica di protezione propria del settore in esame comporterebbe l'estensione della facoltà di recedere *ex art. 125-quater* t.u.b. anche nei contratti a tempo determinato, salvo che per le fattispecie incompatibili con detto rimedio.

A differenza della disciplina *ex art. 118* t.u.b. che legittima il recesso del cliente in caso di modificazioni unilaterali del contratto, il *ius poenitendi* qui disciplinato non prevede la necessità di nessun motivo o circostanza che giustifichi il recesso<sup>290</sup>, ma è sufficiente la manifestazione della volontà di recedere. La disciplina comunitaria

---

<sup>288</sup> Che riprende pedissequamente il disposto dell'art. 13, paragrafo 1 della direttiva 2008/48/CE, dove viene prevista la facoltà di "recesso in ogni momento e senza penalità e senza spese" solo per i contratti di credito al consumo a tempo indeterminato, facoltà dalla quale sono invece escluse le aperture di credito al consumatore in cui "il rimborso delle somme prelevate debba avvenire su richiesta della banca ovvero entro tre mesi dal prelievo".

<sup>289</sup> SCIARRONE ALIBRANDI - MUCCIARONE, *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d.lgs. 141/2010: questioni di coordinamento*, in *Banca Borsa*, 2012, I, p. 37

<sup>290</sup> SEMERARO e TUCCI, *op. cit.*, considerano questa fattispecie come di recesso *ad nutum*, nonostante la lettera della norma non ne riconosca espressamente questa natura; tuttavia, osservano come "soccorre al riguardo il testo comunitario, là dove (art. 14, comma 1 nonché considerando 34) chiarisce che il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni di calendario per recedere dal contratto di credito, senza dare alcuna motivazione".

ai commi 3 e 4 dell'art. 14 della Direttiva sul credito ai consumatori, prescrive le modalità di esercizio del recesso e i relativi effetti; è necessario che la dichiarazione di recesso pervenga al professionista tempestivamente, entro quindi il termine di quattordici giorni, e dalla stessa deve desumersi inequivocabilmente la volontà di recedere dal contratto, comunicazione che deve pervenire al professionista secondo le modalità<sup>291</sup> indicate nel contratto stesso. La comunicazione di recesso è un atto recettizio, tuttavia l'art. 14, comma 3, lett. a) della Direttiva prevede che per la verifica del rispetto del termine perentorio per il relativo esercizio assuma rilevanza la data dell'invio della dichiarazione e non quella in cui la stessa pervenga al professionista; sicché il termine si intende rispettato anche nell'ipotesi in cui la dichiarazione pervenga oltre lo scadere dei quattordici giorni, ma sia stata inviata in precedenza; in quanto atto recettizio sarà necessario fornire la prova<sup>292</sup> della ricezione, a decorrere della quale si producono gli effetti. La disciplina del recesso trova applicazione per tutti i contratti di credito<sup>293</sup>, siano essi a tempo indeterminato o meno, senza che rilevino le modalità con cui si è pervenuti alla stipula ovvero i mezzi di comunicazione impiegati ma, stante il riconoscimento del *ius poenitendi* in altri settori della contrattazione consumeristica quali l'art. 5 della Direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali o gli artt. 6 e 7 della Direttiva 2002/65/CE sui contratti stipulati mediante tecniche di comunicazione a

---

<sup>291</sup> Art. 10, comma 2, lett. p), Direttiva 2008/48/CE, nel quale, tra le informazioni da inserire nei contratti di credito, è previsto: "l'esistenza o l'assenza del diritto di recesso e il periodo durante il quale esso può essere esercitato e le altre condizioni per il suo esercizio, comprese le informazioni sull'obbligo del consumatore di rimborsare il capitale prelevato e corrispondere gli interessi conformemente all'articolo 14, paragrafo 3, lettera b), e l'importo giornaliero degli interessi da corrispondere".

<sup>292</sup> Rispetto l'onere della prova il legislatore europeo ha previsto all'art. 14, par. 3, lett. a) che sia sufficiente che la comunicazione di recesso avvenga tramite qualsiasi "mezzo che possa costituire prova conformemente alla legislazione nazionale"; a livello nazionale invece, i margini di flessibilità sono decisamente più ridotti, in quanto la comunicazione di recesso deve rispettare quanto disposto dall'art. 64, comma 2, cod. cons.

<sup>293</sup> Salvo le eccezioni previste dall'art. 122, comma 2, t.u.b., secondo cui la disciplina ex artt. 125-ter e 125-quater t.u.b. non si applica alle aperture di credito regolate in conto corrente, qualora il rimborso delle somme prelevate debba avvenire su richiesta della banca ovvero entro tre mesi dal prelievo; parte della dottrina (v. SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE), ritengono detta esclusione contraria alla *ratio* protettiva del *ius poenitendi*.

distanza, per evitare sovrapposizioni, il comma 5 dell' art. 14 della Direttiva 2008/48/CE, prevede la prevalenza della disposizione del credito ai consumatori sul recesso disciplinato da altri riferimenti normativi. Dato confermato anche dal comma 5 dell'art. 125-*ter* che infatti prevede che non si applichino n si applicano gli articoli 64, 65, 66, 67- *duodecies*, 67- *terdecies*, cod. cons.

L'art. 125-*bis*, comma 1, t.u.b sottolinea come vi sia un nesso funzionale tra recesso e informazione precontrattuale, in quanto è dal momento in cui vengono rese le comunicazioni obbligatorie che decorre il termine per, eventualmente, recedere; scelta questa che sembra coerente con la *ratio* protettiva del recesso di pentimento. Il legislatore, comunitario e interno, ha infatti tenuto conto dei potenziali *deficit* dell'informazione precontrattuale, la quale deve pervenire al cliente nella modulistica indicata dal t.u.b. e dal c.d. provvedimento trasparenza della Banca d'Italia, in una fase sì antecedente alla stipula del contratto, ma che nella prassi può precedere di poco detto momento, sicché sussiste il rischio di un consenso espresso dal consumatore in maniera informata, ma non pienamente consapevole; al riguardo la giurisprudenza ha evidenziato come l'informazione vada resa "in epoca precedente alla sottoscrizione del contratto, in modo tale da lasciare al cliente uno spazio di tempo sufficiente per formarsi una rappresentazione veritiera e corretta, quanto meno, degli elementi essenziali concernenti la specifica operazione, così da colmare le asimmetrie informative eventualmente esistenti e poter effettuare una scelta di negoziazione consapevole"<sup>294</sup>. Risulta dunque pienamente comprensibile il perché il legislatore abbia previsto che la tutela sostanziale del consumatore sia ancorata alla corretta informazione, facendo decorrere dalla ricezione del modulo contenete le informazioni obbligatorie il termine per esercitare il *ius poenitendi*, giacché è da quel momento che si ritiene che il consumatore sia posto nelle condizioni di comprendere a pieno gli oneri derivanti dal contratto. Si osserva<sup>295</sup> come l'istituto così configurato si ascriva ad una logica di procedimentalizzazione del consenso ove il recesso non è rimedio della patologia contrattuale, ma

---

<sup>294</sup> Trib. Milano, 23.7.2010

<sup>295</sup> MODICA L., *op. cit.*, 2009, p. 842

“dichiarazione di pentimento che impedisce il perfezionamento del contratto<sup>296</sup>”. Se si guarda al dato positivo in realtà il contratto è già perfezionato, non si tratta di trattative ancora in corso, ciò non toglie che “l’efficacia del contratto risulta, per così dire, precaria”<sup>297</sup>; sembra quindi opportuno il richiamo che in letteratura viene effettuato all’art. 30, comma 6, t.u.f. secondo cui l’efficacia dei contratti è sospesa durante la decorrenza del termine in cui l’investitore può recedere, senza però dimenticare come non vi sia sospensione degli effetti del contratto di credito, il che si riflette poi sugli effetti del recesso. La disciplina in esame presenta tratti peculiari anche rispetto a fattispecie analoghe quali il recesso *ex art. 67- duodecies* cod. cons., tuttavia non si tratta di disposizioni in contrasto, d’altronde anche il legislatore europeo, mosso dall’intento di armonizzazione massima e coordinamento tra le discipline settoriali, al considerando 34 della Direttiva 2008/48/CE sottolinea l’opportunità per cui per “ravvicinare le modalità di esercizio del diritto di recesso in settori analoghi è necessario prevedere un diritto di recesso senza penali e senza obbligo di giustificazione in condizioni simili a quelle previste dalla direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”.

Nonostante la disciplina del recesso di pentimento contenuta nel t.u.b. evidenzia ulteriormente come il legislatore abbia preso atto dello squilibrio del potere contrattuale e informativo che intercorre tra le parti e abbia voluto riallineare la posizione dei contraenti anche con il diritto del consumatore di esercitare il *ius poenitendi*, tuttavia a livello nazionale non sono stati colti eventuali profili problematici che possono realizzarsi qualora il consumatore receda in un momento successivo ai canonici quattordici giorni, ma sempre in termini, in virtù della condotta della banca che consegna tardivamente il modulo contenente le informazioni obbligatorie *ex art. 125-bis* t.u.b.; in detta ipotesi infatti,

---

<sup>296</sup> MODICA, *op. cit.*, che riporta L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *BBTC*, 1997, 15

<sup>297</sup> SEMERARO e TUCCI, *op. cit.*, p. 1863

l'obbligazione restitutoria gravante in capo al consumatore potrebbe essere particolarmente onerosa, giacché per effetto del recesso, qualora il contratto abbia avuto esecuzione in tutto o in parte, questi dovrà restituire, entro trenta giorni dall'invio della comunicazione, “il capitale e [pagare] gli interessi maturati fino al momento della restituzione, calcolati secondo quanto stabilito dal contratto<sup>298</sup>”. A livello interno non è stata colta l'opportunità fornita dalla Direttiva sul credito ai consumatori, in cui all'art. 14, comma 7, è prevista espressamente la possibilità per gli Stati Membri di stabilire il periodo di tempo durante il quale l'esecuzione del contratto non potrebbe avere inizio. Così configurata, la disciplina del t.u.b. sembra poco coerente con l'intento protezionistico che ispira tutta la materia consumeristica, dal momento che a fronte della violazione degli obblighi di informazione da parte della banca, qualora il contratto abbia avuto esecuzione, gli effetti negativi di questa circostanza gravano sul consumatore che, una volta ricevuto il relativo modulo, potrà recedere ma dovrà corrispondere tutto il capitale ed anche i relativi interessi maturati, senza che invece vi siano conseguenze anche latamente sanzionatorie per la controparte contrattuale, alla quale addirittura vengono riconosciuti anche gli interessi<sup>299</sup>. Sul fronte della tutela si potrà pertanto auspicare in un ulteriore intervento riformatore che implementi significativamente gli strumenti sostanziali di protezione accordati al consumatore.

#### **4.2 Una breve digressione: la tutela collettiva rispetto a condotte scorrette seriali della banca**

Nell'ottica di implementare le forme di tutela ai consumatori (e non solo), non vanno trascurati i profili rimediali che possono essere garantiti mediante le azioni di classe.

---

<sup>298</sup> Art. 125-*bis*, comma 2, t.u.b.

<sup>299</sup> DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 1054-1055

Si vedrà immediatamente di seguito come a fronte dell'esercizio del *ius variandi*, i consumatori o i clienti hanno la sola facoltà di rifiutare la modifica mediante recesso; detto diritto non appare un rimedio in grado di riequilibrare pienamente la posizione delle parti, soprattutto in un settore, come quello bancario e finanziario, ove gli attori in posizione di superiorità provvedono a modifiche che ancorché siano sorrette da un giustificato motivo, vengono poste in essere collusivamente, giacché il consumatore o il cliente che voglia recedere non soltanto deve tener conto delle obbligazioni restitutorie che ne discenderanno, ma qualora abbia la necessità di stipulare un nuovo contratto di credito, non troverà alternative sul mercato prive della clausola di modifica unilaterale e, profilo ben più grave, può notarsi come le *variationes* siano poste in essere in modo standardizzato da parte di più banche, provocando delle distorsioni al mercato e alla concorrenza, le quali potrebbero essere censurate efficacemente mediante l'azione collettiva.

La disciplina è stata soggetta a più interventi normativi, di cui l'ultimo oggetto di attenzione da parte dell'attuale dottrina in quanto la relativa Direttiva 2020/1828/UE non è ancora entrata in vigore e, qualificandosi in termini di armonizzazione minima, si profilano numerosi dubbi in merito alle modalità con cui il legislatore nazionale deciderà di recepirla, in virtù degli apparenti ampi spazi di discrezionalità lasciati agli Stati Membri. La nuova Direttiva non include espressamente le banche nell'ambito di applicazione; se tuttavia si osservano le azioni di classe per come attualmente configurate, potrebbe considerarsi che, in un contesto di asimmetrie come quello che caratterizza la contrattazione *b2c*, una tutela più effettiva potrebbe essere assicurata anche mediante le azioni rappresentative, le quali potrebbero essere uno strumento utile per affrontare serialmente le distorsioni del mercato, in quanto in grado di realizzare un effetto deterrente nei confronti degli attori del mercato in posizione di superiorità, quali le banche, i quali tendono a infrangere le regole del corretto funzionamento del mercato, ledendo anche i diritti dei consumatori ad esso funzionalmente connessi e confidando nell'acquiescenza di coloro che subiscono gli effetti delle condotte seriali.

L'attuale disciplina qualifica l'azione di classe nell'ambito dei procedimenti speciali *ex artt. 840-bis – 840-sexiesdecies c.p.c.*, quale rimedio di tutela orizzontale attivabile da portatori di diritti individuali omogenei<sup>300</sup>, superando la previsione in precedenza prevista dagli artt. 140-*bis* cod. cons., che prevedeva un'azione collettiva risarcitoria di tipo *opt-in*, a vantaggio di soli consumatori o utenti. Se pertanto per i consumatori il rimedio collettivo era attivabile anche in precedenza, è oggi possibile che l'azione di classe sia proposta a favore della clientela *tout court*, purché siano soddisfatti i requisiti richiesti, quali l'omogeneità dei diritti vantati e la promozione dell'azione da parte di organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro iscritte in un apposito elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia<sup>301</sup>, che abbiano tra i obiettivi statutari la tutela dei diritti della classe di riferimento. L'azione di classe mira ad accertare la responsabilità della condotta lesiva posta in essere dal professionista e conseguentemente a condannarlo al risarcimento del danno e alle restituzioni. La disciplina sull'azione di classe attualmente non ha prodotto gli effetti sperati: sia perché le associazioni dei consumatori sono deboli e poco interessate, sia perché da parte del sistema giustizia *tout court* si è manifestato un atteggiamento di ritrosia sulla materia dell'“omogeneità” dei diritti fatti valere, sia perché vi è stato un disinteresse anche da parte degli studi legali di specializzarsi nell'esercizio delle azioni di classe; dall'entrata in vigore della disciplina contenuta nel codice di procedura civile infatti, sono state proposte soltanto cinque azioni collettive, delle quali soltanto una riguarda il settore bancario<sup>302</sup>. Ciò nonostante, non tanto sul piano del risarcimento

---

<sup>300</sup> Ove l'omogeneità non prevede identità degli elementi costitutivi del diritto. Il requisito dell'idoneità era previsto dalla formulazione originaria ma, in quanto eccessivamente restrittivo, è stato sostituito con la formulazione diritti omogenei dal Decreto liberalizzazioni del 2012.

<sup>301</sup> Certamente inserite in detto elenco saranno le associazioni dei consumatori che sono già inserite nel Ministero dello Sviluppo Economico

<sup>302</sup> In *lexia.it* “Lexia Avvocati ha da alcuni mesi intrapreso una serie di iniziative nei confronti di Binance (uno dei principali *exchange* al mondo di criptovalute, da poco scelto quale *main sponsor* della squadra S.S. Lazio) in relazione ai disservizi della piattaforma Binance Futures e all'offerta in Italia di derivati su criptovalute. Negli scorsi giorni lo Studio ha avviato un'azione di classe, ai sensi dell'art. 840-bis e ss. c.p.c., dinanzi al Tribunale di Milano presso la Sezione Specializzata in materia di Impresa. La *class action* – promossa nei confronti delle principali società appartenenti al gruppo Binance, nonché nei confronti del suo fondatore e CEO, il sig. Changpeng

quanto su quello delle inibitorie<sup>303</sup>, le azioni di classe potrebbero colmare quella lacuna determinata dal recesso: le modifiche collusivamente poste in essere contemporaneamente da parte di più banche potrebbero essere censurate mediante azioni collettive volte a far cessare la condotta delle banche che lede i diritti e gli interessi collettivi dei consumatori e della clientela.

### **4.3 Il recesso come contrappeso normativo all'esercizio del *ius variandi***

La disciplina del *ius variandi* contenuta nell'art. 118 t.u.b. prevede il più volte richiamato schema procedimentale secondo cui, a fronte della proposta di modifica unilaterale del contratto, ricorrendo le condizioni e le modalità di esercizio di tale diritto, il comma 3 prevede come la variazione si intenda approvata ove il cliente non receda senza spese dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

Appare evidente dalla semplice lettura della norma come il recesso si configuri qui quale rimedio attribuito al cliente per reagire all'esercizio di un diritto potestativo che, per le ragioni più volte evidenziate, viene accordato alla banca. Va comunque considerato come l'intento di tutela del consumatore verrebbe soddisfatto dal disposto dell'art. 127, comma 2, t.u.b., dal quale può desumersi come "lo statuto normativo del *ius variandi* di fonte convenzionale, sia ormai retto da una nullità di protezione, rilevabile d'ufficio e a parzialità necessaria"<sup>304</sup>. Si tratta di un diritto

---

Zhao e di alcuni ex amministratori delle società del gruppo Binance – costituisce una delle prime applicazioni della nuova disciplina in materia, resa operativa con il Decreto-Legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176".

<sup>303</sup> Il plurale non è un caso: attualmente abbiamo l'inibitoria consumeristica solo sulle clausole vessatorie ex art. 37 cod. cons.; l'inibitoria del Codice di procedura civile; per effetto della pubblicizzazione dei rapporti di consumo, nell'art. 37-bis cod. cons. è previsto un controllo amministrativo sulle clausole vessatorie che può sfociare in sanzioni amministrative, il cui provvedimento pur non consistendo in una vera e propria inibitoria, ne è assimilabile in merito agli effetti.

<sup>304</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 525

irrinunciabile in sede di conclusione o modifica del contratto, desumibile dalla natura imperativa della disciplina.

La disciplina dell'art. 118 t.u.b. prevede pertanto un'ipotesi di recesso legale, da esercitare entro il termine comunicato al cliente nel modulo contenente la proposta di modifica unilaterale che, ad opera della riforma operata con il decreto-sviluppo, coincide con il termine di preavviso, ed è quindi pari a sessanta giorni. L'intento del legislatore nell'allungare il termine per recedere rispetto agli originari quindici giorni è ravvisabile probabilmente nella volontà non solo di accordare al cliente un periodo di tempo più lungo per una più accurata ponderazione degli effetti della modifica, ma anche per concedergli un lasso di tempo ragionevole al fine di trovare un nuovo finanziamento sul mercato.

La dottrina ha sollevato perplessità in ordine all'inciso "senza spese" di cui al comma 3. La versione originaria della disciplina, contenuta nella legge sulla trasparenza bancaria e riprodotta nel corpo dell'art. 118 t.u.b., prevedeva la possibilità di recedere dal contratto "senza penalità" che portava a ritenere che fosse da "escludersi, nel caso, anche il pagamento della penale eventualmente pattuita per il rimborso anticipato<sup>305</sup>". Nell'ambito delle riforme del 2005 è tuttavia mutata la formula del recesso che può essere esercitato senza spese, sicché è stato osservato come la penale non rientri nell'ambito delle spese, ma costituisca un corrispettivo a favore della banca, tesi confortata dal dato normativo che, all'art. 120-bis t.u.b. in merito ai contratti a tempo indeterminato, accorda al cliente il "diritto di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese"; dalla lettura congiunta del dato normativo si potrebbe trarre la conclusione che, nei contratti di durata a tempo determinato, a fronte dell'eventuale proposta di modifica unilaterale il cliente possa sì esercitare il diritto di recesso, ma lo stesso potrebbe essere subordinato al pagamento di una penale<sup>306</sup>. Questa conclusione che ha portato l'AGCM a "sollecitare soluzioni interpretative più coerenti con la *ratio*

---

<sup>305</sup> FAUSTI, *Il mutuo*, Napoli, 2004, p. 193

<sup>306</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 41

della normativa volta a incentivare la mobilità della clientela<sup>307</sup>”, viene però esclusa da parte di quella dottrina che invece osserva come l’eventuale clausola che subordini l’esercizio del recesso al pagamento di una multa penitenziale sarebbe “nulla per difetto di causa<sup>308</sup>”, traendo questa conseguenza dal disposto dell’art. 127 t.u.b. secondo cui le disposizioni del titolo sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, che appunto prevedono l’ipotesi del recesso legale quale strumento di reazione all’esercizio del *ius variandi*, possano essere derogate solo in senso favorevole al cliente.

Al recesso esercitato dal cliente a seguito della proposta di modifica unilaterale del rapporto negoziale intercorrente con la banca, viene pacificamente riconosciuta la natura di diritto potestativo, il quale costituisce un contrappeso normativo all’esercizio del *ius variandi*, esercitabile qualora l’assetto del contratto a seguito della modifica non risponda più alle esigenze del cliente.

In dottrina si nota tuttavia come il recesso, in quanto rimedio puramente ablativo<sup>309</sup>, lascia al cliente la sola possibilità di sciogliersi dal vincolo ovvero di accettarne le conseguenze sfavorevoli, senza che vi sia una terza opportunità o comunque altri profili rimediali che possano porre il cliente in una posizione migliore, o quantomeno differente, dal “*take it or leav it*”. È pur vero che “in un mercato del credito che abbia raggiunto livelli accettabili di competitività<sup>310</sup>” il cliente dovrebbe essere posto nella condizione di addivenire in tempi celeri alla concessione di un credito da parte di altro finanziatore, circostanza questa che dovrebbe portare le banche a limitare le variazioni sfavorevoli per la clientela. Nella prassi, tuttavia, si osserva come la sussistenza di questo “limite esterno” non sortisca gli effetti sperati, soprattutto in un contesto ove la modifica venga posta in essere come una “pratica collusivamente messa in atto, con modalità pressoché uniformi, da tutte le aziende

---

<sup>307</sup> AGCM, provv. 172/2007

<sup>308</sup> 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.

<sup>309</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 494

<sup>310</sup> NIVARRA, *op. cit.*, p. 472

operati in un dato settore commerciale. Con il risultato, [...] che il richiamarsi ad un'automatica attitudine correttiva del mercato suona decisamente illusorio<sup>311</sup>”.

Non va inoltre trascurato come il recesso, ancorché “senza spese”, determini in ogni caso l'insorgenza di un'obbligazione restitutoria in capo al cliente, che potrebbe essere per lui ben più gravosa del rischio che la banca corre modificando unilateralmente il contratto; infatti, “per certi contratti la facoltà di recesso appare strumento propriamente inadatto a fungere da correttivo del *ius*”<sup>312</sup>, si prenda ad esempio un contratto di mutuo: oltre il debito residuo, vanno aggiunti e restituiti gli interessi maturati fino a quel momento, senza che tra l'altro sia previsto *ex lege* il beneficio della rateazione, anche se la pretesa alla restituzione immediata della somma erogata risulterebbe con estrema probabilità censurabile in quanto contraria a buona fede. Si osservi inoltre l'ulteriore aspetto di inefficienza del recesso come rimedio all'esercizio del *ius variandi* ove si consideri che nel credito al consumo, e in generale nel settore della contrattazione bancaria, la facoltà di modificare unilateralmente e *in executivis* le condizioni contrattuali è accordata a tutti gli istituti di credito, determinando l'assenza nel mercato bancario di alternative contrattuali sprovviste del *ius variandi*<sup>313</sup>, il che scoraggia ulteriormente il ricorso al recesso poiché il cliente che si trova nella condizione di accettare le conseguenze a lui sfavorevoli ovvero recedere e stipulare un nuovo contratto, correrebbe il rischio che in un secondo momento anche la nuova banca eserciti il *ius variandi*, trovandosi ciclicamente nella stessa posizione di partenza. Assume quindi un ruolo centrale la disciplina dell'art. 118, comma 3, t.u.b. che sanziona con l'inefficacia le modifiche sfavorevoli effettuate senza osservare le prescrizioni dettate dall'articolo stesso, sicché il cliente possa proseguire il rapporto con la banca alle condizioni inizialmente pattuite; attraverso la contestazione dell'inefficacia, che tra l'altro non è soggetta a termini decadenziali, sarà possibile per il giudice esercitare un sindacato *ex fide bona* sulle modalità di esercizio del *ius variandi*, nonché sulla

---

<sup>311</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 495

<sup>312</sup> DOLMETTA, *op. cit.*, p. 45

<sup>313</sup> DOLMETTA, *ult. op. cit.*

ricorrenza di un effettivo giustificato motivo e sulle modalità di comunicazione della modifica, le quali costituiscono le contestazioni più frequentemente sollevate davanti la giurisprudenza di merito o l'ABF, proprio al fine evitare gli effetti negativi della modifica proseguire nell'esecuzione del contratto per come *ab origine* configurato.

## Conclusioni

Il lavoro qui proposto si è posto l'obiettivo di analizzare le criticità che caratterizzano il *ius variandi* nei contratti bancari ed in particolare nei contratti di credito al consumo. La disciplina generale del contratto, che presuppone una situazione di parità formale e sostanziale tra le parti, nonché la formazione del contratto a seguito di trattative oculute ed informate, per quanto mantenga la sua necessaria validità e centralità, è stata per lo più superata dalla contrattazione di massa, giacché nella prassi gli scambi commerciali avvengono soprattutto con contratti *b2c*. Se poi si considera anche il contesto economico e culturale che caratterizza la moderna società dei consumi, si comprende perché il ruolo delle banche assume una sempre maggiore importanza, che le vede protagoniste della concessione di finanziamenti alla massa di consumatori che vogliono soddisfare le proprie esigenze. Dall'analisi effettuata è emersa la necessità di attenuare le asimmetrie intercorrenti tra le parti, non solo al fine di tutelare clienti e consumatori, ma anche perché mantenendo in vita i contratti si garantisce stabilità al sistema dei traffici giuridici, con effetti efficientistici e proconcorrenziali. D'altro canto, nell'analizzare la *ratio* posta a fondamento di un istituto che presenta senz'altro carattere di eccezionalità, si è visto come talvolta lo stesso assume la veste della funzione di adeguamento del contratto alle sopravvenienze, o alle nuove esigenze che emergono *in executivis*, talaltra è strumento che assicura flessibilità all'operazione economica regolata dal contratto, o ancora permette ad una delle parti la facoltà di rimodulare i propri interessi. Se quindi appare istituto versatile, i poli che lo caratterizzano sono indubbiamente flessibilità e discrezionalità da un lato, quello delle banche, al fine di mantenere in vita il sinallagma, e tutela e urgenza di protezione dall'altro, per la parte che subisce il potere. Non si potrebbe pensare di privare le banche di un simile potere; infatti, il *ius variandi* viene riconosciuto per esigenze che vanno al di là del singolo rapporto banca-cliente; nei contratti di durata il bisogno di intervenire modificando il contenuto del singolo regolamento negoziale risponde alla necessità di garantire la stabilità del sistema nel suo

complesso. Non va trascurato l'imprescindibile bilanciamento tra le diverse esigenze, che nel settore del credito al consumo si è tradotto in una procedimentalizzazione del *ius variandi*, ove il *favor consumatoris* costituisce il criterio interpretativo da seguire per valutare le modalità e le ragioni poste alla base della modifica. Così perché il contratto sia validamente stipulato è necessario il rispetto delle regole dell'informazione precontrattuale, ove si è visto che l'intento legislativo, sia comunitario che interno, è rendere il più possibile informato e in maniera consapevole il consumatore che stipula un contratto di credito, dal quale possono discendere oneri economici a lungo termine di non poco momento. È allora emersa l'esigenza che gli obblighi di informazione non possano essere soddisfatti solo mediante alla quantità di moduli informativi consegnati, che anzi possono potenzialmente arrecare maggior danno ad un consumatore poco edotto, ma è la qualità dell'informazione congiuntamente al supporto per la comprensione che costituiscono puntuale adempimento degli obblighi di informazione, ai quali va aggiunta l'opera di educazione finanziaria il cui obiettivo è ridurre a monte il divario informativo intercorrente tra le parti.

Osservando poi quanto previsto dall'art. 118 t.u.b. si è visto come il bilanciamento tra le esigenze di banca e consumatore in un primo momento di applicazione della disciplina relativa alle modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali pendeva a favore delle banche, limitandosi a riconoscere quella che era una prassi. Al crescere delle richieste di credito da parte della platea degli *omnes* le esigenze di protezione sono state avvertite in maniera più significativa, così, soprattutto su impulso del legislatore europeo la disciplina del credito al consumo tende oggi a ricondurre le parti in una posizione di sostanziale parità. Tuttavia, se poi si guarda alla disciplina del *ius variandi*, nonostante i contrappesi e i limiti al relativo esercizio hanno senz'altro limitato enormemente i margini di discrezionalità in passato riconosciuti alle banche, che potevano intervenire *ad libitum* sul contratto, il meccanismo operativo dell'istituto promette più di ciò che assicura. Il contratto nasce in un contesto di fisiologico squilibrio tra le parti, il quale viene sì attenuato in sede precontrattuale e di stipula, ma nel momento in cui la banca esercita il potere

che le è riconosciuto, il rischio è quello di ricollocare le parti in quella situazione di asimmetria che tutta la disciplina consumeristica tende a limitare; se sulle modalità di esercizio del *ius variandi* e la relativa comunicazione, che assicurano quel margine di ponderazione per comprendere la portata della *variatio*, così come per quanto concerne il limite del giustificato motivo la disciplina riesce a garantire una tutela incisiva al consumatore, il quale viene posto nella condizione di sollevare la questione circa la fondatezza della ragione posta a fondamento della modifica, in modo che possa esserne eventualmente dichiarata l'inefficacia, si è tuttavia visto come sul piano rimediale il recesso lasci privo il consumatore di una valida alternativa tra il tollerare gli effetti peggiorativi della modifica ovvero scegliere per la via della caducazione, dovendo sopportare le obbligazione restitutorie che discendono dal recesso (che in contratti come quello di mutuo si è visto possano essere particolarmente onerose) e lo pongono in una situazione nel quale non vi siano alternative di contratti di credito sprovvisti della clausola di *ius variandi*. È facilmente comprensibile allora perché il dibattito in dottrina sia ancora piuttosto acceso sul tema, in quanto le riforme che hanno interessato la disciplina costituiscono senza dubbio un'evoluzione della tutela garantita ai contraenti deboli, senza che però ci si possa ritenere integralmente soddisfatti rispetto il livello di protezione raggiunto, che non assicura dal rischio che le banche abusino del potere ad esse riconosciuto per porre in essere modifiche che siano frutto di un calcolo di convenienza, generato dal mero scorrere del tempo.

Ci si può pertanto augurare che il frutto del dibattito in dottrina, congiunto alle pronunce dell'ABF e della giurisprudenza di merito, venga recepito dal legislatore, in modo da assicurare al consumatore una tutela effettiva ed efficace.

## **Bibliografia:**

ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, III ed., Torino, Giappichelli, 2019.

ALPA G., *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore, Intervento tenuto nell'ambito del Seminario su "Banche e mercati italiani nella prospettiva internazionale"* S. Marco - Perugia, 19 marzo 2004.

ALPA e GAGGERO, *Profili generali dei contratti del consumatore per la fruizione di servizi bancari, finanziari, di investimento ed assicurativi*, in ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014.

AMATO C., *Art. 1469-bis, comma 3, n. 13*, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, II.

ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Padova, 1915, 312.

ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d.lgs. 21-02-2014 n. 24 Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, 2015.

BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale del contratto*, Napoli, Jovene, 2006.

BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, (rist. 2008).

BOCCHINI, *Art. 33, comma 3*, in CESARO (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, IV ed., Padova, 2007.

BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra imprese e consumatori*, in *Banca borsa*, 2011, I.

BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2005.

CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, Utet, 2021.

CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, Esi, 2000.

CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2001.

CARRIERO, *Art. 124. Obblighi precontrattuali*, in CARPIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico in materia bancaria e finanziaria*, III, Padova, Cedam, 1994.

CARRIERO, *Il credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1998.

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, Milano, Giuffrè, 2013.

CAVALLI, *Norme bancarie uniformi e accordi interbancari*, in *Digesto discipline privatistiche-sez. commerciale*, Torino, Utet, 1994.

CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs n. 141 del 2010*, in *Contratti*, 2011, fasc. 4.

COLUZZI F., *Sub art. 1469-bis, 3° comma*, in ALPA G. e PATTI S. (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003.

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.

D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I.

DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la Direttiva 2008/48/CEE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, II.

DE CRISTOFARO, *Codice del consumo*, in *Enc. Giur.*, Agg. 2007, Roma, 2008.

G. DE NOVA, *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.

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.

DI MARZIO, *Ius variandi e nuovo diritto dei contratti*, rivistadga.it, 2016.

DOLMETTA A.A. e SCIARRONE ALIBRANDI A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, Giuffrè, 2012.

DOLMETTA. A.A., *Ius variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF le linee evolutive dell'istituto*, ilcaso.it, 2011.

FARNETTI, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 2009

FAUSTI, *Il mutuo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004

FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2012

FERRO LUZZI F., *Lo jus non variandi: prime considerazioni, e alcune supposizioni, sul comma 2-bis dell'art.118, T.U.B., dopo la L. 106/2011*, in *ilcaso.it*, II, 266/2011, 2.

FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, in *Riv. crit. Cit.*

GAGGERO P., *Il jus variandi del prestatore di servizi finanziari*, in *AA. VV., Diritto Privato, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997.

GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

GRASSI e MINUCCI, *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.

IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro quarto. Delle obbligazioni, cit., (Art. 1678-1702)*, 1970, *sub art. 1685*, Bologna, Zanichelli, 1997.

IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, Giuffrè, 2008.

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

MAIELLO, *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.

MARTORANO F., *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 1994.

MIRONE A., *Le “fonti private” del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *BBTC*, I, 2009.

MODICA L., *Il contratto di credito al consumatore nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2009.

MORERA U., *Le variazioni dei tassi d’interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria (art. 118, 4° comma, t. u. bancario)*, in *Foro.it.*, V, 2007.

MORERA e OLIVERI, *La variazione dei tassi nei contratti bancari a tempo indeterminato. Sul nuovo comma 2-bis dell’art. 118 TUB*, in *Banca e borsa*, I, 2011.

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.

NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000.

NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in AA. VV., *Diritto Privato, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997.

OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.* 1994, I.

OPPO G., *Disumanizzazione del contratto?* in *Riv. Dir. Civ.* 1998, I.

PAGLIANTINI S., *Modificazioni unilaterali del contratto (diritto civile)*, in *Enc. Dir. civ.*, pubblicazioni fuori commercio Giuffrè, 2012.

PAGLIANTINI S., *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di giustizia)*, in *I contratti*, 2012.

PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei, commento a CGUE, sez. IX, 26 febbraio 2015, n. 143 e CGUE*, in *personaemercato.it*.

PATTI F.P., *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. Impr.*, 2015.

PIETRUNTI M., *«Ius variandi» e «trasparenza» nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo*, in *Contr. impr.*, 1996.

PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca e Borsa*, 1998, II.

PROFETA, *Sub art. 126-sexies T.u.b.*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI e TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011

RIZZUTO, *sub art. 1469-bis*, co. 3, n. 11, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, (a cura di) BIANCA, BUSNELLI, 1997.

ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001.

ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?* In *Corr. Giur.*, 2009.

RUBINO e IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO. *Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1665-1677)*, Bologna, Zanichelli, 1997

SALANTIRO, *le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, VIII, t. 3, Torino, Utet, 1983

SANGIOVANNI, *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. Dir. Banc*, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 8, 2012.

SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della L.n. 248 del 2006*, in *BBTC*, I, 2007.

SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.U.B.*, in DOLMETTA (a cura di), *Ius variandi bancario*, Milano, Giuffrè, 2012.

SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, Cedam, 2010.

SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione ("ius variandi") del rapporto contrattuale*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, in *Giur. Comm.*, I, 1992.

SCIARRONE ALIBRANDI A. e MUCCIARONE G., *La pluralità delle normative di ius variandi nel T.U.B.: sistema e fratture*, in *Quaderni di banca, borsa e titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 2012.

SICIGNANO Osservazioni ad ABF, Coll. coord. n. 26498/2018, in tema di *modifica unilaterale del contratto bancario e sussistenza del giustificato motivo*. Nota a lodo arbitrale Arbitro Bancario Finanziario (ABF) 12 dicembre 2018, n. 26498; in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, fasc. 5, pt. 2, pp. 834-839

SIRENA P., *Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività* (n. 223 del 2006), in BBTC, I, 2007.

SPENA, *sub art. 126-sexies*, in PORZIO, BELLI, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè 2011.

TARANTOLA A.M., *Regole e comportamenti nelle relazioni tra banche e clienti*, Roma, 2010.

VECCHI, *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, in GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica, storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova, Cedam, 2003.