

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 12 - 2015

GLI ORIENTAMENTI DELL'ARBITRO
BANCARIO FINANZIARIO IN TEMA DI
IUS VARIANDI NEI CONTRATTI BANCARI

Simona Giannetti

GLI ORIENTAMENTI DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO IN TEMA DI *IUS VARIANDI* NEI CONTRATTI BANCARI

Simona Giannetti

*Dottoranda in Diritto delle persone, imprese e mercati presso l'Università
"Federico II" di Napoli*

L'Autrice, muovendo dalla nozione di ius variandi, attraverso la lettura combinata dei diversi testi legislativi, compie una disamina della disciplina. L'attenzione si concentra maggiormente sull'esercizio dello ius variandi nel sistema bancario, più volte modificato nel corso degli anni dal legislatore, e poi sull'applicazione della fattispecie in esame nei sistemi di pagamento e nel Codice del Consumo. Nella seconda parte viene sottolineato come la rapida evoluzione della disciplina, il dibattito dottrinale e l'impiego da parte delle banche dello ius variandi sia stato oggetto di numerose decisioni formulate dall'Arbitro Bancario Finanziario.

The author, moving from the notion of ius variandi, by a combined reading of the different legislative texts, performs an examination of the discipline. The attention is focused more on the exercise of ius variandi in the banking system, amended many times by the legislator over the years, and then the application of the discipline in payment systems and in the Consumer Code. In the second part it's underlined that the rapid evolution of the discipline, the legal debate and the use by banks of ius variandi has been the subject of many decisions made by the Arbitro Bancario e Finanziario.

Sommario:

1. Premessa. Lo *ius variandi*
2. Lo *ius variandi* nei contratti bancari: l'evoluzione normativa dell'articolo 118 T.u.b.
3. (*Segue*). Lo *ius variandi* nei sistemi di pagamento: l'articolo 126-*sexies* T.u.b.
4. (*Segue*). Lo *ius variandi* nel Codice del consumo
5. L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* e giustificato motivo
6. (*Segue*). L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* e inserimento di nuove clausole e/o condizioni contrattuali
7. (*Segue*). L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* nei contratti a tempo determinato

1. Premessa. Lo *ius variandi*

L'esercizio del c.d. *ius variandi* – ossia del diritto potestativo¹ riservato ad una parte di modificare unilateralmente, durante l'esecuzione di un contratto, alcune clausole senza ricorrere ad un nuovo accordo² – viene sottoposto dalla legge, a determinati limiti e condizioni in chiave di tutela delle posizioni soggettive delle parti negoziali.

Sulla base della disciplina del Codice civile occorre stabilire se sia ammissibile l'attribuzione, ad entrambe o ad una delle parti, dello *ius variandi*³, in quanto l'art. 1372 c.c. stabilisce che i contraenti non sono legittimati a modificare, in modo unilaterale, il contenuto dell'accordo posto in essere⁴; ne consegue che il contratto originario deve essere rispettato⁵ poiché condotte in deroga alle sue pattuizioni rappresentano inadempimenti e dunque legittimano la parte lesa ad esercitare i rimedi che l'ordinamento le riconosce (risarcimento del danno o risoluzione)⁶.

In materia⁷, si evidenzia come l'esercizio dello *ius variandi* risulti “discriminante” per la controparte che si trova a subire le variazioni contrattuali poiché, a differenza dell'atto di recesso unilaterale, l'esercizio di tale istituto vincola una delle parti non soltanto all'originario contenuto dell'accordo⁸, ma anche a quanto stabilito dal titolare del potere di

¹ SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto - legge sulla competitività* (n. 223 del 2006), in www.judicium.it, 1.

² Sulla definizione dello *ius variandi* Cfr. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, 94 ss.; NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in *Diritto privato*, 1996, 319 ss.

³ In argomento v., *ex multis*, ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in BELVEDERE e GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2001, 142.

⁴ Cfr. ROPPO, *op. cit.*, 503.

⁵ DI GENNARO, *La disciplina dello ius variandi nei contratti bancari*, in *diritto.it*, 2013, 1.

⁶ SANGIOVANNI, *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. Dir. Banc.*, Marzo 2012, 1.

⁷ Per un'ampia rassegna del dato positivo v., *ex multis*, SCHELSINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (“ius variandi”) del rapporto contrattuale*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 18 ss.; LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e profili civilistici*, in *Banca impr. soc.*, 1997, 55.

⁸ Si veda per osservazioni a carattere generale, CARPINO, *Diritti potestativi*, ad vocem in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1988, 1 ss., e, *ivi*, 10, dove, riprendendo LAVAGGI, *Osservazioni sul recesso unilaterale del contratto*, in *Foro it.*, 1950, I, 1053 ss., si evidenzia il peso del controllo dei motivi dell'atto, ponendo in risalto le capacità della clausola di buona fede che possono risultare efficace nella selezione degli abusi.

modifica⁹. Tale interpretazione porta a configurare lo *ius variandi*, secondo alcuni, come «uno strumento di arbitrio e prevaricazione»¹⁰, poiché si pone in contrasto con i capisaldi della teoria generale del contratto¹¹.

Lo *ius variandi* è previsto in alcune norme¹² del codice civile relative ai contratti, quali:

- art. 1661 c.c., concernente le “variazioni ordinate dal committente”; norma che attribuisce al soggetto il potere di modificare discrezionalmente il progetto inizialmente concordato; unico limite è che l’ammontare di suddetta variazione non debba superare il sesto del prezzo complessivo convenuto;

- art. 1685 c.c., disciplinante i “diritti del mittente”, ovvero è attribuita al mittente la facoltà di dare dei contrordini al vettore rispetto al contenuto iniziale del contratto;

- art. 1865 c.c., relativo al “diritto di riscatto della rendita perpetua”; è conferita all’assicurato la possibilità di variare l’obbligazione del debitore attraverso il riscatto pagando una somma pari al valore della rendita;

- art. 1925 c.c., disciplinante il “riscatto e riduzione della polizza”; tale disposizione è legata alla disciplina del riscatto della rendita perpetua, con l’aggiunta che l’assicurato può, attraverso la riduzione dei premi, ridurre la somma assicurata;

- art. 2103 c.c., relativo alle “mansioni del lavoratore”; norma che pone in capo all’imprenditore/datore di lavoro lo *ius variandi*, potendo questi destinare il lavoratore a mansioni diverse rispetto a quelle per le quali è stato assunto; può altresì trasferirlo da un’unità produttiva ad un’altra solo se sussistano comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

In tutti i casi sopra richiamati, ad esclusione di quello previsto dall’art. 2103 c.c., la disciplina dello *ius variandi* è a beneficio del contraente più “debole”, all’opposto di quanto accade in ambito bancario dove è attribuita al contraente avente una maggiore forza contrattuale¹³.

Analizzando complessivamente la disciplina, si può rilevare come il legislatore in alcune leggi complementari, abbia previsto la possibilità per

⁹ 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, 143.

¹⁰ In dottrina, v. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, n. 35, Padova, Cedam, 2010, 1.

¹¹ Quali la base consensuale dell’accordo, il principio del vincolo contrattuale e i requisiti dell’oggetto del contratto.

¹² In dottrina, v. SCHLESINGER, *op. cit.*, 22-23; NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 465-466.

¹³ Così, NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore*, *op. cit.*, 466.

una parte di esercitare tale potere, “legittimando” il suo inserimento nel contratto attraverso un’apposita clausola¹⁴.

Fanno da contraltare all’esercizio della facoltà di modifica unilaterale del contratto taluni meccanismi legislativi di tutela dell’altro contraente¹⁵, articolati dalla dottrina in tre fattispecie principali:

- ipotesi ad ampio carattere discrezionale; in questo caso, sono limitate le modalità di esercizio del potere e al titolare è attribuita massima discrezionalità di applicazione della relativa disciplina¹⁶;

- ipotesi ad attenuato carattere discrezionale, nel cui ambito rientrano le norme in materia bancaria di cui a breve si dirà (art. 118 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 il c. d. Testo unico bancario, da ora in poi T.u.b.) e di tutela del consumatore (art. 33, 2° c., Codice del consumo, di seguito Cod. cons.), dove il potere di modifica unilaterale, per essere esercitato, deve essere “giustificato” dal titolare stesso, dunque lo *ius variandi* è circoscritto all’interno di precisi limiti regolamentari;

- ipotesi a carattere condizionato; qui l’applicazione della disciplina dello *ius variandi* è legata alla verifica dell’esistenza di circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto¹⁷.

2. Lo *ius variandi* nei contratti bancari: l’evoluzione normativa dell’articolo 118 T.u.b.

Nel sistema bancario, la disciplina dello *ius variandi* ha subito nel corso degli anni numerose modifiche derivanti da diverse fonti: gli apporti maggiori sono stati forniti *in primis* dalla prassi, cui si sono spesso uniformate dottrina e giurisprudenza; dalle direttive delle associazioni di categoria; dal diritto comunitario dapprima e poi da quello europeo¹⁸; e

¹⁴ Cfr. GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 968.

¹⁵ In argomento v., *ex multis*, SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. econ. assic.*, 1999, 219; ROPPO, *Il contratto*, (sec. ed.), in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, 524.

¹⁶ Art.1661 c.c. in tema di appalto; Art. 2103 c.c. in tema di rapporto di lavoro.

¹⁷ Art. 1577 c.c. in tema di locazione; Art. 1686, 2° c., c.c. in tema di trasporto; Art 1711, 2° c., c.c. in tema di mandato; Art. 1770, 2° c., c.c. in tema di deposito.

¹⁸ Sull’influenza del diritto comunitario nell’ordinamento interno del sistema creditizio e finanziario si v., PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, I, Milano, 1992, 183 ss.; CAPPELLETTI e PIZZORUSSO, *L’influenza del diritto comunitario sul diritto italiano*, Milano, 1992. Con riguardo al diritto privato, v. PARDOLESI, *Saggi di diritto privato europeo: persona, proprietà, contratto responsabilità*

infine dalle autorità amministrative indipendenti (soprattutto dalla Banca d'Italia e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato)¹⁹.

L'art. 118 del T.u.b.²⁰ trae origine dall'art. 16 delle Norme Uniformi Bancarie (c.d. "n.u.b."), relativo ai conti correnti di corrispondenza e ai servizi connessi, che affidava agli enti creditizi un ampio margine di discrezionalità nell'esercizio dello *ius variandi*²¹.

In seguito l'art. 4, 2° c.²², e l'art. 6²³ della l. 154/1992 in tema di trasparenza delle operazioni bancarie, hanno introdotto una disciplina generale applicabile ai contratti bancari²⁴, che fino ad allora erano disciplinati singolarmente dal codice civile che ne aveva tipizzati solo alcuni. L'intervento è stato oggetto di forti critiche, per cui nello stesso anno la materia viene nuovamente regolata dall'art. 21, lett. d), della l. 142/1992 sul credito al consumo²⁵.

civile, private, Ed. Scientifiche italiane, 1995; LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo*, Cedam, 2003; RIZZO, *Diritto privato comunitario*, I, *Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, e II, *Lavoro, impresa e società*, Napoli, 1997; BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 1998; GAMBARO, «*Jura et leges*» nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, in *Europa e diritto privato*, 1998, 995.

¹⁹ Per una rassegna sulle problematiche evidenziate dalle autorità amministrative indipendenti si v., PREDIERI A., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di PREDIERI, I, 1997, Antella - Firenze.

²⁰ Le disposizioni del T.u.b. che riguardo le modifiche unilaterali dei contratti riproducono (in larga parte) regole contenute nella c.d. legge sulla trasparenza bancaria. L'introduzione di regole sulla trasparenza nell'ordinamento con regole di diritto positivo deriva da un lungo processo costituito da varie fasi; da ricordare la proposta di legge n. 3617 nota come "proposta Minervini" e pubblicata in *Dir. banca merc. fin.*, 1987, II, 58 ss., e il successivo disegno di legge di iniziativa governativa, di modifica della "proposta Minervini", iniziative seguite dall'«Accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela» predisposto dall'A.B.I. (circolare 25 ottobre 1988, n. 5, reperibile in *Quad. giur. dell'impresa*, 1989, 2, 197 ss.).

²¹ Cfr. SPENA, *Sub artt. 4, 5 e 6*, in PORZIO, *Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n. 154*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1993, p. 1165.

²² La legge del 17 febbraio del 1992, n° 154 recante "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", al suo art. 4, 2° c., prevedeva la facoltà della banca di poter variare a svantaggio del cliente le condizioni contrattuali, subordinando la validità di detta clausola alla sua specifica approvazione da parte del cliente.

²³ La legge del 17 febbraio del 1992, n. 154 al suo art. 6 disciplinava, nel caso di variazioni contrattuali, le modalità di esercizio subordinandole, per la loro efficacia, alla preventiva comunicazione al cliente o alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, in caso di modifiche generalizzate dei tassi di interesse.

²⁴ Si v. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 164.

²⁵ Legge 19 febbraio 1992, n. 142 recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee", pubblicata in G.U. n. 42, del 20 febbraio 1992, supplemento ordinario (legge comunitaria per il 1991).

Successivamente, le leggi 154 e 142 del 1992 sono confluite nel Titolo VI del T.u.b. In questa sede il 2° c. dell'art. 4 della l. n. 154/1992 è diventato il 5° c. dell'art. 117 del T.u.b. (oggi soppresso), mentre l'art. 6 è stato ripreso e in parte modificato dall'art. 118 del T.u.b.²⁶; la norma è stata poi nuovamente rivista in modo radicale dal decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto sulla competitività)²⁷, convertito in legge con modifiche dalla legge 4 agosto 2006, n. 248²⁸.

Una prima novità rilevante attiene all'introduzione del "giustificato motivo" come condizione necessaria all'esercizio dello *ius variandi*. Sul punto è opportuno richiamare l'art. 1341, 2° c., c.c. secondo il quale le condizioni generali di contratto, se non approvate per iscritto e in modo specifico, non hanno effetto, estendendo così l'applicazione dello *ius variandi*, ma subordinandolo all'approvazione specifica da parte del cliente, non solo per le variazioni dei tassi di interesse (come previsto dall'art. 117, 5° c. del T.u.b.) ma anche per le altre condizioni contrattuali²⁹.

Con il d.lgs. n. 141/2010³⁰ sono stati modificati in modo significativo i commi 1 e 2 dell'art. 118 ed eliminato il 5 c. dell'art. 117 T.u.b. che

²⁶ La versione originaria dell'art. 118 del T.u.b. lasciava senz'altro eccessivi spazi di manovra agli intermediari, prevedendo la sola tutela dell'approvazione in forma specifica della clausola, e per altro verso autorizzando un uso sostanzialmente illimitato dello *ius variandi*, che non era subordinato né alla presenza di un giustificato motivo, né alla concessione di un preavviso, né a forme di comunicazione personale.

²⁷ Decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale", pubblicato in G.U. del 4 luglio 2006, n. 153, e convertito, con modificazioni, in legge con l. 4 agosto 2006, n. 248, pubblicata sul supplemento ordinario alla G.U. dell'11 agosto 2006, n. 186.

²⁸ In argomento: SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della legge n. 248 del 2006*, in *Banca borsa*, 2007, I, 249 ss.; SIRENA, *Il ius variandi, della banca dopo il c.d. d.l. sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa*, 2007, I, 262 ss.; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 168 ss.; ID., *Sub art. 118*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di PORZIO, BELLI, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO, Milano, 2010, 984 ss.; ID., *Le variazioni dei tassi d'interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria*, in *Foro it.*, 2007, V, 252; MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 300 ss.

²⁹ Cfr. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 273.

³⁰ Decreto legislativo del 13 agosto 2010, n. 141, recante "Attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del Titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi",

prevedeva la possibilità di variare in modo sfavorevole al cliente i tassi d'interesse o le altre condizioni contrattuali solo se tale clausola di modifica fosse indicata nel contratto ed approvata espressamente dal cliente; in questo modo, la disciplina dello *ius variandi* è stata interamente accorpata nell'art. 118 T.u.b.³¹. L'ambito applicativo dell'art. 118 concerne precipuamente i contratti a tempo indeterminato, la norma tuttavia detta una diversa disciplina per quelli a tempo determinato (di durata), nei quali la facoltà della banca di modificare in modo unilaterale le condizioni contrattuali è esercitabile solo in determinati casi e entro limiti più ristretti. Sui contratti di durata e in particolare sulla qualificazione come tale del mutuo non sono mancate dispute³², ma la tesi maggioritaria³³ è che il mutuo oneroso rientri in questa fattispecie³⁴ poiché in esso «la durata certamente risponde all'interesse di entrambi i contraenti»³⁵. La legge, in particolare, prevede una limitazione relativa all'oggetto della variazione, ovvero la modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole che non fanno riferimento ai tassi di interesse. Tale delimitazione è rilevante ai fini del mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico del contratto in quanto se la banca fosse

come modificato e integrato dal decreto legislativo 14 dicembre 2010, n. 218, entrato in vigore il 3 gennaio 2011.

³¹ In dottrina, v. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, 11, 1046.

³² OPPO G., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 ss.; GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 451; SIMONETTO, *Mutuo (Disciplina generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 6; GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 147 ss.

³³ CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 508 ss.

³⁴ *Contra* OPPO, *op. cit.*, 1943, I, 158 ss.; SCODITTI, *Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?*, in *Foro it.*, 2001, I, 921; BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, 478.

³⁵ PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, p. 293. Si vedano anche: FERRONI, *Ius superveniens, rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 514 ss.; SPENA, *Norme per la trasparenza delle operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1993, 1165; FAUSTI, *Mutuo e ius variandi*, dattiloscritto inserito nel volume a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, *Mutui ipotecari e clausole vessatorie*, s.l., s.d., 4; INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina assicurata, allo ius variandi e al divieto dell'anatocismo*, in AA.VV., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, 113 ss. (lo scritto è anche pubblicato in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 267 ss.); FRANCHI, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto de contratti*, a cura di VETTORI, Padova, 1999, 589. In giurisprudenza si v. Trib. Napoli, 1 marzo 1997, in *Corriere giur.*, 1997, 814.

legittimata a modificare unilateralmente il tasso di interesse il cliente potrebbe non riuscire più a fronteggiare i costi derivanti dal rapporto posto in essere.

Un ultimo intervento normativo in materia si è registrato con il decreto legge 70/2011 (c.d. decreto sviluppo)³⁶ convertito con le modifiche della legge n. 106/2011 che ha inserito all'interno dell'art. 118 T.u.b. il c. 2-*bis*³⁷: «Se il cliente non è un consumatore né una micro - impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera *t*), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, 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».

Come si è accennato, l'applicazione dello *ius variandi* nell'ambito dei contratti bancari è un fenomeno consolidato nella prassi degli istituti di credito italiani ed è la stessa legge che attribuisce questa facoltà alle banche per adeguare i contratti esistenti alle variazioni del contesto micro e macro economico, consentendo, secondo certe interpretazioni, la prosecuzione di un rapporto che diversamente sarebbe destinato ad una probabile risoluzione³⁸. Su queste basi la dottrina ritiene che tale disciplina applicata ai contratti bancari sia finalizzata ad evitare la risoluzione dei rapporti per eccessiva onerosità sopravvenuta³⁹. Quindi lo *ius variandi* bancario non deve essere inteso solamente come un privilegio che il legislatore ha voluto attribuire alle banche, ma anche come un utile “strumento di governo del rapporto”⁴⁰.

Va detto, inoltre che il potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali può assumere una duplice valenza, in quanto può apportare sia modifiche migliorative sia modifiche sfavorevoli per il cliente.

Per quanto concerne le variazioni a vantaggio del cliente, è stato osservato che a prescindere da un'originaria pattuizione, è esercitabile, nel corso dell'esecuzione del contratto, un ampio *ius variandi*, «ove la

³⁶ Decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, recante “*Prime disposizioni urgenti per l'economia*”, pubblicato in G.U. n. 110 del 13 maggio 2011.

³⁷ Comma inserito dall'art. 8, c. 5, lett. *f*), D.L. 13 maggio 2011, n. 70.

³⁸ Cfr. SANGIOVANNI, *op cit.*, 1, il quale evidenzia come l'esercizio dello *ius variandi* sia una “facoltà riconosciuta all'istituto di credito, purché originariamente pattuita nel contratto, di modificare unilateralmente in futuro le condizioni”.

³⁹ SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 261.

⁴⁰ NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore*, *op. cit.*, 463 e 471.

modifica si traduca esclusivamente in un vantaggio per la controparte»⁴¹. A tal proposito, l'art. 118 T.u.b. al 1° c. stabilisce 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», essendo proprio la presenza dello stesso a fare sì che la banca possa effettuare tali variazioni a vantaggio del cliente⁴²; inoltre, la stessa norma al 2° c. prosegue stabilendo 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».

Infine, il 3° c. dell'art. 118 T.u.b. prevede che «le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente». Come si è accennato la questione è esaminata altresì sotto il profilo della loro vessatorietà⁴³, poiché secondo l'art. 118 T.u.b. siffatte clausole prevedono l'approvazione specifica del cliente, *ex art. 1341 c.c.* Le modifiche sfavorevoli spesso sono relative alle condizioni economiche rendendo il contratto «più profittevole per l'istituto di credito e, per converso, più svantaggioso per la controparte»⁴⁴. Pertanto le banche potrebbero essere spinte ad adottare comportamenti di *moral hazard* modificando in senso peggiorativo le originarie condizioni di contratto.

⁴¹ In dottrina, v. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 21.

⁴² Art. 118 T.u.b. In dottrina, v. DOLMETTA, *Jus variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF le linee evolutive dell'istituto*, in *www.ilcaso.it*, 24 luglio 2011, 9.

⁴³ Per clausola vessatoria (in un contratto concluso tra un professionista e un consumatore) si intende quella clausola che determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33, c. 1, del d.lgs. n. 206/2005). Infatti, «il giudizio di vessatorietà non è escluso dall'esistenza di una specifica disciplina del *jus variandi*, dettata dal t.u. bancario" in SIRENA, *op. cit.*, p. 356; v. anche SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole*, *op. cit.*, 262-263.

⁴⁴ Cfr. SANGIOVANNI, *op. cit.*, 2.

Al fine di porre rimedio a tali pratiche uno dei limiti posti dal legislatore è l’inserimento della necessaria presenza di un “giustificato motivo”⁴⁵ per poter applicare variazioni contrattuali sfavorevoli⁴⁶, ferma restando l’esistenza del più generale correttivo derivante dall’applicazione del regime di concorrenza tra gli operatori del settore⁴⁷. Il “giustificato motivo” rappresenta “la stella polare”⁴⁸ che l’impresa creditizia deve seguire nell’esercizio della disciplina in questione, nonché “criterio euristico”⁴⁹ per appurarne la legittimità.

⁴⁵ Cfr. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in *Ius variandi bancari, Sviluppi normativi e di diritto applicato*, a cura di DOLMETTA, SCIARRONE ALIBRANDI, in *Quaderni di Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 36, 3, che in merito al profilo del giustificato motivo applicato allo *ius variandi* parla di «un parziale assestamento (se non altro) del dato legislativo». Il legislatore non specifica cosa si intende per "giustificato motivo", per tale motivo l'interprete è posto dinanzi al problema di come e cosa qualificare un "giustificato motivo". Secondo vari autori (si v. MORERA, *Contratti bancari, op. cit.*, 168; MORERA, *Commento*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di PORZIO, BELLÌ, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, SANTORO, Milano, 2010, 990) per "giustificato motivo" è da intendersi “qualsiasi evento che sia potenzialmente idoneo a modificare l'originario sinallagma contrattuale”. *Contra* (FERRO LUZZI, *Modifica allo ius variandi nei contratti bancari e disciplina transitoria*, in *Due pareri sull'art. 8 comma 5°, lett. f) e g), d. l. n. 70/2011*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 4, 490) c'è chi sostiene che esso corrisponda ad eventi esterni alle parti del contratto e che siano tali da influire sui rapporti giuridici e renderli economicamente non sopportabile, per la banca, il peso, negativo, degli stessi se reiterati per un numero indefinito di rapporti. Altri autori invece (BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clause vessatorie*, in *Diritto della banca e del merc. fin.*, 2005, 21) interpretano il concetto come un allargamento del “concetto di giusta causa”, facendo ricomprendere all'interno del concetto di “giustificato motivo” anche motivazioni esterne al rapporto considerato e cause non solo legate ad avvenimenti esterni bensì anche a vicende interne alla banca stessa.

⁴⁶ Cfr. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale; riflessioni in margine all'art. 118 T.U.B.*, in *Ius variandi bancari, Sviluppi normativi e di diritto applicato*, a cura di DOLMETTA, SCIARRONE ALIBRANDI, in *Quaderni di Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, 36, 136, il quale specifica che l'utilizzo dello *ius variandi* «costituisce uno strumento di controllo del rischio grazie al quale è possibile adeguare il rapporto ai cambiamenti economici non prevedibili *ex ante*; e ciò senza costringere le parti a sciogliere il vincolo ovvero ad affrontare un processo di rinegoziazione del contenuto del rapporto. Uno strumento, insomma, di conservazione del contratto funzionale a logiche di efficienza economica». Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 1705 del 2011.

⁴⁷ Sui profili evolutivi della concorrenza e della relativa applicazione al settore bancario v. ROTONDO *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Napoli, 2004, *passim*.

⁴⁸ Cfr. SARTORI, *op cit.*, 137.

⁴⁹ Cfr. SARTORI, *op cit.*, 137.

3. (Segue). Lo *ius variandi* nei sistemi di pagamento: l'articolo 126-*sexies* T.u.b.

Il quadro normativo della disciplina deve essere poi completato esaminando altre due disposizioni⁵⁰.

La prima è quella relativa ai sistemi di pagamento, ovvero l'art. 126-*sexies*⁵¹ introdotto dal d.lgs. n. 11 del 2010, che adotta una disciplina totalmente diversa e più permissiva rispetto a quella prevista dall'art. 118, in conformità all'art. 44 della direttiva 2007/64/CE. La norma in particolare non prevede l'approvazione in forma scritta della clausola dal cliente, ma solo la previsione in contratto dello *ius variandi*; le modalità di comunicazione delle modifiche, almeno con due mesi di anticipo, sono regolamentate dalla Banca d'Italia (art. 126-*sexies*, c. 2); la variazione delle clausole contrattuali non è subordinata all'esistenza e alla comunicazione di un giustificato motivo da parte dell'intermediario; la modifica è ritenuta accettata dal cliente a meno che questi non comunichi la non accettazione e dunque ha la possibilità di recedere «senza spese prima della data prevista per l'applicazione della modifica»⁵²; le variazioni concernenti i tassi d'interesse e di cambio possono essere immediatamente applicate senza preavviso, anziché seguendo il regime dell'art. 126-*sexies*, c. 2, solo se sono diretta conseguenza della variazione dei tassi «di riferimento convenuti nel contratto»⁵³. L'intera disciplina del 126-*sexies* è tuttavia derogabile se il cliente non è un consumatore o una c.d. microimpresa (126-*sexies*, c. 3).

4. (Segue). Lo *ius variandi* nel Codice del consumo

La seconda disposizione in materia è quella relativa alle variazioni unilaterali delle condizioni contrattuali nell'ambito della disciplina del Codice del consumo (in seguito Cod. cons.), il quale reca una disciplina sullo

⁵⁰ Su profili di coordinamento fra l'art. 118 e le discipline in materia di credito al consumo e servizi di pagamento, si veda in particolare SCIARRONE ALIBRANDI, MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in AA.VV., *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicativo*, Milano, 2012, XVII.

⁵¹ Per un esame più completo si rinvia al commento di TROIANO, *Sub art 126-bis, 126-ter, 126-quater, 126-quinquies, 126-sexies*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni. Tomo II*, a cura di COSTA, Giappichelli, Torino, 1574 ss.

⁵² Art. 126-*sexies*, 2° c.

⁵³ Art. 126-*sexies*, 3° c.

ius variandi che viene considerata⁵⁴ come indice dell'ammissibilità – in via generale – di un diritto potestativo di fonte “convenzionale”, in quanto la sua attribuzione non è qualificata *a priori* abusiva, ma è assoggettata ad una generale presunzione di vessatorietà la quale è subordinata alla mancata indicazione nel contratto di un giustificato motivo a fondamento dell'esercizio del potere di modifica unilaterale. Restano inoltre fermi i limiti esterni posti all'esercizio dello *ius variandi* nei contratti con i consumatori, i quali trovano fondamento nei principi generali ricavabili dall'ordinamento giuridico⁵⁵.

Ai sensi della disciplina contenuta nel Cod. cons. si reputano vessatorie, e sono quindi nulle (*ex art. 36, c. 1, Cod. cons.*)⁵⁶, le clausole che «malgrado la

⁵⁴ Cfr. RIZZUTO, *Sub art. 1469-bis, comma 3°, n. 11*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, cit., 342; GORGONI, *Sub art. 33 comma 2 lett. m)*, in VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 281 e, part. 286 «La norma [...] disciplinando lo *ius variandi*, dimostra che l'ordinamento considera tale strumento, avente la funzione di adeguare il contratto alle sopravvenienze, un valore aggiunto per la conservazione del contratto»; DIURNI, *Sub art. 1469-bis, 3° comma, nn. 12 e 13*, in ALPA, PATTI (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, 481 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA.VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?* Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Torino, 2011, 73; ASTONE, *Commento sub art. 1469-bis, 2° comma*, in ALPA, PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997; RISPOLI FARINA, *Clausole vessatorie e contratti con i consumatori di servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. impresa*, 1998, II; 366; CUBEDDU, *Sub art. 1469-bis, 4° comma*, in ALPA, PATTI (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, 637 ss.; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti con i consumatori”*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 255; DE POLI, *Le regole di comportamento dei «creditori» nella direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo*, in *Dir. banc.*, 2009, I, 33.

⁵⁵ Cfr. GRASSI, MINUCCI, *Sub art. 33, comma 2, lettera m)*, in CESARO (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, 208, dove si sottolinea come «l'interprete, ben prima di valutare i “giustificati motivi” debba sincerarsi che la clausola non sia in conflitto con norme o principi del nostro ordinamento, e perciò nulla».

⁵⁶ La formulazione del previgente art. 1469-*quinquies*, il quale sanciva l'“inefficacia” delle clausole che fossero risultate vessatorie, aveva creato non poche perplessità in dottrina circa la forma di invalidità così comminata. Tali perplessità possono oggi considerarsi superate dallo stesso legislatore nella trasposizione della disciplina nel Codice del consumo, il quale sancisce la nullità delle clausole riconosciute come vessatorie, *ex art. 33 e 34 Cod. cons.*, facendo salva la restante parte del contratto. Si tratta di una ipotesi di nullità parziale e relativa (c.d. nullità di protezione) la quale opera solo a favore del consumatore, pur potendo essere rilevata d'ufficio dal giudice, *ex art. 36, c. 3, Cod. cons.*; cfr. BIANCA C., *Diritto civile*,

buona fede» determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33, c. 1, Cod. cons.)⁵⁷.

Si tratta, pertanto, di una clausola generale di «significativo squilibrio contrario a buona fede» la cui concretizzazione viene attribuita all'interprete, il quale, rispetto alla valutazione delle condizioni contrattuali in concreto predisposte dal professionista, dispone di un'ampia discrezionalità. L'unico limite posto a tale sfera è costituito dall'art. 34 Cod. cons., nel quale sono dettati i criteri strumentali a guidare l'opera del giudice nell'ambito del giudizio di vessatorietà. Mediante l'applicazione di tali criteri, il giudice potrebbe escludere o accertare la vessatorietà di una clausola che si presume

3, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000 (rist. 2008), 388 ss.; ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 862 ss.

⁵⁷ Già la formulazione contenuta nell'art. 3, par. 1 della direttiva 1993/13/CEE era stata oggetto di critiche ad opera della dottrina, la quale ne aveva auspicato una correzione in sede di recepimento nell'ordinamento interno, così da rendere esplicita l'applicazione della disciplina a quelle clausole che si ponessero in contrasto con la buona fede (oggettiva) intesa quale regola di condotta «che, nella fase della formazione dell'accordo, impone al professionista, nei contratti con i consumatori, di tenere conto dei legittimi interessi della controparte astenendosi dal predisporre un regolamento contrattuale significativamente sbilanciato a proprio vantaggio»; v. TROIANO, *Sub art. 33*, in DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 240 s. Tale auspicio è stato, però, disatteso dal legislatore il quale ha riprodotto l'espressione «malgrado buona fede» sia nell'art. 1469-bis, c. 1, c.c. che nell'art. 33, c. 1, Cod. cons., determinando il formarsi in dottrina di interpretazioni contrapposte circa il significato da attribuire all'espressione stessa (v. per i relativi riferimenti TROIANO, *op. cit.*, 241 ss.). Nonostante la divergenza di opinioni entrambi gli orientamenti giungono a riconoscere l'operatività nel giudizio di vessatorietà del principio di buona fede in senso oggettivo, chi in via diretta ritenendo l'inciso frutto di un errata traduzione della direttiva in lingua italiana, chi invece considerando il riferimento a quest'ultima implicito nel concetto di significativo squilibrio (v. TROIANO, *op. cit.*, 245.; cfr. anche BIANCA, *Diritto civile*, cit., 379, il quale sottolinea come il dato normativo non sia idoneo ad escludere l'operatività della buona fede quale precetto che regola l'esercizio di poteri discrezionali). Anche con riguardo al ruolo da attribuire al parametro della buona fede, rispetto a quello del significativo squilibrio, la dottrina appare divisa tra quanti reputano i due criteri come concorrenti ai fini dell'accertamento della vessatorietà (cfr. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 67; BIGLIAZZI GERI, *Sub art. 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore comma 1°*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Padova, 1999, 91) e quanti, invece, ritengono che questi si fondano in un unico criterio di giudizio, assumendo la buona fede la funzione di criterio di valutazione della significatività dello squilibrio (LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., 160), il cui ambito di applicazione sarebbe tracciato dai criteri complementari indicati nell'art. 34, c. 1, Cod. cons.; cfr. TROIANO, *op. cit.*, 248 ss.; v. anche ARMONE, *Commento sub art. 1469-sexies*, in BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 221.

possa dare luogo al significativo squilibrio contrario a buona fede di cui all'art. 33 Cod. cons. Ovviamente una clausola a sfavore del consumatore potrebbe non risultare vessatoria nel caso in cui sia riequilibrata da altre condizioni (inserite nello stesso contratto ovvero in altro negozio collegato) che attribuiscono un significativo vantaggio a favore del consumatore⁵⁸.

Al fine del superamento della presunzione di vessatorietà, è richiesta la presenza di giustificati motivi legittimanti l'esercizio dello *ius variandi*, nonché la specifica indicazione di questi ultimi nell'ambito del contratto. Potrebbe senz'altro considerarsi "giustificato motivo" l'esigenza di far fronte al mutare delle circostanze esterne incidenti sul programma contrattuale, ovvero sugli interessi delle parti, configurandosi il diritto di modifica unilaterale quale strumento di adeguamento nel tempo del rapporto contrattuale, mediante cui affrontare eventuali sopravvenienze che impediscano la piena realizzazione dell'interesse avuto di mira dalle parti.

La discrezionalità connaturata all'esercizio dello *ius variandi* preclude al consumatore la possibilità di valutare correttamente il rischio economico che ha assunto mediante l'adesione al contratto predisposto dal professionista⁵⁹; pertanto, la preventiva indicazione nel contratto dei giustificati motivi per l'esercizio del potere di modifica riduce tale discrezionalità limitando, al contempo, la possibilità di abusi a danno del consumatore⁶⁰.

Il fatto che siano indicati in contratto i presupposti dello *ius variandi*, inoltre, garantisce una più agevole verifica circa la correttezza del suo esercizio. Attraverso la previsione di questo elemento formale il legislatore circoscrive l'ambito applicativo del "giustificato motivo", imponendo al professionista la predeterminazione e puntuale indicazione delle specifiche circostanze di natura oggettiva idonee a fondare l'esercizio del potere di modifica unilaterale. L'interprete deve preliminarmente verificare, alla luce del principio di buona fede, se i motivi indicati nel contratto quale presupposto della variazione possano definirsi *giustificati*, ossia non imposti alla controparte sfruttando il proprio maggiore "peso" contrattuale, ma che corrispondano a ragioni meritevoli di tutela, in quanto «sufficientemente serie e gravi»⁶¹. In subordine, ed allo scopo di accertare l'efficacia o meno

⁵⁸ Cfr. BIANCA, *Diritto civile, op. cit.*, 382; ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2011, 858.

⁵⁹ Cfr. LENER, BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in GABRIELLI, MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, 261.

⁶⁰ Cfr. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile, cit.*, 513.

⁶¹ Cfr. GRASSI, MINUCCI, *Sub art. 33, op. cit.*, 211.

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

5. L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* e giustificato motivo

La rapida evoluzione della disciplina dello *ius variandi* ha innescato un vivace dibattito nell'ambito della dottrina volto a dare sistematicità alle norme in materia e colmare gli eventuali vuoti normativi. Il dibattito dottrinale e il ripetuto impiego della disciplina dello *ius variandi* da parte delle banche si riflette ampiamente nelle numerose decisioni⁶² dell'Arbitro Bancario e Finanziario (in seguito ABF)⁶³.

L'ABF per quanto concerne la definizione dell'istituto ribadisce in più decisioni che «lo *ius variandi* riconosciuto agli intermediari è, a tutti gli effetti, un diritto potestativo che attribuisce il potere di modificare la sfera giuridica dell'altra parte»⁶⁴ indipendentemente dall'accettazione o dal rifiuto di quest'ultima, e ferma restando la necessità che la relativa comunicazione debba riportare la dicitura «proposta di modifica unilaterale del contratto» (ai sensi dell'art. 118 T.u.b.).

Come già detto lo *ius variandi*, come del resto ogni altro diritto, ha proseguito l'Arbitro, deve essere esercitato entro i limiti della sua funzione, ovvero quella di eliminare la sopravvenuta circostanza che ha modificato l'equilibrio economico del contratto. Presupposto normativo in applicazione di siffatta disciplina è il “giustificato motivo” che deve essere inteso come causa che alteri significativamente l'equilibrio economico contrattuale. Nella valutazione della presenza del “giustificato motivo”, il Collegio di Roma ha ripetutamente affermato che esso non deve essere generico bensì riguardare eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario con riferimento ai contratti oggetto delle modifiche; difatti, si è osservato che lo stesso si fonda su un coerente giudizio fra un fatto legittimante e la modifica apportata al

⁶² Cfr. CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *I Contratti*, 2012, 2, 183.

⁶³ L'ABF com'è noto è un sistema di risoluzione delle controversie che possono sorgere tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. È un sistema “stragiudiziale” perché la risoluzione delle controversie avviene al di fuori del processo ordinario.

⁶⁴ Cfr. Collegio di Milano: decisioni n. 98, 443, 1491, 1554 del 2010 e decisione n. 2316 del 2011; Collegio di Napoli, decisione n. 396 del 2011.

contratto; a questo proposito il Collegio ha espressamente chiarito come «l'andamento del mercato dei tassi non sia "giustificato motivo" ai sensi dell'art. 118 T.u.b.» in quanto è una «motivazione assolutamente generica del tutto priva dei requisiti di determinatezza e verificabilità impliciti nella normativa»⁶⁵.

Essenziale risulta per l'Arbitro la comunicazione della modifica unilaterale che deve avere un contenuto tale da poter consentire al cliente una valutazione sulla congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa⁶⁶.

Sotto il profilo della necessaria sussistenza del "giustificato motivo" per l'applicazione della disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari, il Collegio di Roma⁶⁷ ha ulteriormente precisato che tale disciplina trova giustificazione nella circostanza che la variazione negativa, degli indici economici, irrilevante per il singolo rapporto contrattuale, assume spesso effetti economicamente insopportabili per l'intermediario, il quale si vede moltiplicare per "n" volte il "micro" squilibrio di segno negativo. Come già detto si arriva alla conclusione che lo *ius variandi* è un istituto finalizzato a conservare l'equilibrio sinallagmatico del rapporto, in modo tale da mantenere l'equilibrio dell'intero complesso delle prestazioni tipologicamente simili, effettuate dall'imprenditore nei confronti di un numero indefinito di controparti. Sotto questo aspetto pertanto risulta determinante l'esatta indicazione del "giustificato motivo" ai fini della verifica della sussistenza o meno dell'unica condizione posta dal legislatore affinché si possa modificare unilateralmente un negozio giuridico in regolare svolgimento; per questa ragione l'ABF ha più volte sottolineato nelle sue decisioni come il "giustificato motivo" non può in alcun modo essere generico, ma deve riguardare eventi che siano in grado di produrre comprovabili effetti sul rapporto bancario e che siano riferibili alla categoria dei contratti oggetto delle modifiche⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. Collegio di Roma, decisione n. 4141 del 2013.

⁶⁶ "Il giustificato motivo non può (...) essere generico, ma deve riguardare eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario poi riferibili alla categoria di contratti oggetto delle modifiche. La comunicazione della modifica unilaterale deve avere contenuto tale da consentire al cliente di poter valutare la congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa" così Collegio di Roma, decisione n. 3981 del 2012. Più recentemente, si vedano: Collegio di Roma, decisione n. 253 e 2202 del 2013 e decisione n. 675 del 2015.

⁶⁷ Cfr. Collegio di Roma, decisione n. 3981 del 2012.

⁶⁸ Così Collegio di Roma, decisione n. 1722 del 2015: "(...) nelle suddette comunicazioni della banca resistente l'esercizio dello *ius variandi* è stato motivato in base a scelte di politica

Sempre in riferimento al “giustificato motivo”, il Collegio di Milano⁶⁹, oltre a riferirsi l’art. 118 del T.u.b., nella versione vigente, aggiornato dall’art. 4, c. 2, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, tiene a precisare che tale norma debba essere coordinata con quanto disposto in precedenza dal Provvedimento del Governatore del 29 luglio 2009⁷⁰, dove è presente un richiamo all’art. 118 T.u.b. in merito alle comunicazioni che l’intermediario deve fornire espressamente al cliente; inoltre, nel Provvedimento si legge testualmente che: «Secondo il Ministero dello sviluppo economico le “modifiche” disciplinate dall’art. 118 del T.u.b., riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l’introduzione di nuove clausole. La modifica si intende approvata se il cliente non recede dal contratto entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione. Il cliente ha diritto di recedere senza spese e di ottenere l’applicazione, in sede di liquidazione del rapporto, delle condizioni precedentemente praticate. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le suddette prescrizioni sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente (art. 118, comma 3, del T.u.b.)».

A tal proposito è necessario sottolineare, ha ribadito il Collegio di Milano, che secondo un ormai consolidato orientamento come già evidenziato, la disciplina dello *ius variandi* riconosciuta agli intermediari – sebbene la comunicazione riporti la dicitura “proposta di modifica unilaterale del contratto”, ai sensi dell’art. 118, c. 2, del T.u.b. – è, a tutti gli effetti, un diritto potestativo, che attribuisce il potere di modificare la sfera giuridica dell’altra parte, indipendentemente dall’accettazione o dal rifiuto di quest’ultima. Gli effetti sono risolutivamente condizionati all’esercizio del recesso, facoltà riconosciuta in capo al cliente che subisce la modifica in senso sfavorevole delle condizioni contrattuali⁷¹.

commerciale o comunque gestionale (ampliamento della rete di postazioni ATM, introduzioni del *microchip* nelle carte di credito, informatizzazione delle comunicazioni alla clientela), le quali non pongono l’esigenza di mantenere l’equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni contrattuali delle parti contraenti, quanto di salvaguardare il margine di profitto della stessa banca: non sussiste pertanto il giustificato motivo che è richiesto dall’art. 118, 1° comma, t.u.b.”.

⁶⁹ Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 5376 del 2013.

⁷⁰ Provvedimento relativo alle Disposizioni di “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, Sez. IV, par. 2 – “Variazioni contrattuali”.

⁷¹ Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 98 - 177 - 249 - 443 - 716 - 786 - 1010 - 1298 del 2010.

Il Collegio nel motivare la posizione secondo la quale il “giustificato motivo” non deve essere generico ha anche ricordato che il Ministero dello sviluppo economico, con una sua circolare del 21 febbraio 2007, è intervenuto in materia e, dopo aver individuato il “giustificato motivo” in «eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario», ha precisato che «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.)»; nella relativa comunicazione, dunque, «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 alla base».

6. (Segue). L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* e inserimento di nuove clausole e/o condizioni contrattuali

In merito alle possibili modifiche effettuate in applicazione dello *ius variandi*, il Collegio di Napoli⁷² ha affermato che il meccanismo di cui all'art. 118 T.u.b. può essere utilmente impiegato solo per modificare le caratteristiche di commissioni già precedentemente contemplate all'interno del contratto, non anche quando si tratta di introdurre delle commissioni del tutto nuove e che hanno funzione diversa rispetto a quelle che dovrebbero sostituire. L'eccezione all'immodificabilità del contratto senza il consenso delle parti, prevista dal T.u.b., è limitata solo ed esclusivamente alla possibilità di variare clausole e/o condizioni contrattuali, siano esse di carattere economico o di natura normativa, già esistenti. Eccezione che quindi non può essere utilizzata per introdurre clausole e/o condizioni nuove che possano incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio iniziale del rapporto contrattuale addirittura modificando, anche solo in modo parziale, la natura del contratto stesso⁷³.

⁷² Cfr. Collegio di Napoli, decisione n. 6599 del 2013, decisione n. 300 del 2010.

⁷³ Cfr. Collegio di Napoli, decisione n. 397 del 2011.

7. (Segue). L'Arbitro Bancario Finanziario: *ius variandi* nei contratti a tempo indeterminato e di durata

L'Arbitro ha formulato numerose decisioni anche in merito alla diversa applicazione dello *ius variandi* nei contratti a tempo indeterminato e di durata. Differenza fondamentale tra i contratti a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato è il momento della cessazione del rapporto contrattuale; nel primo caso (si pensi al conto corrente) il contratto non ha una durata prestabilita, può infatti protrarsi per pochi mesi o per molti anni, cioè fin quando le parti non decidono di esercitare il diritto di recesso loro riconosciuto; nel secondo caso (è l'ipotesi del mutuo), il cliente è fin da subito a conoscenza dell'arco di tempo di durata del contratto sottoscritto.

Per quel che riguarda l'esercizio dello *ius variandi* nei contratti a tempo indeterminato, l'art. 118, 1° c., T.u.b., stabilisce che la clausola di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali da parte della banca deve essere specificamente approvata dal cliente, e al 2° c. viene puntualizzato che necessario è l'invio di una comunicazione, contenente le modifiche, in forma scritta o mediante altro supporto durevole, preventivamente accettato dal cliente, con preavviso minimo di due mesi; per questi motivi l'ABF è pervenuto alla conclusione che, come stabilito dal 3° c. dell'art. 118 T.u.b., le variazioni contrattuali unilateralmente decise dalla banca senza aver rispettato le norme disciplinanti l'esercizio dello *ius variandi*, se sfavorevoli al cliente sono inefficaci⁷⁴.

Ampia parte della dottrina e molteplici decisioni dell'ABF hanno affermato l'inapplicabilità dell'art. 118 T.u.b. ai contratti di mutuo e di conseguenza l'impossibilità da parte della banca di apportare modifiche unilaterali alle condizioni contrattuali. La motivazione di tale assunto è riscontrabile nella circostanza per la quale, in caso di esercizio dello *ius variandi* da parte della banca, il diritto di recesso del mutuatario risulterebbe privo di concreta praticabilità, in quanto quest'ultimo dovrebbe immediatamente procedere alla restituzione anticipata del debito residuo se non intendesse accettare le nuove condizioni proposte dal mutuante⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. Collegio di Roma, decisione n. 138 del 2014. Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 424 del 2015, decisione n. 535 del 2015.

⁷⁵ Tale problematica è meno rilevante nella pratica per quanto concerne i contratti di apertura di credito o di finanziamento a breve termine, laddove l'obbligazione restitutoria del debitore risulta essere considerevolmente meno gravosa.

Come si è già rilevato siffatta interpretazione è stata ampiamente condivisa dal Ministero dello sviluppo economico⁷⁶ affermando che i contratti di mutuo sono esclusi dall'applicazione dell'art. 118 T.u.b. Tale posizione è stata poi rafforzata sempre dallo stesso Ministero che ha sottolineato come la volontà stessa del legislatore, in sede di conversione della l. n. 248/2006, è stata quella di voler escludere dall'applicazione dello *ius variandi* «i contratti di durata aventi una natura peculiare e regolati da leggi speciali», ovvero i contratti di mutuo⁷⁷. Tuttavia, l'interpretazione sin qui richiamata non è condivisa in modo univoco e, pertanto, molte banche continuano ad applicare lo *ius variandi* anche ai contratti di mutuo.

Come si è detto, il rimedio di cui dispone il cliente in caso di esercizio dello *ius variandi* da parte della banca consiste nell'esercitare il diritto di recesso che però, nel contratto di mutuo, comporta delle conseguenze particolarmente gravose per il mutuatario che, all'occorrenza, sarebbe obbligato a restituire la somma ancora dovuta. Per ovviare a tale inconveniente il legislatore, come confermato dal Collegio di Milano, ha perciò previsto che, per quanto riguarda i contratti a tempo determinato, lo *ius variandi* applicabile dalla banca non possa estendersi sino alla modifica delle clausole riguardanti i tassi di interesse⁷⁸, ovvero possono essere variate tutte le clausole che riguardano altri aspetti economici del rapporto contrattuale.

Come sopra ricostruito⁷⁹, l'art. 118 T.u.b. nel corso degli anni ha subito numerose e repentine modifiche da parte del legislatore, modifiche che hanno evidenziato una netta distinzione in merito all'applicazione soggettiva della norma; siffatta distinzione riguarda le differenti controparti con le quali la banca può trovarsi a dover concludere un contratto, ovvero da un lato, consumatori e micro - imprese, dall'altro professionisti e macro - imprese; tale distinzione porta all'applicazione di una diversa disciplina rispetto al tipo di soggetti che concludono il contratto. Ultimo intervento del legislatore è stato quello di inserire un c. 2-*bis*⁸⁰ con l'intento di disciplinare

⁷⁶ Nota del 21/02/2007, n. 5574.

⁷⁷ Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 334 del 2010.

⁷⁸ Cfr. Collegio di Milano, decisione n. 387 del 2010.

⁷⁹ *Infra*, § 2, nel paragrafo sull'evoluzione normativa dell'art. 118 T.u.b. si segnalano le modifiche apportate dal legislatore nel corso degli anni alla disciplina in esame.

⁸⁰ «Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, 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

l'applicazione della norma quando si tratta di professionisti e macro-imprese. Dalla lettura del c. 2-*bis* emerge in modo chiaro che “giustificato motivo”, elemento essenziale e necessario per la variazione delle clausole contrattuali, per i professionisti e per le macro-imprese è individuato *a priori*, ovvero al momento della conclusione del contratto, momento in cui la banca ha la possibilità di identificare in modo preventivo gli eventi e le condizioni per legittimare le variazioni contrattuali o dei soli tassi d'interesse.

modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto».