

## INTRODUZIONE

Il lavoro si pone l'obiettivo di analizzare in maniera approfondita la disciplina del *ius variandi* bancario, che da sempre è oggetto di dibattiti dottrinali causati da un'asimmetria contrattuale esistente tra le parti protagoniste del rapporto, quali l'istituto di credito e il cliente. L'istituto in questione si rinviene in pressochè tutti i contratti bancari e attribuisce alla banca un'ampia discrezionalità di modifica del rapporto contrattuale: da qui nasce quindi la necessità di tutelare il c.d. contraente debole da possibili abusi contrattuali da parte dell'istituto di credito.

Prima di soffermarsi sulla disciplina specifica bancaria però, è necessario esaminare se il diritto di modifica unilaterale sia ammissibile nonostante l'apparente contrasto con il principio generale del *pacta sunt servanda*, fondamento del nostro ordinamento giuridico che ricomprende altri due importanti capisaldi del diritto italiano: il principio della forza contrattuale e il principio dell'accordo.

Si metteranno poi in luce, in un'ottica generale, le modalità e i vari settori in cui opera il *ius variandi* all'interno del nostro ordinamento giuridico, evidenziando analogie e differenze presenti tra le diverse materie. Partendo dal codice civile, si prosegue in maniera più dettagliata attraverso la disciplina prevista nei codici di settore quali il codice del consumo e il TUB. La complessità degli interventi legislativi, ha creato una vera e propria segmentazione della disciplina, facendo emergere problemi di coordinamento tra le diverse materie, a cui si è

parzialmente ovviato in virtù dei successivi rimaneggiamenti normativi del legislatore.

Una volta verificato come in talune ipotesi sia lo stesso legislatore ad attribuire il potere di modifica unilaterale ad una delle parti o a consentirne la pattuizione nell'ambito del regolamento contrattuale, sorge l'esigenza di capire se sia o meno ammissibile un'attribuzione pattizia del *ius variandi* al di fuori delle ipotesi espressamente prese in considerazione dal legislatore.

Il cuore del lavoro è incentrato in maniera specifica sulla disciplina del *ius variandi* nel settore bancario, prevista dall'articolo 118 del Testo Unico Bancario. La variazione in corso d'opera delle condizioni contrattuali è prassi da sempre seguita dalle banche italiane essenzialmente in termini di modifica peggiorativa per il cliente, secondo un riscontro fornito dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) nella dichiarazione riportata da un provvedimento dell'AGCM. Fino agli anni Novanta infatti, le banche hanno letteralmente "dominato la scena contrattuale" e i contratti bancari si caratterizzavano per la loro opacità e per il forte squilibrio delle condizioni contrattuali fra le parti. Nonostante un ruolo significativo è stato apportato poi con la l.n. 154/1992 in tema di trasparenza bancaria, solamente negli ultimi quindici anni, il legislatore ha preso effettivamente atto di questa situazione e si è mosso verso una tutela maggiore nei confronti del contraente debole, stabilendo (o riformando) presupposti di ammissibilità per l'esercizio del diritto di modifica unilaterale.

Prima della formulazione attuale infatti, la norma ha subito importanti riforme e cambiamenti che saranno analizzati nel corso del seguente lavoro. Sarà proprio l'evoluzione storica a rappresentare il terreno da cui prendere le mosse per indagare se le modifiche normative apportate siano state sufficienti a fornire al cliente una tutela piena ed effettiva o se, invece, ancora si può parlare di “abuso di libertà contrattuale” da parte delle banche.

In tal senso un ruolo primario è stato ricoperto dalla riforma del 2006 che, con la *ratio* di coordinare la disciplina del TUB a quella consumeristica, inserisce il limite del “giustificato motivo”, unico presupposto sostanziale cui le banche devono far fronte per apportare una modifica unilaterale. Quello del giustificato motivo rappresenta uno degli aspetti più importanti ed incerti relativi all'art. 118 TUB, diffusamente indagato dalla dottrina nel tentativo di fornirne una qualificazione. Il problema interpretativo principale deriva del fatto che il legislatore non stabilisce espressamente cosa si debba intendere con questa locuzione, così che le banche potrebbero andare ben oltre i limiti consentitegli.

La seconda riforma, attuata con il d. lgs. 141/2010, porrà le basi per un'analisi sulla diversa disciplina prevista dall'art. 118 TUB per i contratti bancari a tempo determinato e indeterminato, e si incentrerà sulle criticità cui da luogo la locuzione “contratti di durata”, prevista nel primo comma.

Infine, la riforma del 2011, il c.d. decreto sviluppo, con l'inserimento del comma 2 *bis* sembrerebbe aver introdotto, limitatamente ad alcune categorie di soggetti e solamente in presenza di un contratto a tempo determinato, la possibilità di

convenire una modifica pattizia. Tuttavia, il pensiero dottrinale è nettamente diviso circa questa possibilità, posto che anche in questo caso la norma presenta delle incertezze interpretative evidenti.

I dibattiti dottrinali e le posizioni non unanime tra gli autori, sono facilmente comprensibili dal momento che, come si vedrà, la disciplina dell'art. 118 TUB suscita ancora diverse perplessità. In più vede contrapposte due diverse esigenze: da un lato quella di tutelare il cliente da possibili abusi contrattuali a seguito della stipulazione del contratto bancario, dall'altro quella fornire alle banche un utile strumento di governo del rapporto che ne permette la continuazione a seguito di eventi sopravvenuti esterni al rapporto contrattuale tra banca e cliente. L'istituto del *ius variandi* ben può essere considerato, infatti, uno strumento di stabilità del sistema utile a risolvere, nei contratti di durata, i mutamenti di contesto e di equilibrio che il tempo può creare e capace, dunque, di dare alle banche la possibilità di adattarsi a nuove esigenze generali che vanno oltre quelle con il rapporto con il cliente. La questione però, è quella di arginare l'esercizio di modifica unilaterale a esigenze che effettivamente possono essere qualificate come "motivi giustificanti" la variazione, senza lasciare un eccessivo potere arbitrario al contraente più forte.

Completata la panoramica sui mutamenti e le innovazioni che hanno interessato la disciplina delle modifiche unilaterali nei contratti bancari ex art. 118 TUB, si inquadra lo scopo prioritario di tale lavoro, cioè proprio quello di temperare

le due opposte esigenze e capire entro quali limiti la banca sia autorizzata ad operare modifiche unilaterali.

Infine, si viene analizzata l'unica tutela prevista per il cliente a fronte di una modifica unilaterale, cioè la possibilità di recedere dal contratto. La suddetta facoltà presenta caratteri peculiari in quanto il contraente debole non può rifiutare la “proposta” fatta dalla banca, bensì solamente recedere dal contratto o, in alternativa, accettarla con silenzio tacito. In dottrina sono emerse numerose perplessità sul meccanismo del silenzio-assenso con cui una modifica unilaterale può essere accettata perché è controverso se questo criterio sia, nel caso concreto del *ius variandi*, un sinonimo di volontà del cliente oppure solo di inerzia dello stesso.

La possibilità di recesso ha anche un potere indiretto nella sfera del cliente, andando a incidere sul concetto di concorrenza tra gli istituti bancari, aspetto anch'esso evidenziato e trattato nel corso dell'elaborato.

L'intero lavoro, partendo dalle pronunce più recenti dell'ABF e dalle riforme legislative apportate all'articolo 118 del Testo Unico Bancario, si muove dunque verso una direzione che esalta la tutela di protezione del contraente debole e in una costante analisi per capire se la disparità contrattuale tra gli istituti di credito e i clienti sia stata effettivamente ridotta.

Il lavoro svolto, analizzando i limiti più stringenti apportati dalle riforme e i presupposti affinché una modifica unilaterale sia legittima, si pone dunque

l'obiettivo di capire se, questi “passi avanti”, siano stati in concreto sufficienti per fornire al contraente debole una tutela piena ed effettiva.

## CAPITOLO 1

# **IL *IUS VARIANDI* NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: UN QUADRO GENERALE**

SOMMARIO: 1. Il *ius variandi* nel codice civile. – 2. La compatibilità con le disposizioni del codice civile in materia di contratti. – 3. Il *ius variandi* nel codice del consumo: le clausole vessatorie – 4. Coordinamento tra il codice del consumo e il Testo Unico Bancario. – 5. La sistematica del *ius variandi* nel TUB

### **1. Il *ius variandi* nel codice civile**

L'istituto del *ius variandi*, tradotto letteralmente come “diritto di mutare”, negli ultimi anni è tornato al centro di numerosi dibattiti dottrinali relativamente al settore bancario, causati da una lacunosità normativa che ne impedisce un'univoca interpretazione. Nonostante le moltissime riforme legislative che si sono susseguite negli anni e l'emanazione di alcune recenti sentenze interpretative, infatti, ci troviamo ancora di fronte a una disciplina non organica in materia.

Per questo motivo, prima di analizzare in dettaglio il *ius variandi* nel settore bancario, è necessario andare a ricercare le basi legislative su cui si fonda l'istituto, e cioè nel codice civile e nella normativa speciale, in particolare nel codice del consumo. Proprio l'introduzione di una disciplina sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori che ha introdotto nel nostro ordinamento alcune

previsioni di rilievo sul *ius variandi*, è stata definita da alcuni studiosi come una vera e propria “ricodificazione”<sup>1</sup> del diritto contrattuale.

L’istituto del *ius variandi* si classifica nell’ambito delle vicende modificative del rapporto giuridico perché con il sintagma *ius variandi* si indica il diritto potestativo<sup>2</sup>, riconosciuto a una parte di apportare unilateralmente modifiche discrezionali al rapporto obbligatorio o contrattuale, rideterminandone il contenuto. La natura potestativa del diritto determina la soggezione dell’altra parte al suo esercizio e la modifica è unilaterale perché non è subordinata al (e non richiede il) consenso della controparte. La fonte di questo diritto può essere legale o convenzionale, quindi afferente a un contratto o a un atto negoziale unilaterale.

Il *ius variandi* è classificato dunque tra i diritti potestativi, e considerato un “potere” assegnato a una delle parti, dalla legge o dal contratto, per determinare, con un atto unilaterale, una modifica del regolamento negoziale<sup>3</sup>.

In questo potere non c’è neutralità perché una parte si trova in una posizione di “indiscutibile soggezione”: la parte che ne è titolare, infatti, ha interessi che normalmente confliggono con quelli della parte che ne subirà gli effetti.

Del resto, il moderno diritto dei contratti è caratterizzato dalla consapevolezza legislativa, giurisprudenziale e dottrinale della disuguaglianza di forza contrattuale

---

<sup>1</sup> ALPA G., *L’incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 237 ss; RUFFOLO U., *Clausole vessatorie, abusive, inique e “ricodificazione”*, in *Resp com. imp.*, 1997, p. 53 ss.

<sup>2</sup> SIRENA P., *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto - legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc. 3, 2007, p. 260

<sup>3</sup> BENEDETTI A. M., *Il ius variandi nei contratti bancari, esiste davvero?*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc. 5, 2018



che caratterizza la relazione tra le parti, ed è segnato dalla condivisa esigenza di rimuovere, o perlomeno di ridurre, tale asimmetria.

Anche l'idea che il codice civile stesso formalmente si ispiri a un modello egualitario<sup>4</sup>, è stata messa in dubbio in quanto sembrerebbe non trovare piena corrispondenza sul piano pratico<sup>5</sup> dal momento che le parti che stipulano un accordo si trovano collocati in una posizione di disequilibrio<sup>6</sup>.

Già nel 1977, Massimo Bianca aveva riconosciuto una particolare attenzione al tema, evidenziando un'insufficiente tutela codicistica in materia di condizioni generale dei contratti<sup>7</sup>, affermando che “ai singoli aderenti è preclusa di fatto la possibilità di incidere su una regolamentazione predisposta in via generale al di fuori di ogni garanzia di un equo bilanciamento degli interessi contrapposti”. Anticipava dunque il tema, oggi estremamente dibattuto<sup>8</sup>, dell'abuso di libertà contrattuale, andando ad indirizzare la realizzazione di una riforma legislativa della materia<sup>9</sup>.

Negli anni si sono andate a predisporre, di conseguenza, tecniche che salvaguardando la libertà contrattuale, promuovano tuttavia anche l'effettiva possibilità di autodeterminazione della parte debole del rapporto. Nel moderno

---

<sup>4</sup> ROPPO V., *Il contratto*, Bologna, 1977

<sup>5</sup> GORLA G., *La “logica-illogica” del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, fasc. 1, p. 255 ss.

<sup>6</sup> BENEDETTI A. M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, 2002 allude ai poteri del proponente per dimostrare che un soggetto sia in uno stato di soggezione rispetto all'altro: i) fissare un termine per l'accettazione, o di rinunziarvi; ii) di fissare una forma dell'accettazione; iii) di sostituire l'accettazione con l'esecuzione della prestazione richiesta; iv) di revocare la proposta con uno spazio temporale maggiore di quello concesso all'oblato per revocare l'accettazione.

<sup>7</sup> BIANCA M., *Le autorità private*, Napoli, 1977

<sup>8</sup> BENEDETTI A. M., *op. cit. sub nota 3*

<sup>9</sup> GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2003, p. 1149

diritto dei contratti, pertanto, il riconoscimento e gli spazi di esercizio del diritto potestativo di modificazione del regolamento contrattuale assumono connotazioni peculiari, e dettate dalla esposta esigenza.

Il meccanismo adoperato per addivenire a tale risultato, si svolge secondo due direttive: una rigorosa delimitazione del *ius variandi* attribuito alla parte forte e una attribuzione del *ius variandi* alla parte debole. Prendendo a riferimento il codice civile, che prevede espressamente il potere unilaterale di modifica in alcune norme relative a contratti di settori specifici, sotto il secondo profilo, si segnalano gli articoli inerenti la disciplina dell'appalto, del trasporto, del diritto di riscatto della rendita perpetua e dell'assicurazione sulla vita.

L'articolo 1661 c.c. concernente le “variazioni ordinate dal committente”, 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. Il potere di variazione in esame è stato associato alla naturale incompletezza del contratto d'appalto, nel quale non si può prevedere ogni aspetto dell'operazione nei minimi particolari<sup>10</sup>. Il potere di variazione è collegato, più che altro, a una nuova valutazione da parte del committente il quale è legittimato ad apportare modifiche funzionali alla soddisfazione del suo interesse.

L'articolo 1685 c.c., disciplinante i “diritti del mittente”, consente al mittente di sospendere il trasporto e chiedere la restituzione delle cose, ovvero ordinare la consegna a un destinatario diverso da quello originariamente indicato. Anche in

---

<sup>10</sup> RUBINO D., *L'appalto*, in *Tratt. Vass.*, 1980, p. 430

questo caso il *ius variandi* costituisce uno strumento indispensabile al soddisfacimento degli interessi correlati alla tipologia contrattuale specifica, in particolare a quelli del mittente<sup>11</sup>. La *ratio* della disposizione è quella di consentire al contraente una nuova e migliore valutazione dei propri interessi.

L'articolo 1865 c.c., relativo al “diritto di riscatto della rendita perpetua” conferisce all'assicurato la possibilità di variare l'obbligazione del debitore attraverso il riscatto pagando una somma pari al valore della rendita.

Infine configura una modifica nell'interesse della parte creditrice anche l'articolo 1925 c.c. che menziona, nell'assicurazione sulla vita, il diritto dell'assicurato di ridurre la somma assicurata.

Sotto il primo profilo (delimitazione attribuita alla parte forte), si segnala l'articolo 2103 c.c., relativo alle “mansioni del lavoratore”, che pone in capo all'imprenditore/datore di lavoro il *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 ma 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 del *ius variandi* è a beneficio del contraente più “debole”. In tali ipotesi il potere di modifica unilaterale potrebbe quasi essere ritenuto una caratteristica applicazione del principio di buona fede, in quanto è posto a tutela non dell'interesse del debitore, che opera la modifica, quanto piuttosto

---

<sup>11</sup> SILINGARDI G., *Contratti di trasporto e diritti del destinatario*, in *Quad. giur. Comm.*, 1980, p. 8

nell'interesse del creditore. In tal modo si consente a quest'ultimo di conservare l'utilità dell'operazione in casi di reazione all'impossibilità sopravvenuta della prestazione: in quest'ottica si potrebbe parlare addirittura di *ius variandi* “*in melius*”<sup>12</sup> in quanto il soggetto titolare della possibilità di modifica non può agire per scopi di “abuso di libertà” in virtù di una posizione di preminenza che occupa, quanto piuttosto per una propria protezione di interessi.

Tutto ciò all'opposto di quanto accade, invece, nella fattispecie di cui all'art. 2103 dove il *ius variandi* opera in rapporti caratterizzati da una posizione di particolare preminenza dell'imprenditore. A tal proposito ci si ricollega all'ambito bancario, in cui il potere di modifica unilaterale, anche in quel caso, è attribuito al contraente avente una maggiore forza contrattuale<sup>13</sup>.

In sostanza, nella disciplina civilistica, il potere di modifica può essere attribuito a una delle parti in considerazione dell'esigenza, ritenuta meritevole riguardo alla natura dell'operazione economica tipizzata nel modello contrattuale, di modificarne le condizioni nel corso dello svolgimento, in modo da rendere la prestazione della controparte costantemente funzionale agli interessi del contraente a cui tale potere di modifica è riconosciuto<sup>14</sup>.

Il titolo III del codice civile include molte altre disposizioni che assegnano alla parte un potere di modifica ma non tutte queste fattispecie prevedono il potere di modifica unilaterale del contratto. Tale nozione infatti, secondo un'accezione

---

<sup>12</sup> SCARPELLO A., *Modifica unilaterale del contratto*, in *Contr. e Impr.*, 2010

<sup>13</sup> Del tema si tratterà in maniera specifica nel secondo capitolo.

<sup>14</sup> DI MARZIO F., *Ius variandi e nuovo diritto dei contratti* in *Diritto e Giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 2016

dottrinale rigorosa, deve corrispondere alla fattispecie in cui la legge assegni a una delle parti un potere di modificare l'assetto di interessi originario senza la collaborazione della controparte o dell'intervento giudiziale<sup>15</sup>. In questo senso non realizzano una modifica unilaterale in senso stretto la possibilità dell'appaltatore di richiedere una revisione del prezzo ex art. 1664 c.c., la facoltà del somministrato di stabilire la quantità corrispondente al normale fabbisogno ex art. 1560 c.c., il permesso allo spedizioniere di operare secondo il miglior interesse del mittente in mancanza di istruzioni da parte di quest'ultimo ex art. 1739 c.c..

Senza tenere in considerazione tutte le differenze sostanziali tra le disposizioni codicistiche sopra indicate, si deve evidenziare che, come detto, nessuna delle fattispecie tipizzate prevede la possibilità, al fine di ristabilire il sinallagma contrattuale, di modificare unilateralmente, in senso stretto, un contratto. In nessuna delle disposizioni codicistiche sono dunque previsti strumenti ordinari di adeguamento su base unilaterale e questo dato porterebbe a desumere la preferenza del legislatore per discipline che prevedono un adeguamento concordato o giudiziale. Infatti nonostante la molteplicità dei riferimenti normativi settoriali, parte della dottrina<sup>16</sup> si oppone categoricamente alla costituzione volontaria di un *ius variandi* sostenendo che costituirebbe un ostacolo invalicabile ai principi del nostro ordinamento giuridico. Anche il silenzio del codice circa una disciplina

---

<sup>15</sup> Alcuni autori sostengono che anche la fattispecie di adeguamento giudiziale ex art. 1467 co. 3 c.c., volta a ristabilire l'equilibrio contrattuale, dovrebbe collocarsi all'interno del fenomeno del *ius variandi* della parte in quanto espressione di un potere giudiziale di *reductio ad aequitatem*: IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008, p. 137.

<sup>16</sup> BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza: lo jus variandi*, in *Dir Banc Merc. Fin.*, 1994; RESCIO G. A., *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1987; GAGGERO P., *op. cit. sub nota 42*