

La modifica unilaterale di clausole valorizzate “a zero”. Riflessioni sulle più recenti prassi applicative in materia di *ius variandi* nei contratti bancari

*The unilateral amendment of clauses valued “at zero”. Reflections on the most recent applications regarding the *ius variandi* in banking contracts*

Giuseppe Galluccio*

ABSTRACT:

Il contributo esamina la disciplina delle modifiche unilaterali dei contratti bancari, alla luce della prassi degli intermediari, recentemente emersa nell’attività dell’ABF, di variare condizioni economiche inizialmente valorizzate a zero, attraverso il procedimento di cui all’art. 118 del testo unico bancario.

Muovendo dalla ricostruzione della *ratio* dell’istituto, ed attraverso un’analisi critica della normativa prevista del legislatore e della sua efficacia sul piano funzionale della tutela del cliente, si intende analizzare la questione della legittimità della modifica delle clausole “a zero”, approfondendo l’ambito di applicazione oggettivo del potere di variazione unilaterale del contratto, nella delicata distinzione tra introduzione di clausole nuove e modifica di condizioni preesistenti.

The paper analyses the regulation of unilateral modifications of banking contracts, in light of the practice of intermediaries, recently emerged in the activity of the ABF, to vary economic conditions initially valued at zero through the procedure referred to in article 118 of the consolidated banking act (testo unico bancario).

Starting from the reconstruction of the institute’s ratio and through a critical analysis of the legislator’s prescribed regulations and their effectiveness in terms of customer protection, the paper investigate the issue of the validity of the unilateral amendment of “zero” clauses; this involves a deeper exploration of the objective scope of the unilateral contract modification power, making a delicate distinction between the introduction of new clauses and the modification of pre-existing conditions.

* Assegnista di ricerca in diritto commerciale, Università degli Studi di Catania; e-mail: gi.galluccio@gmail.com.

SOMMARIO:

1. Premessa. Il *ius variandi* nei contratti bancari: una figura a “due facce” alla perenne ricerca di un equilibrio. – 2. La “procedimentalizzazione” delle modifiche unilaterali del contratto. – 3. Il giustificato motivo come punto di equilibrio degli interessi in rilievo – 4. Il *Ius variandi* di clausole valorizzate a zero nelle decisioni dell’ABF. La “fallacia” di taluni formanti giurisprudenziali. – 5. Ancora sulle modifiche unilaterali delle clausole valorizzate a zero. “Essere o non essere”: è questo il problema? – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa. Il ius variandi nei contratti bancari: una figura a “due facce” alla perenne ricerca di un equilibrio.*

La modifica in corso d’opera delle condizioni contrattuali è una prassi da tempo seguita dalle banche e da sempre accolta dalla collettività con malcelato sfavore ed una certa insofferenza, quale esempio tangibile dello strapotere degli istituti di credito nei confronti della clientela.

Tale circostanza sembra potersi ricondurre a due fattori: il primo è legato all’origine dell’istituto; inizialmente previsto dalle controverse norme bancarie uniformi (N.U.B.)¹, il *ius variandi*² si configurava come un potere quasi assoluto

¹ Si vedano in particolare gli artt. 15 e 16 delle N.U.B., rispettivamente riferiti ai depositi in conto corrente, ai conti corrente in corrispondenza e agli altri rapporti bancari. Il carattere fortemente discrezionale – quasi arbitrario – delle modifiche unilaterali aveva portato parte della dottrina a dubitare della validità delle N.U.B. allora vigenti, in quanto contrastanti con il principio della bilateralità del consenso e con il principio di determinatezza del contenuto del contratto. In tal senso cfr. N. SALANITRO, *Le banche ed i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, VIII, t. 3, Torino, Utet, 1983, 55 ss.; M. PORZIO, *I contratti bancari in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. 12, t. 4, Torino, Utet, 1985, 845 ss.; M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *La nuova disciplina dell’impresa bancaria*, a cura di U. MOREIRA, A. NUZZO, Milano, 1996, II, 119; G. LA ROCCA, *Il potere delle banca di modificare unilateralmente in contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca, impr. soc.*, 1997, 66. Altri autori invece evidenziavano come le N.U.B. determinassero l’elusione della disciplina in tema di clausole vessatorie, consentendo l’introduzione di clausole svantaggiose per i clienti da approvarsi espressamente per iscritto (cfr. G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e banco giro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 94). Per un’analisi delle N.U.B. nella prassi di standardizzazione dei contratti bancari, si veda, anche con riguardo ai profili anticoncorrenziali, A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2003, 321 ss.

² Ogni autore intento a confrontarsi con tale tema non può esimersi – prima ancora di affrontarne le diverse questioni sul piano giuridico – dal prendere posizione in merito alla questione terminologica dell’articolo determinativo («il» o «lo») da anteporre alla locuzione *ius variandi*. Sulla questione, per il vero già a suo tempo affrontata da una parte della dottrina (cfr. le avvertenze dei curatori in *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, a cura di A. DOLMETTA, A. SCIARONE ALIBRANDI, Milano, Giuffrè, 2012, XVII), si ritiene – in adesione a quest’ultima – di privilegiare nello scritto la regola grammaticale che richiede l’utilizzo dell’articolo “il” rispetto all’articolo

del contraente forte³, che consentiva alla banca di modificare in ogni momento qualunque previsione del contratto, senza un preavviso, senza giustificazione alcuna, dandone comunicazione al cliente solo attraverso l'esposizione dell'avviso nei locali della banca o tramite pubblicazione sulla stampa locale⁴.

Il secondo fattore di "ostilità" che storicamente ha caratterizzato il *ius variandi* è il suo inquadramento – almeno secondo la dottrina classica – in termini di dissonanza, se non di aperto contrasto, con i principi generali del contratto, quali il principio dell'accordo (art. 1321 c.c.) e quello di efficacia del vincolo contrattuale (art. 1372 c.c.), dai quali deriverebbe come corollario il rigetto dell'idea stessa di una possibile modifica unilaterale, giudicata da un punto di vista funzionale incompatibile con la serietà del vincolo negoziale⁵.

Tali circostanze dimostrano l'iniziale inidoneità del *ius variandi* ad esprimere equilibrio ed equità tra le parti, e costituiscono una sorta di "peccato originale" dell'istituto, che ne ha condizionato l'evoluzione sia a livello legislativo, che interpretativo.

"lo"; quest'ultimo, che probabilmente rende l'espressione più gradevole sul piano fonetico, si lascia preferire invece nel linguaggio orale, che, in quanto sensibile anche ad altri aspetti della lingua (la fonetica appunto, la brevità e l'efficacia delle parole nel loro uso comune), è da sempre più indulgente a qualche deviazione dal *rigor* della disciplina grammaticale.

³ Fino alla metà degli anni '80 del secolo scorso, i rapporti tra banca e cliente erano in effetti caratterizzati da un accentuato squilibrio negoziale a vantaggio dell'intermediario, nonché da un insufficiente apparato di strumenti rimediali e di tutela delle situazioni contrattuali più fragili. Era una fase – per vero caratterizzata dalla sostanziale assenza di un regime concorrenziale tra le banche – in cui i modelli contrattuali standard, elaborati a partire dagli anni 50' dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI) nelle N.U.B., già contenevano clausole attributive del *ius variandi*. Sul punto, v. D. SARTI, *Osservazioni su norme bancarie uniformi, diritto antitrust e clausole di modifica unilaterale del rapporto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 103 ss.

⁴ Circostanza, quella della comunicazione impersonale della modifica, che vanificava anche la previsione del diritto di recesso in capo al cliente, il quale quasi sempre veniva a conoscenza della iniziativa della banca con la ricezione del primo estratto conto successivo alla modifica, oltre il termine previsto per il recesso. Tale criticità era stata peraltro rilevata dall'Autorità *antitrust*, nel parere fornito al parlamento sulla prima disciplina prevista dall'art. 118 del testo unico (cfr. AGCM provv. 26 maggio 2006, segnalazione AS338, *Disciplina dello "ius variandi" nei contratti bancari*, in *Boll.*, n. 19/2006). Più in generale, sulla formulazione originaria delle regole sul *ius variandi* si veda, fra gli altri, L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 436 ss.; D. RUFINI, *Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Digesto comm.*, Agg., Torino, 2007, 97; A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 1993, 48 ss.

⁵ Sul punto si veda P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 18 ss. La dottrina classica ha tramandato l'idea della sovranità del contratto, come tale immutabile se non attraverso il consenso delle parti, rafforzata anche dalla teoria economica del contratto per cui la serietà del vincolo incoraggia lo scambio, la cooperazione tra gli individui e soluzioni negoziali efficienti. Sul punto cfr. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di P. CENDON, II, Milano, Giuffrè, 1994, 315 ss.; G. LA ROCCA, (nt. 1), 69 ss.; R. COOTER, U. MATTEI, P. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, Bologna, Il Mulino, 2006, 132 ss.

E infatti, per un verso, l'attribuzione di un potere così incisivo alla banca – definito da un autore come «potere diseguale che nasce dalla disuguaglianza e che crea un surplus di disuguaglianza»⁶ – attraverso una regolamentazione⁷ in principio evidentemente sbilanciata a vantaggio del contraente forte, ha costretto il legislatore, in mancanza del controllo giurisdizionale⁸, ad una corsa a tratti “affannosa” per l'introduzione di condizioni e limiti alla facoltà di modifica unilaterale del contratto, al fine di contenere il rischio di abuso da parte delle banche e offrire una maggiore tutela ai clienti.

Per altro verso, la mancanza di un saldo ancoraggio dogmatico dell'istituto ha reso a lungo difficile per gli interpreti trovare un fondamento giuridico, diverso dalla mera forza della legge, in grado di giustificare in talune fattispecie la scelta del legislatore di attribuire ad una parte del rapporto – tipicamente la più forte – il potere di emendare unilateralmente l'accordo raggiunto in via consensuale⁹.

Venendo ad oggi, si può affermare che entrambe le segnalate criticità siano state superate; in un caso, dal legislatore e nell'altro, dall'evoluzione del pensiero giuridico.

⁶ Così A. M. BENEDETTI, *Il ius variandi nei contratti bancari esiste davvero? Appunti per una ricostruzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 614 s.

⁷ Sebbene con riguardo alle N.U.B. in tema di *ius variandi* non si possa parlare a rigore di atti aventi forza di legge bensì di una forma di autoregolazione, la medesima disciplina veniva inizialmente recepita dalla legge sulla trasparenza bancaria (l. n. 154/1992), per poi confluire nella versione originaria dell'art. 118 del T.U.B., con l'unica limitazione dell'approvazione in forma specifica della clausola attributiva del potere di modifica unilaterale del contratto e della pubblicazione della modifica in Gazzetta ufficiale.

⁸ Uno dei profili caratterizzanti l'istituto del *ius variandi*, oltre all'instabilità legislativa, è infatti la scarsa elaborazione giurisprudenziale, atteso che sin dal principio assai raramente i tribunali sono stati chiamati a pronunciarsi in materia [in tal senso cfr. già in passato M. BUSSOLETTI, (nt. 1), 218; e più di recente per tutti A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (nt. 2), 2]. Il dato si spiega agevolmente, considerando che la singola variazione del contratto spesso ha valore esiguo o comunque non tale da giustificare in termini economici l'avvio di un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria; circostanza che fino all'introduzione dell'Arbitro bancario e finanziario (ABF), avvenuta del 2009, ha sottratto quasi del tutto la pratica delle modifiche unilaterali dei contratti bancari ad ogni forma di controllo giurisdizionale. Sulla diffusione della “giurisprudenza” ABF avvenuta in tempi più recenti e sull'efficacia delle decisioni dell'arbitro quale strumento di controllo delle corrette prassi in ambito bancario si avrà modo di tornare più avanti (v. *infra*, § 4).

⁹ Sul punto cfr. F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.U.B.*, in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (nt. 2), 129. Per un'esauritiva ricostruzione del dibattito sul tema e delle diverse tesi sulla natura del potere di modifica unilaterale, alla luce dell'iniziale disciplina prevista dalla N.U.B. e dalla l. n. 154/1992, cfr. A. MAISANO, (nt. 4), 177 ss.

Un'altra ipotesi tipica di *ius variandi* è prevista – come è noto – all'art. 2103 c.c., che in materia di rapporto di lavoro subordinato attribuisce all'imprenditore il diritto di modificare unilateralmente le mansioni del lavoratore.

Invero, il testo dell'art. 118 del T.U.B., che costituisce la disciplina “generale” per i contratti bancari delle clausole attributive del diritto di modifica delle condizioni contrattuali in corso di rapporto, ha subito dall'introduzione del testo unico numerose modifiche – sulle quali per ragioni di economia non è possibile indugiare – volte tutte a rafforzare progressivamente la tutela dei clienti nei confronti degli istituti bancari, salvo l'ultimo intervento normativo (d.l. n. 70/2011), con il quale sono stati ripristinati taluni spazi di manovra all'autonomia delle parti¹⁰.

L'evoluzione normativa ha segnato altresì il passaggio – dovuto in buona parte all'opera di armonizzazione del legislatore europeo in taluni settori sensibili – da una disciplina che per lungo tempo è rimasta uguale per tutti i rapporti bancari, ad una regolamentazione frammentata per blocchi di fattispecie, costruiti attorno alle caratteristiche soggettive del cliente (consumatore/non consumatore, microimpresa/macro-impresa) e a quelle oggettive dei contratti (a tempo determinato/indeterminato, contratti bancari in generale, credito al consumo, servizi di pagamento), che se da un lato ha favorito un innalzamento generale del livello di tutela – seppur non sempre adeguatamente calibrato rispetto alle diverse fattispecie di riferimento – dall'altro ha posto significativi problemi di coordinamento sia tra i vari set normativi, sia rispetto a principi e regole generali¹¹.

¹⁰ Non è possibile in questa sede ripercorrere nel dettaglio i vari passaggi dell'evoluzione normativa che ha caratterizzato l'istituto in esame, cui peraltro diversi autori hanno già dedicato il loro impegno [cfr. per tutti A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, Cedam, 2012, 94 ss.; più di recente ID., *sub art. 118*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², a cura di C. COSTA, A. MIRONE, Torino, Giappichelli, 2024 (in corso di pubblicazione), §§ 1 e 2; F. SARTORI, *sub art. 118*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*⁴, diretto da F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2018, 1895 ss. Si veda anche G. RONDONO, *La modifica unilaterale dei contratti bancari: profili evolutivi e ambito applicativo*, in *Riv. dir. banc.*, 645 ss.] A talune delle diverse modifiche apportate alla disciplina del *ius variandi* si farà nondimeno mirato riferimento, solo ove necessario ai fini dell'analisi delle questioni oggetto del presente contributo. Sulla portata dell'ultimo intervento di cui al d.l. n. 70/2011, che ha introdotto il secondo comma *bis* nell'art. 118 T.U.B. sulla modificabilità del tasso debitore nei rapporti a tempo determinato con soggetti non consumatori, si veda invece A. MIRONE, *La rilevanza del tempo nella disciplina dei rapporti bancari di durata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 428 ss.; Sul nuovo comma 2-*bis* dell'art. 118 T.U.B., si veda U. MORERA, G. OLIVIERI, *La variazione dei tassi nei contratti bancari a tempo indeterminato*. in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (nt. 2), 157 ss.; C. COLOMBO, *Lo ius variandi*, in *Contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, Milano, Wolters Kluwer, 665 ss.

¹¹ A tacere della lunga ed intricata sequenza di interventi normativi che hanno portato alla composizione dell'attuale quadro disciplinare, alle regole dettate per i contratti bancari in genere previste dall'art. 118 del T.U.B. e per il credito al consumo (art. 125-*bis*) si aggiunge la disciplina sui contratti del consumatore, ora prevista all'art. 33, terzo e quarto comma del codice del consumo, e la normativa dettata dall'art. 126-*sexies* del T.U.B. in materia di servizi di pagamento, introdotta in attuazione delle direttive europee sui servizi di pagamento (rispettivamente art. 44 dir. 2007/64 CE e art 54, dir. 2015/2366/UE, c.d. PSD1 e PSD2). Per una disamina dei problemi di coordinamento tra le citate normative cfr., *ex multis*, A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARIONE, *La pluralità di normative di ius variandi nel T.U.B.: sistema e fratture*, in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI,

Dal punto di vista dell'inquadramento sistematico, invece, sembra potersi ricomporre l'ipotizzato contrasto del *ius variandi* con la teoria della sovranità del contratto e dell'uguaglianza delle parti; in primo luogo perché, a ben vedere, sono presenti e numerosi nel nostro ordinamento sia ipotesi tipiche di variazione o adeguamento unilaterale del contratto, sia casi in cui il legislatore favorisce la disuguaglianza delle parti, quando essa può servire come strumento di efficiente governo del rapporto contrattuale¹². Inoltre, sempre sul piano generale, risulta ormai piuttosto consolidata l'affermazione che determinate figure contrattuali, apparentemente derogatorie rispetto a tradizionali principi civilistici, trovino adeguata spiegazione se inquadrate nell'ambito delle attività imprenditoriali che ne costituiscono il presupposto, prediligendo quale terreno elettivo di ricerca del relativo fondamento dogmatico la teoria dell'impresa e le vicende dei contratti commerciali, più che la dimensione generale del negozio giuridico, con la necessità di adattare la disciplina del contratto a quella dell'attività e non viceversa¹³.

In secondo luogo, la prospettiva, pur diffusa in dottrina¹⁴, che ricostruisce l'istituto in chiave derogatoria ed eccezionale rispetto al principio della vincola-

(nt. 2), 60 ss.; A. MIRONE, *sub art.* 118, (nt. 10); ID., *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 410 ss.

Da ultimo occorre menzionare la nuova direttiva europea relativa ai contratti di credito ai consumatori (dir. UE 2023/2225), di recente pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'UE (che abroga la precedente dir. CE 2008/48) che prevede un nuovo capo VI interamente dedicato alle “*Modifiche del contratto di credito e modifiche del tasso debitore*”. La direttiva non è ancora in vigore nel nostro ordinamento (il termine per il suo recepimento non dovrebbe avere effetti significativi sul quadro disciplinare in tema di *ius variandi*, atteso che il rinvio all'art. 118 del T.U.B. operato dall'art. 125-bis del T.U.B. in materia di credito al consumo, comporta già l'applicazione di standard di tutela adeguati rispetto alla disciplina europea.

¹² Tra le fattispecie tipiche in cui il legislatore autorizza in qualche forma modifiche unilaterali del rapporto in corso d'opera si può menzionare il contratto di appalto (artt. 1661 e 1664), di trasporto (art. 1685), di riscatto (art. 1685), di assicurazione sulla vita (art. 1925 c.c.) e infine il già citato contratto di lavoro subordinato (art. 2203). Sul punto, per una disamina, cfr. A. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*, e A.M. BENEDETTI, (nt. 6), 615. È stato altresì evidenziato come il codice civile da una parte, e la prassi negoziale dall'altra, abbiano legittimato fenomeni, come la standardizzazione dei contratti, palesemente divergenti dal modello egualitario classico, accettando l'idea di una disparità di partenza tra le parti, sia nel procedimento di formazione dell'accordo, sia in fase di esecuzione, a fronte della quale il diritto si inserisce quale strumento di riequilibrio rispetto alla soggezione del contraente forte su quello debole, ovvero di efficienza del rapporto a fronte di circostanze endogene o esogene in grado di incidere sullo stesso [in tal senso v. L. NIVARRA, (nt. 4), 463 ss.].

¹³ Sul punto diffusamente A. MIRONE, *I contratti d'impresa a ottant'anni dal codice civile: profili ricostruttivi a partire dall'esperienza giurisprudenziale in materia di contratti bancari e finanziari*, in questa *Rivista*, 2023, 87 s., ivi anche per altri riferimenti dottrinali.

¹⁴ Cfr., A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, (nt. 11), 59 ss.; A. DOLMETTA, (nt. 8), 1 ss.; F. SARTORI, (nt. 10), 1897; F. CIVALE, *La trasparenza bancaria*, Milano, Giuffrè, 2013, 211 ss.; e in senso dubitativo, L. SICIGNANO, *Osservazioni ad ABF, Coll. coord. n. 26498/2018, in tema di modi-*

tività del consenso, inquadrando la norma all'interno della gestione delle sopravvenienze contrattuali, resta difficilmente compatibile con la concezione ormai consolidata del giustificato motivo, consistente in qualunque evento «di comprovabile effetto sul rapporto bancario»¹⁵, che sia «potenzialmente idoneo a modificare l'originario sinallagma contrattuale» e non soltanto – come si avrebbe aderendo rigidamente alla teorica delle sopravvenienze – in un evento eccezionale ed imprevedibile. Ne deriva l'opportunità di valorizzare l'istituto sul piano funzionale, più che come un eccezionale rimedio correttivo dell'originario sinallagma contrattuale, come strumento di controllo e “manutenzione” del contratto, rispetto alle possibili variazioni dell'originario equilibrio tra le prestazioni in esso dedotte¹⁶.

Tuttavia, pure a fronte del percorso evolutivo succintamente richiamato, sembra che il *ius variandi* non abbia ancora trovato un equilibrio soddisfacente; non tanto da punto di vista legislativo, laddove la relativa disciplina – fatto salvo per l'incessante processo di armonizzazione della normativa europea in continuo bisogno di aggiornamento¹⁷ – sembra essersi sedimentata¹⁸, quanto sul piano applicativo, atteso che nella prassi il *ius variandi* continua a mostrarsi a seconda dei casi come una “figura a due facce”¹⁹, ora strumento di arbitrio, ora di efficienza.

La più recente attualità mette a dura prova i provvisori gli equilibri di tale figura, fornendo l'occasione all'interprete per riflettere sull'efficacia del relativo assetto normativo sotto diversi profili, con particolare riguardo all'ambito di applicazione oggettivo delle modifiche.

A tal proposito, è stata di recente sottoposta all'attenzione dell'ABF la questione della legittimità della variazione in aumento (e quindi peggiorativa per il cliente) di condizioni economiche inizialmente valorizzate a zero, risolta da ulti-

fica unilaterale del contratto bancario e sussistenza del giustificato motivo, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 837.

¹⁵ Cfr. Ministero dello sviluppo economico, Nota del 21 febbraio 2007, *Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 10 della legge 4 agosto 2006, n. 248*. E v., Banca d'Italia, Comunicazione del 28 marzo 2017, *Modificazione unilaterale delle condizioni contrattuali*, p. 2, ove si richiede solamente che i costi siano sopravvenuti (e non anche imprevedibili).

¹⁶ In tal senso si veda già P. SCHLESINGER, (nt. 5), 18 ss.; P. SIRENA, *Il “ius variandi” della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 265 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 119 ss.; A. MIRONE, *Sistema*, (nt. 11), 409 ss.; ID., *sub art.* 118, (nt. 10), 1348.

¹⁷ Come da ultimo dimostrato dalla già citata nuova direttiva europea in materia di credito al consumo 2023/2225 (v. *supra* nt. 11).

¹⁸ L'ultima modifica dell'art. 118 del T.U.B. risale infatti al 2011, quando il d.l. n. 70, poi modificato e convertito dalla l. n. 106/2011, ha introdotto il secondo comma *bis*, riferito ai clienti non consumatori ed ai soggetti diversi dalle microimprese.

¹⁹ L'espressione nel testo è utilizzata per la prima volta da V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2011, 525.

mo dal Collegio di coordinamento in senso negativo²⁰, considerando tali modifiche alla stregua dell'introduzione di clausole nuove, e come tale estranea all'ambito di applicazione dell'art. 118 T.U.B.

Se l'obiettivo del presente lavoro, pur senza pretesa di completezza o esaustività, è quello di analizzare criticamente l'efficacia dell'assetto di regole in tema di *ius variandi* dei contratti bancari, occorre prima ancora di entrare nel merito delle questioni poste, chiarire meglio la *ratio* di tale istituto e quindi gli interessi rispetto ai quali l'efficacia di tali regole deve essere giudicata.

L'inquadramento del *ius variandi* come strumento di salvaguardia nei rapporti di durata del sinallagma contrattuale, che sottrae l'intermediario ai rischi di alterazioni sopravvenute di tale equilibrio, non coglie a pieno la funzione giuridica dell'istituto²¹, intercettandone solo taluni profili. Ed invero per una corretta disamina della materia, occorre tener ben presenti anche altri due fattori²²: i) la diversa rilevanza per le parti di un rapporto contrattuale delle micro variazioni economiche; ii) gli effetti di sistema di uno squilibrio economico minimo se considerato nel singolo rapporto ma ripetuto un numero considerevole di volte. In quest'ottica il *ius variandi*, da "mero" strumento di salvaguardia dell'efficienza del singolo rapporto contrattuale, assurge sul piano macro negoziale²³ ad importante presidio

²⁰ Cfr. ABF Coll. Coord., 3 luglio 2023, n. 6781, sulla quale si avrà modo di tornare diffusamente nel prosieguo del lavoro (v. *infra* §§ 4 e 5).

²¹ Tantomeno consente di spiegare perché la variazione unilaterale del contratto dovrebbe dipendere da un giustificato motivo, né perché tale requisito valga solo per alcuni contratti (rapporti di durata e credito al consumo) e non per altri (servizi di pagamento art. 126-*sexies*). Sul punto G. OLIVIERI, *Usi e abusi del ius variandi nei contratti bancari*, in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (nt. 2), 114 ss.; A. MIRONE, *sub art. 118*, (nt. 10).

²² Cfr. per tutti F. FERRO LUZZI, *Il giustificato motivo nello Jus variandi: primi orientamenti dell'ABF*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I,731.

²³ D'altronde, che l'istituto del *ius variandi* assolva in massima parte ad una funzione macroeconomica o di sistema appare confermato anche dal fatto che il codice civile già prevede a favore delle parti contrattuali la possibilità di evitare gli effetti sfavorevoli delle variazioni delle condizioni di mercato che superano la normale alea contrattuale (art. 1467 c.c.). La disciplina del *ius variandi* bancario assolve ad una funzione strettamente connessa alla specialità del settore creditizio ed alla natura dell'attività e degli interessi in gioco e risulta quindi più elastica sia nell'indicazione del presupposto legittimante (non è necessario – si ritiene – che la sopravvenienza sia imprevedibile), sia nella previsione del rimedio a favore del contraente che subisce la sopravvenienza (che può modificare il contratto anziché chiedere la risoluzione), proprio in ragione della proiezione su larga scala dello squilibrio del singolo contratto, che può assumere effetti economicamente insopportabili per la banca e inaccettabili per l'intero sistema. Una conferma del carattere speciale del *ius variandi* bancario rispetto agli ordinari strumenti di gestione delle sopravvenienze si ritrova nella stessa norma dell'art. 118 T.U.B., che all'ultimo comma disciplina, come è noto, le variazioni dei tassi (attivi e passivi) adottate, in previsione o in conseguenza, di decisioni di politica monetaria, così tipizzando un'ipotesi specifica di "giustificato motivo" strettamente connessa alla funzione dell'istituto di mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico sia a livello di singolo rapporto, che di sistema [cfr. per tutti P. SIRENA, (nt. 16), 281 ss.; in tal senso si veda anche ABF Roma, 23 aprile 2013, n. 2202].

di stabilità degli istituti di credito e di riflesso del sistema creditizio, contro gli effetti su larga scala della variazione degli indici economici, nel rispetto delle esigenze di apertura del mercato in chiave concorrenziale²⁴. Anzi, sembra a chi scrive che sia l'interesse alla protezione del cliente, sia quello alla tutela della concorrenza, si collochino in posizione servente rispetto al valore fondamentale della stabilità del sistema, pur dovendo tutte queste istanze coesistere in una forma adeguata di equilibrio.

D'altronde, come è stato osservato in passato, «le disposizioni in tema di *ius variandi* della banca rappresentano il crocevia della disciplina dell'impresa, del mercato e del contratto, in cui si contemperano esigenze ed interessi disomogenei, che si aggregano attorno al valore della stabilità»²⁵.

Tale assunto si ritiene debba valere quale premessa irrinunciabile e allo stesso tempo punto di osservazione di qualunque disamina sul tema, sia per la corretta comprensione dei problemi che, a maggior ragione, nella prospettazione di possibili soluzioni.

2. La “procedimentalizzazione” delle modifiche unilaterali del contratto.

Come si accennava poc'anzi, l'iniziale “sbilanciamento” nella disciplina del *ius variandi* nei contratti bancari ha trovato risposta in una lunga serie di interventi normativi, taluni di carattere generale, altri riferiti a determinate tipologie di contratto (servizi di pagamento, credito al consumo) o di soggetti (consumatore, micro/macro-impresa), che hanno portato all'introduzione di presidi e rimedi a tutela del corretto esercizio del potere di modifica unilaterale del contratto da parte delle banche.

Il quadro disciplinare, seppur composito, può essere così riassunto.

Il regime generale previsto dal testo unico (art. 118) prevede per i contratti a tempo indeterminato che il *ius variandi* sia previsto da una clausola approvata specificamente, e ne condiziona l'esercizio alla sussistenza di un giustificato motivo ed alla comunicazione personale al cliente, con un preavviso di almeno due mesi, da eseguirsi secondo le modalità previste dal secondo comma della norma, concedendo al cliente, per sottrarsi alla modifica, lo strumento del recesso gratuito dal contratto.

²⁴ Tale funzione è espressa dallo strumento del recesso, con cui il cliente può reagire alla proposta di modifica unilaterale del contratto, alla ricerca sul mercato di migliori condizioni economiche per quel determinato servizio bancario. Non solo, è stato ipotizzato che le differenze, a tratti significative, tra la disciplina del *ius variandi* nei diversi settori di riferimento risentono del diverso grado di apertura di ciascun mercato alla concorrenza, delle asimmetrie informative che in esso caratterizzano le scelte del cliente, nonché del rischio sistemico al quale gli intermediari sono esposti [così G. OLIVIERI, (nt. 21), 118].

²⁵ Così, P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, Cedam, 1999, 412.

Per i contratti a termine la disciplina si differenzia sul piano soggettivo, atteso che nei rapporti con consumatore o microimprese le modifiche unilaterali possono riguardare solo clausole diverse dal tasso di interessi, sempre nel rispetto delle condizioni sopracitate²⁶, mentre nei rapporti con le macro imprese o soggetti diversi dai consumatori, per modificare unilateralmente i tassi di interesse, non basta un qualunque giustificato motivo ma occorre la previa individuazione in contratto di «specifici eventi e condizioni» (art. 118, secondo comma *bis*). L'evoluzione nel tempo di tale disciplina, sin dall'intervento del 2006²⁷, ha consentito di superare, uniformandole alla norma “fondamentale” del testo unico, sia le regole speciali contenute nel codice del consumo (art. 33, terzo e quarto comma), rispetto alle quali l'art. 118 prevede infatti una disciplina più completa e vantaggiosa per il cliente²⁸, sia la disciplina di matrice europea in materia di credito al consumatore, stante il rinvio espresso che l'art. 125-*bis*, secondo comma del testo unico opera ancora una volta nei confronti dell'art. 118²⁹.

²⁶ In tal senso, per tutti, A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, (nt. 11), 67.

²⁷ La novella del d.l. n. 223/2006 costituisce probabilmente il più significativo tra gli interventi normativi che hanno riguardato la disciplina del *ius variandi*, determinando un deciso accrescimento del livello di tutela generale, attraverso: i) l'estensione del giustificato motivo, fino ad allora limitato ai rapporti con il consumatore, quale condizione generale per l'esercizio del *ius variandi* in tutti i rapporti bancari e finanziari; ii) la formalizzazione della comunicazione personale di ogni modifica al cliente; iii) la previsione di un preavviso minimo di trenta giorni, tramite la comunicazione di cui sopra (termine poi elevato a sessanta giorni dal d.lgs. n. 141/2010 che lo ha uniformato a quello per il recesso); iv) l'introduzione del diritto di recesso gratuito del cliente entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione

²⁸ L'art. 33, terzo e quarto comma, c. cons., tuttora in vigore, prevede per i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari: *i*) la possibilità di modificare le «condizioni di contratto», nei soli rapporti a tempo indeterminato, in caso di giustificato motivo, con l'obbligo di dare congruo preavviso al cliente e conseguente diritto di recesso di quest'ultimo (art. 33, terzo comma); *ii*) la necessità del solo giustificato motivo – anche senza preavviso – per le modifiche del «tasso di interesse» e di «qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti», in tutti i contratti, anche a tempo determinato (art. 33, quarto comma). In proposito, la dottrina maggioritaria suggerisce l'applicazione del regime più favorevole previsto dall'art. 118 T.U.B., in ragione del canone di maggior tutela del consumatore e in coerenza con il testo della direttiva (dir. CEE1993/13), che consentiva agli Stati membri di adottare e mantenere disposizioni più severe, per garantire un livello di protezione più elevato: cfr. sul punto A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, (nt. 11), 67; L. NIVARRA, (nt. 4), 328; S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del c.d. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contr.*, 2011, 193; in giurisprudenza si veda App. Roma, 24 settembre 2022, in *Corr. giur.*, 2003, 470 ss.

²⁹ In materia di credito al consumo, infatti, il nuovo testo dell'art. 125-*bis*, introdotto dal d.lgs. n. 141/2010, prevede un rinvio integrale all'art. 118, la cui disciplina si estende quindi anche a tale settore, risultando peraltro più severa di quella prevista a livello europeo. L'unica eccezione è rappresentata dalla norma che sia nella vecchia direttiva [artt. 5, primo comma, lett. *f*], e 10, quinto comma, lett. *e*], che nella nuova (cfr. art. 21, primo comma, lett. *f*, dir. UE 2023/2225) prevede che, sia in sede di informativa precontrattuale, sia in sede di contenuto del contratto, risulti l'indicazione delle «condizioni» di modifica del tasso debitorio, che è stata interpretata restrittivamente dal legislatore.

Il quadro normativo in materia di *ius variandi* si completa con la disciplina sui servizi di pagamento, di cui all'art. 126-*sexies* T.U.B., dettata in aderenza all'art. 44 della direttiva 2007/64/CE (in seguito anche PSD; e oggi dell'art. 54, dir. 2015/2366/UE, c.d. PSD2), che appare radicalmente diversa e per certi versi distonica³⁰ rispetto a quella dell'art. 118; e infatti, in primo luogo, la norma non richiede l'approvazione in forma specifica della clausola da parte cliente, ma solo la previsione in contratto del *ius variandi*³¹; inoltre, la modifica del contratto, fatto salvo per i contratti con i consumatori, – considerato che il disposto dell'art. 33, commi terzo e quarto è applicabile anche ai servizi di pagamento (art. 126-*sexies*, quarto comma *bis*) – non è subordinata alla presenza di un giustificato motivo da parte dell'intermediario e deve essere comunicata al cliente, con almeno due mesi di anticipo, con modalità stabilite in via regolamentare dalla Banca d'Italia (art. 126-*sexies*, primo comma). Infine, la modifica si ritiene accettata dal cliente, a meno che questi non comunichi «che non intende accettarla», configurandosi così per i servizi di pagamento un diritto al rifiuto³², che consente il man-

re interno e dalla Banca d'Italia, i quali si sono limitati a prevedere che i contratti debbano indicare solamente le «condizioni temporali e le modalità» (e cioè, presumibilmente, i termini per la comunicazione e l'efficacia) della modifica [sul punto cfr. A. MIRONE, *La trasparenza*, (nt. 10), 103 s].

³⁰ Un primo elemento di discontinuità si ravvisa già nell'inquadramento cui la stessa figura soggiace nei due diversi settori disciplinari dei contratti bancari in generale (art. 118) e dei servizi di pagamento (art. 126-*sexies*); sembra infatti preferibile la tesi che qualifica il *ius variandi* previsto dall'art. 118 T.U.F. come vero e proprio diritto potestativo, in linea con la centralità che tale potere riveste per la banca nell'ambito dei servizi connessi al settore dell'intermediazione creditizia ed alle conseguenti esigenze di stabilità del sistema bancario [cfr. P. SIRENA, (nt. 16), 262 ss.; F. SARTORI, (nt. 10), 1895, G. LIACE, *sub art. 118*, in *Commentario breve al testo unico bancario*, a cura di R. COSTI e F. VELLA, Padova, Cedam, 2019, 734; A. SCARPELLO, *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contr. impr.*, 2012, 236 ss.; da ultimo si veda A. MIRONE, (nt. 13), 97; ID., *sub art. 118*, (nt. 10), 1351]; nella figura dell'art. 126-*sexies* si riconosce invece una forma di modica consensuale del contratto, laddove il mancato rifiuto della proposta da parte del cliente configurerebbe una forma di consenso tacito [in tal senso si veda S. PAGLIANTINI, (nt. 28), 196; V. PROFETA, *sub art. 126-*sexies**, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. MANCINI *et al.*, Torino, Giappichelli, 2011, 559; A. MIRONE, *sub art. 118*, (nt. 10), 1353]. Una parte minoritaria della dottrina tende invece a ricostruire in modo unitario l'istituto – nonostante le significative differenze tra le due norme – in termini di «procedimento “occulto” di formazione dell'accordo» sulla (proposta di) modifica del regolamento contrattuale formulata al cliente [così, in particolare, A.M. BENEDETTI, (nt. 6), 613; G. SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della legge n. 248 del 2006*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 258 ss.].

³¹ Ma nel senso che la lacuna sarebbe colmabile applicando analogicamente l'art. 1341, secondo comma, c.c., A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, (nt. 11), 71 s.

³² In tal senso cfr. S. PAGLIANTINI, (nt. 28), 196; M. ONZA, *La trasparenza nei servizi di pagamento in Italia (un itinerario conoscitivo)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, 612-613; A. MIRONE, *La rilevanza*, (nt. 10), 442 s.; ID., *sub art. 118*, (nt. 10), 1352, il quale evidenzia che l'unico argomento rimasto a sostegno della tesi che vede il recesso come unica possibilità per evitare la modifica sarebbe costituito dalla mancata specificazione nella norma delle modalità con cui la non accettazione deve essere comunicata alla banca. Si tratta tuttavia di una lacuna che può essere agevolmente

tenimento dello *status quo ante*, quale rimedio ulteriore rispetto al solo recesso previsto dall'art. 118.

Dal quadro sopra descritto emerge chiaramente un'attenzione del legislatore alla tutela dell'affidamento e della fiducia del cliente sulle condizioni pattuite, sia in fase precontrattuale, che in corso di rapporto, che va ben oltre la dimensione di partenza della tutela del consumatore – dove ad esempio la previsione del giustificato motivo trova fondamento³³ – determinando, almeno sulla carta, un innalzamento del livello minimo di protezione del cliente, graduato, attraverso i vari set di norme, con maggiore o minore intensità in base al diverso campo di applicazione.

Diverse sono le “difese” poste a tutela del cliente (approvazione della clausola per iscritto, comunicazione personale e formalizzata al cliente della modifica, preavviso minimo di due mesi, giustificato motivo, diritto di recesso dal contratto o di rifiuto della modifica) attraverso le quali il potere di modifica unilaterale del contratto è stato via via “procedimentalizzato”, al fine di favorirne un esercizio più oculato e trasparente. Si tratta invero di una strategia apprezzabile nelle intenzioni che peraltro assegna al nostro legislatore il primato in termini di rigidità della disciplina in materia di modifiche unilaterali dei contratti bancari.

Sul piano comparatistico – cui non è mai superfluo volgere l'attenzione – in materia di *ius variandi* possono distinguersi due scelte di politica legislativa: un approccio che potremmo definire “unitario”, consistente nell'introduzione di una regolamentazione applicabile ad ogni tipo di rapporto bancario³⁴, adottato, tra gli

superata, presumendo che la comunicazione del rifiuto debba essere eseguita nella medesima forma della modifica, trattandosi anche in tal caso di un atto recettizio (sul punto si veda anche *infra* nt. 66). Diversamente, A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, (nt. 11), 69, secondo i quali in caso di mancata accettazione, l'unico strumento a disposizione del cliente sarebbe il recesso, riconoscendo così anche nel procedimento di cui all'art. 126-*sexies* l'esercizio di un diritto potestativo da parte della banca.

³³ L'introduzione del giustificato motivo, quale condizione di efficacia delle modifiche unilaterali del contratto, si deve alla l. 6 febbraio 1996, n. 52, di attuazione della direttiva CE sui contratti con i consumatori, che prevedeva una disciplina migliorativa, differenziando così il regime del *ius variandi* rispetto ai contratti con la clientela “professionale” (cfr. l'art. 1469-*bis*, terzo e quarto comma – oggi trasfuso nell'art. 33, terzo e quarto comma, c. cons.) in ragione del fatto che il consumatore non fosse in grado di percepire, per lo meno con la dovuta tempestività, le variazioni apportate dall'intermediario.

³⁴ Ferma la disciplina speciale sulle clausole abusive nei rapporti con il consumatore, che si ritrova in tutti gli ordinamenti degli stati membri in applicazione della normativa europea, solo nel sistema spagnolo e in quello italiano si riscontrano regole generali in materia di modifiche unilaterali valide per tutti i contratti bancari. Peraltro, nell'ordinamento spagnolo alla disciplina del *ius variandi* non è dedicata una norma *ad hoc* – al pari degli artt. 118 e 126-*sexies* del T.U.B. – ma questa è prevista nelle disposizioni generali in materia di trasparenza bancaria ed in particolare nelle regole sul contenuto del contratto, che tra le altre informazioni deve indicare anche i diritti che spettano alle parti con riguardo alle modificazioni unilaterali del contratto ed il procedimento per apportarle [cfr. norma sesta, *apartado* 6, lett. d) della *Circular del Banco de España n.º 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela*]. Anche la collocazione

ordinamenti esaminati, dal legislatore italiano e spagnolo; e un approccio “per prodotto”, che, in mancanza di una disciplina generale, si esprime nella previsione di regole differenziate solo per taluni contratti (di deposito o di pagamento) e che si riscontra nell’esperienza francese e nei principali sistemi di *common law* (Regno Unito e Stati Uniti)³⁵.

sistemica della norma, oltre che – come si avrà modo di vedere – le regole previste per l’esercizio del *ius variandi*, conferma la sensazione generale della minore centralità che tale istituto assume nel sistema della trasparenza bancaria negli ordinamenti diversi da quello italiano.

³⁵ Nell’ordinamento francese la disciplina sui contratti bancari è contenuta nel *Code monétaire et financier*, che prevede regole sulle modifiche unilaterali solo per il contratto di conto corrente (artt. 312-1-1-) e per i servizi di pagamento (artt. 314-12). In posizione peculiare si colloca la Germania (riferimenti), ove manca una disciplina specifica del *ius variandi* nei contratti bancari e per modificare il contenuto di un rapporto contrattuale a lungo termine, in linea di principio è necessario un accordo consensuale tra le parti (cfr. § 311, primo comma, BGB). Nei rapporti bancari, tuttavia, si è consolidata la prassi di consentire la modifica delle condizioni generali di contratto, *Allgemeinen Geschäftsbedingungen-Banken* (AGB) tramite silenzio assenso del consumatore rispetto ad una proposta di modifica da parte della banca, con un meccanismo di fatto simile a quello delle modifiche unilaterali *tout court*. In argomento si veda C. KROPF, in: S. KÜMPEL, P.O. MÜLBERT, A. FRÜH, T. SEYFRIED, *Bankrecht und Kapitalmarktrecht*, Auflage 6, 2022, Ototoschmidt, Rn. 3, 208; J. BASEDOW, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage, 2019, § 305 BGB Rn. 88. Per un approfondimento sulle condizioni generali dei contratti bancari (AGB) si veda invece N. HORN, *Die AGB-Banken als Grundlage des Bankprivatrechts*, De Gruyter, Köln, 1993; da ultimo cfr. H.J. BUNTE, K. ZAHRT, *AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen. Kommentar*, Auflage 6, 2023, Beck ed., 36 ss.

Per una panoramica sugli altri sistemi europei, D. BUSCH, M. LEHMANN, *Unfair terms in banking and financial contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2023, *passim*. Gli ordinamenti di *common law* adottano un approccio decisamente più *soft* alla materia, sia in termini di regolamentazione delle condizioni per l’esercizio del diritto, sia in termini di rimedi contro gli eventuali abusi, quasi sempre circoscritti al piano risarcitorio. Nel Regno Unito, la disciplina generale per i contratti con i consumatori è contenuta nel *Consumer Rights Act* (2015) – che ha sostituito la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCRs 1999) – e che prevede talune condizioni per le modifiche unilaterali dei contratti finanziari, per lo più limitate all’obbligo di comunicazione (anche impersonale) e al diritto di *exit* dal rapporto. Regole speciali sono invece previste dalla legislazione secondaria della *Financial conduct authority* (FCA) per taluni tipi di contratti, ed in particolare per i mutui ipotecari (cfr. *Mortgages and Home Finance: Conduct of Business sourcebook* MCOB, par. 7.6.1), per i contratti di finanziamento e il credito al consumo (cfr. *Consumer Credit Sourcebook* CONC 6.7.14). Infine negli Stati Uniti, a livello federale non vi è una disciplina uniforme e cogente in materia di modifiche unilaterali del contratto, bensì, solo con riguardo ai rapporti con i consumatori, è stato introdotto un testo normativo cui gli Stati possono aderire su base volontaria (*Uniform Consumer Credit Code*) – approvato dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* nel 1968 – oggi recepito solo da undici degli Stati membri, che ammette ogni variazione del contratto, a condizione che, ove questa riguardi i costi o il tasso di interesse, ne venga data comunicazione in anticipo al cliente [cfr. 15 U.S.C. § 1601(a)]. Per il resto la materia del *ius variandi* è lasciata alla libera regolamentazione degli Stati Membri, dove comunque il dibattito si è concentrato più sulla modifica di clausole arbitrali (*arbitration clause* o *litigation waiver*), che sulla variazione dei costi del contratto, che risulta essere pratica largamente diffusa ed accettata. Solo nel 2009, il Presidente B. Obama ha firmato il *Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act*, che, solo con riguardo alle carte di credito ed ai servizi di pagamento, obbliga gli intermediari a dare notifica di ogni “*significant change*” del contratto con almeno quarantacinque giorni di preavviso. Va tuttavia

Con riguardo al fondamento giuridico, nessuno degli ordinamenti esaminati sembrerebbe attribuire *ex lege* all'intermediario il diritto di modificare unilateralmente il contratto, con la conseguente necessità che tale diritto sia riconosciuto da un'apposita previsione negoziale. Si distinguono al riguardo gli ordinamenti che esigono chiaramente che una clausola di *ius variandi* sia stata inserita in contratto (Italia e Germania)³⁶ dai sistemi in cui tale necessità si deduce da alcuni indici normativi sul contenuto degli obblighi di informazione precontrattuale³⁷ (Francia,

precisato che il *CARD Act* ha un ambito applicativo più esteso rispetto a quanto farebbe pensare il titolo, estendendosi a tutta l'area del credito al consumo (sia rateale che rotativo), che normalmente viene emesso attraverso carte di credito.

³⁶ Anche dalla collocazione sistematica della fattispecie sembra potersi trarre qualche rilevante indicazione in ordine alla natura del *ius variandi* nei diversi ordinamenti, atteso che nei paesi (come l'Italia e la Germania) con una consolidata tradizione dogmatica sulla categoria del negozio giuridico l'istituto sembra configurarsi come un'eccezione al principio di vincolatività del contratto e pertanto viene regolato o in una norma autonoma, attraverso una capillare regolamentazione di tale potere – quasi a volerne evidenziare, nelle intenzioni del legislatore, il carattere di eccezionalità (artt. 118 e 126-*sexies* del T.U.B.) – ovvero circoscrivendo il suo ambito di applicazione ai soli settori (contratti con il consumatore, credito al consumo e servizi di pagamento) previsti dalla disciplina comunitaria, come si riscontra infatti nell'esperienza tedesca. In effetti nell'ordinamento tedesco, come si accennava poc'anzi (v. *supra* nt. 35), le AGB delle banche attribuiscono all'intermediario il potere di modifica del contratto in conformità al principio consensualistico (cfr. §1, secondo comma delle *AGB-Banken* e specificamente per la variazione dei costi e delle tariffe dei servizi bancari § 12, comma quinto delle stesse *AGB-Banken*), prevedendo un meccanismo non dissimile da quello del nostro art. 118 T.U.B., ancorché inquadrato dalla dottrina quasi unanime come modifica bilaterale [cfr. H.J. BUNTE, K. Zahrte, (nt. 35), 36 C. Kropf, (nt. 35), 208 ss.; M. TONNER, T. KRÜGER, *Bankrecht*, Auflage 3, 2020, § 5, 2]. Recentemente, con la sentenza del 27 aprile 2021, la Corte Federale di Giustizia tedesca (BGH) ha stabilito che le clausole che nei contratti bancari presumono dal silenzio/mancato rifiuto il consenso del cliente a modifiche delle condizioni generali di contratto (AGB) sono inefficaci nei rapporti con i consumatori, ai sensi dell'art. 307, primo comma, primo inciso e, secondo comma, n. 1 del BGB. Nella sentenza la Corte tedesca afferma che il paragrafo 1, secondo comma, delle AGB si discosta dai principi fondamentali di cui al § 305, secondo comma, e al § 311, primo comma, ed ai §§ 145 ss. del BGB, poiché qualifica il silenzio del cliente come accettazione di una proposta di modifica contrattuale, secondo un meccanismo che svantaggia in modo sproporzionato i clienti ai sensi dell'art. 307, primo comma, frase 1, secondo comma, n. 1 del BGB. Per un commento di tale importante provvedimento, che di fatto modifica l'inquadramento sistematico del *ius variandi* dopo più di sessant'anni di prassi consolidata, cfr. T. LANGNER, *Die Entscheidung des BGH zum AGB-Änderungsmechanismus – eine kritische Würdigung*, in *WM* 2021, 1869 ss.

³⁷ In altri ordinamenti, il potere di modifica unilaterale del contratto trova spazio di disciplina nelle regole sulla trasparenza bancaria ed in particolare nell'indicazione del contenuto del contratto, restituendo l'idea che il *ius variandi* sia avvertito come una fattispecie del tutto fisiologica del rapporto contrattuale tra intermediario e cliente rispetto agli equilibri di sistema, che non richiede l'applicazione generalizzata di un particolare livello di tutela, che infatti in tali ordinamenti viene innalzato solo a favore di determinate categorie di soggetti. Si veda ad esempio, per l'ordinamento spagnolo la norma sexta, apartado 6, lett. d) della *Circular del Banco de España n.º 8/1990, de 7 de septiembre*, che testualmente recita: «Los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos: (...)

Spagna) ovvero, nei sistemi di *common law*, dalle decisioni delle corti, ove la legittimità della modifica unilaterale si fonda per lo più sul giudizio di “*fairness*” della relativa clausola³⁸.

Con riferimento alle modalità di comunicazione della modifica, risulta prevalente la scelta di ammettere esclusivamente forme di comunicazione preventiva individuale, da effettuarsi per iscritto o mediante altro supporto durevole³⁹; solo il nostro legislatore richiede, inoltre, un particolare livello di formalizzazione della stessa⁴⁰, con l’obiettivo vagamente “paternalistico” di utilizzare ogni mezzo a disposizione, per richiamare l’attenzione del cliente sull’importanza dell’oggetto della comunicazione. Fa eccezione il legislatore spagnolo, il quale consente che la modifica sia comunicata mediante pubblicazione su un giornale, se ciò è previsto

d) *Los derechos que contractualmente correspondan a las partes, en orden a la modificación del interés pactado o de las comisiones o gastos repercutibles aplicados y el procedimiento a que deban ajustarse tales modificaciones, que, en todo caso, deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación, y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación*». Lo stesso ordinamento prevede poi regole più stringenti in materia di contratti con il consumatore (cfr. *Disposición adicional primera* alla *Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*).

³⁸ Cfr. sul punto, per il Regno Unito, le linee guida emesse dalla *Financial Conduct Authority*, su *Fairness of variation terms in financial services consumer contracts under the Consumer Rights Act 2015*, 11 ss., ove anche relativi riferimenti al *case law*. Per l’ordinamento statunitense, si veda invece in dottrina P. ALCES, *They Can Do What!/? Limitations on the Use of Change-of-Terms Clauses*, in *Georgia State University Law Review*, 2012, 29 ss.

³⁹ In tal senso dispongono le norme dell’ordinamento francese (cfr. artt. 312-1-1- e 314-13 del *Code monétaire et financier*), e, limitatamente ai contratti con i consumatori, anche quelle dell’ordinamento tedesco e britannico.

⁴⁰ Ci si riferisce alla formula sacramentale “proposta di modifica unilaterale del contratto” con la quale gli intermediari sono tenuti a segnalare la comunicazione ai sensi del secondo comma dell’art. 118 T.U.B., che nell’idea del legislatore dovrebbe richiamare l’attenzione del cliente, sia sull’oggetto della comunicazione, perché questa sia immediatamente distinguibile da altre comunicazioni periodiche della banca (quali estratti conto, comunicazioni promozionali ecc.), sia sul fatto che la modifica non è ancora operativa al momento della comunicazione (come si dovrebbe evincere dall’uso del termine proposta) e che quindi il cliente vi si può sottrarre esercitando il recesso. Non convince invece la tesi che valorizza l’argomento letterale – l’utilizzo appunto del termine “proposta” nella formula della comunicazione e l’inciso per cui “la modifica si intende approvata”, di cui al secondo comma, penultimo inciso dell’art. 118 – per ricondurre la fattispecie di cui all’art. 118 alle modifiche consensuali del contratto, considerando il mancato recesso come consenso tacito alla variazione [in tal senso cfr. G. SANTONI, (nt. 30), 258 ss., A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto* («jus variandi»), in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 412 ss.]. Più di recente tale posizione è stata ripresa da A.M. BENEDETTI, (nt. 6), 613 ss., che ricostruisce l’istituto in termini di «procedimento “occulto” di formazione dell’accordo sulla (proposta di) modifica del regolamento contrattuale formulata al proprio cliente». Per la tesi ormai maggioritaria che configura il *ius variandi* come vero e proprio diritto potestativo cfr. A. MIRONE, *La trasparenza*, (nt. 10), 106 s.; ID., *Le fonti del diritto bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 302; ID., *Sub. art. 118*, (nt. 10), 1351 ss.; P. SIRENA, (nt. 16), 262 ss.; F. SARTORI, (nt. 9), 1895; G. LIACE, (nt. 30), 734. Si veda anche, ABF Milano, n. 98/2919; ABF Milano, n. 1298/2010.

dal contratto⁴¹, mentre negli ordinamenti di *common law*, pur mancando una regolamentazione specifica delle modalità di comunicazione della variazione, tale profilo viene valutato con una certa severità nei giudizi intentati collettivamente dai clienti, portando gli intermediari a modificare nel tempo le proprie prassi informative verso comunicazioni di carattere personale⁴².

Non si riscontrano invece differenze significative tra i vari ordinamenti né con riguardo al termine di preavviso che deve essere offerto al cliente prima che la modifica sia efficace⁴³, né con riguardo alle tecniche di reazione tra le quali si

⁴¹ Cfr. la norma sesta, *apartado* 8 della citata Circolare del Banco di Spagna, che ammette che la comunicazione personale al cliente di cui alla lett. d) dell'*apartado* 6 possa essere sostituita dalla pubblicazione su un giornale, se ciò è previsto dal contratto, che in tal caso dovrà altresì indicare il giornale sul quale verranno pubblicate le comunicazioni relative alle modifiche unilaterali.

⁴² Negli Stati Uniti la normativa generale sui contratti con i consumatori (*Uniform consumer credit code*) si limitava a richiedere che la comunicazione al cliente della modifica avvenisse in forma scritta. Tale regola, anche per la sua genericità, era stata abusata dagli intermediari, i quali, nel rispetto del requisito delle forma "scritta", ricorrevano spesso a forme di comunicazione impersonali (tramite pubblicazione sul sito della compagnia, o su giornali), oppure dissimulavano la proposta di modifica unilaterale del contratto, confondendola insieme a numerose altre comunicazioni periodiche (come estratti conto, messaggi pubblicitari, ecc.) c.d. *bill stuffer*, portando le corti degli Stati membri a correggere tali prassi, ora dichiarando invalide le clausole sul *ius variandi*, ora giudicando "*unenforceable*" quelle modifiche unilaterali comunicate in modo tale da rendere improbabile l'effettiva informazione da parte del cliente, ovvero da ostacolare la agevole comprensione dell'oggetto della comunicazione (cfr. *Spann v. American Express Travel Related Services Co.*, 224 S.W.3d 698, Tenn. Ct. App. 2006; *Marsh v. First USA Bank*, 103 F. Supp. 2d 909, N.D. Tex. 2000; *DirecTV, Inc. v. Mattingly*, 829 A.2d 626, Md. 2003). Tale orientamento è stato poi recepito a livello legislativo dalla disciplina speciale sugli strumenti di pagamento dettata dal *Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act*, del 2009 che alla *Section* 101, par. 3 prevede espressamente «*Each notice required by paragraph (1) or (2) shall be made in a clear and conspicuous manner, and shall contain a brief statement of the right of the obligor to cancel the account pursuant to rules established by the Board before the effective date of the subject rate increase or other change*». Sul punto, in dottrina, si veda S.I. BECHER, U. BENOLIEL, *Sneak in contracts*, in *Georgia L. Rev.*, 2020, 688 ss.

Analogamente, anche nel Regno Unito né le regole generali sulla trasparenza nei rapporti con i consumatori (Schedule 2 paragraph 22, *Consumer Rights Act*), né quelle speciali previste per le modifiche unilaterali nei mutui ipotecari (art. 7.6.1 *MCOB Mortgages and Home Finance: Conduct of Business sourcebook*) o sugli strumenti di pagamento (art. 6.7. *Consumer credit sourcebook*), prevedono alcunché circa le modalità di comunicazione delle variazioni decise dall'intermediario. Sulla correttezza e la trasparenza delle modalità di comunicazione alla clientela delle modifiche del contratto vigilano *ex post* le corti, chiamate a valutare attraverso una serie di elementi la correttezza (*fairness*) della relativa clausola (c.d. *Fairness and transparency test*), costituendo, anche alla luce degli ingenti risarcimenti comminati in caso di violazione, un forte incentivo verso prassi virtuose da parte delle banche.

⁴³ In tutti gli ordinamenti esaminati, le regole sul *ius variandi* richiedono che il cliente sia informato con preavviso della modifica, talvolta indicando un termine minimo determinato che va da trenta giorni (v. in Francia art. 224-33 *Code de la consommation*) a due mesi (v. nel Regno Unito, la regola 6.7.14 del *Consumer Credit Sourcebook* CONC), talvolta limitandosi a prevedere che il termine di preavviso sia congruo o *reasonable* (cfr. nell'ordinamento spagnolo la norma sesta, *aparta-*

privilegia, specie nei contratti con la clientela non professionale, il diritto di recesso, mentre trova applicazione residuale, solo in taluni ordinamenti, la possibilità di rifiutare la modifica mantenendo in vita il contratto⁴⁴.

Le condizioni fin qui esaminate, che compongono nei vari sistemi, pur con le rilevate differenze, il complesso procedimento in cui si articola l'esercizio del *ius variandi*, appaiono tutte reciprocamente collegate e funzionalmente rivolte alla corretta informazione del cliente: così l'approvazione – ove richiesta – della clausola in forma specifica costituisce il presupposto cui si collegano in funzione attuativa le singole operazioni di modifica; la comunicazione personale serve a garantire – *rectius* a favorire – l'effettiva conoscenza da parte del cliente della variazione; il termine di preavviso risulta strettamente connesso agli strumenti di reazione concessi, fornendo al cliente il tempo necessario per valutare l'opportunità di recedere o – quando possibile – di rifiutare la proposta⁴⁵.

do 6, lett. d) della *Circular del Banco de España n.° 8/1990*, o nel Regno Unito la regola speciale 7.6.1. del *Mortgages and Home Finance: Conduct of Business sourcebook* sui mutui ipotecari). Si segnala altresì che in alcuni casi la regola sul termine di preavviso manca di collegamento funzionale con il diritto di recesso concesso al cliente, per il quale è previsto un termine diverso (cfr. artt. 224-33 del codice del consumo francese, che prevede per i contratti finanziari che la comunicazione della modifica debba avvenire con un mese di anticipo rispetto alla sua entrata in vigore, lasciando invece un termine di quattro mesi dalla notifica per l'esercizio del diritto di recesso). La medesima criticità si riscontrava inizialmente anche nell'ordinamento italiano, laddove l'art. 118 del testo unico, dopo l'intervento di riforma del 2006, prevedeva un preavviso di 30 giorni e un termine di sessanta per l'esercizio del diritto di recesso del cliente, ponendo la questione in dottrina dell'individuazione del momento di entrata in vigore delle modifiche [cfr. con varietà di soluzioni G. SANTONI, (nt. 30), 259 s; U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 169; P. SIRENA, (nt. 16), 262; A. MIRONE, *Le fonti*, (nt. 40), 303]. La questione è stata poi risolta con il d.lgs. n. 141/2010, che ha equiparato il termine di preavviso e quello per l'esercizio del recesso, fissandolo per entrambi in almeno due mesi.

⁴⁴ In particolare in Francia, mancando un regime generale sul *ius variandi* dei contratti bancari, le regole sul contratto di conto corrente e sui servizi di pagamento, analogamente al nostro art. 126-*sexies* T.U.B., riconoscono al cliente, in aggiunta al recesso, la possibilità di rifiutare la modifica, mantenendo in vita il contratto alle condizioni in precedenza vigenti (cfr. art. 312-1-1-*Code monétaire et financier*). La norma francese – che trova anch'essa la sua fonte nell'art. 54, par. 1, 2° co, della direttiva 2015/2366 (UE) (c.d. PSD2) – diversamente dall'omologa italiana (v. *supra*, § 2, 937 e nt. 32), non ha destato particolari dubbi interpretativi, probabilmente per una maggiore chiarezza espositiva, laddove l'utilizzo dell'avverbio "*également*" (altresi) – che invece manca nel testo dell'art. 126-*sexies*, secondo comma – esprime chiaramente il carattere alternativo del recesso rispetto al semplice rifiuto della modifica, quale rimedio ulteriore a favore del cliente, che è libero di scegliere l'opzione più congeniale. Per maggiore chiarezza si riporta per esteso la norma sopra citata «(...) *Selon les modalités prévues dans la convention de compte de dépôt, l'établissement de crédit informe le client qu'il est réputé avoir accepté la modification s'il ne lui a pas notifié, avant la date d'entrée en vigueur proposée de cette modification, qu'il ne l'acceptait pas; dans ce cas, l'établissement de crédit précise également que, si le client refuse la modification proposée, il peut résilier la convention de compte de dépôt sans frais, avant la date d'entrée en vigueur proposée de la modification*».

⁴⁵ Tale valutazione sembra tuttavia articolarsi in modo parzialmente diverso, a seconda che il rimedio concesso dalla legge sia quello del recesso o del rifiuto. Dal punto di vista del cliente, il ri-

In definitiva, la strategia perseguita in tutti i sistemi al fine di contenere il rischio di abusi del *ius variandi*, in assenza di forme di controllo preventivo sull'operato delle banche⁴⁶, sembra fondarsi innanzitutto sulla corretta informazione del cliente, con l'obiettivo tendenziale di responsabilizzare quest'ultimo in una duplice direzione: sia, in caso di corretto esercizio del potere di modifica, affinché si attivi per comprendere la portata della variazione proposta e valuti se "accettarla", sia, nel caso di uso illegittimo di tale prerogativa, affinché contesti la violazione dinanzi agli organismi e/o alle autorità preposte.

Non a caso, infatti, tutte le condizioni fin qui esaminate hanno come destinatario dal punto di vista funzionale il cliente; sebbene si tratti di vincoli che gravano

fiuto richiede soltanto che egli abbia contezza della modifica proposta, ovvero, considerando le modalità di comunicazione personalizzata, che non la ignori. Una volta appreso che si tratta di una modifica peggiorativa, sarà sufficiente, per mantenere lo *status quo ante*, comunicare alla banca di non accettare la proposta. La valutazione che precede l'attivazione del rimedio, quindi, è piuttosto semplice, essendo del tutto superfluo approfondire i dettagli della variazione, le ragioni che la hanno resa necessaria per l'intermediario, o la congruità della stessa. Nel caso del recesso, invece, l'attivazione di tale rimedio richiede sicuramente un'analisi più approfondita sugli effetti della modifica proposta, al termine della quale il cliente sarebbe chiamato a svolgere un giudizio di "sopportabilità" delle nuove condizioni, che deve tener conto anche dalle possibili alternative disponibili sul mercato, in termini di qualità e costi, per i medesimi servizi. In altre parole, il recesso, anche se "gratuito" e senza spese – tralasciando i casi in cui il suo esercizio comporta il rientro dal finanziamento erogato dall'intermediario – ha un costo, in termini di studio della proposta della banca e di ricerca delle possibili alternative, che non sempre il cliente è disposto a sostenere e che incide direttamente sull'effettivo utilizzo di tale rimedio, più dell'effettiva legittimità dell'esercizio del potere. Tali profili sono stati ben approfonditi dalla dottrina statunitense – tradizionalmente più attenta all'analisi economica del diritto e delle scelte dei suoi operatori – che ha evidenziato come la prima ragione per cui il diritto di recesso si rivela sovente un rimedio insufficiente rispetto ai possibili abusi della banca non è tanto l'assenza di informazione del cliente circa la modifica ma la mancanza di incentivi all'esercizio dei rimedi previsti (sul punto cfr. D. HORTON, *The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments*, in *University of California L. Rev.*, 2010, 661 s.) Il punto acquista particolare rilievo ove si consideri che nella prassi, anche in Italia, solo il cliente professionale oppure, solo per taluni contratti (come per esempio il mutuo) anche il consumatore, a fronte di determinate variazioni (come un aumento significativo del tasso di interesse), ha tipicamente interesse a mettere in moto il descritto procedimento valutativo, al fine di compiere una scelta efficiente; diversamente, per variazioni di scarsa entità o relative a clausole secondarie del contratto, anche qualora il mercato offra condizioni migliori presso altri istituti, il più delle volte prevalgono, in mancanza di forti incentivi, scelte conservative anche se meno convenienti.

⁴⁶ In nessun ordinamento si riscontrano forme di controllo preventivo da parte dell'autorità di vigilanza sul corretto esercizio del *ius variandi*, che sarebbe invero una soluzione eccessivamente rigida nei confronti delle banche e difficilmente realizzabile sul piano pratico. I rimedi contro le violazioni delle regole sulle modifiche unilaterali del contratto, si risolvono almeno negli ordinamenti europei, nelle iniziative individuali dinanzi all'autorità giudiziaria, o più comunemente – come avviene in Italia con l'ABF – ad organismi arbitrali o di mediazione. Negli ordinamenti di *common law*, tuttavia, a fronte di regole complessivamente meno rigide nei confronti degli intermediari, la funzione di controllo e di deterrenza contro le pratiche abusive in materia di *ius variandi* è rimessa agli ingenti risarcimenti (anche punitivi) che le corti possono comminare a fronte delle azioni di classe sovente intentate da una moltitudine di clienti. [cfr. S.I. BECHER, U. BENOLIEL, (nt. 42), 699 s.].

in concreto sugli intermediari, tali condizioni incidono nondimeno solo sul *quomodo* dell'esercizio del ius e non sull'*an*, con la conseguenza che, una volta assimilate nelle prassi standardizzate dell'attività bancaria, gli istituti potrebbero astrattamente procedere alla modifica in ogni momento, secondo volontà.

3. Il giustificato motivo come punto di equilibrio degli interessi in rilievo.

Considerazioni analoghe valgono per il giustificato motivo nonostante il significativo ruolo che la norma riserva a tale presidio sostanziale di tutela.

Concentrandoci sulle regole del nostro ordinamento, si osserva, in primo luogo, che mentre le altre condizioni esaminate consistono tutte in meri adempimenti del procedimento modificativo, il giustificato motivo, pur presentando la medesima connotazione sul piano strutturale⁴⁷, ha una radice estranea alla sfera di controllo della banca, originando, come è noto, o da un fatto esterno al rapporto, ovvero da una circostanza legata al cliente⁴⁸. In altre parole, se formalmente il giu-

⁴⁷ In quanto concorre, al pari delle altre condizioni, a formare il procedimento nel quale si articola l'esercizio del potere di modifica unilaterale del contratto. Nel nostro ordinamento il riferimento al giustificato motivo, di cui all'art. 118 T.U.B., appare costruito come una vera e propria condizione di legittimità per l'esercizio del diritto, con la conseguenza che può oggi configurarsi un vero e proprio onere a carico della banca di comunicare al cliente la specifica motivazione della variazione contrattuale, pena la sua inefficacia e l'impossibilità per la banca di allegare le proprie motivazioni *ex post*, in caso di contestazione. Sul punto, cfr. G. SANTONI, (nt. 30), 261. Cfr., anche F. FERRO-LUZZI, (nt. 22), 735.

⁴⁸ Diversi autori si sono cimentati nella classificazione dei casi più comuni integranti giustificato motivo, tra i quali si annoverano principalmente i) la modifica dei tassi quasi sempre dipendente da decisioni di politica monetaria, prevista come ipotesi tipica dal quarto comma dell'art. 118; ii) l'aumento dei costi della banca relativi all'erogazione di taluni servizi; iii) le sopravvenienze normative, che incidano sulla validità di clausole contrattuali preesistenti. [cfr., *ex multis*, A. DOLMETTA, (nt. 8), 40 ss., F. SARTORI, (nt. 9), 136 ss.; A. MIRONI, *Sub. art. 118*, (nt. 10), 1355 ss.]. Inoltre, si riconosce generalmente che il giustificato motivo possa consistere, nelle operazioni creditizie, in un rilevante peggioramento delle condizioni di affidabilità del cliente e quindi del suo merito creditizio; in tal senso, cfr. Ministero dello sviluppo economico, Nota del 21 febbraio 2007, (nt. 15), 2; M. SILVETTI, in V. CALANDRA BUONAURA, V. PERASSI, M. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. COTTINO, VI, Padova, Cedam, 2001, 447; A. DOLMETTA, (nt. 8), 19; F. SARTORI, (nt. 9), 138 ss. Diversamente orientato, F. FERRO-LUZZI, (nt. 22), 731 ss., sulla base del rilievo di vertice secondo cui la disciplina del *ius variandi*, «più che rispondere all'esigenza di conservare nel corso del tempo l'equilibrio tra prestazioni contrattuali così come originariamente voluto dai singoli contraenti, mira a conservare per uno dei contraenti l'equilibrio macro-negoziale, poi al fine di consentire il mantenimento dei singoli rapporti» (732); ragion per cui l'alterazione dell'equilibrio sinallagmatico nella singola operazione dovrebbe trovare risposta negli ordinari rimedi di carattere generale, come la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. In realtà parte della dottrina ha evidenziato come la questione abbia avuto fino ad oggi rilevanza soltanto teorica, mancando nella prassi una concreta esperienza applicativa di tale ipotesi in sede giurisprudenziale ed arbitrale, potendosi anzi presumere che essa non sia utilizzata in modo significativo

ustificato motivo non si differenzia dalle altre condizioni previste dall'art. 118 T.U.B. – atteso che, in caso di violazione dell'una o delle altre, la modifica realizzata sarà comunque inefficace – da un punto di vista sostanziale tale condizione acquista rilievo centrale nell'economia dell'istituto⁴⁹, costituendo l'unico elemento in grado di incidere sull'*an* del *ius variandi*, in assenza del quale la banca – indipendentemente dall'informazione del cliente – non potrebbe in alcun modo avviare il procedimento di modifica.

Pertanto, la previsione del giustificato motivo si erge, meglio delle altre condizioni, a presidio del corretto esercizio del diritto, poiché intercetta sia le esigenze di sistema della banca – trattandosi di un requisito che ha solitamente portata seriale e incidenza generalizzata su tutti i rapporti cui è riferito – sia quelle della clientela, che può fare affidamento sul fatto che la modifica non sia conseguenza di una decisione discrezionale o financo arbitraria dell'intermediario.

L'ambivalenza del giustificato motivo è stata debitamente evidenziata dalla dottrina, che ha definito tale elemento come «il fulcro attorno al quale ruota il punto di incontro tra le esigenze di sistema della banca e quelle del singolo cliente»⁵⁰, ed il momento in cui tali istanze si pongono in rapporto critico è certamente quello della ricezione della comunicazione sulla modifica unilaterale del contratto.

A tal proposito, in Italia è piuttosto consolidata la tendenza della dottrina⁵¹ e della giurisprudenza arbitrale a valorizzare il giustificato motivo in funzione informativa, elevando il cliente, quale destinatario della comunicazione, al ruolo di “controllore” anche di tale presupposto di legittimità dell'istituto. Sviate circostanze depongono in tal senso e in particolare il fatto che il giustificato motivo, nonostante qualche iniziale incertezza sul punto⁵², debba essere comunicato al

dalle banche, che preferiscono verosimilmente rimedi più netti (revoche e decadenze) al verificarsi delle condizioni previste dal contratto [così A. MIRONE, *sub art. 118*, (nt. 10), 1356].

⁴⁹ Sulla centralità del giustificato motivo nella disciplina del *ius variandi* cfr. *ex multis* F. SARTORI, (nt. 9), 141; F. FERRO LUZZI, (nt. 22), 734 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, (nt. 11), 78 ss., i quali mettono in relazione tale condizione con la *ratio* dell'istituto; più di recente, in tal senso, si veda anche A. M. BENEDETTI, (nt. 6) 617; A. MIRONE, *sub art. 118*, (nt. 10), 1353 ss. Diversamente, nel senso di svalutare la rilevanza del giustificato motivo, in favore della clausola generale di buona fede, considerata anche prima della riforma del 2006 lo strumento più efficace per sindacare l'eventuale uso abusivo del potere di modifica unilaterale, cfr. G. SANTONI, (nt. 30), 257; L. NIVARRA, (nt. 4), 465; M. BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2005, I, 21.

⁵⁰ Così testualmente F. FERRO LUZZI, *Ipotesi e rilievi sui confini applicativi dell'art. 118 T.u.b. dopo l'introduzione del comma 2-bis*, in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (nt. 2), 149.

⁵¹ Diversi autori evidenziano il ruolo del giustificato motivo come “veicolo informativo”, che risponde all'esigenza di consentire al cliente un eventuale recesso informato e consapevole. In tal senso si veda A. DOLMETTA, (nt. 8), 12 ss.; F. SARTORI, (nt. 9), 141 s.

⁵² In passato, all'indomani dell'intervento di riforma del 2006 che estese l'obbligo del giustificato motivo a tutti i rapporti bancari (art. 118 T.U.B.), l'ABI avanzò il dubbio che tale elemento non dovesse costituire oggetto di comunicazione al cliente, non potendosi peraltro ricavare un simile

cliente, costituendo l'oggetto di un vero e proprio onere di allegazione da parte della banca⁵³.

In questa direzione può leggersi anche la copiosa giurisprudenza dell'ABF che ha progressivamente specificato e circostanziato l'elemento del giustificato motivo, che: i) non può consistere in indicazioni del tutto generiche o indeterminate⁵⁴; ii) deve essere espresso in termini chiari e facilmente comprensibili alla clientela, anche con riguardo alle conseguenze che ne derivano sul piano economico e normativo; iii) deve essere congruo rispetto all'entità della modifica proposta, integrando quindi condizione di legittimità non solo sul *sull'an* ma anche sul *quantum*⁵⁵ della variazione.

obbligo dal testo della norma, e ritenendo che la funzione del giustificato motivo fosse piuttosto da ricercare nella tutela della concorrenza (cfr. ABI circolare n. 23, 7 agosto 2006). Sul punto intervenne in risposta l'Autorità antitrust, che sulla suddetta circolare ABI avviò un'istruttoria, denunciando una possibile violazione della concorrenza (cfr. AGCM I675- ABI/modifica unilaterale del contratto, 14 settembre 2006), fino all'intervento chiarificatore del Ministero dello Sviluppo Economico, che con la circolare del 21 febbraio 2007, emanò gli indispensabili chiarimenti sulla norma dell'art. 118 del T.U.B., affermando che il giustificato motivo dovesse essere oggetto di comunicazione al cliente al pari delle altre informazioni veicolate tramite la proposta di modifica del contratto.

⁵³ Il punto è ormai da tempo incontestato e costituisce, dopo i chiarimenti della Circolare del Ministero (v. *supra*, nt. prec.), diritto vivente, essendo altresì ribadito da quasi tutte le decisioni dell'ABF che si occupano della materia.

⁵⁴ Come è noto la prassi immediatamente successiva alla novella del 2006 aveva evidenziato il rispetto meramente formale di tale condizione da parte delle banche che sovente giustificavano le proposte variazioni del contratto, adducendo circostanze assolutamente vaghe, oscure o inconferenti, quali ad esempio "la generica variazione dei tassi di interesse conseguente decisioni di politica monetaria", o "il mutamento delle condizioni di mercato". Da qui, partendo dalla citata circolare del ministero, si è assistito ad un processo di progressiva specificazione anche in negativo del giustificato motivo, attraverso il quale si è escluso che questo possa consistere in scelte di politica industriale o commerciale del singolo intermediario che propone la modifica, al fine di mantenere inalterato il proprio margine di profitto. Per una rassegna dei principali approdi dell'ABF su tale profilo cfr. A. CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'arbitro bancario e finanziario*, in *I Contratti*, 2, 2012, 196 ss.; G. OLIVIERI, (nt. 21), 121 ss.

⁵⁵ L'elemento della congruità del giustificato motivo viene "introdotto" espressamente tramite la circolare del Ministero già citata (v. *supra*, nt. 52), che stabiliva 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 alla base». Le decisioni dell'ABF hanno poi valorizzato l'indirizzo del Ministero, stabilendo che il giustificato motivo deve essere verificabile dal cliente, sia in termini di veridicità (ovvero di effettiva sussistenza della circostanza addotta dall'intermediario), sia in termini di proporzionalità rispetto al tipo di modifica proposta. Così, la Banca d'Italia ha precisato che la comunicazione non debba fare riferimento a una pluralità di motivazioni, senza illustrare il legame tra i singoli presupposti delle modifiche e gli interventi su prezzi e condizioni, (cfr. Banca d'Italia, Comunicazione del 28 marzo 2017). Con riguardo al grado di dettaglio della motivazione della modifica, secondo un orientamento dell'ABF, la comunicazione *ex art.* 118 T.U.B. non deve raggiungere un livello di analiticità tale da abbracciare anche il profilo quantitativo, ma può limitarsi ad una indicazione delle ragioni che hanno determinato le modifiche prospettate, purché idonea a consentire al cliente una

La descritta propensione a declinare l'elemento del giustificato motivo in funzione dell'esigenza informativa, "cucendo su misura" la motivazione della modifica unilaterale ad uso e consumo del cliente desta invero qualche perplessità per diverse ragioni.

In primo luogo, sembra che l'inquadramento del giustificato motivo quale veicolo di informazione sovrastimi – e di molto – la capacità di comprensione e reazione del cliente, in funzione dell'attivazione dei possibili rimedi. Se già in passato i dati illustravano chiaramente l'esiguo numero di casi di recesso⁵⁶, non sembra che anche oggi, nonostante tutte le precisazioni sulla formulazione del giustificato motivo, tale tendenza sia stata invertita, probabilmente perché, quando il cliente si attiva in tempo utile⁵⁷, il giudizio sull'opportunità di recedere dal contratto si fonda su ragioni di mera convenienza (se è in grado di tollerare la modifica peggiorativa e se può agevolmente accedere a condizioni più vantaggiose presso altro intermediario) e non sulla correttezza della condotta dell'intermediario, vieppiù se si tiene conto di una singola variazione e non di una serie di variazioni⁵⁸.

Qualora invece si intenda il giustificato motivo e la sua portata informativa in funzione dell'accertamento dell'illegittimo esercizio del *ius variandi*, il cliente (professionale o non) non sembra tipicamente in grado di contestare efficacemente la violazione di tale presupposto nel senso che gli è proprio, cioè dell'insistenza del diritto alla modifica⁵⁹, come dimostra il fatto che normalmente i ri-

verifica in termini di congruità (cfr. ABF, Coll. coord, n. 1891 del 2016). Diversamente, nel senso che la motivazione debba dar conto anche della proporzionalità in senso quantitativo tra il *factum principis* e la modifica proposta, si veda ABF Milano, n. 1705 del 2011 e n. 1719 del 2014.

⁵⁶ Cfr. l'indagine conoscitiva dell'AGCM sui prezzi alla clientela dei servizi bancari (IC/32), avviata in data 18 gennaio 2006, ai sensi dell'art. 12, secondo comma, l. n. 287/1990. La tendenza del cliente a non prestare attenzione alle comunicazioni relative alle modifiche unilaterali dei contratti è diffusissima ed avvertita con una certa preoccupazione anche in altri contesti. Per un interessante approfondimento in relazione alla prassi statunitense cfr. I. AYRES, A. SCHWARTZ, *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*, in *Stanford L. Rev.*, 2014, 66 588 ss.

⁵⁷ V. *supra*, nt. 45.

⁵⁸ Nel senso che difficilmente acquista rilievo per il cliente, nella prospettiva del singolo rapporto, il fatto che la modifica proposta sia o meno sorretta da un'effettiva circostanza sopravvenuta e se tale circostanza giustifichi o meno in concreto l'entità e la misura della variazione, così come proposta dalla banca.

⁵⁹ L'essenza della funzione del giustificato motivo è di rendere la modifica unilaterale del contratto "giusta", in quanto fondata su un fatto sopravvenuto alla conclusione dell'accordo, rispetto al quale la modifica si rende, nella prospettiva macroeconomica, necessaria per la banca [sul punto v. M. BUSSOLETTI, (nt. 49), 23]. Perché sia giusta, tale modifica deve essere strettamente connessa con la sopravvenienza, sia dal punto di vista della pertinenza (a fronte di una variazione dei tassi di mercato non si può aumentare una commissione o un'altra voce di costo), sia in senso quantitativo (un aumento dei tassi di mercato dell'1% non può giustificare una variazione del tasso contrattuale del 2% o superiore). L'accertamento di tali condizioni determina dal punto di vista sostanziale l'integrazione del presupposto del giustificato motivo nel procedimento del *ius variandi*. Ebbene, ad opinione di chi scrive, è assai difficile che il cliente (anche professionale) disponga degli strumenti per

corsi all'ABF vengono impostati facendo valere i profili formali legati alle modalità di redazione della comunicazione.

L'ipotizzato legame tra il giustificato motivo e il cliente mostra quindi qualche crepa – atteso che la funzione informativa che tale presupposto sarebbe chiamato a svolgere resta priva di un reale interlocutore – restando “appigliato”, almeno in punto di controllo, per lo più al profilo formale della redazione della comunicazione, sul quale si incentrano, a ben vedere, la maggior parte delle decisioni dell'ABF.

Tale circostanza sembra invero confermata anche ove si guardi all'impiego che il nostro legislatore fa del giustificato motivo nei vari set normativi che compongono la disciplina del *ius variandi*, che appare, nella supposta prospettiva informativa, tutt'altro che lineare.

Nella scelta del legislatore nazionale del d.l. n. 223/2006, confermata anche con la riforma del 2010⁶⁰, di estendere la necessità del giustificato motivo, già previsto per i contratti con i consumatori (art. 33, quarto comma, c. cons.), a tutti i rapporti bancari e finanziari, si può cogliere l'intento di valorizzare il giustificato motivo come condizione generale di legittimità dell'esercizio del *ius variandi* da parte degli intermediari⁶¹, prescindendo quindi dalla sua efficacia informativa nei confronti delle diverse categorie di clientela, che infatti ricevono sul punto, con

compiere una valutazione consapevole sui profili menzionati, potendo al più, ove ne abbia l'interesse, farsi un'idea più o meno vaga delle ragioni che vengono addotte dalla banca a sostegno della modifica. Per tale motivo, le contestazioni concernenti il giustificato motivo in sede di ricorso arbitrale si concentrano tutte sull'aspetto formale della comunicazione (la chiarezza espositiva, la pertinenza, la prova dell'avvenuta ricezione della comunicazione), di fatto “snaturando” tale presupposto. Circostanza già evidenziata da una parte della dottrina, che ha rilevato la tendenza delle banche a modificare le tecniche di redazione delle proposte di modifica unilaterali in funzione delle decisioni dell'ABF, più per compiacere l'Arbitro, che per stimolare una compiuta illustrazione alla clientela del rapporto causa-effetto delle variazioni contrattuali [cfr. F. SARTORI, (nt. 9), 144]. Anzi, si rileva che la proporzionalità in senso quantitativo della modifica, che – salvo sviste della banca nella redazione della comunicazione – costituisce il reale *discrimen* tra il legittimo esercizio del diritto e un suo abuso, costituisce profilo di complessità tale, che non solo è stato comprensibilmente sottratto all'attenzione del cliente (v. *supra* nt. 55) ma che risulta di difficile apprezzamento anche per l'Arbitro considerando i limitati poteri istruttori di cui dispone (sul punto diffusamente v. *infra*, § 6, testo e nt. 118).

⁶⁰ Il d.lgs. n. 141/2010, infatti, pur avendo differenziato la disciplina dei contratti a tempo indeterminato e degli altri contratti di durata in punto di novero delle condizioni suscettibili di variazione, ha confermato che in entrambi i casi è indispensabile la presenza di un giustificato motivo. Appare anche il caso di rilevare che lo stesso d.lgs. n. 141/2010 ha inciso altresì sull'apparato sanzionatorio previsto nel testo unico, prevedendo anche la possibilità della Banca d'Italia di comminare sanzioni amministrative, pecuniarie, correlate alle violazioni degli artt. 118 e 126-*sexies* T.U.B. e contemplando nell'art. 128-*ter* la possibilità per l'organo di vigilanza di applicare misure inibitorie.

⁶¹ In argomento, fra gli altri, P. SIRENA, (nt. 16), 354 ss.; M. BUSSOLETTI, (nt. 49), 13 ss.; F. BRIOLINI, *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nei contratti bancari*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 293 ss.

riguardo ai rapporti a tempo indeterminato, identico trattamento. Tale impressione sembra avvalorata anche dal successivo intervento del 2010, che ha differenziato la disciplina dei rapporti a tempo determinato, nei quali il *ius variandi* può essere pattuito ed esercitato solo per «le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse», come ad evidenziare che in tali rapporti non potrebbe mai trovare valida giustificazione una modifica del tasso d'interesse.

Invero, solo con l'ultima modifica dell'art. 118 ad opera del d.l. n. 70/2011⁶² il presupposto del giustificato motivo viene “calibrato” in funzione del tipo di clientela, assecondando in qualche misura la prospettiva informativa, laddove al secondo comma *bis* si prevede infine che, per i contratti a tempo determinato con soggetti diversi da consumatori e microimprese, non basta un qualunque giustificato motivo per variare i tassi d'interesse, ma occorre la previa individuazione in contratto di «specifici eventi e condizioni»⁶³.

Anche il confronto con la disciplina speciale sui servizi di pagamento, laddove la variazione – salvo per i contratti con i consumatori⁶⁴ – non è subordinata alla presenza ed alla comunicazione di un giustificato motivo da parte dell'intermediario⁶⁵ – sembra avvalorare l'idea che tale elemento esprima la sua efficacia pro-

⁶² La novella del 2011, così come inizialmente prevista dal d.l. n. 70, prevedeva un'integrale derogabilità dell'art. 118 per i contratti conclusi con la clientela professionale, con l'intento di restituire integralmente all'autonomia privata la disciplina del *ius variandi* nei rapporti con le grandi imprese. La norma, poi entrata in vigore con la legge di conversione del decreto n. 106/2011, ha stravolto il testo originario, limitando la derogabilità dell'art. 118 solo al requisito del giustificato motivo, che deve corrispondere ad eventi e condizioni predeterminati dal contratto [diffusamente sul punto A. MIRONE, *La trasparenza*, (nt. 10), 104 ss. (testo e note)].

⁶³ Peraltro, si osserva che nella prospettiva che valorizza il giustificato motivo come veicolo informativo anche la norma del secondo comma *bis* dell'art. 118 non sembra del tutto lineare, introducendo un rafforzamento del giustificato motivo legittimante la variazione – che deve necessariamente rientrare tra quelli previsti a monte nel contratto – che non trova giustificazione rispetto alla categoria di soggetti cui il precetto è rivolto, atteso che trattandosi di clientela professionale questa sarebbe probabilmente in grado di cogliere le ragioni della variazione a prescindere dalla preventiva specificazione nel contratto.

⁶⁴ Atteso che il disposto dell'art. 33, commi terzo e quarto, è applicabile anche ai servizi di pagamento (art. 126-*sexies*, quarto comma *bis*). Nel senso indicato del testo, si veda anche ABF, Coll. coord., n. 15627 del 2021. Diversamente SPENA, *sub art. 126-*sexies**, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO, G. BELLÌ, M. LOSAPPIO, G. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, 2011, Milano, Giuffrè, 1116.; e A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, (nt. 11) 74 ss., i quali ritengono altrimenti irrazionale la divergenza di sistema che si determinerebbe con l'art. 118.

⁶⁵ Da tempo la dottrina ha segnalato l'incoerenza di fondo dell'assetto complessivo in materia di *ius variandi* e le difficoltà di coordinamento sistematico tra le diverse regole (artt. 118 e 126-*sexies* T.U.B.) – dato che nei servizi di pagamento «il rischio sistemico indubbiamente più limitato in capo agli intermediari dovrebbe tradursi in una disciplina del *ius variandi* meno garantista per le banche, mentre nell'attuale assetto normativo accade esattamente il contrario» – fornendo quale possibile spiegazione della maggiore rigidità della disciplina dell'art. 118 la considerazione delle più pregnanti esigenze di apertura del mercato che caratterizza il settore dei servizi bancari tradizionali [così, G. OLIVIERI, (nt. 21), 117 (anche in *AGE*, 2011, n. 1, 157 ss.); per tale rilievo cfr. anche A. SCIARRONE

tettiva non tanto quale irrinunciabile veicolo di informazione per il cliente ma più come limite generale per la banca rispetto ad un uso troppo disinvolto delle modifiche unilaterali, attraverso il quale il legislatore sceglie di rafforzare o attenuare, a seconda dei casi, il livello complessivo di protezione della cliente⁶⁶; circostanza quest'ultima che sembrerebbe confermata anche dalla disciplina europea, avuto riguardo, in particolare, al testo della direttiva sui servizi di pagamento (art. 54 dir. 2015/2366/UE, c.d. PSD2), che, in mancanza di qualunque riferimento al giustificato motivo, sembra “sganciare” i rimedi previsti in favore del cliente (recesso e rifiuto) dalla spiegazione delle ragioni che giustificano la modifica contrattuale, così attenuando la supposta funzione informativa di tale elemento.

Concludendo sul punto, pare debba accettarsi l'idea che il giustificato motivo,

ALIBRANDI, G. MUCCIARIONE (nt. 11), 74]. Altri autori, pur cercando di ricomporre tale aporia – considerando che per i servizi di pagamento non si presentano tipicamente né l'esigenza primaria di adeguare i tassi attivi al merito creditizio del cliente, né quella di mantenere in equilibrio nel corso del tempo i costi della raccolta, rispetto ai proventi delle erogazioni di credito – hanno comunque evidenziato che sarebbe stato opportuno mantenere una maggiore uniformità fra le discipline, considerato che l'ambito dei servizi di pagamento si estende anche all'esecuzione di pagamenti «quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata da un utilizzatore di servizi di pagamento» [art. 1, primo comma, lett. b), n. 4), d.lgs. n. 11 del 2010], avvicinandosi, come nel caso del c.d. credito revolving, all'ambito di applicazione dell'art. 118 [cfr., S. PAGLIANTINI, (nt. 28), 97; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art. 126-bis*, in *Testo unico bancario. Commentario*, (nt. 64), 1080; da ultimo si veda anche A. MIRONE, *sub art. 118*, (nt. 10), 1349].

Nonostante l'apprezzabile sforzo degli studiosi di pervenire, anche per via ermeneutica, ad un quadro di disciplina del *ius variandi* coerente sul piano degli interessi, sembra condivisibile il rilievo di una dottrina sull'impossibilità di ricondurre ad *unum* le diverse regole dell'art. 118 e dell'art. 126-*sexies*, considerando il diverso percorso che ha caratterizzato la genesi di tali norme (una interna ed una di matrice comunitaria) e le diverse strategie adottate dai due legislatori, concludendo con riguardo al giustificato motivo nel senso che la mancanza di tale condizione nella disciplina sui servizi di pagamento non può in alcun modo considerarsi una lacuna normativa [v. A. MIRONE, *Sistema*, (nt. 11), 410].

⁶⁶ Nella perdurante difficoltà di appianare le incongruenze che emergono dal coordinamento tra le due norme (artt. 118 e 126-*sexies*), una possibile chiave di lettura potrebbe trovarsi nel valorizzare il ricorso del legislatore al presupposto del giustificato motivo non isolatamente, ma in combinato alle altre condizioni previste in ciascun settore di disciplina, in funzione dell'obiettivo finale di tutela. In tal senso, allora, appare ragionevole che nei servizi di pagamento, a fronte della mancata previsione del giustificato motivo come condizione per l'esercizio del *ius variandi*, sia previsto un contrappeso più forte a favore del cliente (in aggiunta al diritto di recesso senza spese), attraverso il diritto di rifiutare la modifica entro il termine di legge. In altre parole, la diversa disciplina prevista per i servizi di pagamento potrebbe essere il risultato di una diversa strategia di tutela che, in relazione a contratti che sono tendenzialmente rivolti alla massa degli utenti, mira a concedere maggiore libertà agli intermediari – tenuto conto anche della natura delle variazioni che interessano gli strumenti di pagamento, che generalmente non involgono i tassi di interesse – attenuando gli strumenti di tutela preventiva del cliente e rafforzando, di contro, nella ricerca di un livello di protezione comunque apprezzabile, la tutela successiva, attraverso un ulteriore e più pregnante strumento di reazione alla modifica. Tale ragionamento sembra avvalorare l'idea espressa nel testo che ridimensiona la funzione informativa del giustificato motivo, in stretta connessione con il destinatario della comunicazione, in favore della valenza quale limite generale al potere altrimenti arbitrario della banca.

ove permanga limitato a mero strumento di informazione e responsabilizzazione del cliente, non possa da questo punto di vista mantenere le “promesse” aspettative di tutela, difettando ad oggi di un interlocutore credibile, in grado per un verso di valorizzarne l’essenza nel senso sopra evidenziato⁶⁷, per altro verso, di farne valere la *vis* deterrente nella prospettiva macroeconomica o di sistema propria dell’istituto e che il presupposto del giustificato motivo ben riflette⁶⁸.

4. *Il ius variandi di clausole valorizzate a zero nelle decisioni dell’ABF. La “fallacia” di taluni formanti giurisprudenziali.*

Le considerazioni sin qui svolte sulla disciplina del *ius variandi* consentono di chiarire il contesto in cui, con riguardo a tale materia, si inserisce l’attività dell’Arbitro Bancario e Finanziario.

⁶⁷ V. *supra*, questo §, nt. 59.

⁶⁸ Parafrasando un autore secondo cui «se l’offerta di servizi bancari risponde a dinamiche seriali, non solo l’atto costitutivo del rapporto, ma anche quello che in corso d’opera ne modifica i termini deve seguire, per sé, questo tipo di dinamiche» [così A. DOLMETTA, (nt. 8), 19], si potrebbe aggiungere che un’efficace azione di contrasto degli abusi con finalità deterrente non può prescindere da soluzioni che trascendano la dimensione del singolo rapporto e l’iniziativa del singolo cliente, valorizzando la dimensione di sistema del fenomeno anche a livello sanzionatorio. Non v’è dubbio, infatti, che l’iniziativa del singolo cliente che ricorre all’ABF, pur in grado di ripristinare l’equilibrio nel singolo rapporto, non incide in alcun modo sulle prassi dell’istituto in senso deterrente, rendendo in taluni casi per gli intermediari economicamente conveniente la violazione.

Anche guardando al dato comparatistico non stupisce infatti che il giustificato motivo – nelle sue diverse forme – assolva correttamente alla sua funzione di tutela in quegli ordinamenti (UK e USA) in cui, oltre ad adeguati strumenti di *public enforcement*, sono tradizionalmente diffuse le azioni di azione di classe, in grado di realizzare, attraverso il controllo successivo delle corti, un’efficace azione deterrente del fenomeno abusivo. Con riguardo agli Stati Uniti, si veda la giurisprudenza sulla c.d. *unconscionability doctrine*, che, anche in mancanza di una regola espressa che subordina la legittimità della modifica unilaterale alla sussistenza di una motivazione, consente alle corti di sindacare la ragionevolezza della variazione in termini sia di sussistenza del fatto fondante la modifica, sia di congruità del fatto rispetto alla variazione [sul punto cfr. D. HORTON, (nt. 45), 663 ss.; S. I. BECHER, U. BENOLIEL, (nt. 42), 1133 ss.]. Analogamente nel Regno Unito, laddove il giustificato motivo (*valid reason*) è richiesto per tutte le variazioni economiche nei contratti con i consumatori aventi ad oggetto i servizi finanziari (v. part. I, sch. 2, par. 11, del *Consumer Rights Act*) e solo per l’aumento del tasso di interesse nella disciplina sui contratti di finanziamento (cfr. par. 6.7.14 CONC), il c.d. *Fairness and transparency test* (v. *supra*, nt. 42) deve tener conto della correttezza della modifica rispetto alle motivazioni fornite dall’intermediario. In Italia – in mancanza di una diffusa prassi delle azioni di classe [cfr. A. DALMARTELLO, *Azione di classe e ius variandi. Nota a Trib Napoli, Ord. 9 dicembre 2011*, in A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (nt. 2), 229 ss.] – la descritta l’istanza di controllo sul giustificato motivo e sul corretto esercizio del *ius variandi*, nell’indicata prospettiva di deterrenza, potrebbe essere assolta dalla Banca d’Italia, cui già il legislatore ha riconosciuto pregnanti poteri ispettivi (art. 128 T.U.B.), inibitori (art. 128-ter) e a sanzionatori (art. 144) anche rispetto alle violazioni degli artt. 118 e 126-sexies del testo unico, rendendo pertanto auspicabile, anche attraverso un maggiore coordinamento con l’attività dell’ABF, un maggiore livello di intervento in tal senso.

Concepito – come tutti gli ADR – con finalità deflattive del contenzioso ordinario, l'ABF ben si presta per natura e costruzione a raccogliere anche controversie dal valore esiguo, che sarebbe inefficiente proporre dinanzi ai tribunali ma che invece, in relazione al punto di diritto e/o alla manifestazione di prassi imprenditoriali tenute dalle banche italiane, risultano nondimeno importanti⁶⁹.

All'ABF si riconosce quindi un ruolo fondamentale sia nell'attività tipicamente decisoria, consentendo al ricorrente, a costi ridottissimi e con modalità di accesso alla lite semplificate, di addivenire in tempi piuttosto brevi ad una soluzione della controversia quasi sempre definitiva⁷⁰, sia indirettamente nel realizzare una forma di “vigilanza dal basso”, facendo emergere, grazie alle segnalazioni degli utenti, eventuali condotte scorrette delle imprese bancarie⁷¹.

Il successo dell'esperienza dell'ABF nel nostro ordinamento è dovuto non soltanto alla fiducia che gli utenti ripongono in tale strumento, testimoniata negli an-

⁶⁹ Per questo rilievo comune e per altri approfondimenti si veda, tra i tanti, A. DOLMETTA, (nt. 8) 3 ss.; GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 665 ss.; B. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario e finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca Giuridica di Banca d'Italia*, giugno 2011, n. 70; P. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro bancario e finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in questa *Rivista*, 2017, 3 ss.

⁷⁰ Sebbene all'attività dell'ABF non si riconosca natura propriamente giurisdizionale [cfr. Corte Cost. 21 luglio 2011, n. 218 (ord.), in *Corr. giur.*, 2011, 1652 ss., con nota di C. CONSOLO, M. STELLA], e «ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi», le decisioni dell'ABF risultano quasi sempre definitive, sia in ragione dell'ottemperanza delle banche (che supera il 90%), sia perché, in caso di soccombenza del cliente, l'adizione da parte di quest'ultimo dell'autorità giudiziaria risulta un'opzione poco pratica (per i tempi del giudizio) e poco conveniente, in relazione al rapporto costi-benefici.

⁷¹ Tale espressione è utilizzata da un autore (R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, I, 144), il quale riconduce i sistemi di ADR nell'alveo degli strumenti tipici del “diritto privato regolatorio”, che si esprime nella tendenza ad affidare la disciplina delle attività economiche ad organismi indipendenti e altamente specializzati, che attraverso l'attività di risoluzione delle controversie producono di fatto regole in grado di conformare le prassi dei mercati (c.d. *regulation by litigation*). L'ABF realizza inoltre un modello c.d. *bottom-up* di vigilanza bancaria, nel quale è il cliente che, allegando il fatto che la banca abbia violato un suo diritto, prende l'iniziativa di sollecitare l'eventuale avvio del procedimento sanzionatorio da parte dell'Autorità di vigilanza. Sul punto si veda P. SIRENA, (nt. 69), 12; F. MOLLO, *Gli orientamenti dell'arbitro bancario e finanziario tra complementarietà e alternatività di tutela*, in *Contr. impr.*, 2019, 4, 1328; E. M. LOMBARDI, *Il rapporto intercorrente tra Banca d'Italia e ABF: una rinnovata “teoria dei due soli”*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di G. CONTE, Milano, Giuffrè, 2021, 18 ss. Per un approfondimento generale sulla diffusione di tale modello di vigilanza nei principali ordinamenti europei v. D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERHILL, *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, in *Oxford legal studies*, Research paper 9/2016). Per un'analisi sui confini del diritto privato regolatorio, si veda invece, tra molti, G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti e la disciplina dei contratti*, in *Istituzioni Mercato e Democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, a cura di S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI, M. MORISI, Torino, Giappichelli, 2002, 11 ss.

ni dal costante e progressivo aumento dei ricorsi, ma anche all'elevato tasso di adesione "spontanea" degli intermediari alle decisioni dei collegi⁷², che si fonda sul collegamento che l'attività decisionale dell'ABF esprime con le funzioni di vigilanza, che la Banca d'Italia è chiamata ad esercitare – oltre che sulla sana e prudente gestione delle banche – anche sulla «trasparenza delle condizioni contrattuali e sulla correttezza dei rapporti con la clientela» (art. 127, primo comma, T.U.B.). Anzi, si può affermare che la seconda circostanza sia foriera della prima, atteso che è la generale aspettativa sull'ottemperanza della decisione da parte dell'intermediario che spinge la clientela a ricorrere all'Arbitro, diversamente tornando preferibili le opzioni ordinarie di tutela giurisdizionale⁷³.

⁷² L'adesione alle decisioni dell'ABF può effettivamente considerarsi spontanea – alla luce dell'approdo che ha negato natura giurisdizionale all'attività dell'Arbitro (v. *supra*, nt. 70) e considerando che le decisioni dell'ABF non sono assistite neppure dalla vincolatività negoziale che caratterizza il lodo di un arbitro irrituale o la determinazione di un arbitratore (G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 161 ss.) – tenuto conto altresì della scarsa efficacia deterrente che esercita la sanzione, prevista in caso di inottemperanza, della pubblicazione dell'inadempimento sul sito dell'Arbitro (cfr. art. 4 delle *Disposizione sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*). Tra gli studiosi che hanno indagato le ragioni dell'effettività delle decisioni dell'ABF la tesi prevalente – qui condivisa – la riconduce alla posizione di soggezione degli intermediari ai poteri di vigilanza prudenziale da parte della Banca d'Italia, che costituisce un incentivo all'ottemperanza delle decisioni rese in coerenza con le finalità e gli obiettivi della regolazione, al fine altresì di evitare, in caso contrario, il moltiplicarsi dei ricorsi subiti dalle banche sulle questioni trattate dall'Arbitro e non osservate [sul punto si veda F. SARTORI, *Sulla portabilità dei servizi di pagamento: ambito oggettivo di applicazione e penali di legge*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, I, 697; R. NATOLI, (nt. prec.), 144; P. SIRENA, (nt. 69), 13]. Diversamente, nel senso che l'elevato grado di effettività delle decisioni dell'ABF sarebbe dovuto all'autorevolezza dei suoi componenti cfr. M. STELLA, *Lineamenti degli Arbitri Bancari e Finanziari (in Italia e in Europa)*, Padova, Cedam, 2016, 122. Non convince neppure la tesi per cui le decisioni ABF esprimerebbero una valutazione prognostica e neutrale sul verosimile esito di un eventuale processo civile che non tiene conto né delle significative differenze insistenti tra il giudizio dell'ABF e quello ordinario, che potrebbero incidere sulla decisione finale, né del collegamento strutturale e funzionale tra l'ABF e l'Autorità di vigilanza (cfr. C. CONSOLO, M. STELLA, *L'«arbitro bancario finanziario» e la sua «giurisprudenza precognitrice»*, in *Società*, 2013, 185 ss.). Va tuttavia precisato che "a monte" l'adesione all'ABF come "sistema" è tutt'altro che spontanea, essendo anzi prevista come condizione per l'esercizio dell'attività bancaria da parte degli intermediari, sottoposta al controllo della Banca d'Italia, ed assistita, in caso di violazione, dalla sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 144, quarto comma del testo unico (cfr. sezione II, *Disposizione sui sistemi*, cit., *supra*).

⁷³ Circostanza che, oltre ad apparire piuttosto logica, viene confermata da ultimo proprio dall'ABF, laddove nella relazione annuale sulla attività svolta, ha rilevato che la complicazione del quadro normativo in materia di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio – legato alla nota sentenza *Lexitor* della Corte di Giustizia europea ed ai suoi riflessi applicativi – unitamente all'elevato tasso di inottemperanza degli intermediari che si registra nelle relative controversie, ha determinato un significativo decremento del numero di ricorsi concernenti le condizioni di rimborso in caso di estinzione anticipata del contratto (si veda *Relazione sull'attività dell'Arbitro bancario e finanziari*, 2022, 7, reperibile sul sito dell'ABF).

Muovendo da tale premessa, non sorprende che le decisioni dell'ABF acquisiscano nel panorama attuale una spiccata valenza “regolatoria”, poiché, risolvendo specifiche controversie tra le banche e i loro clienti, costituiscono una fonte di cognizione delle *best practices* di settore e indicano i requisiti di *compliance* che sono rilevanti anche dal punto di vista della vigilanza. Gli intermediari guardano, quindi, con significativo interesse alle decisioni dell'Arbitro, che pur se giuridicamente non vincolanti, costituiscono una sorta di “bussola” rispetto alla quale orientare prassi, modelli contrattuali, ed assetti operativi⁷⁴, al punto che nel campo della trasparenza dei contratti bancari e finanziari l'ABF viene considerato come un “formante” settoriale del diritto⁷⁵.

Ebbene, pur potendosi esprimere una valutazione più che positiva dell'attività dell'ABF, la rilevanza del ruolo che tale organismo ha assunto nel sistema, richiede, proprio a garanzia dell'effettività della tutela, una notevole attenzione ai meccanismi interni che regolano tale formante.

La materia delle modifiche unilaterali del contratto ben riflette le caratteristiche del contesto appena descritto, sia con riguardo all'effetto conformativo delle decisioni dell'Arbitro, che risulta destinatario sostanzialmente esclusivo delle relative controversie⁷⁶, sia con riguardo all'esigenza di verifica dei meccanismi di formazione degli indirizzi dei Collegi.

Di recente il Collegio di coordinamento⁷⁷ si è pronunciato sulla questione delle legittimità dell'esercizio del *ius variandi* su clausole contrattuali “valorizzate a

⁷⁴ Si tratta invero di un rilievo condiviso in dottrina. Da ultimo si veda U. MORERA, *Il costo “zero”, lo ius variandi e l'arbitro bancario e finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 25. In argomento si veda anche E. MINERVINI, *Il successo dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Contratti bancari*, (nt. 10), 1019 ss.

⁷⁵ Così F. SARTORI, (nt. 72), 696 s.; ancor prima con una certa lungimiranza C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo irriducibile a quello dell'arbitro del nuovo ABF, “scrutatore” di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, 1652 ss. La qualificazione della giurisprudenza ABF come un “formante” del diritto bancario deriva dall'accettazione dell'idea che nella dimensione multilivello del sistema delle fonti europee il momento dell'effettiva attuazione delle direttive e delle regole di sistema nei confronti degli utenti sia di competenza delle autorità indipendenti e specializzate.

⁷⁶ A differenza di altre materie in cui l'ABF di fatto condivide la competenza decisoria con i giudici ordinari (ad es. in tema di usura, di anatocismo o di segnalazioni in centrale rischi) – che quindi mantengono una posizione rilevante nella formazione dei relativi indirizzi giurisprudenziali – nel caso del *ius variandi*, sia per il valore solitamente esiguo della singola controversia, sia per l'esigenza di celerità del giudizio che è propria di tale materia, è rarissimo che i Tribunali vengano investiti delle relative questioni, lasciando così l'Arbitro quale unico “giudice”. Circostanza, peraltro, che si ravvisava anche in passato, ben prima dell'introduzione dell'ABF, in costanza della vecchia disciplina in tema di *ius variandi* [cfr. A. MAISANO, (nt. 4), 180].

⁷⁷ ABF Coll. Coord., 3 luglio 2023, n. 6781, nella quale viene enunciato il seguente principio di diritto: «Ai fini della valutazione della legittimità della modifica unilaterale, per come declinata dall'art. 118 TUB, occorre tener conto del concreto assetto di interessi che le parti hanno voluto fissare nello specifico regolamento contrattuale. Pertanto, ove la valorizzazione a zero di un costo sia

zero”, ritenendo che tali modifiche, poiché rendono di fatto oneroso una prestazione inizialmente prevista come gratuita, siano da considerarsi alla stregua dell’introduzione di clausole nuove nel contratto, e come tali vietate, secondo quanto previsto dalle Disposizioni sulla trasparenza emanate della Banca d’Italia⁷⁸. Il caso da cui origina la pronuncia riguardava in particolare la modifica unilaterale della clausola relativa al canone annuo di un contratto di conto corrente bancario inizialmente indicizzato a zero e successivamente aumentato ad un valore positivo. La decisione del Collegio di coordinamento si fonda in sostanza sui seguenti argomenti tra loro collegati nel corpo della motivazione: i) un’interpretazione ampia del divieto di introduzione di “condizione nuove” che si estende appunto alla modifica di clausole valorizzate a zero, ancorché già previste espressamente dall’originario accordo; ii) la natura dell’offerta iniziale che consentiva al cliente di scegliere tra un’opzione contrattuale “gratuita”, in quanto priva del servizio di assistenza in filiale, e un’opzione onerosa che consentiva, a fronte del pagamento di un canone annuo, di fruire dei servizi bancari sia “fisici” (in filiale) sia digitali; iii) l’alterazione dell’originario quadro economico convenuto dalle parti, realizzata per via della suddetta modifica che trasformava il servizio di gestione del conto da gratuito ad oneroso, ledendo l’affidamento del cliente.

Prima di entrare nel merito delle motivazioni fornite dal Collegio di coordinamento, appare opportuno soffermarsi sul percorso che ha portato a tale approdo.

La decisione in parola origina dal contrasto formatosi tra i collegi territoriali, a fronte del quale il collegio di Milano ritiene opportuno rimettere la questione al Collegio di coordinamento, invocandone la funzione uniformatrice e indirizzatrice⁷⁹.

indicativa di un servizio non fornito dall’intermediario, la relativa modifica unilaterale ex art. 118 TUB equivale all’inserimento di una nuova clausola originariamente non prevista dal contratto. Quest’ultima, in quanto tale, è illegittima».

⁷⁸ Tale precisazione sull’estensione oggettiva del potere di modifica unilaterale è stata fornita in prima istanza dal Ministero dello Sviluppo Economico, nella circolare del 21 febbraio 2007, n. 5574, chiamato a risolvere l’ambiguità della formulazione iniziale dell’art. 118, che faceva riferimento alla modificabilità delle «altre condizioni di contratto». Nella suddetta Circolare è stato così stabilito che «*le modifiche disciplinate dal nuovo articolo 118 Tub, riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l’introduzione di clausole ex novo*». Tale indirizzo è stato poi recepito dalla Banca d’Italia nelle proprie *Disposizioni sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, del 29 luglio 2009, (sez. IV, par. II). La versione attuale dell’art. 118 introdotta con il d.lgs. n. 141/2010 ha recepito tali indicazioni, sostituendo l’espressione «altre condizioni di contratto» con quella più esplicitiva «altre condizioni previste dal contratto», che rafforza l’idea che la modifica debba riguardare clausole già esistenti nell’iniziale accordo e non possa consistere nell’inserimento di previsioni del tutto nuove [sul punto per tutti A. DOLMETTA, (nt. 8), 14 ss.]. Più di recente indirizzo è stato recepito e confermato anche dall’ABF nella decisione del Collegio di coordinamento, 12 dicembre 2018, n. 26498.

⁷⁹ Cfr. per l’ordinanza di rimessione ABF Milano, 6 aprile 2023. Il Collegio di coordinamento interviene infatti o su questioni di particolare importanza o che – come nel caso che ci riguarda – possano dar luogo ad orientamenti non uniformi tra i singoli collegi. Sul punto, riconoscendo al collegio di Coordinamento vera e propria funzione nomofilattica, cfr. F. SARTORI (nt. 72), 696; v. anche

Secondo un primo orientamento, prevalente tra i collegi territoriali, la modifica unilaterale di clausole a zero non sarebbe consentita, poiché «menzionare una commissione avvalorandola a costo zero almeno equivale a non imporre oneri di quel genere»⁸⁰. A questo orientamento, formatosi qualche anno addietro, aderiscono un gruppo di pronunce piuttosto recenti, che, come ben evidenziato nell'ordinanza di rimessione, pur affrontando la medesima fattispecie modificativa (incremento di clausole previste a zero), si caratterizzano per il fatto che il contratto era stato pubblicizzato come “*gratuito per sempre*”, sicché – nella prospettazione di parte ricorrente – la modifica avrebbe violato la promessa fatta in sede di promozione del servizio⁸¹.

In posizione opposta, l'orientamento minoritario⁸² riconosce nella clausola, ancorché valorizzata a zero, una condizione economica a tutti gli effetti, per cui il relativo aumento da zero a un qualsivoglia valore positivo non costituisce l'introduzione di un nuovo costo contrattuale, ma una modifica di una pattuizione già esistente, legittimamente realizzata ai sensi dell'art. 118 del testo unico.

Ebbene, nel provvedimento del Collegio di coordinamento dalla lettura del corpo motivazionale emerge piuttosto nitidamente che la soluzione fornita si fonda sull'adesione all'orientamento maggioritario, che viene fatto proprio dal Collegio, attraverso la conferma dei medesimi passaggi motivazionali e richiamando altresì una propria precedente pronuncia, resa su profili in parte diversi rispetto a quello riguardato⁸³. Tale processo di formazione della decisione induce a spostare

U. MORERA, (nt. 74), 25. In proposito si vedano anche le *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, sez. III, par. 5, che stabiliscono che «Qualora i singoli Collegi intendano discostarsi da una decisione presa dal Collegio di coordinamento, essi esplicitano nella motivazione della decisione le ragioni per le quali ritengono che le specificità del caso concreto rendono necessaria una soluzione diversa da quella a suo tempo adottata dal Collegio di coordinamento».

⁸⁰ Cfr. ABF Milano, nn. 2670/2018 e 12448/2020; 12453/2020; ABF Roma, n. 15128/2020; ABF Napoli, n. 5299/2021.

⁸¹ Cfr. ABF Bari, n. 6519/2022; ABF Bologna, n. 7495/2022, n. 262/2023 e n. 527/2023; ABF Torino, n. 16019/2022. In tali decisioni si conviene sull'interpretazione estensiva del concetto di “nuova condizione contrattuale”, ritenendo una clausola non preesistente «sia quando essa non è materialmente scritta nel regolamento contrattuale, sia quando, pur menzionata nel contratto, sia inizialmente indicata a “zero” dall'intermediario». In ABF Napoli, n. 16575/2022 si valorizza altresì il senso del valore zero di un costo che «indica e rappresenta che ciò a cui la cifra viene nel concreto riferita, è una attività, ovvero un servizio di ordine gratuito, non già oneroso e quindi non può essere dubbio che l'adozione – in corso di contratto – di un valore positivo a fronte dello svolgimento di un'attività o di un servizio, che in precedenza era valorizzato a zero, comporti il transito da un'attività o servizio di natura gratuita a un'attività o servizio di natura per contro onerosa».

⁸² Cfr. ABF Milano, n. 11292/2021; ABF Bologna, n. 14220, 2019; ABF Napoli, n. 15737/2020 e n. 2052/2022. Da ultimo si veda anche ABF Palermo, nn. 191, 194 e 203 del 2023.

⁸³ Si legge nella decisione del Collegio di Coordinamento che «va data continuità al principio di questo Collegio (n. 26498/2018) per cui “*pare corretto ritenere che non sia una semplice modifica l'introduzione ex novo di un onere, un obbligo, una controprestazione o qualsivoglia altro*».

l'attenzione sulle decisioni dei collegi territoriali da cui tale approdo indirettamente trae legittimazione.

Ebbene, dall'analisi della giurisprudenza ABF emerge che la modifica *in peius* di costi del contratto inizialmente previsti a zero non è prassi recentissima delle banche, atteso che, come si accennava, di essa vi è traccia in alcune decisioni di qualche anno fa riguardanti anche fattispecie profondamente diverse⁸⁴ da quella da cui è originata la decisione del Collegio di coordinamento. In questo primo filone di decisioni⁸⁵ si può notare che, pure a fronte dell'incremento di uno o più

termine o condizione (economica o normativa) nel contratto che non sia già previsto nell'assetto originario determinato dalle parti [...perché] tali variazioni si traducono nell'aggiunta di nuovi costi, in quanto non si pongono come mera modifica di oneri già previsti nel contratto e realizzo, così, un'alterazione del sinallagma negoziale in senso sfavorevole al cliente». In effetti, la decisione citata dal Collegio di coordinamento riguardava direttamente l'elemento del giustificato motivo in relazione alle sopravvenienze normative e, nello specifico, l'obbligo gravante sulle banche di contribuzione al Fondo di Risoluzione Unico di cui alla direttiva europea 50/2014. Tuttavia, sebbene in motivazione non venissero lesinati approfondimenti generali anche su altri elementi della disciplina del *ius variandi*, da tale decisione non possono ricavarsi indicazioni decisive rispetto alla questione in esame, atteso che nel passaggio richiamato si ribadisce che non può considerarsi modifica del contratto l'introduzione diretta o indiretta di nuove condizioni, oneri o termini che non siano già previsti dall'originario testo contrattuale, senza tuttavia approfondire cosa debba in ultima analisi considerarsi "nuovo" e cosa no, che costituisce ai nostri fini il cuore del problema.

⁸⁴ Si veda ABF Milano, n. 2670/2018, relativa alla modifica unilaterale della commissione di massimo scoperto, intervenuta in un contratto di apertura di credito. Tale clausola veniva sostituita, in seguito alla nota sopravvenienza normativa del d.l. n. 185/2009, art. 2-bis, terzo comma, da una commissione di disponibilità fondi tramite lo strumento della modifica unilaterale ed aumentata ad un valore di segno positivo. Invero, tale questione, non acquista significativo rilievo ai nostri fini, sebbene la stessa abbia per un certo periodo impegnato i collegi – non senza disparità di vedute – nell'accertare in concreto se, dietro la legittima sostituzione della clausola di massimo scoperto, non si celasse l'inserimento di nuovi costi seppur nominalmente occultati [per una ricostruzione della vicenda si veda A. CENTINI, (nt. 54), 185 ss.; S. PAGLIANTINI, (nt. 28), 192 ss.; per un approfondimento generale sulle c.m.s., si veda invece A. DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 167 ss.; A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 593 ss.].

⁸⁵ Cfr., con riguardo ad un contratto di apertura di credito, la già citata ABF Milano, n. 2670/2018; con riguardo invece all'aumento dei costi di gestione del contratto di conto corrente bancario si veda ABF Milano, n. 12448/2020 e n. 12453/2020; ABF Napoli, n. 5299/2021 e n. 15737/2020. In tutte queste decisioni l'accoglimento del ricorso viene motivato in base all'indicazione del giustificato motivo, ora perché formulato con espressioni generiche come "novità legislative e crisi finanziaria", ora perché incongruo nel non specificare il rapporto tra il fatto sopravvenuto e la proposta modifica. Si potrebbe pensare che nei casi citati il Collegio, a fronte delle violazioni macroscopiche relative all'indicazione del giustificato motivo, sia "andato sul sicuro", evitando di avventurarsi nella spinosa questione della modifica della clausola a zero. Tale ipotesi, tuttavia, è smentita da alcune decisioni di segno opposto, sempre relative a casi di modifica *in peius* di clausole a zero, laddove, a fronte della corretta formulazione del giustificato motivo, il ricorso viene rigettato, senza nulla rilavare con riguardo al fatto che la modifica del costo

costi del servizio da zero a valori positivi, il provvedimento di accoglimento dell'Arbitro si fonda quasi sempre sul corretto adempimento della condizione del giustificato motivo, talvolta formulato in modo vago, talvolta giudicato non congruo rispetto alla modifica apportata. In altre parole, la soluzione di tali controversie verte sul presupposto fondamentale (v. § precedente) del giustificato motivo, valorizzando, anche a fronte della sopravvenuta onerosità di una prestazione inizialmente prevista come gratuita, un profilo assai diverso dall'ambito oggettivo di estensione del potere di modifica unilaterale, cui i Collegi, al più, si limitano ad accennare con meri *obiter dictum*⁸⁶.

Tale circostanza appare significativa, ove si osservi che qualche anno dopo la questione del *ius variandi* di clausole a zero viene nuovamente sottoposta all'ABF, in relazione al canone di conti corrente bancari promossi dall'intermediario come "gratuiti per sempre" (circostanza peraltro enfatizzata tanto in fatto dal ricorrente, quanto in diritto nelle decisioni in relazione all'affidamento "tradito" del cliente); e in tali occasioni l'Arbitro sembra far uso degli stessi spunti argomentativi forniti in precedenza dai collegi nella forma di affermazioni incidentali, elevandoli stavolta a punti fondanti la soluzione di accoglimento⁸⁷.

Si ha quindi la sensazione che sia stata proprio la circostanza – tanto deprecabile quanto fuorviante – della pubblicità probabilmente ingannevole sulle condizioni del contratto⁸⁸ a risvegliare l'interesse dell'Arbitro sulla questione della

del canone annuo da zero ad un valore positivo potesse integrare una nuova clausola (cfr. ABF Napoli, n. 13027/2020; ABF Torino, n. 945/2020).

⁸⁶ Nella già citata decisione ABF Milano, n. 2670/2018 (v. *supra*, nt. prec.) – risolta come detto sulla base della incongruità e della non specificità del giustificato motivo – la questione della clausole a zero – a quanto è dato sapere – fa la sua prima apparizione in un *obiter dictum* in cui si legge che «Ora è vero che nel contratto de quo viene menzionata la CMS, ma non è chi non veda come menzionare una commissione avvalorandola a costo zero almeno equivalga a non menzionarla affatto, ove non sia addirittura espressione di un preciso impegno contrattuale a non imporre oneri di quel genere». Lo stesso avviene nella decisione ABF Milano, n. 12448/2020, in cui il Collegio accoglie il ricorso rilevando che «gli eventuali costi a carico dell'intermediario generati dalle predette voci di spesa, non sono però in alcun modo correlati alla variazione apportata unilateralmente mediante l'inserimento della voce di costo del canone del conto corrente», salvo successivamente precisare, in un passaggio a margine della decisione, che «secondo il Ministero dello sviluppo economico, le modifiche unilaterali di cui all'art. 118 del T.U.B. non possono comportare l'introduzione di clausole nuove (cfr. la nota del 21 febbraio 2007 del Ministero dello sviluppo economico); tale pare proprio essere l'introduzione del costo del canone del conto corrente che si risolve nell'inserimento di una nova voce di spesa non concordata e non prevista originariamente tra le parti». Lo stesso avviene anche in ABF Milano, n. 12452/2020.

⁸⁷ Cfr. ABF Bari, n. 6519/2022; ABF Bologna, nn. 262/2023, 7495/2022 e 527/2023; ABF Torino, n. 16019/2022; ABF Milano, n. 4882/2022. Il collegamento tra queste decisioni e il primo gruppo si esprime invero sia in senso formale, alla luce del richiamo espresso contenuto nel testo della decisione (cfr. ABF Milano, n. 4882/2022 che cita l'orientamento espresso in ABF Milano, n. 12453/2020), sia in senso sostanziale nel ricorso agli stessi argomenti a sostegno della soluzione fornita.

⁸⁸ Tale sensazione si fonda sulla circostanza che in un primo momento la questione delle modifiche a zero passava quasi inosservata nelle pronunce dell'Arbitro sia di accoglimento, sia di

modifica delle clausole a zero, e, per altro verso, che in questo più recente filone di decisioni i Collegi, in ossequio ad un atteggiamento ultra protettivo nei confronti della clientela⁸⁹, abbiano accolto i ricorsi con motivazioni che – si anticipa – appaiono poco convincenti, trovando utile “sponda” nelle precedenti per quanto incidentali statuizioni.

Per tali ragioni, una volta sottoposta la questione al Collegio di coordinamento, sarebbe forse stato preferibile, anche in ragione dell’effetto conformativo tipico di tali decisioni, un maggiore approfondimento di quegli argomenti su cui si fonda la soluzione rassegnata dal Collegio, che invece, al netto di taluni passaggi esplicativi, si sono trasformati da meri *obiter dictum* a principio di diritto, ponendo, limitatamente alla questione in oggetto e a prescindere dalla correttezza nel merito, qualche dubbio sulla solidità di tale “formante”.

5. Ancora sulle modifiche unilaterali delle clausole valorizzate a zero. “Essere o non essere”: è questo il problema?

A questo punto non resta che affrontare nel merito la questione che, sia per i connessi profili giuridici, che per l’attualità dei risvolti pratici, suscita in effetti vivo interesse.

Dalla decisione del Collegio di coordinamento si ricava che la soluzione contraria alla modifica di clausole a zero si fonda sulla suddetta interpretazione estensiva del requisito della novità della previsione contrattuale e sul mutamento della

rigetto, e sembra confermata altresì dall’enfasi con cui il decidente talvolta si riferisce a tale profilo. In effetti, in alcune decisioni viene accertata la circostanza del ricorso dell’intermediario a forme di pubblicità fuorvianti per la promozione del prodotto, che recitavano “gratuito per sempre”; circostanza confermata dal procedimento avviato dell’AGCM che ha portato all’eliminazione di detti annunci dal sito dell’intermediario senza sanzioni (cfr. AGCM, 12 luglio 2022 n. 30329). Tale aspetto, che non dovrebbe acquisire rilevanza diretta rispetto all’accertamento del corretto esercizio del *ius variandi*, contribuisce nondimeno a destare l’attenzione dell’Arbitro sulla modifica delle clausole a zero, atteso che anche in sede di proposizione del ricorso la contestazione si riferisce proprio alla incongruità della modifica, non più rispetto al giustificato motivo, bensì rispetto agli annunci promozionali.

⁸⁹ Atteggiamento che, se esasperato, potrebbe portare ad un’errata percezione dell’ABF, più come “approdo consolatorio” dei clienti insoddisfatti dalle prestazioni degli intermediari, che come strumento di imparziale risoluzione delle controversie in materia bancaria [in tal senso si veda anche U. MORERA, (nt. 74), 25]. Si tratta di un aspetto delicato, sul quale è lo stesso collegio di Milano nell’ordinanza di rimessione a sollevare l’attenzione: «limitarsi ad affermare che valorizzare a “zero” una condizione contrattuale equivale a non scrivere tale clausola nel regolamento (con conseguente impossibilità per l’intermediario di procedere unilateralmente alla modifica del parametro contrattuale), implica un eccesso di protezione della clientela, che pare mal conciliarsi con le altre tutele espressamente previste dall’ordinamento» (così ABF Milano, ord. 6 aprile 2023).

natura della prestazione che, per effetto della modifica unilaterale, da gratuita diventa onerosa.

Anzi, la decisione sembra mettere in collegamento tali circostanze, atteso che la variazione da gratuito ad oneroso, determinando una “*complessiva alterazione dell’originario quadro economico convenuto dalle parti*”, giustifica un’applicazione estensiva del divieto di valersi del potere unilaterale di modifica del contratto per introdurre surrettiziamente clausole nuove.

Ebbene, tale ragionamento mette in relazione due chiavi di lettura del problema che invece sembra preferibile tenere distinte. Invero, la questione della legittimità della modifica peggiorativa delle condizioni economiche valorizzate a zero può essere analizzata o attraverso un criterio che potremmo definire funzionale, legato alla natura della prestazione, secondo il binomio titolo oneroso/titolo gratuito, o facendo ricorso al criterio strutturale, che, guardando al contenuto del contratto, distingue l’introduzione di condizioni nuove dalla modifica di clausole già esistenti.

Facendo ricorso al criterio funzionale, si attribuisce rilevanza decisiva al suddetto passaggio della prestazione dedotta nella clausola da gratuita ad onerosa, sia perché la commissione valorizzata a zero non inciderebbe sull’iniziale equilibrio sinallagmatico frutto dell’accordo delle parti⁹⁰, sia perché l’incremento di un costo in origine previsto a zero connoterebbe la condotta della banca di un particolare disvalore rispetto all’affidamento riposto dal cliente sulla gratuita del servizio⁹¹.

La prima affermazione, invero, scaturisce da un’interpretazione del contratto e dell’offerta poco convincente, che consiste nel ritenere una determinata clausola contrattuale *tamquam non esset*, sol perché il valore della prestazione in essa dedotta sia indicato a zero, definendola appunto emblematicamente una “*non commissione*”⁹². In proposito, si osserva che – al di là di ogni opportuna preci-

⁹⁰ Così si legge in ABF Bologna, n. 536/2023 «l’aggiustamento del sinallagma contrattuale nel corso del rapporto deve avere ad oggetto le stesse variabili che hanno concorso a formare l’equilibrio iniziale; a questi fini, una commissione pari a zero è una “non commissione” nel senso che essa non incide sull’equilibrio originario e un suo innalzamento in campo positivo equivale in realtà a una nuova commissione» In senso conforme si vedano le altre decisioni già citate e richiamate anche dal Collegio di coordinamento: ABF Bari, n. 6519/2022; ABF Bologna, nn. 7495/2022, 262/2023; 527/2023; ABF Torino, n. 16019/2022.

⁹¹ Come si evince da un passaggio della decisione del Collegio di coordinamento in cui si afferma che: «deve apprezzarsi la differenza, anche per legittimi profili di affidamento, tra il rendere oneroso un servizio prima gratuito (la gestione informatica del conto) e maggiorare l’onere di un servizio già oneroso (la gestione presso la filiale e l’intervento di personale della banca)».

⁹² Ragionamento, che suscita qualche perplessità, ma che appare nondimeno avallato non solo dai collegi territoriali, nelle decisioni in cui negano ogni incidenza della clausola valorizzata a zero sull’originario sinallagma contrattuale (v. nt. 90), ma anche dallo stesso Collegio di coordinamento, laddove nell’enunciazione del principio di diritto in calce alla decisione si legge: «ove la valorizzazione a zero di un costo sia indicativa di un servizio non fornito dall’intermediario

sazione sulla valenza dell'indicazione zero quale espressione positiva di un valore o di una misura e non quale sinonimo di inesistenza, del “non essere”⁹³ – ritenere una commissione indicizzata a zero una “non commissione” evidenzia l'erronea prospettiva di considerare la relativa clausola solo dal punto di vista della prestazione del cliente che sarebbe tenuto a pagare – o, nel caso di valorizzazione a zero, a non pagare – il corrispettivo, senza invece dare rilievo al contenuto del servizio dedotto nella clausola, che integra appunto la prestazione della banca.

(enfasi aggiunte), la relativa modifica unilaterale *ex art. 118 T.U.B.* equivale all'inserimento di una nuova clausola originariamente non prevista dal contratto. Quest'ultima, in quanto tale, è illegittima». Non convince in effetti l'interpretazione che, nel caso all'attenzione del Collegio, viene fornita delle caratteristiche dell'offerta contrattuale, che nondimeno sono risultate – si legge testualmente – “dirimenti” ai fini della decisione. Dalla ricostruzione del fatto si evince che al cliente erano state offerte due opzioni di conto corrente bancario, una “*senza assistenza in filiale*”, a costo zero, che consentiva di operare gratuitamente tramite i canali digitali della banca, prevedendo il pagamento delle sole operazioni effettuate in filiale; l'altra “*con assistenza in filiale*”, che, a fronte di un corrispettivo periodico (canone), permetteva al cliente di disporre un numero illimitato di operazioni gratuite tramite tutti i canali della Banca, sia online che fisici. Tale prospettazione sembra abbia fuorviato il decidente che, con riguardo all'opzione “a zero” scelta dal cliente, ha ricollegato la mancanza di un corrispettivo all'assenza di una controprestazione da parte dell'intermediario (si veda il passaggio a pagina 10 del provvedimento del Collegio di Coordinamento). Tale valutazione appare poco convincente, atteso che ciò che differenzia le due opzioni sono le diverse prestazioni dedotte, che in un caso comprendono, a fronte di un corrispettivo in denaro, i canali “fisici” della banca, mentre nell'altra solo quelli online. In altre parole, in entrambe le opzioni la prestazione dei servizi bancari attraverso i canali online è gratuita, per cui la modifica, che nell'opzione a costo zero determina l'aumento del canone di gestione annuo, *non introduce un costo nuovo quale corrispettivo di un servizio non fornito* – come sembra intendere il Collegio – bensì *modifica il prezzo di una prestazione prevista ed effettivamente erogata dalla banca*. Tutt'al più, al fine di valutare la fondatezza della modifica anche rispetto al giustificato motivo, sarebbe interessante verificare se tale incremento del canone, riguardando in effetti i servizi online della banca, abbia interessato allo stesso modo anche i contratti con l'opzione “*con assistenza in filiale*”, rispettando la condizione di pari trattamento di tutti i clienti per servizi analoghi.

⁹³ Per interessanti spunti al riguardo cfr. U. MORERA, (nt. 74) 28, che, partendo dall'etimologia della parola zero, ne ricostruisce il significato, anche rispetto alla sua portata espressiva nell'uso corrente. Peraltro, in una recente iniziativa convegnistica, uno dei relatori affermava emblematicamente che considerare il valore zero quale espressione del non essere «sorvola grossolanamente su qualche secolo di filosofia matematica» (così si è espresso il prof. Antonio Gambaro durante il convegno *Il diritto bancario nell'oggi*, tenutosi a Milano tra il 19 e il 20 ottobre 2023). Un opportuno riferimento per la corretta interpretazione del termine zero, restando nel campo della filosofia classica, potrebbe venire da Platone, il quale con riflessioni di incredibile lungimiranza si avvicinò al significato attuale della parola “zero”, riformando la concezione stessa di “non-essere”, da intendersi non più come il “nulla” ma come il “diverso”, come un'altra modalità dell'essere. Tornando alla questione in esame, la valorizzazione a zero di un costo, se riferito ad una prestazione effettivamente prestata da una delle parti, non va intesa come “non essere” ma parafrasando Platone come un'altra modalità (cioè gratuita) dell'essere (ovvero la prestazione di gestione del conto corrente bancario).

In definitiva, la previsione contrattuale di una voce di costo costituisce l'indicatore dell'accordo tra le parti sul prezzo di un determinata prestazione – nel caso riguardato la gestione del conto corrente – con la conseguenza che, laddove tale voce sia riferita a zero, tale valore esprime esclusivamente la gratuità della corrispondente prestazione – che quindi viene corrisposta da una parte in assenza di corrispettivo da parte del cliente (controprestazione) – e non l'assenza di quest'ultima, che altrimenti non sarebbe neppure dovuta dalla banca⁹⁴.

Sempre dal punto di vista funzionale, appare altresì poco convincente valorizzare la tutela dell'affidamento del cliente sull'immodificabilità dell'iniziale condizione di gratuità della prestazione; soluzione che sembra riconnettersi alle accennate prassi promozionali delle banche⁹⁵, che – ove emergessero profili di illiceità – andrebbero affrontate attraverso gli strumenti propri di quel settore normativo⁹⁶, e che inoltre appare priva di fondamento, non potendosi considerare legittimo l'affidamento del cliente, stante la previsione della clausola attributiva del *ius variandi* e la specifica approvazione per iscritto della stessa⁹⁷.

Peraltro, anche ove si volesse effettivamente attribuire valore determinante all'affidamento riposto dal cliente sulla veridicità di messaggi volti a promuovere la stabilità nel tempo del carattere gratuito del servizio, il vizio ricadrebbe nel momento genetico del rapporto e potrebbe trovare tutela negli strumenti previsti dalla disciplina generale dei contratti – per esempio invocandone l'annullamento per errore essenziale (artt. 1428 e 1429, primo comma, n. 1.)⁹⁸ – e non

⁹⁴ Considerazione che trova adesione da parte dei pochi autori che hanno affrontato la questione [cfr. diffusamente U. MORERA, (nt. 74), 29 ss., e per un accenno A. MIRONE, *sub art. 118*, (nt. 10), 1358, e nt. 68].

⁹⁵ V. *supra*, nt. 88.

⁹⁶ Semplicemente, si osserva che qualora emergano prassi di pubblicità scorretta o ingannevole da parte degli intermediari, in relazione alla promozione di condizioni contrattuali favorevoli per il cliente, queste dovranno essere sottoposte alla Autorità antitrust ed eventualmente corrette secondo i rimedi (inibitori o propriamente sanzionatori) previsti dalla relativa disciplina. Occorre quindi evitare che, per reprimere casi più o meno isolati di pubblicità ingannevole, si finisca per applicare soluzioni interpretative fortemente penalizzanti per tutti gli intermediari nel limitare la possibilità di modifica unilaterale delle condizioni economiche del contratto anche se indicizzate a zero, considerato che quest'ultime potrebbero rispondere nel momento genetico del rapporto a legittime strategie commerciali e successivamente ad altrettanto legittime esigenze di manutenzione del contratto.

⁹⁷ Rilievo, in verità, ben colto anche dal collegio di Milano nella citata ordinanza di rimessione (v. *supra*, nt. 79).

⁹⁸ Il cliente, dimostrando il carattere decettivo dei messaggi pubblicitari dell'intermediario e il nesso causale rispetto alla decisione di concludere il contratto, potrebbe richiederne l'annullamento, invocando l'errore essenziale sulla natura del contratto che pensava – con una certa dose di approssimazione – fosse per sempre gratuito. Tutt'al più, si evidenzia che tale forma di tutela esulerebbe dalla competenza dell'ABF, che non può emettere pronunce costitutive, e dovrebbe

nella disciplina del *ius variandi*, che riguarda invece la fase di esecuzione del rapporto.

6. Considerazioni conclusive.

Scartato il criterio sulla natura della prestazione dedotta in contratto, sembra che la soluzione del problema vada ricercata sul piano strutturale, facendo ricorso al criterio che valorizza la distinzione tra novità e semplice modifica del contenuto dell'accordo⁹⁹, invero già sotteso alla disciplina dell'istituto come specificato dalle disposizioni della Banca d'Italia e dai chiarimenti del Ministero¹⁰⁰.

Si tratta di una regola che valorizza l'aspetto formale del contratto, in ossequio ad esigenze di certezza del diritto, atteso che, ai fini della sua corretta applicazione, il più delle volte è sufficiente confrontare il testo contrattuale prima e dopo la modifica, verificando se attraverso il procedimento di cui all'art. 118 non siano state inserite clausole nuove. Tale regola, che così declinata potrebbe essere tacciata di eccessivo formalismo, appare in realtà in linea con il principio di completezza del contratto espresso all'art. 117, quarto comma¹⁰¹, del testo unico, in virtù

essere richiesta dinanzi al tribunale; il che, alla luce dell'esiguo valore che caratterizza sovente tali controversie, rende in effetti tale soluzione in concreto difficilmente percorribile.

⁹⁹ Guardando al dato comparatistico, non sembra che la questione della variazione *in peius* di clausole valorizzate a zero sia stata oggetto di specifica attenzione nella materia delle modifiche unilaterali del contratto. Ad ogni modo è interessante notare che, negli ordinamenti in cui, attraverso le azioni di classe, si attua un severo controllo sulla legittimità delle prassi seguite dagli intermediari, la questione delle modifiche unilaterali non viene mai affrontata nei termini afferenti la natura della prestazione (a titolo oneroso/gratuito) – anche quando la variazione comporta l'incremento di costi inizialmente previsti a zero – venendo piuttosto valorizzata, sia per le condizioni economiche, che per quelle normative, la differenza tra l'introduzione di una nuova condizione o la modifica di condizioni preesistenti, attraverso il criterio della ragionevolezza, considerando illegittima l'introduzione di clausole nuove, poiché ciò che è nuovo non rientra nell'aspettativa ragionevole del cliente. Si veda per gli Stati Uniti, il *leading case*, *Badie v. Bank of Am.*, 79 Cal. Rptr. 2d 273, 277 (Ct. App. 1998), in cui tale criterio viene introdotto, seppur con riguardo all'inserimento attraverso modifica unilaterale di una clausola compromissoria. La c.d. *Badie doctrine* è stata poi estesa dalle corti anche alle modifiche di condizioni economiche [sul punto cfr. D. HORTON, (nt. 45), 623 ss.; 627 e 629].

¹⁰⁰ V. *supra*, nt. 78.

¹⁰¹ La norma dell'art. 117, quarto comma, va letta in combinato disposto con l'attuale formulazione dell'art. 118 che – ammettendo l'esercizio del *ius variandi* per «i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto» (e non più per «i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto») – non consente più di ritenere che la banca possa evitare l'applicazione dei meccanismi sostitutivi previsti dall'art. 117, settimo comma, esercitando il potere di variazione unilaterale di cui all'art. 118, atteso che in caso di omessa indicazione, risulterà comunque necessario ottenere il consenso espresso del cliente alla previsione integrativa di condizioni economiche mai pattuite fra le parti. [sul punto cfr. A. MIRONE, *sub* art. 117, in *Commento al testo unico*, (nt. 10)]. Pertan-

del quale devono essere indicati, oltre al tasso d'interesse, «ogni altro prezzo e condizione praticati», contribuendo a responsabilizzare il cliente rispetto al contenuto nominalistico dell'accordo¹⁰².

Se quindi dalla lineare applicazione dell'art. 118 del T.U.B. deriva la legittimità delle modifiche unilaterali riguardanti le condizioni “previste del contratto”, non sembra che la fattispecie delle clausole valorizzate a zero possa giustificare un adattamento – *rectius* una deroga¹⁰³ – di tale regola, non solo per le ragioni già esposte ma anche considerando i possibili corollari applicativi di tale soluzione.

E infatti, impostando il ragionamento scevro dai profili legati all'influenza di eventuali artifici pubblicitari, la tesi che propugna l'illegittimità delle modifiche unilaterali delle clausole valorizzate a zero determinerebbe un'ingiustificabile disparità di trattamento tra variazioni di condizioni economiche nominalisticamente identiche ma diverse quanto al valore di partenza. In altre parole, avallando la tesi del Collegio di coordinamento, si avrebbe, che il medesimo incremento di un costo contrattuale – ipotizziamo per esempio di 6 euro – sarebbe legittimo se riferito ad una commissione già espressa in un valore positivo (si pensi ad un aumento da 6 a 12 euro su base trimestrale) e illegittimo, qualora la relativa commissione fosse inizialmente valorizzata a zero, così penalizzando paradossalmente l'intermediario che al momento della stipula avesse applicato condizioni più favorevoli al cliente.

Parimenti insoddisfacente sarebbe, inoltre, in relazione alla modifica di clausole a zero, “tagliare” la regola che distingue tra condizioni nuove e modifica di condizioni già previste, attraverso il criterio sostanzialistico, più volte evocato

to – al di là del rilievo per cui la clausola a zero se corrispondente ad una prestazione effettivamente dedotta del contratto costituisce a tutti gli effetti una “condizione praticata” ai sensi dell'art. 117, quarto comma – sarebbe comunque eccessivamente penalizzante per l'intermediario trattare l'indicazione di una clausola a zero alla stregua di un'omessa indicazione, così scoraggiando, peraltro, iniziative commerciali favorevoli alla clientela. Né convince l'obiezione dell'ABF secondo cui ammettendo la modifica unilaterale di clausole a zero si realizzerebbe una “completezza” solo precaria (cfr. ABF Roma, n. 15128/2020), considerato che tale principio trova la sua *ratio* nell'esigenza di determinabilità dell'oggetto e del contenuto del contratto e non nella sua immodificabilità nel tempo, che è comunque presidiata dalla necessità del giustificato motivo [cfr. P. SIRENA, (nt. 16), 264].

¹⁰² In una prospettiva di trasparenza, risulta infatti evidente che il cliente non può ritenersi di per sé “sorpreso” dalla modifica di una voce economica già presente nel testo del contratto, dovendo piuttosto al momento della stipula prestare attenzione anche alle clausole valorizzate a “zero”, in funzione del possibile esercizio del potere di modifica unilaterale da parte della banca.

¹⁰³ Considerare una condizione “a zero”, ancorché prevista dal contratto, come una clausola non esistente, si da far valere in caso di successivo aumento la violazione del divieto di introdurre nuove condizioni tramite il procedimento di cui all'art. 118 T.U.B., costituisce più che un adattamento del disposto della norma quasi una deroga al principio da questa espresso, che non appare giustificata né dal descritto quadro di disciplina né dagli interessi in rilievo nel caso di specie.

dall'Arbitro¹⁰⁴, per cui si considerano alla stregua dell'introduzione di clausole nuove quelle variazioni che «incidono in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura». Tale criterio, che infatti trova origine in relazione a problemi assai diversi¹⁰⁵, mal si presta ad essere adattato alla questione in oggetto, sia per il difficile apprezzamento in concreto della condizione della “sostanziale incidenza sull'equilibrio contrattuale”, che appare peraltro sganciata dalla circostanza della valorizzazione a zero di una condizione economica¹⁰⁶, sia perché, come è stato rilevato, rischia di confondere il piano afferente all'ambito di applicazione del *ius variandi*, ed in particolare l'oggetto della modifi-

¹⁰⁴ Cfr. ABF Napoli, n. 396/2011; ABF Milano, n. 1298/2010, e ABF Coll. Coord., n. 26498/2018, laddove l'Arbitro sembra proporre un'ibridazione della regola iniziale, in funzione dell'incidenza della variazione sul complessivo equilibrio del sinallagma contrattuale. In tale pronuncia, peraltro richiamata, dal Collegio di Coordinamento nella decisione da ultimo resa sulla questione delle clausole a zero si legge che «pare corretto ritenere che non sia una semplice modifica l'introduzione *ex novo* di un onere, un obbligo, una controprestazione o qualsivoglia altro termine o condizione (economica o normativa) nel contratto...[perché] tali variazioni si traducono nell'aggiunta di nuovi costi, in quanto non si pongono come mera modifica di oneri già previsti nel contratto e realizzano, così, un'alterazione del sinallagma negoziale in senso sfavorevole al cliente».

¹⁰⁵ Tale criterio fu infatti coniato dall'ABF (v. *supra*, nt. prec) e suggerito da una parte della dottrina [v. S. PAGLIANTINI, (nt. 28), 193] in occasione della vicenda relativa all'applicazione della «*commissione di massimo scoperto*» e della «*commissione di messa a disposizione fondi*» dichiarate nulle per effetto dell'art. 2-bis d. l. 29 novembre 2008, n. 185, che allo stesso tempo consentiva alle banche di adeguare unilateralmente i contratti in corso, adducendo la novella normativa come giustificato motivo di modifica (per alcuni riferimenti dottrinali v. *supra*, nt. 84). In quell'occasione, invece assai peculiare, il criterio formale che distingueva tra condizioni nuove e modifica di clausole preesistenti risultava insoddisfacente rispetto alla prassi delle banche di sostituire, in virtù del regime transitorio, le vecchie clausole “cassate” dal legislatore con nuove previsioni; da qui l'esigenza, avvertita con una certa urgenza, di andare oltre il dato formale per valutare in concreto se dietro il meccanismo sostitutivo – legittimato dalla novella – non si celasse l'introduzione illegittima di nuovi costi inizialmente non previsti, che portò l'Arbitro ad indagare “l'incidenza sostanziale della modifica” sull'originario equilibrio del contratto. Ebbene è evidente che la questione di cui sopra risulta radicalmente diversa da quella della variazione di clausole a zero, in cui formalmente non vi è alcuna introduzione di nuove previsioni, ma solo l'incremento del valore di condizioni già previste, essendo quindi difficile ipotizzare che quest'ultima possa trovare soluzione mediante il ricorso al medesimo criterio interpretativo.

¹⁰⁶ Al di là delle difficoltà nel valutare caso per caso quando un intervento di modifica unilaterale del contratto realizzi una “sostanziale alterazione” del sinallagma, tale effetto sembra a chi scrive del tutto scollegato dalla circostanza dell'iniziale valorizzazione a zero di un determinato costo del contratto. È ben possibile infatti incidere in modo sostanziale sull'equilibrio iniziale anche attraverso la modifica di una clausola espressa in valori positivi (che sarebbe, secondo questo ragionamento, lecita), così come si possono ipotizzare incrementi minimi di costi valorizzati a zero (ad es. da 0 a 2 euro su base annua) che pur alterando la natura di quella prestazione – che da gratuita diventa onerosa – non alterano sensibilmente l'equilibrio del contratto così come convenuto tra le parti al momento della stipula.

ca, con la dimensione del giustificato motivo¹⁰⁷. Diverse pronunce dell'ABF, testimoniano, in effetti, la tendenza ad una certa sovrapposizione concettuale¹⁰⁸, allorché in taluni casi, a fronte di un aumento dei costi scaturente dal recepimento di una normativa sopravvenuta, è stata considerata come “clausola nuova” la modifica di un onere già previsto dal contratto, (sol) perché realizzata per ragioni diverse da quelle descritte nel giustificato motivo¹⁰⁹.

Certo, non può escludersi *a priori* che talvolta il criterio formale non sia sufficiente, da solo, a fondare un giudizio esaustivo sulla *novitas* di una determinata condizione contrattuale, ai fini della corretta applicazione dell'art. 118 T.U.B., dovendo ad esso supplire una valutazione in senso sostanziale sull'oggetto e sulle finalità della modifica: si pensi alla già evocata vicenda relativa alle commissioni di massimo scoperto, ove l'adeguamento suggerito dal legislatore alle nuove disposizioni ha posto l'esigenza, in sede di verifica del corretto esercizio del potere di modifica, di andare oltre la nomenclatura di una determinata voce di costo, per verificare se dietro il meccanismo sostitutivo non si celasse l'introduzione di nuovi oneri inizialmente non previsti, ovvero la reintroduzione, sotto altra veste, di commissioni analoghe a quelle dichiarate nulle¹¹⁰.

¹⁰⁷ In tal senso si veda A. MIRONE, *La trasparenza*, (nt. 10), 99, e nt.11, il quale evidenzia la possibile sovrapposizione delle due questioni, atteso che la verifica sull'eventuale abuso da parte della banca del *ius variandi*, nel senso di aumentare la remuneratività del contratto a scapito del cliente, trova la sua sede naturale nel giudizio di congruità sul giustificato motivo, restando preferibile attenersi, pur con un certo margine di elasticità, al profilo strutturale, considerando “nuova” e quindi inammissibile *a priori* soltanto la previsione la cui introduzione non è collegata neanche indirettamente ad altre modifiche, soppressioni o integrazioni del contratto.

¹⁰⁸ Cfr. ABF Torino, n. 4585/2017 e ABF Torino, n. 18112/2018, ove si legge «Integra gli estremi dell'aggiunta di clausola nuova (quindi, vietata) anche l'incremento di un onere (già previsto dal contratto) per scopi esulanti da quelli per cui quell'onere era stato pattuito fra le parti. L'introduzione di una clausola nuova, in un simile contesto, sarebbe solo surrettiziamente mascherata dalla formale modifica di una clausola preesistente». Nel caso affrontato dall'Arbitro, con riguardo ad un contratto di conto corrente bancario, l'intermediario giustificava, con l'obbligo di contribuzione al Fondo di risoluzione unico introdotto dalla normativa europea, un incremento dei costi indicati alla voce “spese annue per conteggio interessi e competenze”, che non risultava in alcun modo correlato alla sopravvenienza normativa. In tal caso è evidente che la violazione non sia integrata dal superamento dell'ambito oggettivo di applicazione del *ius variandi* – nel senso di realizzare l'introduzione di una clausola nuova – bensì dalla mancanza – intesa in senso ampio come incongruità, genericità, incoerenza, sproporzionalità, – di un giustificato motivo a sostegno dell'iniziativa di modifica di una condizione effettivamente già prevista dal contratto e quindi già oggetto di accordo tra le parti.

¹⁰⁹ Equivoco poi superato con la già citata pronuncia del Collegio di coordinamento n. 26498/2018, in cui è stato chiarito il rapporto tra il giustificato motivo, le sopravvenienze normative e la valutazione sulla modifica di condizione preesistenze/introduzione di clausola nuova, ai fini del legittimo esercizio del *ius variandi*.

¹¹⁰ V. *supra*, ntt. 84 e 105. In quel caso, peraltro, era la stessa norma di cui al primo comma dell'art. 2-bis della l. n. 2/2009 a suggerire il superamento del dato formale, dichiarando nulle le clausole, *comunque denominate*, che prevedevano un meccanismo di remunerazione analogo a quel-

Parimenti, in materia di credito al consumo, ove, diversamente dalla disciplina interna sugli affidamenti e gli sconfinamenti (art. 117-*bis* T.U.B.), il costo dei relativi contratti è suddiviso in diverse commissioni (cfr. art. 10, par. 2, dir. 2008/48 ora transitato nell'art. 10, par. 2, 3 e 4, dir. 2023/2225), un'eventuale iniziativa degli intermediari di modifica unilaterale del contratto nel senso di accorpate in un'unica clausola "nuova" diverse commissioni, potrebbe superare il controllo di legittimità rispetto alla disciplina di cui all'art. 118 T.U.B., trattandosi di una "novità" meramente formale ed avuto riguardo alle finalità di semplificazione e di trasparenza delle condizioni contrattuali perseguite tramite lo strumento del *ius variandi*¹¹¹.

Ma si tratta, a ben vedere, di ipotesi diverse da quella in esame e ad essa non assimilabili, in quanto in un caso, l'introduzione di nuove condizioni economiche era "giustificata" dal venir meno delle clausole dichiarate nulle dal legislatore, connotando, in quella specifica occasione, l'esercizio del *ius variandi* di una funzione sostitutiva, più che di mera modificazione; nell'altro caso ipotizzato invece, non si avrebbe vera e propria introduzione di una nuova condizione, allorché la modifica mantenesse invariato il contenuto del contratto sia in senso quantitativo, che qualitativo, circoscrivendo l'elemento di novità alla mera indicazione unitaria anziché differenziata dei diversi oneri già previsti.

lo delle commissioni di massimo scoperto cassate dal legislatore, richiedendo altresì l'adeguamento entro un termine piuttosto breve di tutti i contratti in corso, mediante il procedimento di modifica unilaterale. Così, a fronte delle numerose iniziative di adeguamento da parte degli intermediari e del copioso contenzioso che ne derivò in sede arbitrale, l'orientamento prevalente dell'ABF fu quello di riconoscere la possibilità per le banche di servirsi del *ius variandi* per sostituire la commissione di massimo scoperto con altri tipi di clausole basate sulla remunerazione dell'affidamento. Sul punto cfr. G. OLIVIERI, (nt. 21) 124 s.; sugli effetti del controverso regime transitorio introdotto dall'art. 2-*bis* della l. n. 2/2009 si veda diffusamente M. CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009 e della l. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 182 ss.

¹¹¹ Una modifica unilaterale che accorpasse in un'unica clausola più commissioni inizialmente indicate separatamente (ad es. spese incasso rata, commissioni di istruttoria, spese di gestione del conto) – sempre che la relativa descrizione dia conto delle diverse voci componenti l'ammontare indicato – pur inserendo una previsione formalmente estranea rispetto all'originario testo del contratto, potrebbe nondimeno ritenersi legittima, dal momento che essa non comporterebbe l'introduzione di nuovi oneri o condizioni, ma si limiterebbe a modificare la struttura del contratto, in funzione di una maggiore chiarezza e concisione del suo contenuto (si veda in proposito l'art. 125-*bis* del T.U.B. che richiede che le informazioni siano contrattuali siano indicate in modo *chiaro e conciso*, o ancora le nuove disposizioni di cui agli artt. 9 e 10 della direttiva 2023/2225 che pongono dei limiti di estensione dei contratti di credito al consumo). In altre parole, in tale ipotesi, la valutazione sulla *novitas*, ai fini della del corretto esercizio del *ius variandi*, non potrebbe arrestarsi al dato formale della nomenclatura – che pure denoterebbe una clausola "nuova" in luogo delle originarie condizioni "accorpate" – dovendosi inevitabilmente estendere anche al contenuto della previsione oggetto della modifica, che laddove rimanesse lo stesso – al netto del riordino delle condizioni già concordate dalle parti – rientrerebbe nei limiti previsti dall'art. 118 T.U.B.

In definitiva, con riguardo alla questione in esame, si potrebbe concludere nel senso che “*la forma è sostanza*”, in quanto solo il criterio formale conserva, a differenza delle altre soluzioni ipotizzate, non solo un significativo livello di certezza nell’applicazione del diritto, ma anche un’ apprezzabile capacità distintiva di fattispecie effettivamente diverse, quale l’introduzione *ex novo* di clausole non previste e non collegate ad altre condizioni del contratto, e la modifica – qualunque sia il valore inizialmente convenuto dalle parti – di clausole già oggetto dell’iniziale accordo, che contribuiscono, anche quando inizialmente indicizzate a zero, a definire il complessivo equilibrio tra le prestazioni dedotte nel contratto¹¹².

Peraltro, vietare *tout court* la modifica unilaterale di clausole a zero porterebbe verosimilmente le banche ad indicare i relativi costi a valori superiori allo zero ma comunque esigui o simbolici (si pensi ad un canone di gestione del conto previsto a 0,10 euro o 0,50 su base mensile), rendendo a quel punto molto difficile – al fine di valutare la legittimità di eventuali modifiche unilaterali – discernere quando tale valore sia espressione legittima della libertà di determinazione del prezzo tra le parti e quando si tratti invece di un espediente per aggirare il divieto.

Certo, è vero anche che ammettere, sempre e in ogni caso, che la semplice indicazione nel contratto di una condizione economica consenta all’intermediario di aumentare unilateralmente gli importi addebitati alla clientela può essere foriero di iniziative commerciali opportunistiche; così la generalizzata valorizzazione a zero di una molteplicità di voci economiche applicate dall’intermediario al rapporto con il cliente potrebbe essere finalizzata all’iniziale acquisizione di clientela, con la programmata intenzione di modificare, alla prima occasione utile, le condizioni economiche.

Tuttavia, tale prospettiva, per verosimile che sia, presuppone la facoltà degli intermediari di “bypassare” con disinvoltura la condizione fondamentale del giustificato motivo¹¹³, cui in ultima analisi è rimesso il contenimento di

¹¹² Naturalmente ben diversa sarebbe la prospettiva qualora la modifica, oltre all’incremento del valore di una determinata voce di costo introducesse all’interno della descrizione della relativa clausola prestazioni inizialmente non previste dal contratto; si pensi, all’incremento da zero a dieci euro del “canone di gestione” del conto corrente cui si accompagnasse l’inserimento nella descrizione della clausola di prestazioni ulteriori inizialmente non previste. In questo caso allora l’iniziativa dissimulerebbe, dietro il meccanismo modificativo di una condizione già prevista dall’originario accordo, l’introduzione di una condizione nuova, certamente non attuabile attraverso il meccanismo di cui all’art. 118 T.U.B.

¹¹³ Le ipotizzate prassi opportunistiche sarebbero possibili solo immaginando che l’intermediario possa modificare in ogni momento le condizioni economiche inizialmente previste; diversamente, immaginando cioè un più efficace controllo sulla condizione che legittima in concreto il potere della banca, l’eventuale abuso di clausole a zero di cui gli intermediari “riempissero” strumentalmente i contratti, costituirebbe, più che un’opportunità di facile accaparramento di clientela, un forte

eventuali pratiche abusive, anche con riguardo alla modifica unilaterale di clausole a zero. Sembra infatti che sia questo il terreno elettivo per valutare il corretto esercizio del *ius variandi* anche in tali casi, fondando il giudizio di legittimità della modifica, non sulla base del valore di partenza (zero, uno o dieci) della condizione economica, ma sul fatto che la variazione peggiorativa sia giustificata da un fatto sopravvenuto rispetto all'originario equilibrio sinallagmatico, sia congrua e proporzionale rispetto ad esso, e quindi tollerabile in termini di sacrificio per il cliente – salvo il diritto di recesso – poiché funzionale a garantire, attraverso il ripristino dell'equilibrio del singolo rapporto, la stabilità del sistema¹¹⁴.

Riemerge in definitiva la già descritta criticità sul corretto funzionamento della condizione del giustificato motivo non tanto sul piano formale, quale elemento del procedimento, bensì su quello sostanziale, quale presidio di legittimità del potere di modifica delle banche, rispetto al quale anche il controllo esercitato dall'Arbitro in sede di risoluzione delle controversie risulta insufficiente¹¹⁵.

E infatti – per apprezzabile che sia la funzione indirizzatrice dell'Arbitro verso prassi virtuose e trasparenti, contribuendo altresì ad accrescere il livello di fiducia del cliente anche in relazione alle impopolari operazioni di modifica unilaterale del contratto – anche in caso di corretta formulazione del giustificato motivo, sembra residuare uno spazio di insindacabilità in concreto della congruità della variazione rispetto alla sopravvenienza, sul quale l'ABF, anche per i limitati poteri istruttori, non può effettuare un controllo incisivo.

Tale circostanza risulta particolarmente evidente nel caso di sopravvenienze normative, che determinano un incremento dei costi in grado di alterare l'originario sinallagma contrattuale, come avvenuto nel caso da cui è originata la decisione del collegio di coordinamento, in cui la motivazione addotta dall'intermediario a giusti-

rischio di cristallizzazione anche per lungo tempo di condizioni insostenibili per la banca, in quanto troppo favorevoli al cliente, essendo necessario – ai fini della modifica – il verificarsi di un fatto sopravvenuto in grado di giustificare un'iniziativa aumento di determinati costi.

¹¹⁴ Vedi *supra*, § 1, 933 s. Diversamente, nel senso di tener distinta la questione della legittimità della modifica di condizioni economiche valorizzate a zero dai profili legati alla sussistenza del giustificato motivo, U. MORERA, (nt. 74), 27.

¹¹⁵ Sul punto v. *supra*, nt. 59. Si veda anche ABF Napoli, n. 13027/2020; ABF Torino, n. 945/2020; ABF Milano, n. 11292/2021; ABF Bologna, n. 14420/2019 e ABF Palermo, n. 203/2023 in cui i collegi danno atto della formulazione chiara e precisa del giustificato motivo, che tuttavia non garantisce la certezza sulla proporzionalità, specie dal punto di vista quantitativo, della modifica, per verificare la quale servirebbero pervasivi strumenti di controllo anche sui bilanci e sugli altri documenti contabili della banca. Peraltro, anche ove si dotasse l'Arbitro di idonei strumenti di controllo in tal senso, difficilmente tale soluzione avrebbe effetti deterrenti, atteso che i soggetti che propongono ricorso sono sempre una minoranza rispetto alla moltitudine dei destinatari della modifica, con la conseguenza che l'incremento di un costo, superiore anche di poco rispetto a quanto sarebbe strettamente giustificato dal fatto sopravvenuto, moltiplicato per un numero elevato di contratti, porterebbe un enorme ingiustificato vantaggio per la banca.

ficazione della modifica unilaterale – sebbene incontestata – riguardava l’obbligo di contribuzione al Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD)¹¹⁶. A fronte di tali circostanze sopravvenute, il cliente – specie se non professionale – potrà, nella migliore delle ipotesi, limitarsi ad una valutazione superficiale sulla coerenza della giustificazione in senso oggettivo o tipologico, per esempio accertandosi che il contratto oggetto di modifica sia effettivamente tra quelli riguardati dal fatto nuovo¹¹⁷. Ma superato tale passaggio, la concreta correlazione tra il fatto sopravvenuto e la specifica clausola oggetto della modifica, e, ancora più a fondo, la proporzione in senso quantitativo rispetto alla misura della variazione proposta, sono rimessi ad un apprezzamento solo formale da parte dell’Arbitro, che si sostanzia o nella verifica del grado di specificità con cui è formulato il giustificato motivo o, in via presuntiva, nel prestare affidamento sui calcoli prodotti dall’intermediario durante il procedimento dinanzi all’ABF, la cui veridicità e correttezza tuttavia non sembra sindacabile¹¹⁸.

¹¹⁶ Introdotto con il d.lgs. n. 30/2016 di attuazione della direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. Il decreto prevede che le banche aderenti contribuiscano al FITD, eventualmente anche sotto forma di impegni di pagamento, almeno annualmente, in misura proporzionale all’ammontare dei loro depositi protetti (garantiti entro il limite di € 100.000,00 per deposito) e al profilo di rischio. Il decreto prevede altresì una dotazione finanziaria minima del fondo, da raggiungere in modo graduale entro il 2024.

¹¹⁷ Valutazione peraltro non sempre agevole da compiere per soggetti non esperti. Nel caso di specie, ad ogni modo, si può ravvisare un’effettiva correlazione tra la sopravvenienza normativa da un lato – relativa all’obbligo di contribuzione al fondo di garanzia sui depositi – e il contratto e la voce oggetto di modifica dall’altro – che riguardava gli oneri di gestione del conto corrente; la prassi ABF tuttavia ha dato atto anche di situazioni in cui tale collegamento era del tutto assente, mirando l’iniziativa dell’intermediario unicamente a trasferire sulla clientela un aumento generale dei costi di gestione (cfr. tra tutte ABF Coll. coord., n. 26498/2018, in cui l’intermediario giustificava un aumento per via unilaterale delle spese di gestione del conto corrente bancario in virtù dell’istituzione del Fondo Nazionale di risoluzione ad opera del provvedimento della Banca d’Italia n. 1226609 del 18 novembre 2015).

¹¹⁸ Cfr. ABF Napoli, nn. 2052/2022, 13027/2020 e 15737/2020; ABF Torino, n. 945/2020. In tali decisioni – il cui il fatto sopravvenuto consisteva in tutte nell’obbligo di contribuzione da parte dell’intermediario al suddetto Fondo di garanzia sui depositi – l’esercizio del potere di modifica (dopo la preliminare verifica sul fatto che il contratto fosse stato concluso anteriormente al verificarsi della sopravvenienza) viene giudicato legittimo, ora sulla base della dettagliata formulazione del giustificato motivo – allorché «la comunicazione della banca contiene doviziosi riferimenti sull’impatto dell’obbligo di versare i contributi per il Fondo, tanto da arrivare persino a indicare in termini quantitativi la misura dell’incremento dovuto» (così ABF Napoli, n. 15737/2020) – ora in virtù della documentazione prodotta dall’intermediario contenente il «dettaglio dei calcoli effettuati per definire l’aggravio di costi derivante dalla contribuzione al FITD incidente sui rapporti di conto corrente interessati dalla garanzia» (così ABF Napoli, n. 13027/2020). Resta evidente, tuttavia, che tali profili, specie con riguardo alla documentazione prodotta dall’intermediario – che risultano in ultima analisi dirimenti ai fini dell’effettivo controllo sul legittimo esercizio del potere di modifica – vengano, a fronte dei descritti elementi presuntivi, “dati per buoni” dall’Arbitro in mancanza di pregnanti poteri di verifica.

Ed è probabilmente questo il terreno in cui si annida il rischio di possibili abusi anche con riguardo all'incremento di clausole inizialmente valorizzate a zero. Ad ogni modo, a fronte di tale “squilibrio” nella concreta attuazione delle regole sul *ius variandi*, non bisogna cedere alla tentazione di forzare il dato normativo, in funzione delle legittime istanze di tutela del contraente debole; in questo caso, peraltro, una soluzione potrebbe trovarsi già *de jure condito* davanti agli occhi dell'interprete, e consiste nell'attuare un proficuo collegamento tra le risultanze dell'attività dell'Arbitro e i pregnanti poteri dell'autorità di vigilanza¹¹⁹, al fine di svolgere – a fronte delle irregolarità emerse in sede arbitrale – un pervasivo controllo sulle operazioni di modifica unilaterale, e sulla effettiva congruità del giustificato motivo, sanzionando i casi di abuso con effetti deterrenti adeguati alla vocazione “di sistema” propria dell'istituto.

¹¹⁹ V. *supra*, nt. 68.