



IL DIVERSO MODO DI APPLICARE LO IUS VARIANDI BANCARIO IN EUROPA E IN USA

DAMIANO ALESSANDRI*

L'attribuzione ad uno dei contraenti del diritto di modifica unilaterale di un contratto di durata in corso di esecuzione si giustifica in funzione della necessità di porre rimedio alle cc. dd. sopravvenienze contrattuali e, più in generale, di porre rimedio all'incompletezza connaturata a ogni contratto senza determinare lo scioglimento del vincolo negoziale.

Sotto il profilo dell'ambito di applicazione delle varie discipline dello ius variandi, possono distinguersi due scelte di politica legislativa: un approccio unitario, consistente nell'introduzione di una regolamentazione applicabile ad ogni tipo di rapporto bancario, e un approccio "per prodotto", che si concreta nella previsione di regole differenziate a seconda che il contratto sia di credito, di deposito o di pagamento. Il primo è proprio degli ordinamenti italiano e spagnolo. Il secondo invece è tipico dell'esperienza giuridica francese, britannica, irlandese e statunitense. In posizione peculiare si colloca la Germania, in cui lo ius variandi è disciplinato unicamente dalle norme di recepimento del diritto europeo e, conseguentemente, la disciplina dall'ambito applicativo più ampio è quella in tema di clausole abusive.

* alessandri.damiano@libero.it



Nella contrattazione di massa in generale e in quella bancaria in particolare, la clausola di *ius variandi* si lascia preferire rispetto alla rinegoziazione poiché consente di rivedere il contenuto del contratto con minori costi di transazione e di applicare la modifica su tutti i rapporti contrattuali interessati dalla sopravvenienza, prevenendo così il rischio, veicolato da ogni ipotesi di rinegoziazione, che rapporti contrattuali dello stesso tipo, originariamente regolati in modo identico tra loro, finiscano per divergere. Essa inoltre consente di evitare un possibile stallo nelle trattative finalizzate alla variazione delle condizioni contrattuali.

D'altro canto, l'attribuzione dello *ius variandi* ad uno dei contraenti porta con sé il rischio di comportamenti opportunistici da parte del soggetto che ne è titolare, che potrebbero verificarsi sia prima della conclusione del contratto (c.d. opportunismo precontrattuale) che in fase di esecuzione (opportunistico post-contrattuale). Essi appaiono tuttavia neutralizzabili attraverso una serie di strumenti di tutela del contraente più debole. In Italia, l'opportunistico precontrattuale trova un temperamento nella previsione di specifici obblighi di informativa precontrattuale e nell'obbligo di approvazione specifica della clausola di *ius variandi* da parte del cliente; per contenere l'opportunistico post-contrattuale, viene imposto che la modifica unilaterale sia sorretta da un giustificato motivo e comunicata al cliente secondo modalità particolari e dettagliatamente predeterminate e viene riconosciuto al cliente che ne è destinatario il diritto di recesso.

Il diritto di recesso, in particolare, disincentiva il titolare del diritto di modifica da un esercizio opportunistico del suo diritto e impedisce alla controparte di paralizzare la modifica unilaterale, costringendola a manifestare entro un certo termine la persistenza o il venir meno di un interesse alla prosecuzione del rapporto.

In un'ottica concorrenziale, inoltre, il recesso consente al consumatore di sciogliersi dal vincolo contrattuale divenuto economicamente sconveniente e di ricercare alternative più favorevoli. In questo senso, ogni modifica contrattuale in senso sfavorevole per il cliente può condurre, se non a una perdita di competitività sul mercato, quantomeno a fenomeni di disaffezione da parte della clientela, il che dovrebbe indurre il professionista ad un impiego oculato del potere attribuitogli. Nella prassi, tuttavia, l'efficacia del recesso in questo senso potrebbe risultare pregiudicata dall'esistenza di ostacoli alla mobilità della clientela.

Il riconoscimento e la disciplina dello *ius variandi* degli intermediari bancari e finanziari costituisce un evento relativamente recente nelle diverse



esperienze giuridiche. In passato, infatti, i legislatori preferivano lasciare all'autonomia privata la determinazione del contenuto delle clausole contrattuali e delle modalità di esecuzione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Dall'inizio degli anni Novanta, tuttavia, si è registrata un'inversione di tendenza in favore della tutela dei clienti e a scapito dell'autonomia contrattuale, consistente nell'introduzione di una regolamentazione delle clausole di *ius variandi* e delle modalità di esercizio del relativo diritto. Tale propensione si è manifestata dapprima a livello nazionale e, dal 1993, a livello europeo, con l'emanazione della direttiva in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

Sotto il profilo dell'ambito di applicazione delle varie discipline dello *ius variandi*, possono distinguersi due scelte di politica legislativa: un approccio unitario, consistente nell'introduzione di una regolamentazione applicabile ad ogni tipo di rapporto bancario, e un approccio "per prodotto", che si concreta nella previsione di regole differenziate a seconda che il contratto sia di credito, di deposito o di pagamento. Il primo è proprio degli ordinamenti italiano e spagnolo. Le loro discipline nazionali trovano applicazione tanto ai contratti di deposito quanto a quelli di credito, sebbene fra i due Paesi ricorrano alcune differenze: a differenza di quella spagnola, infatti, la disciplina italiana si applica anche ai rapporti regolamentati dall'UE. Il secondo invece è tipico dell'esperienza giuridica francese, britannica, irlandese e statunitense. In posizione peculiare si colloca la Germania, in cui lo *ius variandi* è disciplinato unicamente dalle norme di recepimento del diritto europeo e, conseguentemente, la disciplina dall'ambito applicativo più ampio è quella in tema di clausole abusive.

Nessuno degli ordinamenti esaminati sembrerebbe attribuire *ex lege* all'intermediario il diritto di modificare unilateralmente il contratto, con la conseguente necessità che tale diritto gli sia riconosciuto mediante un'apposita previsione negoziale. In proposito possono distinguersi gli ordinamenti che esigono chiaramente che una clausola di *ius variandi* sia stata inserita in contratto (Italia, Spagna, Germania) dai sistemi in cui tale necessità si deduce da alcuni indici normativi, inerenti per lo più al contenuto degli obblighi di informativa precontrattuale (Francia, Regno Unito, Irlanda, USA)

Con riferimento alle modalità di comunicazione della modifica, gli ordinamenti esaminati optano in favore di una comunicazione preventiva, individuale, da effettuarsi per iscritto o mediante altro supporto durevole. Dette modalità rivestono carattere esclusivo nell'ordinamento italiano (se



si eccettuano i rapporti al portatore), francese e britannico, mentre concorrono con altre forme di comunicazione in Spagna, in Irlanda e negli Stati Uniti.

È diffuso il ricorso a obblighi di motivazione delle variazioni, che operano in via generalizzata nell'ordinamento italiano e in maniera selettiva (per tipologia di contratto e di clienti) negli altri sistemi esaminati. Questi ultimi, infatti, limitano la discrezionalità dell'intermediario nell'esercizio del potere di modifica laddove lo ius variandi sia riconosciuto con riferimento ad alcuni contratti di credito conclusi con un consumatore (o anche, nel caso del Regno Unito, con alcune tipologie di imprese). Viceversa, in Italia il giustificato motivo si attegga a condizione di efficacia di ogni modifica unilaterale del contratto, a prescindere dal tipo di contratto e dalle caratteristiche soggettive della clientela, e risulta vietata la modifica unilaterale dei tassi di interesse nei contratti di durata non indeterminata. Sotto questo profilo, pertanto, la soluzione italiana si presenta più rigida.

Sotto il profilo dei termini della comunicazione, in tutte le esperienze giuridiche si concorda sull'applicabilità immediata delle modifiche favorevoli per il cliente, sicché i termini di preavviso previsti dalla legge si riferiscono alle sole modifiche sfavorevoli. Con riguardo a queste ultime, domina la tendenza a stabilire termini rigidi. I termini più frequenti ammontano a trenta giorni o un mese ovvero a sessanta giorni o due mesi. Termini inferiori al mese sono stabiliti in Spagna e negli USA al ricorrere di particolari circostanze.

Per quanto riguarda il contenuto della comunicazione, invece, appare indispensabile, in tutti gli ordinamenti, l'indicazione dei dettagli della modifica, del termine a partire dal quale essa si applicherà e, ove richiesto che la variazione sia giustificata, dei motivi posti a fondamento della stessa. Ricorre inoltre frequentemente l'obbligo di informare il cliente delle tecniche di reazione di cui può avvalersi (Spagna, Francia, USA), del saldo cui verranno applicate le nuove condizioni (Regno Unito, USA), delle condizioni praticate prima della modifica (Regno Unito, Irlanda).

Quanto alle tecniche di reazione alla modifica contrattuale, lo strumento attribuito alla clientela da tutti gli ordinamenti è quello del recesso. Fa eccezione l'ordinamento spagnolo, che rimette all'autonomia privata la determinazione dei diritti spettanti al cliente al fine di reagire alla modifica unilaterale. La Francia e gli Stati Uniti prevedono, accanto al diritto di recesso, un diritto di rifiuto della modifica da esercitarsi prima dell'applicazione della stessa, analogamente a quanto avviene in tema di servizi di



pagamento. Non è chiaro tuttavia se il rifiuto implichi lo scioglimento del vincolo contrattuale o se, viceversa, consenta la prosecuzione del rapporto a condizioni invariate.

L'unico ordinamento che disciplina la modifica dei tassi di interesse in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria è quello italiano.

Dalle ipotesi in cui ad uno dei contraenti è attribuito un diritto di modifica unilaterale delle clausole contrattuali vanno distinte quelle in cui una condizione economica del contratto (generalmente il tasso di interesse) varia in funzione di un indice di riferimento contrattualmente predeterminato e sottratto al controllo delle parti. Con riferimento alle seconde, infatti, non si pongono problemi di opportunismo post-contrattuale, ma solo l'esigenza di un'effettiva consapevolezza del cliente in merito all'andamento del rapporto e ai fattori che su di esso influiscono. Non appare un caso, allora, che tali ipotesi restino escluse dall'ambito di applicazione della disciplina in materia di *ius variandi* (Italia, Francia, Germania) o formino oggetto di apposite disposizioni volte ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di comunicazione della variazione qualora il cliente abbia contezza della variazione in altro modo o altrimenti ad attenuare gli obblighi informativi incumbenti sull'intermediario (Spagna, Regno Unito, Irlanda, USA).

Lo *ius variandi* bancario è stato oggetto di considerazione non solo da parte dei legislatori nazionali, ma anche di quello europeo. Sotto quest'ultimo profilo vengono in rilievo le normative in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, di servizi di pagamento e di credito, immobiliare e non, ai consumatori.

Per quanto concerne la prima disciplina, la Dir. 93/13/CEE esclude la vessatorietà delle clausole con cui il fornitore di servizi finanziari si riserva il diritto di modificare senza preavviso, in presenza di un valido motivo, le clausole economiche del contratto, a condizione che si obblighi a informare la controparte con la massima rapidità e che questa abbia il diritto di recedere dal contratto, nonché delle clausole con cui, nei contratti di durata indeterminata, il professionista si riserva di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali (ivi comprese quelle normative e anche senza validi motivi), a condizione che abbia l'obbligo di informare il consumatore della modifica con un ragionevole preavviso e che questi possa recedere dal contratto. Tale disciplina ha carattere eccezionale rispetto alla generale presunzione di vessatorietà delle clausole che attribuiscono al professionista lo *ius variandi* senza valido motivo specificato nel contratto.



Resta salva in ogni caso la possibilità per gli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli per il consumatore. La maggioranza degli ordinamenti non si è avvalso di tale facoltà, avendo recepito le disposizioni menzionate in maniera puntuale (Francia, Regno Unito, Irlanda), alcuni hanno invece ristretto la possibilità di convenire lo *ius variandi* anche delle clausole normative ai soli contratti di durata indeterminata aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, subordinandone l'esercizio, al pari di quanto avviene nei contratti a termine, alla sussistenza di un giustificato motivo (Italia, Spagna). Un po' eccentrica invece la soluzione tedesca, in cui le valutazioni in merito all'eventuale abusività della clausola di modifica unilaterale richiede un giudizio prognostico in merito all'equilibrio delle soluzioni che possono derivare dal suo esercizio.

Quanto ai servizi di pagamento, tutti gli ordinamenti recepiscono in maniera puntuale (i) l'obbligo di comunicazione della modifica con un preavviso minimo bimestrale su supporto cartaceo o su altro supporto durevole; (ii) la possibilità per i contraenti di convenire un'accettazione tacita della proposta; (iii) l'applicazione immediata e senza preavviso delle modifiche dei tassi favorevoli per l'utilizzatore e la possibilità di convenire l'applicazione immediata di quelle sfavorevoli correlate alla variazione di un tasso di riferimento; (iv) l'obbligo di informare immediatamente il cliente della modifica applicata senza preavviso, salva diversa pattuizione contrattuale; e (v) l'applicazione delle modifiche relative ai tassi in modo non discriminatorio per gli utenti. Va riscontrata, invece, qualche divergenza sulle modalità di comunicazione della modifica, la cui definizione è stata delegata dal legislatore italiano alla normativa secondaria e dal regolatore britannico all'autonomia privata e sulla possibilità di applicare con effetto immediato e senza preavviso le modifiche dei tassi dubbie o neutre (da ammettersi in Italia, da escludersi negli altri ordinamenti) e le variazioni favorevoli di condizioni diverse dai tassi (consentita in Spagna, probabilmente da negare negli altri Paesi).

La direttiva in materia di contratti di credito ai consumatori (Dir. 2008/48/CE) prevede l'obbligo di comunicare preventivamente al debitore qualsiasi variazione del tasso di interesse e, nel caso di scoperto, delle spese a carico del consumatore, salva la facoltà delle parti di sostituire la comunicazione con un'informativa periodica ove la variazione sia dovuta alla modifica di un tasso di riferimento e ferma restando la competenza dei legislatori nazionali di disciplinare gli aspetti in tema di modifiche contrattuali non collegati all'informazione del consumatore. Nel recepire tali di-



sposizioni, tutti gli ordinamenti hanno introdotto una disciplina apposita della modifica dei tassi nei contratti con i consumatori più o meno fedele a quella europea. Fa eccezione l'Italia, che ha rinviato alla disciplina generale di cui all'art. 118 D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (c.d. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, d'ora in avanti "TUB").

La direttiva sul credito immobiliare ai consumatori (Dir. 2014/17/UE) presenta una disciplina sulla modifica del tasso debitore del tutto simile a quella dettata dalla Dir. 2008/48/CE, con le uniche sostanziali differenze di consentire l'informativa periodica anche ove la variazione del tasso non discenda dal suo carattere indicizzato, se ciò era già consentito dal diritto nazionale prima del 20 marzo 2014, e di prevedere, in ipotesi di modifica del tasso determinata tramite asta sui mercati dei capitali, un obbligo informativo a carico dell'intermediario in tempo utile prima dell'asta. La normativa in discorso è stata recepita prevalentemente mediante l'introduzione di una o più disposizioni *ad hoc* rispetto a quelle di fonte nazionale. Fanno eccezione l'Italia, che rinvia all'art. 118, e la Germania, che ha introdotto una disposizione unica per il credito, immobiliare e non, ai consumatori. Non tutti gli ordinamenti hanno recepito la disposizione sulle variazioni tramite asta sui mercati dei capitali (Italia, Francia) e quella che consente di informare periodicamente il cliente ove la variazione del tasso sia determinata dal suo carattere indicizzato (Regno Unito, Irlanda). In Spagna la normativa di recepimento è ancora in corso di approvazione. Sotto il profilo degli effetti discendenti dalla violazione delle norme in tema di *ius variandi*, occorre distinguere la violazione delle norme sulle clausole abusive da quella delle previsioni dettate per il settore bancario. Le clausole abusive, secondo la disciplina europea, non vincolano il consumatore, ferma restando la validità del resto del contratto. Tale disposizione è stata recepita prevedendo alternativamente che le clausole vessatorie si considerano nulle (Italia, Spagna), non scritte (Francia), inefficaci (Germania) o non vincolanti (Regno Unito, Irlanda).

Il mancato rispetto delle norme di settore è sanzionato con l'inefficacia dall'ordinamento italiano, espressamente sancita con riferimento alle disposizioni dell'art. 118 TUB ed estesa dall'Arbitro Bancario Finanziario anche a quelle dell'art. 126-*sexies* TUB.

Mancano invece disposizioni esplicite sulle conseguenze civilistiche della violazione delle norme in discorso nelle esperienze giuridiche spagnola, francese e tedesca. In alcuni casi gli ordinamenti sembrano configurare l'assolvimento degli obblighi informativi incumbenti sull'intermediario



come condizione di efficacia della modifica, soprattutto laddove l'informativa debba essere fornita preventivamente (Germania con riferimento al credito ai consumatori, Irlanda con riguardo ai servizi di pagamento e al credito alle piccole e medie imprese) o qualora l'obbligo sia previsto da norme di rango primario (Regno Unito, Irlanda). In altri casi, l'unico rimedio esperibile dal cliente pare essere quello risarcitorio (Regno Unito, Irlanda, USA). Nei casi restanti si pone il dubbio se possa farsi applicazione delle previsioni generali in materia di nullità per contrarietà a norme imperative. Sul tema, tuttavia, la maggiore peculiarità si riscontra nell'ordinamento francese, che punisce l'inosservanza degli obblighi informativi incombenenti sull'intermediario in caso di modifica del contratto con la privazione totale o parziale del diritto agli interessi. Sono inoltre previste sanzioni penali nei sistemi francese e statunitense.

I poteri attribuiti alle autorità nazionali in materia di *ius variandi* sono classificabili in regolamentari, di vigilanza e sanzionatori.

Sotto il primo profilo, non risulta attribuito alcun potere regolamentare dal legislatore tedesco, con la conseguenza che tutte le disposizioni in materia di *ius variandi* risultano contenute nella legge.

Il legislatore italiano riconosce invece un limitato potere regolamentare in favore del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, limitatamente alla definizione delle modalità di comunicazione della modifica nei rapporti al portatore e degli obblighi di informativa precontrattuale nei contratti di credito immobiliare ai consumatori, e in favore della Banca d'Italia in tema di credito (anche immobiliare) ai consumatori e di servizi di pagamento.

Gli altri ordinamenti hanno previsto un potere regolamentare riferito non specificamente allo *ius variandi*, ma più in generale a tutta la normativa sulla trasparenza bancaria (Francia, Spagna) o limitato esclusivamente dalla finalità da perseguire, spesso individuata nella protezione del consumatore (Regno Unito, Irlanda, USA).

L'esercizio dei poteri di vigilanza finalizzati all'accertamento del rispetto della normativa bancaria da parte degli intermediari è attribuito da quasi tutti gli ordinamenti esaminati alla banca centrale del Paese, in via esclusiva (è il caso dell'Italia e della Spagna) o in concorrenza con i poteri attribuiti ad altre autorità nazionali (nel caso della Francia). Viceversa, il Regno Unito e gli Stati Uniti hanno optato per l'individuazione di un'autorità di vigilanza distinta, rappresentata nel primo caso dalla *Financial Conduct Authority* e nel secondo caso dal *Consumer financial protection Bureau*.



In tutti gli ordinamenti, dunque, è prevista la possibilità di un controllo amministrativo sul rispetto della normativa bancaria in tema di *ius variandi* da parte dei soggetti vigilati. Dubbio è, tuttavia, se, nell'esercizio di tali funzioni, le autorità debbano limitarsi ad un controllo formale o se possano sindacare anche il merito delle clausole contrattuali e, in particolare, la fondatezza dei motivi adottati in occasione dell'esercizio dello *ius variandi* (ove si richieda che la modifica sia motivata). Solo l'ordinamento italiano stabilisce espressamente la possibilità di irrogare sanzioni per la violazione della disciplina in tema di modifiche unilaterali di cui agli artt. 118 e 126-*sexies* TUB, purché abbiano carattere rilevante. Negli altri ordinamenti pare più difficile fornire una risposta univoca. Sul punto si può solo evidenziare che in Spagna e in Irlanda, al pari di quanto avviene in Italia, la violazione della normativa in tema di *ius variandi* può dare luogo anche a sanzioni amministrative, al contrario di quanto avviene in Francia, nel Regno Unito e negli USA.

Infine, la vigilanza in materia di clausole vessatorie viene affidata da tutti gli ordinamenti ad autorità diverse da quelle preposte a tutela della trasparenza bancaria, aventi poteri di *enforcement* di tipo amministrativo nelle esperienze giuridiche europee di *civil law* ed esclusivamente il potere di adire l'autorità giudiziaria in quelle di *common law*. Tali poteri consentono in alcuni Paesi la sola inibizione della violazione (Italia, Regno Unito, Irlanda), mentre in altri anche il potere di irrogare sanzioni pecuniarie (Francia, Spagna). Anche in tal caso si pone il dubbio sull'estensione dei poteri attribuiti alle autorità e, in particolare, sulla possibilità di sindacare i singoli atti di esercizio dello *ius variandi* e la giustificatezza dei motivi che sorreggono la modifica unilaterale.

All'esito della trattazione resta da comprendere se la disciplina italiana in materia di *ius variandi* determini la sussistenza di vantaggi o di svantaggi competitivi per gli intermediari che offrano i propri servizi in Italia e da valutare se i poteri di *enforcement* della normativa in discorso allo stato attribuiti alla Banca d'Italia possano ritenersi adeguati.

Sotto il primo profilo, la risposta pare negativa.

La disciplina in materia di trasparenza bancaria, infatti, trova applicazione a tutte le attività svolte sul territorio italiano dalle banche e dagli intermediari finanziari (art. 115, comma 1, TUB), a prescindere dallo Stato in cui questi abbiano la propria sede legale o amministrativa e, nel caso di intermediari esteri, dalla circostanza che svolgano la propria attività in Italia per mezzo di una succursale o (trattandosi di intermediari europei) in li-



bera prestazione dei servizi [Antonucci; Picciolini; Spena]. Ciò implica che qualunque intermediario operante in Italia, italiano o straniero che sia, resti soggetto alle norme in tema di *ius variandi* dettate dal nostro ordinamento. Conseguentemente, se si guarda al mercato domestico, non vi è alcuna possibilità che l'intermediario italiano risulti meno competitivo di quello straniero per via di una normativa sulle modifiche contrattuali più protettiva del consumatore o che determini maggiori costi (ad esempio informativi) a carico dell'intermediario, atteso che la normativa italiana in materia regola indiscriminatamente tutte le operazioni e tutti i servizi aventi natura bancaria e finanziaria prestati sul territorio dello Stato.

Semmai va rilevato che il mancato coordinamento della normativa generale in tema di modifica dei contratti bancari, contenuta nell'art. 118 TUB, con quella, alternativa, sui servizi di pagamento (art. 126-*sexies* TUB), viepiù avvertito a causa dei numerosi dubbi interpretativi lasciati insoluti dalla seconda delle due discipline, può rappresentare un elemento di incertezza per il mercato italiano dei servizi bancari e finanziari. Tra tali dubbi, rilevano la difficoltà di determinare se l'art. 126-*sexies* consenta un procedimento di modifica unilaterale del contratto o, viceversa, ponga capo ad un meccanismo consensuale caratterizzato da un'accettazione tacita dell'utente, paralizzabile mediante un rifiuto espresso, e la mancata individuazione da parte del legislatore delle conseguenze per la violazione delle disposizioni in discorso. Su questi punti un intervento legislativo potrebbe senz'altro favorire le esigenze di certezza giuridica e prevenire contenziosi.

In un'ottica sovranazionale, invece, l'eterogeneità delle soluzioni predisposte dai vari ordinamenti può rappresentare un ostacolo allo sviluppo di un autentico "mercato unico" dei prodotti bancari e finanziari e, di conseguenza, a una prestazione di servizi pienamente libera e concorrenziale all'interno del mercato unico europeo.

In ordine all'adeguatezza dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia, muovendo dai poteri regolamentari, sarebbe stata probabilmente auspicabile una delega di legge in favore delle autorità creditizie finalizzata alla definizione del concetto di "giustificato motivo" di cui all'art. 118, comma 1, TUB. In assenza di una simile delega, infatti, alla Circolare esplicativa del Ministero dello sviluppo economico e alle note della Banca d'Italia che si sono premurate di (tentare di) specificare il concetto non può che riconoscersi la natura di documenti di prassi, utili sì, ma non determinanti al fine di porre rimedio ai dubbi lasciati aperti da un concetto quanto mai



indefinito, a causa del difetto di vincolatività di tali provvedimenti e della conseguente difficoltà, per il cliente, di invocarne la violazione al fine di far valere i propri diritti.

Quanto ai contratti di credito ai consumatori, a livello normativo resta la lacuna sul modo in cui debba essere comunicata la variazione del tasso di interesse conseguente a una modifica dell'indice di riferimento ove le parti non abbiano convenuto la comunicazione periodica oppure qualora il nuovo tasso di riferimento non sia reso pubblico con mezzi appropriati o non sia disponibile presso le dipendenze del finanziatore. Nella direttiva sul credito ai consumatori il problema non si pone perché sono soggette all'obbligo di comunicazione preventiva, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, tutte le modifiche del tasso debitore, a prescindere dalla circostanza che le stesse si verifichino per esercizio dello *ius variandi* o per indicizzazione. Il legislatore italiano ha invece disciplinato le modifiche del contratto di credito ai consumatori rinviando all'art. 118 TUB, che, per opinione largamente condivisa, non si applica alle ipotesi di indicizzazione; per altro verso, la variazione del tasso di interesse indicizzato può essere comunicata periodicamente solo se ciò sia stato convenuto nel contratto e se ricorrano le due circostanze summenzionate.

Per quanto riguarda la disciplina del credito immobiliare ai consumatori, rilevano alcune lacune della normativa primaria di recepimento della direttiva in materia che, in mancanza di una delega da parte del legislatore, non si prestano a essere risolte dalle autorità creditizie in via regolamentare.

Con riferimento ai poteri di vigilanza nel comparto dei servizi di pagamento, permane un assetto binario, in cui alle competenze della Banca d'Italia si affiancano limitati compiti di altre autorità. In particolare, prima del recepimento della Dir. 2015/2366/UE, veniva riconosciuto al Ministero dello Sviluppo economico il compito di vigilare sul rispetto degli specifici obblighi informativi gravanti sui beneficiari dei pagamenti e sui terzi. All'eliminazione dei poteri di controllo attribuiti al Ministero dello Sviluppo economico si è tuttavia accompagnata l'attribuzione di nuove competenze all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Le misure inibitorie adottabili dalla Banca d'Italia risultano mal confacenti rispetto alla necessità di impedire il protrarsi delle violazioni in tema di modifiche contrattuali e di rimuovere le conseguenze pregiudizievoli da queste prodotte. Sotto il primo profilo resta dubbio, infatti, se l'Autorità possa inibire l'impiego di certe clausole di *ius variandi* o di alcune



modalità di esercizio del diritto di modifica unilaterale del contratto non conformi agli artt. 118 e 126-*sexies* TUB. Con qualche sforzo, tale possibilità potrebbe ascrivere al potere di “inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti” e tuttavia, ove si accogliesse la soluzione negativa, i poteri inibitori della Banca d’Italia in tema di modifiche contrattuali risulterebbero circoscritti all’attività di *moral suasion*. Sotto il secondo profilo, la possibilità di ordinare agli intermediari la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti viene dalla legge riconosciuta in aggiunta al potere di inibire ai soggetti vigilati la continuazione dell’attività e ciò instilla il dubbio che la Banca d’Italia possa avvalersi della stessa solo con la stessa misura inibitoria concernente la sospensione dell’attività d’impresa. Inoltre, non manca chi qualifichi le misure inibitorie previste dall’art. 128-*ter* TUB come provvedimenti amministrativi di tipo interdittivo con finalità cautelare e dal carattere necessariamente temporaneo [Passalacqua]. Tale tesi, se accolta, mitigherebbe ancor più l’efficacia dei poteri in discorso. Né, d’altro canto, potrebbe venire in soccorso il potere attribuito alla Banca d’Italia dall’art. 144-*bis* TUB (c.d. *cease&desist order*), perché lo stesso risulta esperibile solo al ricorrere della violazione di alcune specifiche disposizioni, che non ricomprendono quelle in tema di trasparenza bancaria.

Quanto alle sanzioni irrogabili, può apprezzarsi l’inserimento - ad opera del D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 - delle disposizioni in tema di modifiche contrattuali tra quelle la cui violazione è passibile di sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell’art. 144 TUB, che ha risolto il dubbio sul fatto che i controlli dovessero limitarsi a verificare l’osservanza delle norme in tema di pubblicità o potessero estendersi anche alle disposizioni in materia di contratti, posto che queste ultime assumevano rilievo esclusivamente sul piano civilistico.

Infine, per quanto concerne il carattere rilevante della violazione quale presupposto per l’applicazione delle sanzioni di carattere pecuniario, potrebbe non essere irragionevole l’inclusione dell’entità delle conseguenze derivanti dalla violazione tra gli indici da cui desumere la rilevanza della stessa. Tale criterio, con specifico riferimento allo *ius variandi*, consentirebbe infatti di attribuire rilievo, ai fini sanzionatori, anche a modifiche contrattuali illegittime che, quantunque non aventi carattere sistematico o largamente diffuso, abbiano determinato effetti significativamente pregiudizievoli a carico dei clienti nei cui confronti sono state applicate, secondo un’indicazione emersa anche in dottrina [Centini].