

## PROBLEMI DELLA PRATICA

DUE PARERI SULL'ART. 8, COMMA 5°,  
lett. f) e g), D.L. N. 70/2011

### I

#### MUTUI BANCARI E *JUS VARIANDI* (SULL'ART. 118, COMMA 2-*bis*, T.U.B.) (\*)

SOMMARIO: 1. Il quesito. — 2. Ambito di applicazione della norma introdotta nell'art. 118, comma 2-*bis*, t.u.b. — 3. Orientamenti dottrinali in tema di applicabilità dello *ius variandi* ai contratti in generale. — 4. Orientamenti dottrinali in tema di applicabilità dello *ius variandi* ai contratti di mutuo. — 5. Prime conclusioni circa l'applicabilità dello *ius variandi* ai tassi d'interesse nei contratti di mutuo dopo le modifiche introdotte dall'art. 8, comma 5°, lett. f), d.l. n. 70/2011. — 6. Considerazioni relative alla norma di diritto transitorio contenuta nell'art. 8, comma 5°, lett. g), d.l. n. 70/2011.

1. Nella Gazzetta Ufficiale n. 110 del 13 maggio u.s. è stato pubblicato il d.l. 13 maggio 2011, n. 70 recante “*Prime disposizioni urgenti per l'economia*”. Il decreto è entrato in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione in G.U.

L'art. 8, comma 5°, lett. f), del citato decreto ha aggiunto al testo dell'art. 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (nel prosieguo, t.u.b.), dopo il secondo comma, una nuova disposizione che testualmente recita: « 2-*bis*. Se il cliente non è un consumatore, né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lett. t, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, le parti possono convenire di non applicare, in tutto o in parte, le disposizioni del presente articolo ».

Sempre il menzionato decreto legge detta una disciplina transitoria della nuova disposizione, precisando, alla lettera g), che: « ai fini dell'applicazione del comma 2-*bis* dell'art. 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotto dalla presente legge, ai contratti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto stipulati con soggetti che non siano

---

(\*) *Parere* reso in data 16 maggio 2011.

consumatori o micro-imprese, i soggetti di cui all'articolo 115 del medesimo decreto, entro il 30 giugno 2011 comunicano, con le modalità indicate al comma 2 dell'articolo 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le modifiche apportate ai contratti medesimi. La modifica si intende approvata qualora il cliente non receda dal contratto entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione. Al cliente che ha esercitato il diritto di recesso non possono essere applicati oneri superiori a quelli che egli avrebbe sostenuto in assenza di modifica ».

In relazione alle modifiche apportate in via d'urgenza dal Governo alla disciplina dello *ius variandi* contenuta nell'art. 118 t.u.b., ci avete chiesto di fornire un parere sulla possibilità per la banca di rivedere i contratti con la clientela non appartenente alle categorie dei consumatori o delle micro-imprese, inserendo in essi una clausola che deroghi all'art. 118 t.u.b. non soltanto per quanto concerne termini, modalità e condizioni della comunicazione previsti da tale norma; ma anche in relazione al limite contenuto nel secondo periodo del primo comma della citata disposizione, il quale — come noto — dispone che « negli altri contratti di durata [*i.e.*: quelli a tempo determinato] la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi d'interesse, sempre che sussista un giustificato motivo ».

In particolare, interessa nella specie conoscere se per i contratti a tempo determinato — e segnatamente per i mutui — possa ritenersi ammissibile, sotto il profilo strettamente civilistico, un'eventuale deroga all'art. 118 t.u.b., che consenta alla banca di modificare unilateralmente anche i tassi d'interesse originariamente pattuiti con la clientela.

A tal fine, ci è stato fatto presente che, per il passato (pur in assenza del divieto introdotto nell'art. 118 t.u.b. dal d. lgs. n. 141/2010), la banca si è sempre astenuta dal modificare unilateralmente i tassi d'interesse convenuti per siffatte categorie di operazioni; ferme naturalmente restando le normali variazioni previste <in automatico> dal contratto nel caso di mutui a tasso variabile.

2. Il tenore letterale della disposizione introdotta nel comma 2-*bis* dell'art. 118 t.u.b. appare in effetti molto ampio e tale da consentire, almeno in teoria, una disapplicazione anche integrale (oltre che parziale) dei precetti ivi contenuti, a condizione che la deroga sia espressamente assentita dalle parti.

Nello stesso senso sembra deporre, inoltre, la limitazione del suo ambito di applicazione ai rapporti con la clientela non *retail* e la *ratio legis*, da essa ricavabile, di rimettere alla libera contrattazione delle parti la determinazione del regolamento negoziale (anche) per quanto concerne l'eventuale previsione di un diritto di modifica unilaterale delle pattuizioni in esso contenute, ivi inclusi i tassi d'interesse nei rapporti a tempo determinato.

Ne consegue che, laddove le parti convenissero di derogare *in toto* all'art. 118 t.u.b., come la norma espressamente consente di fare, i contratti fra banca e clienti non consumatori o micro-imprese tornerebbero ad essere

regolati dalle norme generali previste dal codice civile e da quelle specificamente dettate in relazione al tipo negoziale prescelto.

Alla luce di quanto precede, si tratta allora di stabilire se l'introduzione convenzionale di uno *ius variandi* anche in relazione alle clausole concernenti i tassi d'interesse nei contratti di mutuo sia compatibile non solo (o non tanto) con la nuova disciplina dell'art. 118 t.u.b., così come novellata dal d.l. n. 70/2011; quanto anche (e soprattutto) con i principi e le regole di diritto comune che governano tali contratti.

3. Da un'analisi della giurisprudenza teorica e pratica in tema di compatibilità dello *ius variandi* con i principi generali dettati dal codice civile, emerge <un'acuta avversione> della dottrina nei confronti di tale istituto, considerato da più parti incompatibile con il postulato della vincolatività del contratto e con il divieto d'imporre precetti aventi forza di legge in mancanza di una conforme volontà delle parti (1).

Di qui, un primo orientamento alla stregua del quale la clausola in esame sarebbe ammessa soltanto ove espressamente prevista dalla legge.

Secondo altra e più recente dottrina, invece, lo *ius variandi*, ovvero il diritto potestativo di una delle parti di modificare il contratto mediante una manifestazione unilaterale di volontà, non sarebbe di per sé incompatibile con i principi generali che regolano i contratti, laddove rispetti, per un verso, l'esigenza (strutturale) di garantire la determinabilità del suo oggetto; dall'altro l'esigenza (funzionale) di tutelare la parte soggetta all'esercizio dello *ius variandi* da un abusivo aggravamento della sua posizione contrattuale (2).

Sotto il primo profilo, si dovrà quindi evitare che sia rimessa ad una delle parti la determinazione dell'oggetto o di altri elementi essenziali del rapporto.

Sotto il secondo profilo, è necessario che l'esercizio del diritto potestativo non aggravi senza motivo la posizione dell'altro contraente ed avvenga sempre in conformità al principio generale di buona fede dettato dall'art. 1375 c.c..

4. Gli orientamenti sopra riportati trovano significativa conferma nei contributi specificamente dedicati alla compatibilità dello *ius variandi* con il contratto di mutuo.

Già prima dell'introduzione nell'art. 118 t.u.b. del divieto espresso di modificare unilateralmente i tassi d'interesse nei contratti di durata a tempo determinato, autorevole dottrina si era espressa in senso contrario a tale possibilità, argomentando proprio dalle caratteristiche tipologiche del mutuo e dalla causa socialmente tipica che questo contratto assolve nella prassi.

---

(1) Così, ad esempio, SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale ("ius variandi")*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 18 ss.

(2) SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in questa *Rivista*, 2007, I, 263 ss.; Id., *Le modificazioni unilaterali*, in *Trattato Roppo*, III, Milano, 2006, 141 ss.

In principio, secondo un autore, « nel caso in cui il contratto abbia durata determinata, la modificazione unilaterale delle condizioni risulta priva di adeguate giustificazioni ». Per quanto concerne poi, in particolare, i contratti di mutuo, ad avviso di detto studioso una clausola che consentisse alla banca di variare unilateralmente il tasso d'interesse sarebbe « del tutto contrastante con la natura del mutuo, in considerazione alla sua struttura causale ed in relazione alle modalità di determinazione del corrispettivo degli interessi dovuti al mutuante » (3). Infatti, l'intero equilibrio contrattuale si basa sulla dilazione temporale della restituzione della somma di denaro data a mutuo, la quale — sono sempre parole dell'autore citato — « costituisce per le esigenze economiche del mutuatario un elemento qualificante l'equilibrio causale delle prestazioni ».

Viceversa, laddove la banca fosse libera di variare a proprio piacimento le condizioni economiche del rapporto ed il corrispettivo per interessi a suo tempo pattuito, il cliente dissenziente avrebbe come unica alternativa quella di recedere, restituendo immediatamente la (residua) somma ricevuta e vanificando in tal modo « il più rilevante dei risultati perseguiti con il mutuo, vale a dire la possibilità di restituire gradualmente e nell'arco di un ampio e ben determinato periodo di tempo la liquidità stessa ».

La citata dottrina evidenzia opportunamente le differenze che, sotto il profilo del diritto di recesso, sussistono tra il mutuo, da un lato, e gli altri contratti di credito a tempo determinato, dall'altro. In questi ultimi, « il cliente, quand'anche non sia in grado di esercitare il recesso nei 15 giorni previsti dall'art. 118 T.U.B. [n.d.r. nel testo allora vigente] potrà sempre farlo successivamente, ed anche gradualmente, attraverso il rientro dalla esposizione ». Nel mutuo, al contrario, se il recesso non viene tempestivamente esercitato, il contratto prosegue alle nuove e più onerose condizioni proposte dalla banca. Pertanto, conclude il citato autore, una clausola di modifica unilaterale dei tassi d'interesse « sconvolgerebbe l'equilibrio negoziale del contratto e risulterebbe contraria al principio di buona fede, con conseguente invalidità di siffatte clausole per contrarietà alla correttezza in senso economico ed al buon costume dei traffici ».

Avviso sostanzialmente analogo e conclusioni in gran parte convergenti sono stati più di recente espressi in dottrina da altro scrittore, il quale ritiene che « lo *ius variandi* sia difficilmente compatibile con i contratti di finanziamento a tempo determinato e con il mutuo » sotto il profilo causale. Infatti, anche questo secondo autore osserva come il recesso imposto al mutuatario quale unico rimedio per sottrarsi alla variazione *in peius* del tasso d'interesse proposta dalla banca si porrebbe in contrasto « con la dilazione temporale dell'obbligazione restitutoria da parte del mutuatario, la quale dilazione costituisce elemento qualificante dell'equilibrio causale della prestazione » (4).

(3) INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso 'soglia' della disciplina antiusura, allo jus variandi, al divieto dell'anatocismo*, in AA.VV., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1998, 117 ss.

(4) FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato Perlingieri*, Napoli, 2004, 200 ss.

Per entrambi gli autori citati, la conseguenza che deriverebbe dall'introduzione di una siffatta clausola nel contratto di mutuo sarebbe quella della nullità parziale.

Quand'anche, peraltro, si ritenesse di circoscrivere l'operatività della clausola in esame alla sussistenza di un <giustificato motivo> e di vagliarne l'esercizio alla luce del principio generale di buona fede, come suggerito da altra autorevole dottrina (5), le conclusioni alle quali si giungerebbe non sarebbero poi così diverse laddove si consideri che, in pratica, « appare difficile individuare una ragionevole motivazione a sostegno dell'esercizio da parte della banca dello *ius variandi* » nell'ambito dei contratti di mutuo (6).

Certo, non si può escludere, almeno in principio, che la banca possa porre a fondamento della proposta di variazione unilaterale del tasso d'interesse — ad esempio — il deterioramento del merito creditizio del cliente e la conseguente necessità di adeguare il prezzo del denaro prestato al più elevato rischio d'insolvenza che il mutuatario presenta rispetto alla situazione patrimoniale esistente all'atto di accensione del mutuo. Tuttavia, anche in siffatta ipotesi, l'esercizio dello *ius variandi* in tanto potrebbe ritenersi conforme a buona fede in quanto il cliente non abbia prestato idonea garanzia (ad esempio: ipotecaria) in grado di ben tutelare la banca dai rischi d'insolvenza del debitore.

Come la dottrina richiamata non ha mancato di rilevare, inoltre, nei contratti di mutuo il requisito della buona fede dev'essere valutato tanto più rigorosamente in quanto l'eventuale recesso dal rapporto di cui si discute costringerebbe il mutuatario a restituire immediatamente alla banca l'intero importo (residuo) preso a prestito; il che costituisce, al tempo stesso, un evidente aggravio della situazione economica del cliente ed un forte disincentivo a rifiutare la proposta di modifica unilaterale del tasso d'interesse avanzata dalla banca.

5. Le considerazioni che precedono inducono a suggerire estrema cautela nell'introdurre, all'interno dei contratti di mutuo con la clientela non *retail*, clausole che consentano una variazione unilaterale (anche) dei tassi d'interesse in deroga a quanto previsto dall'art. 118, comma 1°, t.u.b. Sebbene astrattamente compatibile con la nuova disposizione introdotta nell'art. 118, comma 2-*bis*, t.u.b., tale previsione esporrebbe, infatti, la banca ad una serie di rischi che possono andare da una declaratoria di nullità parziale della clausola, laddove si ritenesse lo *ius variandi* incompatibile con le caratteristiche e con la stessa funzione causale del contratto di mutuo, sino ad un'azione risarcitoria per violazione di quei principi di correttezza e buona fede che in ogni caso devono improntare l'esecuzione del rapporto, qualora l'esercizio del diritto potestativo contrattualmente previsto senza un giustificato motivo aggravasse arbitrariamente la posizione del cliente mutuatario, mettendolo di fronte all'alternativa di accettare la variazione o di restituire l'intera somma ancora dovuta alla banca.

(5) ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 558.

(6) FAUSTI (nt. 4), 202.

Non si può escludere, inoltre, che laddove la clausola in esame venisse utilizzata dalla banca per introdurre nel mutuo elementi di aleatorietà tali da incidere su elementi essenziali del contratto, come il prezzo o il termine per la restituzione del denaro, potrebbe anche porsi un problema di (ri)qualificazione del rapporto di finanziamento; una questione che il giudice eventualmente investito della controversia sarebbe chiamato a risolvere, con esiti poi difficilmente prevedibili (anche sul piano degli effetti fiscali).

Per ridurre i rischi sopra indicati la banca dovrebbe allora cercare quanto meno di predeterminare, indicandoli nel contratto, i motivi che potrebbero dar luogo a variazioni dei tassi sfavorevoli al cliente, limitando così *ex ante* la sua discrezionalità e l'effetto sorpresa che potrebbe derivare dall'esercizio dello *ius variandi*.

6. Le superiori considerazioni valgono, ovviamente, sia per i nuovi contratti di mutuo sia per quelli in corso alla data di entrata in vigore della novella. Per questi ultimi, tuttavia, la norma di diritto transitorio contenuta nell'art. 8, comma 5, lett. g), del citato d. l. n. 70/2011 autorizza le banche ad applicare la deroga prevista dalla lettera f), del medesimo articolo comunicando alla clientela, entro il 30 giugno 2011, le modifiche che intendono apportare secondo le modalità previste dall'art. 118, comma 2°, t.u.b.

Questa previsione, che parrebbe ispirarsi al precedente rappresentato dall'art. 2-bis della l. n. 2/2009, pone alcuni problemi applicativi di non agevole soluzione se riferita alla possibilità d'introdurre clausole volte a modificare unilateralmente i tassi d'interesse nei contratti di mutuo già stipulati prima dell'entrata in vigore della norma in esame in deroga al divieto espressamente contenuto nel primo comma dell'art. 118 t.u.b. Il principale ostacolo a tale possibilità è rappresentato dalla dubbia compatibilità della norma in discorso con il principio generale che vieta di modificare il contenuto dei contratti in corso di esecuzione senza il consenso delle parti. Il principio si applica, all'evidenza, anche alla possibilità di derogare all'art. 118 t.u.b. prevista dall'art. 8, comma 5°, lett. f), d.l. n. 70/2011, il quale dispone espressamente che « le parti possono convenire di non applicare, in tutto o in parte, le disposizioni del presente articolo ».

Sembra dunque da escludere, in primo luogo, che l'introduzione del regime in deroga di cui si discute possa essere introdotto unilateralmente dalla banca attraverso la comunicazione di cui all'art. 118, comma 2°, t.u.b., laddove il contratto di mutuo in corso non contenga già al suo interno la previsione di uno *ius variandi* in favore della banca.

Il secondo ed ancor più delicato profilo problematico riguarda, tuttavia, la compatibilità del meccanismo previsto dal decreto legge con i principi generali in materia di contratti. Infatti, quand'anche il contratto in esame già contenesse al suo interno una clausola di variazione unilaterale della condizioni in favore della banca ai sensi dell'art. 118 t.u.b., sarebbe assai arduo sostenere che una disapplicazione totale o parziale di tale disposizione — la quale tuttora vieta espressamente di applicare lo *ius variandi* ai tassi d'interesse nei contratti di durata a tempo determinato — possa essere introdotta unilateralmente dalla banca senza acquisire previamente il consenso della parte incisa dalla variazione in parola. Il che concorre a rendere

ancor più ardua l'applicazione della deroga di cui si discute ai contratti di mutuo in corso alla data del 14 maggio 2011.

UMBERTO MORERA-GUSTAVO OLIVIERI