

LO JUS VARIANDI NEI RAPPORTI BANCARI:
ASPETTI NORMATIVI E CRITICITA'

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'art.118 del Testo Unico Bancario; 3. Il difficile contemperamento tra interessi divergenti; 4. I requisiti di natura formale; 5. Contratti a tempo indeterminato e contratti a tempo determinato: l'esistenza del "giustificato motivo"; 6. Il "giustificato motivo": criticità e problemi interpretativi; 7. Lo jus variandi nei rapporti con soggetti diversi da consumatori e micro imprese; 8. Divieto di introduzione di clausole ex novo; 9. Problemi e criticità dell'istituto dello jus variandi; 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Come noto, la facoltà concessa agli istituti di credito di variare unilateralmente – ricorrendone i presupposti – le condizioni, soprattutto economiche, convenute all'atto della sottoscrizione del contratto (cosiddetto *jus variandi*) rappresenta un tema assai dibattuto, oltre che complesso, che involge differenti e contrastanti interessi tutti meritevoli di tutela e che, proprio per questo motivo, negli ultimi anni ha frequentemente visto l'intervento del legislatore (e di organi regolamentari) nonché della giurisprudenza sia di merito sia di legittimità.

Il legislatore, difatti, nel garantire agli istituti di credito la possibilità di variare le condizioni economiche in pendenza di contratto, ha previsto il rispetto di specifiche condizioni – alcune di carattere formale e altre di carattere sostanziale – in mancanza delle quali l'intervenuta modifica è priva di effetti.

La questione assume grande importanza anche perché l'istituto dello *jus variandi* rappresenta una deroga al più generale principio sancito dall'art.1372 c.c., per il quale "il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge", principio che trova applicazione anche per le singole clausole contrattuali.

La presente nota, più che fare l'excursus storico della disciplina dello *jus variandi*, ha l'obiettivo di fare chiarezza sull'attuale quadro normativo, anche alla luce dei più recenti interventi giurisprudenziali, evidenziandone, altresì, criticità e vuoti normativi.

2. L'articolo 118 del Testo Unico Bancario

Lo *jus variandi* nei contratti bancari è disciplinato dall'art.118 TUB, norma che, negli ultimi anni, ha subito costanti e importanti modifiche ad opera del legislatore sino a giungere all'attuale formulazione di seguito riportata.

Articolo 118 (1)

(Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali)

1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.

2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

2-bis. Se il cliente non è un consumatore nè una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto (2).

3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.

4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 4, comma 2, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

(2) Comma inserito dall'art. 8, comma 5, lett. f), D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011, n. 106.

La versione dell'art.118 del TUB vigente sino al 2010 – epoca in cui è iniziato un progressivo processo di revisione della norma – oltre a non distinguere i contratti bancari a seconda della durata e a non operare alcuna distinzione tra le diverse tipologie di clienti, rendeva possibile la comunicazione ex-post delle modifiche apportate alle condizioni economiche regolanti il rapporto, fermo restando il diritto del cliente di recedere dal contratto, senza spese, ottenendo l'applicazione, in sede di liquidazione del rapporto, delle condizioni precedentemente applicate dalla banca.

Oggi, invece, la banca è tenuta a comunicare le variazioni delle condizioni economiche sfavorevoli al cliente con un preavviso minimo di due mesi, garantendo a questi la possibilità di recedere dal rapporto, senza spese, entro la data di entrata in vigore delle nuove condizioni economiche.

Prima di procedere con la disamina della norma, va precisato che l'istituto dello *jus variandi* non si applica ai contratti di intermediazione finanziaria, ossia quelli relativi alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento, per espressa esclusione prevista dall'art.23, 4° c., TUF.

3. Il difficile contemperamento tra interessi divergenti

La disciplina dello *jus variandi* nasce dall'esigenza di tutelare, nella maniera più adeguata possibile, gli interessi, confliggenti, di soggetti diversi.

Da un lato, difatti, si pone il cliente – controparte generalmente debole nella relazione banca-cliente – che ha certamente il diritto, sottoscritto un contratto

a determinate condizioni economiche, a non vedere modificati in peggio i termini economici del rapporto. Dall'altro lato vi è l'istituto di credito, che ha la legittima esigenza di ottenere una adeguata remunerazione dall'attività esercitata e che, proprio per il particolare tipo di attività svolta, subisce l'influenza delle azioni di politica economica e dell'intervento del legislatore; influenza che può determinare l'eccessiva compressione dei margini di profitto se non, addirittura, rendere antieconomica l'attività bancaria.

Il vero problema dello *jus variandi*, dunque, è quello di consentire alle banche di adeguare il costo del servizio reso alla clientela in conseguenza dei maggiori costi sostenuti per effetto delle influenze esterne senza, tuttavia, divenire uno strumento per aumentare in maniera ingiustificata i costi a carico del cliente, certamente soggetto con minore potere contrattuale.

Ovviamente, la necessità di adeguare le condizioni economiche praticate alla clientela riguarda, prioritariamente, da un lato i tassi di interesse praticati sulle operazioni di impiego, dall'altro i contratti che hanno una durata indeterminata (potenzialmente infinita).

E' evidente, difatti, che gli istituti di credito, che per l'esercizio dell'attività creditizia devono indebitarsi pagando interessi, non potrebbero finanziare privati e imprese se gli interessi percepiti risultassero inferiori a quelli corrisposti in sede di raccolta fondi.

Analogamente, non avrebbe senso obbligare le banche a recedere da contratti a tempo indeterminato solo per rinegoziare le condizioni economiche del rapporto.

Infine, per un migliore contemperamento dei differenti e confliggenti interessi in gioco, assume rilevanza lo status soggettivo del cliente, meritevole di maggior tutela se consumatore o micro-impresa.

Ecco, allora, che i punti cardine della nuova disciplina dello *jus variandi* sono principalmente due: la distinzione tra contratti a tempo indeterminato ed altri contratti di durata (quelli, cioè, che prevedono una scadenza) – distinzione che incide sulla possibilità di variazione dei tassi di interesse – e lo status soggettivo del cliente.

4. I requisiti di natura formale

Prima di analizzare la disciplina dell'istituto dello *jus variandi* che, come detto, è articolata a seconda della durata del contratto e in funzione del tipo di cliente bancario, vale la pena verificare immediatamente quali sono i requisiti di natura formale al cui rispetto il legislatore subordina la validità delle variazioni contrattuali stabilite dalla banca.

Anzitutto, è indispensabile, affinché la banca possa validamente modificare le condizioni contrattuali, che tale facoltà sia espressamente prevista in contratto mediante una idonea clausola specificamente approvata per iscritto dal cliente ex art. 1341, secondo comma, c.c.

Trattasi, ovviamente, di un requisito sempre rispettato, atteso che i contratti bancari rappresentano sempre "contratti per adesione" e che, nella quasi totalità dei casi, il cliente non ha alcuna possibilità di apportare modifiche alle singole clausole, potendo unicamente decidere se sottoscrivere o meno il contratto.

Inoltre, le nuove condizioni economiche del rapporto devono essere comunicate al cliente almeno due mesi prima della loro entrata in vigore in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dallo stesso (generalmente via e-mail o con avviso sulla propria pagina dell'home banking). Nei rapporti al portatore la comunicazione, non potendo essere di tipo personale, va effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR, il quale, con decreto del 03.02.2011, ha prescritto che in tali casi le modifiche contrattuali vanno comunicate con strumenti di comunicazione impersonale facilmente accessibili presso le dipendenze dell'intermediario o sul suo sito internet.

Entro la data prevista per l'entrata in vigore della modifica contrattuale il cliente ha la facoltà di recedere dal contratto ottenendo, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni economiche previgenti.

Come si vedrà, l'obbligo informativo cui è soggetto l'istituto di credito non assume natura meramente formale. Sebbene, difatti, il testo normativo vigente richiede semplicemente che la banca comunichi al cliente, almeno due mesi prima dall'entrata in vigore della modifica contrattuale, le nuove condizioni, la

giurisprudenza, come si vedrà meglio in seguito, ritiene che detta comunicazione debba rispettare precisi requisiti di contenuto.

Va infine chiarito che il mancato rispetto dei requisiti formali rende prive di effetto le modifiche contrattuali stabilite dalla banca se ad essa favorevoli, restando valide quelle vantaggiose per il cliente. Ovviamente, mentre la mancata preventiva comunicazione al cliente della modifica contrattuale rappresenta un vizio agilmente sanabile che comporta semplicemente la posticipazione della data di decorrenza delle nuove condizioni, l'eventuale mancata previsione in contratto della facoltà dell'istituto di credito di esercitare lo *jus variandi* determina l'impossibilità della banca di apportare unilateralmente modifiche al rapporto sino a quando il cliente non sottoscriva un nuovo contratto che espressamente preveda l'istituto dello *jus variandi*.

5. Contratti a tempo indeterminato e contratti a tempo determinato: l'esistenza del "giustificato motivo"

Come detto, l'istituto dello *jus variandi* si articola in maniera differente a seconda della durata del rapporto bancario.

Nei contratti a tempo indeterminato è possibile prevedere la facoltà della banca di modificare unilateralmente tutte le condizioni contrattuali – inclusi i tassi di interesse praticati – laddove ricorra un giustificato motivo.

Di contro, nei contratti a tempo determinato la facoltà della banca di apportare modifiche unilaterali può essere prevista unicamente per le clausole che non concernono i tassi di interesse e sempreché ricorra un giustificato motivo.

Così, ad esempio, nelle aperture di credito "a revoca" la banca avrà la facoltà di variare anche i tassi di interesse qualora un giustificato motivo lo richieda; variazione dei tassi che non è ammessa – neanche in presenza di un giustificato motivo – nel caso di affidamenti "a scadenza" e nei rapporti di mutuo (essendo anch'essi contratti con una scadenza prefissata). Con particolare riferimento ai contratti di mutuo, il divieto di variazione dei tassi di interesse va ricondotto prioritariamente all'esigenza di tutelare maggiormente quei soggetti che, avendo sottoscritto un mutuo ad un determinato tasso, potrebbero non riuscire ad onorare i propri impegni in ipotesi di incremento del saggio di interesse.

Ovviamente, va comunque chiarito che nei rapporti di mutuo non rappresenta una variazione *in peius* soggetta alla disciplina dell'art.118 TUB la modifica del tasso variabile conseguente alla variazione del parametro di riferimento (ovviamente non risulta modificabile lo spread aggiunto dalla banca all'indice di riferimento)¹.

Rispetto alla precedente disciplina dello *jus variandi*, quindi, la facoltà di modifica delle condizioni contrattuali è subordinata all'esistenza di un "giustificato motivo"; nozione dal carattere volutamente ampio che se da un lato ricomprende tutte quelle situazioni, cui si faceva riferimento, in cui la banca è costretta a ribaltare sulla clientela i maggiori costi sostenuti in sede di reperimento fondi e gestione dei servizi bancari, dall'altro sembra idonea a ricomprendere i mutamenti eventualmente intervenuti nella situazione reddituale e patrimoniale del cliente.

E' indubbio, difatti, che nelle operazioni di erogazione di credito le condizioni economiche che disciplinano il rapporto banca-cliente dipendono sempre, prioritariamente, dal livello di rischio assunto dall'istituto di credito, livello di rischio che è funzione da un lato della capacità del cliente di onorare con puntualità i propri impegni finanziari, dall'altro delle garanzie acquisite dalla banca in sede di concessione dei fidi per ottenere, anche in via forzata, il recupero del proprio credito.

Va comunque chiarito che la norma non richiede l'indicazione in contratto, neanche in via esemplificativa, delle possibili situazioni atte a giustificare l'esercizio dello *jus variandi*. Basta, difatti, la sottoscrizione della clausola mediante la quale il cliente riconosce alla banca la facoltà di variare le condizioni contrattuali in corso di rapporto al verificarsi di un – non meglio precisato – "giustificato motivo".

6. Il "giustificato motivo": criticità e problemi interpretativi

Si è visto che l'esercizio dello *jus variandi* nei rapporti bancari intercorsi con consumatori e micro-impresе è subordinato all'esistenza di circostanze che giustifichino la modifica delle condizioni contrattuali.

¹ Ministero dello Sviluppo Economico, *Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art.10 della legge 4 agosto 2006, n.248*, 21 febbraio 2007.

Come detto, il “giustificato motivo” ricorre non solo in ipotesi di manovre di politica monetaria che hanno una diretta incidenza sull’attività bancaria, ma anche quando il deterioramento della situazione reddituale, finanziaria e patrimoniale del cliente (o dei suoi garanti) determina il modificarsi del grado di rischio assunto dalla banca.

Sul punto si rendono necessarie alcune specificazioni e considerazioni.

Preliminarmente, sembra opportuno distinguere quelle situazioni in cui il diverso grado di rischio percepito dalla banca dipenda effettivamente dal mutamento delle condizioni soggettive del cliente da quelle situazioni in cui, pur non essendo cambiato nulla nella sfera del cliente, la banca valuti diversamente, rispetto al passato, il grado di rischio della relazione.

Se alcun dubbio sussiste sull’esistenza del “giustificato motivo” nel primo caso, decisamente più complesso appare il caso in cui la diversa percezione del grado di rischio assunto dalla banca dipenda da una differente valutazione di informazioni note, o comunque conoscibili, all’atto della sottoscrizione del contratto. In tale ultimo caso, difatti, salvo che al cliente possa attribuirsi qualche responsabilità nell’errata valutazione iniziale da parte degli organi bancari, magari per aver reso dichiarazioni parzialmente mendaci preventivamente non riscontrate da parte della banca o aver omesso informazioni rilevanti, non sembra potersi riconoscere l’esistenza di quel “giustificato motivo” che consente alla banca di variare le condizioni economiche della relazione. In tal senso, quindi, la modifica dei criteri di valutazione dei rischi eventualmente deliberata dagli organi di governo dell’istituto di credito non può autorizzare l’esercizio dello *jus variandi*, potendo unicamente giustificare il recesso dal contratto o il mancato rinnovo dei fidi ma sempre nel rispetto delle clausole contrattuali e, in ogni caso, del principio di correttezza e buona fede che deve sempre ispirare – ex art.1375 c.c. - il comportamento delle parti.

Altra considerazione riguarda la necessaria distinzione che occorre operare tra rapporti assistiti da garanzie minimali e rapporti per i quali esistono garanzie – o controgaranzie (si pensi ai confidi) – più che idonee a tutelare gli interessi della banca. E’ evidente, difatti, che in tali ultime circostanze potrebbe non

sussistere quel “giustificato motivo” cui il legislatore subordina la facoltà dell’istituto di credito di modificare le condizioni economiche del contratto. In ogni caso, sembra opportuno che le modifiche apportate dalla banca alle condizioni economiche riflettano i differenti scenari.

E’ comunque indubbio che la banca sia tenuta a comunicare al cliente i motivi che l’hanno indotta a modificare le condizioni contrattuali, non potendo esercitare lo *jus variandi* semplicemente invocando l’esistenza di un non meglio precisato “giusto motivo”. Anzi, l’indicazione delle motivazioni che hanno determinato la modifica delle condizioni del rapporto deve essere quanto più possibile analitica onde garantire al cliente l’esercizio di un legittimo diritto di contestazione ovvero per superare l’eventuale vaglio di organi (arbitro bancario e finanziario, organi di mediazione, magistratura) chiamati ad esprimersi sulla liceità della modifica contrattuale unilateralmente imposta dalla banca.

In tal senso, la genericità della norma, che non chiarisce cosa debba intendersi per “giustificato motivo”, se da un lato appare comprensibile dovendo garantire la capacità di adattamento anche ai contratti bancari dalla durata potenzialmente infinita (è evidente che sarebbe difficile riassumere in un’elencazione esaustiva tutte le possibili cause di legittimo esercizio dello *jus variandi* laddove il contratto possa teoricamente non avere mai termine), dall’altro determina una inevitabile incertezza con il conseguente proliferare di contestazioni e ricorsi ad organi di magistratura ordinaria e speciale da parte dei clienti.

Nel tentativo di mitigare il problema, il Ministero dello Sviluppo Economico ha chiarito che per “giustificato motivo” si devono intendere gli eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario e ha precisato che il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale in maniera sufficientemente precisa e tale da rendere possibile una valutazione circa la congruità della variazione²; posizione peraltro confermata dalla Banca d’Italia con nota n.99293/2011.

² Ministero dello Sviluppo Economico, *Chiarimenti in merito all’applicazione dell’art.10 della legge 4 agosto 2006, n.248*, 21 febbraio 2007.

Sul punto deve segnalarsi una decisione dell'ABF del settembre 2011 mediante la quale il collegio ha censurato l'aumento della commissione sugli affidamenti (dallo 0,05% allo 0,2% trimestrale) operato in virtù di una generica "modifica del quadro andamentale del rapporto". L'ABF ha ritenuto che la motivazione adottata dalla banca fosse priva dei requisiti di determinatezza e verificabilità impliciti nella nozione di "giustificato motivo"³.

Passando alle variazioni dei tassi di interesse dipendenti da decisioni di politica economica, il comma 4 dell'art.118 TUB prevede che le modifiche adottate "in previsione o in conseguenza" di dette decisioni siano apportate contestualmente sia ai tassi debitori sia ai tassi creditori.

La richiamata disposizione pone problemi interpretativi di non poco conto. In primo luogo, atteso che la norma consente l'esercizio dello *jus variandi* anche solo in previsione di decisioni di politica monetaria, è lecito chiedersi come debba comportarsi la banca nel caso in cui la decisione successivamente assunta dalle competenti autorità sia difforme da quella prevista. Se non vi è dubbio che, in ipotesi di decisione maggiormente penalizzante per la banca, l'istituto di credito possa nuovamente modificare le condizioni contrattuali, resta da comprendere se la banca, nel caso in cui la decisione assunta dagli organi di politica monetaria risulti meno gravosa rispetto alle aspettative, sia obbligata a (ri)modificare le condizioni contrattuali nel senso più favorevole al cliente o se, semplicemente, la modifica – nella misura in cui risulti sfavorevole al cliente in assenza di un "giustificato motivo" – debba ritenersi priva di effetto⁴.

In secondo luogo, dubbi si pongono in merito alla modalità di applicazione del "principio di reciprocità" sancito dalla norma. Così, ad esempio, laddove i tassi di mercato dovessero aumentare di un punto percentuale, facendo registrare una variazione pari, per ipotesi, al 10%, andrebbe chiarito se i tassi attivi e passivi praticati dalla banca debbano essere variati, entrambi, di un punto percentuale ovvero del loro 10%. La questione appare tutt'altro che insignificante, atteso che, a seconda del livello iniziale dei tassi di interesse attivi e passivi, le due possibili soluzioni determinerebbero effetti differenti

³ Arbitro Bancario e Finanziario, Collegio di Roma, decisione n.1837 del 13.09.2011.

⁴ In tal senso Morera U., *Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria (art. 118, 4° comma, t.u. bancario)*, in Foro it., 2007, V, 252 ss.

STUDIO VECCHIDOTTORI COMMERCIALISTI
REVISORI LEGALI*STUDIO DI CONSULENZA SPECIALIZZATO IN CONTENZIOSO BANCARIO*

sull'ampiezza della forbice dei tassi nonché sull'onerosità complessiva del finanziamento accordato al cliente.

Se per ipotesi il tasso debitore iniziale fosse del 5%, mentre il saggio a credito risulti dell'1%, l'aumento dell'1% di entrambi i saggi lascerebbe invariata la forbice dei tassi (4%) ma determinerebbe una maggiore onerosità del finanziamento (dal 5% si passerebbe al 6%) rispetto all'ipotesi di incremento, di ciascun tasso, del proprio 10%.

INCREMENTO DEI TASSI DI UN PUNTO PERCENTUALE			
	% ANTE VARIAZIONE	VARIAZIONE	% POST VARIAZIONE
TASSO DEBITORE	5,00	1	6,00
TASSO CREDITORE	1,00	1	2,00
AMPIEZZA FORBICE	4,00		4,00
INCREMENTO DEI TASSI DEL 10%			
	% ANTE VARIAZIONE	VARIAZIONE	% POST VARIAZIONE
TASSO DEBITORE	5,00	0,5	5,50
TASSO CREDITORE	1,00	0,1	1,10
AMPIEZZA FORBICE	4,00		4,40

Di contro, se il livello di partenza del tasso debitore e di quello creditore fosse, rispettivamente, del 12% e del 2%, la variazione del 10% di ciascun tasso non solo determinerebbe una maggiore onerosità del finanziamento (si passerebbe dal 12% al 13,2%) ma comporterebbe anche l'ampliamento della forbice dei tassi (dal 10% all'11%).

INCREMENTO DEI TASSI DI UN PUNTO PERCENTUALE			
	% ANTE VARIAZIONE	VARIAZIONE	% POST VARIAZIONE
TASSO DEBITORE	12,00	1	13,00
TASSO CREDITORE	2,00	1	3,00
AMPIEZZA FORBICE	10,00		10,00
INCREMENTO DEI TASSI DEL 10%			
	% ANTE VARIAZIONE	VARIAZIONE	% POST VARIAZIONE
TASSO DEBITORE	12,00	1,2	13,20
TASSO CREDITORE	2,00	0,2	2,20
AMPIEZZA FORBICE	10,00		11,00

Si deve osservare, in ultimo, che in riferimento al “giustificato motivo” è intervenuto l’ABF, stabilendo, con pronuncia del novembre 2011, che l’aumento unilaterale di un tasso d’interesse da parte della banca non può essere giustificato con il richiamo generico agli effetti prodotti dall’attuale crisi economica e finanziaria, trattandosi di un’indicazione estremamente sintetica e generica che non consente al cliente, neppure con un certo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione apportata⁵.

7. Lo jus variandi nei rapporti intercorsi con soggetti diversi da consumatori e micro-imprese

Con la legge n. 106 del 2011, l’art. 118 t.u.b. si è arricchito di un comma 2-*bis*. Secondo questa disposizione, se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa (come definita dall’art. 1, 1° co., lett. t, del d.lgs. n. 11 del 2010), nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedono la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto⁶.

Preliminarmente deve osservarsi che l’ambito di applicazione del comma 2-*bis* dell’art. 118 t.u.b. è circoscritto – per espressa previsione normativa – ai contratti a tempo determinato, rapporti per i quali non è consentita, generalmente, la modifica dei tassi di interesse neanche in presenza di un “giustificato motivo”.

Con riguardo all’ambito soggettivo della disposizione, la norma, limitando la sua applicazione ai soggetti diversi dai consumatori e dalle micro-imprese, sembra riferirsi principalmente ai professionisti ed alle medie e grandi imprese⁷.

⁵ Arbitro Bancario e Finanziario, Collegio di Milano, decisione n.2419 del 09.11.2011.

⁶ Dal punto di vista sistematico è stato correttamente rilevato che il comma 2-*bis* dell’art. 118 t.u.b. è stato collocato erroneamente dopo il 2° co. del medesimo articolo¹⁷. La disposizione concerne i limiti entro cui si può esercitare lo *jus variandi* (1° co.) e non il diverso tema delle modalità di comunicazione dell’esercizio di tale diritto (2° co.). Pertanto sarebbe stato più appropriato inserire tale tematica come comma 1-*bis* oppure come 3° periodo del 1°co.

⁷ La micro-impresa viene definita dall’art. 1, lett. t, d.lgs. n. 11 del 2010 come l’impresa che possiede i requisiti previsti dalla raccomandazione n. 2003/361/CE

Per tali soggetti, dunque, vige una regola particolare, nel senso che la legge permette di indicare, nel contratto a termine dagli stessi sottoscritto con la banca, eventi e condizioni che consentono, al proprio verificarsi, la modifica unilaterale dei tassi d'interesse.

Tale disposizione, che deroga al più generale principio che vieta la modifica dei tassi di interesse nei contratti a tempo determinato, trae origine, evidentemente, dal differente grado di tutela che il legislatore ha inteso riconoscere ai diversi utenti dei servizi bancari: se consumatori e micro-imprese richiedono un grado di tutela maggiore, professionisti ed imprese medie e grandi, essendo generalmente dotati di un maggior livello di conoscenza dei servizi/prodotti bancari ed avendo maggior potere contrattuale rispetto ai consumatori ed alle micro-imprese, necessitano di un minor livello di tutela da parte del legislatore e, quindi, di minori limiti all'autonomia contrattuale. Ecco, allora, che detti soggetti possono liberamente convenire, all'atto della stipula del contratto con la banca, che il determinarsi di certi eventi o condizioni – espressamente indicati in contratto – consenta all'intermediario di variare i tassi di interesse originariamente pattuiti.

Sembra opportuno chiarire subito che gli eventi e le condizioni al cui verificarsi viene subordinato il diritto della banca di variare i tassi di interesse non devono necessariamente configurare un "giusto motivo" e, in tal senso, nessun giudizio di legittimità è demandabile a soggetti terzi. Tali accordi, quindi, non potranno, in linea di principio, essere sindacati dall'autorità giudiziaria salvo che non siano soggetti a nullità per contrarietà alla legge (ad esempio per illiceità dell'oggetto ex artt.1346 e 1418 c.c.). In tal senso, non sembra corretto sostenere che gli eventi e le condizioni di cui al comma 2-bis dell'art.118 TUB riguardino situazioni di "giusto motivo soggettivo" (in contrapposizione al "giusto motivo oggettivo" cui si riferisce l'art.118, 1° comma, TUB).

della Commissione, del 6.5.2003 (ovvero i requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 84, lett. b, della direttiva 2007/64/CE). L'art. 2 dell'allegato I alla raccomandazione n. 2003/361/CE definisce come micro-impresa l'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro.

Peraltro, va osservato che l'eventuale indicazione degli eventi e condizioni il cui verificarsi rende legittima la variazione dei tassi di interesse nei contratti a tempo determinato non impedisce l'applicazione del più generale principio sancito dal primo comma dell'art.118 TUB (al ricorrere, ovviamente, di un "giustificato motivo").

Tanto chiarito, sembra necessario, a questo punto, soffermarsi sulle criticità e sui dubbi interpretativi del comma 2-bis dell'art.118 TUB.

In primo luogo, difatti, occorrerebbe comprendere se la disposizione in oggetto possa essere interpretata nel senso che il manifestarsi degli eventi e delle condizioni espressamente indicati renda automatica la modifica del tasso di interesse. Sebbene il principio dell'autonomia contrattuale preservato dal legislatore mediante la richiamata modifica dell'art.118 TUB potrebbe consentire una risposta favorevole all'interrogativo posto, non si può ignorare che la norma espressamente fa riferimento alla "*possibilità*" – e non all'obbligo – "*di modificare i tassi di interesse*".

Vero è, però, che il riconoscimento di una mera facoltà (di cui ovviamente godrebbe la banca) di modifica dei tassi potrebbe rendere sostanzialmente vana la previsione di eventi e condizioni al cui verificarsi risulti subordinata la variazione dei tassi in senso favorevole al cliente, opzione che – peraltro – non sembra in contrasto con lo stesso comma 2-bis dell'art.118 TUB.

Va comunque considerato che la previsione di una modifica automatica dei tassi di interesse porrebbe ulteriori e distinti problemi. Anzitutto occorrerebbe predeterminare la misura della variazione dei tassi al verificarsi dell'evento, ma, soprattutto, renderebbe di dubbia utilità la comunicazione di modifica dei tassi eventualmente eseguita dalla banca, atteso che se le parti prevedessero l'adeguamento automatico dei tassi al verificarsi di certe condizioni difficilmente potrebbe riconoscersi il diritto di recesso a seguito della variazione stessa, sempreché il diritto di recesso sia sussistente nell'ambito di applicazione del comma 2-bis dell'art.118 TUB.

Resta da capire, difatti, se la controparte della banca (soggetto ovviamente diverso dal consumatore e dalla micro-impresa), laddove operi lo *jus variandi* per effetto del manifestarsi dell'evento (o della condizione) prestabilito, possa esercitare il diritto di recesso sancito dal comma secondo dell'art.118 TUB.

Anche su questo aspetto la norma non pare del tutto chiara ed ambiguo risulta l'inserimento della disposizione quale comma 2-bis e non quale comma 1-bis.

Sembra in ogni caso evidente che, laddove si volesse ritenere sussistente l'obbligo del cliente di "subire" la variazione di tasso operata dalla banca, non si potrebbe prescindere dall'individuazione dell'incremento massimo operabile dall'istituto di credito.

In definitiva, dunque, sembra più corretto da un lato attenersi al dettato letterale della norma che riconosce una facoltà e non un obbligo di modifica dei tassi con il conseguente onere, a carico della banca, di comunicare al cliente l'esercizio dello *jus variandi*, dall'altro ritenere sussistente il diritto di recesso anche per i soggetti diversi dai consumatori e dalle micro-imprese.

Infine, sembra pacifico che le parti, laddove non avessero previsto all'atto della sottoscrizione del contratto gli eventi e le condizioni di cui all'art.118, comma 2-bis, TUB, potranno sempre, ma con mutuo consenso, modificare l'originario contratto inserendo le opportune clausole.

8. Divieto di introduzione di clausole *ex novo*

Ulteriore aspetto che merita di essere approfondito onde meglio delineare i confini di applicabilità dell'art.118 TUB riguarda l'impossibilità, da parte della banca, di introdurre in corso di rapporto – invocando l'istituto dello *jus variandi* – commissioni e spese originariamente non convenute.

La questione ha assunto rilevanza soprattutto a seguito delle modifiche normative al regime commissionale dei rapporti di conto corrente, modifiche mediante le quali il legislatore ha provato a porre fine al dibattito che da anni si era sviluppato – tanto in giurisprudenza quanto in dottrina – sulla legittimità (ovvero sulla illegittimità) delle commissioni di massimo scoperto.

L'introduzione della "*commissione per la messa a disposizione dei fondi*" (ad opera dell'art.2-bis della legge n.2/2009 - legge di conversione del decreto legge n.185 del 29 novembre 2008) prima e della "*commissione di istruttoria veloce*" (ad opera della legge n.214/2011 che ha introdotto l'art.117-bis nel TUB) dopo, hanno sollevato il problema dell'applicabilità (o meno) dell'art.118 TUB per l'automatica sostituzione della clausola contemplante la commissione

di massimo scoperto con clausole – nuove – volte ad introdurre in corso di rapporto le nuove commissioni disciplinate dal legislatore⁸.

La questione non è affatto di agevole risoluzione e non può essere risolta, semplicisticamente, sostenendo che l'applicabilità dello *jus variandi* risulta pacifica in quanto espressamente prevista dal legislatore, che al terzo comma dell'art. 2-bis della legge n.2/2009 ha stabilito che *“i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni”*.

L'art.118, difatti, concedendo alla banca *“la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto”* sembra escludere la possibilità di introdurre spese e commissioni del tutto nuove. Una siffatta modifica contrattuale, difatti, non rappresenterebbe la semplice modifica di clausole contrattuali già esistenti, quanto, piuttosto, l'introduzione di clausole *ex novo*.

Del resto, non si possono ignorare i *“chiarimenti in merito all'applicazione dell'art.10 della legge 4 agosto 2006, n.248”* resi in data 21 febbraio 2007 dal Ministero dello Sviluppo Economico, che ha provveduto a specificare *“che le “modifiche” disciplinate dal nuovo art.118 TUB riguardano soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo”*, posizione peraltro confermata dalla Banca d'Italia che con circolare n.99293/2011 ha osservato *“come l'art.118 TUB sia da leggersi quale norma eccezionale, rispetto al principio di immodificabilità del contratto in assenza di accordo delle parti. Da ciò consegue che lo jus variandi deve ritenersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni già esistenti, non potendo comportare l'introduzione nel contratto di clausole e condizioni del tutto nuove”*.

⁸ All'indomani dell'entrata in vigore delle richiamate disposizioni, tutti gli istituti di credito hanno provveduto a sostituire la “vecchia” commissione di massimo scoperto con le nuove commissioni introdotte dal legislatore senza, peraltro, procedere alla ricontrattualizzazione del rapporto bancario.

Sul punto devono segnalarsi le decisioni n.192/2010 e n.300/2010 assunte dall'Arbitro Bancario e Finanziario - Collegio di Napoli - che ha stabilito che l'introduzione, in corso di rapporto, della "commissione disponibilità fondi" non può rientrare nell'esercizio dello *jus variandi* da parte della banca.

In definitiva sembra doversi propendere per l'inapplicabilità dello *jus variandi* per l'introduzione - in corso di rapporto - di oneri e commissioni in precedenza non convenuti.

Se questa è, però, la posizione da preferirsi, resta da attribuire al comma terzo dell'art.2-bis della legge n.2/2009 un significato coerente con tale interpretazione dell'art.118. Invero, il prefato art.2-bis, comma primo, oltre ad introdurre nel nostro ordinamento la "*commissione per la messa a disposizione dei fondi*", provvede anche a sancire la legittimità della commissione di massimo scoperto (clausola comunque resa priva di effetto dall'entrata in vigore dell'art.117-bis TUB) laddove il rapporto, regolarmente affidato, fosse risultato a debito per un periodo non inferiore a trenta giorni. Ecco, quindi, che il terzo comma dell'art.2-bis andava interpretato nel senso di consentire alla banca l'adeguamento automatico della clausola contemplante la commissione di massimo scoperto in virtù dei vincoli imposti dal primo comma della medesima disposizione, dovendosi escludere - di contro - la possibilità di introdurre la "*commissione per la messa a disposizione dei fondi*" in assenza di accettazione per iscritto, da parte del cliente, della relativa clausola.

9. Problemi e criticità dell'istituto dello *jus variandi*

La disamina sin qui svolta ha messo in luce molti aspetti critici dell'istituto dello *jus variandi* disciplinato dal TUB. Quelli già esaminati, tuttavia, non sono i soli dubbi che è lecito porsi per comprendere la reale portata della norma. E' possibile, anzi doveroso, non sottacere altri aspetti critici dell'attuale disciplina dello *jus variandi* sia per delineare, laddove possibile, i reali confini dell'istituto, sia, soprattutto, al fine di individuare quei vuoti legislativi che danno (o possono dare) adito a reclami e contestazioni da parte della clientela. Il primo aspetto, cui già si è fatto cenno, assume grande rilevanza e riguarda la condotta dell'istituto di credito al venir meno del "giusto motivo" sancito dal

primo comma dell'art.118 TUB o degli "eventi e condizioni" previsti al comma 2-*bis*.

La norma, difatti, se da un lato riconosce la facoltà alla banca di variare tassi, prezzi ed altre condizioni del rapporto al verificarsi di determinate circostanze, dall'altro non prevede l'obbligo, del medesimo istituto di credito, di ripristinare le precedenti condizioni al venir meno di tali condizioni o, comunque, di apportare al rapporto variazioni favorevoli al cliente al (contro) verificarsi di fatti e circostanze che non giustifichino il mantenimento, almeno in quella misura, della modifica, penalizzante per il cliente, in precedenza apportata al contratto.

La questione assume rilevanza sotto più profili. In primo luogo, l'evidente vuoto legislativo appare contrastare con la *ratio* della norma, da individuarsi nell'esigenza di garantire soprattutto alla banca la possibilità di ripristino del sinallagma contrattuale. Se la possibilità di modificare in senso sfavorevole al cliente le condizioni contrattuali risponde alla necessità di consentire il ripristino del rapporto costi-benefici della relazione, allora non può negarsi che il venire meno delle circostanze che hanno determinato la variazione *in peius* determina una sproporzione, del medesimo rapporto, a vantaggio della banca.

In secondo luogo, va tenuto presente che, nella maggior parte dei casi, il cliente, non solo non ha il potere di ricontrattare le condizioni del rapporto, ma addirittura non ha neanche la concreta possibilità di recedere dallo stesso.

Sembra evidente, dunque, che vada attribuito alla banca l'obbligo di apportare al rapporto variazioni favorevoli al cliente al (contro) verificarsi di fatti e circostanze che non legittimino il mantenimento di condizioni ingiustamente penalizzanti per il cliente.

Pertanto, deve ritenersi che l'evidente vuoto legislativo venga sanato dal principio, previsto dal nostro ordinamento, per cui le parti di un contratto (e quindi anche le banche) hanno comunque il dovere di comportarsi con correttezza e buona fede (art.1375 c.c.), principio la cui applicazione finirebbe per attribuire agli istituti di credito l'obbligo di cui si sta discorrendo.

Similare, ma non proprio identico, è il caso – disciplinato dal comma 4 dell'art.118 TUB – delle variazioni dei tassi di interesse apportate "in previsione di decisioni di politica monetaria". Deve ritenersi priva di efficacia la

variazione (precedentemente apportata al rapporto) nel caso in cui, o nella misura in cui, gli organi di politica monetaria assumano decisioni che disattendano le aspettative dell'istituto di credito. In tali circostanze, più che porsi un problema di ripristino del precedente rapporto sinallagmatico per il venire meno di certe cause, realmente verificatesi, che avevano giustificato la modifica *in peius* delle condizioni contrattuali, devono ritenersi prive di effetto, *ex tunc*, le modifiche apportate al rapporto sulla base di aspettative errate della banca.

Altra ipotesi da non escludere è quella in cui le decisioni di politica monetaria determinino una modifica dei tassi di mercato favorevole ai clienti degli istituti di credito alimentando, quindi, le legittime aspettative di tali soggetti verso un miglioramento delle condizioni economiche praticate dalle banche.

Si pensi all'ipotesi, piuttosto frequente, di una generale contrazione dei tassi di interesse di mercato che, quindi, legittimi l'aspettativa dei clienti di una riduzione dei tassi praticati dalla banca sugli affidamenti agli stessi concessi.

Occorre chiedersi se, in tali circostanze, debba riconoscersi a carico della banca l'obbligo di variazione *in melius* delle condizioni praticate alla clientela. L'interrogativo non può trovare risposta nell'art.118 TUB, atteso che lo stesso – come già osservato – è stato concepito nell'ottica di concedere alla banca la facoltà, e non l'obbligo, di modifica delle clausole contrattuali.

Ancora una volta, quindi, sembra doversi fare riferimento al principio – ex art.1375 c.c. – di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto per riconoscere in capo alla banca l'obbligo di variazione *in melius* delle condizioni economiche del contratto, atteso che la mancata modifica (al ribasso) dei tassi praticati sugli affidamenti se da un lato non comporterebbe di certo una maggiore onerosità delle linee di credito godute dalla clientela comunque determinerebbe un ingiustificato maggior profitto per la banca.

Altra questione di non poco conto riguarda l'onere di comunicazione al cliente della modifica delle condizioni contrattuali.

Sul punto le ulteriori riflessioni da fare riguardano da un lato l'onere della banca di provare l'intervenuta comunicazione; dall'altro il contenuto della comunicazione, aspetto sul quale già ci si è soffermati ma che vale la pena approfondire.

I richiamati profili assumono grande rilevanza soprattutto nel caso in cui il cliente bancario, non avendo, sovente, la reale possibilità di esercitare il diritto di recedere dal contratto, decida, molto tempo dopo l'intervenuta modifica (generalmente a conclusione del rapporto), di contestare le variazioni *in peius* apportate dalla banca (soprattutto) alle condizioni economiche che, *medio tempore*, hanno disciplinato il rapporto. Il cliente, difatti, onde ottenere la riliquidazione dell'intero rapporto a condizioni più favorevoli contesta, sovente, la mancata comunicazione, da parte della banca, dell'intervenuta modifica o, comunque, l'indicazione del "giusto motivo" in termini di estrema genericità.

Per ciò che riguarda la prima questione, atteso che trattasi di modifiche unilaterali del contratto aventi natura ricettizia, non vi è dubbio che la banca ha l'onere di provare che il cliente era venuto a conoscenza, almeno due mesi prima, della modifica apportata alle condizioni contrattuali. A tale scopo, il mezzo che in assoluto si presta di meno ad eventuali pretestuose contestazioni è certamente la raccomandata in busta aperta con ricevuta di ritorno. E' peraltro evidente che trattasi di un mezzo di comunicazione impiegabile unicamente per i rapporti maggiormente critici, per i quali la banca intende limitare quanto più possibile il rischio di una futura contestazione.

Altro strumento senz'altro efficace è la presa-visione, con firma di accettazione, da parte del cliente; modalità di comunicazione che, peraltro, non esclude la possibilità che il cliente eccepisca, in futuro, l'apposizione di una firma apocrifia. Anche detta modalità di comunicazione, tuttavia, appare idonea soprattutto per la gestione dei rapporti bancari che assumono maggiore rilevanza nell'economia della filiale.

Resta quindi da individuare un adeguato mezzo di comunicazione adottabile per la generalità dei rapporti intrattenuti dalla banca. La soluzione al problema sembra essere dettata dalla stessa norma, laddove prescrive che la comunicazione può essere fornita "*mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente*". In aderenza al dettato normativo la banca potrebbe, in maniera agevole e sulla base di procedure facilmente informatizzabili, procedere all'invio della comunicazione a mezzo posta elettronica certificata. Ovviamente detta soluzione renderebbe necessario fornire ai clienti, che non ne fossero già provvisti, un account di posta

elettronica certificata, ma i costi di gestione di tale servizio sembrano accettabili rispetto ai benefici, anche organizzativi, che potrebbe trarne la banca.

Questione diversa è quella inerente il contenuto della comunicazione. Come visto, si ritiene (sebbene la norma non lo prescriva direttamente) che la banca sia tenuta a rendere noto il “giustificato motivo” e, secondo talune interpretazioni, anche gli effetti che l’invocata circostanza avrebbe sul rapporto bancario. Sul punto devono richiamarsi le già citate decisioni dell’Arbitro Bancario e Finanziario n.1837 del 13.09.2011 (Collegio di Roma) e n.2419 del 09.11.2011 (Collegio di Milano).

E’ in ogni caso indubbio che la nozione di “giustificato motivo” appare comunque generica e, quindi, suscettibile di diverse e differenti interpretazioni. Conseguentemente, può determinarsi il conflitto, tra banca e cliente, sulla “giustizia” del motivo; conflitto la cui risoluzione dipenderà dal soggetto chiamato a valutare la fondatezza e la concretezza delle motivazioni adottate dalla banca per l’esercizio dello *jus variandi*.

Infine, occorre chiedersi se all’atto dell’esercizio dello *jus variandi*, qualora – come nella maggioranza dei casi accade – la modifica si concreti in una maggiore onerosità del rapporto per il cliente, la banca sia tenuta a comunicare allo stesso il nuovo TAEG (o ISC) del rapporto. Tenuto conto che le modifiche legislative susseguitesi negli ultimi anni in tema di trasparenza bancaria vanno nella direzione di rendere edotto il cliente dell’onerosità complessiva della relazione, sembrerebbe logico ritenere che laddove la banca modifichi, *in peius*, le condizioni economiche sia onerata di rideterminare e comunicare al cliente il nuovo TAEG del rapporto.

10. Conclusioni

La relazione di tipo contrattuale che lega gli istituti di credito ai propri clienti presenta elementi di complessità che rendono difficile l’individuazione di un giusto equilibrio nel contemperamento di interessi ovviamente divergenti ma ugualmente meritevoli di tutela.

La durata potenzialmente illimitata del rapporto, l’influenza di circostanze indipendenti dalla volontà delle parti, la possibile evoluzione (o involuzione)

della situazione economico-reddituale e patrimoniale del cliente, l'evidente sproporzione tra il potere contrattuale della banca e quello del cliente rappresentano fattori che determinano una significativa aleatorietà nello sviluppo della relazione e non favoriscono la formalizzazione di contratti atti a disciplinare in maniera equa e adeguata i differenti scenari che potrebbero delinearsi nel corso di una relazione dalla durata potenzialmente infinita.

Partendo da tali premesse il legislatore ha provato a garantire la flessibilità delle relazioni contrattuali che legano gli istituti di credito ai propri clienti mediante l'istituto dello *jus variandi* disciplinato dall'art.118 del Testo Unico Bancario.

La presente disamina, tuttavia, ha messo in risalto le rilevanti criticità di un istituto che solo parzialmente garantisce il raggiungimento di quegli obiettivi di equità posti a fondamento del medesimo art.118; istituto che, molto spesso e proprio per le criticità che lo caratterizzano, finisce per essere oggetto di reclamo da parte della clientela dinanzi agli organi competenti.

Anche se è presumibile immaginare che una riscrittura della norma non possa, da sola, risolvere quelle che sono le criticità evidenti di tale istituto, è comunque auspicabile un intervento del legislatore per colmare gli evidenti vuoti legislativi che caratterizzano l'attuale disciplina dello *jus variandi* nei rapporti bancari.

* * *

Napoli, 25 febbraio 2014

dr. Valentino Vecchi

