

JUS VARIANDI BANCARIO. TRA PASSAGGI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZA DELL'ABF LE LINEE EVOLUTIVE DELL'ISTITUTO

ALDO ANGELO DOLMETTA

SOMMARIO. 1. Le linee del discorso. – 2. Sulla vicenda del decreto sviluppo: raggiunta stabilità del «giustificato motivo». – 3. Altre riforme? – 4. Art. 118 TUB e variazioni *in melius*. – 5. Art. 118 TUB e clausole «nuove». – 6. L'art. 118 TUB tra variazioni generalizzate e variazioni *ad personam*. - 7. (*Segue*). Il peggioramento delle condizioni di rischio del debitore. - 8. Art. 118 TUB e caratteristiche basiche dell'operazione. – 9. L'art. 118 TUB tra clausole economiche e clausole regolamentari. - 10. Specifica approvazione per iscritto della clausola attributiva del *jus*. – 11. La comunicazione al cliente. – 12. A proposito di «giustificato motivo»: l'onere di allegazione. - 13. (*Segue*): il problema delle figure sintomatiche. – 14. (*Segue*): rapporti con la clausola di buona fede. – 15. (*Segue*): il mutamento di scelte gestionali. - 16. (*Segue*): il punto delle sopravvenienze imprevedibili. - 17. (*Segue*): specificità del motivo - 18. (*Segue*): decisioni dell'ABF. - 19. Il recesso «senza spese». – 20. Ancora sulle variazioni *in melius*.

1. Le linee del discorso

La variazione in corso d'opera delle condizioni contrattuali è prassi da sempre seguita dalle banche italiane: essenzialmente, in termini di modifica peggiorativa per il cliente (cfr. il riscontro fornito dall'Abi nella dichiarazione riportata dal provvedimento AGCM n. 17046 del 10 luglio 2007, nn. 50 e 140). Nei giorni dell'oggi questa pratica risulta accompagnata, tra le altre, da due caratteristiche: quella dell'instabilità del dato legislativo che la governa e quella della scarsità dell'elaborazione giurisprudenziale che la verifica.

Sotto il primo profilo, basta ricordare in via di sintesi e di semplificazione: introdotta *ex nihilo* dalla legge sulla trasparenza del '92, la facoltà di variare è da questa ammessa con mano assai larga (per ricevere un modesto rimaneggiamento in sede di costruzione, nel testo unico, dell'art. 118). Del 2006 è la svolta successiva: come imperniata sull'espressa subordinazione della detta facoltà alla sussistenza in fattispecie di un

«giustificato motivo» di variazione (c.d. Decreto Bersani 1). Durante il 2010, poi, si compie un ulteriore e importante passaggio, per l'esplicita separazione disciplinare tra «contratti a tempo indeterminato» e «altri contratti di durata», che viene condotta dal d. lgs. n. 141/2010. Pochi mesi ancora e il decreto legge c.d. sullo sviluppo (n. 70/2011), spinto dall'ABI, viene a riportare il tutto alla situazione *quo antea*, testualmente affermando che la normativa dell'art. 118 diviene senz'altro «derogabile in tutto o in parte» (fuori dalla clientela formata dai consumatori e dalle micro-imprese; art. 8, comma 5, lett. f., nonché lett. g.). Nel contesto sociale, però, questa nuova formulazione proprio non piace [cfr., ad esempio, le proposte di emendamento riferite da *Il Sole-24 ore* del 29 maggio, del 3 e del 14 giugno, nonché la presa di posizione della Confindustria (v. *Italia Oggi*, 18 maggio 2011, p. 10)]. Sinché, alla fine, il maxi-emendamento riduce alquanto le ambizioni iniziali: limitando la possibilità di deroga ai «contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato», subordinandola alla predeterminazione contrattuale di «specifici eventi e condizioni» e circoscrivendola ai «tassi di interesse»¹.

Il dato della scarsità dell'elaborazione giurisprudenziale si mostra, poi, ancora più caratteristico di quanto lo sia il segno dell'instabilità normativa: posto che lo stesso finisce per essere tradizionale non meno della prassi delle banche di operare, in via unilaterale, delle variazioni ai loro contratti. «Pochi e non ancora approfonditi» sono stati i «contributi in materia di ... giurisprudenza» rileva Bussoletti nel '96 (*La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, a cura di Morera e Nuzzo, Milano, 1996, p. 218). Né in modo diverso viene a esprimersi adesso la «Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario», curata dalla Banca d'Italia, che in proposito continua a constatare una perdurante «assenza di precedenti giurisprudenziali di rilievo»².

¹ Questo il testo nel decreto legge (come teso a introdurre un comma 2-bis nel corpo dell'art. 118): «se il cliente non è un consumatore o una micro-impresa come definita dall'art. 1, comma 1, lett. f. del d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 11, la parti possono convenire di non applicare, in tutto o in parte, le disposizioni del presente articolo». Nel maxiemendamento, la norma è stata così trasformata: «se il cliente non è un consumatore o una micro-impresa come definita dall'art. 1, comma 1, lett. f. del d.lgs. 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». Cfr. adesso l'art. 8 comma 5, lett. f legge 12 luglio 2011, n. 106.

² Roma, maggio 2011, p. 41.

E' opportuno precisare: quanto detto nel testo al di là del rilievo comunque da riconoscere sia al provvedimento della Banca d'Italia in funzione antitrust del 3 dicembre 1994, n. 12, sia al ricordato provvedimento dell'AGCM del luglio 2007; non è che a questi interventi vada negata una valenza in senso lato giurisprudenziale; il fatto è, piuttosto, che gli stessi si soffermano sulla tematica in termini più che altro generali, quanto pure orientati lungo una prospettiva affatto peculiare (: quella della concorrenza, appunto).

Proprio nel presente momento sembra, tuttavia, che i due cennati profili stiano, sotto certi versi almeno, per venire a cambiare, a girare per prendere un'altra consistenza. Ed è ragionevole ipotizzare, altresì, che il complesso di questo mutamento possa – dovrebbe, addirittura - incidere sui termini di svolgimento della tradizionale prassi bancaria di variazione.

La vicenda del decreto sviluppo, che si è compiuta proprio in questi giorni, si può pensare possa recare un parziale assestamento (se non altro) del dato legislativo: in punto di giustificato motivo cioè, secondo i termini che fra poco si passano a riscontrare (cfr., in specie, n. 2). E pure il relativo vuoto dell'elaborazione giurisprudenziale risulta, a ben vedere, in corso di sostanziale superamento (seppure pur sempre dando alla parola «giurisprudenza» un significato un poco ampio; e quindi con tutti i distinguo del caso).

Il riferimento va all'esperienza di recente maturata dall'ABF: e al portato delle decisioni che quest'«organo decidente» (così l'art. 128-*bis*, comma 2, TUB) ha rilasciato sul tema durante il 2010. Che è il suo primo anno di vita e che – al momento della redazione delle presenti note - è quanto risulta messo a disposizione del pubblico dal sito ufficiale del medesimo³.

Per sua natura e costruzione, l'ABF si propone come struttura portata a raccogliere anche controversie che, specie per la loro singola modestia, difficilmente troverebbero sfogo nelle aule dei tribunali: e che invece, in relazione al punto di diritto e/o alla manifestazione dei comportamenti imprenditoriali tenuti dalle banche italiane, risultano importanti. Secondo quanto non è mancato di accadere nell'esperienza maturata nello scorso anno, anche per la materia del *jus variandi*. Che – seppure lontano da quello raggiunto dai temi più frequentati (quali il furto di identità elettronica, l'illegittima segnalazione a centrali rischi, l'uso non autorizzato di carte di credito e di debito) - ha per l'appunto visto proporsi a giudizio un ragionevole numero di fattispecie; e di problemi.

Sicuro appare, quindi, il rafforzamento del telaio normativo di regolamentazione e governo della prassi bancaria di variazione. E non è irragionevole pensare, inoltre, che il portato dell'ABF si estenda alla giurisprudenza ordinaria: meglio, che vi sia spazio perché possa correre un dialogo tra questi due classi di giudici (tra giudici e paragiudici, meglio). In effetti, l'espressione legislativa del «giustificato motivo» per i rapporti bancari rimonta a pochi anni addietro: il relativo precipitato contenzioso, dunque, dovrebbe ormai tardare poco a comparire; e in proposito si ponga

³www.arbitrobancariofinanziario.it

mente, ad esempio, al caso delle azioni «recuperatorie» esperite dai curatori fallimentari.

2. Sulla vicenda del decreto sviluppo: raggiunta stabilità del «giustificato motivo»

2.1.- Come si diceva, sembra che la materia stia guadagnando un punto di stabilità normativa: e fondamentale, come di certo è quello della necessaria sussistenza, per la variazione, di un giustificato motivo⁴. Questo l'esito finale – e forse un po' paradossale – della vicenda di cui al «decreto sviluppo».

L'intendimento dell'ABI andava – è noto – in direzione esattamente contraria: per quanto la conosciuta formula della derogabilità «in tutto o in parte» promettesse, in realtà, assai più di quanto avrebbe poi potuto mantenere (a potenziale discapito della c.d. certezza del diritto). La necessità di una preventiva e specifica approvazione scritta della clausola contrattuale di deroga restava assicurata dall'argomento *a fortiori* (di una duplice approvazione specifica, anzi: per l'entrata del *jus variandi*, una; per la «mano libera», l'altra), mentre i principi del sistema impedivano – sulla carta, perlomeno – variazioni immeritevoli di tutela (*ex art. 1322 c.c.*) e/o non comunicate al destinatario (*ex art. 1334 s. c.c.*). Senza contare che la stessa trasandatezza del testo redatto veniva a consigliare – o a confortare – l'idea di una linea interpretativa di riduzione sistematica della deroga [cfr. il principio guida dell'art. 127, comma 1, TUB («le disposizioni» di trasparenza «sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente»), sia in sé, sia nel confronto del testo originario del decreto con le parole dettate dall'art. 126-*bis* comma 3 per la materia dei servizi di pagamento].

Comunque, a quanto pare le stesse imprese bancarie davano poco credito al tentativo della loro Associazione di categoria: se è vero che, nonostante l'approssimarsi del termine per l'eventuale adeguamento dei contratti in corso (inopinatamente collocato dal decreto prima della scadenza di quello per la sua conversione in legge), i relativi documenti restavano del tutto fermi⁵.

⁴ Sui termini dell'importanza della clausola generale nel contesto attuale dell'istituto del *jus* bancario v. anche *infra*, spec. nel corso del n. 12.

⁵ La lettera g. del comma 5 dell'art. 8 del detto decreto legge dettava: «*ai fini dell'applicazione del comma 2-bis dell'art. 118 del d.lgs. 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 consumatori o micro-imprese, i soggetti di cui all'art. 115 del medesimo decreto, entro il 30 giugno 2011 comunicano, con le modalità indicate al comma 2 dell'art. 118 del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, le modifiche apportate ai*

2.2.- Sopravvissuta al golpe dell'ABI, la presenza necessaria - *per l'operare di ogni variazione concernente i contratti a tempo indeterminato* - di un «giustificato motivo» specifico dovrebbe di fatto venire a trovarsi rafforzata: in via segnata, pure sul piano del diritto vivente. Non è solo per questa ragione, tuttavia, che mi pare ragionevole ipotizzare l'acquisita stabilità del profilo normativo in questione.

Rimane invero da definire l'effettiva misura del distacco che la legge di conversione ha lasciato possibile per i «*contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato*» (e qualunque cosa significhi, nel dettaglio, quest'ultima formula; cfr. i cenni *infra*, n. 8). In proposito, il discorso viene ad articolarsi in due fasi.

E' chiaro, prima di tutto il resto, che la norma di conversione si pone a confronto – e a deroga – della disposizione generale di cui alla seconda parte del comma 1 dell'art. 118: «negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale» non «può essere convenuta ... per le clausole ... aventi ad oggetto i tassi di interessi»; per le altre clausole la facoltà «può essere convenuta ... sempre che sussista un giustificato motivo». Sul piano sistematico questa circostanza indica, univoca, che la deroga consentita non potrebbe mai prescindere dalla presenza di un giustificato motivo: non avrebbe senso – per le clausole sui tassi nei contratti a tempo determinato – consentire la possibilità di un maggiore spazio di variazione di quanto non sia ammesso per le altre clausole negli stessi contratti; né senso avrebbe, altresì, consentire – per un qualunque profilo del contenuto contrattuale – un maggiore spazio di variazione per i contratti a tempo determinato di quanto non sia ammesso per i contratti a tempo indeterminato (per i quali, appunto, la presenza del giustificato motivo resta una barriera comunque invalicabile).

Fermato questo punto, pure appare evidente che la previsione normativa della legge di conversione finisce per introdurre, per le clausole sui tassi, una possibilità di deroga condizionata - come clausola di autonomia del predisponente bancario e come riscontro dell'effettività fattuale - alla necessaria presenza di un giustificato motivo qualificato (: «clausole ... che prevedano la possibilità di modificare ... al verificarsi di specifici eventi e

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». Per fortuna, il maxiemendamento ha eliminato tale norma, sostituendola con la seguente: «*le disposizioni del comma 2-bis dell'art. 118 del testo unico di cui al d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, introdotto dalla lett. f. del presente comma, non si applicano ai contratti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le modifiche introdotte ai contratti in corso alla predetta data sono inefficaci*». Cfr. l'art. 8, comma 5 lett. g. legge n. 106/2011.

condizioni, predeterminati nel contratto»). Più esattamente: si tratta di un giustificato motivo ridotto (perché già individuato in sede di confezione del contratto, e non modificabile in corso d'opera) e definito in termini affatto puntuali (nessun dubbio che la pretesa di *specificità*, di cui alla norma, vada ben oltre il requisito generale della determinatezza contrattuale di cui all'art. 1346 c.c.).

Dati questi elementi, la norma di conversione si manifesta lontanissima da un ritorno, sia pur per uno spazio contenuto, al passato; ovvero pre-riforma 2006: in cui, se il sistema poteva permettere ai più audaci di affermare una generica «necessità di condizioni che oggettivamente giustificano le variazioni» (Bussoletti, *op. cit.*, p. 221), a livello operativo restava del tutto indisturbato l'esercizio del *jus variandi ad nutum*.

Si pone, piuttosto, come linea evolutiva del «giustificato motivo»; nello stato attuale dell'esperienza italiana, una simile clausola generale viene, da sola, a correre il rischio di risultare troppo vaga e generica e questo non solo, forse, in ragione della materia bancaria (cfr. il mio *Quel potere delle banche di modificare gli accordi*, in *Il Sole-24 ore*, 12 giugno 2011, p. 22.) Ancora è opportuno aggiungere: di fatto, la norma di conversione riprende – ma svolge in termini più forti e stringenti – la da poco defunta norma dell'art. 124, comma 2, lett. d. TUB che, per il credito al consumo, richiedeva l'indicazione del «dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato»; la vigenza di questa disposizione non ha lasciato, per quanto mi consta, tracce significative.

3. Altre riforme?

Le osservazioni appena svolte non significano, naturalmente, che per la materia in questione non sarebbe opportuna, nel medio periodo, una riforma di vasto respiro: e che esca dalla contingenza. Una riforma che, tra le altre cose, non consideri il contenuto contrattuale adottato all'avvio dell'operazione nei termini del «blocco unitario», come è invece tradizionale in Italia e come ancora il testo attuale della norma può autorizzare a pensare. E una riforma che opportunamente venga in modo aperto a distinguere, altresì, tra variazioni generalizzate e variazioni *ad personam*.

A queste idee non si mancherà di dedicare qualche svolgimento e cenno nel prosieguo della presente esposizione (per una rapida sintesi v. già il mio citato lavoro su *Il Sole – 24 ore*). A parte questo, peraltro, taluni aspetti dell'attuale tessuto disciplinare del TUB sul *jus variandi* richiedono

interventi (più) urgenti. Per certi punti, dunque, tale normativa dovrebbe essere considerata come precaria: o almeno potrebbe esserlo, nel senso della sicura opportunità, per l'appunto, di aggiustamenti già nel breve periodo.

In via segnata, mi riferisco alle differenze disciplinari correnti, in materia, per le operazioni di credito al consumo: visto che a regolare quest'ultimo tipo di operazioni concorre, oltre all'art. 118 (come richiamato dall'art. 125-*bis*), anche la normativa di cui all'art. 33, commi 3 e 4, del codice del consumo (cfr. così, pure, Pagliantini, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contratti*, 2011, p. 194, e De Cristofaro, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, ivi, 2010, p. 1050; sembra per contro fare astrazione da questo codice Quadri, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *NGCC*, 2011, II, p. 98). E pure andrebbe fatto un pensiero - in via ulteriore e senz'altro separata, tuttavia (cfr. il mio *Sulle nozioni di «banca» e di «trasparenza»: spunti dal d.lgs. n. 141/2010*, in *Dir banca*, 2011, n. 3) - alle peculiarità disciplinari della normativa sui servizi di pagamento (l'art. 126-*sexies*, oltre ad apparire relativamente derogabile, contiene un rimando alla normativa consumeristica dell'art. 33, «in quanto compatibile»).

Si tratta, in effetti, di diversità sulla cui ragion di essere sarebbe da interrogarsi: da chiedersi, anzi, è proprio il perché di regimi non uguali ovvero non uniformi (con risposte suscettibili di tenori anche diversi, ripeto).

De jure condito, la prima letteratura, che si è espressa sull'esistenza *in quanto tale* delle tre serie disciplinari di cui agli artt. 115 ss., sembra orientarsi verso una interpretazione che – sistematica – coltivi le possibilità di omogeneizzazione tra i tre «settori»: che tenga forte conto, cioè, delle *liaisons* utilizzabili (cfr. Nigro, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla «consulenza» nella erogazione del credito?*, in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Atti del Convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Torino, 2011, p. 35; nonché Sciarrone Alibrandi, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, ivi, p. 73 ss.). Ora, in linea di principio (e salvo verifica volta per volta) non penso possa negarsi la ragionevolezza e correttezza di un simile taglio interpretativo: anche tenuto conto che, bene o male, queste tre serie sono state tutte accorpate dal legislatore nel testo unico e, per di più, nel contesto di un solo titolo (secondo De Cristofaro, *op. cit.*, sarebbe stato meglio collocare la materia del credito al consumo all'interno del pertinente codice).

De jure condendo, nel merito dell'uniformazione dei contenuti (che

riguardino o meno pure i servizi di pagamento) soluzione preferibile mi sembra potrebbe essere, peraltro, quella di rendere generale la normativa che attualmente governa, punto per punto, la materia del credito al consumo: così adottando, cioè, la regola tratta dallo schema secondo cui per quest'ultima trova comunque applicazione – a me pare – la disciplina più favorevole al cliente consumatore, in aderenza al principio dettato dall'art. 1469-*bis* c.c. (la direttiva sul credito al consumo non va a incidere – è bene pure aggiungere – sulla sostanza del tema del *jus variandi*).

4. Art. 118 TUB e variazioni *in melius*

Si è sopra rilevato che il tenore dell'art. 118 potrebbe parere autorizzare letture per cui, rispetto al *jus variandi*, il contenuto contrattuale si presenterebbe come un blocco unitario: indifferente a ogni distinzione e a qualunque gradazione. Per la verità, peraltro, *prima facie* il testo della norma sembrerebbe volere fare intendere un qualcosa di ancora più grosso: che il *jus variandi* ivi previsto si riferisca non solo alle modifiche peggiorative, quanto pure a quelle migliorative. In via segnata, a dare – netta – quest'impressione sta il «combinato disposto» del comma 1 e del comma 3 dell'art. 118 (non meno indirizzante appare, quanto al credito al consumo, l'*incipit* dell'art. 126-*sexies*, comma 3).

Naturalmente così non è, peraltro. L'idea di porre su uno stesso piano variazioni peggiorative e variazioni migliorative non può che rappresentare una mistificazione. Sotto il profilo strutturale, solo la modifica peggiorativa risulta espressione di un potere del predisponente bancario: rispetto al quale il cliente si trova, cioè, in posizione di soggezione, posto che non può né controproporre, né rifiutare (ma solo uscire dal rapporto). Nel caso di variazioni migliorative, invece, si forma proprio il consenso, sulla base del principio di cui all'art. 1333, comma 2, c.c. (il cui presupposto sta, appunto, nella possibilità utile del rifiuto)⁶. Del resto, la disciplina positivamente dettata dalla norma dell'art. 118 ha senso reale solo per le modifiche in peggio.

In via correlata, non avrebbe alcun senso discorrere di un *jus* di modificare in meglio le condizioni contrattuali vigenti. Come pure si è fuori

⁶ Problema del tutto diverso, poi, è quello dell'individuazione del *dies a quo* di efficacia della modifica: per la soluzione più favorevole alla banca v. Sirena, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *BBTC*, 2006, I, p. 262 ss.; per quella opposta Santoni, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, ivi, 2007, p. 259; in effetti a favore di quest'ultima tesi milita chiaramente la formula dell'«approvazione del cliente» di cui al comma 2 dell'art. 118.

dal relativo arco problematico (oltre che dai commi 1 e 2 dell'art. 118); per le variazioni migliorative, la questione è piuttosto quella del «giustificato motivo» per costringere il predisponente a farle. Meglio: del se, del quando e del come si possa - nell'ordinamento vigente – costringere i predisponenti ad apportare questo tipo di modifiche ai contratti che hanno in corso di svolgimento.

Tutto questo non esclude, naturalmente, l'eventualità che tra le due distinte situazioni di variazione si delineino dei riflessi e condizionamenti, anche reciproci (secondo il giudizio di Sciarrone Alibrandi, *op. cit.*, p. 77 s., il comma 4 dell'art. 118 costituisce, in specie, l'«epifania» di una «generale correlazione tra potere di modifica *in pejus* e dovere di modifica *in melius*»: v. *infra*, n. 20.3). Anzi, tra le due situazioni un punto di «necessario contatto» corre senz'altro: ove un ordinamento venga ad ammettere un *jus variandi* (*in pejus*, dunque), allora non (ci) si può non porre (anche) il problema dei termini e modi di ammissibilità delle variazioni *in melius*.

Ciò posto, ragioni di semplicità espositiva consigliano di rinviare all'ultima parte delle presenti note lo svolgimento di qualche cenno ulteriore in merito agli indicati profili (n. 20). Per chiarezza sembra qui opportuno subito aggiungere, peraltro, che il carattere migliorativo o peggiorativo delle modifiche (intese *uti singule*) si apprezza senz'altro sul lato dell'offerta imprenditoriale del servizio. Dal punto di vista del cliente, la valutazione appare invece un po' discontinua: nel senso che il vettore di talune modifiche, di tratto semplicemente regolamentare, può venire a cambiare in relazione al riscontro concreto della relativa fattispecie concreta.

5. Art. 118 TUB e clausole «nuove»

5.1.- In merito alla definizione delle condizioni contrattuali suscettibili di essere modificate dal *jus*, fin dall'inizio (dalla legge sulla trasparenza a seguire) e poi in modo tradizionale la letteratura si è posta - in ragione anche di una certa ambivalenza dei testi di legge - l'interrogativo se il detto *jus* vada a contenersi alle clausole economiche o si estenda invece anche a quelle disciplinari. Sul punto si tornerà (nel prossimo n. 9). Adesso il riferimento serve per segnalare come altre domande siano venute fuori con maggiore fatica e/o parecchio tempo dopo. Così è per il tema delle clausole «nuove».

In un contesto di «vuoto», in effetti, poco dopo l'entrata in vigore della riforma del 2006 una Circolare del Ministero dello Sviluppo economico (21 febbraio 2007, n. 54) è venuta - risoluta - ad affermare: «si chiarisce che le

“modifiche” disciplinate dal nuovo art. 118 TUB, riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l’introduzione di clausole *ex novo*». Il tutto senza addurre, in verità, neanche una riga di argomentazione.

Nel corso del 2010, questa tesi del Ministero è stata ripresa e adottata da più decisioni dell’ABF, che in via segnata se ne sono venute ad occupare in relazione al tema delle reazioni manifestate dall’operatività bancaria nei confronti degli interventi legislativi eliminativi, ovvero riduttivi, della commissione di massimo scoperto. Cfr. in particolare le decisioni n. 192 (Collegio Napoli; Rocco di Torrepadula; 2 aprile 2010), n. 300 (Collegio Napoli; Guizzi; 28 aprile 2010), n. 460 (Collegio Napoli; Auletta; 28 maggio 2010), n. 618 (Collegio Napoli; Guizzi; 28 giugno 2010), n. 980 (Collegio Roma; Olivieri; 24 settembre 2010), n. 1298 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 10 novembre 2010).

Secondo questo orientamento, dunque, il *jus variandi*, che è consentito al predisponente bancario, si pone come potere di modificare non già il contenuto dell’operazione in quanto tale, ma unicamente quello esplicitato nelle clausole che sono state espresse nell’apposito documento contrattuale. In effetti, il limite della *novitas* non potrebbe essere riferito ad altro: posto che per definizione il regolamento negoziale risulta comunque «completo», in ragione dell’integrazione che circa i patti viene a operare la normativa di legge *ex art. 1374 c.c.*

5.2.- La versione dell’art. 118, che è stata introdotta dal d.lgs. n. 141/2010, ha ulteriormente modificato la formula normativa: le «altre condizioni di contratto» sono diventate le «altre condizioni previste dal contratto». E’ da pensare che, in definitiva, si sia venuto a formalizzare l’orientamento inaugurato dal Ministero.

Secondo un autore (Centini, *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Contratti*, 2011, p. 394), si è trattato di qualcosa di più: di un avvenuto «completamento ... a livello di norma primaria del processo iniziato con la Comunicazione del Ministero». Si assegna, insomma, alle sopravvenute variazioni del testo di legge un valore almeno relativamente costitutivo. A me sembra, peraltro, che i detti passaggi di formula normativa non vadano sopravvalutati.

Altro è il fenomeno che importa: e non solo perché il significato che i singoli *verba* assumono volta a volta nei testi di legge (e non solo in quelli) è

sempre relativo (cade bene notare, seppur *per incidens*, che l'art. 33, comma 3, c. consumo resta attestato sulla formula «modificare ... le condizioni del contratto», mentre per i servizi di pagamento il comma 2 dell'art. 126-*sexies* usa quella di «modifica delle condizioni contrattuali»; v. pure, però, il testo base della legge sulla trasparenza del '92, l'art. 6, comma 1, già richiamandosi ai patti «previsti nei contratti»).

Nei fatti, alcune decisioni dell'ABF sono andate, nel motivare l'assunto, oltre il semplice richiamo del conforto ministeriale; né, d'altra parte, si è fatto riferimento a un futuro legislativo prossimo venturo. In proposito, il riferimento corre, in specie, alla citata decisione n. 300. «Il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario *ex art. 118*» - così questa ha rilevato - costituisce «eccezione alla regola generale della immodificabilità del contratto senza il consenso di entrambe le parti». Perciò, lo stesso «deve intendersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni ... già esistenti», senza potersi spingere sino all'introduzione di clausole nuove.

Il punto se non altro richiede, mi pare, due ordini di osservazioni.

5.3.- L'argomentazione addotta dall'Arbitro riprende un orientamento diffuso a livello di letteratura generale del contratto, ma certo tutt'altro che incontrastato (per i riscontri degli opposti indirizzi v., ad esempio, Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, *passim*). Nella sua enunciazione «pura» ovvero «sciolta» - da cui fatica a staccarsi davvero (per esempio, sul piano del diritto vivente) - il *jus variandi*, quale che sia la tipologia di rapporti cui accede, attenta ai valori dell'accordo e della vincolatività «reale» del contratto. Nel che è evidente e corretto passaggio, tra l'altro, quello dell'assoggettamento (pure) della regola dell'art. 118 ai principi generali e comuni della materia contrattuale (per nulla condivisibile si manifesta, pertanto, l'affermazione di Pagliantini, *op. cit.*, p. 191 secondo cui - stante l'attuale art. 118 - «non è più il tempo» di dibattere, per la materia bancaria, di *jus variandi* in generale). Da ciò, dunque, l'eccezionalità del medesimo.

Eccezionalità che mi pare confermata, sul piano strutturale del negozio, pure dalla constatazione (un po' inusuale) che il testo dell'art. 1341, comma 2, c.c. non inserisce la relativa clausola nel numero di quelle espressamente vessatorie: là dove, a escludere *a priori* la stravagante eventualità di considerare clausola «equa» quella di *jus variandi*, sta la formale pretesa di specifica approvazione per iscritto stabilita proprio dalla norma dell'art. 118. Eccezionalità che altresì mi pare ribadita, sul piano

funzionale dell'impresa, dall'incidenza del *jus* sulla materia della concorrenza: si tratta di materia «suscettibile di riflessi concorrenziali di notevole rilievo». La «capacità di effettuare scelte consapevoli è fortemente depotenziata da un uso indiscriminato dello *ius variandi* che determina incertezza in relazione alla stabilità delle condizioni economiche di un servizio. Questa circostanza, che sviscerisce l'efficacia del processo di ricerca del migliore operatore, appare idonea a disincentivare un consumatore ... E' probabile che un consumatore non trovi conveniente sopportare i ... costi di cambiamento per godere di benefici, in termini di condizioni migliori, che potrebbero, tuttavia, venire meno in tempi anche brevi» (così la citata ACGM del 2007, n. 141; cfr. il citato provvedimento antitrust della Banca d'Italia, nn. 36 e 37. Su degli arditi utilizzi, da parte della prassi bancaria, del *jus*, poi, v. *infra*, nel corso dei prossimi numeri).

La seconda osservazione si cala all'interno di questo contesto. Non ogni clausola «nuova» risulta per ciò stesso più grave e pesante, per il cliente, della modifica di una clausola preesistente. La questione, però, è diversa. Non di logica, bensì di argine⁷. Alla rilevata eccezionalità della prescrizione normativa dell'art. 118 segue l'esigenza di un'interpretazione attenta, misurata sugli spazi lasciati non vincolati dal testo. Rispetto alle clausole «nuove», quindi, è sufficiente il rischio che la clausola possa venire a «incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura» (così, ancora la decisione n. 300).

6. L'art. 118 TUB tra variazioni generalizzate e variazioni *ad personam*

6.1.- Fermato il punto della *novitas*, ragioni di chiarezza espositiva consigliano di compiere adesso una specie di *chicane*: per quanto tortuosa, nei fatti questa risulta prodromica all'ulteriore illustrazione dell'arco tematico delle condizioni modificabili dal *jus*.

Dunque: nel segnalare la forte opportunità, per la migliore considerazione dell'istituto del *jus variandi*, di non trattare la materia quasi fosse un blocco di marmo, si è accennato tra l'altro all'esigenza di distinguere tra variazioni generalizzate e variazioni invece *ad personam* (n. 3, all'inizio). Il tema va adesso ripreso e sviluppato.

⁷ E *naturaliter* si pone al di là della difficoltà operativa di distinguere tra clausola nuova e clausola sostitutiva, su cui insiste Pagliantini, *op. cit.*, p. 193.

La letteratura non discute, per la verità, che le variazioni possano essere disposte lungo queste due linee. A livello descrittivo, anzi, la distinzione risulta ben conosciuta. Vi si richiama la dottrina [cfr. per tutti, Morera, in Idem e Brescia Morra, *L'impresa bancaria*, Napoli, 2006, p. 369, il quale rileva, con riferimento al regime anteriore al 2006, che «le disposizioni in materia (Delibera CICR 4 marzo 2003, art. 11; e susseguenti Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia) individuano due tipi di variazioni; *i*) quelle specifiche concernenti un determinato rapporto; *ii*) quelle generalizzate, concernenti una molteplicità di rapporti»]. Pure la distinzione è considerata dalla Circolare del Ministero dello Sviluppo: con formula poi ripresa, a livello di esposizione astratta (dai casi esaminati), da numerose decisioni dell'ABF (: gli «eventi [di giustificato motivo] possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente ... sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali»).

Tuttavia, a me pare che la distinzione in discorso non venga apprezzata nella dimensione e nel valore che le competono. Per non fare che un esempio: le decisioni dell'Arbitro non sembrano dare peso, nell'affrontare le fattispecie concrete, al relativo interrogativo (in termini espliciti, quantomeno); per quanto possa rivelarsi non necessaria alla resa dei fatti (giusta i riscontri di cui ai prossimi n. 17 s., che si puntano sulla dimensione di genericità delle motivazioni in concreto addotte dalle banche), la cernita tra le variazioni generali e quelle *ad personam* si pone, di per sé stessa, come indagine di ordine preliminare [un micro riferimento compare peraltro nella decisione n. 863 (Collegio Milano; Estrangeros; 2 agosto 2010)]. E, in realtà, la detta distinzione - lungi dal possedere doti di mera descrizione - si manifesta invece basilare: e per più di una ragione (la seconda delle quali si trova esposta nel n. 7).

Se l'offerta di servizi bancari risponde a dinamiche seriali (: a categorie di clienti), non solo l'atto costitutivo del rapporto, ma anche quello che in corso d'opera ne modifica i termini deve seguire, per sé, questo tipo di dinamiche. Non si tratta solo di un profilo di simmetria; è piuttosto la constatazione che, se la struttura dell'offerta è seriale, la sussistenza di un giustificato motivo per modificare un termine dell'offerta risulta per sua natura destinata a incidere su tutti i rapporti che (quella offerta e) quel termine propongono.

Il che non esclude, per vero, la possibilità di modifiche *ad personam*: queste ultime, però, devono per forza trovare la loro giustificazione fuori dalla misura di serialità; e quindi all'interno delle specificità del concreto rapporto rispetto al quale vengono predicate.

Ne segue che, se viene addotto un motivo per sé atto a giustificare una variazione *ad personam*, lo stesso non può in concreto sorreggere una variazione generale. Non meno ne deriva la reciproca: un motivo per sé riferibile a una variazione categoriale non giustifica una modificazione che sia solo *ad personam* (sul rapporto di congruità tra motivo addotto e modifica apportata, v. i cenni *infra*, spec. nel n. 14). Ove il motivo in concreto indicato da una banca attenga a un profilo seriale del servizio, quindi, la modifica non può diventare efficace se si intenda applicarla solo a singoli e isolati rapporti: lo impedisce, se non altro, il canone della buona fede oggettiva, *sub specie* di regola della parità di trattamento.

6.2.- Con riferimento agli eventi di giustificato motivo che «afferiscono alla sfera del cliente» (appunto quelli di cui alle variazioni *ad personam*), la citata Circolare del Ministero dello Sviluppo aggiunge che nella categoria rientra, «*ad esempio*, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso [cliente] in termini di rischio di credito».

Ho aggiunto il corsivo perché la parte dell'affermazione sul preteso carattere «*esemplificativo*» mi lascia, in realtà, molto perplesso: non tanto nella dimensione astratta, quanto piuttosto nella sua portata concreta. Intendo dire che non riesco a selezionare motivi che – sul piano oggettivo – giustifichino in maniera effettiva una modificazione circoscritta a singoli, peculiari rapporti (che non rifluiscono nelle condizioni di rischio del debitore, su cui v. il n. 7). Non sarà impossibile concepirli, forse; di sicuro, reperirli non è né scontato, né immediato⁸.

Significativo mi pare, in proposito, il caso delle modalità di pagamento delle rate del mutuo, laddove il cliente decida a un certo punto di chiudere il conto (anche) di appoggio. In sé, una simile eventualità risulta agevolmente prevedibile *ex ante*: e, come tale, sin dall'inizio è ben regolabile nelle condizioni generali del predisponente (come, del resto, normalmente viene fatto). Non si vede, in definitiva, come possa «giustificare» un mutamento un motivo che si ascrive a una mancata diligenza del medesimo predisponente. Nell'occorrenza, dunque, si dovrà piuttosto svolgere tra le parti una limitata negoziazione di buona fede⁹ (in materia v. anche *infra*, in fine del n. 9.3.).

⁸ Il medesimo ordine di valutazione esprimevo già in *Per l'equilibrio e la trasparenza delle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *BBTC*, 1992, I, p. 390.

⁹ Per un cenno sulla differenza tra la clausola generale di buona fede e quella di giustificato motivo v. nel prossimo n. 12.

7. (Segue). Il peggioramento delle condizioni di rischio del debitore

Qualunque cosa si pensi di quanto appena sopra osservato (n. 6.2.), è senz'altro scontato, e immediato, che un significativo peggioramento delle condizioni economico/patrimoniale del cliente debitore costituisca motivo di giustificazione per l'esercizio del *jus* da parte della banca.

Questa constatazione, peraltro, non è destinata a rimanere fine a sé stessa, ma viene piuttosto a introdurre nuove tematiche. Come si vedrà, infatti, l'ipotesi del mutamento del rischio finisce per rivestire un ruolo affatto peculiare nel complessivo contesto dell'istituto bancario del *jus variandi*.

Ruolo che occorre senz'altro sottolineare: anche perché, se non mi inganno, i contributi più recenti in proposito si fermano alla pur corretta rilevazione che l'atto di esercizio del *jus* deve indicare le specifiche circostanze che supportano la valutazione di peggioramento [cfr. la decisione n. 568 (Collegio Milano; Blandini; 18 giugno 2010): «non è idonea a integrare gli estremi del “giustificato motivo” di cui all'art. 118 TUB la semplice indicazione del rischio del rapporto, in mancanza cioè di “ogni specifico riferimento alla rischiosità specifica del rapporto banca/cliente”» (così la massima su *IlCaso.it*)].

Non si può trascurare, invero, che il peggioramento delle condizioni di rischio è situazione già contemplata e regolata dalla legge. Per i rapporti bancari in specie e per i rapporti obbligatori in genere.

In discorso viene, dunque, la norma dell'art. 1844, comma 2, c.c., per la quale, «se la garanzia diviene insufficiente», la banca tra le altre cose può «ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia». La disposizione dà vita a un *jus variandi* di fonte legale. In discorso viene altresì la norma della decadenza del beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c.; la quale pure può, a ben vedere, essere considerata espressione legislativa di *jus variandi*: per lo meno lo è nella prospettiva in cui si afferma che la decadenza determina l'anticipazione del *dies* fissato per l'adempimento (seppur in via incidentale, pare opportuno ricordare pure che le fattispecie di decadenza sono negozialmente aumentabili, nel limite dei fatti che mettano in oggettivo pericolo il conseguimento effettivo della prestazione dovuta).

Ora, che i poteri appena indicati siano fuori dalla disposizione dell'art. 118 TUB non è in questa sede particolarmente rilevante (del resto, le differenze di disciplina sono sì importanti, ma pur sempre relative: nel senso che l'onere di comunicazione e quello dell'allegazione specifica nell'atto di esercizio del *jus* comunque discendono, a me pare, dai principi vigenti; cfr.,

risp., nel n. 11 e nel n. 12). E' invece importante notare come l'eventuale esercizio del *jus* di cui all'art. 118 in ragione del peggioramento delle condizioni del rischio di credito si atteggi come adattamento negoziale di un potere che trova la sua base specifica – e anche di regolamentazione – in determinate (e diverse) norme di legge: in tutti le altre ipotesi di «giustificato motivo» bancario ciò non avviene. La situazione generale del nostro *jus variandi* è diversa: in assenza dell'art. 118, nonché della clausola contrattuale specificamente sottoscritta, la banca non avrebbe – in tutti questi altri casi – alcun potere di modificare in corso d'opera i termini del servizio predisposto (sopra, n. 5.3.).

L'ulteriore passaggio consegue immediatamente. Se il motivo di giustificazione del *jus* sta nel peggioramento delle condizioni di rischio, il relativo atto di esercizio *ex art.* 118 rimane comunque situato in una zona ibrida ovvero di confine: che prende partito pure dai detti *jura* di legge. Nel senso che segue.

La norma dell'art. 1844 consente alla banca un potere il cui esercizio va a incidere su uno degli elementi cardine dell'operazione, qual è quello costituito dalla misura del credito concesso. Non diversamente avviene, per qualità, nella norma dell'art. 1186. Anche questa disposizione consegna al creditore il potere di incidere su un elemento cardine dell'operazione concretamente posta in essere, come naturalmente è il termine di restituzione per i contratti di credito a tempo determinato. Se ne deve dedurre che – al ricorrere di questo specifico evento di «giustificato motivo» (e pur sempre nel rispetto del limite di congruità; cfr. nel n. 14) – anche il *jus variandi ex art.* 118 può venire a incidere su delle condizioni basiche dell'operazione così come concretamente congegnata nei suoi termini iniziali.

Ciò che – in tutti gli altri eventi di «giustificato motivo» - non risulta per contro possibile. Secondo quanto si passa appunto a vedere lungo il corso del prossimo n. 8; non senza prima avere ribadito, peraltro, l'opportunità che la regolamentazione dei poteri della banca per il caso del peggioramento delle condizioni di rischio resti, anche in via legislativa, autonoma e separata dalla generale normativa del *jus ex art.* 118 (cfr. già il mio *Quel potere*, cit.).

8. Art. 118 TUB e caratteristiche basiche dell'operazione

8.1.- Chiusa la *chicane* e così il discorso sullo specifico punto del peggioramento delle condizioni di rischio, si può tornare adesso al tema (di genere) della definizione del perimetro oggettivo della potenziale operatività

del *jus* modificativo della banca. Nel corso del tempo l'attenzione degli operatori è venuta a toccare anche domande diverse da quella relativa alla coppia clausole economiche/clausole disciplinari (su cui in addizione al cenno del precedente n. 5 v. il prossimo paragrafo).

Un primo punto riguarda il mutuo nel suo essere contratto a tempo determinato: nel suo non potere non essere, meglio, che un contratto a tempo determinato (per quest'ultimo aspetto, in generale, v. Dolmetta e Sciarrone Alibrandi, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II).

8.2.- Per la verità, la proposizione del dubbio che il *jus* dell'art. 118 non si applichi al contratto di mutuo si affaccia abbastanza presto in letteratura (cfr., ad esempio, Porzio, *I contratti di durata ne testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *BBTC*, 1998, I, p. 298 s., nota 23). Anche se poi, per solito, il dubbio viene senz'altro sciolto nel senso che il potere sussiste pure qui (tra gli altri, Silveti, in AA.VV., *La banca: l'impresa e i contratti*, nel *Tratt. di dir. comm.* diretto da Cottino, Padova, 2001, p. 438; Fauceglia, *I contratti bancari*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da Buonocore, Torino, 2005, p. 144; Gaggero, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1997, p. 171 ss.).

L'opposta e negatrice tesi è stata svolta, verso gli inizi degli anni 2000, da Fausti (cfr., tra gli altri lavori, *Il mutuo*, Napoli, 2004, p. 183 ss.; nella stessa direzione v. Morera, da ultimo in *Testo unico bancario. Commentario* a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 986, nota 7). Poi è stata ripresa dalla già citata Circolare del Ministero dello Sviluppo economico di inizio 2007. Ed è stata fatta oggetto, altresì, di un orientamento sorto nel seno dell'ABF¹⁰.

Tre, in buona sostanza, gli argomenti che sono stati adottati a favore di quest'ultima direzione. Il primo è articolato: sarebbe «quanto meno ragionevole il dubbio» che il mutuo non sia per sé un contratto di durata o comunque non lo sia nel contesto della normativa di legge bancaria, essendo «chiaro che una cosa è “volere” restituire la carta di credito ...; tutt'altra è “dover” restituire il mutuo» (il relativo interrogativo, se si pone davvero,

¹⁰ In via segnata v., per questa direzione, la decisione n. 934 (Collegio Milano; Schena; 15 settembre 2010), che si richiama a «precedenti pronunce dell'Ombudsman bancario e dello stesso Arbitro»; un spunto in questa direzione è rinvenibile nella decisione n. 388 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 19 maggio 2010).

Nel contesto della giurisprudenza di questa Autorità – va comunque aggiunto – la detta tesi, più che combattuta, viene proprio trascurata da una serie di altre decisioni

sembrerebbe resistere a ogni mutamento di legge, dato che – nell’attuale – il comma 1 dell’art. 118 contrappone ai «contratti a tempo indeterminato» gli «altri contratti di durata», mentre il nuovo comma 2-*bis* si propone ai «contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato»). Il secondo è che, se al mutuo si applicasse la norma dell’art. 118, la «facoltà di recesso che spetterebbe al mutuatario risulterebbe priva di concreta praticabilità, dovendo questi ... procedere immediatamente alla restituzione anticipata del debito residuo» (l’ultima frase è della decisione n. 934; le prime di Fausti, *op. cit.*, p. 195).

L’ultimo rilievo è proprio, invece, della Circolare ministeriale, la quale – richiamandosi anche all’«interpretazione letterale della legge» e alle norme degli art. 40 e 125 (vecchio testo) TUB – annota: nel mutuo «lo svolgimento del rapporto in un arco temporale concordato tra le parti costituisce un elemento essenziale».

8.3.- La citata decisione n. 934 riguardava una fattispecie concreta di mutuo a tasso variabile: nel correre del rapporto, la banca a un certo punto decideva un «incremento del punto percentuale dello *spread* (+1%)». La stessa tipologia concreta di modifica è stata presa in considerazione pure dalle decisioni n. 122 (Collegio Napoli; Guizzi; 15 marzo 2010; mutuo a tasso variabile e aumento dello *spread* di 0,60%), n. 276 (Collegio Milano; Purcaro; 23 aprile 2010; *leasing* a tasso variabile e aumento dello *spread* di un punto percentuale), n. 388 (già citata; mutuo a tasso variabile e aumento dello *spread* da 1,1% al 2,5%), nonché n. 798 (Collegio Milano; Blandini; 23 luglio 2010; mutuo con aumento dello *spread* fino a 1,500; quest’ultima decisione sul punto si limita a ricordare il *decisum* della n. 122). Nel sanzionare di inefficacia le modifiche compiute, queste decisioni le hanno esaminate da un angolo visuale da un angolo visuale senz’altro diverso. Che dà vita, dunque, all’altro profilo problematico portato a svolgimento dal diritto vivente (sopra, n. 8.1.).

Il punto è se sia modificabile, in corso di rapporto, la componente fissa (di cui allo *spread*, appunto) di un tasso organizzato su base variabile con riferimento a un mutuo ovvero - «più in generale» - a un «finanziamento» (così, la decisione n. 122). Come anticipato, la risposta è stata negativa.

In proposito, vale sicuramente la pena di trascrivere i passi portanti della decisione del Collegio napoletano, che risulta particolarmente elaborata¹¹. Nel caso di mutuo variabile, «entrambe le parti accettano in

¹¹ La fattispecie esaminata da tale decisione non aveva nulla da dividere, a quanto pare, con un peggioramento del rischio di rientro: la banca resistente si poggiava piuttosto sull’andamento del mercato e

misura esattamente speculare il rischio della variazione del saggio di interesse per variazione del parametro di riferimento»: e di conseguenza organizzano la base variabile e distribuiscono il rischio di andamento dei mercati e quant'altro. Ma la componente fissa del tasso si pone oltre questo livello: per così dire, dopo. Il potere di variarla non sussiste perché si tratta di «elemento ... determinato liberamente dall'intermediario all'atto della stipula e comunque come tale non è mai influenzato dall'andamento complessivo del mercato e dalle decisioni di politica economica, che possono incidere solo sul parametro» mobile.

«Ma, più radicalmente, quel potere non sussiste» - prosegue la decisione - «perché se alla banca fosse consentito di modificare lo *spread* ... si finirebbe per accordarle il potere di alterare le modalità di distribuzione di rischio contrattuale come pianificate e volute dalle parti». «Insomma, ... riconoscere alla banca il potere di modificare unilateralmente lo *spread* equivarrebbe all'attribuzione di un *potere il cui esercizio finirebbe per incidere su profili che attengono alla struttura stessa dell'operazione economica come voluta dalle parti*» (cors. mio).

8.4.- Ciò posto, si può passare adesso a tirare qualche riga in relazione alle esperienze appena riferite. A me non sembra, prima di tutto, che la strada – *in quanto tale* – del mutuo si manifesti particolarmente praticabile (n. 8.2.).

Che il mutuo sia o non sia un contratto di «durata» resta opinabile; e, soprattutto, irrilevante: a risultare determinante non è mai, naturalmente, un significato «ontologico» o paraontologico, bensì quello di contesto specifico. E se è vero che nello specifico la parola «durata» dovrebbe pure volere dire qualcosa, non è proprio escluso che non significhi molto poco, come contratto a esecuzione non compiutamente istantanea (così, nella sostanza, Bussoletti, *op. cit.*, p. 231 ss.). Il riferimento all'inutilità della previsione del recesso, poi, è sicuramente esatto (sul punto v. pure *infra*, nel n. 19): ma vale per tutti i contratti di credito; per le aperture di credito a tempo determinato, cioè, e anche per quelle a tempo indeterminato (se la banca ha esercitato il *jus variandi*, non ha revocato il fido; e del resto, la frequente eliminazione del periodo di preavviso, che le banche fanno, è pratica *contra legem*). Tra il volere restituire una carta di credito *revolving* e il dovere pagare un mutuo la differenza è, al più, di ordine quantitativo.

sulla contrazione del tasso Euribor. Sostanzialmente lo stesso avviene, se non sbaglio, anche per le altre decisioni dell'ABF sopra citate.

Il mutamento dello *spread* può rispondere a logiche diverse nel caso di peggioramento del rischio cliente: se la misura dell'aumento rimane nei limiti della proporzionalità rispetto all'incremento del rischio (es., motivato passaggio dal *top* al *prime rate*).

Rimane l'argomento del termine di restituzione come momento essenziale di un'operazione di mutuo, che è stato affacciato dalla Circolare ministeriale. Che è argomento vero, a me pare; e che però, come subito si vede, è pure relativo: nel senso che la dimensione sua propria è data dal rapporto di necessaria coerenza tra la struttura e la funzione. Dunque vale, a ben vedere (e diversamente da quanto ritiene il Ministero), unicamente a sottrarre alla facoltà unilaterale della banca la previsione pattizia del termine (rateale o meno) di restituzione delle somme erogate a mutuo (ovvero nell'ambito di un qualunque finanziamento a tempo determinato, già qui si può dire).

Su questa base si può innestare, adesso, la tematica della componente fissa di un tasso di interessi variabile, che più sopra si è riferita (n. 8.3.). In effetti essa, al di là della sua stretta specificità, si esprime in termini coerenti con l'appena svolto rilievo sul *dies* fissato per la restituzione del mutuo. E anche in termini esplicativi. Ritenere non modificabili in via unilaterale le relative pattuizioni in realtà significa – per la via argomentativa della semplice astrazione – affermare la non modificabilità delle caratteristiche base dell'operazione, così come concretamente congegnate secondo il disegno originario formato dal contratto.

8.5.- Una recente monografia ha considerato il tema del *jus variandi* (in generale) sotto il profilo del fenomeno novativo, rilevando come l'atto di esercizio del potere determini, sotto il profilo strutturale, un fenomeno estintivo-costitutivo (Iorio, *op. cit.*, p. 24 ss.). Uno degli sbocchi dell'opera è che risulta immeritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c. la modifica unilaterale comportante novazione: oggetto, titolo e clausole da ritenere essenziali al livello di assetto di interessi concretamente rinvenibili nello specifico rapporto contrattuale (p. 44).

Due i punti che mi paiono importanti, al di là di ogni rilievo sull'effettiva possibilità di affidare alla struttura effettuale della novazione legami più che descrittivi con l'azione di esercizio del *jus variandi*. Per definizione, non può ambire al giudizio di meritevolezza una clausola che abiliti il predisponente ad alterare, in corso d'opera, la struttura base dell'operazione originariamente fermata dal contratto (fuori dal caso rappresentato – non è forse inopportuno ribadire ancora una volta – del peggioramento delle condizioni di rischio proposte dal singolo cliente; sopra, n. 7). L'individuazione degli elementi base della struttura dell'operazione, inoltre, può essere correttamente effettuata solo a livello di fattispecie concreta (con conseguente ridimensionamento, tra l'altro, della norma dell'art. 1231 c.c.).

Così, se in linea teorica la possibilità di variare i tassi risulta consentita dal testo dell'art. 118, ciò però non significa che la stessa sia sconfinata e a tutto disponibile (ove pur ricorresse, *ipoteticamente*, un giustificato motivo). Appena sopra si è discusso, così, della non modificabilità della componente fissa del tasso variabile.

Ma lo stesso discorso dovrebbe valere – a titolo esemplificativo – a proposito del transito da tasso variabile a tasso fisso [cfr. la decisione n. 895 (Collegio Roma; Rossi; 6 settembre 2010), presumibilmente destinata a risultare di importanza assai forte, se l'intermediario non avesse provveduto – una volta ricevuto il ricorso all'Arbitro (ma dopo non avere risposto al reclamo) – a «ripristinare le originarie condizioni ... operando i conseguenti conguagli»]. Né diversamente dovrebbe accadere per le variazioni esagerate dei tassi (cfr. ancora la decisione n. 122: l'intermediario «ha esercitato» il potere «in maniera del tutto avulsa da qualsiasi criterio di ragionevolezza ... il nuovo *spread* ... risultava incrementato in misura del 625% rispetto a quello contrattualmente concordato»). Ovvero ancora per inopinate riduzioni dei fidi concessi con le aperture.

E così, altresì, non sembrerebbe in ogni caso sacrificabile - per il genere dei contratti di credito - il rispetto delle regole originariamente stabilite sulla tempistica di restituzione delle somme erogate (si pensi, in specie, a un esercizio che riduca la dimensione del preavviso stabilito o tocchi le rate o voglia fare divenire a tempo indeterminato un prestito nato con la prefissazione del termine di restituzione).

9. L'art. 118 TUB tra clausole economiche e clausole regolamentari

9.1.- Il tenore complessivo della legge sulla trasparenza del '92 lasciava oggettivamente aperta la questione se essa riguardasse solo le condizioni economiche del contratto o si volgesse anche verso quelle di carattere disciplinare (cfr. *Per l'equilibrio*, cit., p. 391). Lo specifico della norma sul *jus variandi*, poi, usava una formula forse generalizzante, ma di sicuro non esclusiva; e, per vero, nemmeno decisa (art. 6, comma 1: «i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni previsti nei contratti»).

Da ciò l'interrogativo sulla portata effettiva del relativo *jus*; interrogativo che poi è diventato domanda tradizionale negli studi della letteratura in materia. Per un primo periodo la risposta ha diviso gli autori (ancora di fronte al testo pervenuto all'avvio del TUB: «i tassi, i prezzi e le altre condizioni»).

Dopo la riforma del 2006, invece, l'orientamento è sembrato consolidarsi nel senso della soggezione al *jus* pure delle clausole disciplinari: questo in ragione segnata di una novità testuale, per la verità non proprio impressionante specie se letta in sequela delle precedenti versioni (: «i tassi i prezzi e le altre condizioni di contratto», questa la relativa edizione; cfr. in specie Santoni, *op. cit.*, p. 271, che trova la relativa variazione «idonea a fugare ogni dubbio»; Morera, *op. ult. cit.*, p. 985; in entrambi gli autori le citazioni per il periodo anteriore al 2006; nonché, ora, Pagliantini, *op. cit.*, p. 192); e pure perché la tesi più ampia è stata adottata dalla Banca d'Italia¹², come anche si trova accolta dal codice del consumo per i servizi finanziari (per la soluzione più restrittiva sembrerebbero ancora orientati Cavalli e Callegari, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, 2008, p. 54).

Peraltro, l'interesse della letteratura per i rapporti tra *jus variandi* bancario e condizioni disciplinari si spegne, se non mi sbaglio, sostanzialmente qui (Trib. Milano, 18 aprile 1985, in *BBTC*, 1987, II, p. 94 ss. – la prima decisione edita in materia, forse – concerneva un caso di variazione regolamentare, relativa al periodo temporale entro il quale la banca avrebbe potuto fare valere propri errori di scritturazione o calcolo; al tempo, però, l'attenzione fu fermata solo sulla clausola istitutiva del *jus*¹³, senza spingersi sino alla clausola variata).

Solo qualche volta si svolge un minimo di elencazione (cfr. Morera, *op. ult. cit.*, p. 985, nota 5: clausole disciplinari «quali, ad esempio quelle relative al recesso, all'esonero da responsabilità, al foro competente»). Altre volte si equivoca addirittura sul significato reale, come reso tradizionale, della nozione; così, mi pare, Sirena (*op. cit.*, p. 270 s.), il quale ritiene che le clausole «relative agli interessi, quelle sul «giorno della valuta» e quelle «che prevedono l'anatocismo» siano «clausole normative, perché derogano a norme dispositive dettate dal codice civile». Ora, al di là di ogni possibile rilievo sui contenuti delle riportate frasi, sta in fatto tuttavia che «naturalmente, anche le clausole del contenuto disciplinare hanno significato economico e rispondono a un interesse economico ... Solo le clausole economiche, peraltro, risultano espresse, o comunque sono immediatamente traducibili in danaro; esse si identificano con quelli che oggi vengono chiamati gli «oneri economici»» (cfr. il mio *Lezioni di diritto bancario. Tra impresa e contratto*, Milano, 2010, p. 77).

La stessa Circolare del Ministero dello Sviluppo economico non

¹² Cfr. le Istruzioni di Vigilanza del 2003. Ma per un severo giudizio nei confronti di queste v., *ante* riforma 2006, Farina, *Brevi note sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr impr.*, 2004, p. 861 s.

¹³ Cfr. , in particolare, Rescio, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in calce alla pronuncia appena citata.

affronta per nulla la materia delle regolamentari: né per la via diretta, né per quella mediata. In effetti, il tema del *jus variandi* viene considerato da questo documento solo nel suo confronto con le clausole propriamente economiche (cfr. anche la frase di questo documento che è stata riportata nel n. 6.1.). Sulla stessa falsariga viene a muoversi, del resto, anche il provvedimento dell'AGCM.

9.2.- Nell'ambito della giurisprudenza dell'ABF si trova l'affermazione secondo cui «in virtù dell'art. 118 TUB», le banche «possono modificare, senza dubbio, sia le condizioni economiche del contratto, sia quelle regolamentari e normative» (la frase è tratta dalla già citata decisione n. 192). Si tratta, peraltro, di un passaggio motivo incidentale, quanto del tutto astratto (la n. 192 riguarda – si ricorderà – la «sostituzione» di una cms; sopra, n. 5). Per quanto mi consta almeno, fino a oggi all'ABF non è mai sottoposta una vertenza concernente la variazione di una clausola regolamentare: tutti i casi, che ho reperito, sono relativi o agli interessi o alle spese o alle commissioni (*rectius*, al genere dei compensi secondari).

La circostanza non depone nel senso di un utilizzo dell'*jus* minore per le regolamentari, che per le economiche: o di una minore pesantezza delle prime rispetto alle seconde. Il dato è del tutto neutro per questi riguardi.

Il fatto è, piuttosto, che – mentre le clausole economiche hanno effetto pratico immediato e percepito dal cliente (dalla sua tasca, se non altro) – quelle regolamentari risultano sovente (forse, quasi sempre) più «discrete». Nel senso che il loro effetto pratico non è di solito immediato, lì per lì non tocca la tasca; quand'anche avvertita, la variazione appare più facilmente «digeribile» dal cliente. Così, la mancanza di un interesse tangibile nell'immediato enfatizza una «scarsa reattività della clientela bancaria a fronte del reale esercizio dello “*ius variandi*”» (la frase trascritta è di Fauceglia, *op. cit.*, p. 137 s., che la riferisce, per la verità, all'intero genere delle variazioni unilaterali). E l'ABF dovrebbe essere, nel cuore sostanziale delle cose, proprio il giudice delle istanze immediate.

Detto questo, non si può non constatare, in ogni caso, come tutte le indicazioni raccolte sino a qui convergano verso un comune esito: la materia delle variazioni regolamentari è molto più indietro di quella relativa agli oneri economici. Non sembra di esagerare se si afferma che, in buona misura, essa resta ancora agli inizi.

9.3.- Se, per l'attuale, si tiene ferma la soggezione delle clausole regolamentari al *jus* delle banche, le peculiarità legate a questo tipo di

clausole vengono a emergere in sede di selezione della giustificatezza dei motivi di eventuale variazione.

Per questo un discorso di tratto generale non potrebbe mai risultare in sé esaustivo. E tanto meno lo può essere qui, posta l'appena ricordata arretratezza attuale della materia. D'altro canto, le clausole regolamentari formano un gruppo davvero eterogeneo: riunito solo, in definitiva, per il tratto negativo di non essere, per l'appunto, delle clausole economiche.

Data tale loro caratteristica, peraltro, le stesse risultano non essere dipendenti dall'andamento concreto dei mercati (non in termini immediati, perlomeno) ovvero dalle politiche economiche e monetarie. Il che dovrebbe indurre a un vaglio di particolare severità per l'individuazione in concreto di un sufficiente motivo di giustificazione.

Rispetto alle medesime, poi, non pare venga a rivestire un particolare significato il fatto del loro inerire a un contratto a tempo determinato o invece a tempo indeterminato. Sicuramente più rilevante appare, in proposito, la lunghezza del tempo che nei fatti sia trascorso dall'avvio del rapporto per cui si predica un mutamento regolamentare. Nel senso che più passa il tempo più potrebbe essere oneroso per la banca continuare a seguire delle modulazioni dei propri servizi ancorate a offerte imprenditoriali ormai superate (e non più utilizzate per i contratti perfezionati nel prosieguo del tempo: tuttavia, il puro fatto del mutamento di politica aziendale non è sufficiente a rendere da solo il giustificato motivo, perché altrimenti si confonderebbe, se non altro, la causa con l'effetto; per quest'ultimo aspetto v. pure nel prossimo n. 15).

Per tale ragione non riesco a intravedere una variazione regolamentare che sia *ad personam* (non generalizzata per categorie di clienti) e che possa aspirare al conseguimento del giustificato motivo. Simili variazioni, mi pare, possono essere frutto solo di accordi modificativi (v. pure sopra, n. 6.2.).

9.4.- Ancora una notazione. Se si tiene ferma, per l'attuale, la soggezione delle clausole regolamentari al *jus variandi*, il testo del comma 1 dell'art. 118 diventa – nella parte dedicata agli «altri contratti di durata» (secondo periodo dell'articolo) - suscettibile di diverse interpretazioni circa i compensi secondari (*i.e.*: diversi dagli interessi) e le spese. Questi potrebbero venire associati, cioè, tanto alle clausole regolamentari (prima parte del secondo periodo), quanto alle clausole sui tassi (ultima parte del periodo).

Oggi che è entrato in vigore il comma 2-*bis* in punto di derogabilità (sopra, nn. 1 e 2), la differenza pratica tra le due interpretazioni si sostanzia in ciò che, accogliendo la seconda interpretazione, la formulazione della

clausola di deroga (cfr. anche nel prossimo n. 10) deve univocamente essere riferita anche a questi oneri; e soprattutto in ciò che la griglia degli «specifici eventi e condizioni», predeterminati per la variazione, debbono possedere una conformazione tale da potere adeguatamente ricomprendere pure i detti oneri.

10. Specifica approvazione per iscritto della clausola attributiva del *jus*

10.1.- La decisione n. 83 dell'ABF (Collegio Napoli; Auletta; 3 marzo 2010) riguarda una situazione interessante. La specie mostra un contratto di mutuo stipulato per atto pubblico. L'art. 10 di questo contratto, tra le altre cose, recita: «ai sensi dell'art. 117 TUB la parte mutuataria ... approva specificamente che, nel periodo di durata del finanziamento, gli oneri di cui alla lettera b) possono variare in senso ad essa sfavorevole e che dette variazioni verranno comunicate nei modi e nei termini di cui al citato Testo unico» (si tratta di contratto anteriore alla riforma del 2006, ma il punto non è in concreto rilevante).

Ora, questi «oneri di cui alla lett. b)» riguardano (solo) le «spese per eventuale restrizione o cancellazione di ipoteca» e sono portati a somma fissa. A un certo punto dello svolgimento del rapporto, però, la banca comincia a caricare le singole rate di spese aggiuntive rispetto al solito delle precedenti. Si viene a sapere che trattasi di «spese per sollecito pagamento rata a mezzo posta o telefono» (10 € per ogni sollecito, parrebbe).

Posto di fronte alla questione, l'Arbitro giudica senz'altro illegittimo il relativo addebito: «dal ... contratto emerge come lo *ius variandi* sia stato previsto solo con riferimento alle spese connesse alla restrizione o cancellazione dell'ipoteca» (tra l'altro, per la verità: nei fatti sembra che queste spese non fossero nemmeno previste nel testo del contratto di mutuo).

Diverse decisioni dell'Arbitro, poi, si informano sull'effettivo rispetto della regola della necessaria approvazione per iscritto della clausola attributiva del *jus*. Che viene valutata come rispettata: in proposito il passaggio motivo è molto rapido e si esaurisce nel riscontro della c.d. «seconda firma». Non constano altre decisioni – diverse appunto da quella n. 83 – che abbiano riportato e/o considerato i contenuti puntuali della clausola attributiva del potere di variazione.

10.2.- Per quanto risulta, nella prassi bancaria normalmente la clausola

attributiva del *jus* è formulata in termini diversi da quelli sottoposti all'attenzione del Collegio napoletano. Questi, in sostanza: «la banca si riserva la facoltà di modificare ... le presenti condizioni generali qualora sussista un giustificato motivo, dandone comunicazione al cliente, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 118 TUB ...». Come si vede, *in punto di riferimento alle clausole variabili* (cioè, all'oggetto della possibile variazione), la frase predisposta è uguale a quella in uso prima di una qualunque considerazione normativa del *jus* (: prima del '93; questa la clausola presa in esame dal citato Trib. Milano, 18 aprile 1985: «la banca ha la facoltà di modificare ... le norme e le condizioni che regolano i rapporti»).

Mi pare sia da chiedersi (per quanto l'interrogativo non mi risulta sia stato già avanzato) se una clausola così aperta possa davvero aspirare a essere definita corretta e legittima.

Per la verità, che una simile clausola abbia la *chance* di superare il vaglio della necessaria determinatezza dell'oggetto dei patti (*ex art. 1346 c.c.*) è probabile: dovendosi presumibilmente ritenere che il riferimento attributivo del *jus* sia a tutte e ciascuna delle clausole scritte nel documento contrattuale. Questo però esplicita, all'evidenza, che il relativo potere investe ogni più remoto angolo del contratto: senza rispetto di dimensioni quantitative e, per sé, neppure di profili qualitativi. Può dirsi che una simile – così lata – clausola sia rispettosa del principio della meritevolezza degli interessi perseguiti solo perché l'effettivo esercizio del relativo potere è, per legge, subordinato alla presenza di un giustificato motivo?

Non è compito delle presenti note dare risposta a tale domanda (peraltro, si è visto sopra, nel n. 8, che in ogni caso di variazione generalizzata la parte relativa alle condizioni basiche dell'operazione resta fuori, è stralciata dal *jus*). Più modestamente, è da chiedersi se quella in esame – così come testualmente formulata - sia clausola suscettiva di essere «approvata specificamente dal cliente», così come pure pretende l'art. 118.

A me parrebbe di no. La formulazione sintetica delle clausole variabili, di cui alla prassi bancaria, non è idonea a fornire al cliente un'informazione univoca e consapevole della portata consegnata al *jus*; almeno, se il cliente non fa, di mestiere, l'operatore giuridico. E non solo perché il contenuto della clausola è esposto in modo da mettere in primo piano le modalità legali di esercizio e nell'ombra l'oggetto dello stesso. Ma soprattutto perché solo un'indicazione analitica delle clausole variabili può persuadere effettivamente il cliente dell'entità e vastità dei rischi che vengono fatti gravare sulla sua posizione contrattuale (constata in generale Bussoletti, *op. cit.*, p. 467 che un «consenso “alla cieca” è un non consenso»).

11. Le comunicazioni al cliente

11.1.- Che l'atto di esercizio del *jus* abbia carattere recettizio è cosa sicura, naturalmente. Di per sé, anzi, l'atto – che ancora non sia uscito dalla sfera di controllo della banca - non è neanche qualificabile come tale, esaurendosi sul mero piano del foro interno.

Parecchie decisioni dell'ABF confermano (l'insufficienza dell'invio e) la necessità della recezione. Come pure sottolineano che il relativo onere probatorio resta, nella dimensione dell'art. 1335 c.c., a carico di chi questo *jus* abbia esercitato [cfr., tra le altre, n. 357 (Collegio Milano; Sciarrone Alibrandi; 12 maggio 2010); n. 443 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 27 maggio 2010); n. 716 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 9 luglio 2010); n. 863 (citata nel n. 6); n. 896 (Collegio Roma; Olivieri; 6 settembre 2010); n. 937 (Collegio Milano; Girino; 15 settembre 2010); n. 942 (Collegio Milano; Girino; 17 settembre 2010); n. 1007 (Collegio Roma; Olivieri; 30 settembre 2010); n. 1010 (Collegio Milano; Bertazzolli Gabrinski; 1 ottobre 2010); n. 1016 (Collegio Milano; Estrangeros; 1 ottobre 2010); n. 1262 (Collegio Roma; Olivieri; 10 novembre 2010)¹⁴; n. 1298 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 10 novembre 2010)].

Ora, nei casi appena richiamati il detto onere risulta – nei fatti - non assolto da parte della banca interessata: anche se le decisioni dell'Arbitro non sembrano intestardirsi su livelli probatori particolarmente rigorosi (la formale dichiarazione dell'ammissibilità di prove presuntive e/o indiziarie si trova nella n. 896 e nella n. 1016). Non si richiede, insomma, la produzione del cedolino dell'avvenuta recezione della raccomandata. Per quanto, a onor del vero, proprio quest'ultimo sia il migliore mezzo per dare sicurezza *ex ante* all'azione di esercizio del *jus*.

Emerge, in definitiva, una qualche trascuratezza dell'agire imprenditoriale delle banche. Vero è che le relative spese di comunicazione sono a carico di queste ultime (per quanto l'espressa disposizione di cui alla parte finale del comma 1 dell'art. 127-*bis* sia stata introdotta solo con la riforma dell'agosto 2010). Vero è pure, però, che l'atto di *jus* è esercitato dalle banche nel loro proprio e diretto interesse. L'effettivo peso dei costi si misura, del resto, con la frequenza con cui le stesse rilevano sopravvenute sussistenze di giustificati motivi di variazione dei rapporti in essere.

¹⁴ Che, tra l'altro, sottolinea la necessità di una comunicazione «espressa» al cliente *ex art.* 118, comma 2.

11.2.- La materia delle comunicazioni propone, peraltro, anche qualcos'altro da dire; e ancora sul piano del diritto vivente. Non sempre, in particolare, la questione delle comunicazioni mancante appare destinata a esaurirsi sul piano propriamente probatorio.

Così, ad esempio la decisione n. 942 annota: «per quanto l'invio della comunicazione della proposta unilaterale di modifica non sia in discussione tra le parti, nondimeno la stessa non è stata prodotta, il che rende impossibile al Collegio appurare la descritta conformità della clausola al dettato normativo» (nella specie, l'intermediario asseriva che la comunicazione dettagliava le caratteristiche di una introdotta commissione «messa a disposizione fondi»). In altri casi, più che sottrarsi al giudizio, un fatto di comunicazione sembra proprio essere assente.

Nel caso della decisione n. 357, la circostanza è dichiarata dalla banca (che censurava, invece, il passaggio di otto mesi tra l'estratto conto e la contestazione; il mutamento riguardava l'«applicazione di un tasso creditore dello 0,25% in sostituzione del tasso precedentemente applicato pari a 1,50%»). Nel provvedimento n. 1010 appare acquisita una diminuzione del tasso creditore dal 1,25% allo 0,25%, che non è stata comunicata. La fattispecie di cui alla decisione n. 433 (Collegio Milano; Girino; 25 maggio 2010) discorre di una comunicazione avvenuta – solo «asseritamente», peraltro – qualche mese dopo l'avvio dell'applicazione (praticamente, sembrerebbe trattarsi di un raddoppio di misura del tasso; la banca ometteva pure di inviare della documentazione di sintesi: «il tutto per effetto ... di un mero disguido»). La decisione n. 251 (Collegio Milano; Gambaro; 20 aprile 2010) pure contempla un «interesse ... cambiato ... svariate volte senza darne comunicazione» (l'intermediario sostenendo l'«involontarietà di quanto avvenuto»). Nel caso esaminato dalla n. 135 (Collegio Napoli; Rispoli Farina; 19 marzo 2010) si narra di una «commissione per subingresso nel finanziamento» introdotta due anni e mezzo dopo la morte del mutuatario originario (nel corso del rapporto di mutuo, qualche documento di sintesi enunciava questa commissione, qualche altro no). Il provvedimento n. 168 (Collegio Milano; Gambaro; 26 marzo 2010) riferisce, poi, di una variazione di spese - per «rimborso forfettario minimo» e per «spese amministrazione conto» e per «affidamento scoperti» - introdotta in sede di chiusura del conto (la banca resistente allegando un «disallineamento informatico»).

11.3.- Si tratta di esempi, spigolati qua e là tra le decisioni pubblicate dall'ABF. Che ben testimoniano, peraltro, la sussistenza di un certo uso «particolare» del *jus variandi*. O meglio, la permanenza nella nostra operatività anche di quest'uso particolare, se è vero – come mi pare

difficilmente contestabile – che la storica clausola «usi piazza» consentisse, tra gli scopi suoi primari, quello di aggiustare (non solo in termini tendenzialmente sciolti, ma pure) in maniera opaca tassi e compensi secondari a seconda delle esigenze del momento (sul punto v., così, le equilibrate parole di Fausti, *op. cit.*, p. 183 ss.).

E, come si vede, anche questo è un punto della materia che sta al di qua, prima di un qualunque intervento della clausola generale di «giustificato motivo». Questa pratica di oscurità non è commendevole; ed è prassi, però, davvero «dura a morire». Di recente, il Tribunale di Pescara (23 marzo 2006, in *ILCASO.it*, n. 280/2006) si è trovato a giudicare di una clausola di interessi in cui il tasso era previsto come «variabile, pari al prime rate [della banca creditrice] maggiorato di 1,750 punti percentuali».

Nel valutare nulla per molteplici ragioni tale clausola, il Tribunale ha tra l'altro rilevato che «la banca avrebbe potuto anche (come poi in concreto ha fatto) semplicemente limitarsi a variare la misura del [proprio] “prime rate”, aumentandola (ad esempio al 12%) ... nonostante siffatto oggettivo aggravamento dei costi del mutuo (modifica in pejus del tasso di interesse passivo) il mutuatario non avrebbe potuto esercitare – nella specie – alcun diritto di recesso ex art. 118 TUB, mancandone il presupposto di esercizio: infatti quel tasso ... sarebbe stato comunque il mero effetto dell'applicazione dell'originario” tasso di interesse variabile concordato ..., e non già una variazione di quel tasso, essendo esso rimasto assolutamente invariato nei suoi parametri (interni) di riferimento».

12. A proposito di «giustificato motivo»: l'onere di allegazione

Secondo quanto si ritiene, la comunicazione deve contenere l'espressa indicazione del motivo che sta alla base e che dovrebbe giustificare il concreto esercizio del *jus*¹⁵. Viene predicato, così pare, un vero e proprio onere di allegazione.

Il punto può ormai dirsi saldo nel diritto vivente: affermato dalla Circolare ministeriale, esso si trova nella sostanza ribadito da quasi tutte le decisioni dell'ABF che si occupano della materia. Nei primi tempi post-riforma 2006 l'ABI venne, per la verità, a rilevare che il testo dell'art. 118

¹⁵ Considerato il rapporto di congruità tra ragione giustificativa della modifica e contenuti della medesima (v. già sopra, nel n. 6), la comunicazione dovrebbe pure dichiarare se l'atto è espressivo di una variazione generalizzata o di una invece *ad personam*: di per sé, si tratta proprio di un profilo preliminare per la relativa valutazione. Non mi sembra, peraltro, che il medesimo sia preso in considerazione nel *milieu*.

non contemplava un simile onere. Ma la replica dell'AGCM mise a tacere l'obiezione: «la Circolare Abi specifica che ... non sarebbe neanche una conseguenza diretta della norma la comunicazione alla clientela del giustificato motivo, con ciò annullando definitivamente qualsiasi idoneità al giustificato motivo di rappresentare un limite all'esercizio del potere di mercato delle banche».

La *ratio* della posizione dell'onere viene insomma ritrovata nella tutela (e, prima, nella ricerca) della concorrenza. Del resto, la soluzione può vantare a proprio favore anche il canone della buona fede oggettiva e pure l'esigenza sistematica di trasparenza che dovrebbe informare la normativa legale sulla materia dei contratti bancari (cfr., in termini specifici, Santoni, *op. cit.*, p. 256; Morera, *Op. ult. cit.*, p. 990 nota 28). Sì che, a ben vedere – e rimanendo all'interno del settore bancario -, a fare specie è più che altro la constatazione della fatica che l'onere di allegazione fa ad affermarsi in relazione ad altre ipotesi tipo (cfr., così, Trib. Milano, 20 gennaio 2006, in *BBTC*, 2008, II, p. 267, che – con riferimento al recesso della banca dall'apertura di credito a tempo determinato – ancora declassa l'onere di allegazione in semplice onere della prova).

Detto questo, vi è altresì da aggiungere che, secondo le parole spese dalla Circolare ministeriale, l'allegazione di cui all'onere è funzionale a «consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base». E' appena il caso di precisare che detta valutazione si lega a un giudizio sull'efficacia della modifica¹⁶, non già all'eventuale opportunità del cliente di recedere o meno dal rapporto, secondo quanto per contro parrebbe mostrare di ritenere la decisione n. 98 dell'ABF (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 4 marzo 2010)¹⁷.

13. (*Segue*): il problema delle figure sintomatiche

Andare oltre il livello di queste ultime battute, ferme ancora sul bordo di un'introduzione esterna, significa ovviamente addentrarsi nel merito del «giustificato motivo». A livello operativo questa nozione viene a porre delle difficoltà: «le banche rilevano» - così ha annotato il provvedimento AGCM

¹⁶ Correttamente la norma del comma 3 dell'art. 118 discorre di «inefficacia» della modifica e non di validità, posto che quelli considerati nell'arco della disposizione sono presupposti di completamento della fattispecie. Tuttavia, mi sembra sicuro che pure a questa materia risulti applicabile la disciplina di cui al comma 2 dell'attuale art. 127 TUB.

¹⁷ Per il corretto rilievo che la necessità del «giustificato motivo» è previsione «sicuramente eccedente le tradizionali finalità informative della normativa sulla “trasparenza”» v. Quadri, *op. cit.*, p. 95.

(n. 100) – «che tale nozione non ha una definizione precisa e si presenta invero assai problematica».

La cosa, peraltro, di per sé è del tutto naturale e, anzi, intrinseca alla scelta compiuta dal legislatore in proposito: per definizione, le clausole generali – quindi anche quella di «giustificato motivo» - posseggono natura elastica, tale da renderle irriducibili in «concetti definiti una volta per tutte» (secondo la classica formula di Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 189). Nei fatti, comunque, il problema pratico resta quello dell'elaborazione «concretizzante» della nostra clausola: come per l'appunto riferita *i*) alla vicenda delle modificazioni contrattuali e *ii*) rispetto alle operazioni bancarie.

Per più ragioni, quest'elaborazione rimane in parte notevole ancora latitante. Sì che, in definitiva, si sente un gran bisogno di opportune figure sintomatiche di «giustificato motivo» (e pure si sente bisogno, al livello di regolazione del mercato, di una nozione guida che traini e leghi le figure sintomatiche; su questi punti in generale, v. il mio *Exceptio doli generalis*, in *BBTC*, 1998, I, spec. p. 162 ss.). Ed è per questa ragione che la nuova prescrizione legislativa, per cui le variazioni presuppongono «specifici eventi e condizioni» predeterminati nel contratto (per i rapporti di durata non indeterminata), va salutata come sicura evoluzione dell'istituto (sopra nn. 1 e 2). Ed è sempre per la stessa ragione ultima che, oggi, risulta partito migliore puntare a letture che in qualche misura proteggano la clausola generale, piuttosto che affidarsi interamente ad essa¹⁸.

Ora, per cercare di superare *l'impasse* del «giustificato motivo» per il mondo bancario, si è suggerito di fare ricorso all'elaborazione che la clausola di «giustificato motivo» ha ricevuto nell'ambito del diritto del lavoro (così Bussoletti, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica delle clausole vessatorie*, in *Dir. banca*, 2005, I, p. 21). Tuttavia, questo spunto appare, d'acchito, non tanto convincente: soprattutto per le distanti specificità delle rispettive materie, ma anche perché l'elaborazione laburistica si focalizza sulla fattispecie di licenziamento (cfr. pure Sirena, *op. cit.*, p. 276 s.).

Ciò posto, nelle successive parti del presente numero - nonché, per ragioni di economia espositiva, nel corso del successivo n. 20.1. - cerco di

¹⁸ Non manca, tuttavia, chi all'opposto ritiene sicuramente preferibile un sistema normativo che prescindendo *in toto* dalla necessità del «giustificato motivo». Così è per Mironi, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *BBTC*, 2009, I, p. 304 ss., il quale reputa decisivo notare in proposito come la clausola generale comporti, per le banche una «limitazione dei margini di autonomia»: pure perché la «previsione del giustificato motivo fa sorgere ... il problema della correlazione fra la ragione adottata dalla banca a giustificazione della modifica ed il tipo di condizioni oggetto della variazione» (p. 307, testo e nota 131).

portare un piccolo contributo nel senso, appunto, dell'elaborazione di questo «giustificato motivo». Che si condensa in una serie di osservazioni: sparse in verità (semplici appunti, meglio); ma completate da una (sintetica) rassegna dei provvedimenti resi dall'ABF in proposito.

14. (Segue): rapporti con la clausola di buona fede

Il primo genere di osservazioni richiama il rapporto tra la clausola generale di «giustificato motivo» e quella di «buona fede». Si riscontra in letteratura una tendenza ad avvicinare tra loro le due figure, se non forse a sovrapporle (v., ad esempio, Santoni, *op. cit.*, p. 257; Fauceglia, *op. cit.*, p. 142 s.). Pare quindi opportuno rilevare che, in realtà le due clausole hanno diverso contenuto basilico: questo anche per sottolineare, si intende, che in concreto l'atto di esercizio deve essere rispettoso di entrambe le clausole.

Per sua natura, quella di buona fede si volge a considerare una parte nei confronti dell'altra, il comportamento dell'una sull'assetto della seconda. Il giustificato motivo si concentra, invece, sul rapporto tra un fatto (il «motivo») e una decisione (la «modifica»): secondo la linea specifica della congruità (o riferibilità o adeguatezza o pertinenza) della seconda rispetto al primo. Si tratta, dunque, di due angoli visuali diversi di esaminare il prisma dato dalla fattispecie concreta.

Illuminante risulta, in proposito, la già citata decisione dell'Arbitro n. 122 (nell'ambito complessivo di questo provvedimento, la parte motiva qui segnalata si pone come segmento aggiuntivo e ulteriore rispetto alle argomentazioni che ho riferito sopra, nel corso del n. 8). Nel contesto di questa decisione la motivazione addotta dalla banca è semplicemente riferita (: «decisioni di politica monetaria e conseguenti mutate condizioni di mercato»), non anche valutata. La sostanza della decisione si spende sul fronte della buona fede: «la contrarietà a buona fede [del comportamento dell'intermediario] appare anche accentuata dalla considerazione che ... l'aumento in misura abnorme dello *spread* ... avrebbe finito per alterare in maniera non equilibrata il rapporto a vantaggio dell'intermediario e a danno della società ricorrente».

Compiuta questa precisazione, è appena il caso di aggiungere, peraltro, che certi contorni vengono poi a sfumarsi¹⁹: sia in ragione del comune oggetto di riferimento, sia per l'essere entrambe le clausole innervate dai

¹⁹ Cfr., così, pure Nivarra, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 469 s.

valori cardine espressi dalla Costituzione vigente [per la rilevazione della compresenza, nelle clausole generali, di un significato di base, proprio di ciascuna di esse (quanto generico), e di un corpo contenutistico più puntuale, come portato dalla fonte di rango primario del sistema, rinvio a *Exceptio*, p. 165 ss.]. Così, per il giustificato motivo, il detto rapporto di congruità - se deve essere apprezzato in sé (il che presuppone, tra l'altro, che il fatto addotto a motivazione venga delimitato in termini specifici) - deve sussistere pure nel confronto dei valori costituzionali: non semplice ragionevolezza dell'agire, perciò, bensì positiva meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti (cfr. ancora *op. ult cit.*, p. 157; per qualche micro spunto ulteriore v. qui nel n. 20.1.). Tre, dunque, le sponde caratteristiche della clausola: specificità del motivo addotto; coerenza della modifica a tale motivo; concreta meritevolezza dell'atto di esercizio del potere.

15. (Segue): il mutamento di scelte gestionali

Portando ora il discorso verso livelli un poco più immediati: tra gli interrogativi sollevati dalla materia, si pone la questione se sia giustificato motivo il mutamento di scelte gestionali della banca (nel quadro delle «vicende personali» della medesima: l'espressione è di Bussoletti, *La disciplina*, p. 21).

In letteratura sono state sostenute sia la tesi senz'altro positiva (V. Mariconda, *Commento*, in *Contratti*, 2000, p. 586 s.; e, se non ho inteso male, Bussoletti, *op. loc. ultt. citt.*), sia quella invece radicalmente negativa, Sirena, *op. cit.*, p. 277; Morera, *op. ult. cit.*, p. 990; Pagliantini, *op. cit.*, p. 192). Pure è da registrare, poi, che Trib. Roma, 21 gennaio 2000 (in *Contratti*, 2000, pp. 561, 572) ha giudicato vessatoria – in relazione alla disciplina del codice del consumo - la clausola Nub per «la banca si riserva il potere di modificare le Norme» in ragione delle «proprie necessità organizzative».

In materia a me pare occorra, peraltro, una precisazione di ordine preliminare. Se si tratta di variazioni generalizzate (sopra, n. 6), la modifica per definizione esprime un cambiamento di politica aziendale, che quindi suppone deciso e, insieme, orientato verso la fase della sua realizzazione. Tutte le modifiche generalizzate (: nella prospettiva qui seguite, tutte le modifiche meno quella conseguente al peggioramento delle condizioni di rischio del cliente; cfr. sempre nel n. 6), dunque, tendono a produrre un cambiamento di politica aziendale. Se questo è vero, il taglio del problema va

un poco aggiustato.

Un caso è che la banca indichi a motivo della propria decisione la circostanza dell'aver essa deciso di cambiare politica aziendale (: in quanto tale, per così dire). In effetti, una simile ragione di sicuro non può integrare gli estremi del «giustificato motivo», perché viene a dimezzare i termini costitutivi di questa clausola (n. 12.3.): il fatto legittimante la decisione della banca non può consistere nella decisione medesima (ovvero, se si preferisce, scambia la causa con l'effetto, secondo quanto già accennato nel precedente n. 9. Non diverso, nella sostanza, il rilievo svolto a riguardo dalla citata sentenza di Trib. Roma). Una ragione di questo tipo risulta equivalente, in ultima analisi, alla quella consistente nel ripetere i contenuti della modifica che si vorrebbe rendere operativa.

Un caso diverso è che il motivo consista in c.d. «adattamenti della politica di bilancio» della banca (tanto in ipotesi di esplicitazione, quanto pure – è naturale – in ipotesi di sostanza mascherata da altri *nomina*). Anche qui la risposta è negativa, ma per un altro profilo: una simile modifica non viene a perseguire, nella sua dinamica concreta, interessi meritevoli di tutela. Secondo quanto è già stato avvertito, è «evidentemente incompatibile con la disciplina generale del contratto che si [facciano] ricadere sul cliente le scelte di politica industriale della banca» (Sirena, *op. cit.*, p. 277). Ovvero, aggiustare i contratti in corso per fare «quadrare i conti».

Non sempre, però, è così. Specie con riferimento alle clausole regolamentari, laddove di queste si ammetta la possibilità di una loro modifica (n. 9). La clausola di «giustificato motivo» va circondata di grande attenzione, ma non mortificata. Per fare un esempio, si può pensare a un cambiamento del gruppo societario di appartenenza dell'intermediario e alla (connessa) modifica della clausola di foro territoriale; oppure all'adeguamento di vecchi contratti a politiche regolamentari diverse, come ormai da tempo applicate dalla banca con riferimento agli altri (e più recenti) contratti in essere (quando risulti concreto fattore di razionalizzazione, senza tradursi in una vicenda di approfittamento contraria alla buona fede)²⁰.

²⁰ Ma il pensiero va anche al *genus* delle modifiche legislative rispetto alle quali non vedo preclusioni di principio circa la loro eventuale idoneità a porsi come «giustificato motivo» (così invece il Trib. Roma, 21 gennaio. Sembra all'opposto ritenere che la modifica legislativa integri comunque gli estremi del fatto legittimante V. Mariconda, *op. loc. citt.*).

16. (Segue): il punto delle sopravvenienze imprevedibili

Particolare attenzione merita un'idea, che si sta facendo strada in questi anni e che risulta recepita pure da taluni passi (di enunciazione teorica per vero, più che di apprezzamento del fatto) delle decisioni dell'ABF. Si afferma, dunque, che a «delimitare il giustificato motivo» stanno le «sopravvenienze che alterano l'originario tra i valori propri delle attribuzioni patrimoniali. Le sopravvenienze devono essere imprevedibili (e non rientrare nell'alea propria del contratto) ... al tempo di formazione del contratto: devono essere fatti, cioè, che non potevano prevedersi sulla base dell'esperienza di quel momento» [v., così, Sciarrone Alibrandi, *op. cit.*, p. 76; Sirena, *op. cit.*, p. 277; tra i provvedimenti dell'Arbitro v., tra gli altri, quello n. 98 (citata nel n. 12) e quello n. 249 (Collegio Milano; Sciarrone Alibrandi; 20 aprile 2010)].

Ora, se non si può mettere in discussione l'interesse che quest'idea contiene in sé stessa, neppure è bene tacere le perplessità che – allo stato, almeno - la medesima viene a suscitare. Perplessità che vanno al di là della (pur vissuta) impressione che l'idea debba ancora un po' maturare. In effetti, per potere comprendere la portata reale di questa, resta da attendere che la sua enunciazione teorica sia seguita da un adeguato corredo di esemplificazioni (ovvero di figure sintomatiche peculiari).

Un primo ordine muove dalla constatazione che la clausola generale del «giustificato motivo» sembra possedere, per sé, una portata potenzialmente più vasta di quella data dall'equilibrio originario dei valori di cui alle attribuzioni patrimoniali (e le clausole regolamentari, del resto?). Sì che, sul piano del diritto vigente, si tratta di riempire bene il conseguente onere argomentativo.

Il che tra l'altro comporta l'articolarsi di due interrogativi (di livello e impegno tra loro alquanto diverso, ma) entrambi gravitanti sul detto «equilibrio dei valori». Se si può intendere la ragione per cui l'equilibrio rilevi non all'inizio del rapporto, ma solo durante lo svolgimento del medesimo, non è altrettanto agevole comprendere – *nel contempo* – perché quest'equilibrio rilevi solo *ex uno latere*, a favore della banca cioè (le due frasi, in effetti, non sembrano figlie della stessa logica: se viene premiato il mantenimento un equilibrio puramente soggettivo, il mantenimento dovrebbe correre lungo tutti e due i vettori; cfr. anche la seconda parte del n. 20.2.). Tenuto conto della clausola di buona fede oggettiva e dell'istituto della presupposizione (variante «*rebus sic stantibus*»), poi, quale è lo scarto effettivo tra il regime, che risulti dotato del *jus variandi*, e il regime che ne rimanga privo?

Un ulteriore ordine di perplessità discende dalla constatazione che l'idea in questione ha, tra le sue componenti essenziali, quella di fare entrare - nel giustificato motivo - la diligenza della banca predisponente²¹. Ora, non è chiaro come ciò possa avvenire a livello della struttura di questa clausola generale. D'altro canto, a livello operativo questa introduzione rischia di portare a una (più che progressiva) esponenziale perdita di significato del giustificato motivo: essendo noto che, nell'economia moderna, i margini di previsione (su tassi, in specie) non hanno spazi temporali particolarmente allungati.

17. (*Segue*): specificità del motivo

Nel descrivere la struttura della clausola di «giustificato motivo» (n. 14), si è osservato che la stessa si impenna su un giudizio di congruità specifica tra un fatto legittimante e la modifica concretamente apportata al contratto in essere. L'atto di effettivo esercizio del *jus*, di conseguenza, deve poggiarsi sopra di un fatto puntuale: che come tale va riportato nel testo della comunicazione al cliente, sì da assolvere al prescritto onere di allegazione (n. 12).

Si tratta ora di riprendere un attimo questo punto: così pure accostandosi alla preannunciata prospettiva di resoconto della giurisprudenza dell'ABF. La lettura delle fattispecie passate al vaglio dell'Arbitro conferma ancor oggi, invero, quanto rilevato nel 2007 dall'Autorità garante delle concorrenza e del mercato: nella prassi italiana le banche «risultano comunque utilizzare motivazioni ... del tutto generiche» [n. 105, ove pure si sottolinea l'ancor più radicale tendenza a non «indicare la causa del cambiamento delle condizioni» (certe volte la differenza tra le due situazione appare davvero labile: v. nel n. 18), nonché a non inviare proprio una comunicazione (su cui v. i cenni sopra, n. 11.2)].

Ciò posto, non sembra allora inopportuno rilevare come tutto il contesto della materia abbondi, in verità, di formule generiche. Si veda, così, la Circolare ministeriale: eventi di giustificato motivo sono «quelli che consistono in variazione di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio,

²¹ Per il medio appunto della prevedibilità. In materia sembra preferibile, in realtà, contenersi al dato oggettivo del carattere necessariamente *sopravvenuto* alla conclusione del contratto il fatto legittimante (sul punto è d'accordo anche l'ABI: cfr. il citato provvedimento AGCM, n. 35) e della sua *attualità* al momento dell'esercizio (da indagare, peraltro, sarebbe anche il problema del rapporto tra il «giustificato motivo» e la tempestività dell'esercizio rispetto al cadere del fatto legittimante).

tassi di interesse, inflazione, ecc.)» (anche se la stessa non manca di precisare che deve trattarsi di «eventi di *comprovabile* effetto sul rapporto bancario»; il corsivo è aggiunto). Si veda pure il comma 4 dell'art. 118, che senz'altro rinvia alle «decisioni di politica monetaria» (seppure la dottrina sia venuta a tradurre questa frase nelle decisioni della BCE: tra gli altri, Morera, *op. ult. cit.*, p. 992). Ma anche le decisioni dell'Arbitro contengono sovente delle formule del tutto aperte: «il giustificato motivo può ricorrere quando si verifichi un aumento generale dei costi industriali ovvero dei prezzi al consumo e, a maggior ragione, quando si modifichino i tassi di interesse di primaria importanza per il mercato creditizio» (così, in via puramente esemplificativa, la decisione n. 98; peraltro, si tratta di formule che stanno quasi sempre nella parte motiva di presentazione, come astratta dalla specie concreta).

Come si vede *ictu oculi*, si tratta di formule non poi così lontane da quella forgiata nel 2006 dall'ABI e dall'AGCM bollata come ricomprensiva di «qualsiasi accadimento sopravvenuto alla conclusione del contratto». Questa, cioè: «a mero titolo esemplificativo, ... variazione dei tassi di politica monetaria stabiliti da Banche centrali ... tassi di interesse di primaria importanza per il mercato ... aumenti generali dei costi industriali ... che abbiano impatto sui costi di produzione delle operazioni e servizi bancari ... altri rilevanti e oggettivi parametri economici (ad esempio indici Istat)».

In realtà, occorrerebbe non alimentare, bensì scoraggiare ogni possibile ed eventuale equivoco della prassi (quand'anche, per così dire, di origine colposa). Quelli appena riportati non sono dei «giustificati motivi». E' non sufficiente, quando non inutile, riportarli nella comunicazione: il fatto legittimante la modifica deve essere circostanziato. Condivisibili o meno che siano nel merito, le indicazioni sopra riferite possono essere apprezzate solo nei termini di schemi generali di riferimento di ipotetici fatti legittimanti. Per ricorrere a un'espressione più tecnica: molti degli «esempi» sopra riferiti non raggiungono neppure il livello proprio delle figure sintomatiche.

18. (Segue): decisioni dell'ABF

18.1.- Stando al campione di decisioni di cui dispongo, poche volte l'Arbitro si è inoltrato – nell'escludere l'efficacia della variazione - sino alla verifica della congruità del motivo addotto rispetto all'apportata modifica: quando lo ha fatto, poi, talora è stato a conferma di decisioni negative (= appunto, di constatazione dell'inefficacia dell'atto di esercizio del *jus*) già raggiunte.

Alcune decisioni raccontano di motivazioni di stampo sostanzialmente autoreferenziale. Così mi pare sia, in specie, nei provvedimenti n. 934 (già richiamato nell'ambito del n. 8.2.) e n. 334 (Collegio Milano; Bartolini; 10 maggio 2010).

Nel caso n. 934 il cliente lamentava la sopravvenuta applicazione – nel contratto di mutuo fondiario in essere – di un «nuovo spread del 2,20% in sostituzione del vecchio spread contrattuale del 1,50%». Annota la decisione che, a fronte di tale *lamentatio*, la «banca resistente ha allegato alle controdeduzioni l'estratto conto ..., da cui emerge una proposta di modifica delle condizioni economiche riferita al conto corrente intestato al cliente (che non costituisce l'oggetto del ricorso in esame); in particolare, la banca comunica che “*a seguito dei costi amministrativi di gestione*” propone la modifica unilaterale delle spese postali di invio quietanza mutui, nonché un aumento di 1 punto percentuale del tasso debitore del rapporto in oggetto (conto corrente) ed eventuali rapporti di portafoglio (anticipo sbf – anticipo fattura)» (il corsivo è mio).

Il caso n. 334 pure riferisce di una motivazione consistente nell'allegazione dell'«*adeguamento alle variazioni dei costi sostenuti dalla banca*». La fattispecie parla di un contratto di conto corrente, che per 6 anni aveva avuto «canone mensile pari a zero»; verso la fine del 2009, peraltro, la banca veniva a comunicare «l'introduzione ... di un canone mensile di 2,00 euro» per la detta ragione²². Il provvedimento segnala anche le ulteriori argomentazioni delle parti: la cliente ha affermato il carattere «sproporzionato» dell'«aumento delle spese di tenuta conto, visto che lo stesso non prevede alcuna remunerazione ed è utilizzato solo per gestire la piccola liquidità»; l'intermediario ha replicato che «la conformità del canone applicato risulta connessa alla facoltà di esercizio di impresa e del relativo rischio tipico dell'attività commerciale di ogni istituto di credito, in un ambito di razionalità e opportunità commerciale».

18.2.- Frequente la situazione, si è già accennato, in cui il motivo addotto dalla banca rimane del tutto generico e, come tale, viene considerato inefficiente dall'ABF.

La motivazione del «mutato contesto di mercato che si riflette sulle spese di gestione delle operazioni e dei servizi» è stata utilizzata per incrementare, in «modo repentino ed abnorme» la misura della commissione di affidamento portata, in un caso, «dallo 0,37% al 2% ... (in termini

²² Sì che sarebbe (prima di ogni altra cosa) da chiedersi se, per la verità, non si tratti di una clausola «nuova» e quindi *a priori* estranea al fenomeno del *jus variandi* (sopra, n. 5).

monetari da 140 a oltre 6.000 euro)» e in un altro «dallo 0,47% al 2% ... (in termini monetari da 145 a oltre 6.000 euro)» [cfr., per il primo, la decisione n. 980 (Collegio Roma; Olivieri; 24 settembre 2010); per il secondo, la n. 896, citata nel precedente n. 11]. Anche nella specie esaminata dalla decisione n. 122 (n. 8.2.) la banca – per l'aumento dello *spread* in un mutuo a tasso variabile – è andata a giustificarsi «alla luce delle decisioni di politica monetaria e delle conseguenti mutate condizioni di mercato»²³.

In altri casi l'intermediario si è rivolto alla crisi. Nel caso considerato dalla decisione n. 1298 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 10 novembre 2010), si è fatto leva sugli «effetti prodotti dall'attuale crisi economica» per introdurre la commissione di affidamento e per estendere «all'intero saldo debitore [il] tasso di penalizzazione per il superamento dell'importo affidato». Il provvedimento n. 798 (Collegio Milano; Blandini; 23 luglio 2010) riguarda un aumento dello *spread* del tasso di un mutuo retto dalla formula «peggioramento del contesto economico globale avvenuto negli ultimi mesi», nonché dalla formula «forte riduzione della forbice dei tassi» (nota puntualmente l'Arbitro: non c'è «alcun elemento informativo specifico»). Nella decisione n. 249, poi, si fa riferimento all'«incremento del rischio creditizio correlato al deteriorarsi dello scenario macroeconomico» (cfr. nel 16, nonché subito *infra*, n. 18.3.).

Da segnalare è, altresì, la fattispecie esaminata dalla decisione n. 716 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 9 luglio 2010). La motivazione del «fine di coprire i costi sostenuti per adempiere agli obblighi informativi introdotti da recenti disposizioni normative» è stata qui addotta per portare le «spese postali [a] Euro 1,50 (per singolo documento)». A riguardo di tale vicenda è soprattutto da notare – al di là della mancanza di specificità dell'allegazione (su cui si sofferma l'Arbitro) – come la somma in concreto addebitata salisse, per un trimestre, a 97€ e il costo del francobollo per singolo documento non superasse i 60 centesimi (secondo il rilievo del cliente). Incrociati questi dati, ne derivano due peculiarità: posto che 97 non è divisibile per 1,50, un piccolo arrotondamento c'è stato per forza; facendo i conti per bene, inoltre, risulta che la banca inviava al cliente documenti distinti con un media (per difetto) di due giorni su tre.

18.3.- Si è appena visto che, nella decisione n. 249, la modifica della banca era legata al deterioramento dello «scenario macroeconomico». Il rapporto

²³ Si pone in controtendenza, invece, la decisione n. 98, la quale ha ritenuto sintetica, ma sufficiente, la motivazione dell'«andamento dei mercati» dalla banca portata per incidere su «commissione massimo scoperto, ... spese annuali di amministrazioni affidamenti e ... tasso creditore» (su questa decisione v. anche il rilievo critico, formulato alla fine del n. 12, dove sono riportati anche gli estremi della medesima).

riguarda delle garanzie rilasciate dall'intermediario per l'interesse sostanziale del cliente; si discute delle relative commissioni. Constatata la mancanza di «elemento informativo specifico», con qualche stupore l'Arbitro passa ad aggiungere: «ciò chiarito, si può peraltro, dubitare della congruità fra la forte variazione commissionale proposta (dallo 0,7% al 4%) e la motivazione che ne è alla base (la mutata situazione del mercato finanziario)»; «nel corso di un tentativo di composizione bonaria della vicenda, l'intermediario ha proposto una variazione della nuova commissione dal 4% all'1,30%».

Un'altra situazione in cui l'ABF ha svolto una valutazione di congruità è stata quella rappresentata dalla decisione n. 786 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 23 luglio 2010). Nel contesto di un rapporto di conto corrente la banca comunicava di avere introdotto una «"Spesa liquid. Inter. deb./Penale passaggio adebito c/c non aff." per Euro 65,86 senza specificarne la periodicità» e indicando come motivazione «"Recupero percentuale tasso di inflazione 2006/2007"». Annota, dunque, l'Arbitro: «tale giustificazione appare, invero, per nulla pertinente rispetto all'introduzione di una nuove voce di spesa a titolo di "...» e, dunque, assolutamente inidonea a ... valutarne la congruità rispetto alla motivazione che ne è alla base». Per contro, non ha ritenuto di procedere a valutazioni di congruità la decisione n. 177 (Collegio Milano; Lucchini Guastalla; 31 marzo 2010): in questa specie, la modifica concerneva le condizioni di c/c (: «il tasso creditore veniva ridotto dall'1,50% allo 0,25%, mentre il tasso debitore passava dall'11,9% all'11,6%»), la motivazione addotta indicando che «l'Euribor 3 mesi è sceso di circa 30bps».

Da ultimo, non sembra inopportuno riferire in questa sede della vicenda decisa dal provvedimento n. 937 (citato nel n. 11). Nella specie, veniva modificata la misura di varie voci di spese; la banca, che non aveva effettuato alcuna comunicazione al cliente, era andata a sostenere, di fronte alle contestazioni ricevute, che le precedenti condizioni del conto erano state convenute con l'«Associazione di categoria degli agenti» e che la modifica *in pejus* era stata comunicata a quest'ultima. Posto davanti a tanto, l'Arbitro – riscontrato che il cliente era un «artigiano libero professionista – ha rilevato che i documenti di c/c prodotti dalla stessa banca, «pur risultando regolarmente sottoscritti dal ricorrente», non «recano alcun riferimento, né diretto, né indiretto alla convenzione con l'[Associazione] ... Neppure viene menzionata la qualifica del ricorrente quale membro della predetta associazione e nessun riferimento, neppure di natura prettamente commerciale (un logo dell'associazione o un *co-branding* ad esempio, pur con ogni dubbio circa la sufficienza di un siffatto riferimento ai fini in discorso), viene riprodotto sul documento».

19. Il recesso «senza spese»

19.1.- Nel contesto complessivo del *jus variandi*, la facoltà di recesso, consentita al cliente, possiede *naturaliter* un ruolo affatto secondario: la possibilità in quanto tale non muove la concorrenza; l'uso in termini significativi suppone già effettiva la situazione di concorrenza tra banche (la «pochezza di questa contropartita» si trova sottolineata in maniera puntuale, ad esempio, da Silveti, *op. cit.*, p. 439).

Le cose diventano ancor più improbabili, poi, quando la questione del recesso si porta dietro, per il cliente, l'*handicap* del debito (v. già sopra, nel n. 8). Due mesi di «preavviso», se possono essere lunghi per la banca che intende variare, di certo sono corti per trovare un efficace rimpiazzo del creditore (: una «*mission impossible*» la definisce il citato pezzo di *Italia Oggi*, 18 maggio 2011). Del resto, sostituire il creditore è attività in sé laboriosa; e anche per altre ragioni ben poco appetibile, se è vero che il mercato bancario non offre, a quanto pare, delle alternative contrattuali senza *jus variandi*: la possibilità di ritrovarsi di lì a poco in una situazione simile a quella di partenza è fattore che da solo scoraggia ogni esercizio.

In definitiva, per certi contratti la facoltà di recesso appare strumento propriamente inadatto a fungere da correttivo del *jus*: se in date circostanze potrebbe anche svolgere una funzione utile in relazione ai conti correnti, lo stesso non sembra possibile predicare per le operazioni di credito.

19.2.- A questo punto, la questione dei costi connessi all'atto di recesso del cliente dai contratti di credito appare destinata ad assumere un valore pratico assai modesto. Tuttavia, la questione non perde una sua significatività: a livello di esprimere il tipo di tensioni e di difficoltà che, in questo torno di anni, attraversano il campo del diritto delle operazioni.

Nella versione della legge sulla trasparenza e pure in quella originaria del TUB, l'esercizio del recesso rimaneva «senza penalità». Ciò consentiva a Fausti (*op. cit.*, p. 193) di rilevare agevolmente che «è almeno da escludersi, nel caso, anche il pagamento della penale eventualmente pattuita per il rimborso anticipato». Nella riforma del 2006 (che pure porta a 60 giorni lo spazio dell'esercizio, in luogo degli iniziali, e non credibili, 15), il recesso diventa però «senza spese».

Ora, la c.d. penale per l'estinzione anticipata di per sé non rientra nell'ambito delle spese, rappresentando piuttosto nel genere dei corrispettivi a favore della banca (Dolmetta e Sciarrone Alibrandi, *op. cit.*). Sul piano operativo la conseguenza è che l'ABI dichiara di ritenere «escluse dalla

nozione di spese di chiusura i compensi onnicomprensivi da corrispondere nel caso di estinzione anticipata dal rapporto». Il che fa inquietare l'AGCM: «sarebbe stato possibile, anziché escludere *tout court* tale condizione economica [: penali per estinzione anticipata] dall'alveo di applicazione [della norma], sollecitare soluzioni interpretative più coerenti con la *ratio* della normativa volta a incentivare la mobilità della clientela» (cfr. il provvedimento citato, risp. n. 165 e n. 172). Non v'è dubbio che l'osservazione è ragionevole e, anzi, condivisibile. Certo è pure, però, che il legislatore davvero non aiuta: visto che lo stesso decreto Bersani del 2006 introduce per i «contratti di durata» una facoltà di recesso *ad nutum* del cliente che – sul piano testuale – viene conformata «senza penalità e senza spese» (art. 10, comma 2); facoltà che in prosieguo di tempo viene poi chiusa sui «contratti a tempo indeterminato» (art. 120-bis TUB, come inserito dal d. lgs. n. 141/2010).

Non manca un ultimo sviluppo: meglio, forse, un'ulteriore involuzione delle norme TUB sul piano sistematico (temporanea?). Il citato decreto sviluppo (adesso divenuto legge n. 106/2011) dimezza di colpo la normativa sulla surroga nei contratti di finanziamento (che è, tra le altre cose, normativa di gratuità): *ex abrupto* ridotta alle sole operazioni concluse con «persone fisiche o micro-impres»²⁴.

20. Ancora sulle variazioni *in melius*

20.1.- Nell'enunciare i tratti caratteristici dell'istituto di cui all'art. 118, si è segnalata l'estraneità non solo disciplinare, ma prima di tutto strutturale, delle variazioni *in melius* rispetto a quelle peggiorative, frutto appunto dell'esercizio di un *jus* (n. 4). La constatazione non esclude, peraltro, che il fenomeno delle variazioni migliorative – oltre a essere, secondo quanto è scontato, rilevante in sé stesso – possa anche porsi come circostanza importante nei confronti degli atti di esercizio del *jus*.

Se vedo bene, questo punto non viene preso in peculiare considerazione dalla nostra letteratura (che tende piuttosto a interrogarsi nell'opposta direzione: v. *infra*). Tuttavia, il rilievo del possibile riflesso delle migliorative sulle peggiorative appare immediato: posto che si tratta pur sempre di esaminare la serie di comportamenti tenuti da un unico soggetto (*rectius*: i comportamenti oggettivamente resi da una impresa, in termini di

²⁴ Art. 8, comma 8, lett. c., punto 3. Grottesche (non meno) le parole scritte nell'*incipit* del comma 8 a *ratio* dell'intervento: «per semplificare le operazioni di portabilità dei mutui».

offerta sul mercato e con riferimento all'arco delle attività in concreto per l'appunto da questa offerte).

Il peso delle prime (: le migliorative) sulle seconde si viene dunque ad apprezzare, a mio avviso, a livello di lettura e valutazione del giustificato motivo (per le condizioni economiche, in segnata specie). Più nel dettaglio: si apprezza là dove i valori costituzionali (come mediati pure dalla clausola di buona fede) vengono a entrare nella valutazione di meritevolezza del comportamento tenuto dalla banca variante, così completando i contenuti della clausola di giustificato motivo.

Si pensi, così, al caso in cui la motivazione addotta per la modifica *in pejus* per certi rapporti valga contemporaneamente per una (ipotetica) modifica *in melius* circa altri rapporti (cfr. la formula bancaria considerata dalla decisione n. 177 e trascritta sopra, nel n. 18.3. In proposito Sciarrone Alibrandi, *op. cit.*, p. 77 adopera l'espressione «sopravvenienze ambivalenti»: per mera comodità espositiva, aggiungerei l'aggettivo «sincronico»). Si pensi, altresì, al caso in cui una data contingenza – verificatasi in un certo momento – si ripresenti identica, ma di segno contrario, poco tempo dopo (ad esempio, prima in una direzione di opportunità per clienti, poi di inopportunità per i medesimi; si potrebbe parlare, qui, di «sopravvenienze ambivalenti in senso diacronico»).

Ora, in tutti questi casi a me pare assai difficile che l'atto di esercizio del *jus* da parte di una banca possa essere correttamente valutato senza tenere conto degli - a prescindere dagli - altri comportamenti concreti della medesima: dall'*an* di eventuali modifiche migliorative; dalla misura di «congruità reciproca», inoltre, tra modifiche peggiorative ed eventuali modifiche migliorative. L'impresa che ignora e trascura le situazioni giustificanti delle variazioni migliorative per clientela, per ricorrere in modo sistematico al *jus*, viene a manifestare una volontà predatoria. Un comportamento di questo tipo, se per qualche verso riecheggia una sorta di *venire contra factum proprium*, di sicuro non ha nulla di sociale; e nemmeno di equilibrato.

20.2.- Per la verità, il fenomeno delle variazioni migliorative richiederebbe una trattazione a sé stante e in termini che decisamente esulano dall'economia delle presenti note. Basta pensare che, come già rilevato (nel n. 4), il quesito di fondo che tale tematica propone oggi attiene al se, al come, al quando un predisponente possa essere «costretto» ad apportare la modifica.

Tra le altre e numerose cose, si pone il problema di costruire nel

dettaglio specifico il contenuto della modifica: talvolta questa potrebbe pure avvenire in modo «automatico», ma talaltra suppone per forza l'esercizio di un potere conformativo da parte del giudice (e in certi casi, di spessore anche notevole, come nel caso di mutamento *in melius* delle condizioni di rischio del cliente). Che è, quest'ultima, una prospettiva che di per sé possiede un fascino forte (cfr. il mio *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Un frammento di storia delle idee*, in *Vita not.*, 2003, p. 111); ma che sul piano dommatico resta tutta da esplorare e su quello della pratica si palesa, nell'oggi, utopia pura.

Non di meno si pone, pure, il problema di costruire la struttura della fattispecie modificativa, che in teoria viene a basculare tra adeguamenti automatici [ovviamente, solo per i casi in cui il contenuto oggettivo resta preordinato e, in ogni caso, non in relazione alla clausole regolamentari (: n. 4)], iniziative del cliente finalisticamente intese all'utilizzo dello strumento dell'art. 2932 c.c. e rimedi solo risarcitori.

Non è davvero poco. Qui, comunque, occorre fermare qualche spunto almeno in relazione al problema-madre dell'eventuale «dovere essere» della modifica (del tutto a prescindere, è naturale, dalla soluzione da dare ai diversi altri problemi accennati). In proposito uno spunto può essere fornito, *secondo una certa misura*, dalla constatazione che anche le variazioni peggiorative possono avere riflessi sulle migliorative: se corre in un senso, il «rapporto» dovrebbe correre, salvo ragioni specifiche, anche nell'altro.

Ovvero, se si preferisce, anche su questo versante si tratta di dare tratto ai valori costituzionali e alla clausola di buona fede. Ed è questa, per quanto in sé limitata, la prospettiva che a me sembra risultare quella più accessibile nella realtà attuale. Una esemplificazione può contribuire a meglio chiarire il pensiero.

Ha scritto un autore (Bussoletti, *La normativa*, cit., p. 475) che, «se una banca sulla base di determinate circostanze in suo possesso ha ritenuto di assegnare a quel cliente, a partire da un certo momento, un *rating* peggiore, è anche possibile sostenere che, venuta meno quella circostanza, il cliente abbia diritto a vedere ripristinato il precedente *rating*». Ora, una simile affermazione porta – diretta e immediata – davanti a un bivio: se così è, lo stesso deve avvenire anche nell'ipotesi in cui il miglioramento non consegua a un precedente peggioramento (in conto futuri peggioramenti, per così dire)? Oppure no?

Se si risponde per la positiva, a bene vedere si finisce per aprire un baratro. Sul filo di questo discorso viene infatti da chiedersi se allora il

cliente non possa comunque contestare l'esattezza del *rating* concretamente assegnatogli. Certo, l'inopinata scomparsa dell'art. 116-*bis* TUB (in ragione di un silenzioso colpo di mano del d.lgs. n. 141/2010) non indirizza verso una risposta positiva; ma forse si tratta di un profilo superabile. Il fatto di base resta comunque, però: percorrere una simile eventualità conduce diritti verso l'affermazione della sussistenza di un obbligo di fare credito. E se anche questa è per la verità una prospettiva di spessore, non si può di sicuro trascurare che l'esclusione di un simile obbligo risponde a una tradizione secolare della letteratura italiana.

Se si risponde per la negativa (questa la soluzione di Bussoletti, *op. cit.*, p. 476), invece, all'evidenza si viene ad assegnare un peso determinante alla circostanza che, nei fatti, c'era stato in precedenza un atto di esercizio del *jus variandi in pejus*. Ciò inevitabilmente conduce ad agganciare il dovere di modifica *in melius* alla clausola di buona fede. In effetti, è proprio lo specifico comportamento in precedenza tenuto dal predisponente che viene ad attivare il relativo dovere.

20.3.- Anche per le variazioni generalizzate, la strada della buona fede - per quanto ridotta (ovvero non conducente a un riconoscimento del dovere che abbia dimensione a tutti gli effetti generale) - si manifesta utile: se non forse, allo stato, l'unica praticabile.

Si prenda l'ipotesi delle «sopravvenienze ambivalenti diacroniche» (: variazioni di tipo identico, bensì di vettore opposto, che si succedono in una ragionevole dimensione di tempo; sopra, n. 20.1.). Non si tratta di incidere sulla autonomia del predisponente; si tratta per contro di valutare come sia stata utilizzata in precedenza quest'autonomia. L'uso concreto del *jus*, che la banca venga a concretare, crea in altri termini un vincolo *de futuro*. Una disposizione rovesciata delle situazioni (secondo una coppia formata prima dalla sopravvenienza positiva per i clienti e poi da quella negativa) non parrebbe invece idonea a comportare – di per sé sola considerata – vincoli di sorta.

Nella sostanza prossimo si manifesta anche il ragionamento per l'ipotesi delle «sopravvenienze ambivalenti sincroniche» (la sopravvenienza, migliorativa per certi rapporti, è nel contempo peggiorativa per altri; cfr. sempre nel n. 20.1.). Pure in questa evenienza decisivo finisce per apparire il comportamento del predisponente. «Resta inteso che la banca è del tutto libera» - è stato scritto in proposito (Morera, *op. ult. cit.*, p. 991 s.) – di proporre o meno al cliente la modifica». Il punto è, peraltro, di come la banca venga a disporre di tale sua «libertà».

Se essa opta per procedere ad operare delle variazioni *in pejus*, la clausola di buona fede viene a implicare, *sub specie* sostanziale della regola della parità di trattamento, che pure debbono avvenire le corrispondenti variazioni di ordine positivo. Ed è appena il caso di aggiungere che, nell'adottata prospettiva, la norma del comma 4 dell'art. 118 – più che risultare «epifania» di generali correlazioni tra i diversi vettori delle modifiche (così invece, si ricorderà, Sciarrone Alibrandi, citata nel n. 4) – si manifesta figlia minore del canone della buona fede. In piena coerenza, tra l'altro, con la sua struttura di norma di «principio» (ovvero non contenente l'espressione di una disciplina precisa e completa).