

**LO IUS NON VARIANDI:
PRIME CONSIDERAZIONI, E ALCUNE SUPPOSIZIONI, SUL COMMA 2-BIS
DELL'ART. 118, T.U.B., DOPO LA L. 106/2011.**

FEDERICO FERRO-LUZZI

SOMMARIO: 1. Il nuovo comma 2-bis, art. 118, t.u.b.: dubbi interpretativi. – 2. La «storia» dell'art. 2-bis: la formulazione di cui al d.l. 70/2011 – 3. Conseguenze applicative della formulazione definitiva.

1. – Il nuovo comma 2-bis, art. 118, t.u.b.: dubbi interpretativi

A seguito dell'entrata in vigore della l. 106/2011, il comma 2-bis dell'art. 118, d.lgs. 385/93 (d'ora in poi, anche: t.u.b.), statuisce che: «Se il cliente non é un consumatore né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto».

Il comma è, di per sé, incomprensibile e fa sorgere non pochi dubbi.

La circostanza, infatti, che le parti di un negozio giuridico possano prevedere, all'interno del contratto e al momento del perfezionamento di questo, il verificarsi di eventi al ricorrere dei quali le condizioni negoziali possano subire delle modifiche è circostanza che nessuno può mettere seriamente in dubbio, rientrando nel principio cardine del sistema che riconosce alle parti di un contratto la possibilità di (auto)regolamentare i propri interessi, anche prevedendo pattiziamente il ricorrere di circostanze che possono determinare una modifica delle condizioni date (e ciò proprio per mantenere il sinallagma negoziale inizialmente valutato come congruo da entrambi i contraenti).

L'introduzione del comma 2-bis mette, dunque, in seria difficoltà l'interprete.

Innanzitutto, di difficile inquadramento sistematico l'inserimento, all'interno della disciplina dello *jus variandi* (*), di un sistema basato sullo *jus non variandi*, ovvero l'impossibilità per le parti di modificare il contratto se non con l'accordo, preventivo, dell'altro contraente.

In secondo luogo, l'affermazione del legislatore in base alla quale soltanto se il cliente non è un consumatore né una microimpresa le parti possono inserire clausole che prevedano la possibilità di modificare le condizioni del contratto, potrebbe far sorgere il dubbio che – in senso uguale e contrario – qualora il cliente non appartenga a una delle due categorie di cui sopra, sia da escludersi la possibilità di prevedere negozialmente ipotesi al ricorrere delle quali le condizioni contrattuali possano essere modificate, il che costituirebbe eccezione al sistema dell'autoregolamentazione dei propri interessi di non poco momento (trattandosi poi di comprendere per quale ragione sistematica, o di opportunità, il divieto in discorso sussista soltanto all'interno dei contratti ove una parte è una banca).

Ancora. L'asserzione legislativa in base alla quale una banca e un'impresa (non micro) possono predeterminare esclusivamente le ipotesi al ricorrere delle quali può variare il tasso di interesse, fa sorgere l'ulteriore dubbio che sia da escludersi la possibilità a che le parti individuino ipotesi al ricorrere delle quali possano essere modificate altre condizioni (in via meramente esemplificativa ma non esaustiva: la durata del finanziamento), ma anche in questo caso la ragione logica, prima ancora che giuridica, francamente sfugge.

Il comma così inserito sembra, dunque, non aggiungere ma sottrarre libertà negoziale delle parti, senza che sia evidente la ragione sottostante a tale limitazione.

In vero, per poter comprendere la (non) portata negoziale del comma 2-bis, t.u.b., risulta necessario analizzare la precedente formulazione di cui al d.l. 70/2011.

(*) Ovvero "Il diritto (potestativo) di una delle parti contraenti di modificare il contratto mediante una manifestazione unilaterale di volontà" (P. SIRENA, *Lo jus variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, I, 2007, p. 262), così come previsto dal comma 1 dell'art. 118, t.u.b.

2. – La «storia» del comma 2-bis: la precedente formulazione di cui al d.l. 70/2011

Con l'art. 8, comma 5, lett. *f*), d.l. n. 70/2011 era stato introdotto un nuovo comma all'art. 118, d.lgs. 385/1993 (d'ora in poi, anche: t.u.b.) – il comma 2-*bis* – ai sensi del quale «Se il cliente non è un consumatore, né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera *t*), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, le parti possono convenire di non applicare, in tutto o in parte, le disposizioni del presente articolo.».

Con il medesimo intervento normativo, il legislatore aveva poi previsto una norma, in senso assai lato, transitoria (art. 8, comma 5, lett. *g*) ai sensi della quale: «ai fini dell'applicazione del comma 2-*bis* dell'articolo 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotto dalla presente legge, ai contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente decreto stipulati con soggetti che non siano consumatori o micro-impresе, i soggetti di cui all'articolo 115 del medesimo decreto, entro il 30 giugno 2011 comunicano, con le modalità indicate al comma 2 dell'articolo 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le modifiche apportate ai contratti medesimi. La modifica si intende approvata qualora il cliente non receda dal contratto entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione. Al cliente che ha esercitato il diritto di recesso non possono essere applicati oneri superiori a quelli che egli avrebbe sostenuto in assenza di modifica.».

L'intervento del legislatore era profondamente innovativo (e, in parte, incostituzionale), posto che l'art. 118, t.u.b., nella sua formulazione precedente all'intervenuta modifica di cui al d.l., riconosceva alle parti il potere di concedere a una o a entrambe il diritto potestativo di modificare le clausole contrattuali, al ricorrere di tre condizioni: (*i*) che tale clausola fosse approvata specificatamente (per iscritto secondo la regola generale dettata in tema di contratti bancari dall'art. 117 t.u.b.); (*ii*) che ricorresse un giustificato motivo; (*iii*) che non prevedesse la modifica del tasso di interesse pattuito (meglio: del metodo di calcolo del tasso di interesse dovuto) qualora si fosse in presenza di un contratto di durata (allora a tempo determinato).

Con l'introduzione del comma 2-*bis*, al contrario, veniva riconosciuto alle parti il potere di concedere, a una o a entrambe, il diritto potestativo di modificare le clausole contrattuali anche in assenza di giustificato motivo, al ricorrere di due requisiti: (*i*) mancata appartenenza del cliente alla categoria dei consumatori o delle micro-impresе; (*ii*) sussistenza di apposito accordo negoziale sul punto. La formulazione di cui al d.l. consentiva, peraltro e al

ricorrere delle condizioni soggettive e oggettive nello stesso indicate, sicuramente di modificare anche il tasso di interesse nei contratti di durata (†).

Ancora più «innovativa» la (presunta) norma transitoria, ai sensi della quale: «ai fini dell'applicazione del comma 2-bis dell'articolo 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotto dalla presente legge, ai contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente decreto stipulati con soggetti che non siano consumatori o micro-imprese, i soggetti di cui all'articolo 115 del medesimo decreto, entro il 30 giugno 2011 comunicano, con le modalità indicate al comma 2 dell'articolo 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le modifiche apportate ai contratti medesimi. La modifica si intende approvata qualora il cliente non receda dal contratto entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione. Al cliente che ha esercitato il diritto di recesso non possono essere applicati oneri superiori a quelli che egli avrebbe sostenuto in assenza di modifica.» (lett. g, comma 5, art. 8, d.l. 70/2011).

Evidente, infatti, la circostanza che la disciplina dettata alla lettera g) dell'art. 8, comma 5, d.l. 70/2011 non avesse nulla a che fare con la norma introdotta alla lettera f); al di là del portato meramente letterale («ai fini dell'applicazione del comma 2-bis dell'art. 118 (...) introdotto dalla presente legge») la norma certamente inseriva una disciplina del tutto nuova.

La lettera g) dell'art. 8, comma 5, non disciplinava, invero, l'applicazione dell'art. 2-bis ai contratti conclusi prima della sua entrata in vigore ma statuiva un principio nuovo (l'applicabilità dello *ius variandi* in assenza di qualsivoglia accordo negoziale sulla sua esperibilità) e che avrebbe avuto applicazione *esclusivamente* per i contratti con tre caratteristiche: (i) essersi perfezionati prima dell'entrata in vigore del nuovo comma 2-bis; (ii) essere in corso; (iii) avere quale parti una banca o un intermediario e un soggetto né consumatore né microimpresa. I clienti nella condizione indicata, si sarebbero trovati in una posizione di indubbio svantaggio (modificabilità delle clausole o recesso contrattuale alla sola manifestazione di volontà della banca o dell'intermediario) in cui: (i) non si erano trovati (per espresso divieto normativo) coloro i quali, pur ricorrendo i requisiti di cui al comma 2-bis, avevano visto esaurire la funzione del contratto perfezionato prima

(†) Sotto il profilo sistematico, una volta che il primo comma dell'art. 118, nella sua seconda parte, prevede l'esplicito divieto di modificare i tassi di interesse nei contratti di durata, l'inserimento di altro comma (2-bis) che espressamente prevede la derogabilità «in tutto» delle disposizioni dello stesso articolo 118 consente, al ricorrere delle condizioni indicate, il superamento del divieto esplicito (dunque, la modificabilità del tasso di interesse nei contratti di durata). Gli è, allora, che ai sensi della lettera g) dell'art. 8, comma 5, d.l. 70/2011, ben avrebbe potuto la banca o l'intermediario finanziario comunicare al cliente (né consumatore, né micro-impresa) la modifica al tasso di interesse apportata al contratto di durata.

dell'entrata in vigore della norma; (ii) non si sarebbero trovati coloro i quali, al ricorrere dei requisiti del comma 2-*bis*, avessero perfezionato un contratto dopo l'entrata in vigore del decreto, poiché sarebbe stata necessaria l'esplicita approvazione. Sotto il profilo indicato, la norma appariva chiaramente illegittima, creando una disparità di trattamento in situazioni assolutamente identiche e senza che vi fosse alcuna necessità logica o sistematico/giuridica.

L'intervento legislativo di cui al d.l., ha provocato un'immediata reazione da parte della realtà imprenditoriale, in particolare di Confindustria ([‡]), reazione che ha determinato la riformulazione del comma 2-*bis* nella enunciazione definitiva sopra indicata, oltre a un'ulteriore disposizione di natura (realmente) transitoria, a mente della quale: «le disposizioni del comma 2-bis dell'articolo 118 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotto dalla lettera 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» (lett. g, comma 5, art. 8, l. 106/2011).

Orbene, mentre la soppressione della «famigerata» lettera g) non può che essere condivisa appieno, e la ragione è perfettamente individuabile nella sua assoluta eccentricità (prima ancora che incostituzionalità), non si comprende la riformulazione della lettera f) che – nei fatti e come visto – priva la novità di qualsivoglia profilo di rilevanza applicativa, se non in senso deteriore rispetto alla libertà negoziale delle parti.

Sul punto, possono essere fatte soltanto delle supposizioni.

Quella che più mi convince, per vero malevola, è che l'unico interesse dei soggetti che avevano proposto (prima) e supportato (dopo) la modifica legislativa, fosse rappresentato – e in via esclusiva – dal contenuto di cui alla lettera g) (poi malamente camuffata come norma transitoria rispetto alla disciplina di cui alla lettera f) e, dunque, di concedere alle banche il diritto potestativo di incidere direttamente sulle condizioni economiche dei contratti di durata in essere, senza che al cliente fosse data possibilità di evitarlo ([§]). Scoperti e venuta meno la possibilità di effettuare quanto voluto, poco interesse è stato riposto nella lettera f) che così ha perso di qualsivoglia

([‡]) Vedonsi gli articoli apparsi su *Italia Oggi: Mutui, guerra Abi-Confindustria*, del 18.05.2011, p. 10; *Mutui, imprese contro il dl sviluppo*, del 19.05.2011, p. 10; *Mutui, l'Abi accusa Confindustria*, del 20.05.2011, p. 10; *Sui Mutui ecco la zampata di Mps*, del 25.05.2011, p. 10; tutti di S. SANSONETTI.

([§]) In via meramente esemplificativa ma esaustiva, si pensi all'ipotesi di una apertura di credito per alcuni milioni di euro a tempo determinato; a fronte della notifica dell'intervenuta modifica del tasso di interesse, l'impresa cliente, avendo quale alternativa quella di accettare la modifica o di recedere dal contratto dovendo restituire immediatamente tutta la somma ricevuta, si sarebbe trovata innanzi una "scelta" obbligata.

portata normativa, trasformandosi in una ripetizione di cose (giuridicamente) note.

In vero, se correttamente strutturata, anche la disposizione di cui alla lettera f) avrebbe potuto rappresentare una novità legislativa di interesse per le banche, ma a condizione che fosse mantenuta l'intelaiatura di cui al primo comma dell'art. 118, t.u.b., allora prevedendo che per i clienti che non appartengono alla categoria dei consumatori né a quello delle micro-imprese, anche per i contratti di durata «può essere convenuta, con clausola approvata specificatamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo». Con una tale formulazione, ovviamente per i soli contratti perfezionatisi successivamente all'entrata in vigore della norma, si sarebbe aggiunta una facoltà per le banche, facoltà oggi non riconosciuta alla luce della formulazione della norma.

3. – Conseguenze applicative della formulazione definitiva

In ragione dei passaggi che hanno caratterizzato la definitiva formulazione del comma 2-*bis*, ritengo si possano ora risolvere alcuni dubbi interpretativi che sorgono da una prima lettura della formulazione della disposizione, così come entrata in vigore.

Ritengo, infatti, che la norma sia meramente ricognitiva di un potere già in capo alle parti e alla luce della disciplina generale dei contratti, con la conseguenza che la stessa non è indicativa della sussistenza di un limite alla predisposizione, nel contratto, di ipotesi al ricorrere delle quali, nei contratti di durata a tempo determinato, possano cambiare le condizioni contrattuali e ciò né (i) sotto il profilo soggettivo, con la conseguenza che anche se la parte è un consumatore o una microimpresa possono essere negoziabilmente individuate ipotesi al ricorrere delle quali le condizioni contrattuali possono essere modificate, né sotto quello (ii) «tipologico», con l'effetto che le parti (e indipendentemente dalla categoria alla quale appartengono) possono negoziabilmente individuare ipotesi al ricorrere delle quali qualsivoglia condizione contrattuale potrà essere modificata, non solo il tasso di interesse, allora.

Sostanzialmente, e in altri termini, la norma è inutile (per non dire dannosa, visti i dubbi che ingenera).

Sotto il profilo meramente esecutivo, la banca dovrà comunicare all'impresa il ricorrere di una delle ipotesi negoziabilmente previste e, in

conseguenza, la decisione di avvalersi della possibilità di variare le condizioni contrattuali, poi nella misura prevista nel contratto. Non trattandosi di *ius variandi*, al cliente non sarà data la possibilità di recedere dal contratto, essendo la variazione una delle ipotesi negoziali concordate, ma al venir meno del presupposto per la variazione, il cliente avrà il diritto all'applicazione delle precedenti condizioni contrattuali.