

La variazione dei tassi nei contratti bancari a tempo determinato (*)

1. Nella Gazzetta Ufficiale n. 160 del 12 luglio 2011 è stata pubblicata la legge n. 106, che ha convertito, con modificazioni, l'art. 8, comma 5, lett. f, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, recante "*Prime disposizioni urgenti per l'economia*".

Per effetto di tali modifiche, il nuovo testo dell'art. 118, comma 2-bis, decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (nel prosieguo, t.u.b.), così recita: «2-bis. Se il cliente non è un consumatore, né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lett. t, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, 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 d'interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto» (1).

In relazione al mutato quadro normativo introdotto dalla citata legge di conversione n. 106/2011 in materia di *ius variandi*, ci è stato chiesto di rendere un parere sui seguenti quesiti.

A) Se la recente modifica dell'art. 118 t.u.b. operata con l. 106/2011 possa consentire, sotto il profilo civilistico, l'inserimento nei contratti di mutuo stipulati con soggetti non qualificabili come consumatori o micro-impresе di una clausola redatta ai sensi del nuovo comma 2-bis di detto articolo.

In particolare, si chiede di conoscere se siffatta clausola, redatta con l'indicazione degli "specifici eventi e condizioni" cui sarebbero ricollegabili le modifiche del tasso, trovi adeguata collocazione nell'ambito di alcune ipotesi standard indicate in un documento a tal fine allegato alla richiesta di parere.

(*) Parere *pro veritate* reso in data 14 ottobre 2011.

(1) Il testo originario della disposizione, contenuta nell'art. 8, comma 5, lett. f, d.l. n. 70/2011 (sulla quale v. MORERA-OLIVIERI, *Mutui bancari e jus variandi (sull'art. 118, comma 2-bis, t.u.b.)*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2011, I, 480), era così formulato: «2-bis. Se il cliente non è un consumatore, né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lett. t, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, le parti possono convenire di non applicare, in tutto o in parte, le disposizioni del presente articolo».

B) Se le normali clausole c.d. M.A.C. (*Material Adverse Change*), riportate in un apposito allegato, possano continuare ad essere previste (ovvero possano essere inserite in nuovi contratti), risultando estranee ai meccanismi previsti dall'art. 118, comma 1 e 2-*bis*, t.u.b.

C) Se sia possibile:

C.1. inserire nei contratti di finanziamento a lungo termine una clausola (al di fuori dei meccanismi dell'art. 118 t.u.b.) che, recando una determinazione del tasso (fisso o variabile) fino ad una certa data (es. 7 anni), consenta a tale scadenza temporale di effettuare una rinegoziazione, con possibilità di risoluzione del (o di recesso dal) contratto da parte della Banca in caso di mancato raggiungimento di un accordo fra le parti;

ovvero se risulti preferibile

C.2. risolvere la problematica in questione inserendo una clausola di modificabilità del tasso ai sensi dell'art. 118, comma 2-*bis*, t.u.b.

D) Se infine nei mutui a S.A.L. (*Stato Avanzamento Lavori*) sia possibile inserire un clausola — ai sensi dell'art. 118, comma 2-*bis*, t.u.b. — che consenta la modifica unilaterale del tasso anche nel periodo di c.d. preammortamento.

2. Per rispondere compiutamente ai suddetti quesiti, appare inevitabile soffermarsi brevemente su contenuto ed ambito di applicazione della nuova disciplina introdotta, nel comma 2-*bis* dell'art. 118 t.u.b., dalla legge di conversione n. 106/2011.

La norma si presenta *ictu oculi* radicalmente diversa da quella originariamente contenuta nell'art. 8, comma 5, lett. *f*, d.l. n. 70/2011.

Non è certo questa l'occasione per ripercorrere il tormentato *iter* legislativo della norma in questione, né per menzionare le critiche che la sua originaria formulazione aveva subito suscitato tra i primi commentatori. Sul punto, è sufficiente rinviare alle considerazioni da noi già espresse in altra sede ⁽²⁾.

Preso atto del vistoso *revirement* operato dal legislatore in sede di conversione del decreto, l'interprete deve ora cimentarsi con l'arduo compito d'inquadrare la disposizione in esame nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 118 t.u.b. in tema di "modifica unilaterale delle condizioni contrattuali".

2.1. A tal proposito, sembrano delinearsi due diversi orientamenti interpretativi.

Secondo un primo filone di pensiero ⁽³⁾, la norma in esame consenti-

⁽²⁾ Cfr. MORERA-OLIVIERI, (nt. 1).

⁽³⁾ COSÌ DOLMETTA, *Jus variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF. Le linee evolutive dell'istituto*, in *IlCaso.it. doc.260/2011*.

rebbe di introdurre nei contratti di finanziamento a tempo determinato (e dunque anche in quelli di mutuo) stipulati con le imprese medio-grandi (*i.e.*: non qualificabili come “micro” ai sensi del d. lgs. n. 11/2010) clausole che prevedono la modifica unilaterale *anche dei tassi d'interesse* (oltre che delle altre condizioni previste dal contratto) al ricorrere di specifici eventi o condizioni predeterminati dalle parti.

In questa prospettiva, la norma di cui si discute, nonostante la sua non chiarissima formulazione e la sua non felice collocazione all'interno dell'art. 118 t.u.b., rientrerebbe a pieno titolo nella fattispecie generale dello *ius variandi* contenuta nel comma 1 dell'art. 118 t.u.b.; dalla quale si discosterebbe poi unicamente per il fatto di richiedere una definizione *ex ante* (e dunque, in concreto, una significativa riduzione) delle ipotesi di “giustificato motivo” che possono dar àdito ad una proposta di modifica unilaterale dei tassi d'interesse nei contratti di mutuo stipulati con le imprese non piccole.

Un corollario importante di tale impostazione è che la modifica dei tassi d'interesse prevista dal comma 2-*bis* dovrebbe avvenire, pur nel silenzio della norma, secondo le modalità imposte dall'art. 118 t.u.b., a pena di inefficacia, per “*qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*”; modalità che ricomprenderebbero quindi anche la facoltà di recesso del cliente nel termine di due mesi dal ricevimento della comunicazione ivi prevista.

Secondo altra dottrina, invece, il precetto di cui si discute avrebbe invero poco o nulla a che vedere con lo *ius variandi* disciplinato dall'art. 118 t.u.b., dal quale si discosterebbe sotto molteplici profili.

In punto di fattispecie, la possibilità concessa dal comma 2-*bis* di predeterminare in sede di stipula di un contratto di finanziamento a tempo determinato gli eventi e le condizioni al verificarsi dei quali una delle parti (*i.e.*: la banca) può modificare il tasso d'interesse non si configurerebbe come una vera (proposta di) variazione unilaterale del contratto, bensì costituirebbe mero esercizio dell'autonomia negoziale delle parti nella (pre)determinazione del contenuto del contratto ⁽⁴⁾.

In questo senso, la norma in esame sarebbe “meramente ricognitiva” e, come tale, priva di “qualsivoglia profilo di rilevanza applicativa”, in quanto a ben vedere nulla aggiungerebbe ad un potere già riconosciuto in capo alle parti in base ai principi generali dell'ordinamento.

Non meno rilevanti appaiono poi le conseguenze che da tale premessa detta dottrina ricava in punto di disciplina applicabile alla fattispecie regolata dal comma 2-*bis* dell'art. 118 t.u.b.

(4) Così FERRO-LUZZI, *Lo ius non variandi: prime considerazioni, e alcune supposizioni, sul comma 2-bis dell'art. 118, t.u.b., dopo la l. n. 106/2011*, in corso di pubblicazione sulla *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*.

Difatti, trattandosi non già di una *modifica unilaterale* (come quella prevista dal comma 1), bensì di una (possibile) modifica concordata *ex ante*, del contratto, essa non sarebbe soggetta alla stringente disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 118 t.u.b. a pena d'inefficacia della variazione.

Anzi, a ben vedere, quella in esame non si configurerebbe neppure come una "*proposta*" di modifica; non essendo riconosciuto in questo caso al cliente il potere di sottrarsi ad essa attraverso il recesso dal contratto.

Inoltre, non essendo subordinata alla sussistenza di un "giustificato motivo", bensì soltanto alla predeterminazione di "eventi e condizioni" futuri, l'esercizio del diritto potestativo in esame potrebbe essere correlato anche al ricorrere di situazioni soggettive od oggettive che, secondo la giurisprudenza teorica e pratica, non rientrerebbero nella nozione di "giustificato motivo" accolta nell'art. 118, comma 1, t.u.b. ⁽⁵⁾; ferma restando, anche in questo caso, la necessità di rispettare il canone generale di correttezza e buona fede sancito dall'art. 1375 c.c.

2.2. Sebbene gli interrogativi prospettati non richiedano espressamente di prendere posizione in merito alla fondatezza delle diverse, e per certi versi antitetiche, ricostruzioni interpretative sopra riportate, siamo tuttavia dell'avviso che per una corretta impostazione delle questioni da esaminare sia opportuno chiarire *in limine* la nozione di "*modifica unilaterale del contratto*"; nozione che è all'evidenza alla base della disciplina dello *ius variandi* contenuta nell'art. 118 t.u.b.

Non sembra infatti dubitabile che, con tale disposizione, il legislatore abbia inteso dettare regole comuni a *tutte* le ipotesi di "modifica unilaterale" delle condizioni contenute nei contratti fra banche e clienti; eccezion fatta soltanto per la (in parte diversa) disciplina delineata nel successivo art. 126-*sexies* t.u.b. per i (contratti aventi ad oggetto la prestazione di) servizi di pagamento.

Lo si evince chiaramente sia dalla rubrica dell'art. 118 t.u.b. ("*Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*"); sia — e soprattutto — dalla previsione contenuta nel comma 2 di detta norma, la quale estende la disciplina ivi dettata a "*qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*".

Da qui l'esigenza di definire preliminarmente la nozione di "*modifica unilaterale*" e di stabilire se essa ricorra o meno (anche) nelle ipotesi contemplate dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 118 t.u.b.

In prima approssimazione, sembra possibile affermare che la *modifica*

⁽⁵⁾ Sul contenuto e sui limiti della nozione di *giustificato motivo*, anche alla luce delle decisioni dell'A.B.F., cfr ora OLIVIERI, *Usi e abusi dello ius variandi nei contratti bancari*, in AGE, 2011, 157.

è qualificabile come “*unilaterale*” ai fini che qui interessano ogni qual volta il contratto riconosca ad una delle parti (in particolare: alla banca) un margine, anche minimo, di *discrezionalità* nella *definizione* di una regola negoziale diversa da quella originariamente pattuita.

Viceversa, laddove i contraenti abbiano disciplinato *ex ante* non soltanto le condizioni, ma anche le modalità ed i criteri di esercizio dello *ius variandi*, privando con ciò le parti (in particolare: la banca) di qualsivoglia spazio di autonomia nella *definizione* del nuovo assetto negoziale, allora la modifica non sarà più qualificabile (ai fini applicativi che rilevano) come “*unilaterale*”.

Un'indiretta ma significativa conferma della correttezza di tale criterio ermeneutico per individuare l'ambito di applicazione della disciplina contenuta nell'art. 118 t.u.b. si può peraltro trovare in quegli orientamenti interpretativi, emersi in alcune decisioni dell'A.B.F., ove si fa notare come l'istituto dello *ius variandi* non possa trovare applicazione ogni qual volta il regolamento negoziale già contenga al suo interno meccanismi automatici di adeguamento dei tassi d'interesse, ovvero di altre condizioni economiche originariamente pattuite (6).

Ai fini che qui interessano, non sembra dunque decisiva e dirimente la circostanza che il contratto indichi sin dall'origine, con sufficiente precisione, le specifiche condizioni o gli eventi al ricorrere dei quali la banca potrà esercitare il potere di modificare nel corso del rapporto le condizioni originariamente pattuite con il cliente.

Anche in questi casi è infatti possibile ravvisare margini non trascurabili di discrezionalità della banca nella determinazione e nella definizione della variazione da apportare al contratto.

Detta discrezionalità è ben ravvisabile, oltre che sotto il profilo dell'*an* — spettando infatti alla banca decidere se, al verificarsi dell'evento o condizione previsti in contratto, vada o meno esercitato lo *ius variandi* — anche e soprattutto sotto il profilo del *quantum*, ove la banca ha — beninteso in assenza di specifiche pattuizioni che regolino questo aspetto — il potere di determinare in via autonoma l'*entità* della variazione da apportare al tasso d'interesse.

Pertanto, anche da questo punto di vista, la fattispecie descritta dalla norma in esame appare pienamente compatibile con la persistenza in capo alla banca di margini di discrezionalità sufficienti a qualificare l'eventuale modifica dei tassi come “*unilaterale*” nei sensi innanzi descritti; con poi conseguente assoggettamento della stessa alla disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 118 t.u.b.

A diversa conclusione si potrà (e si dovrà) invece pervenire in tutte quelle ipotesi in cui il regolamento negoziale adottato in concreto escluda

(6) OLIVIERI, (nt. 5).

ogni profilo di discrezionalità della banca in ordine alle modifiche da apportare al contratto; il che collocherebbe inevitabilmente la variazione al di fuori del perimetro di applicazione dell'art. 118 t.u.b.

3. Le considerazioni di carattere generale sin qui svolte possono essere utilmente impiegate per rispondere ai quesiti che ci sono stati sottoposti, a cominciare da quello indicato in precedenza *sub A*.

Infatti, qualora la clausola da inserire nei contratti di mutuo da stipulare con imprese non piccole risponda ai requisiti indicati dall'art. 118, comma 2-*bis*, t.u.b., essa deve ritenersi in principio valida — sia pur con alcune precisazioni di cui subito si dirà — anche sul piano civilistico.

La predeterminazione consensuale delle specifiche condizioni ed eventi al cui verificarsi la banca può proporre la variazione unilaterale del tasso applicabile al rapporto, da un lato; nonché la possibilità per il cliente di rifiutare la proposta della banca, esercitando il recesso nei termini previsti dal comma 2 della medesima disposizione, dall'altro, costituiscono presidi sufficienti a superare le perplessità che erano state sollevate da chi scrive nel parere reso in relazione al testo originario della norma in esame.

Ciò premesso, giova osservare come il nuovo testo del comma 2-*bis* non ponga alcun limite all'esercizio dello *ius variandi* da parte della banca al verificarsi di uno degli eventi o condizioni predeterminati in contratto.

V'è tuttavia da chiedersi se una clausola che rimetta alla banca la possibilità di modificare il tasso d'interesse "*in tutte o in alcune delle sue componenti*" — come quella riportata nel documento allegato alla richiesta di parere — soddisfi il requisito della determinatezza (o quanto meno della determinabilità) dell'oggetto del contratto previsto dall'art. 1346 c.c.

Per rispondere in senso affermativo bisognerebbe argomentare sostenendo che la discrezionalità di cui gode la banca nel definire l'ammontare e le modalità della variazione del tasso d'interesse — anche nel silenzio del contratto sul punto — non sarebbe mai piena ed incondizionata, trovando essa un limite nei principi generali di correttezza e buona fede che devono orientare la sua condotta nella esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

A ciò potrebbe inoltre aggiungersi un'ulteriore considerazione tratta dall'esperienza applicativa dell'art. 118, comma 1, t.u.b. e, in particolare, dal ruolo attribuito alla nozione di giustificato motivo anche al fine di determinare la proporzionalità e la congruenza della modifica contrattuale proposta dalla banca.

Applicando un analogo ragionamento alla proposta di variazione del tasso ai sensi del comma 2-*bis*, si potrebbe allora sostenere che anche in questo caso la banca dovrebbe esercitare la propria discrezionalità entro i limiti (anche, ma non solo, quantitativi) di congruità e di proporzionalità derivanti dalla natura della condizione o dell'evento che giustifica la variazione.

Tuttavia, al fine di evitare di incorrere in censure d'invalidità della clausola in sede giudiziale, suggeriremmo di limitare quanto più possibile la discrezionalità della banca, predeterminando in contratto non soltanto le specifiche condizioni alle quali lo *ius variandi* dei tassi potrà essere esercitato, ma anche i criteri (qualitativi e/o quantitativi) ai quali la banca mutuante si atterrà nel quantificare la (proposta di) variazione in oggetto.

3.1. Venendo alle specifiche ipotesi previste nel documento allegato come possibili cause di modifica unilaterale del tasso d'interesse da parte della banca, non tutte invero appaiono a prima vista idonee a soddisfare con certezza i requisiti previsti dal comma 2-*bis* dell'art. 118 t.u.b.

La norma dispone infatti che il contratto preveda al suo interno "*specifici eventi e condizioni*" al cui verificarsi è subordinato il sorgere (e poi l'eventuale esercizio) dello *ius variandi* da parte della banca.

Si tratta dunque, come la dottrina non ha mancato di rilevare, di una nozione volutamente più ristretta di quella di giustificato motivo accolta nel primo comma dell'art. 118 t.u.b.; al dichiarato fine di limitare (e, soprattutto, di rendere prevedibili) i casi di variazione del tasso di interesse.

Orbene, esaminate sotto questo profilo, non tutte le ipotesi contemplate nell'allegato appaiono — come s'è detto — idonee a soddisfare lo stringente requisito imposto dalla disposizione in esame.

— Ciò vale, in particolare, per la condizione descritta alla lettera *c*, la quale subordina la (possibilità di) modifica ad un non meglio precisato "*incremento dei costi e dei rischi, anche in termini di minori benefici, associati al mantenimento del finanziamento in relazione a tensioni presenti sul mercato*".

Del pari potrebbero suscitare qualche perplessità, nella prospettiva che qui interessa:

— le ipotesi di "*mancato rispetto degli obblighi contrattuali qualitativi*" (lett. *e*) e *quantitativi* (lett. *f*) "*di cui al presente contratto*";

— l'ipotesi prevista alla lettera *b*, nella parte in cui prevede un collegamento "*eventuale*" tra l'incremento dei costi sostenuti dalla banca per la messa a disposizione dell'affidamento accordato, da una parte, e il "*peggioramento delle condizioni generali di mercato*", dall'altro. Una nozione, quella da ultimo riportata, che è stata giudicata insufficiente ad integrare i requisiti del giustificato motivo ai sensi del comma 1 dell'art. 118 t.u.b. e che deve perciò ritenersi insufficiente, a maggior ragione, a soddisfare i più stringenti requisiti di predeterminazione richiesti dalla norma che applica lo *ius variandi* ai tassi d'interesse dei mutui concessi alle imprese.

Appare invece senz'altro condivisibile, alla luce delle considerazioni sopra esposte, la scelta d'inserire nei contratti di cui si discute il richiamo

alle disposizioni dettate dall'art. 118, comma 2, t.u.b. in tema di "*Proposta di modifica unilaterale del contratto*" al fine di comunicare al cliente l'eventuale intenzione della banca di procedere ad una modifica del tasso d'interesse.

4. Per quanto concerne il quesito riportato *sub B*, relativo alla possibile permanenza delle clausole c.d. M.A.C. (*Material Adverse Change*) all'interno dei contratti di mutuo già stipulati (o comunque la loro inclusione nei nuovi contratti) anche dopo l'entrata in vigore della novella, si condivide la valutazione già anticipata nella richiesta di parere in ordine alla loro sostanziale estraneità rispetto all'ambito di applicazione dell'istituto dello *ius variandi* così come attualmente disciplinato dall'art. 118 t.u.b.

Si tratta infatti di eventi al ricorrere dei quali la banca si riserva il diritto non di modificare unilateralmente una delle condizioni previste in contratto, bensì di risolvere unilateralmente il contratto di finanziamento; il che rende tali pattuizioni assimilabili piuttosto a *clausole risolutive espresse*, come tali non riconducibili nell'area applicativa dell'istituto in esame.

5. Il quesito riportato *sub C* prospetta due soluzioni applicative e si risolve dunque in un'alternativa che sembra preferibile sciogliere decisamente nel secondo dei sensi ivi indicati, ovvero a favore dell'inserimento in contratto di una clausola di modificabilità del tasso ai sensi dell'art. 118, comma 2-*bis*, t.u.b.

La previsione di un obbligo di negoziazione in capo alle parti allo scadere di un termine contrattualmente prefissato, accompagnata dalla possibilità, per la banca, di recedere dal contratto in caso di mancato raggiungimento di un accordo sul nuovo tasso da applicare al rapporto per la sua durata residua, desta notevolissime perplessità sotto il profilo dell'equilibrio contrattuale; non molto dissimili, nella sostanza, da quelle che ci avevano indotto a suo tempo a dubitare della conformità ai principi generali di una clausola che rimettesse alla banca il diritto di modificare unilateralmente i tassi d'interesse anche in assenza di un giustificato motivo.

Appare infatti evidente che una clausola di tal fatta porrebbe il mutuatario di fronte alla secca alternativa di accettare la proposta della banca, ovvero di restituire l'intera somma a seguito dello scioglimento anticipato del rapporto; e ciò in assenza di quei presidi che, viceversa, il nuovo testo dell'art. 118, comma 2-*bis*, t.u.b. ha inteso imporre alle banche come condizione per poter inserire nei contratti di mutuo clausole di modifica dei tassi d'interesse.

6. La risposta all'ultimo dei quesiti posti, quello indicato *sub D*, può essere molto rapida.

Non si ravvisano infatti ostacoli di carattere giuridico, né dal punto di vista della disciplina generale dei contratti, né per quanto concerne più in particolare la nuova formulazione dell'art. 118, comma 2-*bis*, t.u.b. a che la banca introduca nei contratti di mutuo a S.A.L. una clausola che consenta la modifica unilaterale del tasso anche nel periodo di preammortamento; a condizione — ovviamente — che siano rispettate le condizioni previste dalla norma da ultimo citata e già illustrate in precedenza.

UMBERTO MORERA
GUSTAVO OLIVIERI