

# LA NUOVA DISCIPLINA DEL CD. *IUS VARIANDI* NEI CONTRATTI BANCARI: PRIME NOTE CRITICHE

Di Stefano Pagliantini

Ordinario di Diritto civile dell'Università di Siena

**SOMMARIO:** *Introduzione. – 1. L'ambito applicativo oggettivo. – 2. L'ambito applicativo soggettivo. – 3. La redazione della clausola di ius variandi. – 4. Comunicazione e recesso in seno ad un meccanismo di modifica convenzionale. – 5. Il difficile coordinamento tra l'art. 126 sexies e la disciplina consumerista.*

## Introduzione<sup>1</sup>

1 Senza alcuna pretesa di completezza si richiamano qui alcuni dei principali scritti più recenti apparsi sull'argomento (prima della riforma): FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto ("ius variandi")*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 412 ss.; M. BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2005, p. 24 ss.; E. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, p. 289 ss.; P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. Decreto legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, p. 269 ss.; ID., *Le modificazioni unilaterali*, in *Tratt. Roppo*, III, Milano, 2006, p. 141 ss.; G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. 248 del 2006*, *ibid.*, 2007, I, p. 249 ss.; U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, *ivi*, 2008, I, p. 168 ss.; A. MIRONE, *Le fonti private del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in AA. VV., *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di Di Cataldo – Sanfilippo, Milano, 2008, p. 133 ss.; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 76 ss.; AA. VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, *passim*; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova,

Con due recenti provvedimenti normativi, dapprima il d. lgs. n. 11/2010 (attuativo della direttiva 2007/64 CE, sui servizi di pagamento) e poi il d. lgs. n. 141/2010 (di recepimento della direttiva 2008/48 CE, sul credito al consumo), il legislatore ha diffusamente novellato la disciplina del cd. *ius variandi* nei contratti bancari: che adesso consta,

2010; DE POLI, *sub art. 118*, in G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. Bancario*, in *Contratti*, 2010, p. 1046 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *sub art. 118*, in AA. VV., *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010. Più in generale sulla discussa figura del *ius variandi* v., principalmente, P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione ("ius variandi" del rapporto contrattuale)*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 18 ss. nonché L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 463 ss. e E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 151. Spunti interessanti pure nelle diffuse trattazioni di P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, p. 171 ss. e M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, *passim*.



come attraverso una lettura sinottica tra breve si vedrà, di ben tre disposizioni. All'immutato (?) art. 33, 3 e 4 co., c. cons. si affiancano infatti le due distinte (ma connesse) previsioni dell'art. 118 (profondamente riformato) e dell'art. 126 *sexies*, introdotto da ultimo a regolare la modifica unilaterale del contratto quadro per i servizi di pagamento. Le innovazioni, almeno *prima facie*, non hanno intaccato la rilevanza condizionante del giustificato motivo (quale limite interno della clausola di modifica) né l'insopprimibile valore informativo rivestito, nell'ottica di un procedimentalizzarsi della variazione sfavorevole, da un preavviso (scritto o elettronico): i due aspetti su cui, per ovviare ad immotivate disparità di trattamento (fra consumatori e professionisti) e foggare in pari tempo una statuto standard dei contratti bancari, più aveva inciso il d. lgs. n.223 del 2006. Donde, vale chiarirlo subito, la residualità di ogni discorso che, sulla scorta del rinnovato contesto normativo, volesse artificiosamente riproporre la *vexata quaestio* sulla pretesa (in)ammissibilità di un potere generale, con titolo nella legge o in una clausola pattizia, di modifica unilaterale del contratto. Salvo infatti non ricorra una contraria previsione settoriale, non è più il tempo, ammesso che mai lo sia stato, di un dibattito sull'*an* o sul *quomodo* del *ius variandi*. Piuttosto l'attenzione deve concentrarsi, in seno alla stessa classe dei contratti di durata, sull'intrinseca flessibilità di uno *ius variandi* ad un tempo *puro* o con un oggetto legalmente predeterminato e sul fatto che la qualità professionale o non del cliente possa fungere da (secondo) criterio legale di *differentia specifica*.

Ecco perché, nel tentativo di inquadrare problematicamente l'argomento, conviene senz'altro procedere per punti, muovendo subito dalla definizione dell'ambito di applicazione, oggettivo e soggettivo, della disciplina: forse la vera questione pregiudiziale all'intendimento di un mosaico normativo davvero troppo carente, anche rispetto ad altri contesti, nel coordinare i diversi frammenti di riordino della disciplina.

### 1. L'ambito applicativo oggettivo.

L'art. 118, com'è notorio, si applicava *tout court* ai contratti di durata: che fossero a tempo indeterminato (conto corrente, apertura di credito, servizio cassette di sicurezza) o mostrassero invece la veste del contratto ad esecuzione istantanea differita (per effetto della pattuizione di un termine di scadenza della relativa obbligazione: es. mutuo, *leasing*, apertura di credito a tempo determinato, deposito irregolare). Il che aveva sollevato da subito delle perplessità, non solo per la ragione che l'art. 33, 3 e 4 co.,

c. cons., sul *ius variandi* del professionista nei contratti *b2c* aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, da sempre è riferito ai soli contratti a tempo indeterminato. Con l'ammissione di un recesso *ex lege*, veniva fatto notare, si precarizza troppo il rapporto contrattuale, senza per di più davvero implementare la tutela del cliente mutuatario: non certo incentivato a recedere *ante tempus* se, respinta la proposta di modifica sfavorevole, il debito residuo dovrà essere restituito tempestivamente ed in una sola *tranche*, per di più con l'aggiunta degli interessi maturati fino a quel momento. Tutte critiche, è bene rilevarlo, che la novella fa mostra di aver metabolizzato, se è vero che il nuovo testo dell'art. 118 distingue adesso tra contratti a tempo indeterminato (ove il *ius variandi* può riguardare i tassi, i prezzi nonché le restanti condizioni contrattuali) e gli altri contratti di durata, nei quali la facoltà di modifica unilaterale è bandita per le clausole aventi ad oggetto proprio i tassi di interesse. Con il che, è evidente, non potrà più aversi un contratto di mutuo, a tasso variabile, nel quale l'istituto di credito provveda ad adeguamenti *in itinere*. Esempio: se il contratto contempla un tasso dell'1,20 per cento, aggiuntivo rispetto all'*Euribor* a sei mesi, quel che solo potrà variare -ma non è una modifica da riconnettersi al potere dispositivo della banca- sarà il valore dell'*Euribor*, giacché l'1,20 aggiuntivo dovrà invece rimanere stabile per tutta la durata del contratto<sup>2</sup>. Immutato, anche in questa classe di contratti, rimane invece il potere dell'istituto bancario di variare le altre condizioni economiche e, parrebbe, l'insieme delle clausole in senso stretto del contratto<sup>3</sup>: tutto sempre controbilanciato, nello schema legislativo, da un diritto potestativo di recesso quale ancillare costo/rischio per la banca, che sia avvenuta alla decisione di avvalersi, rispetto a *singoli rapporti contrattuali* o nei riguardi dell'*intera clientela*, del suddetto potere di modifica.

Quindi sì una modifica legislativa che avvantaggia il cliente, ma non poi così eclatante. Da tempo, infatti, la dottrina si era espressa criticamente sulla coerenza interna di un regime normativo che, assimilando indistintamente rapporti contrattuali assai

2 Neanche, ovviamente, sarà più possibile elevare lo *spread* a 1, 50% a metà contratto o introdurre un tasso soglia minimo del 3% n in un mutuo in essere.

3 Il che potrebbe far sorgere qualche dubbio sulla congruenza del nuovo 118 al dato comunitario. Spogliando l'articolato della direttiva 2008/48 CE, in special modo gli artt. 11, § 1 e 2 e 12, § 2, parebbe infatti esclusa la legittimità dell'inserzione, in seno ai contratti di credito ai consumatori, di clausole modificative (di condizioni economiche) diverse dai *tassi*. Quindi, sebbene la direttiva incomprensibilmente non differenzi tra contratti a tempo indeterminato e rapporti a termine finale, una trama disciplinare esattamente a rovescio di quella contenuta nell'art. 118, 1 co. T.U.B.





diversi, trascurava di considerare due distinguo di assoluto rilievo: la piena libertà del mutuante di ponderare, già all'atto della stipula, le eventuali variazioni di mercato (dove la legittima previsione affidante del mutuatario ad una esecuzione del contratto nel rispetto delle condizioni *ab initio* pattuite); l'indubbia difficoltà, nei contratti a scadenza predefinita, di concepire forme di giustificato motivo che potessero nello stesso tempo esulare sia da eventi di comprovabile effetto sul rapporto contrattuale (quindi *oggettivi*) sia dal ridotto merito creditizio del cliente. In alcun modo, come si sa, potrebbero concepirsi forme di *giustificato motivo soggettivo* legate a vicende di politica commerciale o di ristrutturazione aziendale interne al singolo istituto di credito. E, allo stesso modo, parrebbe doversi escludere che un giustificato motivo sia atto a corredare la proposta modifica delle condizioni economiche inseritesi nel contratto per effetto del meccanismo di sostituzione automatica di cui all'art. 117, 5 e 6 co. T.U.B.

Risultato: nel mutuo, in virtù del mutato contesto normativo, l'ambito perimetrale dello *ius variandi economico* potrà riguardare, a titolo esemplificativo, a) le spese di invio dell'avviso di scadenza delle rate e quelle per il conteggio del debito residuo; b) le spese di accollo del mutuo o per la rinnovazione dell'ipoteca, c) quelle relative alla certificazione degli interessi o per il sollecito di adempimento, d) le spese per la duplicazione della quietanza. In alcun modo si potrà invece variare, in senso sfavorevole al cliente, il tasso di interesse contrattualmente previsto al momento della stipula. Il problema di uno svuotarsi della causa mutualistica, in quanto l'eventuale recesso altera una corrispettività originaria fondata sul differimento temporale dell'obbligazione restitutoria, parrebbe così uscirne ridimensionato. Con sullo sfondo, però, un problema interpretativo di non poco conto.

La facoltà di modifica, stando al nuovo dettato normativo, può infatti venire convenuta per le condizioni "*previste dal contratto*": e, secondo quanto è dato leggere nella relazione di accompagnamento al decreto, l'inciso vuol significare che l'istituto di credito può modificare le clausole preesistenti, mentre è precluso che possa introdurre delle *nuove*. Il tutto, va da sé, in un'ottica di incentivo alla protezione del cliente.

Quindi *ius variandi* sia economico che normativo, in virtù dell'ovvia constatazione che gran parte delle clausole regolamentari partecipa alla definizione accessoria del margine di profitto dell'impresa bancaria: ma non introduzione di clausole *ex novo*, secondo d'altronde quanto già chiarito, per il tramite di una nota esplicativa del 2007, dal Ministero dello

Sviluppo Economico<sup>4</sup>. Se non fosse che il distinguo tra le due fattispecie è estremamente sottile e labile. *Quid iuris* ad es. se, per effetto della sopravvenuta gratuità legale di un servizio, onde ripristinare proporzionalmente l'equilibrio sinallagmatico originario, viene proposta l'inserzione nel contratto di una clausola contemplante una nuova forma di commissione oppure delle voci di addebito a nuovo (e diverso) titolo? La vicenda innescata dall'art. 2 *bis* d. l. 185/2009, sull'obbligo di adeguamento dei contratti di affidamento alle nuove disposizioni in materia di commissione di massimo scoperto, è in tal senso emblematica. Non è forse vero, infatti, che il *factum principis*, incidente sul prezzo del servizio finanziario offerto, è l'esempio tipico del giustificato motivo corroborante una proposta di modifica unilaterale del contratto? In senso contrario potendosi ovviamente sempre opporre che l'inserzione, in un contratto pendente, di nuovi costi sostitutivi dei pregressi (non più ammessi), finisce per offuscare la *ratio* protettiva del provvedimento abolitivo. C'è però, dopo di ciò, quanto basta per avvedersi come il decidere se trattasi di modifica o di clausola introdotta *ex novo* non sia una questione semplice da dirimere, tutto dipendendo dal modo in cui l'interprete è pronto ad intendere la *ratio* adeguatrice del cd. *ius variandi*: se, in un'ottica di *best customer protection*, nel senso di vincolarla allo stretto novero delle clausole figuranti nel contenuto formale del contratto ovvero come finalizzata ad assicurare una immutabilità (*in peius*) del *quantum* di profitto (*seu* di remuneratività) originariamente convenutosi.

## 2. L'ambito applicativo soggettivo.

E' forse l'aspetto più farraginoso. Tutto nasce dal fatto che il secondo comma dell'art. 125 *bis*, rubricato "Contratti e comunicazioni", sancisce l'applicabilità, ai contratti di credito ai consumatori, degli artt. 117, 2, 3 e 6 co., 118, 119, 4 co. e 120, 2 co., T. U. B.. Parrebbe doversene ricavare, perciò, che il *ius variandi* nei contratti di credito *b2c* è disciplinato *per extenso* dal solo art. 118; donde, di primo acchito, l'impressione di un'implementata consumerizzazione dei contratti bancari, nella prospettiva di un contratto asimmetrico, ove più correttivi controbilanciano il potere modificativo della banca, quale unico paradigma ordinante della contrattazione diseguale, se è vero che la *littera legis* non mostra di voler distinguere, riguardo al giustificato motivo ed alla comunicazione personale, tra consumatore, professionista e microimpresa. Un'impressione, del resto, certificata dallo spoglio dei lavori preparatori al

4 V. Circolare del 21.2.2007, n. 0005574.

decreto, visto che l'attuale versione dell'art. 118 non si discosta in nulla da quella invece discussa e apertamente criticata presso la commissione Finanze e Tesoro del Senato: da cui, non a caso, era venuta la proposta *in primis* di limitare il requisito del giustificato motivo ai soli contratti con un cliente consumatore<sup>5</sup> e poi di prevedere, quando parti del regolamento contrattuale non fossero stati un consumatore o una microimpresa, la facoltà di una derogabilità pattizia, totale o parziale, delle condizioni (formali) di efficacia della clausola attributiva del *ius variandi*. Il che, con tutta evidenza, avrebbe implicato, ove i due distinguo fossero stati recepiti, in un caso il (discusso) restaurarsi della disciplina binaria, vigente prima del decreto 223/2006, nell'altro l'adozione di uno schema regolativo modellato su quello (tripartito) dei servizi di pagamento. Il che, specie riguardo alla prima nota distintiva, poteva davvero avere un senso, in seno beninteso ad un canovaccio normativo ornato dell'inderogabile valore informativo del preavviso scritto: autentica preconditione capace di permettere al professionista, non trattandosi di un soggetto afflitto da una costitutiva incapacità di vagliare responsabilmente il significato di un maggior costo, di ponderare la convenienza economica di un eventuale recesso.

Così, però, non è stato. E non è la sola perplessità visto che, nel rinnovato quadro normativo, è difficile comprendere quale rapporto l'interprete debba instaurare tra la lettera dell'art. 118 ed il testo in cui si scompongono il terzo e quarto comma dell'art. 33 c.cons. Questione che il legislatore, sebbene si venga a profilare un concorso di norme a contenuto non uniforme né sovrapponibile, ha incomprensibilmente eluso.

Vero infatti che il 3 co. dell'art. 33, sulla modifica unilaterale delle condizioni regolamentari, è pressoché iterativo dell'art. 118, come unici (veri) distinguo avendosi una congruità non quantificata *ex lege* del preavviso ed una forma della proposta modifica non vincolata alla maniera dei *verba sollemnia*<sup>6</sup>: ma è vero pure che il 4 comma, riguardo la modifica delle clausole cd. economiche, formalizza uno statuto disciplinare molto diverso da quello figurante nel nuovo art. 118. Manca infatti a) il preavviso (sostituito dalla comunicazione immediata della modifica in atto) e b) il recesso del consuma-

tore ha la foggia non del consenso tacito sospensivo (v. *infra* § 4) ma del rifiuto eliminativo, cancellante retroattivamente gli effetti di una modifica sfavorevole: la quale perciò, seppur in maniera del tutto precaria, è immediatamente efficace<sup>7</sup>. Se poi dovesse accedersi all'interpretazione che reputa il limite del carattere indeterminato non riprodotto nel 4 co., si avrebbe che, nei contratti *b2c* a termine finale, può convenirsi *persino* la facoltà di modifica unilaterale delle clausole economiche aventi ad oggetto i tassi di interesse. Quindi un pasticcio interpretativo di non poco momento.

Di qui, allora, l'esigenza di un coordinamento che, scartata l'idea di un'abrogazione tacita per incompatibilità (ex art. 15 disp. prel. c.c.), può condursi *prima facie* in due modi: o pensando ad uno *ius variandi* che, nell'art. 33, 3 e 4 co., c. cons. trova titolo in una *norma di legge dispositiva* oppure immaginando che l'art. 118 regoli i soli rapporti di consumo ad esecuzione istantanea differita, stante la circostanza che, rispetto ad essi, la presunzione di vessatorietà ex art. 33, 2 co. lett. m), vige -parrebbe- senza deroga alcuna.

La prima interpretazione di un *ius variandi ex lege*, che la lettera dell'art. 33, 3 co., non parrebbe denegare, genera degli effetti innegabilmente irragionevoli. Se infatti l'art. 33 scatta allorché, pur se sempre e solo in un contratto *b2c* a tempo indeterminato, il cd. *ius variandi* (economico e normativo) non è stato derogativamente pattuito, si ottiene come risultato che il codice del consumo contempla comunque, giusta la lettera del 4 co. (v. *supra* a e b), una disciplina assai meno protettiva dell'art. 118 T.U.B.: con l'annesso corollario di uno statuto normativo differenziato, tra contratti *b2c* e *b2b*, che per di più si riverbera a tutto vantaggio del cliente professionista. Il che, in termini di razionalità ermeneutica, non pare un esito propriamente persuasivo. La seconda interpretazione, col circoscrivere il perimetro di operatività dell'art. 118 ai contratti con termine finale, limita ma non azzerava queste aporie: considerato, in aggiunta, che la distinzione tra modifica e clausole *ex novo*, nell'art. 33, 3 co., lett. b), non c'è. Ecco per quale ragione la lettura che si lascia preferire è di pensare, in una prospettiva di regime speciale, ad un art. 33 che si limita a stralciare i contratti a tempo indeterminato da una presunzione legale, altrimenti esistente, di vessatorietà, col richiamo al disposto dell'art. 1469 *bis* c.c., inteso come norma che assicura *sempre* la prevalenza della

5 Sull'inderogabilità, in questo caso, v. Cass. 21.5.2008, n. 13051, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, p. 676 ss nonché in *Foro it.*, 2008, I, 1, c. 2472 ss.

6 Alla stregua cioè di locuzioni costitutivamente necessarie ai fini della stipula ("Proposta di modifica unilaterale del contratto"). Donde, ove queste manchino, l'inefficacia delle variazioni contrattuali 'se sfavorevoli al cliente'. Sul tema, per tutti, v. le classiche pagine di G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 10.

7 Per la verità, già la direttiva 2008/48 CE poneva un problema di adattamento visto che, ai sensi dell'art. 11, § 1, 'il consumatore è informato della modifica del tasso debitore' -quindi fattispecie tipica di *ius variandi* economico- 'con comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole, prima dell'entrata in vigore della modifica' (c.vo aggiunto)





disciplina più favorevole al consumatore, a fare il resto: nel senso di un art. 118, se è indifferente la natura generale o speciale della fonte che prescrive il maggior *favor* per il consumatore, a regolare *per extenso* il cd. *ius variandi* nei contratti bancari unilateralmente commerciali (eccettuate le ipotesi di cui all'art. 23, 4 co., T.U.F.)<sup>8</sup>. Il che poi implica che, nei rapporti al portatore, la comunicazione della modifica non dovrà più essere personalizzata (art. 118, 2 co.). Per altro, quest'ultima innovazione, contrariamente a quanto era stato fatto adombrare in sede di commento della direttiva<sup>9</sup>, non si traduce in una dimidiata tutela del consumatore. L'eccezione alla regola -inderogabile- di una comunicazione personale preventiva pare infatti originare dalla circostanza che l'art. 11, § 2 della direttiva 2008/48 CE riconosce alla banca la facoltà di includere nel contratto clausole affidanti ad una comunicazione periodica successiva, da effettuarsi da sé mediante estratti conto, la notizia dell'avvenuta modifica del tasso debitore ove questa risulti essere l'effetto di una correlata modifica del tasso di riferimento (purché però "il nuovo tasso ... sia reso pubblico con mezzi appropriati e l'informazione disponibile presso i locali del debitore"). Da un lato infatti, visto com'è formulata la previsione comunitaria, pare chiaro che il terz'ultimo periodo dell'art. 118, 2 co., sia da intendere restrittivamente, con esclusione quindi di una comunicazione impersonale per le modifiche relative alle *altre* condizioni economiche del contratto (spese e commissioni in special modo); dall'altro bisogna tener conto del fatto che, con l'espressione "modifica di un tasso di riferimento", pur non volendo alludere alle oscillazioni di mercato del tasso debitorio variabile<sup>10</sup>, l'art. 11, § 2 ha inteso soltanto dire che il *ius variandi* soggetto a comunicazione periodica standard è *quello* praticato nella forma di un aggiornamento occasionato dalla modifica, in percentuale, occorsa all'indice *pubblico* preso a parametro di riferimento. Ben poca cosa quindi: e, vista l'operatività trasversale dell'art. 118,

8 Cioè i servizi e attività di investimento, collocamento di prodotti finanziari nonché le operazioni ed i servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-*bis* ovvero della parte IV, titolo II, Capo I del TUF: tutte fattispecie per le quali l'art. 23, 4 esclude espressamente che le disposizioni del T.U.B. trovino applicazione. Donde, è da credere, l'applicarsi *in parte qua* dell'art. 33, 3 e 4 co. c. cons.: che mostra, così, di avere un raggio di operatività proprio (?). V. art. 122, 1 co., lett. g) T.U.B.

9 Giacché parrebbe restaurare il sistema di pubblicità vigente prima della riforma del 2006 (d. l. 223).

10 Anche se in questo senso il 32 *considerando* della direttiva parrebbe voler orientare l'interprete.

senza discriminazioni di rilievo tra professionisti e consumatori<sup>11</sup>.

### 3. La redazione della clausola di *ius variandi*.

Pure qui il legislatore ha innovato senza, però, coordinare nitidamente i dati normativi.

Stando infatti a quanto prescriveva l'art. 117, 5 co., la clausola contemplante il *ius variandi* doveva essere espressamente riportata nel contenuto del contratto e specificamente approvata per iscritto. Donde, come veniva dai più rilevato, un implicito richiamo all'art. 1341, 2 co., c.c.: ma in termini, va chiarito, di rimedio protettivo e non di fattispecie, perché il requisito (di efficacia) della doppia sottoscrizione veniva unanimemente riferito sia al caso della clausola annoverata nelle condizioni generali di contratto della banca sia all'ipotesi del contratto predisposto per una singola operazione economica. Ne scaturiva così un problema di coordinamento con l'art. 118, 1 co., per via del richiamo espresso che questo faceva all'art. 1341, 2 co.: per lo più risolto, allo scopo di evitare un'interpretazione abrogativa, ipotizzando un doppio regime del *ius variandi*, retto dall'art. 117, 5 co., allorché avesse avuto per oggetto il tasso d'interesse, ogni altro prezzo o condizione (economica) e disciplinato invece, nelle sue altre forme manifestative, dall'art. 118, 1 co. Il che, ovviamente, poneva però l'innegabile questione di un *deficit* di tutela del cliente, che fosse risultato parte di un contratto singolo, contemplante una clausola di *ius variandi* regolamentare: visto che l'art. 118, 1 co., era indiscutibilmente circoscritto all'ipotesi del contratto standard.

Orbene, nel nuovo quadro normativo è scomparso il quinto comma dell'art. 117 e la formulazione dell'art. 118, 1 co., è adesso seccamente nel senso di una clausola "approvata specificamente". Quindi un richiamo implicito all'art. 1341, 2 co., c.c. ? E' quel che, istintivamente, verrebbe da suggerire: se non fosse che, nei contratti *b2c*, è acclarata l'inattitudine della specifica sottoscrizione ad emendare la vessatorietà di una clausola. Si potrebbe perciò pensare ad un rinvio, parimenti non testuale, alla lettera dell'art. 34, 4 co., c. cons. immaginando così che soltanto una specifica trattativa individuale annulli l'abusività della clausola pattizia di *ius variandi*. Ma, questo poi diviene l'aspetto determinante, nella sola classe dei rapporti di consumo, col risultato di

11 Ipotizzabile in virtù del fatto che l'art. 11, § 2 dir. 2008/48 CE letteralmente è riferito ai soli contratti di credito ai consumatori. Il che, ove l'art. 118 non fosse stato modificato nei termini richiamati, avrebbe comportato il paradosso di una comunicazione (individuale) della modifica (del tasso di riferimento) per i soli professionisti.

rinnovare surrettiziamente una disciplina binaria, oppure anche per i contratti *b2b*, sebbene non constino altre fattispecie ove l'elemento della trattativa faccia registrare un qualche valore esimente? In quest'ottica, infatti, neppure potrebbe farsi rinvio a quanto prescrivono, rispettivamente, gli artt. 6 e 3, 5 co. della legge sul rapporto di subfornitura (192/1998), se è vero che il primo vieta *tout court* il ricorso al *ius variandi* e la seconda contempla una facoltà *ex lege* del subfornitore a vedersi riconoscere *in executivis* un adeguamento del prezzo (se, su richiesta del committente, sono state apportate, delle significative modifiche o varianti, con un ancillare incremento dei costi).

Anche qui *quid iuris*, perciò? All'interprete che non vaglia affannarsi in approcci ricostruttivi, magari sofisticati ma con più di una controdeduzione sistematica, rimane infatti una sola possibile lettura: intendere *l'approvarsi specificamente* alla stregua di una *necessaria accettazione separata per iscritto*, negli stessi termini quindi di cui all'art. 1284, 3 co., c.c. Per altro, l'inefficacia delle modifiche, a causa del loro essere in tutto o in parte amorphe, è circoscritta dalla legge (art. 118, 3 co.) a quelle sfavorevoli al cliente. Quindi, nel segno per altro della disciplina previgente, un'inefficacia *unidirezionale*.

Quanto infine alla questione se la menzione del giustificato motivo legittimante la modifica sfavorevole debba o meno figurare nella comunicazione scritta, è da credere ch'essa si renda necessaria. E' vero che il dato normativo continua ad essere lapidario e già l'art. 33, 3 co. c. cons. risulta diversamente orientato rispetto a quanto poco prima si legge nel secondo comma lett. m): ma, sia per ovvie ragioni di tutela dei consumatori che allo scopo di meglio contestualizzare *temporalmente* le ragioni della correzione, pare che un riscontro documentale più agevoli il formarsi di un responsabile atto di consenso del cliente<sup>12</sup>.

#### 4. Comunicazione e recesso in seno ad un meccanismo di modifica convenzionale.

Il disposto dell'art. 118, co., nella versione anteriore alla novella, contemplava un preavviso minimo di trenta giorni, seguito da un recesso entro sessanta, senza però l'indicazione del *dies a quo* dal quale iniziava a decorrere il termine per recedere. Questione, è notorio, che la dottrina prevalente risolveva, per altro, nel senso di far decorrere il termine per il recesso dal giorno di ricevimento del

preavviso (trattandosi pur sempre di una comunicazione recettizia ex art. 1335 c.c.), con un'efficacia però della modifica dalla scadenza del termine di preavviso. Con due argomenti, più che plausibili, ad asseverare quest'interpretazione: l'essere lo *ius variandi*, in quanto diritto potestativo, una situazione giuridica soggettiva modificativa *ex se* (dell'altrui sfera giuridica), a prescindere cioè dall'accettazione, espressa o tacita, del cliente; l'abituale caratterizzarsi del recesso alla stregua di un rifiuto eliminativo, costitutivamente *ex tunc*. Donde l'eliminarsi degli effetti interinalmente prodottisi durante la pendenza del termine (dal 30 al 60 giorno). E' vero, naturalmente, che la *littera legis*, discorrendo dapprima di una *proposta* e poi di una modifica sfavorevole *approvata*, poteva indurre ad accostare il mancato recesso ad una accettazione tacita, con una correlata efficacia sospesa della medesima fino alla decorrenza del sessantesimo giorno. Ma, come si faceva rilevare, questa lettura sortiva l'effetto di convertire il *ius variandi* in un contratto modificativo: in antitesi con la rubrica della disposizione e la circostanza non marginale, verrebbe da aggiungere, che i negozi modificativi di contratti formali non si perfezionano *ex uno latere per facta concludentia*. Se la proposta è scritta, pure l'accettazione dev'esserlo: e la sola fattispecie spuria che, a quanto consta, deroga a questo principio, la si rinviene nell'art. 91, 2 co. e 3 co, c. cons., riguardo alla modifica (significativa) dei contratti turistici. Che, infatti, non sono contratti formali in senso stretto, avendo qui lo scritto una mera funzione di forma informativa (art. 85, 2 co., c. cons.).

Quindi un *ius variandi* con effetti risolutivamente condizionati ad un recesso *ad libitum* (e non per fronteggiare un esercizio abusivo della potestà di modifica).

Epperò, il nuovo testo dell'art. 118 sembra aver rivoluzionato i termini della questione, se è vero che il recesso risulta adesso esercitabile fino alla data prevista per *l'applicazione della modifica*. Da intendersi, quindi, ad efficacia sospesa, *quale che sia il suo oggetto*, secondo il modello della *schwebende Unwirksamkeit* di cui al § 355 del *BGB* (prima della *Schuldrechtmodernisierung*). Quindi, non una novellazione, come invece capita di trovare scritto, che è andata ad incidere sull'originario termine (minimo) di preavviso, elevato a due mesi. Piuttosto una riscrittura dell'istituto giacché, se il decorso del termine utile per il recesso, senza che questo avvenga, funziona da atto di consenso/presupposto di efficacia, il risultato che s'ottiene è un *ius variandi* tale, nel settore dei rapporti bancari, solo nominalmente, visto ch'esso ha piuttosto le fattezze del contratto modificativo formale (pur se solo *ex uno latere*). Sotto questo aspetto la novella infatti, non è innova-

<sup>12</sup> Semmai, anche a tal riguardo, si rinnova la questione -v. *supra* § 2- sulla ragionevolezza intrinseca di una disciplina che accomunante consumatori ed imprese.





tiva: permane un *formalismo asimmetrico* e, ancor più singolarmente, il *requisito finzione* di un'accettazione tacita (per omesso recesso)<sup>13</sup>, difficilmente apparentabile al mancato rifiuto di cui all'art. 1333 c.c.: ancillare da sempre ai soli contratti con obbligazioni per il solo proponente (mentre qui le obbligazioni, per di più a contenuto peggiorativo, sono tutte a carico del cliente).

Obbiettare, quanto all'idea di una modifica ad efficacia sospesa, ch'essa non può essere per la semplice ragione che il recesso è solitamente costruito dalla legge nei termini di una condizione risolutiva, varrebbe per altro a ben poco: e non solo per il motivo che gli artt. 30, 6 co., T.U.F. (offerta fuori sede di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali) e 67 *duodecies*, 4 co., c. cons. (commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori) incorporano altrettante fattispecie di contratti i cui effetti, nonostante l'avvenuta sottoscrizione, sono comunque *sospesi* durante la decorrenza del termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso (del cliente o del consumatore)<sup>14</sup>. Bisogna, invero, tener conto del fatto che pure lo schema formativo descritto nell'art. 126 *sexies* T.U.B. è nel segno di una *schwebende Unwirksamkeit*, qui viepiù peculiare se si considera il correlato additivo di un possibile conservarsi *del contratto* alle condizioni praticate prima della modifica (ove questa sia *medio tempore* rigettata).

Non c'è dubbio che si potrebbe discutere parecchio sulla razionalità interna di una tecnica legislativa che predisporre, non solo lessicalmente, forme procedurali assai diverse per operazioni economiche tutto sommato commercializzate solitamente insieme al conto corrente: perché, lo si può constatare già di primo acchito, la sequenza proposta/accettazione tacita dell'art. 118, co. evolve, nell'art. 126 *sexies*, in un articolato tripartito nel quale la proposta e l'eventuale recesso (anch'esso esercitabile entro la data prevista per l'applicazione della modifica) sono frammezzate, in realtà, dal medio di un *rifiuto espresso*. Di qui poi il dubbio, se solo si riflette sulla possibile rilevanza irrimediabilmente ostativa riconoscibile a questo rifiuto, che il legislatore abbia inteso sostituire una *coppia* di rimedi manutentivi/estintivi al solo recesso dell'art. 118, co., in una prospettiva quindi che non è più soltanto di tutela ablativa, limitata cioè al diritto del

cliente, in sede di liquidazione del rapporto, a vedersi unicamente riconoscere le *condizioni inizialmente pattuite*. Si potrebbe persino dubitare, in una prospettiva di *richtlinienkonforme Auslegung*, che così com'è formulato, il secondo comma dell'art. 126 *sexies* ottemperi ad un dato comunitario (v. artt. 44, 2 co., dir. 2007/64 CE), che si evade la questione ma è pur sempre *di armonizzazione massima*. Più che soffermarsi però, visto il diverso meccanismo dell'art. 118, sull'intrinseca congruità sistematica di un doppio livello di protezione normativamente *asimmetrico*, si deve tornare ad evidenziare quanto il dato normativo rifugga nuovamente dal costruire il *ius variandi* nei termini di un diritto potestativo: lo si percepisce, in un modo persino ancor più netto, dalla circostanza che qui il *silenzio* del cliente, per effetto di una tipizzazione legale, ha davvero il valore di un atto di consenso tacito.

Risultato: non un *ius variandi* in versione debole, piuttosto un contratto modificativo in senso stretto pur se con un accordo cd. a struttura leggera. Difficile, questo si giova ripeterlo, da motivare plausibilmente: se è vero che trattasi, per il cliente, non di effetti vantaggiosi ma di *modifiche sfavorevoli*.

## 5. Il difficile coordinamento tra l'art. 126 *sexies* e la disciplina consumerista.

Nella chiusa dell'art. 126 *sexies* si dispone che “restano ferme, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 33, commi 3 e 4”. Formula tutt'altro che impeccabile, se si considera che l'unico significato davvero plausibile dell'inciso riportato sfocia in una riscrittura, per via interpretativa, di quanto si legge nel secondo comma del 126 *sexies*. Per ragioni che sono di tutta evidenza.

Intanto, nel corpo dell'art. 126 *sexies* mai figura il riferimento al giustificato motivo e, salvo ammettere che la PSD abbia tacitamente modificato la direttiva 93/13, c'è da credere che, allorquando si fa questione di contratti *b2c*, non possa prescindersi dal limite interno, direttamente applicabile, di un motivo legittimo quale contrappunto di una modifica sfavorevole. Poi l'ovvia constatazione che la comunicazione scritta, se si vuol mantenere un minimo di coerenza sistematica, non può costituire, nei contratti *b2c*, una facoltà. Trattasi, invero, di un obbligo che l'art. 33, 3 co., lett. b) declina in modo inderogabile: e le norme di conio comunitario contenute nel codice del consumo prevalgono, per la specialità riconnessa alla qualità del cliente consumatore, sulle disposizioni della PSD. Donde, coordinando i due distinguo, il necessario convertirsi del “può, figurante nell'*incipit* dell'art. 126 *sexies* secondo comma, in “deve”: ma, si prenda nota, sol-

<sup>13</sup> Visto che, non foss'altro per una notazione di comune esperienza, è *in re ipsa* che il mancato recesso del cliente può essere dovuto ad una pluralità di ragioni differenti

<sup>14</sup> Il che spiega per quale ragione il richiamo (immutato) ‘all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate’, da cui l'idea di nuove condizioni già efficaci pendente il termine per il recesso, da solo non basti ad avvalorare la lettura del diritto potestativo modificativo *ex se*.

tanto se il cliente è un consumatore e, con qualche dubbio però, se forse si tratta di una microimpresa. Non, quindi, per il cliente professionista: e di qui, allora, il surrettizio riemergere di un separato trattamento normativo tra contratti asimmetrici, modellato su quello stesso schema binario che l'art. 118 parrebbe invece non aver voluto affatto recepire. E' vero che il controllo giudiziale *ex fide bona* di un eventuale esercizio abusivo della facoltà di modifica unilaterale sortisce effetti tutto sommato omologhi a quelli propri di un giustificato motivo da comunicarsi espressamente (a pena di inefficacia della variazione). Se non fosse che, mentre l'abuso dev'essere provato da chi lamenta di averlo subito, l'onere dell'esservi davvero stato quel giustificato motivo allegatosi nella proposta di modifica è, invece, di spettanza del professionista.

Viene allora da chiedersi, essendo la discontinuità del contesto normativo di un'evidenza intrinseca: ma dov'è che si radica, rispetto al medesimo professionista, la *differentia specifica* che legittima l'esistenza di due statuti disciplinari differenziati per un *ius variandi* ancillare a categorie di *operazioni* o *servizi* spesso affini (se non del tutto corrispondenti)?

