

P21095 ANDREAVALERIO CAMBI IUS VARIANDI E RECESSO NEI CONTRATTI BANCARI.

SOMMARIO: 1. PREMESSA DI CARATTERE GENERALE SUL CONCETTO DI IUS VARIANDI. 2. LA DISCIPLINA POSITIVA DEL IUS VARIANDI NEI CONTRATTI BANCARI. 3. OGGETTO DEL POTERE UNILATERALE DI MODIFICA. 4. IUS VARIANDI E TUTELA DEL CONSUMATORE. 5. LA VESSATORIETA' DELLA CLAUSOLA E L'INCLUSIONE DELLA STESSA IN ATTI PUBBLICI 6. PROVA DELLA COMUNICAZIONE DELLA PROPOSTA 7. IL GIUSTIFICATO MOTIVO 8. IUS VARIANDI E USURA GENETICA

9. IL RECESSO. 10. LE FONTI. 11. PRESUPPOSTI LEGITTIMANTI L'ESERCIZIO DEL RECESSO. 12. I LIMITI DI MATRICE PRETORIA AL RECESSO. 13. LE FORME DI TUTELA.

1. PREMESSA DI CARATTERE GENERALE SUL CONCETTO DI IUS VARIANDI

La locuzione *ius variandi* indica e definisce la facoltà (riconducibile, tecnicamente, alla categoria dei diritti potestativi) attribuita ad una parte di un rapporto obbligatorio o contrattuale di apportare unilateralmente modifiche al relativo contenuto, alterandone l'oggetto in deroga al principio generale di cui all'art. 1372 c.c. per cui il contratto ha forza di legge tra le parti.

In contrapposizione al suddetto diritto potestativo, la situazione giuridica dell'altro contraente è quindi quella della soggezione: oltre alle obbligazioni fisiologicamente nascenti dal vincolo contrattuale, questi è destinato a soggiacere anche alle diverse condizioni, normative o economiche, che la propria controparte riterrà discrezionalmente di stabilire.

Poiché l'art. 1372, co. 1 c.c. limita la possibilità di deroga al principio della efficacia cogente, parificata a quella nascente dalla legge, del vincolo contrattuale ai soli casi ammessi dalla legge, ciò potrebbe indurre a ritenere che la validità di clausole pattizie che attribuiscano tale potere unilaterale sia subordinata ad una apposita previsione legislativa, come accade, ad esempio, nel contratto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.), in materia di appalto tra privati nell'ipotesi delle variazioni ordinate dal committente (art. 1661 c.c.), in materia di agenzia (art. 1746 c.c.) di spedizione (art. 1739 c.c.) e di trasporto (art. 1683 c.c.) o, per l'appunto, in materia creditizia (art. 118 D.Lgs. 1.9.1993, n. 385).

Tuttavia, nella prassi commerciale è frequente, specie nella contrattazione per adesione, l'inclusione di clausole in tal senso.

Un argomento utile a trarre, ancorché in via indiretta, la tendenziale liceità delle clausole attributive del potere di variazione unilaterale dell'oggetto del contratto è dato proprio dall'art. 33 del Codice del Consumo che, nel prevedere la presunzione di abusività di siffatte clausole nelle ipotesi di cui al comma 2, lett. m), n) e o) fa salva la possibilità per il professionista di provarne il carattere non vessatorio o la specifica trattativa con l'utente, così implicitamente consentendone la pattuizione, purché "personalizzata".

Il successivo comma 3 del Codice del Consumo prevede espressamente che, se il contratto ha ad oggetto la prestazione di "servizi finanziari" (intendendosi per tali, a mente dell'art. 45 del D.Lgs. 206/2005, qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa di investimento e di pagamento) il professionista può, in deroga alla citata lettera m), *"modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto"*.

Dal punto di vista della giustificazione dogmatica di una così vistosa deviazione dal principio dell'intangibilità del vincolo contrattuale, è frequente il richiamo in dottrina al principio *rebus sic stantibus*, che costituisce fonte e limite al tempo stesso della possibilità di modificare unilateralmente accordi già perfetti, nella misura in cui ciò sia indispensabile a ricomporre un originario equilibrio tra le prestazioni, con la conseguenza che i motivi su cui si fonda la decisione di esercitare il potere di modificazione unilaterale debbono essere necessariamente sostenuti da una oggettiva alterazione delle condizioni che i contraenti hanno tenuto presenti al momento della conclusione del contratto.

2. LA DISCIPLINA POSITIVA DEL IUS VARIANDI NEI CONTRATTI BANCARI.

Per quel che riguarda l'ambito specifico della contrattazione tra banche e clientela, l'istituto del *ius variandi* trova la sua naturale disciplina legislativa nel testo unico bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385).

L'abrogato art. 117 co. 5 prevedeva la possibilità di variare prezzi, tassi e condizioni, precisando che la possibilità di variazioni in senso sfavorevole al cliente dovesse essere espressamente indicata nel contratto con apposita clausola oggetto di specifica approvazione da parte del cliente.

Il testo originario dell'art. 118 prevedeva invece che, nei contratti di durata, le variazioni sfavorevoli fossero assoggettate a speciale comunicazione al cliente (nei modi e nei termini stabiliti dal CICR) a pena d'inefficacia e salvo il diritto di recesso del cliente nei quindici giorni successivi alla comunicazione della modifica.

La norma, a seguito delle modificazioni apportate dall'art. 10, d.l. n. 223 del 2006 prevede ora che:

- i) la clausola contrattuale che prevede il potere di modifica sia specificamente approvata per iscritto, in sostanziale continuità con la regola posta dall'art. 1341, comma 2, codice civile per le clausole vessatorie;
- ii) la decisione di variare le condizioni sia sorretta da un "giustificato motivo", del quale il cliente deve essere reso edotto;
- iii) la comunicazione della modifica apportata dal contratto debba avvenire per iscritto o per mezzo di altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente e debba necessariamente contenere la formula «proposta di modifica unilaterale del contratto»;
- iv) deve essere garantito un termine di preavviso minimo, non inferiore a trenta giorni;
- v) la modifica si intende approvata se il cliente non recede dal contratto entro sessanta giorni, recesso che può essere esercitato nel rispetto delle clausole previgenti e senza addebito di costi e spese per il cliente.

Vi è, inoltre, la previsione della necessità che le variazioni di tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria siano attuate contestualmente per i

tassi debitori e i per i tassi creditori e si applichino “*con modalità tali da non arrecare pregiudizio al cliente*”.

Tale previsione appare in linea con la scelta del legislatore di introdurre nel sistema il principio della necessaria pariteticità dei periodi di produzione di interessi sugli interessi (cfr. l’art. 120, comma 2, TUB).

Ulteriori modifiche sono state apportate in occasione della riforma dell’intero Capo I del Titolo VI del TUB, attuata con i D.Lgs. 13.8.2010, n. 141 e D.Lgs. 14.12.2010, n. 218.

Peraltro, con il D.L. 13.5.2011, n. 70 era stato introdotto un comma 2-bis all’interno dell’art. 118 TUB con cui si era prevista l’espressa derogabilità delle norme in materia di *jus variandi* ove il cliente non fosse un consumatore o una “micro impresa” di cui all’art. 1, comma 1, lett. t), D.Lgs. 27.1.2010, n. 11¹, ma, in sede di conversione, detto regime di derogabilità è stato circoscritto, ferma la limitazione soggettiva di cui sopra, ai soli contratti a tempo determinato stipulati successivamente all’entrata in vigore del D.L. 13.5.2011, n. 70, nei quali «*possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto*»²

3. OGGETTO DEL POTERE UNILATERALE DI MODIFICA

Prima delle entrate in vigore delle norme introdotte dai D.Lgs. 141/2010 e 2817/2010, la facoltà per la banca di modificare taluni elementi del contratto poteva essere esercitata indistintamente in tutti i contratti di durata, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, e con riguardo non solo alle clausole di

¹ "micro-impresa": l'impresa che, al momento della conclusione del contratto per la prestazione di servizi di pagamento, è un'impresa che possiede i requisiti previsti dalla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero i requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 104, lettera a) della direttiva 2015/2366/UE (alla data del 1.1.2016 meno di 10 dipendenti e un fatturato (la quantità di denaro ricavato in un periodo specifico) o bilancio (un prospetto delle attività e delle passività di una società) annuo inferiore ai 2 milioni di euro);

² Il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, ha disposto (con l'art. 8, comma 5, lettera g) che "le disposizioni del comma 2-bis dell'articolo 118 del testo unico di cui al decreto legislativo 1º 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".

determinazione dei tassi di interesse, ma anche dei prezzi e delle altre condizioni contrattuali.

Attualmente, a norma dell'art. 118, co. 1 TUB vigente, la possibilità di variare condizioni, prezzi e tassi di interesse è ammessa solo nei contratti a tempo indeterminato e sempre che ricorra il "giustificato motivo".

Per i contratti di durata a tempo determinato, stipulati con consumatori o microimprese come sopra definite, la facoltà di esercitare il potere di modifica unilaterale concerne unicamente le clausole relative ai prezzi ed alle altre condizioni.

Le condizioni economiche oggetto di modifica sono di solito riferite a commissioni, spese, diritti fissi, valute di regolamento, spese per il rendiconto e per l'informazione contabile aggiuntiva, quote annuali per le carte di credito, commissioni su operazioni in valuta e su anticipo contante, tassi di interesse applicati sulle dilazioni di pagamento, spese per invio estratto conto ed imposta di bollo, le spese di incasso per i canoni nei contratti di finanziamento.

Appare poi davvero arduo sostenere che l'ambito applicativo dell'art. 118 TUB possa essere dilatato al punto da estendersi alle ipotesi in cui la proposta di variazione sia finalizzata ad introdurre profili del tutto nuovi ed estranei al perimetro dell'originario regolamento contrattuale.

A tale riguardo, appare condivisibile il principio costantemente affermato dall'ABF secondo il quale *«il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario dall'art. 118 TUB, in quanto eccezione alla regola generale della immodificabilità del contratto senza il consenso di entrambe le parti, deve intendersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni - sia di carattere economico che di natura normativa – già esistenti, e non può spingersi sino al punto di introdurre clausole e condizioni del tutto nuove, tali da incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura»* (così Collegio di Napoli, decisione n. 396 del 28 febbraio 2011 e Collegio di Milano, decisione n. 1298 del 10 Novembre 2010)

In linea di principio, il meccanismo di modifica unilaterale non può quindi operare quando si pretenda di introdurre nuovi costi, oppure di eliminare una commissione o una voce di costo con altra, che però risulti funzionalmente diversa, ed in particolare diretta a remunerare una componente del servizio fino ad allora erogata gratuitamente.

Il Collegio di Napoli dell'ABF ha ad esempio, con la decisione N. 5299 del 01 marzo 2021, censurato l'inserimento surrettizio di una nuova clausola contrattuale attraverso il meccanismo della modifica ex art. 118 (segnatamente, di una clausola che prevedeva l'addebito di "spese fisse ad ogni liquidazione" al costo di 9 € per ogni operazione).

Tuttavia, con particolare riguardo alle commissioni introdotte dapprima dall'art. 2 bis del D.L. 185/2008 convertito in l. 28.1.2009 n. 2 e ora contemplate dall'art. 117 bis TUB come modificato dalla l. 214/2011 di conversione del d.l. 201/2011, deve darsi conto del fatto che la normativa appena richiamata ha espressamente attribuito agli intermediari la facoltà di adeguare i contratti in essere alle nuove disposizioni nelle forme di cui all'art. 118 TUB.

Per la commissione servizi affidamento di cui all'art.117 bis TUB attualmente vigente, l'adeguamento sarebbe dovuto avvenire entro tre mesi dalla entrata in vigore della delibera CICR attuativa del comma 4° dell'art. 117-bis.

Il d.m. 664 del 30.6.2012, comma 4°, ha a sua volta ribadito che *"i contratti in corso al 1° luglio 2012 sono adeguati entro il 1° ottobre 2012 con l'introduzione di clausole conformi all'articolo 117-bis del TUB e al presente decreto, ai sensi dell'art. 118 del TUB"*, specificando che tale adeguamento integra giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 TUB.

Pertanto, con riguardo alle suddette commissioni "sostitutive" della CMS, il legislatore ha chiaramente optato per l'adeguamento unilaterale dei contratti in luogo della nuova stipulazione.

È controverso se oggetto del potere di modifica siano soltanto le condizioni economiche o anche la parte normativa del contratto.

Parrebbe preferibile, in considerazione del carattere eccezionale e derogatorio di principi generali della norma, l'opzione per l'interpretazione restrittiva, in guisa da ritenere tendenzialmente esclusa la possibilità di apportare attraverso il peculiare meccanismo delineato dall'art. 118 TUB variazioni delle condizioni normative.

Tale opzione si presterebbe tuttavia al rilievo critico per cui la disciplina speciale dettata dal TUB riserverebbe al cliente non consumatore una tutela più incisiva di quella prevista dal Codice del Consumo per il cliente consumatore, atteso che la norma dell'art. 33, comma 2, lett. m) parla genericamente di clausole del contratto e non invece delle sole condizioni economiche e il successivo art. 33, comma 3, codice del consumo consente al professionista, nei servizi finanziari a tempo indeterminato, di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali, sempre alla ricorrenza di un giustificato motivo.

4. IUS VARIANDI E TUTELA DEL CONSUMATORE

La non perfetta sovrapponibilità delle norme appena richiamate suggerirebbe quindi di optare, per evidenti esigenze di coerenza sistematica e in ossequio al principio di specialità, per una interpretazione restrittiva anche della legislazione consumeristica, così escludendo la possibilità per il professionista di apportare variazioni unilaterali alle condizioni normative.

A ben vedere, le normative sono in rapporto di specialità reciproca. L'art. 118 TUB regola esclusivamente i contratti bancari, anche con i consumatori. Gli artt. 32 e 33 Codice del Consumo disciplinano i contratti con i consumatori, anche nel settore dei "servizi finanziari" (e quindi in quello bancario).

Se ne trae che i contratti bancari con i consumatori siano contestualmente regolati dall'una e dell'altra e, peraltro, la scelta della norma applicabile non potrebbe essere rimessa alla strategia processuale della parte, essendovi l'obbligo per il giudice di rilevare d'ufficio l'eventuale inefficacia (alias nullità) delle clausole sfavorevoli per il consumatore.

Conseguentemente, l'antinomia tra le fonti con ogni probabilità va risolta applicando sempre la regola più favorevole per il contraente debole, ritenendo

l'abrogazione implicita delle norme più risalenti meno favorevoli e, al contempo, l'ultrattività della legge più vecchia, ove detti regole più favorevoli.

Alla luce di quanto sopra, la disciplina del jus variandi nei contratti bancari stipulati dal consumatore può essere così sintetizzata:

i) I contratti devono essere redatti in forma scritta, e una copia deve essere consegnata al cliente (art. 117, comma 1, testo unico del credito).

ii) Il potere di modifica deve essere previsto nel contratto; la relativa clausola deve essere specificamente approvata per iscritto (art. 118, comma 1 testo unico del credito);

iii) Fatte salve le ipotesi di cui all' art. 33, commi 5 e 6 codice del consumo, il professionista finanziario non può mai variare le condizioni contrattuali e può variare le sole condizioni economiche

iv) Tale potere di variazione non è ad *nutum*, ma può essere esercitato solo al ricorrere di un giustificato motivo (art. 118, comma 2, testo unico del credito; art. 33, comma 2, lett. m); comma 3, lett. b); comma 4 codice del consumo), sempre espresso nel contratto nelle aperture di credito con i consumatori: art. 126 lett. b) testo unico del credito.

v) Il potere di variazione deve essere esplicitato nel contratto (art. 117, comma 5 e 118, comma 1, testo unico del credito)

vi) La clausola sullo ius variandi deve essere specificamente approvata dal consumatore (art. 117, comma 5 e 118, comma 1, testo unico del credito).

vii) Nei contratti a tempo indeterminato le modifiche diverse dal tasso di interesse o dall'importo di qualunque altro onere originariamente pattuito devono essere precedute da congruo preavviso (art. 33, comma 3, lett. b) e comma 4 codice del consumo).

viii) In tutti i contratti di durata esse devono essere accompagnate da immediata comunicazione (art. 118, comma 1 testo unico del credito; art. 33, comma 4, codice del consumo)

ix) Il consumatore può sempre recedere dal contratto modificato alle condizioni inizialmente pattuite entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione dell'avvenuta variazione senza alcuna spesa aggiuntiva (art. 118, comma 3, testo unico del credito).

In materia di credito al consumo, l'art. 124, comma 2, lett. d) impone che nei contratti siano indicate le condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato.

Sempre nei rapporti di consumo, l'art. 126 prevede per le aperture di credito in conto corrente che siano indicate le condizioni che possono determinare le variazioni in corso di esecuzione.

5. LA VESSATORIETA' DELLA CLAUSOLA E L'INCLUSIONE DELLA STESSA IN ATTI PUBBLICI

Non è infrequente che il diritto potestativo di modifica unilaterale delle condizioni sia previsto già in sede di stipula notarile di contratti di mutuo o di apertura di credito con garanzia ipotecaria.

In queste ipotesi si è dunque posta la questione della validità formale della clausola, in quanto normalmente non oggetto della separata e specifica approvazione prevista per le clausole vessatorie.

La giurisprudenza di legittimità (da ultimo, Cass. Civ. Sez. II, 25.6.2021 n. 18275) esclude la necessità della doppia sottoscrizione, ribadendo il principio, già affermato in via generale per altre clausole vessatorie (Cass. Civ. 15237/2017: clausola risolutiva espressa; Cass. Civ. 15253/2020: clausola derogatoria dei criteri di competenza territoriale; Cass. Civ. 18917/2004: clausola compromissoria) per cui *“Le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come "predisposte" dal contraente medesimo ai sensi dell'art. 1341 c.c. e, pertanto, pur se vessatorie, non necessitano di specifica approvazione”*.

6. PROVA DELLA COMUNICAZIONE DELLA PROPOSTA

Il meccanismo previsto dall'art. 118 TUB, che consente la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, presuppone necessariamente che la proposta di

modifica unilaterale del contratto sia effettivamente ricevuta dal cliente, trattandosi di dichiarazione recettizia i cui effetti dipendono strettamente dal corretto recapito all'indirizzo del destinatario.

L'onere probatorio dell'effettiva trasmissione della comunicazione in esame e della successiva disponibilità della comunicazione in casella non può che essere riferito all'istituto di credito, in applicazione del principio della prova dell'inadempimento di un'obbligazione ex art. 1218 cod. civ. (cfr. Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533).

È dubbio se la prova della ricezione delle proposte di modifica unilaterale possa ammettere equipollenti o possa ritenersi assolta per presunzioni semplici o per confessione giudiziale o stragiudiziale.

In particolare, può ragionevolmente sostenersi che, specie a fronte di contestazioni generiche e indiscriminate, non vi siano ostacoli al ricorso alla prova inferenziale (si pensi all'ipotesi in cui risulti inequivocabilmente come il correntista abbia ricevuto costantemente i fogli movimenti, gli scalari e le comunicazioni periodiche e li alleggi in giudizio a sostegno delle proprie doglianze, negando al tempo stesso di aver ricevuto, al medesimo domicilio dichiarato nella documentazione contrattuale, proprio e solo le proposte di variazione unilaterale delle condizioni prodotte in copia dalla banca).

Indubbiamente, la soluzione radicale del problema postula inevitabilmente il sistematico utilizzo del supporto durevole in luogo di quello cartaceo e la sua trasmissione al destinatario con mezzi informatici tracciabili e facilmente documentabili.

7. IL GIUSTIFICATO MOTIVO

Si è pocanzi anticipato che il potere di modifica unilaterale non può essere esercitato *ad libitum*, ma presuppone la ricorrenza di una specifica motivazione che lo giustifichi.

In merito all'onere di autosufficienza della indicazione del giustificato motivo in ragione del quale è presa l'iniziativa della modifica unilaterale, appare pienamente

condivisibile il rilievo espresso dal Collegio di Coordinamento dell'ABF nella decisione n. 1889 del 26 febbraio 2016, che con riferimento al “contenuto minimo delle informazioni che il cliente deve ricevere al fine di integrare la nozione di «giustificato motivo»” ha precisato che *“la comunicazione della modifica unilaterale deve (...) avere contenuto tale da consentire al cliente di poter valutare la congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa”*.

Appare altresì opportuno richiamare la Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21/2/2007, n. 5574, che – dopo aver chiarito 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 e individuato il giustificato motivo in *“eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario”* – ha precisato che *“tali eventi possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente (ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito) sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio, tassi di interesse, inflazione ecc.)”*; nella relativa comunicazione, dunque, *“il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base”*.

In forza di tali principi va espressa una valutazione sicuramente negativa quando la comunicazione di variazione sia motivata con un generico riferimento alle *“mutate condizioni di mercato”*, trattandosi di mera clausola di stile, per sua natura inidonea a consentire al cliente di identificare le effettive ragioni che hanno determinato la variazione contrattuale e, quindi, di valutarne la congruità.

È stata del pari ritenuta inefficace la variazione introdotta laddove la relativa comunicazione non risultata intitolata come “proposta” di modifica unilaterale del Contratto, ma esclusivamente con l'intestazione “Variazione condizioni”, senza

peraltro l'indicazione al cliente della data di efficacia delle nuove condizioni e la possibilità di recedere prima della loro applicazione (Decisione N. 19616 del 03 settembre 2021).

Nella stessa decisione, è stata ritenuta inefficace, perché peggiorativa per il cliente, la variazione introdotta senza il rispetto delle formalità di cui all'art. 118 TUB avente ad oggetto la modificazione della periodicità di addebito di spese e commissioni di una fideiussione bancaria.

Va poi evidenziato come l'esercizio del *ius variandi* sia consentito solo in presenza di significative sopravvenienze posteriori alla conclusione del contratto: non può quindi ritenersi legittima l'iniziale offerta a condizioni particolarmente vantaggiose con successiva e repentina variazione in aumento dei costi, giustificata dalla necessità di adeguarsi all'andamento del mercato.

Una particolare condizione di favore applicata dalla banca in relazione a quel contratto, rispetto alle condizioni usualmente praticate alla clientela, consentirà, in caso di giustificato motivo dipendente dal mutamento delle condizioni di mercato, una modificazione che tuttavia non alteri l'originaria relazione tra condizioni di favore e condizioni correnti.

8. JUS VARIANDI E USURA GENETICA

Il meccanismo negoziale, ancorché destinato a perfezionarsi in via unilaterale e diacronica per effetto del mancato esercizio del diritto di recesso del correntista, implica comunque che la variazione alle condizioni contrattuali così introdotta costituisca pattuizione rilevante ai sensi dell'art. 644 c.p. e della legge 108/1996.

È quindi ricorrente l'affermazione nella giurisprudenza di merito del principio per cui: *“Nel caso in cui il tasso applicato venga a superare il tasso soglia in seguito a modificazioni unilaterali della banca o anche a pattuizioni concluse successivamente all'entrata in vigore della legge 108/96 la sanzione non potrà essere che quella del comma 2 dell'art.1815 c.c., con la conseguenza che nessun interesse sarà dovuto”* (Tribunale di Padova, 12 agosto 2014, n.2600, in www.dirittobancario.it; nonché in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 11365 – pubb.

13.10.2014; in senso conforme: Tribunale di Padova, 29.11.2019, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 6905 – pubb. 02.12.2019; Tribunale di Roma, 23.10.2019, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 22605 – pubb. 30.10.2019.

Tuttavia, l'applicazione in concreto della pocanzi richiamata regola di giudizio è tutt'altro che agevole, in quanto è assai raro che la variazione peggiorativa del tasso d'interesse nominale travalichi di per sé il tasso soglia di riferimento vigente al momento in cui la variazione acquisterà efficacia, risultando ben più frequente l'ipotesi in cui sia il TEG del trimestre immediatamente successivo a risultare, per effetto della concorrente applicazione di altri oneri, commissioni o spese, complessivamente superiore alla soglia.

In buona sostanza, senza voler sconfinare nel ben più complesso tema della coerenza tra i più recenti approdi della giurisprudenza nomofilattica in materia di usura e il sistema di verifica postuma e iterativa del TEG nelle operazioni in conto corrente prescritto dalle istruzioni agli intermediari per la rilevazione dei tassi medi nelle operazioni regolate in conto corrente, non può darsi per scontato, in un semplicistico automatismo, che ogni sconfinamento susseguente all'esercizio del ius variandi costituisca sempre pattuizione usuraria, con quanto ne consegue ai sensi dell'art. 644 c.p. e 1815, co. 2 c.c.

Appare piuttosto ben più plausibile, in quanto maggiormente coerente con la valorizzazione del momento volontaristico della pattuizione e della necessaria consapevolezza da parte del prestatore del denaro dell'imposizione di interessi usurari accolta da Cass. Civ. SS.UU. 19.10.2017 n. 24675, ipotizzare l'applicabilità dell'art. 1815, co. 2 c.c. nei soli casi in cui il travalicamento del tasso soglia si rappresenti come una conseguenza certa e immediatamente riscontrabile dell'applicazione delle nuove condizioni in concorso con quelle precedentemente pattuite e rimaste invariate, escludendola, invece, quando tale prognosi rimanga confinata nel campo della mera ipotesi, indipendentemente dal grado di probabilità del suo avveramento (si pensi, ad esempio, alla variazione peggiorativa dei tassi comunicata in una situazione caratterizzata dall'assenza di

sconfinamenti e in cui il superamento del tasso soglia da parte del TEG sia dipeso dalla successiva applicazione, ad esempio, della commissione di massimo scoperto o delle c.i.v. per utilizzi eccedenti l'accordato).

9. IL RECESSO.

Ius variandi e recesso unilaterale rappresentano istituti accumulati dalla loro natura di diritti potestativi e dalla conseguente soggezione, per entrambi, a incisivi margini di sindacabilità giurisdizionale in merito al loro esercizio.

Se forma, presupposti e limiti al *ius variandi* sono, come si è cercato di esporre nei paragrafi precedenti, preventivamente fissati dal Legislatore europeo e interno, mosso dalla più che comprensibile preoccupazione di garantire la tutela del contraente debole imbrigliando in predefinite regole formali e sostanziali i margini di discrezionalità e di autonomia della banca, il sindacato sulla legittimità del recesso dai contratti bancari è invece quasi del tutto rimesso all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria.

10. LE FONTI

Ciò premesso e prendendo le mosse dalla normativa di riferimento, va innanzitutto richiamato il dettato normativo dell'art. 1845 c.c. e la disciplina dal medesimo prevista a seconda che l'esercizio del recesso riguardi un'apertura di credito a tempo indeterminato o una a tempo determinato.

Come è noto, il primo comma dell'art. 1845 c.c. pone la regola generale, derogabile per volontà delle parti, del divieto di recesso dall'apertura di credito se non per giusta causa.

Il secondo comma della norma disciplina i due principali effetti dell'esercizio del recesso, ossia i) l'immediata sospensione dell'utilizzo del credito; ii) l'insorgenza dell'obbligo di restituzione delle somme utilizzate entro il termine minimo di quindici giorni.

Il terzo comma tratta specificamente dell'apertura di credito a tempo indeterminato, ossia "a revoca", ponendo a carico di entrambe le parti l'onere del

preavviso, nel termine previsto dal contratto, dagli usi o, in via sussidiaria, del termine legale, sempre di quindici giorni.

L'ipotesi del recesso dall'apertura di credito a tempo determinato per giusta causa viene usualmente definita "recesso straordinario", in contrapposizione al "recesso ordinario" o "recesso con preavviso" previsto dal terzo comma dell'art. 1845 c.c. e mediante il quale può essere caducata una apertura di credito a tempo indeterminato.

La *ratio* del richiamo alla giusta causa quale giustificazione del recesso dalle aperture di credito a tempo determinato risulta espressa nella relazione del Ministro Guardasigilli nella parte in cui si chiarisce come si sia inteso riconoscere *“la pratica che consente alla banca di recedere dal contratto anche a se a tempo determinato; ma si è disciplinata questa facoltà, per evitare che essa, inconsideratamente esercitata, possa arrecare grave pregiudizio all'accreditato. Occorre una giusta causa di recesso; questo sospende immediatamente ogni ulteriore utilizzazione del credito, ma comporta tuttavia un termine di almeno quindici giorni, per mettere in grado l'accreditato di far fronte all'obbligo di restituire quanto ha prelevato”*.³

A tale riguardo, meritano d'essere segnalate le perplessità sollevate dalla dottrina del tempo sull'inserimento nella norma dell'inciso "salvo patto contrario" che, di fatto, legittima una diversa regolamentazione del recesso, così dando adito al dubbio dell'incostituzionalità per eccesso di delega, dubbio poi fugato, in tempi più recenti, dalla giurisprudenza di legittimità.⁴

Essendo ampiamente prevalsa l'interpretazione di detto inciso nel senso per cui il patto contrario consenta il recesso anche in assenza di giusta causa⁵ se previsto dalle parti, devono ritenersi pienamente legittimi gli usi negoziali e, segnatamente, le norme generali uniformi emanate dall'Associazione bancaria italiana, in cui è

³ Il passaggio della relazione del Guardasigilli è tratto da Corte di Appello Catania, Sez. II, sent. 18.3.2008, in Rep. Giur. It., 2008.

⁴ Cass, Civ. Sez. I, 7.4.1994, n. 3291.

⁵ Cass. Civ. Sez. I, 9.11.1994, n. 9307.

costantemente presente la previsione pattizia del diritto della banca di recedere *ad nutum* anche nelle aperture di credito a tempo determinato.

In proposito, peraltro, è appena il caso di avvertire che la disciplina pattizia del recesso vale anche per la «revoca» di ogni altra linea di credito concessa dalla banca a favore della clientela: ai sensi, infatti, di quanto disposto dall'art. 6 del protocollo d'intesa, sottoscritto il 24 maggio 2000 dall'ABI e da talune tra le più rappresentative associazioni dei consumatori, le condizioni riguardanti il recesso dall'apertura di credito si applicano «ad ogni altro credito o sovvenzione contrattualmente prevista, comunque e sotto qualsiasi forma concessa dalla banca al cliente».

L'unico temperamento alla facoltà della banca di recedere *ad nutum* è costituito dalla riconosciuta natura vessatoria della clausola e, conseguentemente, dalla necessità, ai fini della sua validità, della sua specifica approvazione per iscritto (v. per tutte Cass., 7 aprile 1994, n. 3291, Banca borsa, 1995, II, 143 ss. ed ovviamente, salva ed impregiudicata la disciplina speciale a tutela del consumatore.

La giurisprudenza di legittimità pocanzi richiamata non ha tuttavia mancato di rimarcare come la previsione pattizia di una siffatta clausola non può implicare l'indiscriminata insindacabilità delle modalità di esercizio del recesso, restando le stesse sempre soggette al fondamentale principio dell'esecuzione dei contratti secondo buona fede di cui all'art. 1375 c.c.

Ove le circostanze del caso concreto inducano a ritenere l'esercizio del recesso dal rapporto di apertura di credito, ancorché contrattualmente riconosciuto anche in assenza di giusta causa, contrastante con la suddetta regola di condotta, non vi sono dubbi sul fatto che da tale comportamento possano scaturire profili di responsabilità contrattuale in capo alla banca e la conseguente insorgenza a suo carico dell'obbligazione risarcitoria.

11. PRESUPPOSTI LEGITTIMANTI L'ESERCIZIO DEL RECESSO.

Per l'ipotesi, invece, in cui il patto contrario faccia difetto, non v'è dubbio che la banca potrà recedere dal contratto prima della scadenza del termine soltanto ove sussista una «giusta causa».

Passando in rapida rassegna la casistica posta al vaglio degli interpreti, si sono pacificamente ricondotte al concetto di giusta causa, innanzitutto, determinati eventi rilevanti relativi alla sfera del cliente, quali, segnatamente:

- l'inesatta, parziale o falsata rappresentazione della propria situazione reddituale e patrimoniale;
- l'aggravamento delle proprie condizioni economiche⁶;
- il riscontro di “segnali di deterioramento del merito creditizio” (segnalazioni pregiudizievoli in C.A.I., soggezione ad azioni esecutive, iscrizioni di ipoteche giudiziali anche a carico di società controllate o collegate);
- atti dispositivi posti in essere dal correntista o dai suoi garanti⁷;
- una percentuale anomala di insoluti su crediti oggetto di sconto o di anticipazione;
- nel caso di una specifica finalizzazione del credito, il mancato impiego delle somme per i fini convenuti;
- la mancata reintegrazione di garanzie
- “rilevanti e sistematici sconfinamenti”⁸ e, ovviamente, l'inadempimento degli obblighi nascenti dallo specifico rapporto creditizio⁹.

Meritano in particolare di essere segnalate, nella giurisprudenza di merito, anche Tribunale di Nola, 26 settembre 2019, in Redazione Giuffrè 2019, in cui si ritenuto giustificato il recesso alla luce dello sfioramento del massimale del contratto di

⁶ Cass. Civ. Sez. I, 21.5.1997 n. 4538

⁷ ABF Collegio Roma, 12.4.2011 n. 753

⁸ In tema di apertura di credito in conto corrente a tempo indeterminato, è legittimo il recesso "ad nutum" della banca, se anticipato da una comunicazione al cliente con congruo preavviso, posto che tale facoltà è espressamente prevista dall'art. 1845, comma 3, c.c. e il suo esercizio non entra in conflitto con il principio generale di buona fede, sancito dall'art. 1375 c.c., allorquando il debitore abbia ripetutamente, e in modo del tutto ingiustificato, superato il limite di affidamento concesso. Né l'inerzia della banca di fronte a tali comportamenti può essere intesa come implicita autorizzazione all'innalzamento del limite dell'apertura di credito, costituendo piuttosto un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione non autorizzata. Cass. Civ. Sez. 1 - , Ordinanza n. 29317 del 22/12/2020

⁹ Trib. Milano 19.1.1984, in Banca, borsa, tit. cred. 1985, II, pag. 512.

apertura di credito, specie se preceduto da una riduzione del fido; Tribunale di Perugia, 20 marzo 2003, in Rass. giur. umbra, 2004, 109 ss. in cui si è ravvisata perfettamente conforme al principio di buona fede esecutiva il recesso esercitato dalla banca in presenza di una situazione di manifesta insolvenza dell'accreditato; Tribunale di Viterbo, 31 luglio 2001, in Banca borsa, 2003, II, 67, che ha affermato la legittimità del recesso ove giustificato dal verificarsi di vicende tali da indurre la banca a valutare negativamente la capacità del cliente di adempiere in futuro le proprie obbligazioni.; Tribunale di Roma, 20 settembre 1997, in Giur. di Merito, 1998, 923 ss., che ha ritenuto sufficiente ad integrare la giusta causa di recesso l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale sui beni del cliente.

La giusta causa è stata altresì ravvisata anche in vicende inerenti la banca accreditante, quali atti e provvedimenti dell'autorità di vigilanza che abbiano imposto la restrizione o la sospensione del credito.

Non si esclude, infine, che anche mere circostanze oggettive, estranee alla sfera di entrambe le parti, possano integrare la giusta causa ai fini del recesso.

Quanto alla forma della dichiarazione di recesso, ancorché appaia di gran lunga preferibile la tesi per cui – anche nella vigenza dell'art. 3, 1° co., l. n. 154/1992 e dell'attuale art. 117, 1° e 3° co., d.lg. n. 385/1993 – l'onere della forma scritta *ad substantiam* dell'apertura di credito è soddisfatto dalla redazione per iscritto del contratto di conto corrente che ne disciplini il contenuto normativo, non è seriamente dubitabile che la dichiarazione di recesso debba rispettare il principio di simmetria formale con il contratto cui accede e debba, pertanto, essere necessariamente comunicata per iscritto.

L'atto di recesso ha, in tutta evidenza, natura recettizia sicché i relativi effetti decorrono dal momento della ricezione da parte del cliente, o, in ogni caso, da quando la dichiarazione perviene nella sfera di conoscibilità di questi.

12. I LIMITI DI MATRICE PRETORIA AL RECESSO

È opinione più che consolidata e pressoché unanime quella per cui anche nel caso di recesso *ad nutum* il comportamento della parte che recede sia assoggettabile alla

verifica giurisdizionale sull'esercizio del diritto, le cui modalità non devono risultare in concreto abusive o contrarie ai doveri di buona fede e correttezza.

Segnatamente, l'illegittimità del recesso è stata ravvisata « *ove in concreto assuma connotati del tutto imprevisi ed arbitrari, contrastando, cioè, con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale di quelli in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e non sia, dunque, pronto alla restituzione, in qualsiasi momento, delle somme utilizzate.*» Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 17291 del 24/08/2016

Nella stessa sentenza si è altresì precisato come non sia sufficiente “*un qualsiasi atto di disposizione del patrimonio perché il creditore bancario possa dirsi, a giusto titolo, allarmato dal comportamento del suo debitore, anche se il carattere non allarmante dell'atto di disposizione patrimoniale compiuto deve essere dimostrato da parte di quest'ultimo, laddove agisca per far dichiarare come arbitrario l'atto di recesso della banca*”.

13. LE FORME DI TUTELA.

Ove esse assumano i caratteri della arbitrarietà e della imprevedibilità e si pongano, in definitiva, in contrasto con i valori di solidarietà sociale di rilevanza costituzionale di cui il principio di buona fede costituisce un immediato precipitato, il recesso potrà trovare censura e sanzione innanzitutto con la condanna al risarcimento del danno per equivalente.

In particolare, merita d'essere segnalato come, nella giurisprudenza di legittimità, abbia trovato conferma una sentenza di merito che aveva accolto la domanda risarcitoria proposta da una società correntista a fronte dell'ottenimento, nella pendenza del termine di preavviso per la restituzione somme, di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e all'iscrizione di ipoteche giudiziali su beni della società e dei fideiussori che, nelle more, avevano adempiuto.¹⁰

¹⁰ Cass. Sez. I, 22.11.2000, n. 15066

Indubbiamente, il cliente che si affermi danneggiato non potrà, come invece sovente accade, limitarsi a denunciare l'abusività della condotta dell'intermediario e sollecitare il giudicante a liquidare in via equitativa il danno.

Al pari di ogni danno conseguenza, sarà invece onere del danneggiato offrire circostanziate e pertinenti allegazioni in merito, ad esempio, al pregiudizio patrimoniale conseguente all'esigenza di immediato rientro, al successivo accesso al credito presso altri istituti a condizioni deteriori (nel qual caso il danno liquidabile non potrà che essere parametrato al differenziale tra tassi di interessi debitori), ovvero, ancora, alle possibili voci di lucro cessante derivanti dal mancato impiego della provvista.

Vi è altresì chi ritiene che il recesso contrario a buona fede sia sanzionabile, oltre che in termini di risarcimento del danno subito dall'accreditato, anche con la declaratoria di inefficacia del recesso.

L'astratta possibilità di ricorrere a tale rimedio a fronte dell'esercizio contrario a buona fede del diritto di recesso è pacificamente riconosciuta, in via generale, nella giurisprudenza di legittimità e si ricollega all'evoluzione giurisprudenziale che, negli ultimi quindici anni, ha inteso così stigmatizzare l' "abuso del diritto".¹¹

Indubbiamente, appare in concreto tutt'altro che agevole, senza una non scontata spontanea ottemperanza della banca, non soltanto la ricostruzione contabile del rapporto per il periodo intercorrente tra l'esercizio (illegittimo) del recesso e la pronuncia giurisdizionale che ne accerti l'inefficacia (aspetto questo cui potrebbe senza difficoltà ovviare la consulenza contabile), ma soprattutto il ripristino in via

¹¹

Si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso (in applicazione di tale principio, è stata cassata la decisione di merito la quale aveva ritenuto insindacabile la decisione del concedente di recedere ad nutum dal contratto di concessione di vendita, sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto). Cass. Clv. Sez. 3, Sentenza n. 20106 del 18/09/2009

coattiva della provvista disponibile per la successiva operatività del rapporto creditizio, specie considerando che la preclusione da giudicato favorevole lascerebbe ovviamente impregiudicato un nuovo (ed eventualmente meglio motivato) esercizio del diritto potestativo per ogni possibile sopravvenienza astrattamente rilevante.

Nell'esperienza di chi scrive è di gran lunga preponderante l'opzione del correntista per la tutela risarcitoria, eventualmente accompagnata da domande inibitorie o di rettifica delle segnalazioni in C.R.

Andrea Valerio Cambi
magistrato ordinario