

NUOVE NORME SUI CONTRATTI BANCARI **A TUTELA DEI CLIENTI**

Estinzione anticipata dei mutui contratti per l'acquisto di determinati immobili, e clausole penali.

L'art. 7, comma 1, del D.L. 31 gennaio 2007 n. 7 (in G.U. n. 26 del giorno 1.2.2007), convertito in legge 2 aprile 2007 n. 40 (in G.U. n. 77 del 2.4.2007), prevede la nullità di *"qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, ivi incluse le clausole penali, con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche, sia tenuto ad una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante"*.

Si evidenzia, sinteticamente:

- la previsione di nullità di pattuizioni e clausole penali a carico del mutuatario in dipendenza dell'estinzione anticipata del debito;
- la nullità riguarda solo le clausole relative ai mutui (con esclusione quindi degli altri finanziamenti);
- nel testo originario del decreto legge veniva effettuato un riferimento espresso alla "banca mutuante", mentre nel nuovo testo risultante dalla legge di conversione si parla più genericamente di "soggetto mutuante". Ciò conduce alla conclusione che la sanzione di nullità riguarda le clausole eventualmente contenute in qualsiasi contratto di mutuo, stipulato sia con una banca, sia con altri soggetti "non bancari" (ad esempio, enti previdenziali, società finanziarie, soggetti privati). Un richiamo espresso al divieto *ex art. 7*, relativamente ai mutui concessi da enti previdenziali ai propri iscritti è contenuto nell'art. 13, comma 8-*quaterdecies*, del d.l. n. 7/2007;
- la nullità opera sia in relazione all'estinzione totale che a quella parziale;
- la medesima nullità riguarda tutti i contratti di mutuo stipulati dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 7/2007, e quindi a partire dal 2 febbraio 2007 (art. 7, comma 3);
- la nullità è parziale e - ai sensi dell'art. 7, comma 2 - non importa comunque mai la nullità del contratto (non deve essere quindi operata la valutazione di "essenzialità" ordinariamente richiesta dall'art. 1419, comma 1, c.c.); peraltro, in base all'orientamento della Corte di Cassazione, tale nullità parziale implica comunque illecito disciplinare del notaio ai sensi dell'art. 28 della legge notarile;
- in base alla previsione del comma 1 dell'art. 7, come modificato dalla legge n. 40/2007, la nullità riguarda solo i mutui che abbiano le seguenti caratteristiche:

1) - deve trattarsi di mutui contratti da una persona fisica (che agisca o meno nell'esercizio di impresa, arte o professione);

2) - devono essere mutui contratti per l'acquisto o la ristrutturazione di unità immobiliari (non si parla, invece, di mutui contratti per la "costruzione" di unità immobiliari, anche se interpretativamente quest'ultima fattispecie potrebbe, forse, ritenersi ricompresa nel divieto di cui alla disposizione in esame);

3) - le unità immobiliari di cui sopra devono essere adibite, alternativamente, ad abitazione, ovvero allo svolgimento dell'attività economica o professionale della persona fisica mutuataria;

- la legge parla, tra l'altro, di "abitazione", senza però richiamare né il concetto di "abitazione principale", né quello di "prima casa": ciò significa che qualsiasi utilizzo abitativo dell'immobile acquistato rientra nella previsione dell'articolo in esame;

- per "svolgimento dell'attività economica" deve intendersi l'attività d'impresa del mutuatario persona fisica (ad esempio, acquisto di locale ad uso negozio, magazzino, capannone, ecc., destinato all'attività d'impresa). L'immobile il cui acquisto è finanziato con il mutuo può essere ancora destinato allo "svolgimento dell'attività professionale" (ad esempio, acquisto di immobile ad uso studio professionale, o relativa pertinenza);

- al di fuori dei casi sopra previsti, l'inserimento delle clausole penali per anticipata estinzione rimane comunque problematico, alla luce della incerta interpretazione dell'art. 10 del d.l. n. 223/2006;

- non sembra comunque necessario, in nessun caso, inserire negli atti di mutuo la clausola sulla destinazione della somma mutuata, sia in positivo che in negativo (anche se una tale precisazione appare comunque opportuna);

- non sembrano in contrasto con la nuova previsione le clausole contrattuali che disciplinano l'imputazione dei pagamenti, anche in deroga all'art. 1194 c.c., ed eventualmente prevedano la necessità di imputare eventuali pagamenti parziali innanzitutto alle spese connesse al finanziamento e/o agli interessi o comunque ratei già scaduti;

- il riferimento, in alternativa, all'estinzione "anticipata" ovvero "parziale" del mutuo (rectius della "obbligazione") sembra riguardare sia il pagamento anticipato di un credito "non ancora scaduto", sia il pagamento appunto "parziale" dell'obbligazione anche se scaduta (il che consente, probabilmente, di valutare con una certa tranquillità le clausole che condizionano l'estinzione anticipata al pagamento dei "debiti già scaduti", per spese legali e giudiziali, interessi e debito per capitale);

- i commi da 5 a 7 prevedono una procedura per la rinegoziazione dei mutui precedentemente stipulati, che contengano le suddette penali, precisandosi che in capo al soggetto mutuante sussiste, nei termini ivi previsti, un vero e proprio obbligo di rinegoziazione;

- ai sensi dell'art. 8-bis del d.l. n. 7/2007, introdotto dalla legge n. 40/2007, "Nell'ambito dei rapporti assicurativi e bancari è fatto assoluto divieto di addebitare al cliente spese relative alla predisposizione, produzione, spedizione, o altre spese comunque denominate, relative alle comunicazioni di cui agli articoli 5, 7, 8 e 13, commi da 8-sexies a 8-terdecies, del presente decreto". Il divieto, come risulta dal testo normativo, riguarda il solo addebito di spese "relative alle comunicazioni" di cui, tra l'altro, all'art. 8 del decreto legge. A dire il vero, l'art. 7 non prevede espressamente alcuna comunicazione: deve ritenersi, peraltro, che l'art. 8-bis faccia riferimento alle sole comunicazioni necessarie per la gestione della "anticipata estinzione" del mutuo, con esclusione di altre non direttamente attinenti.

Rimane invariata la previsione dell'art. 10, comma 2, del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, come modificato dalla legge di conversione n. 248/2006, "*in ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e*

senza spese di chiusura". La disposizione - a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 7/2007 - ha portata residuale, e trova applicazione ai soli contratti bancari diversi dai mutui contratti per l'acquisto di unità immobiliari adibite ad abitazione o allo svolgimento di attività imprenditoriali o professionali.

Portabilità' del mutuo - Surrogazione per pagamento.

L'art. 8 del D.L. 31 gennaio 2007 n. 7 (in G.U. n. 26 del giorno 1.2.2007), convertito in legge 2 aprile 2007 n. 40 (in G.U. n. 77 del 2.4.2007), dispone testualmente:

1. In caso di mutuo, apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile.

2. Nell'ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

3. È nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1. La nullità del patto non comporta la nullità del contratto.

4. La surrogazione per volontà del debitore di cui al presente articolo non comporta il venir meno dei benefici fiscali.

4-bis. Nell'ipotesi di cui al comma 2 non si applicano l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 17 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, nè le imposte indicate nell'articolo 15 del medesimo decreto.

La norma si pone, sostanzialmente, anche qui l'obiettivo di agevolare il procedimento di "sostituzione" di un mutuo con altro concesso da diverso mutuante, eliminando gli ostacoli attualmente esistenti e diminuendone il costo.

Lo strumento a tal fine utilizzato è la surrogazione per pagamento (per volontà del debitore), quale disciplinata dall'art. 1202 del codice civile: meccanismo, questo, il cui funzionamento richiede, ai sensi della suddetta norma codicistica:

1) - che nel nuovo atto di mutuo sia indicata espressamente la relativa destinazione all'estinzione del mutuo precedente;

2) - che nella quietanza, rilasciata dal precedente creditore, si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata (dal nuovo mutuo).

Ricorrendo tali presupposti, il nuovo creditore mutuante è surrogato in tutti i diritti e garanzie già spettanti al precedente creditore. Il vantaggio, quindi, consiste nella possibilità di evitare l'iscrizione di una nuova ipoteca e la cancellazione della precedente (con relativi costi, anche notarili), procedendo alla mera surrogazione della seconda banca mutuante in luogo della prima.

Ai fini suddetti, è possibile procedere in due modi alternativi:

a) - facendo intervenire il precedente creditore, al fine di prestare la quietanza, nel nuovo atto di mutuo, in modo quindi da redigere un unico atto notarile, senza spese aggiuntive per la surrogazione che non fossero quelle relative all'annotazione prevista dall'art. 2843 c.c. (V. tale soluzione in PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, I, Milano, 2001, formula I.99.2);

b) - in alternativa, redigendo apposito "atto di quietanza", munito di forma autentica per costituire titolo idoneo all'annotazione prevista dal suddetto art. 2843 c.c.

L'art. 8 del d.l. in esame modifica in parte il panorama normativo preesistente, in quanto:

1) - per tutti i finanziamenti da parte di banche o società finanziarie (non solo i mutui, quindi), si prevede il diritto alla surrogazione del debitore senza che il creditore si possa opporre in presenza di un termine di rimborso a suo esclusivo favore o dell'inesigibilità attuale del credito (comma 1);

2) - si prevede espressamente la surrogazione nelle garanzie, con la precisazione che *"L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata"* (comma 2);

3) - si dichiara la nullità delle eventuali clausole che impediscano o rendano onerosa la suddetta surrogazione (ad esempio attribuendosi alla banca creditrice un potere di opporsi alla surrogazione per timore di azioni revocatorie relative al pagamento o per altre cause; o con la previsione contrattuale di clausole penali o simili) (comma 3). Non sembrano invece illegittime le clausole contrattuali che precludano l'adempimento del terzo (ex art. 1181 c.c.), considerato che, nella fattispecie disciplinata dall'art. 1202 c.c., il pagamento avviene ad opera del debitore, sia pure con provvista ricavata da un finanziamento concesso da un terzo;

4) - si prevede espressamente che la surrogazione non comporta "il venir meno dei benefici fiscali" (comma 4, che nella versione successiva alla conversione in legge non richiama più i benefici per la "prima casa").

La nullità dei patti ostativi alla surrogazione non risolve, però, il problema della disponibilità della nuova banca mutuante alla concessione di un mutuo garantito solo da ipoteca "surrogata" (situazione che potrebbe presentare rischi per la nuova banca, connessi all'opponibilità delle eccezioni relative al precedente rapporto). Ciò significa che la pratica operatività dell'istituto è comunque subordinata alla libera decisione del nuovo mutuante.

I problemi interpretativi nascono essenzialmente dalle disposizioni sopra indicate ai commi 2 e 4.

Quanto al comma 2, da un lato la previsione "senza formalità" sembrerebbe far intendere, a prima vista, che la quietanza del primo creditore non debba essere più redatta per atto notarile; ma tale lettura sembra poi smentita dalla successiva previsione che richiede "copia autentica" di atto pubblico o scrittura privata. Anche se la legge non lo dice espressamente, si ritiene comunque che debba trattarsi di scrittura privata autenticata: infatti il principio di autenticità è espressamente sancito - anche per le annotazioni - dagli artt. 2657 e 2656, e specificamente per le annotazioni ipotecarie dall'art. 2843, comma 3, c.c., e senza una deroga espressa (del tipo di quella prevista dall'art. 6 del decreto legge n. 7/2007 che espressamente menziona la "autentica notarile") non può ritenersi accantonato tale principio fondamentale, vero e proprio cardine del sistema ipotecario italiano. Anche perché sorgerebbero notevoli problemi connessi al controllo di legalità e di legittimazione del soggetto che rilascia la quietanza, non dissimili da quelli già descritti a proposito dell'art. 6, che rendono implausibile una tale lettura. D'altra parte, la legge richiede una "copia autentica", che non avrebbe senso se il documento originale non fosse autentico. In tal senso, del resto, è sempre stato interpretato il disposto dell'art. 2300, secondo comma, del codice civile, in base al quale - riguardo agli atti modificativi di società di persone - "se la modificazione dell'atto costitutivo risulta da deliberazione dei soci, questa deve essere depositata in copia autentica". Anche in questo caso non si dice che forma deve avere l'originale e si parla solo dell'autenticità della copia, eppure da sempre si ritiene, in conformità ai principi generali, che debba trattarsi di atto pubblico o di scrittura privata autenticata da notaio, ed in conformità a ciò si è orientata la prassi amministrativa. Infine, anche l'art. 2821 c.c., a proposito del titolo per l'iscrizione ipotecaria, parla di "scrittura privata" *tout court*, essendo l'autenticazione della medesima richiesta, in

conformità al più volte richiamato principio generale, dal successivo art. 2835 c.c. Questa lettura è stata accolta espressamente dalla Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 23 maggio 2007, prot. n. 41076.

La dizione "senza formalità", quindi, non può che riguardare gli altri aspetti del procedimento di annotazione; sembra che la disposizione implichi la non necessità della redazione, sull'apposito supporto informatico, della domanda di annotazione, e che quindi il conservatore debba procedere alla medesima annotazione sulla base di qualsiasi richiesta, presentata anche "informalmente", redigendo quindi "d'ufficio" la nota; ciò al fine di facilitare al mutuatario il perfezionamento dell'operazione di surrogazione. In questo senso anche la richiamata Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 23 maggio 2007, prot. n. 41076.

Quanto all'efficacia dell'annotazione di surrogazione, secondo la giurisprudenza essa ha valore costitutivo del trasferimento dell'ipoteca (con la conseguenza, ad esempio, che in caso di fallimento il suddetto trasferimento è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione, o nel caso in cui essa sia stata effettuata dopo il fallimento): cfr. Cass. 26 luglio 2004 n. 14003, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Credito fondiario*, n. 5; Cass. 9 settembre 2004 n. 18188, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2689; Cass. 21 marzo 2003 n. 4137, in *Fallimento*, 2004, p. 164; Cass. 12 settembre 1997 n. 9023, in *Vita not.*, 1998, p. 929; Cass. 7 maggio 1992 n. 5420, in *Vita not.*, 1992, p. 1172.

La suddetta efficacia costitutiva dell'annotazione comporta per il resto come conseguenza che il creditore surrogato beneficia della posizione e del grado che competeva al creditore surrogante: cosicché non sono opponibili al nuovo creditore le iscrizioni e trascrizioni prese successivamente all'iscrizione dell'ipoteca, anche se anteriormente all'annotazione di surrogazione.

L'ulteriore aspetto problematico è quello desumibile dal comma 4, sopra riportato: poiché non può, evidentemente, trattarsi delle "agevolazioni per l'acquisto della prima casa" relative all'imposta di registro o all'imposta sul valore aggiunto. Ma non può trattarsi neanche del trattamento di favore relativo all'imposta sostitutiva del mutuo (fissata nel 2% nel caso di mutuo contratto per l'acquisto di abitazione diversa dalla prima): infatti il trattamento dello 0,25% non è trattamento agevolato ma ordinario (semmai è maggiorato quello fissato al 2%), e soprattutto l'aliquota ridotta non è condizionata dal mantenimento di un determinato mutuo per un certo periodo di tempo, ma riguarda il diverso profilo della natura di prima o ulteriore abitazione del fabbricato al cui acquisto è finalizzato il mutuo. Neanche la disposizione può riguardare l'estinzione anticipata del finanziamento prima del termine di diciotto mesi e un giorno dalla sua accensione, perché è stato più volte chiarito che le successive vicende del finanziamento non incidono sul trattamento previsto dall'art. 15 del d.p.r. n. 601/1973. Potrebbe, allora, venire in considerazione l'art. 15, comma 1, lett. b), del d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917 (testo unico in materia di imposte sui redditi), a proposito della detrazione fiscale relative ad interessi ed oneri accessori, spettante in relazione al mutuo contratto per l'acquisto dell'abitazione principale, secondo cui "L'acquisto della unità immobiliare deve essere effettuato nell'anno precedente o successivo alla data della stipulazione del contratto di mutuo. Non si tiene conto del suddetto periodo nel caso in cui l'originario contratto è estinto e ne viene stipulato uno nuovo di importo non superiore alla residua quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e degli oneri correlati". Potrebbe, cioè, darsi che il legislatore abbia voluto consentire la perdurante detraibilità degli interessi contratti per il nuovo mutuo anche in assenza delle condizioni richieste dal suddetto art. 15, comma 1, lett. b) (quindi anche se il nuovo mutuo sia "superiore alla residua quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e degli oneri correlati". Ed in effetti, questa sembrerebbe l'unica

spiegazione plausibile per una disposizione - altrimenti destinata a rimanere priva di effetto - la cui adozione sembrerebbe imposta dall'esigenza di assicurare, in conformità al principio di conservazione degli atti normativi, un significato alla previsione legislativa.

Sempre sotto il profilo tributario, occorre infine rilevare che - secondo l'attuale orientamento dell'amministrazione finanziaria (Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 27 dicembre 2002, n. 12/T) - l'operazione di surrogazione usufruisce del trattamento tributario agevolato previsto dall'art. 15 del d.p.r. n. 601/1973 (anche ai fini dell'annotazione da effettuarsi ai sensi dell'art. 2843 c.c.), unicamente nel caso in cui la nuova operazione di finanziamento che dà luogo alla surrogazione usufruisca, in quanto finanziamento bancario a medio o lungo termine, delle suddette agevolazioni.

Occorre infine rilevare che, ai sensi del comma 4-bis dell'art. 8 in commento, "*Nell'ipotesi di cui al comma 2 non si applicano l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 17 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, nè le imposte indicate nell'articolo 15 del medesimo decreto*". Ciò sembra comportare - nell'ottica della tutela del soggetto finanziato, propria del decreto in commento - la conseguenza che il nuovo mutuo sia esente sia da imposta sostitutiva, sia dalle altre imposte (registro, ipotecaria, bollo, ecc.) "sostituite" ai sensi degli artt. 15 e seguenti del d.p.r. n. 601/1973. Secondo la Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 23 maggio 2007, prot. n. 41076, trova unicamente applicazione la tassa ipotecaria dovuta per l'annotazione a margine dell'iscrizione.

Diritto di recesso senza spese o penalità negli altri contratti bancari.

Ai sensi dell'art. 10, comma 2, del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, come modificato dalla legge di conversione n. 248/2006, "*in ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura*".

La disposizione - a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 7/2007 - ha portata residuale, e trova applicazione ai soli contratti bancari diversi dai mutui contratti per l'acquisto di unità immobiliari adibite ad abitazione o allo svolgimento di attività imprenditoriali o professionali.

Questa disposizione ha posto il problema della compatibilità, con essa, delle previsioni contrattuali che prevedano, nei mutui bancari, un compenso, a favore della banca, per l'anticipata estinzione del finanziamento. La versione originaria del suddetto art. 10, contenuta nel d.l. n. 223/2006 prima della conversione in legge, indicava nella rubrica "Condizioni contrattuali dei conti correnti bancari". L'attuale rubrica dell'art. 10 ("Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali") non appare chiara riguardo alla previsione del secondo comma (come *infra* motivato); tuttavia, la modifica legislativa tende, evidentemente, ad estendere anche ai contratti bancari diversi da quello di conto corrente il divieto di percepire spese di chiusura. Che il mutuo sia un contratto di durata viene poi comunemente affermato dalla giurisprudenza; basti ricordare, tra le altre, Cass., sez. I, 21 ottobre 2005, n. 20449, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Credito fondiario*, n. 8; Trib. Napoli, 1 marzo 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 612; Trib. Modica, 13 novembre 1987, in *Giur. merito*, 1989, p. 36.

L'ambito di applicazione della disposizione è, comunque, controverso. Nell'originario emendamento governativo, questa disposizione rappresentava l'ultimo comma del novellato art. 118 del t.u.b., e quindi non era dubbio che essa si riferisse solamente alle ipotesi di recesso giustificate dall'esercizio unilaterale dello *ius variandi* da parte della banca. Nel testo definitivo, invece, la disposizione è stata estesa dall'art. 118, dando luogo così ad un dubbio interpretativo, che legittima tre possibili, diverse letture della nuova disposizione:

a) - secondo una prima possibile interpretazione, poiché il secondo comma dell'art. 10 si colloca comunque in un articolo di legge la cui rubrica è "modifica unilaterale delle condizioni contrattuali", il divieto di penalità e spese di chiusura potrebbe applicarsi solamente al recesso esercitato in conformità all'art. 118 t.u.b., in corrispondenza cioè dell'esercizio dello *ius variandi* unilaterale della banca. Contro questa lettura, peraltro, depone, oltre all'estraneità della disposizione dell'art. 10, comma 2, rispetto al testo unico bancario, il fatto che la previsione "senza spese" è già contenuta nel nuovo art. 118 t.u.b.;

b) - secondo una diversa interpretazione, che valorizzi l'espressione "in ogni caso", oltre all'extrapolazione del comma in esame dal testo dell'art. 118 t.u.b., il divieto di penalità e spese di chiusura troverebbe applicazione a tutte le ipotesi di recesso spettanti al cliente della banca in dipendenza della legge o di una pattuizione contrattuale (in tal senso, in dottrina, IURILLI, *Ius variandi e Testo unico bancario. La nuova formulazione dell'art. 118, e l'art. 10 del c.d. "Decreto Bersani". Una proposta interpretativa (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2007, p. 131);

c) - un'interpretazione ancora più estensiva potrebbe far leva sull'estraneità della disposizione dell'art. 10, comma 2, rispetto al testo unico bancario, nonché sulla sua collocazione nel titolo I del d.l. n. 223/2006, genericamente dedicato alla tutela dei consumatori e della concorrenza, per sostenerne l'applicabilità a tutte le ipotesi di recesso legale o convenzionale da contratti di impresa, nei quali una delle parti sia un imprenditore e la controparte, anche se non consumatore, non agisca comunque nell'esercizio di impresa;

d) - secondo una ulteriore possibile interpretazione, la disposizione potrebbe riguardare tutti i casi in cui il diritto di recesso anticipato spetti al cliente della banca in virtù di una disposizione di legge (vi sarebbero ricompresi, quindi, i casi dei contratti bancari a tempo indeterminato, nonché quelli in cui il diritto di recesso è previsto da una norma speciale, ad es. l'art. 40 del d. lgs. n. 385/1993 in relazione ai finanziamenti fondiari);

e) - una diversa lettura potrebbe valorizzare il canone interpretativo *lex generalis non derogat legi speciali* (pur con i dubbi nascenti dalla locuzione "in ogni caso"), e quindi ritenere che il divieto di penalità di cui all'art. 10, comma 2, del d.l. n. 223/2006, si applichi a tutte le ipotesi di recesso legale o convenzionale dai contratti bancari, ivi compresi quindi i contratti di mutuo, con esclusione dei casi in cui lo stesso compenso è legittimato da una norma speciale (quale quella dell'art. 40, comma 1, del d. lgs. n. 385/1993, in relazione ai finanziamenti fondiari);

f) - un'interpretazione ancora diversa è stata avanzata dal Ministero dello sviluppo economico, ad avviso del quale la norma troverebbe applicazione ai soli contratti a tempo indeterminato (nei quali il diritto di recesso spetta *ex lege*), con esclusione quindi dei mutui bancari (sia quelli ordinari, in quanto a tempo determinato, sia quelli fondiari, essendo in tal caso il diritto di recesso disciplinato da una norma speciale, quella ricavabile dall'art. 40 t.u.b.): cfr. in tal senso la *Nota del Ministero per lo sviluppo economico* in data 21 febbraio 2007, prot. n. 0005574, pubblicata su *Il Sole 24 Ore* dei giorni 23 e 24 febbraio 2007. Quest'ultima interpretazione appare forse la più plausibile, anche se qualche dubbio residua in ordine all'affermata esclusione *tout court* del mutuo (che pure è contratto di durata), in relazione all'espressione "in ogni caso" contenuta nell'art. 10, comma 2, del d.l. n. 223/2006.

La difficoltà interpretativa della disposizione comporta comunque l'impossibilità di applicare alla clausola che preveda una penale o compenso per anticipata estinzione l'art. 28 della legge notarile, che in base alla giurisprudenza ormai consolidata richiede che il divieto di legge sia "espresso", o comunque che lo stesso possa desumersi da dottrina e giurisprudenza consolidate.

Variazioni unilaterali delle condizioni contrattuali nei contratti bancari.

L'art. 10, comma 1, del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, come modificato dalla legge di conversione n. 248/2006, sotto la rubrica "modifica unilaterale delle condizioni contrattuali", modifica l'art. 118 del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (testo unico bancario), disposizione avente ad oggetto tutti i contratti bancari.

Il nuovo art. 118, comma 1, stabilisce che "Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma, del codice civile".

La norma richiede quindi, a differenza che in passato, un "giustificato motivo" al fine di esercitare lo *ius variandi unilaterale*, che riguarda espressamente anche i tassi di interesse. In assenza di distinzioni nella lettera della legge, la previsione non appare applicabile alla variazione dei tassi dipendente dall'aggancio a parametri di indicizzazione (che non è *ius variandi* in senso proprio).

Sono invece ricomprese nella nuova disciplina dello *ius variandi* - e richiedono quindi l'indicazione di un giustificato motivo - le clausole, ricorrenti nei mutui bancari, che prevedono la variazione unilaterale delle spese e commissioni accessorie del finanziamento (avvisi di scadenza rate, compensi per cancellazioni, frazionamenti e svincoli di ipoteche, ecc.).

Ai sensi dei successivi commi del medesimo art. 118, "Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: 'Proposta di modifica unilaterale del contratto', con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.

Ai fini della corretta redazione delle clausole contrattuali, si evidenzia che la nuova formulazione dell'art. 118 t.u.b. è da coordinarsi con il preesistente art. 117, comma 5, del medesimo t.u.b. Una clausola tipo potrebbe essere: "*A norma dell'art. 117, comma 5, del T.U., il mutuatario approva specificatamente che nel periodo di ammortamento del mutuo possono variare, anche in senso ad esso mutuatario sfavorevole, oltre al tasso contrattualmente previsto, ogni altra spesa indicata nel presente contratto e relativi allegati, comunque nel rispetto dell'art. 118 T.U.*".

Gaetano Petrelli