

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2017

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Appunti sulla distribuzione di mutui indicizzati a una valuta estera

1. Il contenzioso sul mutuo indicizzato (o denominato) in Franchi svizzeri.

Dagli anni novanta del secolo scorso, nel mercato bancario europeo (e, in particolare, nei paesi dell'ex blocco sovietico) si è diffuso un prodotto - il mutuo indicizzato o denominato in franchi svizzeri - che ha generato una discreta mole di contenzioso, in ragione degli ingenti (e imprevisti) oneri economici caricati sui mutuatari ⁽¹⁾. Nel prodotto bancario di credito indicizzato, le clausole che connotano il finanziamento sono tre: *i*) anzitutto, il mutuatario si impegna a versare in valuta corrente (euro) interessi corrispettivi calcolati mediante una clausola di indicizzazione al tasso interbancario elvetico (che sovente è rappresentato dal LIBOR CHF 6 mesi); *ii*) è, poi, previsto che le rate siano oggetto di conversione valutaria, attraverso la periodica liquidazione tra le parti della differenza tra la rata calcolata applicando il tasso di cambio convenzionale tra euro e franco svizzero, stabilito al momento della accensione del finanziamento, e quella ricavata in ragione del tasso di mercato, rilevato in occasione di ciascuna scadenza contrattuale; *iii*) infine, è previsto che in caso di estinzione anticipata ⁽²⁾ del mutuo operi un analogo meccanismo di conversione valutaria applicato al capitale residuo da restituire.

¹ La diffusione nel mercato unico del prodotto bancario oggetto della presente nota è testimoniata dall'interesse che esso ha suscitato in sede europea: v. ad es. *Lord Hill's reply in the European Parliament on 12th May 2016 to oral Question 37/2016 on Foreign Currency Loans*, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/hill/announcements/statement-european-parliament-foreign-currency-loans_en. Cfr., inoltre, Conclusioni A.G. Wahl, 12.2.2014, C-26/13, Käsler, § 1. L'eco su questo particolare prodotto è tale che risultano operare a livello europeo *network* di associazioni a tutela dei consumatori specificamente dedicati: v. ad es. <http://www.fxloans.org/>.

² In generale, sulla disciplina relativa all'estinzione anticipata dei mutui: v. DOLMETTA-SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di estinzione anticipata nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 523 ss.

È su quest'ultima pattuizione che si è focalizzata la casistica giurisprudenziale italiana ⁽³⁾, che, a partire dal gennaio 2017, si sta moltiplicando con esiti non armonici. Va precisato, fin da subito, che tali decisioni si aggiungono (e, sovente, si sovrappongono) a quelle, assai copiose, dell'Arbitro bancario e finanziario ⁽⁴⁾.

È opportuno altresì puntualizzare che il ricorso all'A.G.O. si è reso necessario, poiché l'inadempimento dell'intermediario alla decisione dell'A.B.F. non è suscettibile di attuazione coattiva, bensì solo oggetto di pubblicazione sul sito dell'Arbitro bancario e finanziario e su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale (v. art. 6, Delibera CICR, 29 luglio 2008, n. 275 e BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, 2 novembre 2016, 21). Una sanzione reputazionale che, almeno in questo caso, non è stata in grado di indurre gli intermediari a un'ottemperanza spontanea alle decisioni del collegio arbitrale.

In particolare, nella prima decisione in ordine di tempo, il Tribunale di Roma, ha aderito al più recente (e ormai consolidato) orientamento dell'A.B.F. ⁽⁵⁾ e, così, accolto la domanda del mutuatario volta alla declaratoria di nullità della clausola che applica il meccanismo di conversione valutaria all'estinzione anticipata del mutuo. Tale clausola è stata reputata abusiva ex artt. 33 ss. cod. cons., nonché contraria alla disciplina della trasparenza bancaria (artt. 115 e 116 t.u.b.), con conseguente condanna dell'intermediario alla restituzione di quanto indebitamente percepito. La particolare

³ V., in particolare, Trib. Roma, ord., 3.1.2017, in *NGCC*, 2017 (in corso di pubblicazione); Trib. Padova, 11.1.2017, n. 65 (tale decisione, invero, pur riguardando un mutuo indicizzato al franco svizzero, non considera gli specifici profili critici dell'indicizzazione valutaria); Trib. Busto Arsizio, 10.3.2017, n. 375 (in questo caso il G. ha condannato la banca alla restituzione di importi sulla base di valutazioni tecniche del CTU non riportate in modo chiaro nella motivazione, dalle quali si desume altresì in *obiter* l'interpretazione del contratto diretta ad escludere l'applicazione del meccanismo di conversione alla clausola di estinzione anticipata del mutuo); Trib. Milano, 9 giugno 2017, n. 6520.

⁴ Al riguardo, oltre alle decisioni citate nelle pagine successive (tutte reperibili su www.arbitrobancariofinanziario.it): v. MENDOLA, *Estinzione anticipata di mutui indicizzati al tasso svizzero e tutela del consumatore negli orientamenti dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in questa *Rivista*, 2016, 1 ss.

⁵ Cfr., fin da ora, A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, 20.5.2015, n. 4135.

autorevolezza delle decisioni dell'Arbitro bancario e finanziario - e il fatto che tale organo, proprio in relazione al medesimo rapporto, avesse già intimato alla banca la restituzione degli importi ⁽⁶⁾ - oltre a giustificare una decisione motivata in modo assai succinto hanno fatto sì che il giudice abbia sanzionato la banca, con una esemplare condanna *ex art. 96, comma 3 c.p.c.* per resistenza temeraria ⁽⁷⁾.

Diametralmente antitetico è l'orientamento più recente del Tribunale di Milano, che ha ritenuto pienamente comprensibile, e quindi valido, il meccanismo di conversione applicato vuoi al calcolo del conguaglio delle rate, vuoi in occasione dell'estinzione anticipata del mutuo. Nella sostanza, l'indicizzazione viene considerata non abusiva, anche perché viene rilevato in fatto che l'applicazione di tale meccanismo consentiva l'applicazione dei tassi di interesse legati al Franco svizzero che, all'epoca in cui il prodotto era distribuito sul mercato, erano più bassi di quelli legati alla valuta avente corso legale (lira o euro), così determinando una immediata convenienza per il mutuatario, bilanciata dall'assunzione del rischio valutario, opportunamente segnalata nel testo del contratto e nella documentazione precontrattuale ⁽⁸⁾. Appare significativo che, a differenza del Tribunale di Roma, il Giudice milanese, in una prospettiva per certi versi "solipsistica", non fa riferimento alle decisioni dell'A.B.F., né a quelle della Corte di Giustizia UE.

Una così marcata differenza di valutazioni da parte della giurisprudenza di merito rende opportuno un approfondimento dei problemi che solleva la clausola di conversione valutaria.

⁶ V. la già citata A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, *cit.*, n. 4135/2015.

⁷ Le difese della banca, bollate a più riprese come «faziose» e «prive di ogni benché minimo fondamento giuridico», hanno integrato, secondo il Tribunale di Roma, la «mala fede» nel resistere in giudizio animata da finalità solo dilatorie, tanto da determinare una quantificazione del danno pari a circa il 10% del *petitum* complessivo, oltre a una liquidazione piuttosto generosa delle spese di lite, anch'essa evidentemente funzionale a un intento punitivo nei confronti della resistente.

⁸ Trib. Milano, 9 giugno 2017, n. 6520, *cit.*, 13 s.

2. La clausola di indicizzazione valutaria. Problemi.

La clausola del mutuo, che costituisce il principale oggetto di contestazione, disciplina il rimborso anticipato del finanziamento nei seguenti termini: «ai fini del rimborso anticipato, il capitale restituito, nonché gli eventuali arretrati che fossero dovuti, verranno calcolati in Franchi Svizzeri in base al “tasso di cambio convenzionale”, e successivamente verranno convertiti in Euro in base alla quotazione del tasso di cambio FRANCO SVIZZERO/EURO rilevato sulla pagina FXBK del circuito REUTERS e pubblicato su “Il Sole24Ore” nel giorno dell’operazione di rimborso»⁽⁹⁾. Tale pattuizione, con terminologia imprecisa e sintassi tortuosa, introduce un articolato meccanismo di calcolo della somma da rimborsare a carico del mutuatario, funzionale ad allocare su quest’ultimo il medesimo rischio valutario, che connota il pagamento delle rate.

Come rilevato dall’A.B.F., la formulazione del testo contrattuale è infelice e approssimativa, anzitutto, perché il sintagma «capitale restituito» non è da intendere in senso letterale (ossia la quota di capitale già rimborsata dal mutuatario attraverso il periodico pagamento delle rate), bensì quale impreciso riferimento al capitale residuo da restituire. Il Tribunale di Milano, in una decisione precedente resa ad esito di un’azione inibitoria *ex art. 140 cod. cons.*, ha ritenuto che la superficialità lessicale fosse decisiva per ravvisare la violazione del requisito di chiarezza della clausola (art. 35 cod. cons.), giacché «una simile inesattezza ben potrebbe essere fonte di non corrette valutazioni economiche da parte dei consumatori e, per ciò stesso, contravviene a quei doveri di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, che sono maggiormente avvertite in ambito consumeristico ed impongono all’operatore professionale un onere di diligenza particolarmente stringente ed idoneo a colmare la normale asimmetria informativa nel rapporto con il cliente»⁽¹⁰⁾.

⁹ Il testo della clausola si ricava dalle decisioni dell’A.B.F.: v. ad es. A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, *cit.*, n. 4135/2015.

¹⁰ Cfr. Trib. Milano, ord., 16.11.2015, (procedimento R.G. n. 47185/2015), reperibile su www.altroconsumo.it. Nel caso di specie, il Tribunale non ha concesso l’inibitoria in quanto non ha ravvisato la sussistenza dei motivi d’urgenza richiesti dall’art. 140 cod. cons.

Invero, essendo evidente che, in ragione dell'interpretazione complessiva del contratto (art. 1363 c.c.), l'oggetto della clausola non può che riguardare il rimborso del capitale *residuo* dovuto dal mutuatario in occasione dell'estinzione anticipata, l'ambiguità di questo elemento appare superabile⁽¹¹⁾.

L'attenzione si deve piuttosto concentrare sul cuore del contenuto economico della pattuizione, che determina un'infrequente esposizione al rischio di cambio del mutuatario, problematica sotto diversi profili. Più precisamente, la clausola in esame impone al mutuatario, che decida di rimborsare anticipatamente il mutuo, di restituire un ammontare ricavato dalla somma algebrica tra il capitale residuo espresso in euro e il risultato della differenza tra il capitale residuo espresso in franchi svizzeri al tasso di cambio convenzionale e la medesima cifra convertita al tasso di cambio ufficiale alla data dell'estinzione. In sostanza, il mutuatario è esposto al rischio di apprezzamento della valuta elvetica, mediante l'introduzione della componente aleatoria, accessoria all'obbligazione di rimborso. Non è superfluo puntualizzare che una pattuizione siffatta non distribuisce l'alea di fluttuazione del cambio in modo unilaterale, giacché il mutuatario, così come è esposto al rischio di maggiori esborsi in relazione all'aumento del tasso euro/franco svizzero, ricaverà un risparmio identico nell'ipotesi di una sua diminuzione. A ciò si aggiunge la circostanza, più volte sottolineata dal Tribunale di Milano⁽¹²⁾, che l'indicizzazione alla valuta elvetica consentiva l'applicazione di un tasso di interesse (Libor CHF) più vantaggioso per il mutuatario e, perciò, in grado di assorbire (sia pur parzialmente) il maggior rischio assunto.

Ad ogni modo, il riconoscimento dell'alea giuridica⁽¹³⁾ che connota la clausola di conversione determina, anzitutto, l'inapplicabilità del rimedio diretto a riequilibrare l'eccessiva onerosità sopravvenuta di una prestazione contrattuale (art. 1467 c.c.),

¹¹ Così, anche, A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, 20.11.2014, n. 7727, 6 s.,

¹² Trib. Milano, 9 giugno 2017, n. 6520, *cit.*, 13 s.

¹³ Sull'alea giuridica (ossia quella tipica dei contratti aleatori), anche per ulteriori riferimenti, v. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, a cura di Gitti-Delfini-Maffeis, con la collaborazione di Dalmartello-Ferrari, Giuffrè, 2016, 798 ss.

così come affermato dalla prevalente dottrina⁽¹⁴⁾ e dal diritto vivente⁽¹⁵⁾.

La problematicità dell'inserimento di una simile pattuizione emerge piuttosto su piani differenti.

Anzitutto, e in una prospettiva generale, in relazione alla correttezza precontrattuale e *in executivis* dell'intermediario. Prospettiva che declinata, come nel caso di specie, nel contesto della disciplina della contrattazione con i consumatori, assume un significato affatto peculiare (v. *infra*, § 3). A tali indicazioni si aggiunge l'angolo visuale della finanza che suggerisce un'ulteriore qualificazione della clausola in discorso alla stregua di uno strumento finanziario derivato implicito (*embedded*) (v. *infra*, § 4). È, pertanto, opportuno esaminare tali profili nell'ordine indicato giacché, come si vedrà, è dalla soluzione del primo che si traggono argomenti per escludere la rilevanza del secondo profilo di indagine.

3. Chiarezza e comprensibilità della clausola di indicizzazione: il problema della prospettiva della valutazione di trasparenza.

Come anticipato, il Tribunale di Roma ha reputato il meccanismo di conversione valutaria della somma dovuta dal mutuatario in occasione dell'estinzione anticipata del mutuo contrario «ai principi di trasparenza, pubblicità e chiarezza di cui agli artt. 115 e 116 t.u.b. nonché a quelli degli artt. 33 e ss. del Codice del Consumo» e, per

¹⁴ La dottrina maggioritaria esclude l'applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta al mutuo in ECU: v. ad es. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, *I rimedi*, a cura di Roppo, Giuffrè, 2006, 682.

¹⁵ V. ad es. Cass., 29.5.2012, n. 8548, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 628 ss., con nota di DALMARTELLO, *Osservazioni a Cass. 29 maggio 2012, n. 8548: mutuo bancario, ius variandi e tasso di interessi*. L'aleatorietà del meccanismo di conversione è riconosciuta da A.B.F. ROMA, 14.8.2014, n. 5250. Talvolta, si incontra l'affermazione (v. ad es. A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, n. 4135/2015, 6) – che peraltro non dovrebbe rivestire alcun peso argomentativo – che la clausola in questione comporterebbe una doppia alea per il mutuatario, richiedendo una duplice conversione degli importi (al tasso convenzionale, prima e, successivamente, a quello rilevante al momento dell'estinzione): l'affermazione non pare condivisibile, giacché la componente propriamente aleatoria è soltanto quella governata dall'applicazione del tasso di cambio soggetto a fluttuazioni, essendo quello convenzionale cristallizzato nel contratto al momento della sua conclusione.

queste ragioni, inoperante in quanto nulla la clausola che lo prevede. Viceversa, il Tribunale di Milano non ha ravvisato tali profili critici: del resto che tale approdo non fosse da ritenere pacifico emerge dall'evoluzione degli orientamenti dell'A.B.F. in materia.

In una prima fase, la giurisprudenza arbitrale ha ritenuto la formulazione della clausola sufficientemente chiara, al di là dell'imprecisione lessicale già segnalata⁽¹⁶⁾. In questa direzione si muove altresì l'argomentazione della più recente decisione del Tribunale di Milano, allorché fa espresso riferimento alla chiarezza delle singole pattuizioni e quella del contenuto della documentazione precontrattuale consegnata al cliente dalla banca (ad es., il documento di sintesi e il foglio informativo) concludendo che «le clausole ricordate risultano articolate facendo inevitabile ricorso a tecnicismi, i quali, tuttavia, risultano indispensabili al fine di descrivere un prodotto contrattuale che, proprio in considerazione dell'indicizzazione a una valuta differente da quella avente corso legale, non può che risultare complesso e implicante soluzioni tecniche elaborate»⁽¹⁷⁾.

In aperto contrasto con tale orientamento, si è innestata (sempre in seno all'A.B.F.) una seconda linea interpretativa⁽¹⁸⁾ in virtù della

¹⁶ Reputano lecita la clausola di indicizzazione: A.B.F. MILANO, 18.1.2013, n. 382; A.B.F. ROMA, 15.10.2012, n. 3292; A.B.F. ROMA, 20.8.2013, n. 4447; A.B.F. MILANO, 31.10.2014, n. 7201; A.B.F. MILANO, 9.4.2014, n. 2134; A.B.F. NAPOLI, 25.3.2014, n. 1778; A.B.F. MILANO, 21.3.2014, n. 1693; A.B.F. MILANO, 12.3.2014, n. 1499; A.B.F. MILANO, 28.1.2014, n. 466; A.B.F. MILANO, 6.5.2013, n. 2493; A.B.F. MILANO, 23.11. 2012, n. 3895; A.B.F. ROMA, 15.10.2012, n. 3292; A.B.F. MILANO, 12.9.2012, n. 2974; A.B.F. MILANO, 1.12.2011, n. 2606; A.B.F. NAPOLI, 3.11.2011, n. 2374; A.B.F. NAPOLI, 16.8.2011, 1732. Alcune decisioni hanno rimarcato, poi, il fatto che il testo contrattuale fosse consacrato nelle forme pubbliche dell'atto notarile, con conseguente adeguata verifica della liceità delle pattuizioni da parte del pubblico ufficiale V., ad es., A.B.F. NAPOLI, 3.11.11, n. 2374; in altro contesto: A.B.F. NAPOLI, 16.9.2015, n. 7355. Più in generale v. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, 285 ss.

¹⁷ Trib. Milano, 9 giugno 2017, n. 6520, *cit.*, 15.

¹⁸ Vi sono decisioni non riconducibili ai due orientamenti indicati del testo. Ad esempio, l'interpretazione *contra proferentem* è accreditata da A.B.F. Milano, 9.3.2012, n. 707 (*contra* A.B.F. Napoli n. 1778/2014, 5 ss., che esclude la possibilità di applicare l'art. 1370 c.c. e ricostruisce il significato della clausola in base a una valutazione complessiva del testo contrattuale). Riscontra, invece, una violazione della disciplina speciale di trasparenza dei prodotti bancari: A.B.F. Milano n.

quale, rilevata l'ambiguità lessicale del testo contrattuale, sono state ricavate alcune conseguenze sotto il profilo delle regole di comportamento *in executivis* (art. 1375 c.c.) dell'intermediario, attraverso una precisa concretizzazione della clausola generale di buona fede⁽¹⁹⁾. In questa prospettiva, la scarsa comprensibilità della pattuizione non ne determinerebbe la nullità, bensì imporrebbe alla banca un preciso obbligo di informare tempestivamente il cliente «onde evitare che, non avendo consapevolezza dell'effettiva entità della rivalutazione della somma da rimborsare, potesse essere indott[o], come in effetti è avvenuto a chiedere l'estinzione anticipata del mutuo»⁽²⁰⁾. Con la conseguenza che la violazione del precetto di buona fede determinerebbe l'obbligo della banca di ristorare le conseguenze dannose causalmente riconducibili all'inadempimento e concretamente individuate in una parte dei maggior oneri economici sopportati dal cliente⁽²¹⁾. In definitiva, un'ipotesi ricostruttiva che, valorizzate le regole di comportamento dell'intermediario, si astiene dal trarre conseguenze in punto di validità della clausola, in ossequio alla persistenza del tradizionale principio di non interferenza tra i due piani⁽²²⁾.

2493/2013, 5, che dalla rilevata violazione non ricava alcuna conseguenza circa la validità della clausola. In questa direzione, v. anche: A.B.F. Milano, 28.1.2014, n. 466; A.B.F. Milano, 31.10.2014, n. 7201; A.B.F. Napoli, 17.4.2012, n. 1170.

¹⁹ A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, *cit.*, n. 7727/2014, 9 ss.

²⁰ A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, *cit.*, n. 7727/2014, 9.

²¹ A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, 20.11.2014, n. 7727, 9 ss., la quale ravvisa altresì un errore nel calcolo delle somme dovute a titolo di rivalutazione del capitale da restituire anticipatamente; cfr., inoltre, A.B.F. ROMA, 14.8.2014, n. 5250, 11, la quale rileva l'improprietà della denominazione del contratto, ove difettava il riferimento all'elemento aleatorio. In questi termini si esprime anche Trib. Roma, 3.1.2017, *cit.*, allorché valorizza il fatto che la denominazione del contratto non chiarisce la sussistenza dell'elemento aleatorio derivante dalla clausola di conversione valutaria.

²² V. v. le celebri Cass., SS.UU., 19.12.2007, n. 26724, 26725, in *NGCC*, 2008, I, 432 ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*. Sulla non interferenza tra regole di validità e comportamento: v. sottolineando il fondamento giuspolitico della tesi tradizionale e il rapporto di essa con l'ambito della nullità virtuale: D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Giuffrè, 2011, 810, ove ulteriori riferimenti; *contra*, in una differente prospettiva, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, ESI, 2013, *passim*.

Nondimeno, tale impostazione non sembra valorizzare in modo adeguato la inadeguata trasparenza della clausola relativa alle conseguenze dell'estinzione anticipata nella prospettiva della disciplina di protezione dei consumatori. Più in particolare, benché espressamente richiamato dal Collegio di Coordinamento dell'A.B.F. (decisione n. 7727/2014), appare tradito nella sostanza l'orientamento della giurisprudenza europea che ha impresso una netta evoluzione al principio di trasparenza (ossia al precetto di chiarezza e comprensibilità) delle clausole abusive. Si intende fare riferimento alle sentenze che, a partire dal 2013, hanno riconosciuto la necessità di interpretare il canone di trasparenza in senso *sostanziale*, invece di privilegiare un monotono e formale riesame della chiarezza sintattica e lessicale degli enunciati pattizi⁽²³⁾. In particolare, proprio in relazione a fattispecie analoga⁽²⁴⁾ a quella oggetto delle presenti note, la S.C. del Lussemburgo ha affermato che «è necessario intendere il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile nel senso di imporre non soltanto che la clausola in questione sia intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo (...) di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano »⁽²⁵⁾ e ha concluso rimettendo al giudice *a quo* la valutazione della non vincolatività della clausola di conversione valutaria in un mutuo in moneta estera.

Preso atto dello sviluppo del diritto vivente, la questione è stata rimessa nuovamente al Collegio di Coordinamento dell'Arbitro

²³ v. CGUE, 21.3.2013, RWE Vertrieb, C-92/11; CGUE 30.4.2014, Kàsler, C-26/13, in *Contratti*, 2014, 853 ss., con nota di PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e A.B.F.: il "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*; cfr., inoltre, il commento di D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *dirittocivilecontemporaneo.it*, 2014; CGUE, 9.7.2015, Bucura, C-348/14; CGUE, 23.4.2015, Van Hove, C-96/14.

²⁴ Per una precisazione circa l'esatta fattispecie sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia UE v. *infra*.

²⁵ Così CGUE 30.4.2014, *cit.*, § 75

Bancario e Finanziario (²⁶), che sulla scia del precedente europeo ha rilevato *ex officio* (art. 36 cod. cons.) la nullità della clausola, osservando che nel testo contrattuale (così come nella documentazione precontrattuale) difettava un'esemplificazione delle «operazioni aritmetiche» necessarie al fine di eseguire la conversione.

Invero, sembra opportuna al riguardo una precisazione. Non va trascurato che della trasparenza, sia pur intesa in senso sostanziale (e dunque tesa a far comprendere al consumatore la sostanza economica dell'operazione contrattuale), si può comunque dare un'interpretazione più rigorosa: quel che conta, in definitiva, è il *parametro* di riferimento – ossia le capacità cognitive di chi è tenuto a comprendere – con il quale si raffronta la comprensibilità della pattuizione contrattuale. In questi termini, si spiega probabilmente l'orientamento del Tribunale di Milano che ha reputato adeguati alle capacità cognitive dei mutuatari i contenuti delle clausole contrattuali, del foglio informativo e del documento di sintesi (²⁷), pur ammettendo che tali documenti fanno uso di «tecnicismi», considerati però inevitabili e indispensabili (²⁸). Difficile escludere che il giudice abbia

²⁶ A.B.F., COLLEGIO DI COORDINAMENTO, 20.5.2015, n. 4135, ripresa testualmente dalle tre decisioni gemelle: A.B.F. COLLEGIO DI COORDINAMENTO, 29.7.2015, nn. 5855, 5866, 5874. Riprendono le motivazioni del Collegio di Coordinamento A.B.F. ROMA, 12.1.2017, n. 89; A.B.F. NAPOLI, 24.8.2016, n. 7123; A.B.F. NAPOLI, 15.7.2016, n. 6470; A.B.F. ROMA, 7.7.2016, n. 6165; A.B.F. ROMA, 16.6.2016, n. 5688; A.B.F. NAPOLI, 19.5.2016, n. 4649; A.B.F. MILANO, 17.5.2016, n. 4501; A.B.F. NAPOLI, 3.5.2016, n. 4039, 4, ove in un inciso si percepisce una certa insoddisfazione per l'ormai consolidato orientamento dell'A.B.F.; A.B.F. NAPOLI, 28 gennaio 2016, n. 809. Si sono espresse nel senso dell'invalidità della clausola, prima dell'intervento del Collegio di coordinamento: A.B.F. NAPOLI, 17.4.2012, n. 1170, in; A.B.F. ROMA, 14.8.2014, n. 5250.

²⁷ È la stessa Corte di Giustizia UE a ravvisare un nesso tra la trasparenza e la documentazione precontrattuale: così v. CGUE 30.4.2014, Kàsler, C-26/13, § 70: «Orbene, quanto al suddetto articolo 5, la Corte ha già dichiarato che le informazioni, prima della conclusione di un contratto, in merito alle condizioni contrattuali ed alle conseguenze di detta conclusione, sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista». Cfr., inoltre, CGUE, 21.3.2013, RWE Vertrieb, C-92/11, § 44.

²⁸ Trib. Milano, 9 giugno 2017, n. 6520, *cit.*, 15. Più precisamente, la sentenza citata esclude che i «tecnicismi» della clausola di conversione inficino il meccanismo di calcolo delle rate e, in particolare, dei conguagli riguardanti l'applicazione del tasso variabile e della valuta elvetica. Il Tribunale di Milano (p.

in mente un lettore informato, istruito e avveduto. Non è affatto chiaro se il consumatore medio (ossia quello secondo la formula ricorrente «normalmente informato e ragionevolmente avveduto»), che costituisce il parametro per la valutazione di trasparenza per la disciplina di fonte europea in materia di clausole abusive, sia quello immaginato dal giudice milanese ovvero se sia possibile ricostruire in concreto tale figura in relazione alle effettive capacità cognitive (medie) dei destinatari del prodotto contrattuale oggetto di esame ⁽²⁹⁾.

Benché le declamazioni contenute nella sentenza *Käsler* della Corte di Giustizia UE inducano a considerare seriamente questa seconda ipotesi (confortata altresì da studi di *behavioral law and economics*) la fattispecie concreta sottoposta al giudizio della Corte del Lussemburgo potrebbe alimentare qualche dubbio al riguardo. Invero, la Corte di Giustizia ha preso in considerazione una clausola di

19) conclude pertanto nel senso dell'irrelevanza del fatto che il piano di ammortamento fosse espresso solo in euro e non (anche) in franchi svizzeri. Parimenti, con specifico riferimento alla clausola di estinzione anticipata, il G. ritiene che il meccanismo di indicizzazione sia assimilabile a quello impiegato per l'ammortamento precisando che «il meccanismo di funzionamento di detta clausola è l'unico matematicamente possibile a fronte della "discrasia" contrattuale, rappresentata da pagamenti effettuati in una valuta differente rispetto a quella individuata quale riferimento per l'importo mutuato: la prima operazione necessaria al fine della quantificazione della somma necessaria per l'estinzione anticipata del mutuo, quindi, è costituita da una conversione del capitale residuo dovuto, espresso in euro, in franchi svizzeri, facendo riferimento al tasso di cambio convenzionale, ossia al tasso di cambio adottato in origine per determinare in Franchi Svizzeri l'importo da mutuare; in un secondo momento, è necessario riconvertire in euro il capitale residuo così ottenuto, utilizzando, però, il tasso di cambio esistente al momento dell'estinzione (...)». Tale esposizione «narrativa» del meccanismo contrattuale è considerata dal Tribunale sufficientemente chiara, benché sia del tutto assente un'esemplificazione aritmetica del suo funzionamento e un'indicazione dei rischi assunti mediante la rappresentazione degli scenari possibili.

²⁹ In questa direzione, sembrano muoversi le note decisioni del Tribunal Supremo (Tribunal Supremo, 9.5.2013, n. 241; Tribunal Supremo, 25.3.2015, rec. 138/2014; Tribunal Supremo, 29.4.2015, rec. 1072/2013, tutte reperibili su www.poderjudicial.es) spagnolo riguardanti l'abusività della clausola *floor*: sul punto, v. DALMARTELLO, *Note sulla «cláusula suelo» (clausola floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 756 ss. Per i successivi sviluppi: cfr. ID., *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in questa *Rivista*, 2017, 1 e ss.

indicizzazione in forza della quale l'istituto di credito si riservava la facoltà di applicare alle singole rate il tasso di cambio di vendita della valuta elvetica determinato unilateralmente, mentre in sede di erogazione del mutuo il tasso applicato dalla banca era quello di acquisto della valuta ⁽³⁰⁾. Si tratta pertanto di un profilo tecnico piuttosto specifico che non è scontato che giustifichi il riconoscimento di una sorta di *vis expansiva* al principio di trasparenza. Non va trascurato, tuttavia, che le precedenti considerazioni potrebbero essere smentite dalla Corte di Giustizia nel caso *Andriciuc* (Causa C-186/16), che dovrebbe essere deciso entro la fine dell'anno in corso. Le conclusioni rese dall'A.G. Wahl in tale causa sono volte a distinguere, sotto vari profili, l'ipotesi trattata in *Käsler*, ossia il particolare meccanismo di indicizzazione alla valuta straniera, da quella, oggetto della causa *Andriciuc*, del mutuo *denominato* in valuta elvetica ⁽³¹⁾.

³⁰ Le clausole oggetto di valutazione sono così riportate nelle Conclusioni dell'A.G. Wahl, 12.2.2014, *cit.*, §85: « Il punto I/1 del contratto controverso precisa che “la fissazione dell'importo in valuta del prestito è effettuata in base al tasso di cambio all'acquisto della valuta applicato dalla banca alla data di erogazione dei fondi”. Peraltro, ai sensi del punto III/2 dello stesso contratto, “il creditore determina l'importo in HUF di ogni rata mensile che deve essere corrisposto in base al tasso di cambio applicato dalla Banca alla vendita della valuta [estera] il giorno precedente la data di esigibilità”». Lo stesso A.G. Wahl (§87 s.) riassume il problema in questi termini: « è tutt'altro che evidente che il consumatore – in assenza di qualsiasi spiegazione al riguardo contenuta nel contratto o intervenuta in occasione della conclusione di quest'ultimo – sia stato in grado di cogliere i motivi che potevano giustificare il fatto che le rate mensili dovessero essere calcolate sulla base del tasso di cambio alla vendita della valuta estera, mentre al momento dell'erogazione del prestito è stato utilizzato il tasso di cambio all'acquisto di detta valuta. (88.) Quanti consumatori, infatti, benché ragionevolmente attenti e avveduti, sono in grado di cogliere la portata della differenza esistente tra il prezzo di vendita della valuta e il suo prezzo di acquisto? Diversamente da quanto si osserva in genere sul mercato dei valori mobiliari, l'acquisto e la vendita di valute funzionano mediante parità («cross») e sono effettuate in funzione di un'altra valuta. Dunque, sono due i tassi di cambio rilevanti, non uno soltanto («spot»). La differenza tra il prezzo di acquisto e il prezzo di vendita di una valuta («spread»), che è in larga parte tributaria del numero e della qualità di coloro che intervengono su un dato mercato, può rivelarsi considerevole. Queste ultime informazioni, generalmente ben note ai professionisti del settore bancario e finanziario e degli ambienti interessati, in compenso, non sono necessariamente conosciute dal consumatore medio».

³¹ Conclusioni A.G. Wahl, 27.4.2017, C-186/16, § 51 (ove l'indicazione del rilievo ex art. 4(2) direttiva 93/13/CEE della clausola valutaria), § 67 (ove sono esplicitate le informazioni che il principio di trasparenza impone al professionista di

V'è da chiedersi, tuttavia, se tale distinzione possa essere letta alla stregua di un espediente per giustificare una maggiore ampiezza del sindacato di trasparenza della clausola e, in particolare, delle conseguenze che la medesima ha sull'economia individuale del consumatore ⁽³²⁾. Non è scontato, in altri termini, individuare con esattezza quale sia l'effettivo parametro (il «consumatore medio») che deve guidare il giudice nella valutazione relativa al difetto di trasparenza di una pattuizione.

Vi è un ulteriore profilo, collegato a quello precedentemente trattato, al quale è opportuno fare cenno, sebbene esso non sia (ancora) preso in considerazione dalle pronunce giurisprudenziali. Segnatamente, è innegabile che in tempi recenti si assiste a una progressiva convergenza tra i vari settori di regolazione del mercato nella attribuzione alla trasparenza di un significato pregnante e sostanziale ⁽³³⁾. Tale convergenza è, tuttavia, ancora solo tendenziale, giacché in alcuni comparti, come ad es. in quello bancario, l'intervento del formante giurisprudenziale è stato anticipato da quello del regolatore che ha analiticamente disciplinato l'interlocuzione tra l'impresa e la propria clientela ⁽³⁴⁾. Non è chiaro quali siano i rapporti

condividere con il consumatore, vale a dire le informazioni relative all'incidenza del rischio della fluttuazione della valuta sull'ammontare della rata) e § 70 ss. (ove sono indicati i profili distintivi della fattispecie del mutuo denominato in valuta estera rispetto a quello semplicemente indicizzato alla medesima valuta, distinguendo così la fattispecie da quella decisa nella sentenza *Kàsler*).

³² In questo senso, si potrebbe leggere il passaggio in cui l'A.G. sembra richiedere una specifica informazione sulla variabilità del tasso di cambio e sui rischi che comporta indebitarsi in valuta estera, specie per chi non percepisce un reddito in tale grandezza monetaria: Conclusioni A.G. Wahl, 27.4.2017, C-186/16, § 67. L'A.G. precisa, inoltre, che il principio di trasparenza richiede chiarezza circa la sostanza economica del contratto, ma non impone al professionista di avvisare, nella fase esecutiva, il consumatore circa repentini mutamenti nei rischi assunti con il contratto.

³³ Cfr. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, 2013, 11 ss.

³⁴ V. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, 29.6.2009 (modificate con provvedimenti del 15.2.2010, 9.2.2011, 20.6.2012, 28.3.2013 e 5.7.2015); in dottrina CAPOBIANCO-LONGBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1147 ss.; MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al*

tra la disciplina regolamentare di settore e la disciplina generale di protezione dei consumatori. Bisognerebbe verificare, in particolare, se il rispetto della prima sia di per sé idoneo a generare una sorta di *safe harbor* per l'istituto di credito inibendo al giudice un intervento a posteriori fondato sul canone della trasparenza, affetto da un'ineliminabile vaghezza. Benché la gerarchia delle fonti potrebbe ostacolare una conclusione in tal senso, è auspicabile che, opportunamente valorizzata la proporzionalità dell'intervento regolamentare, sia comunque osservata una certa deferenza da parte della giurisprudenza sulla discrezionalità tecnica delle autorità di settore, soprattutto nelle ipotesi in cui l'intermediario ottemperi in modo non formalistico alle prescrizioni della Banca d'Italia⁽³⁵⁾.

Nel diritto UE maggiore dettaglio nella concretizzazione del principio di trasparenza emerge sia dalla riforma della disciplina del credito ai consumatori (direttiva 2008/48/CE) che dal recente intervento europeo sui mutui ai consumatori funzionali all'acquisto di immobili residenziali (direttiva 2014/17/UE), che disciplina i requisiti dell'informazione precontrattuale (art. 14), dedicando una specifica regolamentazione (art. 23, comma 4) ai finanziamenti in valuta estera, ove è richiesto che il finanziatore rappresenti al consumatore nel prospetto di sintesi del finanziamento (c.d. PIES) alcuni scenari possibili a fronte di determinate oscillazioni del tasso di cambio⁽³⁶⁾.

3.1. *Conseguenze dell'assenza di trasparenza della clausola. Cenni.*

Nella motivazione della decisione che ha segnato il nuovo orientamento del Collegio di coordinamento dell'A.B.F., viene altresì

consumo, commissioni di massimo scoperto, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 557 ss.

³⁵ In una prospettiva generale, CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 95 ss.

³⁶ Su questa disciplina v. AZZARRI, *I « prestiti in valuta estera » nella direttiva 2014/17/UE*, in *ODCC*, 2015, 219 ss. il quale rimarca che la trasparenza richiesta dalla Corte di Giustizia è più funzionale alla tutela del consumatore e, pertanto, non è detto che l'ossequio alla direttiva determini una disapplicazione del canone di trasparenza nei contratti con il consumatore; in termini critici, MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 195 ss.

rilevato che la violazione del principio di trasparenza determinerebbe la nullità di un precetto contrattuale, citando a conforto di tale conclusione una decisione della Cassazione ⁽³⁷⁾, ove invero non si riscontra una presa di posizione in questi esatti termini. Considerata l'indiscussa applicabilità della disciplina delle clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori (artt. 33 e ss. cod. cons.), la questione è a ben guardare irrilevante, giacché la Corte di Giustizia UE sembra richiedere un trattamento analogo del difetto di trasparenza senza distinguere le clausole principali (art. 4.2 direttiva 93/13/CEE) dalle altre (art. 5 della medesima direttiva). Infatti, mentre queste ultime sono soggette al controllo contenutistico indipendentemente dalla chiarezza con cui sono veicolate, le clausole principali (vale a dire quelle che integrano l'«oggetto principale del contratto» ex art. 4.2 direttiva 93/13/CEE) sono di norma esentate dall'*Inhaltskontrolle* a meno che non sia rilevato un difetto di trasparenza delle stesse. Ad ogni modo, con specifico riferimento alla clausola di indicizzazione è opportuno rimarcare che la sentenza *Kásler*, rilevato un possibile difetto di trasparenza della pattuizione, ha ammesso espressamente il controllo contenutistico della clausola di conversione valutaria *degli interessi* (e, dunque, una clausola che difficilmente si può escludere riguardi l'«oggetto principale del contratto»), ma una medesima valutazione può riguardare anche la clausola di conversione in occasione del rimborso anticipato, giacché, nonostante la natura solo eventuale di tale anticipazione, è difficile escludere che la restituzione del capitale non connoti l'«oggetto principale» di un contratto restitutorio quale il mutuo ⁽³⁸⁾.

³⁷ Cass., 8.8.2011, n. 17351, in *Foro it.*, 2012, I, 2304 ss., la quale non afferma affatto che la violazione del principio di trasparenza determina la nullità di una clausola contrattuale, bensì riguarda le conseguenze civilistiche di un'intesa anticoncorrenziale ad esito di un procedimento collettivo radicato dalle associazioni dei consumatori ex art. 140 cod. cons.

³⁸ V. però nel senso di un'interpretazione restrittiva della nozione di «oggetto principale» CGUE, 26.2.2015, Matei, C-143/13, § 49 ss. Cfr., altresì, CGUE, 30 aprile 2014, *cit.*, § 59. Le decisioni citate, pur affermando la necessità di un'interpretazione restrittiva della nozione di «oggetto principale» affermano, in termini piuttosto generici, che spetta al giudice nazionale valutarne la concreta portata in base alla «natura», all'«economia generale e delle stipulazioni del contratto, nonché [al] suo contesto giuridico e fattuale». Al riguardo, v., altresì, le citate conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl nella causa (non ancora oggetto di

Alla rilevata violazione del precetto di trasparenza dovrebbe conseguire il giudizio di abusività della clausola⁽³⁹⁾ diretto a verificare la sussistenza del significativo squilibrio e la contrarietà a buona fede del comportamento del professionista⁽⁴⁰⁾. Una parte della dottrina ha di recente messo in evidenza i problemi che una simile ricostruzione comporterebbe⁽⁴¹⁾ e alcune sentenze della Corte di Giustizia⁽⁴²⁾ sembravano confermare tale orientamento, quantomeno nel senso di dare fondamento a una presunzione di squilibrio, allorchando la clausola difetti di trasparenza. In questa direzione, può essere letto il silenzio del Tribunale di Roma e dell'A.B.F. sul profilo appena segnalato: al difetto di trasparenza è seguito in automatico il giudizio di abusività della clausola⁽⁴³⁾.

Va rimarcato, tuttavia, che la stessa Corte di Giustizia UE nel gennaio di quest'anno ha precisato in modo inequivoco che, a fronte di una clausola "principale" non trasparente spetta al giudice del

decisione) C-186/16 (§ 43 ss.), il quale precisa, con riferimento a mutui in valuta straniera (distinguendoli da quelli denominati in valuta straniera attraverso una clausola di indicizzazione, presi in considerazione nella sentenza *Käsler*), che l'obbligazione del mutuatario di rimborsare capitale e interessi in valuta straniera riguarda l'«oggetto principale del contratto».

³⁹ V., anche per opportune precisazioni, SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Minervini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, UTET, 2005, 144 ss.

⁴⁰ Su questo profilo, v., da ultimo e per ulteriori riferimenti, FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 541 ss.

⁴¹ V., anche per ulteriori riferimenti, FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti con il consumatore*, Cedam, 2009, 307, il quale ritiene che il difetto di trasparenza integri un'ipotesi di vessatorietà della clausola alla stregua dello squilibrio; *contra* CAMPAGNA, *Note sulla trasparenza del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1053 ss., 1051 ss., il quale, con particolare riferimento all'art. 35 cod. cons., esclude che la violazione della regola di trasparenza possa determinare l'invalidità della pattuizione. Cfr., inoltre, PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir. Annali*, V, Giuffrè, 2011, 1298 ss., il quale mette in evidenza la complessità del problema e la complementarità tra le tecniche rimediali.

⁴² Cfr. CGUE, 21.3.2013, § 55.

⁴³ Considerata, tuttavia, la potenziale incidenza bilaterale del rischio di variazione del tasso di cambio, probabilmente la questione avrebbe meritato un maggiore approfondimento, non potendo essere certamente sufficiente la constatazione dell'«ingente somma richiesta dalla Banca»: così Trib. Roma, 3.1.2017, *cit.*

rinvio «esaminare il carattere abusivo di detta clausola e, in particolare, se essa determini, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti del contratto»⁴⁴), tenendo conto in particolare: *i*) «delle disposizioni applicabili nel diritto nazionale in mancanza di un accordo tra le parti in tal senso»; *ii*) del comportamento del professionista e, in particolare, verificando se questi «qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse ad una clausola del genere nell'ambito di un negoziato individuale»; *iii*) «della natura dei beni o dei servizi oggetto del contratto» e di tutte le circostanze che accompagnano la conclusione del medesimo, con conseguente «esame del sistema giuridico nazionale».

Da tale quadro emerge un ruolo non certo agevole per il giudice nazionale, abbandonato a una serie di valutazioni discrezionali che preludono all'ulteriore problema delle conseguenze della dichiarazione di nullità della clausola abusiva “principale” e, in particolare, alla discussa operatività di meccanismi di integrazione del contratto⁴⁵). Valutazioni rimesse al solo criterio guida dell'individuazione di un rimedio effettivo a tutela del consumatore, ai sensi degli artt. 38 e 47 CDFUE e alla concretizzazione di tale principio operata dai sempre più frequenti interventi della Corte di Giustizia.

4. *La possibile qualificazione in termini finanziari della clausola di indicizzazione: la conversione valutaria come embedded derivative.*

⁴⁴ CGUE, 26.1.2017, Banco Primus, C-421/14, § 64.

⁴⁵ Sul problema dell'integrazione del contratto, esclusa per le clausole non principali da CGUE, 14.6.2012, Banco Español de Crédito, C-618/10; CGUE, 30.5.2013, Asbeek Brusse, C-488/11, e ammessa, invece, per le clausole principali da CGUE, 30.4.2014, *cit.* In dottrina, v., anche per ulteriori riferimenti, PAGLIANTINI, *L'equilibrio*, cit., 861 ss.; ID, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in D'AMICO-PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto: saggi*, Giappichelli, 2013, 67 ss.; D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, ivi, 213 ss.; D'ADDA, *op. loc. cit.*; ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in www.juscivile.it, 388 ss.

Un breve cenno merita un ulteriore profilo critico sovente trascurato dalla giurisprudenza che si è occupata della clausola di indicizzazione del mutuo ⁽⁴⁶⁾. Nel differente contesto dei rapporti di locazione finanziaria parimenti indicizzati al franco svizzero, il Tribunale di Udine ⁽⁴⁷⁾ ha qualificato la clausola di conversione al tasso di cambio alla stregua di uno strumento finanziario derivato (art. 1, comma 3, t.u.f.), rilevando così l'inadempimento del finanziatore alla disciplina dell'intermediazione finanziaria (artt. 21 e ss. t.u.f.). In

⁴⁶ Né, per ragioni di competenza per materia, dall'Arbitro bancario e finanziario.

⁴⁷ Si esprime a favore dell'applicazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria alla componente derivativa incorporata in un finanziamento e in particolare alla «clausola di rischio cambio»: Trib. Udine, 29.2.2016, in *Società*, 2017, 78 ss., con nota di FERRETTI-LUNETTA, *Clausole di indicizzazione al franco svizzero*; *contra*, Trib. Udine, 18.3.2013, in http://cameracivileudine.it/massimario/wp-content/uploads/2013/05/Trib-Ud-Sent.345_13.pdf. Sulle vicende di fatto che hanno determinato il filone giurisprudenziale friulano: CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 352 ss. Cfr. inoltre A.B.F. MILANO, 8.7.2013, n. 3645.

questa direzione si è espressa anche parte della dottrina ⁽⁴⁸⁾ e la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* spagnolo ⁽⁴⁹⁾.

Senza poter affrontare compiutamente la questione in questa sede, è opportuno segnalare che l'interessante prospettiva è il frutto di una trasposizione in campo giuridico di un concetto diffuso in finanza e, soprattutto, nel gergo della contabilità (cfr. art. 2427-*bis*, comma 2, cod. civ., Principio IAS 39, Principio IFRS 9): *embedded derivative* (derivato incorporato o implicito). Si tratterebbe, in altri termini, di strumenti finanziari derivati incorporati e, per così dire, dissimulati in altri rapporti giuridici. L'orientamento del Tribunale di Udine rende evidente lo scopo finale di una simile (suggestiva) qualificazione: applicare la disciplina dell'intermediazione al di fuori di rapporti che tipicamente ne presuppongono l'operatività.

L'unica decisione che espressamente affronta tale questione è quella, già più volte citata, del Tribunale di Milano ⁽⁵⁰⁾ che si focalizza sul dato strutturale, rilevando la differente «struttura causale del derivato rispetto a quella di indicizzazione prevista nei mutui in esame, non operando per quest'ultima né una finalità di copertura di

⁴⁸ Favorevoli alla possibilità di ricostruire una categoria giuridica del derivato implicito o incorporato alla quale applicare la disciplina dei servizi di investimento: MAFFEIS, *I derivati incorporati sono derivati ed incidono sulla qualificazione civilistica dei contratti di finanziamento*, in *Società*, 2016, 1389 ss., il quale sottolinea la necessità che anche in questo contesto operi il presidio della cura dell'interesse del cliente tipico della prestazione dei servizi di investimento; COGNOLATO, *Componenti derivative e causa di finanziamento*, in *Le operazioni di finanziamento*, a cura di E. Panzarini-Dolmetta-Patriarca, Zanichelli, 2016, 1763 ss. (in part., sulle clausole di indicizzazione valutaria, 1768 ss.); FERRETTI-LUNETTA, *Clausole di indicizzazione al franco svizzero*, in *Società*, 2017, 88 ss.; *contra*, DOLMETTA, *Di derivati impliciti e di derivati apparenti*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 4 ss., il quale mette, però, in evidenza gli ulteriori problemi civilistici (indeterminatezza dell'oggetto e meritevolezza) che possono porre le clausole di cambio valuta; GIRINO, *I "derivati impliciti" vizi e virtù della scomposizione*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 1 ss.; in Spagna, v. AGÜERO ORTIZ, *Incorrección del Tribunal Supremo sobre hipotecas multidivisa: no son instrumentos financieros complejos, como han reiterado el CESR y la Comisión Europea*, in www.uclm.es/centro/cesco, 2015, 6 ss. Cfr., inoltre, con riferimento alla clausola *floor*: SARTORI, *Sulla clausola floor nei contratti di mutuo*, in *Contr. e impr.*, 2015, 698 ss.

⁴⁹ Cfr. Tribunal Supremo, 30.6.2015, n. 323, in www.poderjudicial.es (la quale comunque esclude in concreto la responsabilità dell'intermediario e la sussistenza di un vizio del consenso del cliente).

⁵⁰ Trib. Milano, 9 giugno 2017, n. 6520, *cit.*, 21.

una sottostante obbligazione debitoria, né, tantomeno una scommessa con contenuto speculativo» nonché «il differente meccanismo operativo, non riscontrandosi nei contratti in parola uno scambio di flussi finanziari con pagamento ad opera della parte di volta in volta onerata della differenza rispetto a quanto compensato, che costituisce, invece, l'oggetto del contratto in derivati». Si tratta di considerazioni che sembrano assolutizzare in modo non condivisibile alcuni elementi della fattispecie del derivato⁽⁵¹⁾, in assenza di una precisa indicazione legislativa (o regolamentare) (oltre a quanto si ricava dall'art. 23, comma 5, t.u.f.)⁽⁵²⁾ e che dunque potrebbe astrattamente ricalcare le indicazioni provenienti dalla finanza o dalla contabilità. Senza, poi, considerare che parte della dottrina⁽⁵³⁾ ritiene che l'introduzione di una clausola che determina l'aleatorietà di una prestazione contrattuale impone, su un piano più generale, un delicato sindacato sulla meritevolezza della singola pattuizione: posizione rispetto alla quale non vi è una precisa presa di posizione da parte del Tribunale di Milano, se non rilevando, sul piano causale, il nesso sinallagmatico tra la clausola di indicizzazione e quella che fissa come parametro per il calcolo del tasso di interesse variabile un saggio più vantaggioso per il mutuatario.

Da un punto di vista metodologico, pare piuttosto opportuna un'inversione del percorso argomentativo. Invece di presupporre la qualificazione in senso finanziario di un certo fenomeno contrattuale, in ragione della sua natura o della sua essenza, sembra piuttosto il caso di interrogarsi sull'opportunità e sull'effettiva utilità di applicare la disciplina dei servizi di investimento all'operazione economica, a condizione di individuare nella disciplina bancaria ovvero, per tornare al caso di specie, in quella consumeristica una lacuna (evidentemente, ideologica) rispetto alla prima che possa costituire il punto di avvio di

⁵¹ Senza poi considerare la contraddittorietà dell'affermazione relativa all'oggetto dello strumento derivato, che il medesimo Tribunale, in altre decisioni, ha ritenuto coincidere con il mark to market (ossia il *fair value* contabile) dichiarando così la nullità del derivato in assenza della comunicazione di tale dato: v., anche per ulteriori riferimenti, SAAVEDRA SERVIDA, *Interest Rate Swap, Mark to Market e determinazione dell'oggetto del contratto*, in questa *Rivista*, 2016.

⁵² Cfr. al riguardo l'importante contributo di ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Giuffrè, 2016, *passim*.

⁵³ V. DOLMETTA, *Di derivati*, cit., 5 s.; MAFFEIS, *I derivati*, cit., 1395 s.

un procedimento interpretativo di carattere analogico o, comunque, estensivo del corpo di disciplina finanziario.

La rilevata progressiva convergenza dei precetti relativi alla trasparenza contrattuale nei settori regolati e nel diritto dei consumatori inducono a dubitare dell'utilità di una qualificazione nei termini sopra tratteggiati della clausola di conversione al franco svizzero, sia nei mutui con i consumatori che, più in generale, nei rapporti finanziari con il resto della clientela. Più in particolare, la disciplina comunitaria regolamenta in modo dettagliato i doveri informativi e *lato sensu* consulenziali che la banca è tenuta ad adempiere nelle operazioni di credito ai consumatori (direttiva 2008/48/CE) e di mutuo residenziale ai consumatori (direttiva 2014/17/UE). In quest'ultimo corpo normativo, attuato con d.lgs. 21.4.2016, n. 72, viene regolato il mutuo espresso in valuta estera (art. 23.4 direttiva 2014/17 e, ora, art. 120-*quaterdecies* t.u.b.). Proprio in relazione alla clausola di conversione valutaria contenuta in un contratto di credito ai consumatori (direttiva 2008/48/CE), un percorso argomentativo analogo è condiviso dalla Corte di Giustizia UE ⁽⁵⁴⁾, che ha espressamente escluso la natura derivativa della clausola di

⁵⁴ V. Corte di Giustizia UE, 3.12.2015, Causa C-312/14, § 53 ss., la quale esclude che il mutuo in valuta estera possa essere qualificato come un servizio di investimento, poiché (§ 71 ss.) « da un lato, in un contratto come quello di cui al procedimento principale, non si può distinguere tra il contratto di mutuo stesso e un'operazione di vendita di valuta estera a termine dal momento che questa ha per unico scopo l'esecuzione di obbligazioni essenziali di detto contratto, ossia quelle di pagamento del capitale e delle scadenze, fermo restando che una tale operazione non costituisce essa stessa uno strumento finanziario.

Le clausole di un simile contratto di mutuo relative alla conversione di una valuta estera costituiscono pertanto non già uno strumento finanziario distinto dall'operazione che costituisce l'oggetto del contratto, ma unicamente una modalità indissociabile di esecuzione della stessa ... Dall'altro lato, nell'ambito di un contratto di mutuo come quello di cui al procedimento principale, il valore delle valute estere che dev'essere preso a riferimento per il calcolo dei rimborsi non è stabilito *ex ante* in quanto è determinato sulla base del tasso di cambio di vendita di tali valute alla data di scadenza di ciascuna mensilità». In questi termini si era già espresso il CESR (ossia il predecessore dell'ESMA quale coordinamento in sede europea delle autorità di regolazione del mercato mobiliare): v. CESR, *Your questions on MiFID*, 2008, in http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/isd/questions/questions_en.pdf, question n. 188, 94.

conversione valutaria e la possibilità di qualificare in termini finanziari il servizio prestato dalla banca.

In questo angolo visuale, va osservato che una possibile lacuna potrebbe essere comunque ravvisata nella mancanza in seno alla disciplina bancaria (compresa quella più recente di fonte europea) di una regola analoga a quella di adeguatezza (art. 40 Reg. Consob n. 16190/2007), che caratterizza la prestazione del servizio di consulenza da parte dell'intermediario⁵⁵). Nondimeno, l'obbligo di valutare il merito creditizio del cliente bancario, che connota la disciplina del credito ai consumatori (v., ad es., artt. 120-*undecies* e 124-*bis* t.u.b.), si traduce in una (sia pur parziale) valutazione di adeguatezza del prodotto creditizio.

5. Conclusioni

Alla luce del complesso quadro delineato, appare poco condivisibile la decisione del Tribunale di Roma di appesantire la condanna dell'intermediario con un'esemplare sanzione per responsabilità aggravata. Tanto più se si considera che l'ordinanza del Tribunale di Roma si limita a motivare con un generico rinvio agli atti di causa e alle decisioni dell'A.B.F.: non vengono riportate, nemmeno sinteticamente, le difese della banca, e, invece di confutare tali argomenti, il giudice si è limitato a bollarli come privi di pregio (e da tale valutazione ne ricava la mala fede *ex* art. 96, comma 3, c.p.c.). Un difetto di "trasparenza" nella motivazione, che una condanna così seria avrebbe senz'altro richiesto⁵⁶).

⁵⁵ Cfr. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, Giuffrè, 2012, 131 ss.; insiste, invece, sul più generale dovere di cura dell'interesse, MAFFEIS, *I derivati*, cit., 1389 s.

⁵⁶ La ratio della responsabilità aggravata *ex* art. 96, comma 3, c.p.c. è approfondita da Cass., 29.9.2016, n. 19285, 8 ss. (ove sono citati ulteriori precedenti) che la individua nella necessità (pubblicistica) di prevenire e sanzionare l'abuso del processo (e in particolare del mezzo di impugnazione): tale profilo sanzionatorio di carattere pubblicistico esige che sia riscontrata la mala fede o la colpa grave delle parti. Mala fede o colpa grave che, secondo la S.C. non consistono nella mera consapevole infondatezza delle prospettazioni giuridiche, ma, per quanto concerne le impugnazioni «nella riproposizione pedissequa di quanto era già stato sottoposto al giudice» che ha emesso il provvedimento impugnato, ovvero il travisamento «del contenuto chiaro e lineare del provvedimento impugnato» e, più in generale, «la conclamata infondatezza (...) della prospettazione giuridica (...),

Nel merito, sembra che i contrasti e i ripensamenti, che hanno contraddistinto lo sviluppo degli orientamenti dell'A.B.F. e della giurisprudenza di merito, così come alcune ambiguità che permangono nella giurisprudenza europea, avrebbero suggerito un atteggiamento più cauto e comunque imposto un onere argomentativo ben più gravoso.

In ogni caso, una decisione così eclatante rappresenta un palese segno di apprezzamento della magistratura per la costituzione, nei settori regolati, della particolare forma di ADR, rappresentata da collegi tecnici di arbitrato, e di deferenza dei giudici nei confronti dell'autorevolezza degli orientamenti, nella sostanza, "giurisprudenziali" che si consolidano al loro interno⁽⁵⁷⁾. L'importante funzione deflattiva dell'A.B.F. viene così salvaguardata nell'ambito di giudizi individuali, che nell'applicazione del diritto privato regolatorio dovrebbero svolgere una funzione di supplenza rispetto a tutele collettive spesso inoperanti. Si intende fare riferimento sia a quelle preventive, vale a dire, l'inibitoria ex artt. 37 e 140 cod. cons. sul piano giudiziale e, su quello amministrativo, il potere dell'AGCM di sanzionare le imprese che impiegano clausole abusive ex art. 37-bis cod. cons.⁽⁵⁸⁾ o quello della Banca d'Italia di connotazione dell'atto di autonomia previsto dall'art. 117, comma 8,

vale a dire una inconsistenza giuridica percepibile che avrebbe dovuto indurre dal farla valere». A differenza del Tribunale di Roma nella citata ordinanza, la S.C. nella sentenza citata (Cass. n. 19825/2016, 11), identifica analiticamente gli elementi di temerarietà delle tesi del ricorrente condannato per responsabilità aggravata. In dottrina, *ex multis*, DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *NGCC*, 2011, II, 55 ss.

⁵⁷ Per ulteriori riferimenti sull'A.B.F. e sul ruolo sostanzialmente giurisprudenziale che esso svolge: v., *ex multis*, LUCCHINI GUASTALLA, *Arbitro bancario finanziario*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, Giuffrè, 2015, 35 ss. Sottolinea il nesso dell'attività dell'A.B.F. con finalità ulteriori (di vigilanza) rispetto a quelle (attributive) propriamente giurisdizionali: CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 270 ss. Esclude la natura squisitamente giurisdizionale del giudizio avanti all'Arbitro bancario e finanziario: Corte Cost., ord., 21 luglio 2011, n. 218, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, II, 117 ss., con nota di ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*.

⁵⁸ Sul potere dell'AGCM previsto dall'art. 37-bis cod. cons.: v. BATTELLI, *L'intervento dell'autorità antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 207 ss.

t.u.b. (⁵⁹); sia a quelle successive, come l'azione di classe (art. 140-*bis* cod. cons.) (⁶⁰), e il potere di ordinare ai soggetti vigilati la restituzione di somme indebitamente percepite che l'art. 128-*ter*, comma 1, lett. *a*, t.u.b. assegna alla Banca d'Italia (⁶¹).

L'opportunità di un efficace rimedio collettivo che operi sul piano amministrativo-regolatorio è testimoniata dal confronto con gli altri ordinamenti europei. Ad esempio in Spagna, la nota vicenda relativa alla validità delle clausole *floor* nei mutui, conclusasi di recente con un intervento della Corte di Giustizia UE (⁶²), è ora affidata alla gestione di una procedura arbitrale speciale (v. Real Decreto-ley, 20.1.2017, n. 1). In Romania, invece, è stato il parlamento a intervenire sui mutui indicizzati al franco svizzero consentendo ai mutuatari di rendere inoperante il meccanismo di conversione: tale decisione è stata però di recente dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale romena (⁶³). Poiché l'intervento delle tutele collettive appare la logica conseguenza, allorquando il diritto privato sia uno degli elementi cruciali della regolazione del mercato (in particolar modo, là dove, come nel settore bancario sono gli stessi rapporti contrattuali a rappresentare *il prodotto* immesso sul mercato dall'impresa) appare incongrua (benché facilmente comprensibili le ragioni contingenti) la fuga in avanti degli organi politici rispetto ai regolatori.

⁵⁹ Sul potere di connotazione attribuito dall'art. 117, comma 8, t.u.b. alla Banca d'Italia: v. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 937 ss.

⁶⁰ A proposito dell'azione di classe si v. GIUSSANI, *Azione di classe*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Giuffrè, 2014, 132 ss.

⁶¹ Per una descrizione del potere di inibitoria di cui all'art. 128-*ter* t.u.b., v. PORTOLANO, sub *art. 128-ter*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, a cura di Costa, Giappichelli, 2013, 1541 ss.

⁶² V. Corte di Giustizia UE, 21.12.2016, cause C-154/15, C-307/15 e C-308/15, sulla quale v. DALMARTELLO, *Epilogo*, cit., 1 ss.

⁶³ Curtea Constituțională, decizia, n. 62, 7.2.2017, in *Monitorul Oficial*, n.161, 3.3.2017.