

LA NULLITÀ DELLA CLAUSOLA DI RIVALUTAZIONE AL FRANCO SVIZZERO DEL CAPITALE IN CASO DI ESTINZIONE ANTICIPATA DEL MUTUO

di MASSIMO EROLI¹

Nei primi anni 2000 sono stati offerti sul mercato europeo ed in particolare in Italia migliaia di mutui fondiari con un meccanismo di calcolo degli interessi indicizzato al franco svizzero, resi particolarmente appetibili ai consumatori dalla circostanza che il tasso di interesse su tale valuta era più basso di quello sull'euro.

Successivamente il franco svizzero si è notevolmente apprezzato sull'euro con la conseguenza che gli interessi che i mutuatari si sono trovati a pagare sono aumentati notevolmente, ma questo era appunto il rischio assunto e conosciuto al momento della stipula del mutuo.

Nel documento di sintesi redatto ai sensi delle disposizioni del Comitato Interministeriale per il Credito e Risparmio e della Banca d'Italia, che costituisce ai sensi degli artt. 115, ss. Testo unico bancario informativa precontrattuale al fine della trasparenza e pubblicità delle condizioni dei contratti bancari era infatti contenuta una sufficiente indicazione delle modalità di calcolo degli interessi.

Tali mutui erano però profondamente diversi da operazioni di finanziamento in valuta diversa da quella avente corso legale in Italia che in passato erano state particolarmente svantaggiose per i finanziati a seguito del crollo del rapporto di cambio e che la nostra giurisprudenza ha riconosciuto perfettamente valide sul presupposto che è nel rischio normale del creditore e del debitore

¹ Professore aggregato presso l'Università di Perugia.

di prestiti in valuta estera il verificarsi del ben noto e relativamente frequente fenomeno di oscillazioni anche ampie del rapporto di cambio².

La diversità, sostanziale, consisteva nel fatto che questi nuovi mutui non erano espressi in valuta straniera, nella specie franchi svizzeri, ma in Euro e solo ai fini del calcolo degli interessi era pubblicizzato e convenuto un meccanismo di calcolo indicizzato al franco svizzero.

Continuando il rapporto fino alla scadenza contrattuale non c'era quindi alcuna conversione e rivalutazione in senso tecnico del capitale che continuava ad essere in Euro.

In altre parole non si trattava di finanziamenti, pur astrattamente possibili, in franchi svizzeri da convertirsi in Euro al momento dell'erogazione e da restituirsi in franchi svizzeri, *rectius* anche ai sensi dell'art. 1278 c.c. in Euro al corso del cambio nel giorno della scadenza.

Per la diversa ipotesi di estinzione anticipata del mutuo il documento di sintesi si limitava a prevedere che il mutuatario "ha facoltà di estinguere anticipatamente il mutuo, in tutto in parte, dando preavviso di 60 giorni", senza accenno ad alcuna rivalutazione

Quindi nessun preventivo avviso di un rischio di cambio in tale ipotesi particolare e soprattutto eventuale.

Nei contratti stipulati per atto pubblico era però inserita all'interno dell'articolo riguardante l'estinzione anticipata la seguente clausola: "*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 Reuter e pubblicato sul Il Sole 24 Ore del giorno dell'operazione di rimborso*".

In concreto dopo che l'euro si era svalutato nei confronti del franco svizzero e che molti mutuatari, vistisi aumentare le rate per il meccanismo di indicizzazione o avendo reperito sul mercato migliori condizioni di finanziamento, avrebbero voluto

² Da ultimo Cass. 22 luglio 2015, n. 15370, in relazione ad un finanziamento bancario in yen effettuato poco prima dell'uscita dall'Italia dallo S.m.e., che ha confermato la precedente giurisprudenza formatasi in parte con la vicenda dei mutui fondiari espressi in Ecu.

estinguere anticipatamente il mutuo, la banca mutuante si è avvalsa di tale clausola pretendendo, in caso di estinzione anticipata, aumenti fino ad oltre il 30% del capitale residuo.

E' evidente che ciò rendeva difficile ed antieconomico ai mutuatari estinguere anticipatamente il mutuo, e ciò anche in sede di surrogazione qualora la concorrenza avesse fatto offerte migliori sugli interessi.

Sono quindi nate, anche per la rilevanza numerica dei soggetti interessati, numerose controversie in ordine alla validità e portata applicativa di una siffatta clausola contrattuale.

A nostro giudizio i profili di invalidità che si prospettano sono duplici.

Innanzitutto ai sensi degli artt. 116 T.u.b. che prescrive che le banche devono rendere note in modo chiaro e previamente le condizioni contrattuali (è questa appunto la funzione del documento di sintesi) e dell'art. 117 T.u.b. che prevede che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.

E nella specie detto documento di sintesi, consegnato ai mutuatari per pubblicizzare le condizioni e determinante la loro volontà di contrarre, faceva appunto riferimento al franco svizzero solo per il calcolo degli interessi.

Poi, trattandosi di mutui fondiari conclusi con consumatori e quindi soggetti alla disciplina degli artt. 33 ss. del codice del consumo (d.lgs 6 settembre 2005 n. 206) che sanciscono la nullità delle clausole vessatorie (*rectius* abusive) che il professionista predispone producendo un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi che derivano dal contratto, la valutazione di tale vessatorietà passa anche attraverso la chiarezza e comprensibilità della clausola (secondo comma art. 34 e art. 35 codice consumo).

La clausola contrattuale sopra riportata appare ambigua, poco chiara e squilibra, nell'interpretazione del mutuante, significativamente i diritti e gli obblighi delle parti.

Concludendo il contratto di mutuo, infatti, i mutuatari (e nulla nell'informativa precontrattuale poteva far loro pensare il contrario) ritenevano che la facoltà di estinzione anticipata prevista dalla legge (art. 40 e 120 ter T.u.b.) con sanzioni tali da impedire una onerosità superiore alla restituzione del capitale residuo, trovasse piana applicazione e senza problemi e la dizione letterale

“capitale restituito” invece che **“capitale residuo da restituire”** non era sicuramente atta a far scattare alcun campanello di allarme.

Il capitale restituito è infatti letteralmente quello già restituito dal mutuatario al momento dell'estinzione anticipata del mutuo e non già certo quello ancora da restituire.

Tra l'altro se per assurdo tale clausola fosse valida e si dovesse porre un dubbio interpretativo rispetto al suo tenore letterale, prevarrebbe comunque l'interpretazione più favorevole al mutuatario consumatore ai sensi del secondo comma dell'art. 35 codice del consumo e più in generale ai sensi dell'art. 1370 c.c.

In tale caso, apprezzandosi il franco svizzero, il mutuatario vedrebbe riconosciuto uno “sconto” posto che il capitale restituito sarebbe rivalutato e quindi comporterebbe una diminuzione di quello da restituire.

Quello che poteva anche essere un semplice errore in tale formulazione era però imputabile alla banca ed, a prescindere dalla sua eventuale riconoscibilità, produceva comunque il risultato di non insospettire il consumatore che nessun avviso aveva prima ricevuto di un rischio di cambio in tale ipotesi.

Il primo organo ad occuparsi del problema è stato l'Arbitro Bancario Finanziario che nella sua composizione più autorevole, il Collegio di Coordinamento, ha, a partire dalla decisione del 20 maggio 2015 n. 4135, ormai consolidato la tesi della nullità della clausola per difetto di trasparenza ed in quanto clausola vessatoria ai sensi del codice del consumo³.

Tuttavia la mutuante si è rifiutata di accettare queste decisioni dell'A.B.F. costringendo i mutuatari che avessero voluto contestare il suo unilaterale punto di vista ad azioni giudiziarie che presentano però, oltre la relativa alea, una notevole onerosità e soprattutto tempi lunghi.

Una associazione di consumatori ha provato ad intentare presso il Tribunale di Milano una azione inibitoria ai sensi dell'art. 140 del codice del consumo, ma in tale sede l'Autorità giudiziaria non poteva né sindacare la clausola ai sensi del testo unico bancario, né, per l'esplicito divieto del terzo comma dell'art. 35 del codice del consumo, ai sensi di tale ultima disposizione.

³ Per una rassegna delle relative pronunce A. MENDOLA, *Estinzione anticipata di mutui indicizzati al tasso svizzero e tutela del consumatore negli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 1, 2016

Il Tribunale di Milano è stato quindi costretto con ordinanza del 16 novembre 2015 a non concedere l'inibitoria rilevando però che *“è da sottolinearsi che la terminologia impiegata in detta disposizione poteva dare adito a dubbi interpretativi, come, peraltro, condivisibilmente già osservato in alcune decisioni dell'Abf”* e che *“in sostanza, quindi, una simile inesattezza ben potrebbe essere fonte di non corrette valutazioni economiche da parte del consumatore e, per ciò stesso, contravviene a quei doveri di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, che sono maggiormente avvertire 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”*.

Tutto quindi da demandarsi ad azioni individuali dei mutuatari.

La corsa contro il tempo per la prima pronuncia giudiziaria in materia è stata vinta dal Tribunale di Roma che con ordinanza depositata il 3 gennaio 2017⁴, a conclusione del giudizio di primo grado svoltosi con rito sommario di cognizione ha condannato la mutuante a restituire al mutuatario la somma pretesa in più per la rivalutazione al franco svizzero del capitale in euro da restituire al momento della surroga del mutuo ipotecario con altra banca, oltre interessi e spese del giudizio.

Tra l'altro la causa era stata intentata dagli stessi clienti che avevano ottenuto la prima pronuncia favorevole del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario del 20 maggio 2015.

Il Tribunale di Roma ha quindi ritenuto la nullità della clausola in quanto contravviene ai principi di trasparenza, pubblicità e chiarezza sia di cui agli art. 115 e 116 Testo unico bancario sia di cui agli artt. 33 e seguenti del Codice del Consumo.

In particolare il Tribunale ha affermato che il mutuo era presentato ai clienti come un mutuo in euro con il solo calcolo degli interessi in franchi svizzeri e che il contenuto dell'art. 7, che invece faceva riferimento all'estinzione anticipata del mutuo, non solo non era riportato nel documento di sintesi che costituisce anche informativa precontrattuale per il cliente a pena di nullità, ma presentava modalità di stesura e di inserimento nel contesto contrattuale tale da rendere equivoci i diritti e gli obblighi negoziali delle parti.

⁴ In questa rivista http://news.ilcaso.it/news_2297.

Infine il Tribunale ha ritenuto sussistenti i presupposti sia della mala fede, attesa la specificità delle pronunce arbitrali ignorate, che della colpa grave della mutuante nel resistere in giudizio, evidentemente per finalità meramente dilatorie avendo opposto, sempre secondo il Tribunale, argomentazioni prive di ogni benché minimo fondamento giuridico, per la condanna della banca anche per responsabilità processuale aggravata, liquidando a tale titolo una ulteriore somma ritenuta equa rispetto alla paese condotta dilatoria ed ostruzionistica tenuta dalla banca resistente ed alla luce dell'ingente importo indebitamente preteso dalla stessa a danno dei clienti.

Di fronte ad una tale condivisibile pronuncia così critica sull'operato del mutuante e che potrebbe essere solo la prima di molte, c'è da chiedersi, anche secondo l'analisi economica del diritto, quale convenienza ci sia per il soggetto professionista nel tentare così pervicacemente la sorte giudiziaria.

A parte considerazioni di politica legislativa sulla non utilizzabilità in questo caso dell'azione inibitoria generale prevista dalla disciplina vigente a tutela del consumatore e della non esistenza nel nostro ordinamento di un'azione di classe degna di questo nome⁵ che portano a controversie seriali⁶ con un ulteriore intasamento della nostra giustizia civile già sotto organico e sottoposta ad una notevole domanda di giustizia non sempre soddisfatta, c'è da osservare che una resistenza ad oltranza del mutuante potrebbe essere alla fine per esso economicamente positiva.

I mutui in questione non sono infatti più commercializzati e quindi il problema riguarda un numero finito, anche se numeroso, di posizioni e non più i mutui che si sono estinti alla loro naturale scadenza senza che il mutuatario avesse espresso in qualche modo l'intenzione di estinguerli anticipatamente.

In quest'ultimo caso infatti nulla avrebbe il mutuatario da recriminare o da ripetere.

La richiesta, secondo il Tribunale di Roma, parzialmente indebita è infatti relativa solo al *quantum* da corrispondere al momento dell'estinzione anticipata del mutuo o della sua surrogazione.

⁵ Che ha portato in concreto ad una residualità dell'istituto come attualmente previsto dal nostro ordinamento.

⁶ Impropriamente definite di classe quando, pur individuali, sono promosse in forma aggregata da associazioni di consumatori per i loro associati.

L'indebito sorge quindi solo al momento dell'effettiva estinzione e dopo che il mutuatario ha trovato la disponibilità economica per effettuarla, circostanza che può avere già un suo peso dissuasivo.

Ove ciò non si realizzi, una richiesta risarcitoria, tutta da valutare, dovrebbe comunque avere il suo presupposto in una seria ed attuale intenzione di estinguere il mutuo, impedita dal comportamento illecito della controparte, la cui prova spetta all'attore.

Una tale prova non è in *re ipsa* e la sua articolazione può essere decisiva nel giudizio.

Infine potrebbe esserci qualche problema anche nei casi di surrogazione nell'ipotesi in cui nel relativo contratto siano contenute clausole che sanano il precedente rapporto in mancanza di riserve del mutuante.

Poi c'è ovviamente anche la pur sempre presente alea del giudizio, come ha dimostrato la recente vicenda dell'anatocismo bancario che ha richiesto del tempo per il consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali.

Peccato però che non conosceremo mai il bilancio economico effettivo che sarà noto alla fine solo al mutuante e dovremo quindi accontentarci solo di supposizioni.