

**Mutuo – modifica del tasso di interesse – comunicazione preventiva – conclusione del contratto - richiesta applicazione tasso originariamente convenuto – inammissibilità-fattispecie (cod. civ., artt. 1337, 1418, 1419, 2697; d.lgs. n.385/1993, artt. 115; 117; 120 novies).**

***La modifica unilaterale da parte dell'intermediario del tasso di interesse relativo ad un contratto di mutuo comunicata al cliente pochi giorni prima della stipula del contratto e l'omesso invio preventivo del PIES non inficiano la validità della relativa clausola contrattuale, ma integrano ipotesi di responsabilità precontrattuale che dà diritto al risarcimento del danno da provare a norma di legge. (MDC)***

## FATTO

1.1 – La ricorrente presentò in data 20 ottobre 2016 richiesta di erogazione di un mutuo della durata di 25 anni al tasso fisso di 1,9%; a seguito di delibera favorevole dell'intermediario, il rogito del contratto venne fissato per il giorno 27 gennaio 2017, ma il 24 gennaio 2017 ricevette via mail una copia della minuta del contratto in cui, senza che vi fosse stata alcuna precedente comunicazione, il tasso veniva indicato nella misura del 2,5%.

1.2 – Aggiunse che, pur contestando la condotta dell'intermediario, era stata costretta a stipulare il mutuo a condizioni più onerose rispetto a quelle concordate e che le successive richieste di rinegoziazione del mutuo e di copia della perizia da lei pagata erano rimaste prive di riscontro.

1.3 – Pertanto, espletato senza esito il prescritto reclamo, ricorse (in data 5 dicembre 2017) all'ABF chiedendo l'applicazione al mutuo fin dall'inizio del tasso promesso con ricalcolo del piano di ammortamento, la restituzione degli importi conseguentemente pagati in eccesso e la copia della perizia.

2.1 – L'intermediario, nelle controdeduzioni, eccepì l'inammissibilità della domanda di rimodulazione del piano di ammortamento in quanto volta ad ottenere una decisione di natura costitutiva, nel merito rilevò che nell'offerta del 20 ottobre 2016 era stato specificato che le condizioni indicate erano valide fino alla fine del mese e subordinate all'approvazione della banca, che la mancata stipula entro il 31 ottobre 2016 non era ad esso imputabile, che la perizia costituiva documento interno non soggetto all'obbligo di esibizione ex art. 119 T.U.B.

Tuttavia successivamente ne consegnò copia alla ricorrente che diede atto di averla ricevuta.

3 – Nelle seduta del 30 ottobre 2018 il Collegio di Milano, territorialmente competente, sospese il procedimento disponendo che la parte più diligente producesse il contratto di mutuo e che l'intermediario producesse copia del prospetto informativo europeo o di altro documento equipollente consegnato alla parte ricorrente in fase precontrattuale.

4 – La ricorrente produsse copia del contratto mentre l'intermediario non trasmise il documento richiesto, ma eccepì l'intervenuta carenza di legittimazione passiva, avendo ceduto il credito nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione in data 29 giugno 2018, tuttavia avvenuta – come correttamente eccepito dalla ricorrente – in epoca successiva alla presentazione del ricorso.

5 – Nella seduta del 24 gennaio 2019 il Collegio di Milano rigettò l'eccezione di carenza di legittimazione passiva (rectius: di titolarità passiva del rapporto giuridico dedotto), dichiarò cessata la materia del contendere relativamente alla consegna della perizia, infine, considerate l'eterogeneità delle violazioni degli obblighi precontrattuali di cui all'art. 120novies TUB e la possibilità di applicare l'art. 117, co. 7, TUB, in uno con le varie conseguenze che quest'ultima disposizione ammette, anche alla luce delle non sempre chiare applicazioni che la stessa ha avuto, nonché della rilevanza del contenzioso potenzialmente sotteso alle nuove disposizioni introdotte in recepimento della Direttiva 2014/17/UE, ritenne opportuno, considerata l'importanza di offrire una interpretazione uniforme alle questioni innanzi prospettate, rimettere la decisione al Collegio di coordinamento.

## DIRITTO

1.1 – Il Collegio rimettente ha osservato che, secondo un primo e maggioritario orientamento, in fattispecie analoghe a quella oggetto del presente ricorso, i Collegi ABF hanno riconosciuto al cliente una tutela risarcitoria da responsabilità precontrattuale (re)interpretando la domanda volta ad ottenere l'applicazione delle condizioni contrattuali inizialmente prospettate e ciò fondamentalmente in ragione della impossibilità di una pronuncia costitutiva da parte di questo Arbitro, mentre in altre decisioni, a fronte della modifica prima della stipula delle condizioni contrattuali rese note al cliente in precedenza, si è applicato l'art. 117 TUB con sostituzione delle clausole nulle e applicazione delle condizioni pubblicizzate.

1.2 – Inoltre l'ordinanza di rimessione segnala, con specifico riguardo alla domanda proposta dalla ricorrente, l'opportunità di riconsiderare compiutamente la questione e di approfondirla alla luce del quadro normativo di derivazione europea recentemente introdotto nel nostro ordinamento.

Il riferimento è all'intervento del legislatore sulla materia con la disciplina del "Credito immobiliare ai consumatori" agli artt. 120-quinques ss. TUB, inseriti per effetto del d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, con cui si è data attuazione alla Direttiva 2014/17/UE, applicabile ai contratti stipulati dopo il 1° luglio 2016, salvo che per quanto riguarda la disciplina degli artt. 120-octies, 120-novies e 120-decies co. 3 TUB che si applicano a partire dal 1° novembre 2016, prevedendo che fino al 31 ottobre 2016 sia applicabile quanto previsto ai sensi dell'art. 116 TUB.

2.1 – Il Collegio di Milano ritiene che assuma rilevanza nel caso di specie l'art. 120-novies T.U.B.: esso contiene la disciplina degli obblighi precontrattuali cui sono tenuti il finanziatore e l'intermediario del credito, le cui disposizioni sono sostanzialmente riprodotte nella normativa secondaria emanata in attuazione di quanto previsto in sede di recepimento da parte del legislatore nazionale, tra cui si segnala la previsione contenuta nel Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, contenente la disciplina della "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti", nella versione applicabile nel periodo compreso tra il 1° novembre 2016 ed il 5 settembre 2017.

Tuttavia lo stesso Collegio ammette che “A ben vedere, la normativa cui si è fatto finora riferimento non esclude che il finanziatore possa modificare e aggiornare in prossimità della conclusione del contratto le condizioni precedentemente prospettate al cliente” anche se poi aggiunge che detta normativa “impone, anche per il tramite del periodo di riflessione di sette giorni garantito al consumatore, che tali modifiche non siano esercitate con modalità differenti rispetto a quelle individuate dal legislatore e, in particolare, attraverso la mancata consegna di un PIES aggiornato che deve avvenire al più tardi congiuntamente alla consegna della bozza del contratto da effettuare sette giorni prima della stipula del finanziamento”, adempimento cui nella specie l’intermediario non ha provveduto.

Riconosciuta la mancata indicazione da parte sia del legislatore nazionale, sia di quello europeo delle conseguenze del citato inadempimento, nell’ordinanza di rimessione, facendo anche leva sulla Direttiva 2014/UE (emanata “al fine di agevolare la creazione di un mercato interno ben funzionante e caratterizzato da un elevato livello di protezione dei consumatori nel settore di contratti di credito relativi ai beni immobili e al fine di garantire che i consumatori interessati a tali contratti possano confidare nel fatto che gli enti con i quali interagiscono si comportino in

maniera professionale e responsabile” con la “creazione di mercati responsabili e affidabili” in modo da scongiurare quegli effetti a cascata sul piano macroeconomico che la recente crisi finanziaria ha portato all’attenzione degli operatori economici, tanto da stabilire specificamente “

disposizioni che devono essere oggetto di piena armonizzazione relativamente alle informazioni precontrattuali attraverso il formato del Prospetto informativo europeo standardizzato” – PIES), si ipotizza l’applicabilità della disciplina di cui all’art. 120noviesdecies TUB.

2.2 – In definitiva il Collegio milanese, attraverso l’applicazione della norma appena sopra citata, la quale prevede che “Ai contratti di credito disciplinati dal presente capo si applicano gli artt. 117, 118, 119, 120 comma 2, 120-ter, 120-quater, 125-sexies, comma 1”, reputa realizzata la condizione di applicabilità di cui all’art. 115, co. 3, TUB con riferimento all’art. 117 TUB, “disposizione quest’ultima idonea a fornire una indicazione sul possibile profilo rimediabile applicabile al caso di specie, potendosi ritenere che alla violazione degli obblighi precontrattuali di cui all’art. 120-novies TUB consegua l’applicazione dell’art. 117 TUB, ed in particolare del co. 7 di tale disposizione”.

3.1 – L’art. 115 (ambito di applicazione) è inserito nel Capo I (Operazioni e servizi bancari e finanziari) del Titolo VI (Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti) e al comma 3 stabilisce che “Le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dai capi I-bis (Credito immobiliare ai consumatori) e Ilredito ai consumatori) e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis .

L’art. 117 (Contratti), che ha la medesima collocazione, è il seguente:

1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.
2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.
3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.
4. I contratti indicano il tasso d’interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.
5. (Abrogato )

6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.
7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.
8. La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.

3.2 – Nel caso di specie il contratto indica il tasso d'interesse praticato ed è pacifico che esso è stato comunicato dall'intermediario al cliente pochi giorni prima della stipula del contratto; quindi si verte in ipotesi fattualmente diversa da quelle regolate dal comma 7 dell'art. 117 T.U.B., il quale prevede, appunto, la mancata indicazione del tasso d'interesse o la difformità rispetto a quello pubblicizzato (e, quindi, comunicato) prima della conclusione del contratto.

3.3 – Appare opportuno ricordare che già la decisione n. 10929/2016 del Collegio di Coordinamento ha stabilito che "In assenza di una specifica e dettagliata disciplina procedimentale, il giudizio avanti alla ABF deve necessariamente rispettare i principi generali del vigente sistema processuale civile. Il principio della domanda e il rispetto del contraddittorio sono cardini di tale sistema, cui il procedimento ABF non può sottrarsi. Ne consegue che il ricorrente è tenuto a formulare una domanda che sia articolata nel petitum (il provvedimento o il bene della vita richiesto) e nella causa petendi (la situazione giuridica giustificatrice della domanda) e a produrre la documentazione dimostrativa. Reciprocamente, il resistente ha l'onere processuale di addurre le argomentazioni (fattuali e giuridiche) idonee a contrastare la domanda e di produrre la documentazione ritenuta idonea allo scopo.

Il giudicante (l'arbitro come il giudice) ha il potere – dovere di stabilire la corretta qualificazione giuridica delle questioni portate alla sua cognizione, ma non quello di prendere in esame situazioni di fatto diverse da quelle rappresentate dalle parti. Ne consegue, in applicazione dei principi sopra enunciati, che, al di fuori delle ipotesi della rilevabilità d'ufficio normativamente prevista, all'arbitro non è consentito esaminare questioni su cui non abbia sollecitato il contraddittorio delle parti. Come concordemente stabilito da dottrina e giurisprudenza, l'arbitro ha il potere – dovere di interpretare la domanda, nel senso di enucleare tutte le possibili implicazioni che vi sono contenute. Tale attività si rivela tanto più opportuna in una procedura che non prevede l'assistenza professionale (anche se nella pratica si sta ormai diffondendo la tendenza dei clienti ad avvalersi dell'opera di un professionista). Ma si tratta di un potere – dovere che non può

esorbitare dai limiti dell'interpretazione (cioè della decrittazione della volontà del ricorrente) per estendersi ad una interpretazione "integrativa" o "additiva", nel senso di esaminare situazioni di fatto non ricavabili dal tenore della domanda.

3.4 – La ricorrente ha chiesto l'applicazione al mutuo de quo fin dall'inizio del tasso dell'1,9% promesso con conseguenti ricalcolo del relativo piano di ammortamento e restituzione degli importi pagati in più nelle rate scadute e pagate al tasso errato.

Una tale pretesa implica necessariamente una decisione costitutiva ed è obiettivamente diversa dalle ipotesi che consentono l'applicazione della sanzione di cui al comma 7 dell'art. 117 T.U.B. ipotizzata nell'ordinanza di rimessione, risultando fondata su situazioni giuridiche non prospettate e, particolarmente, su un fatto costitutivo differente, quindi essa non può trovare ingresso nel presente giudizio.

4.1 – Tuttavia il Collegio di Coordinamento, per ragioni di opportunità e completezza, non si sottrae all'esame in linea di principio del tema proposto dall'ordinanza di rimessione. Il comma 7 dell'art. 117 T.U.B. ha chiara portata sanzionatoria; quindi non ne è consentita l'interpretazione estensiva e la sua applicazione resta circoscritta ai casi specificamente indicati, nel cui novero – come del resto esplicitamente riconosciuto nell'ordinanza di rimessione – non è inclusa la modifica in prossimità della conclusione del contratto delle condizioni precedentemente prospettate al cliente.

4.2 – Occorre, peraltro, considerare che il nostro sistema, pur prevedendo particolari forme di protezione per il contraente più debole, consente e tutela l'autonomia privata in materia contrattuale. L'art. 1322 c.c. non solo la prevede testualmente, ma consente persino che le parti concludano contratti non appartenenti ai tipi che hanno una disciplina particolare.

L'art. 1418 c.c. disciplina le causa di nullità del contratto: esse si sostanziano nella contrarietà a norme imperative ovvero nella mancanza di uno dei suoi requisiti (l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto, la forma se prescritta a pena di nullità), nell'illiceità della causa, nell'illiceità dei motivi.

Il successivo art. 1419 disciplina la nullità parziale del contratto e delle singole clausole stabilendo che esse importano la nullità dell'intero contratto se risulta che senza quella parte i contraenti non lo avrebbero concluso e sempre che le clausole nulle non siano sostituite di diritto da norme imperative.

Come è noto, queste ultime sono soltanto quelle che regolano i rapporti giuridici di particolare importanza, ossia che superano gli interessi particolari delle parti in causa per riguardare interessi generali, ritenuti fondamentali per assicurare una pacifica convivenza sociale.

Loro natura e funzione sono chiaramente spiegate da Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724, secondo cui, in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, in difetto di espressa previsione in tal senso (cosiddetta "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità.

Nell'occasione, la Corte Suprema ha auto modo di confermare quanto asserito dalla Corte territoriale nella sentenza sottoposta al suo scrutinio e cioè che la nullità del contratto per

contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto e che va escluso che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative prenegoziali ovvero nella fase dell'esecuzione del contratto stesso possa esser causa di nullità, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali siffatta condotta contrasti, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista.

5.1 – Nei casi come quello di specie non è ravvisabile da parte dell'intermediario alcuna violazione di norme imperative, per cui resta esclusa l'applicabilità del regime delle nullità e, quindi, della sanzione prevista dal comma 7 dell'art. 117 T.U.B.

Causa di nullità del contratto (o di singole clausole) è quella che attiene ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardino cioè la struttura o il contenuto del contratto, mentre i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o comunque nella fase antecedente alla conclusione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale.

5.2– Ciò non implica che il comportamento dell'intermediario debba necessariamente sfuggire a censura. Infatti esso si rivela sindacabile sotto il profilo della buona fede, del dovere di correttezza e trasparenza delle informazioni e di corretta esecuzione delle operazioni, risultando idoneo ad integrare la responsabilità contrattuale, suscettibile di tutela risarcitoria (vedi Cass. n. 31600 del 2013).

6 – Pertanto il Collegio di Coordinamento enuncia il seguente principio di diritto:

“La modifica unilaterale da parte dell'intermediario del tasso d'interesse relativo ad un contratto di mutuo comunicata al cliente pochi giorni prima della data fissata per la stipula del contratto e l'omesso invio preventivo del PIES non inficiano la validità della relativa clausola contrattuale, ma integrano ipotesi di responsabilità precontrattuale che dà diritto al cliente al risarcimento del danno che deve essere provato ai sensi dell'art. 2697 c.c. ”

7 - In conclusione il ricorso, nei limiti in cui è stato proposto, non risulta meritevole di accoglimento, dal momento che, per le ragioni addotte al superiore punto .3.3, la domanda richiede una pronuncia costitutiva e non è interpretabile come volta ad ottenere il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale.

**P. Q. M.**

**Il Collegio respinge il ricorso.**