

## COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) FAUSTI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) DENOZZA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BENAZZO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GRIPPO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore ESTERNI - PIER LUIGI FAUSTI

Seduta del 23/03/2021

### FATTO

Il Cliente, richiamando quanto esposto nel reclamo, espone quanto segue:

- ha sottoscritto in data 18/07/2008 un contratto di mutuo ipotecario indicizzato al Franco Svizzero di € 80.000,00 da restituire in 30 anni per 360 rate mensili, avente un tasso variabile (iniziale) del 4,94% ed un tasso di mora dell'8,432%;
- a seguito di richiesta di estinzione anticipata, l'Intermediario procedeva, in data 29/06/2020, a trasmettere al Cliente i conteggi di estinzione richiedendo la somma di € 79.799,46 che il Cliente provvedeva a bonificare riservandosi, con comunicazione pec, la ripetizione delle somme illegittimamente corrisposte;
- sin dalla fase precontrattuale, per via della complessità del contratto e della mancanza di idonea informativa, afferma di aver avuto difficoltà nella comprensione delle caratteristiche e dei rischi del prodotto, in particolare con riferimento all'art. 7 da ritenersi assolutamente nullo, così come statuito dalla giurisprudenza;
- detta clausola infatti non espone in modo chiaro e comprensibile per un consumatore il funzionamento del meccanismo della doppia conversione;
- ha quindi provveduto a far esaminare il contratto (come da CTP prodotta), da tale esame sono emerse alcune anomalie;
- in particolare il contratto risulta "incontrovertibilmente" viziato in quanto:
  - i. il tasso di interesse è indeterminato per non conformità del TAEG;
  - ii. il tasso di interesse è indeterminato per mancata indicazione del tasso annuo effettivo;
  - iii. i conteggi di estinzione risultano indeterminati;



- è pertanto stato ricalcolato il saldo del contratto di mutuo alla data del 30/07/2020 e questo è risultato a credito del Cliente per € 67.085,72, in virtù del ricalcolo dei tassi di interesse in assenza della clausola di cambio Franco Svizzero/Euro e stante l'indeterminatezza dei conteggi per anticipata estinzione; ovvero, in subordine, è stato ricalcolato a credito del Cliente in € 43.745,71, in virtù del ricalcolo degli interessi effettuato ex art. 117 TUB a causa dell'assenza di indicazione del TAE e della difformità del TAEG;
- il Cliente chiede quindi la restituzione della somma di € 67.085,72, nonché la dichiarazione di nullità della clausola del contratto relativa al meccanismo di doppia conversione (art. 7) in quanto priva dei requisiti di chiarezza e comprensibilità.

Nelle controdeduzioni, l'Intermediario afferma quanto segue:

- ha stipulato in data 18/07/2008 con il Cliente un contratto di mutuo indicizzato al Franco Svizzero per l'importo capitale di € 80.000,00, da restituire in 30 anni per 378 rate (in realtà 360 rate), avente un tasso di cambio convenzionale "storico" determinato nel rapporto Franchi svizzeri 1,6516 per un Euro;
- in via preliminare, eccepisce l'irricevibilità della domanda per incompetenza temporale dell'ABF poiché le contestazioni formulate dal Cliente afferiscono a vizi genetici del contratto, attinenti quindi ad un periodo temporale antecedente a quello di competenza del Collegio adito;
- su richiesta del Cliente, emetteva un conteggio di estinzione anticipata del mutuo in data 29/06/2020 ed il Cliente procedeva all'estinzione in data 08/07/2020;
- nonostante ciò, in data 30/09/2020 il Cliente sporgeva formale reclamo affermando la presunta opacità delle clausole contrattuali relative alla rivalutazione per il caso di estinzione anticipata, l'indeterminatezza del TAEG/ISC, nonché l'applicazione di interessi usurari chiedendo la restituzione di quanto indebitamente percepito dall'Intermediario;
- ha trasmesso un riscontro ai Cliente in data 06/10/2020, confermando la liceità del meccanismo di rivalutazione fornendo gli opportuni chiarimenti sul suo funzionamento, illustrando la conformità dei tassi alla normativa anti-usura, all'art. 117 TUB e la legittimità del TAEG/ISC indicato nel contratto;
- i tassi riportati nel contratto sono stati convenuti al di sotto della soglia usura, in particolare il TEGM rilevato dalla Banca d'Italia e in vigore per il periodo 1° luglio – 30 settembre 2008 (periodo in cui rientra la data di stipula del contratto oggetto di ricorso) risultava pari al 5,96% che, maggiorato della metà, dava un tasso soglia pari al 8,94%;
- il tasso corrispettivo previsto nel contratto era pari al 4,94%, pertanto non si ravvisa il superamento del tasso soglia;
- relativamente alle contestazioni riguardanti il TAEG, pattuito nella misura pari al 4,426%, precisa che questo comprende tutti i costi previsti dalla normativa vigente al momento dell'erogazione del mutuo e quindi rappresenta fedelmente il costo complessivo del medesimo;
- la perizia non potrebbe assumere rilievo probatorio in quanto documento di parte non formatosi all'interno del contraddittorio;
- l'ABF con riferimento a casi analoghi ha sostenuto che l'art. 117 TUB dovesse ritenersi inapplicabile in quanto l'ISC/TAEG è un mero indicatore di costo complessivo del finanziamento, la cui erronea indicazione non comporterebbe maggiore onerosità del finanziamento stesso;
- l'unica sanzione prevista per la mancata/erronea indicazione di costi nel TAEG è quella di cui all'art. 125-bis TUB, norma che tuttavia non può trovare applicazione nel



caso di specie, in quanto trattasi di finanziamento garantito da ipoteca su bene immobile (art. 122 TUB);

- la giurisprudenza di merito ed i Collegi territoriali ABF hanno altresì ritenuto infondata la sanzione della nullità per il caso di erronea indicazione dell'ISC/TAEG;
- quanto alla contestazione relativa al funzionamento del meccanismo della doppia conversione, l'Intermediario precisa che, al fine di erogare il mutuo al Cliente, ha dovuto procurarsi, al tasso di cambio in essere al tempo della stipula, l'equivalente in Franchi Svizzeri dell'importo corrispondente al capitale preso a prestito che, di conseguenza, in caso di estinzione anticipata, dovrà necessariamente essere restituito, convertendone in Euro la parte residua al tasso di cambio CHF/EUR vigente al momento dell'estinzione;
- nel conteggio estintivo emesso il 29/06/2020 alla voce "rivalutazione" è stata evidenziata la differenza tra il valore del capitale da restituire secondo il piano di ammortamento originario e il valore in euro dello stesso al momento dell'estinzione in base al meccanismo di rivalutazione;
- nell'operazione di estinzione la sola variabile presa in considerazione è il tasso di cambio CHF/EUR, rilevata al momento in cui sopraggiunge la richiesta di estinzione;
- quindi, *"qualora il tasso di cambio CHF/EUR vigente in quel momento sia sfavorevole rispetto al "tasso di cambio convenzionale" contrattualmente pattuito al momento della stipula, il capitale residuo da rimborsare in Euro sarà maggiore dell'equivalente in Euro previsto dal piano di ammortamento (come è concretamente avvenuto nel caso che ci occupa). Analogamente... qualora il tasso di cambio CHF/EUR vigente al momento dell'estinzione sia favorevole rispetto al "tasso di cambio convenzionale" pattuito al momento di erogazione del capitale, il capitale residuo da rimborsare in Euro sarà invece inferiore all'equivalente in Euro previsto dal piano di ammortamento"*;
- pertanto, la doglianza è frutto solo dell'effetto sfavorevole derivante da tale meccanismo in quanto, laddove nel caso concreto si fosse realizzata la seconda delle ipotesi descritte, i Clienti non avrebbero mai contestato il meccanismo di estinzione anticipata;
- in merito all'asserita opacità informativa, l'Intermediario precisa che il Cliente apprendeva la natura del mutuo non solo dalle illustrazioni precedenti alla stipula ma anche dalle stesse clausole contrattuali, chiare e precise che questi hanno consapevolmente sottoscritto innanzi al notaio; inoltre durante lo svolgimento del contratto sono stati trasmesse in maniera continuativa comunicazioni riepilogative che ribadivano le principali caratteristiche del mutuo;
- il Collegio di Milano, perfino in un caso in cui mancava l'esplicazione del meccanismo da applicare in caso di estinzione anticipata nel contratto, ha rinvenuto legittimo il suo impiego in quanto analogo al meccanismo di calcolo della rata e tipico nei contratti indicizzati (decisione n. 14649/20);
- anche la Giurisprudenza di merito è ormai unanime nel superare precedenti orientamenti in favore della piena comprensibilità delle clausole contrattuali di cui agli artt. 4 e 7;
- non ravvisa alcun profilo di vessatorietà delle clausole contrattuali, in quanto, ai sensi dell'art. 34 c. cons. tale caratteristica non attiene alla "determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile".

In definitiva l'intermediario chiede l'irricevibilità o il rigetto del ricorso.

## DIRITTO

Le domande svolte dal Cliente comprendono più motivi di ricorso.

Il primo riguarda l'opacità/illegittimità delle clausole contrattuali inerenti l'indicizzazione valutaria in caso di estinzione anticipata del rapporto; il secondo riguarda l'opacità/illegittimità delle prescrizioni contrattuali in tema di determinazione del tasso di interesse per errata indicazione del TAEG e l'indeterminatezza del tasso annuo effettivo.

L'intermediario eccepisce in via preliminare il difetto di competenza temporale dell'ABF, risalendo il contratto in contestazione al 18/07/2008, ossia ad un periodo anteriore all'01/01/2009.

Con riguardo ai ricorsi proposti post 1° ottobre 2020, come quello in esame, le Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, Sez. I, par. 4 (Ambito di applicazione oggettivo) prevedono che "Non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al sesto anno precedente alla data di proposizione del ricorso".

Si precisa che, sulla base di quanto previsto in tema di applicazione temporale delle nuove disposizioni, "Il nuovo limite di competenza temporale previsto alla Sezione I, Paragrafo 4, delle Disposizioni, per cui non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al sesto anno precedente alla data di proposizione del ricorso, si applicherà a partire dal 1° ottobre 2022. Fino a tale data, potranno continuare ad essere sottoposte all'ABF le controversie relative a operazioni o comportamenti non anteriori al 1° gennaio 2009 (ossia al limite di competenza temporale sinora vigente per l'ABF)".

I Collegi ABF hanno interpretato tale disposizione nel senso che, in caso di controversia avente ad oggetto un rapporto negoziale sorto anteriormente al 1° gennaio 2009, ma ancora produttivo di effetti successivamente a tale data, occorre avere riguardo al *petitum*, onde verificare se esso si fonda su vizi genetici di detto rapporto (dando luogo all'incompetenza temporale), oppure su una divergenza tra le parti che riguarda effetti del negozio giuridico prodottisi dopo il 1° gennaio 2009, sussistendo allora la competenza dell'ABF (cfr. Collegio di Coordinamento, n. 72/2014).

Esaminando quindi le contestazioni oggetto del presente ricorso, si rileva quanto segue.

Con riferimento alla nullità della clausola che disciplina il meccanismo di conversione nel caso di estinzione anticipata del rapporto (art. 7 del contratto), i Collegi sono soliti operare una distinzione tra le clausole relative alla determinazione di interessi (al di fuori della competenza temporale ABF, se il contratto è stato stipulato prima del 1° gennaio 2009) e le clausole aventi ad oggetto il meccanismo di rivalutazione in ipotesi di estinzione anticipata.

Per quanto riguarda i rilievi inerenti la domanda di nullità ex art. 117 TUB in relazione alla indeterminatezza del tasso d'interesse o ex art. 125 bis TUB per l'errata determinazione del TAEG, la natura di vizio genetico è ontologicamente connessa al vizio lamentato; pertanto il Collegio dichiara la propria incompetenza temporale relativamente alla domanda di indeterminatezza del tasso convenuto e di non conformità del TAEG, e la dichiara inammissibile.

In relazione, invece, alle contestazioni relative alla nullità delle clausole che prevedono il meccanismo di rivalutazione da applicare in ipotesi di estinzione anticipata del finanziamento, i Collegi ritengono che il riferimento temporale, "ai fini della valutazione della competenza *ratione temporis*, debba essere individuato nel momento della predisposizione del conteggio estintivo da parte dell'intermediario", nel caso di specie la predisposizione del conteggio estintivo è avvenuta in data 29/06/2020.



Passando quindi al merito, posto che l'oggetto del ricorso riguarda l'accertamento della legittimità del metodo di calcolo per l'anticipata estinzione contemplato dall'art. 7 del contratto predisposto dall'intermediario e, conseguentemente, la validità e l'efficacia della clausola stessa che rappresenta la base normativa del suddetto calcolo, sarebbe sufficiente richiamare il costante orientamento di questo Arbitro per accogliere il ricorso (cfr., Collegio di Coordinamento n. 4135/2015, nonché le successive n. 5855/2015, n. 5866/2015 e n. 5874/2015, tutte conformi e tutte relative a clausole contrattuali del tutto analoghe a quella di cui al ricorso; nonché: Collegio di Milano n. 2451/2017, 4917/2017, 5487/2017; Collegio Roma n. 5091/2017; Collegio Napoli 6625/2017, Collegio Napoli 22916/2020, Collegio Milano 23538/2020, Collegio Napoli 2589/2021).

La disposizione contrattuale in esame prevede, in termini sicuramente poco chiari che per i casi di estinzione anticipata del finanziamento l'importo del capitale residuo vada prima convertito in franchi svizzeri al tasso di cambio convenzionalmente fissato nel contratto e successivamente riconvertito in euro al cambio franco/svizzero rilevato al giorno del rimborso.

Orbene, come affermato dal Collegio di Coordinamento, non pare che l'articolo in esame esponga in maniera trasparente, chiara e comprensibile il funzionamento concreto del meccanismo di doppia conversione della valuta, nonché il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo; cosicché esso, secondo quanto ritenuto dalla Corte di giustizia dell'Unione nella sentenza del 30 aprile 2014, nella causa C-26/13, si pone in contrasto con l'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE (ovvero con l'art. 34, 2° comma, cod. cons.), oltre che con l'orientamento della Corte di Cassazione (cfr., *ex plurimis*, Cass. Sez. III, 8 agosto 2011, n. 17351).

In particolare con la decisione n. 5866/2015 è stata evidenziata, alla stregua dell'orientamento in materia della Corte di Cassazione, non solo *“la necessità che le clausole contrattuali e i comportamenti delle parti contraenti siano conformi alle regole di correttezza, trasparenza ed equità e che la violazione dei suddetti principi comporta la nullità delle clausole contrattuali che non li rispettano”*, ma è stato anche osservato che la clausola in esame (identica a quella oggetto della decisione cui ci si riferisce) non espone *“in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera”*, né *“il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo. Infatti, come si detto, detta clausola contrattuale si limita a prospettare che gli importi già restituiti o ancora dovuti dal mutuatario siano dapprima convertiti in franchi svizzeri al “tasso di cambio convenzionale”, e l'importo così ottenuto sia poi riconvertito in euro al tasso di cambio corrente, ma non espone affatto le operazioni aritmetiche che debbano essere eseguite al fine di realizzare tale duplice conversione da una valuta all'altra e viceversa”*. Il Collegio di Coordinamento ha quindi ritenuto sussistente la violazione della fondamentale regola della trasparenza e cioè della obiettivamente agevole comprensibilità, con la conseguente nullità della clausola. Nullità da ravvisarsi anche nella fattispecie.

Quanto alle conseguenze della nullità, il Collegio di Coordinamento ha richiamato la più volte menzionata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea secondo cui: *«L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, ove un contratto concluso tra un professionista e un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta a una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva»*. E così, in linea anche con la Corte di Cassazione (n. 20686/2013), secondo cui l'accertata nullità della clausola in quel caso concernente le modalità del calcolo degli interessi non travolge il contratto, ma impone al giudice un nuovo calcolo degli stessi, si aggiunge che



alla nullità di una clausola abusiva ai sensi dell'art. 36 cod. cons. consegue l'applicazione della norma di diritto dispositivo alla quale il predisponente aveva inteso derogare a proprio vantaggio (n. 3995/2014). Norma che, tenuto conto della materia del contendere, è stata individuata nell'art. 125-sexies, 1° comma, T.U.B. (corrispondente all'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE) per la quale *“Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore”*. Tutto ciò con l'effetto che, accertata la nullità della clausola contenuta nell'art. 7 del contratto stipulato tra le parti del presente giudizio e tenuto conto del principio nominalistico di cui all'art. 1277, 1° comma, c.c., l'intermediario dovrà effettuare il conteggio dell'anticipata estinzione del finanziamento senza praticare la duplice conversione indicata dall'art. 7 di cui è stata dichiarata la nullità.

Non è inutile ricordare come recentemente anche la giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 16 novembre 2015, ord.) abbia avuto modo di pronunciarsi – sempre nella stessa direzione e sempre nei confronti dell'odierno intermediario resistente, per di più dichiarando espressamente di condividere gli orientamenti di quest'Arbitro - sul tema qui affrontato, concludendo che:

*“quanto alla clausola di cui all'art. 7.5 dei contratti de quibus, se ne ravvisa il contrasto con l'art. 35, I comma del Codice del Consumo non in relazione al meccanismo di conversione, ma in rapporto alla terminologia impiegata come sopra precisato”, sulla base della seguente argomentazione: “Ciò posto in ordine al meccanismo, è, però, 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 prodotte da parte ricorrente. In particolare, il problema si pone per la dicitura “capitale restituito” contenuta nell'art. 7.5: ed, invero, posto che l'indicizzazione riguardava, nell'ipotesi di estinzione anticipata, il capitale da rimborsare, l'adeguamento avrebbe dovuto riguardare certamente il capitale residuo e non già quello restituito sino alla data della richiesta di estinzione. Una simile inesattezza poteva avere come conseguenza quella di focalizzare l'attenzione del consumatore sul capitale restituito e non su quello da restituire, con le conseguenti inesattezze in punto di valutazione economica dell'operazione. Né vale considerare il meccanismo utilizzato per i conguagli semestrali in base al quale, una volta operato il conguaglio, nessuna rivalutazione delle somme rimborsate da parte del mutuatario poteva più essere disposta; ciò in quanto non è esigibile, da parte del consumatore, un ragionamento logico – giuridico volto a supportare un'interpretazione sistematica delle clausole contrattuali per giungere ad una corretta conclusione metodologica in ordine al calcolo e, prima ancora, per compiere una corretta e realistica valutazione delle somme ancora dovute in caso di estinzione anticipata. In sostanza, quindi, 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”*.

Analogamente il Tribunale di Roma, 3 gennaio 2017 (confermato dalla Corte d'appello del 19 ottobre 2017), respingendo la domanda del qui convenuto intermediario e condividendo gli orientamenti di quest'Arbitro, ha ribadito la contrarietà della clausola ora in questione rispetto alle regole di trasparenza poste dagli artt. 115 e 116, T.u.b., nonché dagli artt. 33 e seguenti del Codice del Consumo.

Nel medesimo senso, sempre di recente, il Tribunale di Busto Arsizio, 8 marzo 2017, sempre pronunciandosi contro il medesimo intermediario qui convenuto, ha disposto che il



debito in linea capitale da restituire in caso di anticipata estinzione è l'importo residuo indicato nel piano di ammortamento in euro, in corrispondenza dell'ultima rata pagata dal mutuatario.

Non sfugge al Collegio che vi sono anche sentenze dei Tribunali di merito sfavorevoli al ricorrente (Trib. Milano sentenze nn. 6520 del 9 giugno 2017 e 12332 del 6 dicembre 2017; Trib. Napoli ordinanze del 9 ottobre 2017 e del 27 dicembre 2017; Trib. Torre Annunziata, n. 382 del 13 febbraio 2018).

Tuttavia neanche sfugge che i contratti di mutuo c.d. multi divisa hanno causato problemi economici a consumatori di tutta Europa, con le conseguenti controversie giuridiche che appaiono risolte in senso favorevole ai consumatori medesimi: ad es. Appello Madrid del 23 novembre 2016, pronunciandosi contro il medesimo intermediario qui convenuto, sempre sulla base della mancanza di trasparenza delle clausole e sulla considerazione che il mutuo multi divisa costituisca in realtà uno strumento finanziario, non essendo stata effettuata la profilatura del cliente ai sensi della direttiva Mifid. In termini addirittura draconiani la sentenza del Tribunale di primo grado di Atene n. 334/2016, in accoglimento di una *class action*. Sul punto è di nuovo intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 20 settembre 2017, causa C-186/2016, precisando che il requisito di chiarezza e comprensibilità di una clausola deve verificarsi non solo sul piano formale e grammaticale, ma altresì in relazione alla sua portata concreta, nel senso che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente avveduto, possa non solo essere a conoscenza della possibilità di apprezzamento o deprezzamento della valuta estera nella quale il prestito è stato contratto, ma anche valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari.

Ed infine il medesimo fondamento, per la medesima soluzione della nullità della clausola per violazione dell'art. 35 Cod. Cons., viene rintracciato dalla pure recente ed esaustiva delibera dell'AGCM pubblicata sul relativo bollettino n.26 del 9 luglio 2018.

Il Collegio non trova quindi motivo per discostarsi dal suo orientamento.

Ma forse si può aggiungere ancora qualcosa.

Se anche è vero, infatti, che la sopravvenienza negativa per il mutuatario non è tecnicamente imputabile ad una clausola penale, tuttavia non è dubbio che l'effetto della clausola contenuta nell'art. 7 del contratto in esame è esattamente analogo a quello che il legislatore ha inteso impedire con l'art. 120 *ter* TUB che dispone la nullità delle clausole con le quali si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o altra prestazione per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui. Tale norma, insieme a quella del successivo art. 120 *quater* (surrogazione), ed a quelle in tema di rinegoziazione, hanno inteso favorire la possibilità di una gestione negoziale delle sopravvenienze: gestione che è assolutamente impedita dalla clausola del contratto in oggetto che rende il mutuatario praticamente prigioniero dell'intermediario, contrariamente ad ogni principio di concorrenza.

È pure vero che la sopravvenienza negativa per il mutuatario non è tecnicamente imputabile ad un debito di interessi, trattandosi di una rivalutazione del capitale; e tuttavia neppure è dubbio che il carico finanziario addossato al mutuatario per effetto della clausola multi valuta assume un aspetto di eccesso tale che potrebbe assumere rilevanza giuridica in base ad altre norme di legge.

Né si può convenire con la presunta impossibilità per la Banca di fare una previsione di mercato dell'andamento dei parametri di indicizzazione: si tratta di asserzione improbabile in quanto negli anni immediatamente precedenti il collocamento dei mutui in CHF, la realtà dei contratti bancari aveva conosciuto il caso, drammatico in senso del tutto analogo, dei mutui in ECU, le cui conseguenze disastrose in quanto professionista la Banca non poteva



ignorare; come probabilmente non ignorava che i mutui in ECU non furono sanzionati a livello giurisprudenziale.

La discussione principale relativa a mutui in ECU prima, e ai mutui indicizzati al CHF poi, si è orientata sul concetto di aleatorietà in maniera molto ambigua. Per un certo orientamento si ritiene che questi prodotti siano contratti giuridicamente aleatori e come tali sottratti alla risoluzione per eccessiva onerosità ai sensi dell'art. 1469 c.c. Per un altro, più convincente, orientamento le oscillazioni dovute al mercato degli indici di riferimento negoziati in contratto, non colorano né qualificano lo schema causale dell'contratto di mutuo che di per sé è e rimane non aleatorio. Le predette oscillazioni rientrano invece nell'alea economica del contratto, per la conseguenza che, se ritenute regolari o comunque normalmente prevedibili, di nuovo deve escludersi la risoluzione per eccessiva onerosità ma ai sensi dell'art. 1467, comma 2 c.c.

In realtà già la dottrina più recente ha avvertito l'esigenza di approfondire la distinzione tradizionale tra alea giuridica ed economica. Un Autore, partendo dalla riflessione sui contratti di borsa, giunge alla definizione di "*contratti ad alea normale illimitata*", come quelli in cui "*l'oscillazione di valore delle prestazioni, per le particolarità proprie di certi tipi di contratti e per quelle dell'ambiente in cui sono posti in essere, può giungere sino all'infinito senza che, per questo, i contratti medesimi divengano aleatori*".

Tale inquadramento astratto non può, però, restare privo di una concreta reazione giuridica: reazione che se, a termini di codice civile, rimane impedita tra l'art. 1469 c.c. e l'art 1467, secondo comma c.c., e quindi non riesce ad apportare alcuna tutela, sulla base invece della più recente produzione normativa e giurisprudenziale in tema di clausole abusive, trasparenza finanziaria e trasparenza bancaria, riesce a raggiungere soluzioni più eque e dotate di buon senso. Ed ecco che, pertanto, anche ad argomentare in termini di aleatorietà, emerge il concetto che l'alea debba essere razionale e come tale calcolabile (Trib. Bologna, 3 luglio 2018, n. 2042); che il rischio è certo ammissibile, se accettato dal cliente, ma deve essere necessariamente *ex ante* ben definito e conosciuto con certezza dal cliente, anche al fine di pervenire all'esternalizzazione di un consenso informato (App. Bologna, 11 settembre 2014, n. 734). Se il cliente non è messo in condizione di conoscere il grado di rischio assunto, la sanzione di nullità merita accoglimento (cfr. anche App. Trieste a proposito della farraginosità dei calcoli e dell'irragionevole svantaggio, in un'operazione di *leasing* con clausola di rischio cambio).

In definitiva, anche nel caso di specie, così come in altre posizioni decise da questo Arbitro in relazione alla medesima clausola oggetto di contestazione (cfr. decisione 5874/2015), la controversia trova la sua soluzione nel dato contrattuale, epurato della clausola nulla, con l'effetto che in esito alla richiesta di estinzione anticipata del mutuo, il capitale residuo che parte ricorrente dovrà restituire sarà pari alla differenza tra la somma inizialmente mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite senza praticare la duplice conversione prevista dalla clausola di cui è stata dichiarata la nullità (cfr. decisione Collegio di Milano n. 4501/2016).

Resta fermo il dovere dell'intermediario di ricalcolare le somme eventualmente addebitate in eccesso alla parte ricorrente per effetto della dichiarata nullità della clausola, poiché tale nullità non può che esplicitare i propri effetti *ex tunc* (cfr. decisione Collegio Milano n. 5487 del 17 maggio 2017).

#### PER QUESTI MOTIVI

**Il Collegio, in parziale accoglimento del ricorso, rilevata la nullità della clausola contestata, dispone che l'intermediario provveda al ricalcolo del capitale residuo da**



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

**restituire in sede di estinzione anticipata, senza praticare la duplice conversione valutaria, e a rimborsare l'eventuale differenza già corrisposta dal ricorrente. Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e alla parte ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
FLAVIO LAPERTOSA