



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

L'obbligo di forma scritta nei contratti bancari: gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario*

di Talita Desiato

ABSTRACT

The written form required of bank contracts it outlines that a basic requirement of contracts is to ensure transparency and honesty in the relationships between banks and customers. The bank contracts from entering into law in 154/1992 must be written in a certain way, under penalty of nullity (art. 117 Testo Unico delle leggi bancarie e creditizie).

The first objective of the format of these contracts is to have correct and complete information of the customers. The second requirement is to observe the needs of legal regulations.

In case of violation of the written form the art. 127 of the TUB provides for relative nullity of contracts.

Then, the guidelines of the Arbitro Bancario Finanziario, which have commented at different times on this delicate and debated issue, were analysed.

SINTESI

L'obbligo di forma scritta dei contratti bancari si delinea come un requisito fondamentale per assicurare la trasparenza e la correttezza nei rapporti tra banche e clienti. I contratti bancari, dall'entrata in vigore della legge n. 154/1992, devono essere redatti per iscritto sotto pena di nullità (art. 117 Testo Unico delle leggi bancarie e creditizie). Il primo obiettivo della previsione del requisito di forma scritta è l'interesse ad una corretta e completa informazione del cliente; in secondo luogo, rileva l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici. In caso di violazione della forma scritta l'art. 127 del TUB prevede la nullità relativa del contratto.

In questo lavoro vengono presi in considerazione gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario, che ha avuto modo di esprimersi più volte su questa tematica così delicata e dibattuta.

SOMMARIO: 1. Premessa. L'obbligo di forma scritta dei contratti bancari: le norme di riferimento 2. Forma scritta ex art. 117 t.u.b negli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario 3. Mancanza del requisito di forma scritta 4. I contratti relativi agli strumenti di pagamento 5. La forma del contratto di apertura credito 6. Nullità delle singole clausole 7. Le decisioni del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario

1. Premessa. L'obbligo di forma scritta dei contratti bancari: le norme di riferimento

La trasparenza e la correttezza nei rapporti tra banche e clienti sono perseguite tramite una serie di norme specifiche che regolano e disciplinano le varie fasi in cui si articolano tali relazioni. Proprio nei rapporti contrattuali difatti si manifesta la posizione di forza della banca nei confronti del cliente che finisce per assumere così il ruolo di contraente debole, meritevole di tutela.

I contratti bancari, dall'entrata in vigore della legge n. 154/1992, devono essere redatti per iscritto sotto pena di nullità (art. 117 Testo unico delle leggi bancarie e creditizie, in seguito "TUB"). La previsione del requisito di forma scritta, sembra tutelare una serie di interessi specifici della contrattazione in ambito bancario.

In primo luogo, viene in evidenza l'interesse ad una corretta e completa informazione sull'offerta contrattuale, assicurato dal fatto che il cliente ha diritto a ricevere una bozza del contratto prima della stipula, e che tale documento deve conseguentemente contenere tutte le condizioni economiche del rapporto¹. In

¹ Provvedimento Banca d'Italia, 29 luglio 2009 (ultimo aggiornamento, 22 giugno 2012), *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, Sezione II, par. 6.

secondo luogo, rileva l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici², con particolare riferimento alla facilità per il cliente di verificare ed esigere che la banca rispetti durante il rapporto le condizioni pattuite al momento della stipula. Inoltre, il rispetto della forma scritta da parte delle banche costituirebbe, in qualche modo, espressione del principio di buona fede³.

Venendo alle norme del TUB, va detto anzitutto che in base al 2° co. dell'art. 117 il CICR può prevedere deroghe alla regola di forma scritta, per « motivate ragioni tecniche ».

La delibera CICR 4 marzo 2003 a sua volta delega la Banca d'Italia a individuare « forme diverse da quella scritta per le operazioni e i servizi effettuati sulla base di contratti redatti per iscritto, nonché per le operazioni e i servizi, oggetto di pubblicità ai sensi della precedente delibera, che hanno carattere occasionale ovvero comportano oneri di importo contenuto per il cliente ».

La Banca d'Italia a sua volta, ha attuato la delega del CICR, prevedendo che la forma scritta non sia obbligatoria per: « a) le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di contratti redatti per iscritto; b) le operazioni e i servizi prestati in via occasionale – quali ad esempio, acquisto e vendita di valuta estera contante, emissione di assegni circolari – purché il valore complessivo dell'operazione non ecceda i 5.000 euro e a condizione che l'intermediario mantenga evidenza dell'operazione compiuta; consegni o invii tempestivamente al cliente conferma dell'operazione in forma scritta o su altro supporto durevole, indicando il prezzo praticato, le commissioni e le spese addebitate; c) l'emissione di prodotti di moneta non ricaricabili, ovvero nei casi previsti dall'art. 25, 6° co., lett. d), d.lgs. 21 novembre

² De Poli, *La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 528 ss.; Silveti, in Calandra Buonauro, Perassi, Silveti, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, VI, Padova, 2001, p. 386.

³ Fauceglia, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 430.

2007, n. 231»⁴.

Le norme sulla trasparenza disciplinano quindi la pubblicità e l'informazione *pre* contrattuale, la forma e il contenuto dei contratti e le comunicazioni alla clientela relativamente alle operazioni e ai servizi disciplinati dal TUB offerti ai clienti dalle banche.

Deve osservarsi che, in caso di violazione della forma scritta, la conseguenza sul piano civilistico è più severa rispetto a quella prevista per la violazione delle norme in materia di contenuto obbligatorio del contratto. Il 3° co. dell'art. 117 TUB prevede infatti la nullità totale del contratto.

L'art. 127, co. 2, TUB, qualifica la nullità per carenza di forma scritta come "relativa", potendo essere fatta valere solo dal cliente, oppure d'ufficio dal giudice qualora comporti un vantaggio per il cliente stesso (art. 127 co. 4, TUB).

2. Forma scritta ex art. 117 t.u.b negli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario

Come abbiamo accennato, con l'entrata in vigore dell'art. 3 della L. 17-02-1992 n. 154, poi recepito nell'art. 117 del TUB, tutti i contratti bancari devono necessariamente stipularsi per iscritto a pena di nullità.

Su questa tematica così delicata e dibattuta, l'Arbitro Bancario Finanziario (in seguito "ABF") ha avuto modo di esprimersi più volte. Varie sono state le fattispecie prospettate.

Con riferimento all'art. 117, co. 1, TUB nella parte in cui prevede che "i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente" (norma richiamata dall'art. 124 in materia di contratti di credito al consumo), l'ABF afferma che l'intermediario non è riuscito a provare di aver concluso il contratto di finanziamento nel rispetto dei requisiti imposti dalla legge in materia di forma dei contratti conclusi tra intermediari e clientela. Limitandosi, anzi, ad esibire una accettazione che non

⁴ Provvedimento Banca d'Italia, 29 luglio 2009, cit., Sezione III, 2, 20.

solo contiene condizioni contrattuali per una polizza assicurativa non richiesta, ma non appare in alcun modo speculare e sicuramente riconducibile alla proposta inviata dal cliente.

La documentazione esibita dall'intermediario può quindi essere considerata accettazione non conforme alla proposta equivalendo così – secondo la regola generale di cui all'art. 1326, ult. co., c.c. – quale nuova proposta. L'intermediario non può invocare un'accettazione per *facta concludentia* proprio per la rigidità formale di protezione posta dalla normativa richiamata.

Da quanto sopra, l'ABF ne ha fatto conseguire la nullità del contratto di finanziamento per difetto di forma ex art. 117 TUB. Secondo l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza si tratta di un'ipotesi di nullità relativa di protezione che opera a vantaggio del cliente e che, seppure non eccepita, può essere rilevata d'ufficio nell'interesse dello stesso⁵.

Dalla nullità del contratto consegue, in base alle regole del codice civile, l'obbligo a carico delle parti di procedere alla restituzione delle prestazioni eseguite, secondo i principi propri della ripetizione dell'indebitato (art. 2033 c.c.). La somma ricevuta in prestito deve essere quindi restituita dal cliente, essendo stata accertata la mancanza di un contratto valido, idoneo a giustificare l'acquisizione da parte dello stesso, sia pure non a titolo definitivo (art. 1422 c.c.).

In casi del genere, la decisione del Collegio di Coordinamento n. 3257 del 2012, ricollegandosi l'obbligazione restitutoria dell'*accipiens*, conseguente all'accertata inefficacia del contratto, afferma che il relativo assetto sinallagmatico non può non influire sulla complessiva configurazione della obbligazione restitutoria medesima.

Risulta allora chiaro come, per il mutuo oneroso e i contratti affini, la pretesa restitutoria nascente dall'accertamento della inefficacia del contratto non possa limitarsi alla sola somma-capitale, restando, altrimenti, priva di reintegrazione quella

⁵ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 272/2013.

convenzionalmente concessa dilazione della restituzione del capitale prestato che vale proprio a caratterizzare – sul piano della corrispettività delle prestazioni e, quindi, sotto il profilo causale – i contratti creditizi.

Conclusioni, questa, a maggior ragione obbligata, ovviamente, in un'ottica ricostruttiva tendente, per i contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto il godimento di un bene (come, ad esempio, la locazione di un immobile) a considerare senz'altro il valore d'uso del bene stesso come costituente l'obbligazione restitutoria primaria (con la conseguenza che il mutuatario, dichiarata la nullità del contratto, risulta sicuramente tenuto alla restituzione della somma-capitale e alla corresponsione degli interessi per il periodo in cui ha avuto il godimento della somma medesima).

Secondo una simile ricostruzione, dunque, la corresponsione degli interessi risulta elemento costitutivo imprescindibile dell'obbligazione restitutoria gravante sull'*accipiens*⁶.

Il Collegio di Roma⁷ si è espresso in merito alla violazione da parte dell'intermediario delle regole imposte dal TUB a tutela della trasparenza. In particolare, si ha riguardo all'art. 117 co. 1 TUB nella parte in cui prevede che "i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente" (disposizione richiamata dall'art. 124 in materia di contratti di credito al consumo) e all'art. 127 TUB. Nel caso in cui l'intermediario non riesca a provare di aver concluso il contratto di finanziamento nel rispetto dei requisiti imposti dalla legge in materia di forma dei contratti conclusi tra intermediari e clientela, riconosce espressamente di non avere reperito la copia del contratto di finanziamento stipulato limitandosi a produrre le condizioni generali di contratto e i "documenti di sintesi" inviati a fine anno. Tale documentazione in nessun caso può essere ritenuta idonea a provare il contenuto del contratto, posta l'esistenza della regola di forma.

L'obbligo restitutorio, conseguente all'accertata nullità del contratto per difetto di

⁶ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 6183/2013.

⁷ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 272/2013.

forma, comporta, oltre alla restituzione del capitale, anche l'obbligo di corresponsione di interessi in ragione dell'utilizzo del denaro prestato di cui il cliente ha comunque usufruito, calcolati in base al tasso legale vigente nel periodo considerato.

3. Mancanza del requisito di forma scritta

La circostanza dell'apertura di un conto corrente in assenza della disposizione scritta da parte del cliente appare sicuramente da censurare in quanto posta in essere in violazione di una norma imperativa che esprime un'esigenza ineludibile del sistema dei contratti bancari⁸.

Sul punto, il Collegio di Napoli⁹ ha chiarito come non possa essere condiviso l'indirizzo interpretativo, pure autorevolmente espresso a livello giurisprudenziale, secondo cui, atteso il rigore di forma che caratterizza i contratti tra banca e cliente, sarebbe impossibile considerare concluso il contratto anche nei casi in cui l'intermediario produca in giudizio il documento contrattuale regolarmente sottoscritto dal cliente, ma mancante di formale accettazione. Tale interpretazione non considera, infatti, che in casi del genere sembra comunque rispettata la *ratio* a cui obbedisce la previsione di una forma scritta *ad substantiam* per tali contratti, ovvero che sia il cliente – presumibilmente, parte debole del rapporto – a dover essere consapevole del particolare significato dell'atto che compie e dei particolari impegni che assume; una consapevolezza che allora certamente sussiste quando la copia del contratto reca la sua sottoscrizione e che non viene meno, nel caso di esecuzione del rapporto, per l'eventualità che la banca non vi abbia apposto poi la propria. Nella circostanza, invece, che non vi sia traccia dell'effettivo ricevimento

⁸ In un caso, sebbene il contratto richiedesse la forma scritta a pena di nullità, l'intermediario stesso ha ammesso che il conto corrente era stato attivato e poi estinto senza che il cliente avesse sottoscritto lo stesso (in violazione dell'art. 117, co. 1 e 3, TUB); cfr. Collegio di Roma, dec. n. 1668/2013.

⁹ Cfr. Collegio di Napoli dec. n. 804/2013.

della proposta contrattuale, dirimente sembra il rilievo che intanto si può ammettere la sostituzione di una clausola di esercizio dell'*ius variandi* solo quando la clausola che si intende sostituire sia stata originariamente e validamente pattuita, sicché la sua nullità è solo sopravvenuta per effetto di una modifica normativa, ma non certo anche quando la nullità sia, per così dire, originaria.

4. I contratti relativi agli strumenti di pagamento

Il Collegio di Milano¹⁰ ha ricordato come la Banca d'Italia, con comunicato del 20.4.2010, abbia espressamente richiamato gli intermediari alla scrupolosa osservanza del divieto di inviare strumenti di pagamento in assenza di esplicita richiesta del cliente formulata per iscritto.

Va rilevato che le questioni giuridiche che si pongono nel contesto delle carte c.d. *revolving* attengono al diritto dei contratti, in quanto la consegna e l'utilizzo della carta presuppongono la conclusione di un apposito accordo in cui vengano fissate le regole che disciplinano il rapporto.

Le carte *revolving* sono concesse con una certa facilità senza la sussistenza di quelle tutele tipiche di altre forme di credito e non sempre i loro titolari sono pienamente consapevoli degli oneri che comportano tali strumenti.

Nella fase antecedente alla conclusione del contratto, ciò che rileva è l'informazione del cliente cui è tenuto l'intermediario, il quale deve mettere a disposizione del cliente le "informazioni europee di base sul credito ai consumatori" (art. 124 TUB), che consistono in determinate notizie standardizzate provenienti dal finanziatore e indirizzate al finanziato¹¹.

Alla carenza della forma scritta del contratto non può in alcun modo compensare il generico riferimento ad un precedente contratto di finanziamento personale,

¹⁰Cfr. Collegio di Milano, dec. n. 1624/2013.

¹¹ A. Minto, *Il nuovo documento denominato "Informazioni europee di base" nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 98 s.

contenente una mera previsione della “possibilità” di rilasciare al cliente una carta di credito *revolving*.

Né d'altro canto può rimediare a tale carenza l'indicazione, contenuta negli estratti conto mensili, inviati *ex post*, del fido accordato e del tasso di interesse applicato al rapporto. Ne discende che, in mancanza della forma scritta, il contratto relativo alla carta *revolving* va considerato nullo ai sensi dell'art. 117 TUB.

È accaduto, in alcune occasioni, che le società finanziarie abbiano inviato carte di credito a domicilio, senza che prima sia stato stipulato un apposito contratto. Anche tale prassi, va ritenuta illegittima in quanto i prestatori di servizi di pagamento hanno l'obbligo di astenersi dall'inviare strumenti di pagamento non specificamente richiesti¹². Non è prevista però alcuna sanzione per il caso di inosservanza della norma.

Al riguardo, appare ragionevole la tesi secondo la quale, in situazioni come quella descritta, nessun onere possa essere preteso dal soggetto finanziato, in quanto il comportamento del finanziatore si pone in contrasto con la legge. In sostanza, quando le carte di credito *revolving* vengono inviate al domicilio del cliente, ai sensi dell'art. 117 del TUB, non può ritenersi validamente concluso un contratto per effetto della mera spedizione dello strumento di pagamento. L'intermediario non può quindi pretendere oneri sulla base di un contratto non esistente¹³.

5. La forma del contratto di aperture credito

Il Collegio di Napoli¹⁴ ritiene di dovere aderire all'indirizzo interpretativo che valuta non necessaria la forma scritta per la conclusione del contratto di apertura di credito, sul presupposto che costituisce sufficiente garanzia per il cliente che sia previsto e regolato per iscritto il contratto di conto corrente che funge da contratto normativo.

¹² Art. 8 comma 1 lett. b d.lgs. N. 11/2010.

¹³ V. Sangiovanni, *Questioni giuridiche connesse all'emissione e all'uso delle carte di credito revolving*, i *Contratti*, 2014.

¹⁴ Cfr. Collegio di Napoli, dec. n. 3668/2013.

Com'è stato sottolineato dalla Corte di legittimità: "dal 1992 a tutt'oggi le disposizioni della Banca d'Italia, a tanto autorizzata dal C.I.C.R. hanno sempre previsto, pur nel variare dei testi normativi, che non fosse richiesta la forma scritta per i contratti relativi ad operazioni e servizi già previsti in contratti redatti per iscritto, tra cui il contratto di conto corrente, in base alla considerazione che costituisce sufficiente garanzia per il cliente che il contenuto normativo del contratto sia redatto per iscritto, mentre poi la sua concreta stipulazione, alle condizioni riportate nel contratto scritto, potrà avvenire in altra forma nel rispetto delle esigenze di celerità ed operatività che taluni tipi di contratti esigono" (Cass., 15 settembre 2006, n. 19941).

Ad esempio, l'aver effettivamente utilizzato la linea di credito posta a disposizione del cliente dall'intermediario, il tentativo di definire transattivamente l'esposizione debitoria dimostrando piena consapevolezza circa l'effettivo utilizzo della linea di credito, la mancata contestazione dell'apertura di credito concessa sino al momento del reclamo sono tutte circostanze che attestano come il consenso tra le parti in ordine alla conclusione del contratto di apertura di credito si sia puntualmente perfezionato, senza possibilità, per il ricorrente, di contestare vizi genetici in ordine alla insorgenza del rapporto contrattuale.

Anche la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14470 del 9 luglio 2005, ha aderito a questo indirizzo ricordando che la legge sulla trasparenza bancaria (art. 3, co. 3, della legge n. 154 del 1992) e il testo unico bancario (art. 117, co. 2), pur prevedendo la forma scritta a pena di nullità per il contratto di apertura di credito, al contempo attribuiscono al CICR il potere di prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta.

Sono pertanto legittime le norme emanate dal CICR (nel 1992 in via d'urgenza, in sua sostituzione, dal Ministro del tesoro) e dalla Banca d'Italia, che prevedono la non obbligatorietà della forma scritta per le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto, in quanto tali disposizioni

completano ed integrano la norma di legge, in virtù di una facoltà espressamente prevista dalla legge stessa.

Una volta chiarito che il vincolo della forma scritta non è necessaria per un contratto di apertura di credito previsto e regolato da un contratto di conto corrente, può convenirsi che la conclusione del primo possa avvenire anche per comportamenti concludenti¹⁵.

6. Nullità delle singole clausole

A fronte dell'eventuale nullità di singole clausole, possono prodursi gli effetti della disposizione di cui all'art. 1419 c.c. in forza della quale "la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative." Ciò premesso, il Collegio di Milano¹⁶ ha affermato che le clausole contrattuali dedotte in contestazione dal cliente non fossero in alcun modo affette da nullità, risultando semplicemente a lui sgradite, nonostante l'intervenuta scelta di sottoscriverle ed accettarle.

Appare utile ricordare che il quadro normativo nel quale si colloca il rapporto contrattuale dedotto in contestazione è tracciato dall'art. 117 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) in forza del quale: "I premi pagati all'intermediario e le somme destinate ai risarcimenti o ai pagamenti dovuti dalle imprese di assicurazione, se regolati per il tramite dell'intermediario, sono versati in un conto separato, del quale può essere titolare anche l'intermediario espressamente in tale qualità, e che costituiscono un patrimonio autonomo rispetto a quello dell'intermediario medesimo. Sul conto separato non sono ammesse azioni,

¹⁵ Cassazione, 15 settembre 2006, n.19941.

¹⁶ Cfr. Collegio di Milano, dec. n. 383/2011.

sequestri o pignoramenti da parte di creditori diversi dagli assicurati e dalle imprese di assicurazione. Sono ammesse le azioni da parte dei loro creditori ma nei limiti della somma rispettivamente spettante al singolo assicurato o alla singola impresa di assicurazione. Sul conto separato non operano le compensazioni legale e giudiziale e non può essere pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario nei confronti dell'intermediario (...)"

In tale contesto, il contratto prevede il conferimento da parte del cliente alla banca dell'autorizzazione di comunicare dati relativi al conto corrente a compagnie mandanti che dovessero farne richiesta; orbene, nessuna norma imperativa vieta ad un correntista di autorizzare la banca a comunicare dati e/o consegnare documenti ad un terzo, a maggior ragione nella specie, ove il terzo è portatore di un interesse. Analogamente, il testo contrattuale si limita a prevedere il conferimento da parte del correntista in favore delle compagnie mandanti del diritto di disporre operazioni a valere sul conto corrente, mentre riconosce il diritto alle compagnie di autorizzare la chiusura del conto – lasciando peraltro libera la facoltà di prelievo del correntista e non pregiudicando la facoltà di recesso riconosciuta *ex lege* dall'art. 118 del TUB in caso di modifica unilaterale delle condizioni economiche – senza porsi in contrasto con alcuna norma imperativa. Una simile clausola, infine, appare priva di alcun autonomo valore precettivo, limitandosi nel contenuto ad una mera dichiarazione di scienza.

7. Le decisioni del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario

Come si è visto, i Collegi ABF hanno avuto modo di esprimersi più volte in merito alla nullità per mancanza di forma dei finanziamenti del tipo *revolving*, e su di essi, ha avuto modo di esprimersi anche la Banca d'Italia, in ragione delle sue caratteristiche, idonee a vulnerare alcuni e fondamentali presidi di correttezza e lealtà nel mercato del credito.

I tre collegi ABF hanno assunto, nei confronti del modello negoziale in esame,

atteggiamenti non omogenei, sia per quanto riguarda la qualificazione in termini di invalidità del contratto, sia in ordine alle relative conseguenze.

La tipologia negoziale in esame, è caratterizzata dalla collocazione di un prestito *revolving*, che l'intermediario pretende ricollegabile ad una remota richiesta di finanziamento del cliente, nel momento della relativa proposizione espressamente finalizzata all'acquisto di beni durevoli ma formulata utilizzando una modulistica che, in un quadro di assai scarsa trasparenza tende equivocamente ad iscrivere il finanziamento stesso in una potenzialmente più vasta operazione finanziaria. In effetti, costituirebbe, una operazione effettuata in esecuzione di un regolamento di interessi formalmente concluso, e, come tale, i requisiti di forma e il contenuto minimo di cui all'art. 117 TUB andrebbero valutati con riferimento all'originario contratto di finanziamento, validamente conclusosi tramite formali dichiarazioni recanti l'indicazione, seppure generica, del servizio e del relativo costo.

Il collegio ABF di Milano¹⁷ ha ritenuto non realizzato, con riguardo alla concessione del finanziamento *revolving*, in relazione alla tipologia negoziale in discussione, il requisito di cui all'art. 117, co. 1, TUB, con conseguente relativa nullità, ai sensi del co. 3 dello stesso articolo, per mancanza, cioè, della forma scritta richiesta *ad substantiam*.

Il collegio ABF di Roma giunge, invero, allo stesso risultato (della nullità, cioè del contratto di finanziamento *revolving*), anche "in quanto stipulato con modalità non conformi a quelle inderogabilmente stabilite dal legislatore", con riferimento alla disciplina di cui all'art. 3 del d.lgs. 25.9.1999, n. 374, che riserva agli agenti in attività finanziaria iscritti all'apposito albo la promozione e la conclusione di contratti di finanziamento¹⁸.

Il Collegio ABF di Napoli¹⁹ secondo una impostazione data poi per scontata nelle

¹⁷ Cfr. Collegio di Milano, dec. n. 821/2011 e 1993/2011.

¹⁸ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 2200/2012.

¹⁹ Cfr. Collegio di Napoli, dec. n. 597/2011.

successive decisioni concernenti analoga tipologia negoziale, non ha, invece, reputato senz'altro invalida, ai sensi dell'art. 117 TUB, la concessione del finanziamento *revolving*. La pur ammessa validità del contratto non è sufficiente a dimostrare che le condizioni e le voci di costo non espressamente contemplate nel testo contrattuale siano, poi, integrabili a mezzo di successivi documenti di sintesi. Si è, così, concluso che gli importi versati debbano andare per intero imputati a capitale e la remunerazione del finanziamento conteggiata separatamente, nonché che, non riportando il contratto alcuna indicazione del TAEG, a ciò debba ritenersi conseguire l'applicabilità del meccanismo di sostituzione automatica previsto dall'art. 124, co. 5, lett. a) TUB, con la conseguenza che "il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto".

Il Collegio di coordinamento, sul punto, propende per l'orientamento che ritiene nullo il contratto di finanziamento *revolving* per mancanza del requisito della forma richiesta *ad substantiam* (anche in base al richiamo che ne opera, in tema di credito al consumo, il relativo art. 124, nel testo pro-tempore vigente). Pare impossibile ritenere che la concessione del prestito *revolving* possa essere considerata operazione effettuata in esecuzione dell'originario contratto, perfezionatosi con l'erogazione dell'importo richiesto dal cliente in sede di domanda di (primo) "utilizzo particolare". Sembra trattarsi, in realtà, di un'operazione economica, nella sostanza, del tutto indipendente rispetto al contratto originariamente perfezionatosi come tale, quindi, evidentemente da valutare autonomamente, circa la sua validità, alla luce dei requisiti di forma previsti dal TUB.

In effetti, nel senso di una simile autonomia – anche a prescindere dalla palese diversità del tipo di operazioni cui la Banca d'Italia, nella normativa regolamentare, risulta alludere a proposito delle operazioni meramente esecutive di contratti scritti (aggiungendosi, peraltro, che "restano comunque soggette all'obbligo di forma

scritta le integrazioni di un contratto precedentemente concluso”) – depone soprattutto la sostanziale assenza, nel testo contrattuale originario (e anche nelle relative “condizioni generali di contratto”), di indicazioni circa l’effettivo assetto economico destinato a caratterizzare gli eventuali successivi finanziamenti. In tal senso, v’è altresì il rinvio ad un momento (anche di molto) successivo – quello, cioè, della richiesta del “nuovo” finanziamento ad opera del cliente – della manifestazione del (discrezionale) impegno negoziale all’erogazione da parte dell’intermediario.

Il contratto, infatti, non contiene alcuna indicazione non solo in ordine alle condizioni (anche essenziali) concretamente regolanti i futuri finanziamenti eventualmente richiesti ed erogati (del resto, anche in relazione al c.d. “primo utilizzo particolare, ma soprattutto in ordine agli importi eventualmente conseguibili dal cliente (con conseguente assoluta indeterminatezza dell’oggetto, se veramente si trattasse di un finanziamento già operante sulla base del contratto originario).

Dunque, l’assetto di interessi relativo al prestito *revolving* si palesa delineato, nei suoi elementi essenziali, solo a seguito di una nuova fase costitutiva, la quale è ricollegabile alla relativa richiesta del cliente formulata oralmente, ma in palese assenza, allora, dei requisiti di forma imposti a tutela del cliente dal TUB proprio al fine di assicurare “trasparenza” all’operazione creditizia, non essendo ovviamente consentito che ammontare, condizioni essenziali e voci di costo non contemplate nella forma prescritta al momento della conclusione possano, poi, essere validamente integrate a mezzo di successivi documenti.

Secondo l’impostazione dianzi accolta, la tutela del cliente deve, dunque, essere fatta discendere dall’accertata nullità del contratto di finanziamento rotativo, in applicazione dell’art. 117, co. 1 e 3, TUB (anche in quanto fatto oggetto di richiamo, in tema di credito al consumo, dall’art. 124).

Il profilo su cui divergono gli orientamenti dei due Collegi ABF di Milano e di Roma – cagionando il rinvio della questione al Collegio di coordinamento – concerne, appunto, le conseguenze dell’accertamento della nullità del contratto di

finanziamento. E risulta evidente come la questione assuma una rilevanza notevole, investendo, in via del tutto generale, il problema delle conseguenze dell'accertata invalidità dei contratti di credito ai sensi dell'art. 117 TUB.

Pare il caso, innanzitutto, di premettere che la soluzione non può essere ricercata nella specifica previsione dell'art. 124, co. 5, TUB, quale all'epoca vigente (e, ora, nell'art. 125-bis, co. 7), laddove viene disposta l'automatica integrazione/sostituzione di diritto delle clausole contrattuali "assenti o nulle", relative, in particolare, alla previsione del TAEG. Secondo quanto condivisibilmente rilevato in dottrina, infatti, l'operatività della disciplina della integrazione/sostituzione di diritto delle clausole nulle sembra presupporre la validità formale del contratto complessivamente considerato: validità radicalmente negata, invece, con riguardo alla fattispecie negoziale nella ricostruzione operata dai Collegi di Milano e di Roma, poi condivisa dal Collegio di coordinamento. Si conferma quindi che la soluzione debba essere ricercata, quindi, nella disciplina civilistica generale della ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.).

Il Collegio di Milano²⁰ giunge, così, alla conclusione secondo la quale "la nullità del contratto, per quanto importi l'obbligo di immediata restituzione del capitale, esclude che siano dovuti interessi ed altri accessori su detta somma (art. 2033 c.c.)". Il Collegio di Roma²¹, invece, conferma che, in rigorosa applicazione dell'art. 2033 c.c., sembrerebbe da "escludere che (...) possa essere posto a carico del ricorrente l'obbligo di corrispondere gli interessi 'dal giorno del pagamento' sulle somme indebitamente versate dal resistente". Ma giunge, poi, a diversa conclusione sulla base della peculiarità strutturale dei contratti di finanziamento, in cui "l'obbligo della corresponsione degli interessi è correlato (non già alla mera consegna della somma data in prestito, ma) all'obbligo, assunto da chi la eroga, di non chiederne la restituzione fino alla scadenza del termine convenuto".

²⁰ Cfr. Collegio di Milano, dec. n. 1993/2011.

²¹ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 2200/2012.

Si sottolinea, con evidente riferimento alla struttura caratterizzante la corrispettività nei contratti in questione, che “l’esclusione, nell’ipotesi considerata, dell’obbligo di pagamento degli interessi determina, nei rapporti tra le parti, una grave sperequazione in danno della parte attiva del rapporto, che appare difficile da giustificare sul piano dei principi, specie considerando che, seguendo tale impostazione, dovrebbe pervenirsi a legittimare anche la pretesa della controparte al rimborso delle somme versate a titolo di interessi prima della dichiarazione di nullità del contratto”.

Si adduce, a riprova dell’assunto, che la limitazione dell’obbligazione restitutoria di chi ha ricevuto il prestito, in caso di nullità del contratto, alle sole somme finanziate potrebbe trovare (e trova, in effetti, ora) idoneo fondamento solo in una norma specifica diretta alla tutela privilegiata di una particolare categoria di soggetti, come nel caso dell’attuale art. 125 *bis*, co. 9, TUB, in tema di credito al consumo, quale introdotto dal d.lgs. n. 141/2010, da ritenersi tuttavia inapplicabile in queste ipotesi, in ossequio ai principi che regolano l’efficacia della legge nel tempo (art. 11 disp. prel. c.c.).

Si fa leva anche sul necessario coordinamento della disciplina della ripetizione dell’indebito con quella in tema di arricchimento senza causa, proprio in vista della quale la Cassazione ha negato che “qualora un contratto di locazione sia dichiarato nullo, la parte che abbia usufruito del godimento dell’immobile possa pretendere la restituzione di quanto versato a titolo di corrispettivo per tale godimento ed ha riconosciuto il diritto del locatore di agire in arricchimento al fine di ottenere dal locatario, relativamente al periodo di esecuzione del contratto, il versamento di una somma corrispondente all’ammontare dei canoni”²². E si è concluso che, “facendo applicazione di tali principi nel caso di specie (...) appare evidente che non possa essere disconosciuto l’obbligo del ricorrente di corrispondere gli interessi per il

²² Cassazione, 3 maggio 1991, n. 4849; Cassazione, 14 marzo 1973, n. 714.

periodo in cui il contratto ha ricevuto esecuzione fin dalla data in cui le somme da lui utilizzate sono state poste a sua disposizione, ovviamente al tasso legale – data l'assenza di una valida pattuizione recante una diversa indicazione (art. 1284, co. 3, c.c.) – senza alcuna capitalizzazione (art. 1283 c.c.)”.

Ora, è noto come la dottrina resti persistentemente divisa sulla peculiarità o meno delle pretese restitutorie conseguenti all'accertata (originaria o sopravvenuta) inefficacia del contratto. È evidente, in effetti, che ove si aderisca alla prospettiva, per così dire, contrattualistica di tali pretese, l'assetto sinallagmatico del contratto risulta destinato inevitabilmente a riverberarsi sull'assetto delle pretese restitutorie conseguente all'accertata inefficacia del contratto. In tale ottica, allora, difficilmente potrà ammettersi che il mero difetto di forma del contratto, possa condurre, ad un assetto restitutorio tale da determinare, un ingiustificato arricchimento di una parte nei confronti dell'altra.

Diversa conclusione si potrebbe forse raggiungere alla luce dell'orientamento per cui il pagamento dell'indebito sia in ogni caso un fenomeno extracontrattuale, poiché il titolo della restituzione non è mai il contratto, trattandosi piuttosto di un'autonoma causa di obbligazione e avendo, insomma, pure le pretese restitutorie dipendenti dalla mancanza iniziale o dalla caducazione degli effetti del contratto la medesima funzione dell'azione di ripetizione in assenza di un contratto.

Nelle ipotesi di pretesa restitutoria conseguente all'accertata carenza di effetti del contratto, il problema dell'estensione della stessa agli interessi si dovrebbe risolvere, quindi, alla luce dell'art. 2033 c.c., considerando in malafede il contraente al quale sia imputabile l'inefficacia del contratto, con conseguente diritto del *solvens*, ove considerato appunto responsabile, agli interessi solo dal giorno della domanda.

Non si può, mancare di sottolineare come, anche secondo l'orientamento da ultimo ricordato, il diritto alla restituzione venga, comunque considerato conseguenza immediata e diretta del contratto, quando costituisca l'oggetto specifico dell'assetto di interessi predisposto dalle parti. Tale è, in particolare (e in

una prospettiva estensibile, in generale, ai contratti creditizi), il caso del mutuo, in cui il mutuante consegna al mutuatario una determinata somma di danaro perché questi ne acquisti la disponibilità, restituendola al termine del contratto.

In casi del genere, ricollegandosi l'obbligazione restitutoria dell'*accipiens* conseguente all'accertata inefficacia del contratto direttamente al relativo assetto sinallagmatico, non potrà non influire sulla complessiva configurazione della obbligazione restitutoria medesima. Risulta allora chiaro come, per il mutuo oneroso e i contratti affini, la pretesa restitutoria non possa limitarsi alla sola somma-capitale, restando, altrimenti, priva di reintegrazione, a favore del *solvens* (con evidente frustrazione delle finalità della ripetizione e ingiustificato arricchimento di una delle parti), quella convenzionalmente concessa dilazione della restituzione del capitale prestato, che vale proprio a caratterizzare – sul piano della corrispettività delle prestazioni e, quindi, sotto il profilo causale – i contratti creditizi.

Secondo una simile ricostruzione (condivisa dal Collegio di coordinamento), dunque, la corresponsione degli interessi risulta elemento costitutivo imprescindibile dell'obbligazione restitutoria gravante sull'*accipiens*.

La limitazione della pretesa restitutoria alla somma-capitale potrebbe derivare, allora, solo da una specifica disciplina di tutela di una particolare categoria di soggetti, in conseguenza di un intervento legislativo *ad hoc*, come sembra dimostrare l'attuale art. 125 *bis*, co. 9, TUB, in tema di credito al consumo, quale introdotto dal d.lgs. n.141/2010. Prospettiva, del resto, che finisce col trovare conferma anche nella modifica che la legge n. 108/1996 (recante disposizioni in tema di usura) ha apportato all'art. 1815, co. 2, c.c.: in considerazione dell'ivi disposta non debenza di interessi in caso di convenzione usuraria, non a caso, si ritiene diffusamente che il legislatore, a scopo specificamente sanzionatorio di una pratica ritenuta da reprimere con rigore, abbia inteso addirittura incidere – sulla base dei suoi poteri di intervento conformativo in materia di autonomia contrattuale – sulla stessa natura dell'operazione economica, quale posta in essere dalle parti,

trasformando (almeno in senso lato) il mutuo da oneroso in gratuito.

In definitiva, dunque, pare da reputare meritevole di accoglimento, anche e soprattutto in considerazione degli accennati rilievi sistematici, la conclusione che la pretesa restitutoria a carico del cliente, nel caso di nullità del contratto accertata in applicazione degli artt. 117 e 127 TUB (e specificamente, nella materia del credito al consumo, ai sensi del previgente art. 124), debba estendersi, oltre che alla somma-capitale erogata dall'intermediario al cliente, pure alla corresponsione di interessi – ovviamente al solo tasso legale e senza alcuna capitalizzazione – a far data dalla avvenuta messa a disposizione di quest'ultimo della somma medesima.