

## LA COMMISSIONE DI STIPULA DEL MUTUO TRA ABF E BAUSPARVERTRAG.

Di Federico Pistelli

| 47

**SOMMARIO:** 1. Il problema: il rimborso della commissione per la stipula del mutuo immobiliare; 2. L'orientamento dell'ABF: invalidità della clausola e restituzione della commissione; 2.1. L'invalidità della commissione di stipula per violazione della normativa che vieta penali in caso di recesso del consumatore; 2.2. L'invalidità della commissione di stipula per violazione della normativa in materia di trasparenza; 2.3. L'elemento comune all'orientamento ABF: lo spaccettamento dell'operazione di risparmio edilizio; 3. L'Abschlussgebühr nella giurisprudenza tedesca in tema di Bausparvertrag; 4. Interpretazione della clausola; 5. Conclusioni

**ABSTRACT.** Il saggio prende in esame il problema della validità della commissione di stipula inserita nel contratto di risparmio edilizio (Bausparvertrag), oggetto di un recente orientamento nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario. Viene dunque offerta una interpretazione alternativa della clausola, traendo spunto dall'esperienza giuridica tedesca, attraverso la qualificazione dell'operazione negoziale in termini unitari.

The paper analyzes the validity of a standard term in building savings agreement, which has been center of some recent decisions of the ADR in banking and financial litigation. The specific aim is to provide a different interpretation of this clause, built on Germany's case law and related to the unitary purpose of the whole agreement.

## 1. Il problema: il rimborso della commissione per la stipula del mutuo immobiliare.

Fin dai primi anni del suo operato, l'Arbitro Bancario Finanziario (nel prosieguo, ABF)<sup>1</sup> è intervenuto in diverse occasioni in merito alla validità della clausola che attribuisce alla banca una forma di remunerazione, a titolo di diritto di stipula, per la futura assegnazione del mutuo immobiliare<sup>2</sup>.

La clausola, com'è noto, rientra nella convenzione – c.d. contratto di risparmio edilizio – che prevede una concessione di credito secondo un piano articolato in più fasi, una c.d. di risparmio (in cui il cliente accumula un certo capitale, depositandolo presso l'istituto di credito su di conto vincolato e remunerato da interessi attivi) e una c.d. di finanziamento (in cui la banca concede al cliente a titolo di mutuo una somma pari alla differenza tra il valore complessivo dell'investimento e la somma già accumulata nella prima fase) per finalità di carattere immobiliare, quali la costruzione o la ristrutturazio-

ne di abitazioni<sup>3</sup>. Oltre a impegnarsi al versamento rateale della somma, il cliente, proprio per effetto della clausola in parola, assume l'obbligo di corrispondere all'istituto di credito, già al momento della sottoscrizione del piano, una somma di denaro quale commissione per la stipula di un mutuo.

Orbene, nei procedimenti in parola il cliente agisce domandando all'ABF il rimborso di quanto pagato a titolo di commissione per la stipula quando, nonostante egli abbia versato la somma richiesta per l'assegnazione del finanziamento in ottemperanza al piano finanziario prestabilito, l'istituto bancario si rifiuta di passare alla seconda fase dell'operazione e quindi di procedere alla concessione del mutuo. Come è noto, nella quasi totalità dei casi, l'ABF ha individuato una serie di profili di problematicità della clausola, privandola dei suoi effetti e obbligando la banca alla restituzione della somma versata a questo titolo dal cliente.

Ancorché sia certamente consolidata, tale soluzione dell'ABF merita di essere oggetto di qualche ripensamento.

Dopo avere dato conto in dettaglio dell'orientamento dell'ABF (§2-2.1.-2.2.), nonché degli ulteriori profili concernenti l'operazione di mutuo immobiliare sottoposti all'attenzione della giurisprudenza di merito (§2.3), in questa sede intendendo confrontare l'interpretazione interna in materia di commissione di stipula con quanto avviene nel contesto originario dell'operazione, il tedesco *Bausparvertrag*, dove la clausola di commissione di stipula (*Abschlussgebühr*) è invece ritenuta efficace ed è respinta la domanda di rimborso avanzata dal cliente cui non viene concesso il mutuo. Il confronto con il sistema tedesco pone in luce un modo di qualificare la clausola profondamente diverso, giacché, come meglio si vedrà nel prosieguo, lì si guarda in termini maggiormente unitari all'operazione in cui si inserisce la commissione (§3). Orbene, una tale impostazione che inquadra la questione della validità e del rimborso della commissione nell'operazione finanziaria nel suo complesso trova,

<sup>1</sup> L'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF) è un organismo di risoluzione stragiudiziale delle liti (i cd. sistemi di *Alternative Dispute Resolution*, o ADR) istituito nel 2009 in attuazione dell'art. 128 bis tub, introdotto dalla legge sulla tutela del risparmio (lg. 262/2005), come reazione agli scandali finanziari dell'epoca. Il procedimento si svolge di fronte ad un organo collegiale costituito *ex ante* (l'articolazione territoriale prevede sette collegi, Bari, Bologna, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino, oltre che la composizione più autorevole del Collegio di Coordinamento), secondo specifici criteri indicati nella delibera CICR 29 luglio 2008, n. 275 e da disposizioni di Banca d'Italia. La decisione di diritto emanata al termine del procedimento in contraddittorio (meramente documentale) non è vincolante per le parti, non precludendo pertanto il successivo ricorso agli organi della giurisdizione ordinaria. La pronuncia assume comunque conseguenze di carattere *reputazionale* sull'intermediario non adempiente, il cui nome è pubblicato all'interno di un apposito registro consultabile sul sito web dell'arbitro <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/>.

Sui caratteri e sul funzionamento dell'ABF, si veda G.L. CARRIERO, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contratto e Impresa*, I 2018, pag. 35-44; G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario e Finanziario nell'ambito dei sistemi ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, X, 2011, pag. 1216 ss.; E. QUADRI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2010, pag. 305 ss.; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 2010, pag. 261 ss.; F. MAIMERI, *Commento sub art. 128-bis*, in F. Belli – G. Losappio – M. Porzio – M. Rispoli Farina (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano 2010, pag. 1144 ss.

<sup>2</sup> *Ex multis*, Collegio di Roma, 29 luglio 2011, n. 1673; Collegio di Roma, 8 novembre 2013, n. 5686; Collegio di Milano, 14 gennaio 2014, n. 165; Collegio di Napoli, 14 aprile 2014, n. 2330; Collegio di Milano, 23 gennaio 2015, n. 500; Collegio di Coordinamento 7 luglio 2016, n. 6173; Collegio di Napoli, 15 luglio 2016, n. 6468; Collegio di Roma, 7 novembre 2016, n. 9848; Collegio di Roma, 16 febbraio 2017, n. 1437. Tutte le pronunce sono consultabili in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/>.

<sup>3</sup> A titolo di esempio, si immagini l'ipotesi in cui Tizio decide di compiere lavori di ristrutturazione ed ampliamento della propria abitazione per un ammontare di centocinquanta mila euro. Egli non ha a disposizione la somma necessaria, ma, forte del suo elevato stipendio che gli permette di mettere da parte ogni mese dei soldi (risparmio) e non avvertendo l'urgenza di intraprendere l'opera di ristrutturazione in breve periodo (tempo), decide di concordare con la Banca S un piano finanziario (moneta/tempo) diretto all'accumulo del capitale necessario al pagamento della ristrutturazione del suo appartamento. L'operazione viene strutturata nel modo seguente. In una prima fase, Tizio si impegna a versare millecinquecento euro ciascun mese presso la Banca S., su un conto vincolato e remunerato da parte dell'istituto di credito ad un tasso costante. Una volta raggiunto l'importo concordato di sessantacinquemila euro, Tizio potrà ottenere un finanziamento dalla Banca S per la differenza tra il valore complessivo dei lavori (centocinquanta mila euro) e la somma già accumulata nella prima fase (sessantacinquemila euro).



a ben vedere, cittadinanza anche nel nostro ordinamento (§4) e conduce ad una soluzione alternativa all'orientamento dell'ABF (§5).

## 2. L'orientamento dell'ABF: invalidità della clausola e restituzione della commissione

Come detto, il problema del mancato rimborso di quanto versato alla banca a titolo di commissione per la stipula di un mutuo che poi non è stato nei fatti assegnato ha ad oggetto una clausola che *i*) è contemplata nei modelli contrattuali standard impiegati dalle banche, *ii*) è dovuta direttamente con la sottoscrizione iniziale del contratto di risparmio edilizio; *iii*) è solitamente di importo pari all'1% del totale del valore complessivo dell'operazione<sup>4</sup>. La somma oggetto della commissione e della domanda di rimborso è dunque versata all'apertura del rapporto in una fase antecedente al mutuo vero e proprio. Anzi, al momento del pagamento della commissione, il finanziamento rappresenta un evento futuro e incerto, in quanto condizionato sia al regolare adempimento delle rate nella fase c.d. di risparmio, sia all'espressione di un consenso da parte del cliente all'erogazione della somma residua sul valore totale del contratto<sup>5</sup>.

### 2.1. L'invalidità della commissione di stipula per violazione della normativa che vieta penali in caso di recesso del consumatore

Nell'esaminare la domanda di rimborso avanzata dal cliente, le decisioni arbitrali muovono nella qua-

si totalità dei casi dalla qualifica della commissione in parola nei termini di una clausola penale<sup>6</sup>.

Per giungere a tale qualificazione, l'ABF si interroga su quale sia la funzione che la commissione dovuta dal cliente intende soddisfare e ciò fa a partire dalla sua stessa formulazione. In primo luogo, infatti, questo indirizzo rileva come il testo della clausola contenuta nel contratto di risparmio edilizio esclude che la commissione possa formare oggetto di rimborso o finanche di riduzione in caso di estinzione anticipata del rapporto, ovvero della sua prosecuzione nella fase a risparmio<sup>7</sup>. In secondo luogo, l'orientamento in parola rileva l'assenza di una giustificazione causale autonoma dell'onere, che, si osserva, non poggia su alcuna contropartita in termini di prestazione o servizio effettivamente erogato da parte della banca. Il cliente difatti, in costanza di un'estinzione anticipata del rapporto, non è in grado di profittare dei vantaggi derivanti dalla partecipazione alla funzione mutualistica del sistema delle *Bausparkassen* e delle agevolazioni in termini di costo del finanziamento.

Pertanto, il collegio arbitrale ravvede nella convenzione della commissione di stipula la funzione esclusiva di predeterminazione dell'ammontare del risarcimento in ipotesi di estinzione anticipata del rapporto (cd. *clausola di estinzione anticipata*)<sup>8</sup>. In altre parole, il pagamento della clausola, per il tramite di un'operazione di riconduzione ad una figura socialmente tipizzata e regolata nel nostro ordina-

<sup>6</sup> In questi termini si pronuncia il Collegio di Coordinamento (7 luglio 2016, n. 6173), secondo il quale "il versamento del diritto di stipula [ha] natura sostanziale di penale, poiché, da un lato, ne è escluso il rimborso nei casi di recesso da parte del cliente e, dall'altro, risulta privo di autonoma giustificazione causale, non trovando la propria contropartita in alcuna prestazione o servizio resi dall'intermediario in favore del cliente". Su natura funzione e struttura della clausola penale, si veda, F. FIORAMONTI, *La clausola penale*, in *Clausole negoziali*, a cura di Massimo Confortini, Milano 2017, pag. 803 ss.; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in Trattato di diritto civile (a cura di), Milano 2016, pag. 1092 ss.; F.P. PATTI, *Contratti internazionali e clausola penale: esigenze di armonizzazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, pag. 792-801; E. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2011, pag. 927; P. PERLINGIERI, *Sub art. 1382 - 1384*, in *Codice Civile commentato* (a cura di), Napoli 2010; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, III, Milano 2000; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; A. MARINI, *Clausola penale*, in *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma 1988, pag. 6; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1984; V.M. TRIMARCHI, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1959; G. GORLA, *Il contratto*, Milano 1955, pag. 261; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948, pag. 132 ss.

<sup>7</sup> In tal senso, ABF, Coll. Roma, dec. 9848/2016, *cit.*

<sup>8</sup> Tale pattuizione viene di regola apposta nei contratti di finanziamento, a fronte della possibilità riconosciuta al mutuatario di estinguere il rapporto prima della naturale scadenza, per remunerare la rinuncia da parte della banca alle somme cui avrebbe avuto diritto a titolo di interessi sul capitale residuo (la clausola prevede difatti l'applicazione di una percentuale, solitamente intorno all'1%, sull'ammontare rimanente del finanziamento).

<sup>4</sup> Riprendendo l'esempio fatto in nota 3, la percentuale a titolo di commissione di stipula viene calcolata sul valore complessivo dei lavori (centocinquantomila euro), indipendentemente dall'effettiva erogazione del mutuo da parte della banca (ottantacinquemila euro) a seguito della messa a risparmio della somma da parte del cliente (sessantacinquemila euro)

<sup>5</sup> L'ipotesi in cui il cliente decida di non domandare l'assegnazione del mutuo, ma di continuare la fase a risparmio, è meno peregrina di quanto si possa pensare. Specie in costanza di rapporti di più risalente accensione, gli interessi convenuti per l'erogazione del mutuo non risultano più particolarmente attrattivi nel mutato contesto economico in cui sono maturati i presupposti per l'assegnazione. Per il *Bausparer* risulta difatti maggiormente conveniente rivolgersi nuovamente sul mercato, ove sono previsti interessi più bassi, continuando a percepire invece interessi attivi sulla somma a deposito. Specie nelle diverse ipotesi in cui la stipulazione del contratto non fosse giustificata da una reale finalità di carattere edilizio, numerosi risparmiatori hanno trovato in questa figura contrattuale una forma di rendita sicura di investimento. Con riferimento all'esperienza tedesca, da conto del problema, in dettaglio, D. BARTLITZ, *Die Kündigung von Bausparverträgen*, in *ZfPW* 2017, pag. 109-128.



mento, garantirebbe alla banca una forma di indennizzo rispetto alla facoltà del cliente, una volta maturate le condizioni indicate nel piano, di non richiedere l'erogazione del finanziamento concordato.

Una volta riconosciuta dunque la natura di clausola penale della commissione di stipula, l'ABF ha gioco facile a ravvisare un suo contrasto evidente con le previsioni che limitano l'autonomia negoziale del professionista nella contrattazione con il consumatore (art. 33., lett. e) cod. cons.)<sup>9</sup> e della banca rispetto alla facoltà di recesso del cliente nei rapporti a tempo indeterminato (art. 120-bis tub)<sup>10</sup>. La convenzione, imponendo un limite sostanziale alla libertà di recesso del consumatore, non è in grado derogare le norme imperative sulla tutela della parte debole nel rapporto di consumo, in quanto disposizioni aventi rilievo di ordine pubblico.

## 2.2. L'invalidità della commissione di stipula per violazione della normativa in materia di trasparenza

Un ulteriore appunto critico da cui muovono alcuni collegi territoriali lamenta che la clausola di commissione per la stipula del mutuo contenuta nel contratto di risparmio edilizio soffre, inoltre, di carenze in ordine alla trasparenza<sup>11</sup>. In particolare, la

<sup>9</sup> Secondo l'art. 33., lett. e) cod. cons., sono da considerarsi presuntivamente vessatorie quelle clausole che “[consentano] al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere”. Integrare con biblio da commentario. Diversamente, P.SIRENA, *Presunzione di vessatorietà*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Commentario a cura di G.Alpa e S.Patti, Milano 2003, pag. 207, secondo cui, più che di presunzioni, si tratterebbe di una inversione dell'onere della prova rispetto a quello previsto nell'art. 2467 c.c.

<sup>10</sup> L'art. 120-bis tub riconosce il diritto del cliente “di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese”. Nel settore del credito immobiliare, tale previsione è ulteriormente rafforzata dal successivo art. 120-ter tub, che sanziona con un'ipotesi di nullità speciale relativa “qualunque patto o clausola, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui [...] per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione”. L'ambito di questa specifica ipotesi di nullità è circoscritto alle ipotesi di finanziamento che siano finalizzate all'acquisto o alla ristrutturazione di immobili e comporta la piena libertà di scelta da parte mutuatario di adempiere anticipatamente rispetto alla scadenza del mutuo, senza che ciò comporti la necessità di sopportare costi ulteriori; in questo senso, G.VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano 2017, pag. 134.

<sup>11</sup> Si veda, ad esempio, Abf, Coll. Roma, 5686/2013, cit. Sulla trasparenza in ambito contrattuale, si veda A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in

documentazione contrattuale fornita al cliente non offrirebbe alcun tipo di delucidazione in ordine alla natura e alla funzione per cui quella somma deve essere corrisposta in sede di stipulazione del rapporto, limitandosi, invece, a prevedere il *quantum* della prestazione dovuta, sotto forma di percentuale sul valore del contratto. Di per sé, la dizione generica della corresponsione della somma a titolo di “diritto di stipula” non costituirebbe difatti profilo dirimente per identificare il servizio o la prestazione che quest'ultima è tesa a remunerare.

Questo filone prescinde dalla qualifica della clausola in termini di penale. Esso, piuttosto, prende le mosse dalla definizione della commissione alla stregua di una componente di costo quale “tassi di interesse, prezzi e altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti” (art. 116 t.u.b.). In conformità alle disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziaria, da tale qualificazione deriva per la banca il rispetto di obblighi informativi in sede precontrattuale. Il cliente non sarebbe pertanto messo in condizioni di comprendere se la commissione vada a predeterminare un risarcimento in ipotesi di recesso, ovvero remunerare la prestazione del procuratore di affari o costituisca un onere da sostenere come forma di partecipazione agli scopi mutualistici propri del sistema delle *Bausparkassen*<sup>12</sup>.

## 2.3. L'elemento comune all'orientamento ABF: lo spaccettamento dell'operazione di risparmio edilizio

La valutazione dei collegi arbitrali affronta la tematica della validità in ottica strettamente ricollegata al profilo specifico della clausola, mettendo in secondo piano la dimensione della qualificazione complessiva del rapporto e ciò si coglie come diretta conseguenza dell'orientamento assunto nei due profili sopra esaminati.

Banca Borsa e Titoli di Credito, II, 2018, pag. 143 ss.; E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in E. Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, Trattato Rescigno-Gabrielli, Torino 2016, pag. 5 ss.; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna 2013; S.PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in Enc. Dir., Annali V, Milano 2012, pag. 1280 ss.

Sul profilo della trasparenza e delle tutele contrattuali, G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli 2013; P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., 2013; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano 2012; A. ZOPPINI, *Apunti in tema di rapporti fra tutele civilistiche e disciplina della trasparenza bancaria*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, 2012, I, pag. 35 ss.

<sup>12</sup> Da conto di questo dibattito, Abf., Coll. Napoli, 5973/2013, cit.







A ben vedere, la stessa interpretazione della commissione in termini di penale - come tale illecita ex artt. 33, lett. e) cod. cons. e 120 bis tub - è possibile solo considerando il momento dell'apertura del rapporto - ossia quello in cui sorge il diritto alla commissione in capo alla banca - come un qualcosa di a sé stante, tale da privarla di una giustificazione causale autonoma, da ravvisarsi in una contropartita in termini di prestazione della banca.

Da questo punto di vista, l'orientamento dell'ABF in parola si avvicina all'indirizzo della giurisprudenza di merito in tema di oneri, commissioni ed usura<sup>13</sup>. Anche in questo distinto frangente, il rapporto viene "disassemblato", nella logica ricostruttiva della giurisprudenza, come prodotto finanziario frutto del collegamento negoziale fra tre diverse ed autonome fattispecie<sup>14</sup>: il contratto di risparmio edilizio, il mutuo immediato senza ammortamento e una promessa di assegnazione del mutuo al termine del periodo di risparmio. La complessa configurazione della fattispecie negoziale non consente, di conseguenza, di ricondurre semplicisticamente l'operazione alla categoria dei "mutui ipotecari a tasso fisso", perché solo al termine della prima fase del rapporto la banca è obbligata a concedere un mutuo con piano di ammortamento predefinito, a fronte dell'obbligo del cliente di effettuare versamenti mensili a risparmio. Il mutuo immediato

erogato contestualmente alla sottoscrizione del contratto di risparmio e all'iscrizione dell'ipoteca sui beni immobili deve pertanto essere ricondotto alla categoria dei "crediti personali alle famiglie", in virtù del carattere puramente eventuale ed ipotetico della stipula del successivo mutuo di assegnazione.

L'insieme di questi due orientamenti - sulla commissione e sulle voci usurarie - mostra una chiara predilezione da parte della giurisprudenza per una lettura dell'operazione di investimento che, pur valorizzandone la finalità complessiva, conferisce uno spazio di autonomia causale alle singole fasi, le quali concorrono al raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalle parti in virtù del loro collegamento. L'elemento caratteristico di questo orientamento - che muove secondo la tradizionale riconduzione della tipologia contrattuale atipica nelle categorie ed nei tipi già conosciuti dal nostro ordinamento<sup>15</sup> - è costituito difatti dalla identificazione della seconda fase (quella dell'erogazione del finanziamento) come di un contratto autonomo e distinto rispetto a quella dell'accumulo a risparmio, con un proprio peso specifico nella dinamica del rapporto, tale da non consentirne una riduzione in chiave forzatamente unitaria. Pur cogliendo dunque la funzionalizzazione dell'operazione ad uno scopo comunque unitario, la giurisprudenza sembra interpretare e qualificare la figura del contratto di risparmio edilizio come un rapporto contrattualmente complesso, frutto dell'intreccio fra più negozi collegati fra loro ma contraddistinti, ciascuno, da una propria autonomia causale.

### 3. L'Abschlussgebühr nella giurisprudenza tedesca in tema di Bausparvertrag

La questione della efficacia della clausola inserita nel contratto di risparmio edilizio che attribuisce una commissione per la stipula del mutuo all'istituto di credito già al momento dell'apertura del rapporto è oggetto di discussione anche in Ger-

<sup>13</sup> Cfr. Tribunale di Bolzano 28 aprile 2017 n. 529; Tribunale di Lecco 19 ottobre 2016, n. 664; Tribunale di Campobasso 22 novembre 2016, n. 508; decisioni reperibili integralmente in [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it); nonché Tribunale Venezia 11 ottobre 2016, in [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it); Tribunale di Latina, Sez.II, 21 luglio 2016, in [DeJure.it](http://DeJure.it).

<sup>14</sup> L'orientamento è ribadito da una recentissima pronuncia di merito (Tribunale Tivoli, 23 luglio 2018, in [dejure](http://dejure)), secondo cui il "mutuo [fondiario] è a sua volta inserito in un prodotto finanziario costituito dal collegamento negoziale tra tre distinti contratti". L'espressione "prodotto finanziario" riprende letteralmente il testo della disposizione contenuta nell'art. 1 tuf (come modificato in conseguenza della direttiva MiFID), secondo cui, "1. Nel presente decreto legislativo si intendono per: [...] u) "prodotti finanziari" gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari;". Sui problemi di definizione e di individuazione della categoria del "prodotto finanziario", si veda P.FERRO-LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, in Riv. dir. civ., 2010, pag. 133 ss.; M.FRATINI, *Prodotti finanziari, valori mobiliari e strumenti finanziari*, in M.Fratini-G.Gasparri, a cura di, Il testo unico della finanza, I, Torino, 2012, sub art. 1, pag. 20 ss.; M.ONZA- L.SALAMONE, *Prodotti, strumenti finanziari, valori mobiliari*, in Banca borsa e titoli di credito, 2009, I, pag. 575 ss.

Per quanto consta in questa sede, sembra tuttavia che il riferimento da parte dei Tribunali alla figura del prodotto finanziario assuma una valenza esclusivamente terminologico/definitoria, volta ad inquadrare la matrice causalmente orientata del collegamento fra contratti, senza tuttavia che la figura impiegata porti con sé conseguenze in termini di apposita disciplina (il riferimento va, nello specifico, alle regole sull'offerta al pubblico di prodotti finanziari e sull'offerta pubblica di acquisto o di scambio, artt. 93 bis ss., tuf).

<sup>15</sup> Ricorda, in proposito, De Nova come "la mentalità conservatrice dei giuristi ed esigenze obiettive di certezza fanno sì che anche per il diritto si possa parlare di un fenomeno di inerzia: il desiderio di staccarsi il meno possibile dal terreno consolidato porta infatti ad affrontare i problemi nuovi utilizzando gli schemi già noti e familiari [...] Ecco quindi che, dovendo decidere una controversia attinente ad un contratto, l'atteggiamento spontaneo del giudicante è quello di chiedersi di che contratto si tratti, a quale tipo appartenga", in G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pagg. 3-15. Ancora, Sacco: "L'interprete non si domanda se il contratto appartenga o meno ad un tipo, se sia o meno tipico. Egli si domanda a quale tipo appartiene questa o quell'altra fattispecie", in R. SACCO-G.DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, pag. 1413. A mo' di esempio di questa impostazione si veda la ricostruzione della figura in parola offerta da U. MINNECI, *Il contratto di risparmio edilizio: una forma di mutuo a risparmio?*, in [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it).

mania, sistema dove la figura contrattuale (*Bausparvertrag*)<sup>16</sup> si è diffusa<sup>17</sup>, consolidata<sup>18</sup> ed è rego-

lata in ogni sua fase<sup>19</sup>. Anzi, la suddetta questione costituisce uno dei temi più dibattuti nella giurisprudenza tedesca<sup>20</sup> e, di recente, ha formato oggetto di un'importante decisione della corte federale tedesca (*Bundesgerichtshof*, BGH)<sup>21</sup>. Pertanto, appare opportuno ricostruire più nel dettaglio l'indirizzo tedesco anche perché, nello sviluppo delle proprie linee argomentative l'ABF non sembra

| 52

<sup>16</sup> Dal tedesco, *der Bau* - l'edificazione, *sparen* - risparmiare, *der Vertrag* - il contratto. L'idea dell'investimento a risparmio nel settore immobiliare è tipicamente connaturata nella mentalità tedesca, tanto da elevarsi nel noto detto "*sparen ist besser als Schulden machen*" ("Risparmiare è meglio che contrarre debiti", riportata da H. KLEINER, *Handlungsrahmen und Strukturen für Bausparkassen*, in *Banken in globalen und regionalen Umbruchsituationen*, Festschrift für Johann Heinrich von Stein zum 60. Geburtstag, 1997, Stuttgart, pp. 769-782). I commentatori tedeschi collocano nel 7-8 maggio 1945 la cd. *Stunde Null* ("ora zero") dell'attuale sistema del risparmio edilizio, cfr. Müller M., *Bausparen in Deutschland zwischen Inflation und Währungsreform 1924-1948*, München, 1999. La nascita e la prima diffusione del sistema del risparmio edilizio in Germania è però precedente, e viene individuata nell'iniziativa assunta dal pastore protestante Friedrich von Bodelschwingh con la fondazione nel 1885 della "*Bausparkasse für Jedermann*". Il sistema ha poi raggiunto il punto di massima espansione a cavallo fra gli anni '80 e '90, quando fattori di carattere demografico e politico hanno influenzato fortemente l'andamento del mercato immobiliare aumentando esponenzialmente la domanda di abitazioni di proprietà, specie fra i giovani. Le statistiche riportano un aumento da 150.000 nuove abitazioni nel 1990 fino al picco massimo di oltre 250.000 all'inizio degli anni 2000 (fonte: Statistisches Bundesamt, ifo Institut, in *Jahrbuch 2017 des Verbandes der Privaten Bausparkassen*, Berlin 2018, pag. 18).

<sup>17</sup> Per una prima bibliografia sulla figura e senza pretesa di esaustività; L. HAERTLEIN, *Kündigung von Bausparverträgen wegen Störung der Geschäftsgrundlage*, in *BB*, 6, 2018, pag. 259-266; H.M. KREPOLD-C. HERRLE, *Negative Zinsen – rechtliches Neuland*, in *BKR* 2018, pag. 89-99; M. VELS, *Die Kündigung von Bausparverträgen mit Bonuszinsen*, in *WM*, 12, 2018, pag. 551-556; A. MAIER, *Bankrecht 2017*, in *VuR* 5, 2018, pag. 163-174; D. BARTLITZ, *Die Kündigung von Bausparverträgen*, in *ZfPW* 2017, pag. 109-128; S. OMLOR, *Kündigungsrecht der Bausparkassen nach Zuteilungsreife*, in *BKR* 2017, pag. 237-249; H. KLINGER-A. TITTE, *Die Rechtmäßigkeit der Kündigung von Bausparverträgen durch Bausparkassen*, in *BKR* 2017, pag. 99-106; A. FREISE, *Kündigungsrechte von Bausparkassen – Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 21.2.2017 – XI ZR 185/16 und XI ZR 272/16*, *BKR* 2017, pag. 229-236; O. LANGENER, *Einlagengeschäft*, in *Bankrechts-Handbuch*, Band I, a cura di Schimansky-Bunte-Lwowski, München 2017, pag. 2315-2374; R. KRONENBURG, *Bauspardarlehen*, in *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, a cura di Darleder et al., Berlin Heidelberg 2017, pag. 981-1024; M. KÖHLER, *Die Auswirkungen des Niedrigzinsumfelds auf die Bausparkassen*, in *ZBB/JBB* 5, 2015, pag. 316-322; C. BARLEON, *Kapitalanlage in Sparformen*, in *Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht*, a cura di Assies-Beule-Heise-Strube, Köln 2015, pag. 1345-1392; A. PIEKENBROCK- T. LUDWIG, *Laufzeitunabhängige Bearbeitungsentgelte bei Verbraucherdarlehensverträgen aus deutscher und europäischer Sicht*, in *WM* 2012, pag. 2349 ss.; J. NIEBLING, *Die Inhaltskontrolle von Bankenbedingungen*, in *VuR*, 8, 2011, pag. 283-289; Id., *AGB Bausparkassen: Zur Zulässigkeit einer Abschlussgebühr iHv 1% der Bausparsumme*, in *VuR* 3, 2011, pag. 93-95.; C.M. DÜSSEL, *Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)*, in *Praxiswissen Bankrecht*, a cura di Thomas Thöne, Frankfurt, 2011; G. NOBBE, *Neuregelungen im Verbraucher-kreditrecht*, in *WM*, 2011, pag. 625 ss.; B. MAYEN, *Aufklärungspflichten bei neuen Kreditformen – Zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den Fall der Bausparsofortfinanzierung mit Fremdgeldsparung*, in *WM* 1995, pag. 913; U. REIFNER., *Risiko Baufinanzierung*, Berlin 1993.

<sup>18</sup> Il provvedimento che regola la struttura e l'attività delle *Bau-*

*sparkassen* è il *Bausparkassengesetz* (BSpKG), entrato in vigore il 16.11.1972 e successivamente modificato il 15.02.1991 e da ultimo alla fine del 2015. Il *Bausparvertrag* è invece oggetto di una disciplina composita frutto dell'applicazione delle norme generali del BGB in tema di mutuo (§ 488 ss.), di quelle specifiche per il credito al consumo e per il credito immobiliare ai consumatori. Il contenuto vero e proprio del contratto è invece regolato dalle condizioni generali di contratto (MBB - *Muster Bedingungen für Bausparverträge*), secondo espresso riferimento contenuto all'interno della BSpKG (§ 5 "*Le casse di risparmio edilizio devono basare la loro attività commerciale sui Principi Operativi Generali e sulle Condizioni Generali per i contratti di risparmio edilizio*").

<sup>19</sup> Lì si distingue appunto tra una prima, chiamata fase a risparmio (*Ansparphase*) diretta all'accumulo di una somma di denaro (*Bausparguthaben*) da parte del cliente (§ 1, Abs. 2 (BSpKG), e al cui esito consegue poi la seconda fase con la concessione da parte della *Bausparkasse* § 1, Abs. 1 (BSpKG) di un finanziamento (*Zuteilung des Bauspardarlehns*) a tasso particolarmente contenuto e fisso, per scopi inerenti la costruzione o ristrutturazione di immobili (*wohnungswirtschaftliche Verwendungen*). La principale prestazione che il *Bausparer* deve adempiere durante la fase a risparmio è il versamento in un conto acceso presso la *Bausparkasse* della somma di denaro necessaria alla concessione del mutuo. L'ammontare di questa somma di denaro è calcolata sulla base di una percentuale della somma complessiva dell'investimento (*Bausparsumme*) (§2 MBB). La somma così versata è vincolata ed è remunerata e remunerata periodicamente da interessi attivi, versati dalla *Bausparkasse*, in misura anch'essa fissa e predeterminata nel contratto (§ 3 MBB). L'integrale versamento da parte del cliente della *Bausparguthaben* conclude questa prima fase. Tale evento, difatti, determina per il *Bausparer* il sorgere di un vero e proprio diritto del cliente all'assegnazione del mutuo (§ 4 MBB). La disciplina normativa prevede infatti che il cliente possa richiedere in ogni momento l'erogazione del finanziamento, per l'importo stabilito nella differenza tra il valore complessivo del contratto (*Bausparsumme*) e la somma accumulata fino a quel momento (*Bauspardarlehen*). L'assegnazione del mutuo può avvenire sia attraverso una comunicazione diretta della *Bausparkasse*, sia a seguito di una specifica richiesta in tal senso da parte del cliente (§ 6 MBB). Con l'assegnazione del mutuo, il rapporto entra nella seconda fase (*Darlehensphase*) e prosegue conformemente alle regole generali previste dal BGB (§§ 488-515) e quelle specifiche frutto della ricezione della direttiva sul credito al consumo e sul credito immobiliare (§ 12 MBB).

<sup>20</sup> Si veda, in proposito, LG Dortmund, Urteil 15 febbraio 2009, AZ 8 O 319/08; LG Hamburg, U. 22 maggio 2009, AZ 324 O 777/08, in *WM* 2009, pag.1315; OLG Stuttgart, U. 3 dicembre 2009, AZ 2 U 30/09, in *MDR* 2010, pag. 705; OLG Hamm, U. 01 febbraio 2010, AZ 31 U 130/09, in *MDR* 2010, pag. 702. In senso apertamente critico, si veda G.Bitter-D.Linardatos, "Der Banksenat des BGH hat gesprochen: Ende der Vertragsfreiheit und Zwang zur Ineffizienz im Darlehensrecht!", in *ZIP* 2018 Heft 25-26, pag. 1203 ss.

<sup>21</sup> BGH, Urteil, 7.12.2010 - XI ZR 3/10 (OLG Stuttgart, LG Heilbronn), in *BKR* 2011, pag. 162 ss.; in *VuR*, 3, 2011, pag. 93 ss.; in *BB*, 2011, pag. 654; in *ZIP*, 2011, pag. 263 ss.





ignorare il dibattito tedesco, pur ritenendo tuttavia di doversene discostare in punto di conclusioni<sup>22</sup>.

Innanzitutto, il punto centrale per la comprensione della posizione tedesca è costituito dalle coordinate del sindacato giudiziale (*Inhaltskontrolle*)<sup>23</sup>. Come è noto, infatti, nell'ordinamento tedesco tale controllo è tradizionalmente riservato alle sole clausole contrattuali attinenti ad una prestazione che sia accessoria (*Preisnebenabreden*)<sup>24</sup> rispetto a quella principale (*Preishauptabreden*) dedotta nel contratto<sup>25</sup>. Orbene, se la giurisprudenza ammette il con-

trollo giudiziale sulla clausola di commissione di stipula (*Abschlussgebühr*) contenuta nel *Bausparvertrag* è perché essa stessa viene in considerazione come dazione di denaro di carattere accessorio rispetto alla prestazione principale, ossia la pretesa giuridica (*Rechtsanspruch*) del cliente (*Bausparer*) di ottenere l'erogazione del mutuo in conseguenza dell'accumulo delle somme necessarie (§ 1, Abs. 1 e 2 BSpKG)<sup>26</sup>.

La natura accessoria propria della *Abschlussgebühr* apre al sindacato giudiziale sulla clausola e ne colora ogni ricostruzione, che non è mai nel senso della analisi atomistica della clausola contrattuale, ma sempre in relazione al contratto nel suo complesso. In particolare, secondo un primo orientamento, la commissione costituirebbe il corrispettivo per l'ingresso del cliente (*Bausparer*) nella cd. *Bauspargesellschaft* (comunità dei risparmiatori)<sup>27</sup>, cui consegue, già con la conclusione del *Bausparvertrag*, il riconoscimento in capo al *Bausparer* di un vero e proprio diritto di opzione avente ad oggetto l'erogazione del mutuo a tasso predeterminato e spesso agevolato rispetto alle medie di mercato<sup>28</sup>.

*Frankfurt-Eschborn gehaltenen Vortrags.*, WM 2008 Heft 5, pag. 185 ss. Per una posizione critica sulla distinzione fra prestazioni principali e prestazioni accessorie del contratto, si veda WAND, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rdn. 18/54 ss.; HORN, WM 1997, SBeil. 1, pag.12 ss.; FRÜH, WM 1998, pag. 63 ss.

<sup>26</sup> A fronte di questa pretesa, la banca non si trova però in una condizione di assoluta soggezione, in quanto il § 7 MBB le riconosce il diritto a ricevere adeguate garanzie rispetto alla prestazione dovuta, oltre al dovere di condurre la valutazione sul merito creditizio (*Kreditwürdigkeitsprüfung*). Con riguardo, invece, all'ipotesi in cui il *Bausparer* non provveda a richiedere l'assegnazione entro il termine stabilito o revochi una precedente accettazione, la normativa si limita a precisare che il contratto prosegue la sua esecuzione, senza che venga meno la facoltà di domandare successivamente l'erogazione del finanziamento alle condizioni precedentemente concordate (§ 5, Abs. 2-3 MBB).

<sup>27</sup> Su questa posizione, OLG Hamm, in WM 2010, pag. 702 ss.; LG Hamburg, in WM 2009, pag. 1315 ss.; FREY, *Rechtmäßigkeit der Abschlussgebühren bei Bausparverträgen*, in ZfIR, 2009, pag. 418 ss.; L. HAERTLEIN – A. THÜMMLER, *Die Wirksamkeit von Abschlussentgeltklauseln in Allgemeinen Bausparbedingungen*, in ZIP 2009, pag. 1197 ss.; M. STOFFELS, *Gerichtliche Überprüfbarkeit von kreditwirtschaftlichen Entgeltregelungen – dargestellt am Beispiel der Abschlussentgelte bei Bausparverträgen* in BKR 2010, pag. 359 ss.

<sup>28</sup> La lettera della legge sembra smentire però la configurazione di un diritto di opzione, in capo al *Bausparer*, in quanto è fatto divieto alla banca di vincolarsi all'erogazione del mutuo entro un preciso lasso temporale (§ 4, Abs. 5 BSpKG), limitando, di conseguenza, la posizione di soggezioni di quest'ultima alla pretesa del cliente. I vari aspetti che contraddistinguono l'opzione nel diritto dei contratti tedesco sono approfonditi in dettaglio nel lavoro di M. CASPER, *Der Optionsvertrag*, Tübingen 2005; l'A. definisce il diritto di opzione (*das Optionsrecht*) come "*das Recht einer Person, durch einseitige Erklärung einen neuen Vertrag herbeizuführen oder einen bestehenden Vertrag inhaltlich zu modifizieren*" (il diritto riconosciuto ad una persona, attraverso una manifestazione di volontà unilaterale, di concludere un nuovo contratto o di modificare il contenuto di uno preesistente). Sul patto di opzione nell'ordinamento italia-

<sup>22</sup> Chiara, in questo senso, la presa di posizione del Collegio di Coordinamento, quando afferma che "*La sentenza della Corte federale tedesca, quando giustifica la causale del diritto di stipula, compie una scelta che implica necessariamente valutazioni di merito e che, quindi, può essere contraddetta dal giudice straniero. Per il resto essa s'incentra sulla compatibilità delle clausole contrattuali in esame con il sistema normativo tedesco, ne sottolinea trasparenza e comprensibilità, ma omette di confrontarle con la normativa comunitaria e di valutare la rilevanza che questa attribuisce alla tutela in senso ampio del consumatore. Ma il giudice (quindi anche l'arbitro) italiano deve scrutinare dette clausole e la normativa che le legittima alla luce dell'art. 16 comma 1 della citata legge n. 218 del 1995, il quale stabilisce che l'ordine pubblico costituisce un limite all'applicabilità in Italia della legge straniera.*" (cfr. Collegio Coordinamento ABF, 7 luglio 2016, n. 6173).

<sup>23</sup> La disciplina tedesca prevede una disciplina specifica, relativa alla facoltà del giudice di valutare il contenuto delle clausole contrattuali predisposte unilateralmente attraverso il meccanismo delle condizioni generali di contratto (*Allgemeine Geschäftsbedingungen* - AGB). Lo scopo prefigurato dalla normativa è di evitare forme di approfittamento da parte del predisponente il quale, facendo leva sulla divergenza di forza contrattuale, imponga alla controparte delle condizioni non conoscibili o comunque inique (cfr. in dettaglio, Niebling, *Die Inhaltskontrolle von Bankenbedingungen*, in Verbraucher und Recht, 2011, pag. 283 ss.). La disciplina prevista dai §§ 305 - 307 BGB sanziona con l'inefficacia (*Unwirksamkeit*) le previsioni contenute nelle condizioni generali quando, in violazione del principio di buona fede, svantaggino in modo indebito la parte contro cui queste sono predisposte. La norma provvede inoltre ad indicare i casi "sintomatici", cui si possa ricondurre una situazione di svantaggio indebito: a) disposizione non è chiara e comprensibile; b) incompatibile con la logica sottostante alla norma dalla quale si discosta (*wesentlichen Grundgedanken*); c) limitazione dei diritti e degli obblighi essenziali che risultino dalla natura del contratto, tale da costituire una minaccia per il raggiungimento dello scopo. Sull'articolazione in dettaglio, Staudiger - Coester, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen*, 2013, § 307, Rn 1.

<sup>24</sup> Cfr., ex multis, BGH, Urteil vom 18. April 2002, III ZR 199/01, in WM, pag. 1355 ss.

<sup>25</sup> Cfr. BGH, Urteil 24.11.1988, III ZR 188/87. Quello delle commissioni bancarie (*Bankentgelte*) e della loro validità costituisce uno dei principali temi di dibattito in Germania dell'ultimo ventennio, nell'ambito della disciplina della tutela del consumatore. Viene rimesso al giudice il potere/dovere di effettuare un controllo sul contenuto di queste clausole, quali condizioni generali di contratto (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) ai sensi del § 305, Abs. 1 BGB, il cui esito negativo comporta l'inefficacia delle stesse quando sfavoriscano la parte contro cui sono predisposte contrariamente al dovere di buona fede (§ 307, Abs. 1 BGB). Un'ampia ricostruzione del dibattito sul cd. *Inhaltskontrolle* delle condizioni generali di contratto è offerta da G. NOBBE, *Zulässigkeit von Bankentgelten\*Gekürzte Fassung des am 26.11.2007 bei der WM-Tagung Bankrecht in*



Tale posizione consentirebbe di superare l'*impasse* circa la validità della clausola, riconoscendogli un valore di corrispettivo ad un impegno assunto dalla banca all'erogazione successiva del mutuo<sup>29</sup>. La clausola andrebbe, in sostanza, a remunerare la posizione di "soggezione" della banca, a fronte dell'impegno assunto all'erogazione del mutuo, a seguito del soddisfacimento dei requisiti per la fase di accumulo e del consenso da parte del *Bausparer*.

Questa lettura non è tuttavia l'unica interpretazione possibile della funzione della clausola. Vi è, in particolare, chi ammette l'efficacia della clausola escludendo una corrispondenza tra la commissione ed una specifica controprestazione contrattuale della banca<sup>30</sup>. Ad esempio, la BGH, nonché la precedente decisione in grado istanza d'appello, avevano riconosciuto il fondamento della commissione nell'interesse "mediato" del cliente al sostegno dell'attività di reclutamento di nuova clientela da parte della banca. In questo senso, il pagamento della commissione già al momento della sottoscrizione del contratto costituirebbe, di fatto, una forma di remunerazione e di sostegno alla rete commerciale della banca, del cui sviluppo si avvantaggia anche il cliente.

no e sui dibattiti circa la sua natura, si veda, S. LOMBARDO, *Clausola di opzione*, in *Clausole negoziali*, a cura di Massimo Confortini, Milano 2017, pag. 543 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di Realmondo, Milano 1996, pag. 53 ss. E. GABRIELLI, *Opzione*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma 1990; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969; G. GORLA, *Note sulla distinzione fra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, pag. 163 ss.

<sup>29</sup> Nè, d'altra parte, varrebbe a minare la legittimità di quest'onere, il fatto che debba essere corrisposto indipendentemente dall'effettiva erogazione del mutuo: la pretesa del cliente rimane infatti una aspettativa giuridicamente fondata (*entsprechende Anwartschaft*), con una modulazione che può, a sua volta, articolarsi diversamente qualora si propenda per una tesi *unitaria* o *plurale* del rapporto. Secondo l'orientamento unitario, la conclusione del contratto di mutuo avverrebbe già in fase preliminare di stipula del *Bausparvertrag*. Come tale, l'effettiva erogazione del finanziamento costituirebbe una mera esecuzione di un contratto unitario scandito, al suo interno, da due diverse fasi, regolate da un unico accordo. A sostegno si veda, FREITAG-MÜLBERT, in *Staudiger Kommentar*, BGB, Neubearb. 2010, § 488, Rn. 539, nonché N.YILDIRIM, *Kündigung von Bausparverträgen: Wirksamkeit und Folgen für den Bausparer*, in *VuR* 2015, pag. 258. Secondo la diversa visione del rapporto di risparmio edilizio come operazione che si sviluppa in due momenti successivi, corrispondenti a due diverse e distinte manifestazioni di volontà negoziale, il *Bausparvertrag* si configurerebbe come un vero e proprio *preliminare di contratto (Vorvertrag)*, dal quale scaturisce esclusivamente una pretesa (*Anspruch*) alla conclusione del successivo contratto di mutuo. Cfr. L.HAERTLEIN, A.THÜMMLER, *Die Wirksamkeit von Abschlussentgeltklauseln in Allgemeinen Bausparbedingungen*, in *ZIP* 2009, pag. 1197.

<sup>30</sup> Per questa posizione si veda, su tutti, G.NOBBE, *Zulässigkeit von Bankentgelten*, in *WM*, 5, 2008, pag. 185 ss., secondo il quale, la commissione di stipula non costituisce remunerazione di alcuna prestazione di un servizio da parte della banca, in quanto relativa ai costi di provvigione degli agenti commerciali (*Vertriebskosten*).

Infatti, il tempo di attesa per la maturazione dei requisiti per l'assegnazione del mutuo è direttamente influenzato dall'apporto continuo di risorse da parte di nuovi risparmiatori<sup>31</sup>.

Dopo averne escluso la contrarietà alla normativa sulla trasparenza<sup>32</sup> e sul *Bausparvertrag* (che non contiene disposizioni regolanti espressamente le facoltà ed i limiti delle parti nella convenzione di commissioni, di guisa che neanche da quella normativa si possa far discendere l'illiceità della clausola), la BGH risolve il controllo ex art. 307 BGB della clausola accessoria di *Abschlussgebühr* a partire da questa seconda tesi. Infatti, proprio muovendo dalla considerazione per cui la clausola assume i connotati di una provvigione a favore degli agenti commerciali, la BGH ha affermato di non ravvisare nella clausola neanche il diverso indice di inefficacia che il §307 BGB individua nello scopo, mediante la pattuizione di una determinata clausola, di scaricare sul cliente, i costi che la legge o altri obblighi contrattuali secondari imporrebbero alla banca, o comunque riferibili ad un interesse facente capo ad essa. Come chiarito dalla Corte Federale, non si ravvisa nessun limite da parte della legge o dal rispetto dell'obbligo di buona fede (*Treu und Glauben*) a trasferire sul cliente parte dei costi del sistema di reclutamento di nuova clientela, in quanto comunque rispondente ad un suo interesse diretto.

#### 4. Interpretazione della clausola.

Il raffronto tra l'indirizzo dell'ABF e la giurisprudenza tedesca mostra due modi distinti di guardare al medesimo problema, ossia il diritto del cliente (*Bausparer*) ad ottenere il rimborso della commissione di stipula del mutuo che, in forza di una clausola (*Abschlussgebühr*) contenuta nel contratto di risparmio edilizio (*Bausparvertrag*), questi ha versato, nell'ipotesi in cui la banca si rifiuti di assegnargli il mutuo. Se nell'orientamento interno vi è una tendenza a guardare la clausola nella sua individualità (penale), senza collocarla nel contesto globale del negozio, nel sistema tedesco l'attenzione offerta al profilo di accessorietà della pattuizione

<sup>31</sup> OLG Stuttgart, 3.12.2009 - 2 U 30/09, in *WM* 2010, pag. 705 ss.

<sup>32</sup> La Corte Federale ha innanzitutto escluso che la clausola in parola sia in contrasto con la logica sottostante alla normativa sulla trasparenza, e ciò in quanto la formulazione della clausola, oltre ad essere chiara e comprensibile, manifesta in modo esplicito sia l'entità, che le modalità di accredito della somma. Questa circostanza impedisce di considerare realizzata una violazione del precetto sulla trasparenza, che, come noto, obbliga il professionista a porre il cliente in grado di identificare con precisione gli obblighi e le conseguenze negative che scaturiscono dalla sottoscrizione di quella clausola. In questo senso, viene confermata la decisione di primo grado (LG. Heilbronn, in *Wm* 2010, pag. 702 ss.).







impone di guardare alla commissione in relazione all'intera logica sottesa all'operazione.

Da questa distanza discende, come visto, una diversità di risultati.

Nell'orientamento interno, la tendenza dell'ABF è quella di obbligare la banca a restituire la somma che il cliente aveva pagato in forza di una clausola che viene dichiarata non efficace. Nell'esperienza tedesca, invece, il mancato passaggio alla fase di finanziamento dell'operazione per rifiuto dell'istituto di credito non si traduce nel rimborso della commissione pagata dal *Bausparer* in forza della *Abschlussgebühr* che si ritiene essere valida<sup>33</sup>.

Orbene, se si considera che anche il nostro sistema predilige l'adozione di una lettura che non segmenti il contratto nelle sue diverse articolazioni, ma ne offra una ricostruzione alla luce del contesto dell'operazione negoziale nel suo insieme<sup>34</sup>, per poter provvedere ad identificarne la natura e la funzione cui essa è preordinata, si comprende che la distanza tra le impostazioni e gli orientamenti sia in realtà il frutto di un'erronea interpretazione dell'ABF e non già di una diversità più profonda e giustificata.

D'altra parte, nel senso di una debolezza della ricostruzione dell'ABF milita la stessa qualifica della clausola nei termini di una penale.

Vale difatti ricordare come la somma a titolo di commissione venga erogata e corrisposta dal cliente comunque al sorgere del rapporto, senza dipendere in alcun modo dal verificarsi di eventi legati a suo inadempimento o, in alternativa, dalla volontà di non richiedere l'erogazione del finanziamento. La circostanza per cui, in ipotesi di estinzione anticipata (come anche di stallo, per così dire, nella fase a

risparmio) la somma non deve essere retrocessa al cliente, costituisce un fattore solo di apparente affinità con la diversa fattispecie della clausola penale. Anche qualora il rapporto si svolgesse secondo la fisiologica esecuzione concordata tra le parti, la somma corrisposta a titolo di commissione di stipula non dovrebbe comunque essere retrocessa al cliente, in quanto non funzionale ad assicurare la garanzia di un suo corretto adempimento, né tantomeno a predeterminare il prezzo del suo inadempimento<sup>35</sup>.

Pertanto, e onde evitare di cadere in errore, occorre innanzitutto evitare una riconduzione forzata del contratto atipico di risparmio edilizio alle sole categorie note, per poi considerarlo alla stregua di un *contratto misto*, inteso come semplice somma delle diverse discipline (tipiche) che lo compongono<sup>36</sup>. Difatti, intendere il contratto in parola come atto che presenta elementi di affinità con il deposito irregolare, con la promessa di mutuo, con il mutuo di scopo, significa coglierne solo limitati aspetti, perdendone di conseguenza la prospettiva unitaria, che conferisce il senso all'operazione<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Nuovamente chiara la lettera della normativa tedesca, ove si afferma che la "*Abschlussgebühr non viene, neppure in parte, retrocessa o diminuita. Ciò vale soprattutto quando il Bausparvertrag venga risolto, quando sia ridotta la Bausparsumme o quando non sia stata erogata completamente*" (MBB. § 1, Abs. 2).

Per l'inquadramento di questa duplice funzione della clausola, si fa riferimento a G.VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano 2017, pag. 653.

<sup>36</sup> Un inquadramento più risalente della teoria del contratto misto è quello riportato in T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in Riv. Dir. Comm., 1930 G. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova 1934; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952; per il dibattito in Germania, si veda HÖNIGER, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, München Leipzig 1910; SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, in Jhering's Jahrbücher, 1911, pag. 106 ss.

<sup>37</sup> L'operazione in esame presenta difatti taluni caratteri di apparente affinità rispetto a figure già conosciute nel nostro ordinamento. Nello specifico, la prima fase del rapporto sembra presentare solo un'identità di oggetto rispetto alla figura del deposito irregolare di denaro (art. 1782 c.c.), per la diversità di contenuto dell'obbligo in capo alla banca depositaria di erogare il finanziamento contemplato dal piano, in contrapposizione all'obbligo tipico di questa figura di restituzione del tantundem. Maggiore affinità sembra potersi invece rinvenire nella figura della promessa di mutuo (art. 1822 c.c.), specie in relazione alla sua configurazione quale procedimento negoziale di anticipazione della tradizione; in ordine alla qualificazione della promessa di mutuo, si veda V.DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano 1990. In letteratura si è molto discusso in ordine alla possibilità di applicazione del rimedio della sentenza costitutiva (art. 2932 c.c.) a fronte di una promessa non seguita effettivamente dall'erogazione della somma convenuta: la giurisprudenza, pur affermando di trovarsi in presenza di un rapporto giuridico del tutto idoneo a costituire una fonte produttiva di diritti ed obblighi per le parti, ha tuttavia escluso l'ammissibilità di un siffatto rimedio (cfr. Cass., 18 giugno 1981, n. 3980, in Giust. civ., 1982, I, pag. 202, con nota di M.R. MORELLI, *Sull'ammissibilità del preliminare e su altri*

<sup>33</sup> Il rifiuto da parte dell'istituto di credito di procedere all'erogazione del finanziamento dipende, per la maggior parte dei casi, da un sensibile peggioramento della situazione patrimoniale o del valore delle garanzie offerte dal *Bausparer*, tale da pregiudicare la restituzione della somma data a mutuo; a queste condizioni, la normativa delle condizioni generali del contratto, riconosce il diritto di recesso in capo alla banca (MBB § 12, lett. c).

<sup>34</sup> Ampie ed approfondite riflessioni sul tema della causa e dell'operazione economica sono dedicate negli studi di, E.GABRIELLI, *Il codice napoleone, il contratto e l'operazione economica*, in Riv. Dir. Comm., I, 2018, pagg. 1-18; Id., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2009, pag. 905 ss.; N.IRTI, *Un contratto incalcolabile*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2015, pagg. 21 ss., secondo cui "*prima nella prospettazione delle parti e poi nella decisione del giudice e, la fattispecie del contratto è sostituita dall'operazione economica, e come alla funzione tipica e costante subentra la causa concreta e individuale*"; M.NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in Studi in onore di Giuseppe Benedetti, Napoli 2008, pag. 1229 ss.; G.B.FERRI, *Operazioni negoziali "complesse" e la causa come funzione economico individuale del negozio giuridico*, in Dir. giu., 2008, pag. 318 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova 1999; G.DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in Contratti, 1995, pag. 106 ss.

Pare invece opportuno trattare il contratto di risparmio edilizio come fattispecie *innominata* ed *atipica*<sup>38</sup>, che fa ingresso nel nostro ordinamento in ragione della meritevolezza degli interessi che è preordinato a perseguire<sup>39</sup>, che si contraddistingue

per una formazione - che potremmo definire - *procedimentalizzata* del negozio, possono essere e che deve pertanto essere compreso solo nel contesto complessivo in cui sono collocabili. Ciò vale a dire che, fra i singoli momenti in cui si articola il contratto, intervengono differenze sostanziali sul piano del contenuto delle prestazioni delle parti, ma identità di funzione rispetto alla causa comune dell'operazione. Questa peculiarità di struttura merita dunque una piena valorizzazione in ottica di individuazione della disciplina applicabile (quella dettata dal documento contrattuale convenuto fra le parti, prima, e quella derivante dalle regole generali del codice e della normativa di settore, poi).

56 *aspetti della problematica attuale del contratto di mutuo*). Spazi per l'applicazione del rimedio costitutivo sono invece stati ravvisati in presenza di una promessa di mutuo agevolato di scopo ai sensi dell'art. 47 Tub (cfr. G. FAUCEGLIA, *Promessa di mutuo*, in Commentario del codice civile, diretto da Enrico Gabrielli, III, 2011, pag. 234); la configurabilità del rimedio non va letta tuttavia in relazione alle caratteristiche proprie della figura del mutuo, quanto alla presenza di una convenzione espressa con la pubblica amministrazione ai fini dell'erogazione di un finanziamento a condizioni agevolate. È proprio difatti quest'ultimo carattere che consente di tracciare un'ulteriore linea di demarcazione con l'operazione in commento, in quanto il mutuo agevolato ex art. 47 tub si configura come un rapporto trilatero, nel quale il mutuatario assume caratteristiche maggiormente assimilabili a quelle del terzo beneficiario del contratto.

<sup>38</sup> Ritengo di seguire quell'orientamento dottrinario, facente capo agli studi di Costanza, che più correttamente differenzia fra loro l'uso del termine "contratto atipico" da quello di "contratto innominato". Sottolinea M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano 1981, pag. 1, come "Nel linguaggio giuridico moderno l'espressione contratti atipici, per indicare figure contrattuali che non sono espressamente previste e regole nell'ordinamento giuridico positivo, è proposta come alternativa alla formula contratti innominati"; il "nomen", prosegue l'A. "è per un contratto una semplice etichetta. Esso ha un valore puramente indicativo, ma è neutro relativamente al contenuto sostanziale e soprattutto alla disciplina che va applicata alla fattispecie [...] La formula contratti atipici, che invece si ricava dalla parafrasi dell'art. 1322 c.c., è molto più compromettente".

Di diverso avviso è invece F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952, pag. 214, secondo cui "l'espressione contratto innominato equivarrebbe a contratto che non ha un nome nel sistema della legge; ma, in definitiva, non avere un nome dipende, a sua volta, dal fatto che il dato contratto non è assoggettato a disciplina propria; ed è questo ultimo l'esatto concetto di contratto innominato". La tendenza a non differenziare fra loro l'uso di questi termini è rinvenibile anche nella dottrina più recente, fra cui, E. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2011, pag. 400, secondo cui "Oggi, con il riconoscimento generale del contratto atipico, la parte che intenda azionare diritti contrattuali non ha più l'onere di nominare il tipo di contratto concluso e la relativa azione: può limitarsi ad affermare di aver concluso un contratto, e a chiedere la tutela dei diritti conseguenti sulla base di un'atipica e innominata azione da contratto". La distinzione tra inoltre fondamento in una scelta espressa del legislatore, in quanto "Il codice italiano vigente sostituisce la contrapposizione contratti nominati-innominati con l'altra contratti appartenenti-non appartenenti ai tipi che hanno una disciplina particolare", in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pag. 1402.

<sup>39</sup> Non è difatti da dubitarsi che l'esigenza di suddivisione del rapporto in due fasi distinte, l'una prodromica rispetto all'altra, realizzi un assetto di interessi cui le parti possano legittimamente dar vita, in piena conformità del principio di autonomia contrattuale.

Per quanto in dottrina vi sia consapevolezza che il "problema dell'individuazione dei criteri di meritevolezza che i contraenti intendono realizzare mediante il contratto è indubbiamente il problema centrale del concetto di autonomia privata" (G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, nota a Corte App. Milano, 29 dicembre 1970), in Riv. dir. comm., 1971, p. 87), sul tema, è noto, si osserva una grande incertezza e si

registra con particolare chiarezza la distanza tra le varie impostazioni degli interpreti. Per una prima panoramica si vedano, sin d'ora, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi* in Riv. dir. civ., 1978, I, p. 57-74; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in Contr. impr., 1987, p. 427-430; A. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in Nuova giur. civ. comm., 2018, p. 253; U. BRECCIA, *Interessi non meritevoli di tutela*, in G. Alpa, U. Breccia, A. Liserre, *Il contratto in generale*, III, Tratt. Bessone, 1999, p. 89; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in Riv. dir. civ., 2011, I, p. 789; A. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in Riv. dir. civ., 2012, p. 5; e, tra la manualistica, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2017, III, p. 251. Per parte sua, la giurisprudenza, dopo un lungo periodo di sostanziale irrilevanza della disposizione, ne fa in tempi recenti un maggiore impiego dell'art. 1322, co. II. In tal senso, si vedano sin d'ora: Cass. 31 luglio 2017 n. 19013 (in [www.italgiure.giustizia.it/sncass/](http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/)); Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 (in Foro it., 2017, I, c. 1919 con commento di M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso claims made*, in *ivi*, c. 3115, e con nota di S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della "claims made" agli albori della tipizzazione della clausola*, in Danno resp., 2017, p. 452); Cass. sez. Un., 17 febbraio 2017, n. 4424 (con nota di A. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in Nuova giur. civ. comm., 2017, p. 1205); Cass. Sez. Un., 06 maggio 2016, n. 9140 (con commento di R. CALVO, *Clausole "claims made" fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in Corr. giur., 2016, p. 727); Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900 (con nota di G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in Nuova giur. civ., comm., 2016, p. 855); Cass. 10 novembre 2015, n. 22950 (con osservazioni di M. COSTANZA, in Soc., 2016, p. 729, "For you for nothing" o immeritevolezza); Cass. 30 settembre 2015, n. 19559 (con osservazioni di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*); Cass., 17 marzo 2015 n. 5216 (con nota di F. FRATINI, *Rilevanza esterna delle norme endoassociative e validità dei contratti*, in Rass. dir. econ. sport, 2015, p. 402); Cass. 08 febbraio 2013, n. 3080 (in Rep. Foro it., 2014, voce Farmacia, n. 14 e con commento di S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*, in Rass. dir. civ., 2014, p. 1301); Cass. 19 luglio 2012 n. 12454 (in Rep. Foro it., 2012, Mutuo, n. 13 e con commento di G. RISPOLI, *Clausole generali e regole settoriali*, in Giur. it., 2013, p. 1812) e Cass. 19 giugno 2009 n. 14343 (in Rep. Foro it., 2010, voce Locazione, n. 126 e con commento di R. CALVO, *Locazione tra autodeterminazione e funzione esistenziale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, p. 317).



## 5. Conclusioni

In luogo di una lettura della validità della clausola che metta in secondo piano la considerazione unitaria del rapporto e proceda a una sua frammentazione nei diversi segmenti che lo contraddistinguono (convenzione del piano - deposito rateale - maturazione dei presupposti - erogazione del mutuo - adempimento del mutuo), risulterebbe dunque più in linea con il nostro sistema un'interpretazione della pattuizione che prenda le mosse dall'operazione complessiva in cui essa si inserisce. Ragionando altrimenti, a ciascuna fase del rapporto corrisponderebbe l'applicazione di una singola disciplina, slegata dal contesto generale di operatività del negozio e calata nelle specificità del relativo segmento.

Una volta aderito invece a questo diverso orientamento andando a valorizzare, giova ripeterlo, la matrice funzionalmente unitaria dell'operazione, pare possibile affermare che la clausola che attribuisce alla banca una percentuale sul valore complessivo del contratto a titolo di commissione per la stipula del mutuo *i*) risponde ad una logica - e presenta una struttura - profondamente diversa da quella della clausola penale, che è predeterminazione forfettaria di un danno da inadempimento<sup>40</sup>; *ii*) costituisce una componente di costo strettamente connaturata alla funzione e alla *ratio* del rapporto; *iii*) realizza un assetto di interessi pienamente meritevole di tutela.

La norma tedesca di riferimento è chiara e non vi sono ragioni per non ricercare in essa spunti per leggere la fattispecie anche in un diverso contesto di applicazione.

Non vi è chi non veda, infatti, come già il § 1, Abs. 2 (BSpKG) individui la *causa* del contratto nell'acquisizione, da parte del *Bausparer*, di una pretesa (*ein Rechtsanspruch*) all'assegnazione di un mutuo a tasso particolarmente vantaggioso rispetto a quelli praticati sul mercato, a seguito dell'accumulo di una somma a risparmio. La disposizione scandisce la struttura del contratto in due momenti ben distinti, ciascuno dei quali regolato da un diverso riparto di diritti ed obblighi fra *Bausparer* e *Bausparkasse*, ma senza distaccarsi dalla finalità centrale del rapporto: quella di soddisfare un interesse, di rilievo "pubblicistico", all'erogazione di mutui agevolati per esigenze immobiliari.

<sup>40</sup> Parla in proposito, il Messineo, di una promessa accessoria d'un contraente, che determina l'obbligo per l'altra parte di effettuare una determinata prestazione, "a titolo di pena (o multa), per il caso di inadempimento ingiustificato dell'obbligazione nascente dal contratto". La penale agisce dunque come "fonte di un'obbligazione condizionale (l'evento in condizione è l'inadempimento), nella quale obbligazione, si converte ope legis l'obbligazione originale non adempiuta", vedi F.MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952, pag 131 ss.

Funzionale al perseguimento di questa finalità risulta essere, in definitiva, la previsione stessa della commissione di stipula, la quale non costituisce altro che un ingranaggio del funzionamento complessivo di questa operazione.

Il carattere mutualistico proprio del sistema delle *Sparkassen* costituisce difatti l'elemento sulla cui base essa poggia la sua validità e meritevolezza. La clausola non opera difatti secondo la logica di scarico di costi che la legge imporrebbe altrimenti all'intermediario<sup>41</sup>, né tantomeno quale forma di sanzione per deviazioni rispetto allo schema prefissato nel piano di finanziamento. La capacità del sistema di autoalimentarsi mediante la garanzia della messa a risparmio delle somme, nonché il sostegno di una rete commerciale che incentivi un apporto continuo di risorse, sono caratteri funzionali di un meccanismo che mira all'obiettivo prevalente della cd. *inclusione finanziaria* dell'individuo e alla realizzazione delle primarie esigenze di carattere immobiliare<sup>42</sup>.

È la stessa *ratio* complessiva di garantire l'aspettativa giuridica del *Bausparer* all'erogazione del finanziamento al soddisfacimento dei requisiti finanziari, che giustifica, di conseguenza, la corresponsione della commissione, indipendentemente dal concreto e successivo svolgimento del rapporto.

Orbene, trovandosi in presenza di una clausola non riconducibile ad ipotesi nominativamente tipizzate dal nostro legislatore, ma rispondente ad un preciso assetto di interessi meritevole di tutela, nonché trasparente, la commissione deve trovare pater-

<sup>41</sup> Uniforme, in questo senso, la giurisprudenza tedesca nel privare di efficacia le clausole contenute all'interno delle condizioni generali di contratto, qualora il predisponente abbia trasferito sul cliente costi che, sulla base di prescrizioni di legge, ovvero di obblighi accessori derivanti dal contratto (*vertraglichen Nebenpflicht*), avrebbero dovuto gravare sulla banca stessa (cfr. BGH, Urt. 21 ottobre 1997 – XI ZR 5/97, in BGHZ 137, 43 ss.; BGH, Urt. 13 febbraio 2001, XI ZR 197/00, in BGHZ 146, 377 ss.; BGH, Urt. 21 aprile 2009, XI ZR 78/08, in BGHZ 180, 257 ss.).

<sup>42</sup> In uno dei report più recenti della Banca Mondiale si sottolinea il ruolo fondamentale nella prospettiva di sviluppo, che è svolto dalla *financial inclusion*, attraverso istituzioni finanziarie "that facilitate financial intermediation, including payment systems, credit information bureaus, and collateral registries. Financial infrastructure also includes a regulatory framework that fosters both consumer protection and competition among financial institutions" (WDR, *Risk and Opportunity. Managing Risk for Development*, 2014, pag. 46 consultabile all'indirizzo web

<https://siteresources.worldbank.org/EXTNWD2013/Resource/s/8258024-1352909193861/8936935-1356011448215/8986901-1380046989056/WDR-2014-Complete-Report.pdf>.

Lo sviluppo dell'inclusione, delle infrastrutture e dell'innovazione nel campo finanziario è al centro di importanti lavori di economisti, cfr. R.J. SHILLER, *Finance and the good society*, Princeton 2012; ID, *The new financial order*, Princeton 2003; A.BARNASEK, *The Economics of Integrity*, New York 2010; A.NICCOLI, *L'innovazione finanziaria*, Roma 1989; W. DOUGLAS, *Democracy and finance*, New Haven 1940.





nità anche all'interno del nostro ordinamento, in quanto valida e produttiva di effetti.

