

GIURI | METRICA

RIVISTA DI DIRITTO, BANCA E FINANZA

ANNO 6
NUMERO 1
GENNAIO/GIUGNO
2022

ISSN 2785-2547

TRIBUNALE DI MILANO

14 dicembre 2021, n. 10337 – SESTA SEZIONE CIVILE

Giudice unico Dott.ssa Rossella Filippi

Diritto di stipula – irripetibilità - mutuo edilizio - casse di risparmio - diritto di opzione - risparmio edilizio – penale

(art. 125 quater T.U.B.; art. 120 bis T.U.B.; art. 120 ter T.U.B.; art. 1382 c.c.; art. 1373 c.c.; art. 1386 c.c.; art. 33 dlgs. 205/2006; Reg. 2008/593/CE; art. 1834 c.c.; art. 1331 c.c.)

Il Giudice del Tribunale Ordinario di Milano, nella persona della dr.ssa Rossella Filippi, ha rilevato con la sentenza n. 10337/2021 del 11 dicembre 2021 che il diritto di stipula trova giustificazione causale nel complesso delle prestazioni garantite dalla Banca al cliente, quali l'accesso al sistema mutualistico gestito da BHW e "l'aspettativa/diritto di opzione" circa la stipula del mutuo edilizio di assegnazione.

A riprova di tale statuizione, il Giudice di Milano ha colto in pieno la correttezza della tesi difensiva di BHW, riconoscendo in via preliminare l'applicazione al contratto di risparmio edilizio della legge tedesca sulle Casse di risparmio edilizio del 16.11.1972, evidenziando come, per espressa volontà delle parti, sia questa la disciplina che regge il contratto stipulato e che, pertanto, deve essere interpretato e analizzato secondo le regole dettate dal diritto tedesco quale legge applicabile ai sensi dell'articolo tre, paragrafo uno reg 2008/593/CE (Roma 1).

L'organo giudicante, si è altresì pronunciato dichiarando la piena legittimità della clausola che prevede la non ripetibilità della somma versata a titolo di diritto di stipula, sostenendo come la stessa non possa essere assimilata ad una penale trovando la sua giustificazione causale nel carattere mutualistico del negozio giuridico di cui è causa e ben motivando, a tal riguardo, come una valutazione del merito creditizio da parte della banca non possa essere esclusa, anzi appare necessaria, tenuto conto dell'interesse degli stessi risparmiatori.

N. R.G. [omissis]

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale [in grado di appello, n.d.r.], nella persona del Giudice dott.ssa
Rossella Filippi ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella **causa civile di II Grado** iscritta al n. r.g. [omissis] promossa da:
BHW BAUSPARKASSE AG con il patrocinio degli avv.ti MARCO RIZZO e
FRANCESCA ANDREA CANTONE; CARMEN TIZIANA DE ANGELIS;
FRANCESCO DE BENEDETTI; NORMAN PEPE.

Parte appellante

contro

[omissis parte appellata], con il patrocinio dell'Avv. [omissis parte appellata].
Parte appellata

Conclusioni

Le parti hanno concluso come da atti telematici

Conclusioni per parte appellante

Piaccia all'Ecc.mo Tribunale di Milano adito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, in accoglimento di quanto esposto nell'atto di appello ed in riforma integrale dell'impugnata sentenza n. 4750/2018, resa inter partes dal Giudice di pace di Milano, emessa in data 10/05/2018, depositata in cancelleria in data 25 maggio 2018, nel procedimento recante n. R.G. 42957/2017, notificata a mezzo pec in data 04 luglio 2018:

1. Accertare e dichiarare l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Giudice di Pace ha ingiustamente ritenuto applicabile l'art. 125 quater testo unico bancario al caso di specie e per l'effetto riformare la sentenza

impugnata sul punto, pag. 3 riga 5, con ogni conseguenza di legge, e, conseguentemente accertare e dichiarare che l'onere connesso al diritto di stipula non è richiesto in violazione della suddetta disciplina;

2. accertare e dichiarare l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Giudice di Pace ha ingiustamente ritenuto che il contratto di risparmio edilizio non possa contemplare un diritto di opzione alla concessione di un mutuo in quanto vi osterebbe la presenza di una condizione sospensiva consistente nella verifica della capacità reddituale del mutuatario e per l'effetto riformare la sentenza impugnata sul punto, pag. 3 riga 12, con ogni conseguenza di legge, e per l'effetto, accertare e dichiarare che, con la sottoscrizione del contratto di stipula il risparmiatore acquisisce una vera e propria opzione alla concessione di un mutuo, ancorché condizionata alla verifica della solvibilità del debitore e al raggiungimento della data di assegnazione;

3. accertare e dichiarare l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Giudice di Pace ha ingiustamente ritenuto che il diritto di stipula concreta una vera e propria penalità e per l'effetto riformare la sentenza impugnata sul punto, pag. 3 riga 22, con ogni conseguenza di legge, e per l'effetto accertare e dichiarare che, nel caso di specie, non sussiste alcuno degli elementi essenziali di cui all'art. 1382, 1373 e 1386 c.c. per poter inquadrare l'onere versato a titolo di diritto di stipula nella fattispecie della penale;

4. Accertare e dichiarare l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Giudice di Pace non ha assolutamente motivato circa l'autonoma causa debendi che il diritto di stipula possiede quale corrispettivo dei servizi e dei vantaggi concessi al risparmiatore e pattuiti con il contratto di risparmio edilizio e per l'effetto riformare la sentenza impugnata sul punto, con ogni conseguenza di legge, accertando e dichiarando che il diritto di stipula possiede un'autonoma causa debendi individuabile nel corrispettivo dei servizi e dei vantaggi offerti al risparmiatore con la sottoscrizione del contratto di risparmio edilizio;

5. In ogni caso pronunciare il rigetto della domanda avversaria perché infondate tutte le domande formulate da [omissis parte appellata] con il proprio atto di citazione innanzi al Giudice di Pace di Milano con vittoria di spese, onorari e CPA ed IVA, come per legge del doppio grado di giudizio.

Conclusioni per parte appellata

Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito, in funzione di Giudice dell'Appello, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, così giudicare:

In via principale e nel merito:

Rigettare l'appello proposto dall'odierna appellante per le ragioni di cui alla comparsa di costituzione e risposta e, per l'effetto, confermare in ogni sua parte la Sentenza resa dal Giudice di Pace di Milano, Dott. Diego Perucchini, recante n. 4750/2018 e depositata il 25/05/2018; in ogni caso con vittoria di spese, diritti ed

onorari del presente procedimento, da quantificarsi tenendo conto anche della procedura di mediazione esperita, conclusasi con esito negativo per la mancata adesione di parte convenuta.

Fatto e diritto

Con atto di citazione ritualmente notificato [omissis parte appellata] conveniva in giudizio BHW Bausparkasse AG esponendo che: in data 27 marzo 2008 aveva sottoscritto con BHW Bausparkasse AG il contratto di risparmio edilizio numero 324 88 98 300 corrispondendo €1000 a titolo di diritto di stipula; nel mese di settembre 2012 parte attrice risolveva il contratto chiedendo la restituzione delle somme versate per la sua esecuzione; BHW Bausparkasse AG provvedeva ad accreditare la parziale somma di €7123,04 pari al risparmio accumulato negli anni omettendo tuttavia di corrispondere l'importo di €1000 versato a titolo di diritto di stipula. Rilevava che il contratto di risparmio edilizio costituisce una forma di mutuo immobiliare sorta in Germania disciplinato dalla legge tedesca; che il regolamento contrattuale si articola in due fasi, una prima fase detta di accumulo ed una seconda volta all'erogazione del mutuo che consente ai clienti di accumulare, in un determinato lasso di tempo, risparmi finalizzati all'ottenimento di un finanziamento per l'acquisto o la ristrutturazione di un immobile ad un tasso contenuto e non soggetto alla fluttuazione del mercato; che la stipula del contratto non attribuisce al risparmiatore *ipso iure* un diritto alla concessione del mutuo essendo questa subordinata alla successiva verifica del presupposto relativo alla valutazione del merito creditizio ovvero alle garanzie di solvibilità del cliente; che tale negozio impone a risparmiatore, ai fini del perfezionamento del contratto, l'obbligo di versamento del cosiddetto diritto di stipula in misura percentuale alla somma mutuata; che tale importo deve essere restituito al cliente allo scioglimento del contratto; che l'Arbitro Bancario Finanziario ha più volte ritenuto che la clausola che prevede la mancata restituzione si pone in contrasto con le norme di diritto interno specificamente dettate a tutela del consumatore essendo il diritto di stipula assimilabile ad una penale ed essendo la corresponsione dell'importo privo di giustificazione causale non trovando la propria contropartita in alcuna prestazione o servizio reso nei confronti del cliente; che è principio generale inderogabile nel nostro ordinamento riconosciuto dall'art. 120 bis e in relazione ai mutui dall'art. 120 ter del TUB che il cliente ha diritto di recedere da tutti i rapporti di durata senza penalità e spese; che il codice di consumo qualifica come vessatorie le clausole che consentono al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore qualora questi receda dal contratto, senza prevedere il correlativo diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta nel caso in cui sia quest'ultimo a esercitare il diritto di recesso, articolo 33 lett. e) d.lgs n. 205/2006. Chiedeva, pertanto, che BHW Bausparkasse AG

venisse condannata alla restituzione della somma corrisposta a titolo di diritto di stipula previo accertamento della nullità del contratto di risparmio edilizio nella parte in cui prevede che “il diritto di stipula non verrà restituito, neppure parzialmente, né ridotto, né in caso di disdetta del contratto di risparmio edilizio, né in caso di riduzione della somma di risparmio, né in caso di rinuncia totale o parziale del mutuo di assegnazione” art. 1 punto n.3 Condizioni generali, e conseguentemente venisse ordinato a BHW Bausparkasse AG la restituzione in favore di [omissis parte appellata] della somma versata a titolo di diritto di stipula pari a €1000 oltre interessi e spese.

Si costituiva BHW Bausparkasse AG rilevando: che con il contratto di risparmio edilizio il cliente si impegna a effettuare i versamenti mensili per un periodo di tempo stabilito nel contratto, nel caso di specie 10 anni e due mesi con l’obiettivo di accumulare risparmi al fine di ottenere un mutuo a tasso fisso e basso per l’acquisto della propria unità abitativa. Tali importi producono interessi attivi e confluiscono in un conto aperto presso BHW Bausparkasse AG intestato al cliente che lo stesso cliente si obbliga a non utilizzare se non al termine della fase di accumulo per accedere alla fase di assegnazione di mutuo oppure in caso di risoluzione contrattuale o di rinuncia al mutuo edilizio di assegnazione. Caratteristica principale del negozio è l’ottenimento dell’assegnazione del mutuo della somma sottoscritta con un piano di ammortamento c.d. alla francese ad un tasso opzionato fisso e basso; condizioni per l’erogazione del mutuo sono, oltre al raggiungimento della quota di accumulo sopraindicata, la valutazione del merito creditizio del cliente, la fornitura di idonee garanzie ipotecarie a condizioni che non dipendono dalla banca la quale, soddisfatti i requisiti anzidetti, è obbligata a erogare il finanziamento laddove il risparmiatore eserciti il proprio diritto di opzione.

Il prodotto finanziario offerto attribuisce altresì il vantaggio della flessibilità ed infatti il contraente, qualora nel corso del tempo incontrasse necessità diverse, tali da richiedere un’anticipazione o posticipazione della data di assegnazione del mutuo, sarà libero di esercitare tale diritto, diversamente la data di assegnazione sarà quella indicata nel contratto che tiene conto del piano di accumulo dell’opzione prescelta.

La natura del contratto di risparmio è indicata nelle premesse delle condizioni generali dalle quali emerge che il cliente diventa parte di un sistema mutualistico gestito dalla cassa di risparmio, nel quale i versamenti effettuati da tutti i consociati concorrono a generare la provvista per l’erogazione dei mutui che via via vanno ad assegnazione. Rilevava altresì che il rinvio alle norme di diritto tedesco costituiscono, tra l’altro, una maggiore garanzia per il consumatore atteso che, oltre a prevedere le norme regolatrici del particolare tipo di contratto, stabiliscono la nomina di un membro del Parlamento al fine di verificare il rispetto della procedura mutualistica per l’assegnazione dei mutui;

che tale negozio atipico può essere inquadrato nell'ambito della disciplina dei contratti tipici disciplinati dal diritto italiano come il contratto di deposito a risparmio di cui all'art. 1834 con il quale il cliente versa le somme nel conto aperto presso la Cassa di Risparmio a tempo e per vedersi riconosciuti gli interessi attivi; Il contratto di mandato di cui all'art. 1703 c.c. collegato al primo attraverso l'adesione al sistema mutualistico o cooperativistico della cassa di risparmio, e il contratto di opzione di cui all'art. 1331 c.c. con il quale il cliente si garantisce l'aspettativa giuridica, l'opzione di vedersi assegnato il mutuo, o, in caso di rinuncia di tale diritto, ma non prima di sette anni di regolare deposito, a vedersi riconosciuto il tasso di interesse attivo maggiorato retroattivamente. Rilevava, quindi, che la risoluzione anticipata ovvero la rinuncia unilaterale del cliente al diritto di opzione non può di per sé far venir meno quanto pagato a tale titolo, ovvero per l'adesione al contratto di risparmio, a tutti i vantaggi contemplati e disciplinati; né potrà effettuarsi una valutazione *ex post* del corrispettivo pagato con quanto effettivamente usufruito tanto più che, trattandosi di contratto di adesione, la sorte del singolo si riverbera sulla pluralità dei consociati e non potrà essere esercitato a svantaggio degli altri.

Ciò premesso rilevava l'infondatezza dell'assunto secondo cui il diritto di stipula è sostanzialmente assimilabile ad una penale priva di giustificazione causale ed in contrasto con gli articoli 120 bis e ter del tub nonché con l'art. 33 del dlgs. 205/2006 nonché che la stessa possa ritenersi priva di *causa debendi* e come tale ripetibile ai sensi dell'articolo 2033 c.c. Rilevava altresì che non poteva ritenersi sussistente alcuna violazione degli obblighi di informazione ai sensi dell'art. 116 comma primo TUB; chiedeva, pertanto, il rigetto della domanda.

Il giudice di pace con sentenza n.4750/2018 accoglieva la domanda proposta da parte attrice dichiarando l'invalidità della clausola e condannando per l'effetto la convenuta alla restituzione all'attrice della somma di € 1000 oltre interessi e spese. Rilevava il giudice di pace che al contratto in esame doveva ritenersi applicabile la normativa bancaria di cui all'art. 125 quater TUB in relazione alla direttiva comunitaria che prevede espressamente la facoltà di recesso in ogni momento senza penalità e spese; che il contratto in esame non prevede la costituzione di un vero e proprio diritto di opzione in favore del risparmiatore atteso che BHW Bausparkasse AG non rimane vincolato con una vera e propria proposta contrattuale di mutuo irrevocabile poiché si riserva di stipulare il mutuo solo se il consumatore, al momento dell'assegnazione del mutuo, dovesse superare la valutazione operata dal mutuante in ordine al merito creditizio del consumatore. Rilevava, quindi, che, non essendo ravvisabile un contratto di opzione, la somma prevista quale diritto di stipula non può considerarsi un corrispettivo dello stesso ma costituisce una penalità illegittima in caso di esercizio dello *ius poenitendi*.

Avverso tale decisione proponeva appello BHW Bausparkasse AG rilevando:

che la sentenza è erronea e contraddittoria laddove: ritiene applicabile al caso di specie l'art.125 quarter dlgs n. 385/93 testo unico bancario; esclude che la promessa di mutuo cosiddetto di assegnazione, al termine del periodo di accumulo delle somme al risparmio, possa configurarsi come un diritto di opzione giusta la presenza della condizione sospensiva della verifica del merito creditizio dell'opzionante; laddove inquadra giuridicamente la commissione del diritto di stipula come una penale e, per l'effetto, illegittima; non valuta correttamente l'autonoma giustificazione causale del diritto di stipula. Chiedeva, pertanto, che in riforma della sentenza impugnata la domanda di parte attrice venisse rigettata.

Si costituiva [omissis parte appellata] chiedendo il rigetto dell'appello.

Precisate le conclusioni come in epigrafe trascritte all'udienza del 25.5.2021, la causa veniva trattenuta in decisione alla medesima udienza con l'assegnazione dei termini di cui all'articolo 190 c.p.c per il deposito delle conclusionali e delle repliche.

Preliminarmente si rileva che la disciplina del contratto di risparmio è dettata dalla legge tedesca sulle Casse di risparmio edilizio del 16.11. 1972 (*Bausparkassengesetz*, doc D appellante), e per espressa volontà delle parti è questa la disciplina che regge il contratto stipulato che, pertanto, deve essere interpretato e analizzato secondo le regole dettate dal diritto tedesco quale legge applicabile ai sensi dell'articolo tre, paragrafo uno reg 2008/593/ CE (Roma 1).

Tale contratto si sviluppa in due successivi fasi: nella prima fase, cosiddetta fase di accumulo, che inizia al momento della sottoscrizione del contratto di risparmio edilizio, il cliente si impegna a effettuare in favore della banca versamenti periodici per un tempo convenzionalmente stabilito, al fine di accumulare risparmi per ottenere, successivamente ed eventualmente se lo riterrà conveniente, la concessione da parte della stessa banca di un mutuo ipotecario da destinare all'acquisto dell'immobile di abitazione. Le somme così accantonate vengono fatte confluire in un apposito conto deposito acceso presso la banca ed intestato al cliente che viene gravato convenzionalmente da un vincolo di indisponibilità da parte del cliente sino al completamento della fase di accumulo la cui durata è stabilita dallo stesso contratto di risparmio edilizio. Viene inoltre previsto che, sugli importi accantonati venga corrisposto al cliente una remunerazione a titolo di interessi attivi ad un tasso prefissato. Al contempo, già al momento della sottoscrizione del contratto di risparmio edilizio, le parti si accordano altresì sul saggio, agevolato rispetto alle condizioni di mercato mediamente praticate dagli operatori nel settore in quel dato momento, degli interessi passivi da applicarsi al contratto di finanziamento edilizio nell'eventualità in cui l'operazione finanziaria prosegua con la stipulazione del contratto di mutuo.

La seconda fase del contratto di risparmio edilizio cosiddetto di finanziamento si apre una volta verificatasi la condizione dell'avvenuto accumulo di una data somma pattuita, ossia il positivo completamento della fase di accumulo. In quel momento il risparmio accumulato viene posto a disposizione del cliente e la banca è obbligata a concedere allo stesso cliente, ove quest'ultimo ne faccia richiesta, un mutuo ipotecario volto a completare l'acquisto immobiliare per una somma pari alla differenza tra il *quantum* stabilito nel contratto di risparmio edilizio (pari di norma al prezzo dell'immobiliare da acquistare) e il risparmio accumulato.

Tale fase è meramente eventuale essendo fatta salva la possibilità per il cliente, terminata la fase di accumulo, di non proseguire nel contratto di finanziamento e, in questa ipotesi, il cliente stesso ha diritto di ottenere la restituzione del risparmio cumulato maggiorato degli interessi attivi maturati nel corso della fase di accumulo al tasso stabilito dal contratto. Il cliente si garantisce così oltre ai vantaggi derivanti dal piano d'accumulo un tasso di interesse fisso ed agevolato rispetto alle condizioni di mercato la cui percentuale è predeterminata sin dal momento della stipula del contratto di risparmio edilizio.

Nel caso di specie [omissis parte appellata] in data 27.3.2008 ha sottoscritto un contratto di risparmio edilizio finalizzato all'ottenimento di un mutuo della somma di euro 100.000 ad un tasso fisso del 3,75%, con la facoltà, fino alla data di assegnazione, di posticipare la data medesima ottenendo un tasso più favorevole del 2,90% o dell'1,90%, doc.3 art. 11.; il contratto prevedeva, altresì, la remunerazione del risparmio nella misura fissa dell'1% e, qualora la contraente decida di rinunciare alla concessione del mutuo di assegnazione, decorsi almeno 7 anni di regolare accumulo, il diritto ad un interesse maggiorato e retroattivo calcolato secondo i parametri di cui alla tabella contenuta all'art. 3 comma due delle condizioni generali di contratto di risparmio come riportate anche nei documenti di sintesi. Il contratto prevedeva la gratuità della tenuta della gestione del conto.

Con specifico riferimento al diritto di stipula il contratto di risparmio prevede all'art. 1 punto 2 che: "al momento della stipulazione del contratto di risparmio edilizio matura il diritto di stipula a carico del risparmiatore che ammonta all'1% della somma sottoscritta. I primi versamenti effettuati dal risparmiatore saranno compensati con il diritto di stipula ancora dovuto. Al punto 3: il diritto di stipula non verrà restituito, neppure parzialmente, né ridotto, né in caso di disdetta del contratto di risparmio edilizio, nel caso di riduzione della somma di risparmio, nel caso di rinuncia totale o parziale al mutuo di assegnazione.

Dalle premesse delle condizioni generali emerge la natura del contratto di risparmio edilizio volto a realizzare lo scopo mutualistico indicato nelle premesse. In particolare si legge "il risparmio edilizio è una forma di risparmio finalizzata alla concessione di un mutuo edilizio con il tasso di interesse basso e fisso... con

la stipulazione del contratto di risparmio edilizio si diventa membro di una comunità che ha come scopo l'attività del risparmio. Al termine di questa, il risparmiatore ha diritto ad una controprestazione in forma di mutuo edilizio ad un tasso estremamente basso la cui provvista è alimentata dai risparmi, in particolare dalle quote di risparmio, nonché dagli importi di ammortamento corrisposti dai risparmiatori.” “Il risparmiatore stipula il contratto di risparmio per una determinata somma, la cosiddetta somma di risparmio. Quando la resa del risparmio (ammontare del risparmio accumulato e periodo di risparmio) si trova in congruo rapporto con una resa del mutuo, il contratto viene assegnato”, “la somma di risparmio è quindi l'importo di cui il risparmiatore potrà disporre in caso di erogazione del mutuo di assegnazione.” Alla fine della premessa viene indicato che “ dal risparmiatore sono dovuti compensi/diritti nonché interessi come di seguito riportato: diritto di stipula nella misura dell'1% della somma sottoscritta (art. 1.2); interessi sul mutuo da assegnazione nella misura del 3,75%, 2,90% ovvero del 1,90% p.a. (art. 11 primo comma); in casi particolari si applicano determinati compensi (art. 6 secondo comma art. 8 e 17). Gli interessi applicati sui risparmi accumulati dal risparmiatore sono regolati all'art.3”.

Tale premessa evidenzia che il cliente con la sottoscrizione del contratto diventa parte di un sistema mutualistico gestito dalla Cassa di Risparmio nel quale i versamenti effettuati da tutti i consociati concorrono a generare la provvista per l'erogazione dei mutui che via via vanno ad assegnazione.

Ciò in applicazione della legge tedesca sulle Casse di Risparmio del 16 novembre 1972 e successive modifiche, doc. D) appellante, che prevede la costituzione delle casse di risparmio edilizio quali istituti di credito la cui attività commerciale è orientata a ricevere depositi dai risparmiatori, a mezzo dei contratti di risparmio edilizio al fine di concedere ai medesimi dagli importi accumulati mutui finanziari per misure economiche abitative. Il comma due dell'art. 1 delle definizioni della legge individua il risparmiatore edilizio come colui che stipula con una Cassa di Risparmio edilizio un “contratto mediante il quale egli, dopo aver effettuato depositi di risparmio edilizio, acquisisce il diritto di ottenere un mutuo di risparmio edilizio (contratto di risparmio edilizio)”.

La normativa prevede per le Casse di risparmio edilizio dei vincoli precisi a tutela dell'interesse dei clienti quale ad esempio, oltre ai citati limiti dell'oggetto sociale diretto a preservare i capitali accumulati, uno specifico ufficio di vigilanza federale del sistema creditizio paragrafo 3.1, vincolo di destinazione dei fondi raccolti paragrafo 6, l'istituto della revoca del permesso di esercizio dell'attività qualora gli interessi dei risparmiatori non appaiano adeguatamente tutelati paragrafo 7 e 8 e l'istituzione di un fiduciario dell'ufficio di vigilanza federale con funzione di sorveglianza presso ogni cassa paragrafo 12.

Tale normativa evidenzia che il cliente diventa parte di un sistema mutualistico gestito dalla Cassa di Risparmio nelle quali i versamenti effettuati da

tutti i consociati concorrono a generare la provvista per l'erogazione dei mutui che via via vanno ad assegnazione, sì che il cliente trae vantaggio dalla stessa appartenenza a tale comunità, un vantaggio economicamente valutabile e idoneo a bilanciare il pagamento del diritto di stipula ossia la commissione da riconoscersi alla banca che gestisce la struttura complessiva e ne sostiene i costi. La Suprema Corte tedesca nella pronuncia del 7 dicembre 2010 sopra richiamata, doc. E appellante ha rilevato che "con la stipula del contratto di risparmio edilizio anche i nuovi clienti entrano a far parte della comunità di risparmiatori onde usufruire dei vantaggi del risparmio collettivo vincolato. In tal modo si assoggettano, già in quel momento, al vincolo della comunità. Allo scopo collettivo sistematico di risparmio edilizio corrisponde una regolamentazione che - come quella oggetto del contenzioso - copre i costi di acquisizione di nuovi clienti attraverso una commissione separata applicata al momento della stipula del contratto".

Nell'ambito dei servizi offerti spettanti al sottoscrittore del contratto di risparmio edilizio rientra anche l'aspettativa/diritto di opzione che concreta la promessa del mutuo di assegnazione al termine del periodo di accumulo secondo le condizioni e i tassi predefiniti nel contratto.

In tali termini risulta definito dal comma due dell'art. 1 della legge che disciplina le casse di risparmio secondo cui è risparmiatore edilizio colui che a mezzo dei depositi di risparmio effettuati in esecuzione del contratto acquisisce "il diritto di ottenere un mutuo di risparmio edilizio" e in tali termini risulta esplicitato nella premessa delle condizioni generali di contratto.

La sussistenza della valutazione della banca in ordine alla sussistenza del merito creditizio, art. 7, non osta alla qualificazione della sussistenza della posizione soggettiva di cui sopra e può essere qualificata agevolazione dell'accesso al risparmio e la proprietà dell'abitazione. Il sistema, infatti, sarebbe messo in crisi laddove l'erogazione dei mutui avvenisse in favore di soggetti che non sono in grado di rimborsarli. Ciò tenuto conto soprattutto che l'erogazione vera e propria del mutuo avviene dopo anni dall'inizio del rapporto, sicché, una valutazione del merito creditizio appare giustificata, anzi appare necessaria tenuto conto dell'interesse degli stessi risparmiatori.

Inoltre si armonizza con le disposizioni della legge 16 novembre 72 che, a tutela dell'integrità massa dei risparmi gestiti prevede che la Cassa la quale è tenuta ad evitare rischi di cambio paragrafo 6, nonché a richiedere idonee garanzie sui crediti derivanti dall'erogazione dei mutui paragrafo 7.

Ne consegue che la necessità di valutare la solvibilità del cliente prima della stipulazione del contratto di mutuo, oltre a non essere abusiva nei confronti del risparmiatore non costituisce elemento che fa venir meno la vincolatività dell'impegno della banca all'erogazione del mutuo.

Ipotesi che appare in linea anche con il diritto italiano ove si consideri che

l'art. 1822 c.c. prevede che “chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione e non gli sono offerte idonee garanzie” .

Deve, pertanto, ritenersi che la valutazione della solvibilità non sia in contrasto con il riconoscimento del diritto/aspettativa giuridicamente tutelata del cliente alla stipulazione del contratto di mutuo secondo le regole predeterminate al momento della sottoscrizione del contratto.

Ciò premesso risulta infondato l'assunto secondo cui il diritto di stipula non troverebbe giustificazione causale nel complesso delle prestazioni garantite dalla banca al cliente con la sottoscrizione del contratto e, a maggior ragione, la circostanza che lo stesso debba essere considerato una penale od un corrispettivo del recesso.

Con riferimento alla qualifica di penale appare sufficiente rilevare che esso costituisce un corrispettivo dei servizi offerti dalla banca con il contratto di risparmio e non viene addebitato in conseguenza di un inadempimento, né in conseguenza di un'altra condizione bensì per la sola sottoscrizione del contratto e all'atto della stessa e non è previsto in nessun caso la restituzione con clausola chiara nella sua formulazione.

Difetta, pertanto, ai fini della qualificazione del diritto di stipula quale penale l'inadempimento nonché l'obbligo di una controprestazione da parte dell'inadempiente. Le condizioni contrattuali sopra evidenziate evidenziano come indicato che l'importo è dovuto al momento della conclusione del contratto, non è collegato all'inadempimento e/o al ritardo all'adempimento, il versamento è condizione essenziale per l'adesione e non viene restituito nemmeno al termine del periodo di accumulo ovvero in caso di completa e regolare esecuzione del contratto.

In forza di quanto esposto il diritto di stipula deve ritenersi remunerativo sia dell'adesione al contratto, sia delle aspettative/diritto che il contratto assicura.

Né tale pattuizione può ritenersi posta in violazione dell'art. 33 consumo lett e) codice consumo atteso che ai sensi della suddetta norma possono ritenersi vessatorie solo le clausole che prevedono il trattenimento di una somma a seguito di recesso, diversamente il diritto di stipula è dovuto al momento della sottoscrizione ed è condizione essenziale della sua stipulazione e appare dovuto quale remunerazione dell'adesione al sistema mutualistico con i vantaggi che ne derivano.

Dirimente appare la considerazione che alla banca non spetta nella fase di accumulo alcun diritto di recesso proprio perché è vincolata dall'opzione concessa al cliente all'atto di conclusione del contratto.

Il diritto di recesso inteso quale atto potestativo è riconosciuto solamente al cliente che lo esercita rinunciando all'opzione sottoscritta; l'ottenimento dello

svincolo anticipato da parte del contraente dei versamenti effettuati corrisponde per la comunità dei risparmiatori di cui è parte la necessità di stornare il contratto e privarsi della liquidità necessaria all'erogazione dei mutui ai risparmiatori adempienti prossimi all'assegnazione.

Il Sistema mutualistico infatti costituisce un vantaggio per tutti gli aderenti e non solo del singolo sicché la non ripetibilità del diritto di stipula, appare diretta anche a garantire i costi di gestione posti in essere per l'intero apparato cooperativo.

Ne consegue che, in accoglienza dell'appello e integrale riforma della sentenza emessa dal Giudice di Pace n. 4750/2018 depositata il 25.5.2018 deve essere rigettata la domanda proposta da [omissis parte appellata] nei confronti di BHW Bausparkasse AG.

Stante la novità della questione trattata si ritiene di compensare integralmente le spese dei due gradi di giudizio

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente pronunciando, in accoglimento dell'appello e integrale riforma della sentenza emessa dal Giudice di Pace n. 4750/2018 depositata il 25.5.2018: rigetta la domanda proposta da [omissis parte appellata] nei confronti di BHW Bausparkasse AG. compensa integralmente le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

Milano, 11 dicembre 2021
Il Giudice Rossella Filippi