



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Antonella Miletta

**La riscrittura delle regole in ipotesi di *solutio ante diem* nei contratti di credito al consumo:
*ne lites fierent immortales***

Numero XVI Anno 2023

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Roma Tre), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone (Univ. Salerno), M.S. Papillo (Univ. Salerno)

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

La riscrittura delle regole in ipotesi di *solutio ante diem* nei contratti di credito al consumo: *ne lites fierent immortales*

SOMMARIO: 1. La questione dei costi a carico del consumatore in caso di rimborso anticipato di credito al consumo tra le aspettative dei ricorrenti e le resistenze dei finanziatori – 2. Il caso oggetto della sentenza 11 settembre 2019, C-383/18, della Corte di Giustizia europea (cd. Lexitor) – 3. Lo stato della disciplina attuale: la direttiva dell'UE 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori abrogativa della direttiva 87/102/CEE – 4. L'effettività del diritto del consumatore e pericolo di elusione – 5. Le prime posizioni sul pronunciamento curiale – 6. La riformulazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b. nella l. 23 luglio 2021 n. 106 (Decreto Sostegni *bis*). *Quid iuris* nei rapporti sorti ante luglio 2021? – 7. La rimessione della questione dal Tribunale di Torino alla Corte costituzionale con ordinanza 2 novembre 2021 – 8. La decisione della Corte costituzionale del 22 dicembre 2022, n. 263 – 9. Il ruolo della Corte di Giustizia europea tra la difesa del consumatore e la tutela dell'affidamento degli intermediari – 10. Il caso UniCredit Bank Austria e il timore o la speranza di un ulteriore cambio di rotta, in attesa delle nuove disposizioni europee in materia di tutela del consumo.

1. *La questione dei costi a carico del consumatore in caso di rimborso anticipato di credito al consumo tra le aspettative dei ricorrenti e le resistenze dei finanziatori*

In tema di rimborso anticipato del credito e di recesso per adempimento anticipato, la decisione della Corte di Giustizia europea dell'11 settembre 2019, I sezione, nella causa C-383/18 (cd. Lexitor), in relazione ad una questione pregiudiziale sollevata da un Tribunale

polacco, ha stabilito che l'art. 16, § 1, della dir. 2008/48/CE, relativo ai contratti di credito ai consumatori, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, in caso di rimborso anticipato dello stesso, deve includere tutti i costi posti a suo carico, sia quelli cd. 'upfront', indipendenti dalla durata del finanziamento, che quelli cd. 'recurring', legati alla durata del rapporto di credito¹.

La sentenza ha suscitato non poche perplessità ed il dibattito è stato da subito molto acceso, con atteggiamenti oscillanti anche da parte della giurisprudenza: la certezza del diritto, in questo caso, pare lontana, nonostante i tanti interventi in materia.

La decisione, ponendosi in contrasto con consolidate posizioni, è stata di non poca portata e ha imposto una seria riflessione agli operatori del settore², in merito alle ricadute della stessa nel traffico degli affari, tra

¹ In www.cortecostituzionale.it.

² Tra i vari commenti in materia succedutasi in materia, si riportano, senza pretesa di esaustività, in particolare, S. PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale. Lexitor atto secondo: il (prezioso) decalogo della Consulta sull'interpretazione euroconforme*, in *Giur. it.*, 2, 2023, 279; F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, 65; G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della 'riduzione del costo totale del credito' spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza 'Lexitor'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, II, 280; A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e 'riduzione del costo totale del credito'. Il costo della cessione del quinto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2019, II, 644; L. BENINCASA, *Giurisprudenza dell'Unione europea*, in *Studium Juris*, 2019, 1517; A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 1; A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125-sexies, primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. banc.*, 4, 2019, 155, in www.dirittobancario.it; A. MAGER, *Credito al consumo. Estinzione anticipata ex art. 125-sexies t.u.b. dopo la sentenza Lexitor*, *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2020, 743; I. GUSSO, *Credito al consumo. Commissione di estinzione anticipata nel credito al consumo e onere probatorio*, *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2020, 1034; P. IAMICELI, *Credito al consumo, nullità parziale e integrazione del contratto: la sorte dei tassi moratori tra vessatorietà della clausola e disciplina antiusura*, in *Contratti*, 1, 2021, 102; M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2021, 687; C.A. VALENZA, *Contratti di abbonamento a servizi online e recesso del consumatore, La Corte di giustizia sull'importo dovuto per le prestazioni già eseguite*, in *Corriere giur.*, 7, 2021, 889; A. REINSTADLER, *Efficacia delle sentenze della CGUE. Spunti di riflessione sulla dimensione comunicativa del diritto*, *Giur. it.*, 11, 2021, 2382; B. BONFANTI, *Cessione parziale del credito e 'posizione' del debitore ceduto*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2022, 565; A.M. GAROFALO, *I finanziamenti indicizzati al franco svizzero: attendendo le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2022, 833. E, più recentemente, M. SANTUCCI, *Credito al consumo. Retroattività lexitor. Note a margine di Corte cost. 22.12.2022, n. 263*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2023,

le resistenze della parte creditoria e le attese della parte debitoria: per gli enti erogatori risulterà impegnativo dover effettuare un numero considerevole di restituzioni – di somme sino a quel momento lecitamente trattenute – mentre per il singolo, potrebbe essere, in taluni casi, di marginale importanza in termini quantitativi (sebbene l'estinzione parziale o totale del debito *ante diem*, potrebbe rappresentare una riespansione della sua capienza finanziaria e la possibilità di una riprogettazione, una ripianificazione della sua situazione con un accesso più facile al mercato creditizio).

Ci si è chiesti, infatti, se «una simile posizione non sia un incidente di percorso ma una convinta presa di posizione fondata, oltre che su orientamenti socio-consumeristici, su solidi argomenti giuridici»³.

2. Il caso oggetto della sentenza 11 settembre 2019, C-383/18 della Corte di Giustizia europea (cd. *Lexitor*)

A fondamento della domanda di pronuncia giudiziale proposta alla Corte di Giustizia europea vi sono tre controversie fra consumatori e

33; G. COLANGELO, *La menzogna nel credito*, in *Contratti*, 1, 2023, 73; M. NATALE, *Estinzione anticipata nel credito immobiliare ai consumatori, Novità legislative e spunti comparativi dall'esperienza austriaca*, in *I contratti di credito immobiliare fra diritto europeo e attuazione nazionale: strumenti di prevenzione del sovraindebitamento del consumatore*, a cura di A. Addante, L. Bozzi, Bari, 2022, 79. Sul tema generale del credito ai consumatori, cfr. M. MAUGERI, S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013; M. NATALE, *Il 'pasticcio' post 'Lexitor' bocciato dalla Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2, 2023, 329; M. NATALE, *Lexitor e diritto italiano: verso la resa dei conti*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 357; M. NATALE, R. PARDOLESI, *'Lexitor' o no? Dubbi, crucci e malefatte della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 3, 2023, 115; R. PARDOLESI, *'Lexitor': falsi positivi e altri incidenti di percorso*, in *Foro it.*, 2, 2023, 365; G. BARBATO, C. RICHICHI, *Il primato del diritto europeo: il caso 'Lexitor'*, 2022, leggibile in <https://www.unionfin.it/cms/resource/open/2038/primato-diritto-europeo-ilcaso-lexitor.pdf>; N. DE LUCA, *'Dura Lexitor, sed lex'. I costi up front esistono (oggi, domani come ieri)*, in *Foro it.*, 2023, 2.

³ In questi termini si esprime F. MAIMERI, *Credito al consumo: quali commissioni sono rimborsabili*, in FCHUB, *Giurisprudenza*, 15 ottobre 2019, 5, il quale afferma anche che il diritto italiano e quello di altri paesi avevano recepito una interpretazione contraria consolidata, ritenendola sufficiente a garantire gli interessi dei consumatori che si trovavano nella condizione di estinguere anticipatamente il prestito. Ciò che andava precisato, secondo le indicazioni della Banca d'Italia, e nello stesso senso anche l'Arbitro bancario finanziario e la giurisprudenza ordinaria, era la natura delle commissioni applicate ai fini della retrocessione nel caso di rimborso anticipato (ivi, 4 s.).

banche in merito alla riduzione del costo totale del credito al consumo in virtù di un loro rimborso anticipato, proposta dal Tribunale circondariale di Lublino, con sede in Polonia⁴; ciascuno dei contratti prevedeva il pagamento alla banca di una commissione il cui importo non dipendeva dalla durata del contratto.

I consumatori avevano rimborsato anticipatamente gli importi dei loro crediti e successivamente ceduto le posizioni debitorie, vantate per il rimborso anticipato, ad una società di diritto polacco che offriva servizi giuridici ai consumatori.

La cessionaria dei crediti aveva proceduto, così, ad esigere dalle banche il rimborso di parte dell'importo delle commissioni versate dai consumatori, oltre gli interessi di mora: questione che l'aveva spinta, dopo l'opposizione delle banche, a chiedere al giudice del rinvio cosa effettivamente ricomprendesse il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato di quest'ultimo e, cioè, se esso riguardasse anche i costi indipendenti dalla durata del contratto (questione su cui la stessa giurisprudenza polacca aveva delle posizioni discordanti).

Il giudice del rinvio aveva sospeso il procedimento e sottoposto la questione alla Corte di Giustizia europea, ritenendo che la riduzione del costo totale del credito dovesse includere anche i costi non dipendenti dalla durata del contratto, sia per tutelare gli interessi dei consumatori sia per garantire l'equilibrio delle parti (senza creare particolari danni al creditore che avrebbe potuto riutilizzare l'importo rimborsato per

⁴ La legge relativa al credito ai consumatori nel diritto polacco del 12 maggio 2011 (Dz. U. n. 126, posizione 715) nella versione applicabile alle controversie di cui al procedimento principale traspone la direttiva 48 nell'ordinamento giuridico polacco; così ricorda la sentenza, al punto 8, nella parte Diritto nazionale (polacco), affermando quanto segue. Ai sensi dell'art. 5, punto 6, della suddetta legge, la nozione di 'costo totale del credito' si intende come comprensiva di tutti i costi che il consumatore è tenuto a pagare nel quadro del contratto di credito, in particolare gli interessi, le spese, le commissioni, le imposte e i margini di cui il creditore è a conoscenza, nonché i costi relativi ai servizi accessori, segnatamente i premi assicurativi, se il loro pagamento è obbligatorio per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte (escludendo le spese notarili). L'art. 49, § 1, di questa legge stabilisce che in caso di rimborso dell'intero credito prima della data concordata nel contratto il costo totale del credito è ridotto nella misura dei costi corrispondenti al periodo di durata residua del contratto anche qualora il consumatore li abbia sostenuti prima del rimborso.

concedere un nuovo credito, ottenendo una nuova commissione e non, nel caso contrario, avvantaggiandosi con l'imposizione di costi formalmente indipendenti dalla durata del contratto ed insensibili alla riduzione del costo totale del credito).

Non ostava all'applicazione della direttiva, formulata a tutela dei consumatori, la circostanza che qui si parlava di professionisti, poiché in luogo dell'identità delle parti in lite, è risultata prevalente la circostanza che a concludere i contratti di credito sia stati dei consumatori.

A chiarire taluni aspetti interpretativi della norma, relativi in particolare alla locuzione «restante durata del contratto» *ex* art. 16, § 1, della direttiva 2008/48 (interpretabile sia nel senso che i costi interessati alla riduzione del costo totale del credito devono essere limitati a quelli che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto sia a quelli relativi alla totalità dei costi) non è stata utile l'analisi comparativa delle diverse versioni linguistiche della disciplina dell'art. 16, caratterizzati da ambiguità e differenti traduzioni.

Alla soluzione della questione, la Corte di Giustizia approdava invocando una ricostruzione, dunque, non solo letterale ma anche logica e contestualizzata della problematica, pure alla luce degli obiettivi che in materia si è sempre posta la giurisprudenza della Corte decidente, che ha percorso la strada della elevata protezione del consumatore, in situazione di inferiorità rispetto al professionista, sia in sede di negoziazione che in sede di informazione.

Questa presa di posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea non è stata, però, bene accolta da tutti, creando anche incertezze in merito alla sua applicabilità nel nostro ordinamento.

Perplessità che parevano superate dal Decreto Sostegni *bis* (l. 23 luglio 2021, n. 106) che ha riformulato l'art. 125-*sexies* t.u.b. (con l'art. 11-*octies*) e l'ha adeguato a quanto stabilito nella sentenza cd. *Lexitor*, includendo tra i costi da rimborsare al consumatore, in caso di estinzione anticipata del contratto, anche quelli 'upfront', ma ponendo dei limiti temporali, cioè prevedendo l'applicazione dei principi *Lexitor* solo ai contratti conclusi dopo la sua data di entrata in vigore.

La giurisprudenza di merito si è pronunciata più volte sulla questione, con posizioni controverse fino a che la questione non è stata rimessa alla

Corte costituzionale che si è espressa (con decisione 22 dicembre 2022, n. 263) per la illegittimità dei criteri temporali contenuti nel Decreto Sostegni *bis*: solo la Corte di Giustizia può regolamentare gli effetti temporali di una sua sentenza (soluzione qui non adottata).

3. *Lo stato della disciplina attuale: la direttiva dell'UE 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori, abrogativa della direttiva 87/102/CEE*

Il punto di partenza della questione *de quo* è la normativa in tema di contratti di credito ai consumatori ed in particolare l'art. 125 *sexies* t.u.b. (art. 16 della direttiva), introdotto a seguito del recepimento della direttiva 2008/48/CE, nel titolo VI (Trasparenza delle condizioni contrattuali), capo I (Operazioni e servizi bancari e finanziari), il quale afferma che il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tal caso, il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto⁵.

In caso di rimborso anticipato, il finanziatore ha diritto ad un indennizzo equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati all'estinzione anticipata del credito. L'indennizzo non può superare l'1% dell'importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5% del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto.

⁵ R. SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 21, sostiene che vi è l'esigenza di distinguere il grado di armonizzazione perseguito dalla direttiva 2008/48/CE sicuramente pieno, dalla portata di tale armonizzazione che non riguarda ogni aspetto della disciplina del credito al consumo, come desumibile dalla lettera dell'art.1. Inoltre, afferma che la direttiva 2008/48/CE non impone affatto un'assoluta omogeneità ed equivalenza dei diritti di riduzione dei costi del credito riconosciuti ai consumatori dei diversi paesi dell'Unione europea in sede di estinzione anticipata dei contratti di finanziamento (R. SANTAGATA, *Rimborso*, cit., 22, con ulteriori annotazioni).

L'indennizzo non è dovuto se il rimborso anticipato è effettuato in esecuzione di un contratto di assicurazione⁶ destinato a garantire il

⁶ In merito all'estinzione del finanziamento per il versamento dell'indennizzo da parte della compagnia assicurativa (nel caso specifico perché era cessato il rapporto di lavoro del cliente mutuatario), il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro bancario finanziario ha stabilito talune regole valide per determinare le restituzioni spettanti al cliente. Se l'estinzione anticipata del contratto di finanziamento avviene da parte dell'assicuratore non è possibile restituire il premio relativo alla copertura assicurativa che il cliente aveva corrisposto dall'inizio; se l'assicurazione era stata stipulata dall'intermediario a sue spese per proteggere il credito nei confronti del cliente, questi non hanno diritto a nessun rimborso delle commissioni pagate, tranne il caso di rivalsa esercitata dall'assicuratore nei confronti del cliente e che questi abbia corrisposto quanto dovuto alla compagnia assicurativa. Qualora poi ci si trovi di fronte ad una polizza con oneri assicurativi sopportati dal cliente finanziato, la circostanza che la compagnia di assicurazione abbia estinto direttamente, non impedisce al cliente di chiedere il rimborso degli oneri non maturati per effetto dell'estinzione anticipata tranne, come si è detto, il premio relativo alla copertura assicurativa corrisposta inizialmente dal cliente (così riportato in *Relazione sull'attività dell'arbitro bancario finanziario*, n. 9, giugno 2019, Banca d'Italia, Eurosystema, 66, relativamente alle decisioni del Collegio di Coordinamento, nn. 13305/2018 e 13306/2018). Sia nel caso di estinzione totale che parziale del prestito, il diritto alla restituzione degli oneri non maturati spetta al cliente (*Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, n. 9, giugno 2019, Banca d'Italia, Eurosystema, 66, decisione n. 18615/2018). Cfr. decisione n. 15559 del 24 giugno 2019, ABF, Collegio di Palermo, tra l'altro, in merito alla funzione di copertura del credito assolta dalle polizze e alla loro connessione genetica e funzionale, cfr. decisione n. 16023 del 28 giugno 2019, del Collegio di Milano. Vedasi, anche, decisione n. 15555 del 24 giugno 2019, del Collegio di Palermo, ABF. Sulla nullità della clausola, per mancata inclusione nel TAEG degli oneri relativi alla polizza assicurativa obbligatoria, che non comporta la nullità dell'intero contratto, cfr. decisione n. 14354 del 11 giugno 2019 dell'Arbitro bancario finanziario, Collegio di Milano. Cfr. Tribunale di Santa Maria di Capua Vetere in tema di restituzione dei premi assicurativi non goduti, che non può essere domandata dal cliente dell'intermediario, ma solo alla società assicuratrice in qualità di soggetto che ha in concreto ricevuto le somme divenute indebite a seguito dell'estinzione del contratto (*Relazione sull'attività dell'Arbitro bancario finanziario*, cit., 67, che cita sentenza del 13 febbraio 2018, n. 577). Il Tribunale di Napoli, in una decisione del 31 maggio 2015, già affermava che la giurisprudenza arbitrale non aveva mai dubitato della sussistenza del diritto del cliente al rimborso, *pro quota*, dei costi assicurativi in caso di estinzione anticipata del finanziamento ed, opportunamente, fa riferimento ad una serie di normative in materia, affermando anche che nel caso di specie di cui si occupa, sussiste la parziale nullità del contratto di finanziamento per contrarietà della clausola al disposto dell'art. 125 t.u.b., quale parte del negozio (così decisione del Giudice Unico del Tribunale di Napoli, dott.ssa Maria Carolina De Falco, II sez. Civ., che fa riferimento a ABF, Collegio di Roma, Decisione n. 912 del 18 febbraio 2013, ABF Coll. Roma, decisione n. 417/2017; ABF, decisione n. 3978/2015. Cfr. anche Tribunale di Napoli, II sez. Civ., sent. n. 8617/2018, del 9 ottobre 2018, che fa riferimento al regolamento ISVAP 35/2010, all'art. 125 t.u.b. e alle modalità stabilite dal CICR. Un'altra decisione del Tribunale di Napoli, dopo aver fatto riferimento all'accordo ABI-Ania del 22 ottobre 2008 (linee guida per le polizze assicurative connesse a mutui e altri contratti di

credito, se riguarda un contratto di apertura di credito, se ha luogo in un periodo in cui non si applica un tasso di interesse espresso da una percentuale specifica fissa predeterminata nel contratto o se l'importo rimborsato anticipatamente è pari o inferiore a € 10.000.

Tanto è stabilito in base all'art. 16 della direttiva 48 del 2008⁷, il cui obiettivo è il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo e che stabilisce norme a livello comunitario che riguardano i contratti di credito ai consumatori.

Purtuttavia, quest'articolo ha subito delle traduzioni a volte rilevate come non coerenti, analiticamente comparate nella sentenza Lexitor nelle versioni neerlandese, polacca, rumena, tedesca, inglese, spagnola ed italiana, causando non pochi problemi.

La protezione del consumatore è garantita in alcuni considerando della direttiva, in quanto propedeutici alla creazione di un mercato creditizio interno, armonizzato, trasparente, efficiente, moderno a tutela effettiva delle posizioni del consumatore, tra cui la conoscenza di quest'ultimo su cosa significhi effettivamente «costo totale del credito».

finanziamento), all'art. 49 del regolamento ISVAP n. 35 del 2010, cita l'art. 21, comma 15-*quater*, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221), già citato, in questa stessa nota e riportato da Tribunale di Napoli, n. 11812 del 2016, che sostiene che la giurisprudenza arbitrale non ha mai dubitato della sussistenza del diritto del cliente al rimborso, *pro quota*, dei costi assicurativi in caso di estinzione anticipata del finanziamento). Anche questa decisione sottolinea come la descrizione delle attività riconducibili alle commissioni finanziarie pecca di eccessiva genericità e non si può bene comprendere se sono rivolte a coprire costi 'upfront' ossia questi costi che – afferma la decisione – concernono servizi temporalmente collocabili nella fase preliminare e/o formativa del regolamento negoziale che, come detto, non vanno restituiti in ipotesi di estinzione anticipata. La decisione prosegue, poi, nel senso che se una clausola privi il consumatore del diritto ad esigere la restituzione della porzione di tali costi, non ancora maturata al momento dell'estinzione anticipata determina, in maniera evidente, l'alterazione del sinallagma negoziale: le clausole negoziali che sanciscono il diritto del mutante a trattenere, in ipotesi di estinzione anticipata, le commissioni finanziarie ed il costo dell'assicurazione, sono affette da nullità.

⁷ L'art. 8 della direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986 abrogata e sostituita dalla direttiva n. 48 del 2008, disponeva che il consumatore deve avere la facoltà di adempiere in via anticipata gli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tale caso, in conformità alle disposizioni degli Stati membri, egli deve avere diritto ad un'equa riduzione del costo complessivo del credito.

Il mercato interno deve essere visto come uno spazio senza frontiere, alla luce del principio di libera circolazione delle merci e dei servizi (e libertà di stabilimento in cui creare un mercato creditizio più trasparente ed efficiente, ove far sviluppare attività pratiche transfrontaliere).

E proprio in virtù del continuo sviluppo del mercato del credito al consumo e considerata la crescente mobilità dei cittadini europei, una legislazione comunitaria lungimirante, che sia adattabile alle future forme di credito che lasci agli Stati membri un adeguato margine di manovra in sede di attuazione, dovrebbe contribuire alla creazione di un *corpus* normativo moderno, in materia di credito al consumo, con un quadro comunitario armonizzato per rendere i consumatori più fiduciosi⁸.

E proprio a proposito del costo totale del credito al consumatore⁹, il considerando n. 20 afferma che esso dovrebbe comprendere tutti i costi,

⁸ Per far ciò agli Stati membri non dovrebbe essere consentito mantenere o introdurre disposizioni nazionali divergenti dalla direttiva (solo ove mancassero disposizioni armonizzate, questi sarebbero liberi di mantenere o introdurre disposizioni nazionali).

⁹ A proposito della tutela del consumo, va ricordato che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, organismo deputato ad intervenire per tutelare il mercato con applicazione del diritto antitrust (l. n. 287 del 1990) e in materia di tutela dei consumatori, ha aumentato la sua competenza sanzionatoria (F. SEBASTIO, *Il credito al consumo (CQS) e la tutela dei consumatori. Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato nelle pratiche commerciali scorrette nel settore del credito al Consumo*, in *Credito ai consumatori e reti distributive: discipline applicabili e vigilanza?*, Roma, 2018, 102). Un Protocollo d'intesa tra la Banca d'Italia e l'AGCM ha previsto una disciplina specifica in materia di reciproca informativa sui procedimenti avviati e sui provvedimenti adottati ad esito dell'attività istruttoria. Rispetto al quesito dell'Autorità se fosse applicabile il Codice del consumo nel mercato dei servizi finanziari, il Consiglio di Stato ha dato una risposta negativa, in un suo parere, appellandosi alla circostanza che la disciplina settoriale è completa ed esaustiva, persegue finalità di tutela del consumatore, in merito a correttezza delle informazioni e delle condotte, nonché trasparenza di queste ultime, ed è affidata ad un'Autorità munita di poteri sanzionatori. Inoltre, afferma che il principio di specialità si applica solo in caso di contrasto concreto, ossia quando le due discipline, generale e speciale, prevedono lo stesso comportamento in funzione della tutela del medesimo interesse. Così il Consiglio di Stato per non duplicare né soggetti, né giudizi tra loro contrastanti, ha limitato l'ambito di intervento dell'AGCM, ritenendo la CONSOB quale unica autorità amministrativa competente ad applicare la disciplina in materia di servizi finanziari (F. SEBASTIO, *Il credito*, cit., 104 s.). In merito alla fase post-contrattuale del credito al consumo e cioè all'estinzione anticipata del prestito dietro CQS, ossia i ristori alla clientela connessi ad una ripartizione precisa tra le quote 'upfront' e 'recurring' ed il recupero dei crediti, essa viene considerata un'attività riconducibile ad una pratica commerciale post vendita (Commissione UE, 3 dicembre 2009, SEC (2009), 1666, «Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali», Bruxelles, 2009. F. SEBASTIO, *Il credito*, cit., 113, nt. 26). «Laddove si riscontra una modalità non

compresi gli interessi, le commissioni, le imposte, le spese per gli intermediari di credito e tutte le altre spese, legate al contratto di credito, che il consumatore deve pagare, escluse le spese notarili.

Fondamentale è stabilire in modo oggettivo in quale misura il creditore è a conoscenza dei costi, tenendo conto degli obblighi di diligenza professionale.

Riguardo alla questione di cui ci si occupa e cioè la possibilità per il consumatore di adempiere anticipatamente ai suoi obblighi prima della data concordata nel contratto di credito, bisogna fare riferimento al considerando n. 39, che afferma che in caso di rimborso anticipato, parziale o integrale, il creditore dovrebbe poter esigere un indennizzo per i costi direttamente collegati al rimborso anticipato, tenendo conto anche di eventuali risparmi che così si realizzerebbero, per il creditore.

Già nella fase precontrattuale e, comunque, durante l'esecuzione del contratto di credito, il calcolo dell'indennizzo dovrebbe essere trasparente e comprensibile.

Poiché il credito al consumo, data la sua durata ed il suo volume non è finanziato mediante meccanismi di finanziamento a lungo termine, prosegue il considerando n. 39, il massimale dell'indennizzo dovrebbe essere fissato mediante un tasso forfettario. Questo criterio rispecchia la specificità dei crediti ai consumatori e «non dovrebbe pregiudicare gli eventuali approcci diversi per altri prodotti finanziati da meccanismi di prestiti a lungo termine quali quelli ipotecari a tasso fisso».

trasparente di ricalcolo o di mancato o parziale rimborso delle quote 'recurring', le condotte poste in essere dai professionisti sono passibili di integrare una fattispecie omissiva, ai sensi degli artt. 20 e 22 del Codice del Consumo»: in questi termini la Comunicazione di B.I. 7 aprile 2011, in riferimento al calcolo delle commissioni soggette a maturazione nel corso del tempo (F. SEBASTIO, *Il credito*, cit., 115). Nel caso di impedimenti all'estinzione anticipata del prestito, la prassi applicativa dell'AGCM ha ritenuto violati gli artt. 20, 24 e 25 lett. d) del Codice del Consumo, in virtù della circostanza che il professionista potrebbe porre in essere delle condotte volte a ritardare od impedire la conclusione del rapporto di finanziamento, consistenti nel mancato invio di documentazione essenziale all'esercizio del diritto di recesso o anche per estinguere anticipatamente o per accedere a forme di finanziamento alternativo (in questo senso AGCM 4 agosto 2016, n. 26149, PS 33330 (vedi ancora, F. SEBASTIO, *Il credito*, cit., nt. 21).

4. *L'effettività del diritto del consumatore e pericolo di elusione*

Per evitare, però, che possa essere vanificata l'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, la decisione dell'11 settembre 2019 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea richiama l'art. 22, § 3, della direttiva, che impone agli Stati membri di evitare che le disposizioni adottate per dare esecuzione alla stessa possano «essere eluse attraverso l'impiego di forme particolari di contratti»¹⁰.

¹⁰ Una sentenza della Corte di Giustizia europea (III sez.) del 3 ottobre 2019 (causa C-621/17 Gyula Kiss Bank Zrt./ Emil Kiss e Gyula'ne' Kiss) nel decidere il caso di un mutuatario che ha proposto opposizione alla Corte Suprema ungherese contro l'istituto che le ha concesso il mutuo per far dichiarare abusive le clausole relative alle spese di gestione e alla commissione di esborso, poiché il contratto non specifica il pagamento di costi per i servizi. (Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 3 ottobre 2019. Gyula Kiss contro CIB Bank Zrt e altri. Rinvio pregiudiziale – Tutela dei consumatori – Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori – Direttiva 93/13/CEE – Articolo 3, § 1 – Valutazione del carattere abusivo delle clausole contrattuali – Articolo 4, § 2 – Articolo 5 – Obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali – Clausole che impongono il pagamento di costi per servizi non specificati. Causa C-621/17. *Digital reports (Court Reports - general)* ECLI identifier: ECLI:EU:C:2019:820). La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 3, § 1, dell'art. 4, § 2, e dell'art. 5 della dir. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU 1993, L95, 29). 2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia a titolo principale tra il sig. Gyula Kiss e la CIB Bank Zrt. (in prosieguo: la «CIB») per quanto riguarda una domanda di accertamento del carattere abusivo di talune clausole contenute in un contratto di prestito. La Corte dopo aver esaminato il diritto dell'Unione, il diritto ungherese, il procedimento principale e le questioni pregiudiziali, ha sancito che 1) L'art. 4, § 2, e l'art. 5 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che il requisito secondo il quale una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile non impone che clausole contrattuali che non hanno formato oggetto di un negoziato individuale, contenute in un contratto di mutuo stipulato con consumatori, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, le quali stabiliscono precisamente l'importo delle spese di gestione e di una commissione di esborso a carico del consumatore, il loro metodo di calcolo e la loro data di esigibilità, debbano altresì specificare tutti i servizi forniti a fronte degli importi in questione. 2) L'art. 3, § 1, della dir. 93/13 deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, relativa a spese di gestione di un contratto di mutuo, la quale non consente di individuare inequivocabilmente quali siano i servizi specifici resi a fronte di tali spese, non determina, in linea di principio, a danno del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, malgrado il requisito della buona fede.

La preoccupazione dei giudici unionali è che l'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito possa essere sminuita da una ripartizione unilaterale fatta dalla banca sui costi, la cui fatturazione potrebbe includere un certo margine di profitto.

Il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna potrebbe rendere complessa la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto.

Il professionista potrebbe essere giuridicamente libero di qualificare a propria discrezione la natura dei costi operativi, potendo così imporre unilateralmente al consumatore gli effetti di una prospettazione astrattamente capace di «azzerare in ogni caso l'ammontare del rimborso dovutogli nell'ipotesi di estinzione anticipata del contratto di finanziamento»¹¹.

Limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto potrebbe avere come conseguenza per il consumatore vedersi imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto e ciò provoca dei timori nella Curia.

L'elusione evidenziata dalla Corte si potrebbe generare proprio nella impossibilità di «tracciare una oggettiva linea di confine tra costi 'upfront' e costi 'recurring'» e nella totale discrezionalità dell'intermediario: che potrebbe operare una ripartizione meramente fittizia per la oggettiva impossibilità di collegare ciascuna voce di costo ad una precisa fase del rapporto di credito o ad una specifica attività ad esso connessa: salvo eccezioni, i «costi legati al finanziamento appaiono, infatti, per lo più imputati (attribuiti) al singolo contratto solo in via forfettaria e convenzionale»¹².

¹¹ A. ZOPPINI, *Gli effetti*, cit., 3 e 4, il quale sottolinea anche che il diritto europeo non offre univoche indicazioni sui criteri di computo della «riduzione del costo totale del credito» di cui il consumatore ha diritto in caso di rimborso anticipato del finanziamento.

¹² In questi termini, A. TINA, *Il diritto*, cit., 170 s., che prosegue affermando che a distinzione è puramente convenzionale dipendente dalle valutazioni e decisioni dell'intermediario con una

Si era anche detto che basterebbe «alzare i tassi, farvi rifluire le commissioni e nulla si retrocede: anche qui dunque è in agguato l'elusione»¹³.

Dunque, l'assioma secondo cui la direttiva del 2008 mira a garantire un'elevata protezione del consumatore che si trova in una posizione di inferiorità rispetto al professionista per il potere di negoziazione e per il livello di informazione, non troverebbe riscontro nella posizione dei giudici europei che si limitano solo ad evidenziare l'esigenza di assicurare il principio di effettività dei diritti del consumatore *ex art. 16*, che potrebbe essere eluso da una ripartizione dei costi effettuata in modo unilaterale dalla banca, che riduca al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto, massimizzando i margini di profitto dell'intermediario correlati all'espletamento di attività propedeutiche alla concessione dei finanziamenti: «istanza stigmatizzata dalla difficoltà di un sindacato tanto del consumatore quanto del giudice, di un'oggettiva correlazione tra i costi praticati e la durata del contratto di finanziamento»¹⁴. Tuttavia, pur con le perplessità sul percorso argomentativo utilizzato dalla Corte, si è affermato che la soluzione adottata non può ritenersi incompatibile né con la logica della disciplina europea del rimborso anticipato né con la *ratio* di effettività della tutela del consumatore sottesa¹⁵.

È proprio dal principio di trasparenza che deriva l'obbligo di chiarire nel contratto le spese che siano da quantificare come spese non ripetibili ('upfront') e quali, invece, debbano imputarsi ad un meccanismo di maturazione progressiva e siano, in quanto tali, suscettibili di restituzione parziale in caso di estinzione anticipata ('recurring') e, per altro verso, l'obbligo di consentire al consumatore¹⁶, in caso di anticipata estinzione, il recupero della quota di spese relativa al periodo successivo.

determinazione forfettaria ed una imputazione solo convenzionale al singolo contratto di credito: così come sono le conclusioni dell'Avvocato generale nella sentenza dell'11 settembre, 169.

¹³ F. MAIMERI, *Credito*, cit., 7.

¹⁴ Queste considerazioni sono di R. SANTAGATA, *Rimborso*, cit., 25.

¹⁵ Così si esprime R. SANTAGATA, *Rimborso*, cit., 31.

¹⁶ In questi termini, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*², Milano, 2020, 518.

Nell'ottica di una più immediata comparazione con i prodotti offerti dai concorrenti, gli intermediari più virtuosi potrebbero decidere di adeguare le condizioni contrattuali dei finanziamenti contro cessione del quinto incorporando le commissioni finanziarie negli interessi o almeno eliminando le clausole che remunerano attività superflue o duplicano gli oneri per l'espletamento della medesima attività, trasferendo le spese per l'adempimento degli obblighi sul cliente o i costi di una loro inefficiente organizzazione distributiva¹⁷.

Tra le varie posizioni, la giurisprudenza di merito è intervenuta sul tema, in una serie di decisioni, toccando vari aspetti della questione,

¹⁷ L'art. 6-bis (trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti afferma che all'istituto della cessione di quote di stipendio o salario o di pensione disciplinato dai titoli II e III del presente testo unico si applicano le norme in materia di credito ai consumatori di cui al capo II del titolo VI del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d.lgs. n. 385 del 1993, nonché le norme in materia di assicurazioni connesse all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo di cui all'art. 28 del d.lgs. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27. Qualora i soggetti ammessi alla concessione di prestiti verso la cessione di quote di stipendio o salario o di pensione facciano ricorso, ai fini della distribuzione di tale servizio, a soggetti terzi rispetto alla propria organizzazione o comunque ne usufruiscano, tali soggetti terzi devono essere banche, intermediari finanziari, Poste italiane S.p.A., ivi comprese le rispettive strutture distributive, agenti in attività finanziaria o mediatori creditizi iscritti negli elenchi di cui agli artt. 128-*quater* e 128-*sexies* del predetto testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e operare nei limiti delle riserve di attività previste dalla legislazione vigente. La Banca d'Italia definisce, ai sensi del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, disposizioni per favorire la trasparenza e la correttezza dei comportamenti nonché l'efficienza nel processo di erogazione di finanziamenti verso la cessione di quote di stipendio o salario o di pensione. In particolare, tali disposizioni sono volte a: a) richiedere politiche di remunerazione e valutazione della rete distributiva che non costituiscano un incentivo a commercializzare prodotti non adeguati rispetto alle esigenze finanziarie dei clienti, con particolare attenzione ai rinnovi di contratti in essere; b) rendere la struttura delle commissioni trasparente, in modo da permettere al cliente di distinguere le componenti di costo dovute all'intermediario e quelle dovute a terzi, nonché gli oneri che devono essergli rimborsati in caso di estinzione anticipata del contratto; c) favorire la comparabilità delle offerte di finanziamento presenti sul mercato, anche in modo da permettere al cliente di poter confrontare caratteristiche e costi delle operazioni di cessione del quinto dello stipendio, del salario e della pensione con quelli di altre forme tecniche di finanziamento disponibili; d) prevedere la predisposizione di procedure che consentano di contenere, anche attraverso l'adozione o il potenziamento di strumenti telematici, i costi a carico dei consumatori; le procedure potranno essere definite sulla base di una convenzione tra gli operatori interessati, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia che, nell'ambito della relazione annuale prevista dall'art. 19 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, fornisce al Parlamento informazioni in merito alle risultanze dei controlli di propria competenza e alla dinamica dei costi a carico dei consumatori.

affermando, tra l'altro, che nel contrasto tra oneri e costi 'upfront' e 'recurring', ed in assenza di chiara indicazione, l'intero ammontare di ciascuna delle suddette voci deve essere preso in considerazione al fine della individuazione della quota parte da rimborsare; inoltre, la somma da rimborsare deve essere equitativamente stabilita secondo un criterio proporzionale *ratione temporis* in modo che l'importo complessivo di ciascuna voce sia suddiviso per il numero complessivo delle rate e poi moltiplicato per il numero delle rate residue. Infine, l'intermediario è tenuto al rimborso a favore del cliente di tutte le suddette voci rimborsabili, incluso il premio assicurativo¹⁸.

5. *Le prime posizioni sul pronunciamento curiale*

Non sono mancate reazioni contrarie e conservative in merito alla posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea e alla sua decisione sulla rimborsabilità sia dei costi 'upfront' che 'recurring'.

Si è detto che la Curia così si è posta fermamente in contrasto con le interpretazioni e applicazioni dell'art. 125-*sexies* t.u.b. della Banca d'Italia e dell'ABF¹⁹.

¹⁸ Così in una sentenza del Tribunale di Napoli, n. 8017 del 2017, affermava – richiamando una decisione dell'ABF del Collegio di Milano del 19 aprile 2013, n. 2084 – che la descrizione operata in contratto delle attività riconducibili alle commissioni finanziarie risulta eccessivamente generica e non consente di stabilire se esse siano rivolte a coprire costi 'upfront', cioè concernenti servizi temporalmente collocabili nella fase preliminare del regolamento negoziale e che quindi non vanno restituiti in caso di estinzione anticipata. Anche in questa decisione si precisa che le clausole contrattuali che sanciscono il diritto del mutuante a trattenere in ipotesi di estinzione anticipata commissioni finanziarie ed il costo dell'assicurazione devono ritenersi nulle, in quanto si pongono in contrasto con l'art. 125 t.u.b. che potrebbe essere eventualmente derogabile solo in un senso più favorevole al cliente; e le somme da restituire vanno determinate in modo proporzionale alla durata effettiva del contratto (cfr. anche Comunicazione del Governatore della Banca d'Italia del 10 novembre 2009, cit. da Tribunale di Napoli nella sentenza n. 8017/2017, nonché Comunicazione del 7 aprile 2011).

¹⁹ A. TINA, *Il diritto*, cit., 162, che ritiene i risultati cui è giunta la Corte in linea con chi sosteneva che le commissioni addebitate al consumatore sono riconducibili a una componente del corrispettivo per il finanziamento (e cita, a questo proposito, l'ampio studio e le riflessioni di U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri della 'cessione del quinto'*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1534, nt. 15; ID., *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 49 ss.

Si è, anche, affermato che la sentenza non produce effetti vincolanti poiché fondata su presupposti di diritto che non sono propri del sistema italiano che non lascia all'arbitrio del professionista la determinazione dei costi del credito come dipendenti o non dipendenti dalla durata del finanziamento; che essa non è automaticamente applicabile ed il principio di diritto in essa affermato non è direttamente applicabile dal giudice nazionale non essendo la sentenza univoca, ma, anzi, oscura rispetto alle condizioni alle quali nell'ordinamento dello Stato membro l'operatore del diritto dovrebbe d'ora in poi computare la riduzione del costo totale del credito con riguardo ai costi 'upfront'; ove anche la si ritenesse applicabile, dovrebbe far leva sui principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento al fine di evitare che l'applicazione retroattiva della direttiva 2008/48/CE pregiudichi indebitamente le prerogative individuali: in tale contesto nulla osta a che il giudice italiano o d'ufficio o su stimolo della parte, o di un terzo interveniente, possa promuovere un nuovo rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia europea²⁰.

Ed altri rilievi critici sono pervenuti da chi ha opposto che nel caso di specie quando si parla di professionisti cessionari si fa una affermazione processualmente discutibile; che non può conteggiarsi in restituzione una commissione 'upfront' per il semplice rilievo che è fuori dall'applicazione dell'art. 16 della direttiva, dal momento che non può residuare nulla da retrocedere relativamente alla parte restante del contratto; che non vi è una soluzione di continuità tra la vecchia e nuova direttiva, che il pericolo di elusione è sempre possibile in sede di commissioni da applicare; che l'indennizzo che dovrebbe ristorare le banche è diventato difficile da poter ottenere per la restrizione dei presupposti²¹.

²⁰ Queste considerazioni sono tutte di A. ZOPPINI, *Gli effetti*, cit., 17 s.

²¹ È questa la posizione di F. MAIMERI, *Credito*, cit., 6 ss., a cui si rinvia per opportuni chiarimenti e ragionamenti. Ancora, si è – in un primo momento – sostenuto che la causa giuridica di una restituzione può essere soltanto un indebito e, dunque, nella fattispecie in esame un indebito sarebbe logicamente configurabile solo riguardo ad importi corrisposti anticipatamente dal consumatore per l'espletamento, da parte dell'intermediario, di attività ricorrenti o di servizi durevoli nell'esecuzione di un finanziamento anticipatamente estinto. In sostanza, non era ancora chiaro – tra le altre questioni – se la stessa fosse applicabile anche ai mutui ed anche ad eventuali

Ancora, si è affermato in merito alla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea – richiamandone la giurisprudenza – che la interpretazione del diritto comunitario adottata dalla suddetta Corte ha efficacia vincolante per il giudice nazionale: «efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità»²². Allo stesso modo si deve ritenere nulla, ai sensi del paradigma della nullità di protezione, «qualunque clausola di autonomia del predisponente che faccia differenze tra i due tipi di costi»²³. E così rispetto alla applicabilità ai ricorsi non ancora decisi, si è affermato che devono essere definiti secondo il nuovo orientamento; mentre per quelli già decisi non può trovare applicazione il principio del *ne bis in idem* relativamente ai costi 'upfront' davanti all'ABF e all'autorità giudiziaria (non è escluso, però, «indipendentemente dal decorso del termine decennale di prescrizione di cui all'art. 2946 cod. civ. le richieste del consumatore possano ritenersi sterilizzate in ragione degli effetti derivanti dalla decisione dell'ABF e dalla sua esecuzione») ²⁴.

La giurisprudenza di merito ha avuto atteggiamenti piuttosto oscillanti.

Decisamente di segno contrario una decisione del Tribunale di Napoli del 20 novembre 2019, n. 10489, che nell'affrontare il tema del rimborso di spese a seguito di estinzione anticipata di finanziamento, afferma che la sentenza dell'11 settembre 2019 interpreta la direttiva UE 2008/48, non l'art. 125.2 t.u.b., applicabile in questo caso, nè l'art. 126-*sexies* t.u.b. che era stato utilizzato per interpretare l'art. 125.2; «non è stato dedotto che la direttiva UE 2008/48 sia 'self executing', e non è

surroghe, che ricadute poteva avere sui finanziamenti accessi o estinti prima della decisione; *in nuce*, su come potevano gli istituti di credito evitare di sottostare ad una importante massa di richieste da parte dei consumatori e come avrebbero potuto quest'ultimi senza incertezze far valere i loro diritti in virtù di una sentenza di cui ancora si discuteva – *rectius*, si discute – se era o meno applicabile nei rapporti tra privati. Così R. SANTAGATA, *Rimborso*, cit., 20, ove ivi cita bibliografia e giurisprudenza di riferimento, anche in posizione critica rispetto alla sentenza, in particolare vedasi nt. 5, 20, ove l'A. opera i riferimenti del caso.

²² A.A. DOLMETTA, *Estinzione anticipata del prestito della cessione del quinto: il segno della Corte di Giustizia*, 13 ottobre 2019, in www.ilcaso.it, che fa riferimento a Cass. 3 marzo 2017, n. 5381, a Cass. 8 febbraio 2016, n. 2468, a Cass. 11 dicembre 2012, n. 22577 e ID., *Anticipata estinzione*, cit., da ultimo, a Cass. 16 giugno 2017, n. 15041.

²³ A.A. DOLMETTA, *Estinzione*, cit., *passim*.

²⁴ Così, A. TINA, *Il diritto*, cit., 178.

stata richiesta l'applicazione diretta, e del resto non risulta che lo fosse, tanto che è stato necessario l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia». Infatti, prosegue il Giudice del Tribunale di Napoli, «salvo eccezioni, che in questo caso non risultano ricorrere, una direttiva non può essere immediatamente applicabile nei rapporti tra privati»; si può affermare, invero, asserisce decisamente il Giudice napoletano, che lo Stato italiano non abbia correttamente trasposto la direttiva 2008/48 nel diritto nazionale dando luogo ad una responsabilità dello Stato per erronea trasposizione della direttiva²⁵. Successivamente, però, lo stesso Tribunale, nella decisione del 22 gennaio 2020, conferma che avendo la Corte di Giustizia europea enunciato il principio di inclusione di tutti i costi e avendo il collegio di coordinamento dell'Arbitro bancario finanziario confermato lo stesso enunciato, non osta a questa interpretazione la trasposizione della direttiva nella norma dell'art. 125 *sexies* t.u.b. in considerazione sia dell'assenza di contrasto tra le espressioni della prima e la norma di recepimento, sia l'inapplicabilità di tale principio della disapplicazione della norma nazionale in contrasto con la ricetta *self executive*, come tale non invocabile nei rapporti orizzontali; in una seconda, del 2 marzo 2020, chiarisce che vi sarebbe stata un'ingiustificata violazione del principio di primazia del diritto unionale che trova il proprio fondamento nell'art. 11 della Cost. se non si tiene conto del fatto che la decisione della Corte di Giustizia avrebbe avuto inevitabili ripercussioni dirette nell'ordinamento interno, poiché vincolante il giudice nazionale nel disapplicare la norma interna confliggente con quella dell'Unione²⁶.

²⁵ Commentando la sentenza del tribunale napoletano, A. MAGER, *Riduzione dei costi in caso di estinzione anticipata del finanziamento: sulla rilevanza della decisione della CGUE nel diritto interno*, 16 dicembre 2019, in www.diritto bancario.it, afferma che resta intricato il problema della effettiva portata della pronuncia della CGUE in riferimento alla operatività e diritto vivente interno.

²⁶ Decisioni Trib. Napoli, II sez. Civ., n. 5320 e n. 2255. Interessante e ben argomentata anche la decisione del Trib. di Torino, 21 marzo 2020, n. 23622, che afferma che non esiste alcuna *mutatio libelli*, poiché il nucleo dell'azione *ex art. 125-sexies* t.u.b. consisteva e consiste tuttora nell'esercizio da parte del consumatore della facoltà di rimborso anticipato del prestito. L'attore è sempre onerato di allegare e provare che il finanziamento rientra nel campo di applicazione del credito ai consumatori e l'esercizio della facoltà di rimborso anticipato del prestito e l'addebito da parte della banca a spese di qualsiasi titolo, diverse da quelle notari.

Rebus sic stantibus, mentre si prospettava quasi un *customer journey* molto complesso tra consumatore e finanziatori, e le associazioni dei consumatori si stavano muovendo nel senso di sollecitare gli intermediari affinché avessero «piena e immediata applicazione alla sentenza della Corte di Giustizia, e modifichino immediatamente le condizioni generali di contratto, altrimenti Movimento Consumatori dovrà chiederne l'inibitoria collettiva ai tribunali competenti (le sentenze della Corte di Giustizia sono, infatti, direttamente applicabili con effetti retroattivi e impongono anche alla Banca d'Italia e all'Arbitro Bancario Finanziario di rispettarne i principi per assicurare una corretta applicazione del diritto dell'Unione europea»²⁷), sulla questione di cui si discute è intervenuta la Banca d'Italia.

In data 4 dicembre 2019, la Banca d'Italia ha fornito le sue – prime – linee di indirizzo tese – tra l'altro – «a preservare la qualità delle relazioni con la clientela»: nel ribadire la sua funzione di «autorità di controllo in materia di trasparenza e correttezza nei rapporti intermediari-clienti disciplinata dal TUB» auspicava che queste linee guida rappresentassero un punto di riferimento per gli intermediari che offrono contratti di credito ai consumatori²⁸.

Nello stabilire i criteri di rimborso ai consumatori dei costi inclusi nel costo totale del credito, due sono i punti su cui si soffermava la Comunicazione della Banca d'Italia.

Per prima cosa si occupava del caso in cui vi erano nuovi contratti di credito ai consumatori (inclusi quelli di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione), dove la riduzione del costo totale del credito doveva includere, ad esclusione delle imposte, tutti i costi a carico del consumatore, in ipotesi di rimborso anticipato, facendo riferimento anche alle buone prassi rese note dalla Banca d'Italia con l'emanazione degli «Orientamenti di vigilanza» e l'opportunità di ricorrere a schemi tariffari che incorporano nel cd. tasso annuo nominale (TAN) tutti o quasi degli oneri connessi con il finanziamento, incluso il

²⁷ P. FIORIO, *Restituzione costi estinzione anticipata MC diffida nove finanziarie*, in www.movimentoconsumatori.it, 25 novembre 2019.

²⁸ In questi termini, *Comunicazione della Banca d'Italia, Eurosystema, Dipartimento Vigilanza bancaria e finanziaria, Servizio Tutela dei clienti e antiriciclaggio*, dicembre 2019.

compenso per l'attività di intermediazione del credito; senza l'applicazione di tariffe ulteriori rispetto al tasso annuo nominale, di modo che la riduzione del costo totale del credito tenesse conto di tutti i costi del finanziamento²⁹.

La Banca d'Italia ribadiva che i criteri di riduzione dei costi dovevano essere chiariti in una specifica informativa al cliente, proprio per assicurargli la massima trasparenza: ciò sia nell'ambito della informativa precontrattuale, tale da metterlo in condizione di prendere una decisione informata e consapevole, e sia nelle condizioni contrattuali relativamente al diritto al rimborso anticipato e la relativa procedura.

Anche a proposito dei finanziamenti già in essere, l'Autorità decideva che gli intermediari dovessero determinare la riduzione del costo totale del credito includendo tutti i costi a carico del consumatore, escluse le imposte. Riguardo la definizione dei costi 'upfront', la Banca d'Italia si rimetteva al prudente apprezzamento degli intermediari riguardo alla determinazione del criterio di rimborso che dovrà comunque essere proporzionale rispetto alla durata.

²⁹ Già si era detto in dottrina che doveva essere ridotta quella quota del costo totale del credito rappresentata sia dai costi 'upfront' che 'recurring' con il criterio utilizzato per gli interessi corrispettivi, che costituiscono la voce più importante del costo totale del credito: a meno di differenti criteri di rimborso stabiliti o dal legislatore o dalle parti, nel solco segnato dalla sentenza). Non si deve per forza applicare il criterio *pro rata temporis* strettamente proporzionale (che potrebbe trovare applicazione residualmente nell'ipotesi in cui non vi sia nel contratto alcun criterio di rimborso) ma il criterio di calcolo utilizzato per la determinazione degli interessi corrispettivi desumibile dal piano di ammortamento previsto dal contratto, pur se manca una specifica previsione negoziale. Ciò sarebbe in linea anche con quanto affermato dalla Banca d'Italia (uno schema tariffario comprensivo nel TAN tutti o la maggior parte degli oneri connessi con il finanziamento), secondo «una buona prassi di mercato» e una tutela del cliente più forte: tutti gli oneri incorporati nel tasso sono sempre oggetto di restituzione indipendentemente dalla loro natura, e nel contempo la struttura tariffaria è più semplice e comprensibile. Così la Corte pare spingere verso l'adozione della tariffazione cd. «tutto TAN» o al massimo verso un rimborso per gli interessi e tutti i costi uguale: «non paiono sussistere ragioni sostanziali per non incorrere all'andamento del piano di ammortamento quale criterio generale di riduzione del costo totale del credito. Tutte le considerazioni che precedono e il virgolettato è di A. TINA, *Il diritto*, cit., 178 ss., e decisione Collegio di Coordinamento dell'Arbitro bancario finanziario, n. 26525, dell'11 dicembre 2019.

In conclusione, la Banca d'Italia già affermava che vi era la facoltà per gli intermediari di ridefinire di conseguenza gli accordi con le reti distributive.

Questa Comunicazione era stata fondamentale e aveva creato un indirizzo importante, indicando *prima facie* la strada da seguire.

Successivamente, però, con comunicazione del 1 dicembre 2021, la Banca d'Italia ha reputato che le proprie 'linee orientative' del 4 dicembre 2019 erano da considerarsi superate dal disposto della nuova previsione di legge e considerava non sussistenti i presupposti per poter dare seguito alle predette 'linee orientative'.

Sul tema intervenne anche il Collegio di Coordinamento dell'ABF, in un primo momento aderendo ai dettami della Lexitor, dell'11 dicembre 2019, emanando la decisione n. 26525, in cui affermava che «a seguito della sentenza 11 settembre 2019 della Corte di Giustizia Europea, immediatamente applicabile anche ai ricorsi non ancora decisi, l'art. 125-*sexies* TUB deve essere interpretato nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front».

La decisione proseguiva affermando che «il criterio applicabile per la riduzione dei costi istantanei, in mancanza di una diversa previsione pattizia che sia comunque basata su un principio di proporzionalità, deve essere determinato in via integrativa dal Collegio decidente secondo equità, mentre per i costi recurring e gli oneri assicurativi continuano ad applicarsi gli orientamenti consolidati dall'ABF».

Ed ancora «la ripetibilità dei costi up front opera rispetto ai nuovi ricorsi e ai ricorsi pendenti, purchè preceduti da conforme reclamo, con il limite della domanda. Non è ammissibile la proposizione di un ricorso per il rimborso di costi upfront dopo una decisione che abbia statuito su una richiesta di retrocessione dei costi recurring. Non è ammissibile la proposizione di un ricorso finalizzato alla retrocessione dei costi up front in pendenza di un precedente ricorso proposto per il rimborso dei costi recurring».

Si giungeva a questa conclusione dopo aver fatto il punto sulla sua precedente posizione e cioè che nella formulazione dei contratti, gli

intermediari dovevano esporre in modo chiaro e comprensibile quali oneri e costi erano imputabili a prestazioni concernenti la fase delle trattative e della formazione del contratto (costi 'upfront', non ripetibili) e, viceversa, quali oneri e costi maturassero nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (costi 'recurring', rimborsabili *pro quota*). In mancanza di ciò, ai sensi dell'art. 1370 cod. civ., e soprattutto dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 206 del 2005, tutto l'importo di queste voci doveva essere preso in considerazione per individuare la quota parte da rimborsare, che doveva essere determinata secondo un criterio proporzionale, di modo che l'importo di ciascuna di queste voci andava moltiplicato per la percentuale di finanziamento estinto anticipatamente, risultante dal rapporto tra il numero complessivo delle rate e il numero delle rate residue (nessun altro metodo di computo era ammissibile).

Per il Collegio questa decisione, in quanto sentenza interpretativa della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha «per unanime riconoscimento», natura dichiarativa e valore vincolante per il giudice nazionale e «non solo per quello del rinvio, ma anche per tutti quelli dei Paesi membri della Unione, e pertanto anche per gli Arbitri chiamati ad applicare le norme di diritto»³⁰.

Ancora, specificava il Collegio in disamina, «le sentenze interpretative della Corte sono efficaci ultra partes anche rispetto a situazioni sorte anteriormente, con esclusione di quelle coperte dal giudicato o esaurite»; l'unica eccezione sarebbe nel caso in cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea limitasse lei in via eccezionale «la efficacia retroattiva della propria pronuncia in eventuale contemplazione di possibili ripercussioni dirompenti su un sistema di rapporti giuridici formatasi in buona fede», cosa di cui però non ha ritenuto di avvalersi nel caso *de quo*³¹.

I ricorsi pendenti avrebbero dovuto sottostare al limite della domanda: per i ricorsi già decisi in sede ABF valeva la regola del *ne bis in idem*, a meno di errori materiali o di calcolo: se il cliente aveva già chiesto la retrocessione di tutti i costi, la retrocessione di costi 'recurring', non

³⁰ Decisione Collegio di Coordinamento dell'Arbitro bancario finanziario, n. 26525, dell'11 dicembre 2019.

³¹ Sempre nella stessa Decisione n. 26525, dell'11 dicembre 2019, cit.

poteva essere riproposta per il succitato criterio del *ne bis in idem*; se il cliente aveva chiesto nella prima domanda solo la retrocessione dei costi 'recurring', ugualmente si sarebbe potuto procedere al rimborso dei costi 'upfront', poiché un secondo ricorso avente ad oggetto una richiesta creditoria discendente dallo stesso fatto costitutivo, sarebbe stata una violazione del principio della infrazionabilità della domanda ricollegabile ad una fonte obbligatoria (contrario in particolar modo alla rapidità ed economicità propria dei sistemi ADR). I nuovi ricorsi potranno essere presentati se non è intervenuto alcun evento prescrittivo³².

Pertanto, il criterio da utilizzare per la riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito deve essere basato sulla proporzionalità: occorre «depurare il documento contrattuale dalla inserzione della clausola che, sia pure in modo implicito, abbia escluso la ripetibilità dei costi riferiti ad attività preliminari, in quanto contraria a norma imperativa- e perciò affetta da nullità (di protezione) rilevabile d'ufficio ai sensi degli artt. 127 TUB e 1418 c.c.»; ciò come ogni clausola che risulti «incompatibile con l'ampiezza oggettuale del diritto alla riduzione dei costi». La clausola nulla sarà automaticamente sostituita, ai sensi delle disposizioni codicistiche³³, con la norma imperativa che

³² Ancora Decisione n. 26525, dell'11 dicembre 2019, cit.

³³ Il Tribunale di Benevento aveva affermato nell'ordinanza del 24 luglio 2018, in merito ad un caso di estinzione anticipata di un mutuo e di richiesta di restituzione dei costi sostenuti ed anticipati al momento della stipula del contratto ma non ancora maturati al momento della estinzione e di risarcimento di ulteriori danni patiti (irrisarcibile nel caso di specie poiché non provati né *an debeat* né il *quantum debeat*), che il contratto che esclude il rimborso degli importi per cui è causa, in caso di anticipata estinzione del finanziamento, è una pattuizione che deve ritenersi nulla ex art. 1419, comma 2, e 1339 cod. civ, per contrasto con il citato art. 125, comma 2, t.u.b., che è una norma inderogabile in quanto posta a protezione del consumatore per evitare che l'esercizio del diritto di recesso dal contratto possa risolversi a suo svantaggio. Nello stesso senso, Trib. Napoli, sentenza 28 ottobre 2016, secondo cui questa norma è posta a tutela del consumatore per evitare che il recesso dal contratto possa essere per lui ingiustificatamente oneroso; nella stessa decisione si riporta anche che la banca appellante sosteneva di non dovere restituire le somme imputate a commissioni bancarie, sia in base all'art. 16 del contratto e sia perché esse avrebbero remunerato un'attività bancaria terminata all'atto dell'erogazione del finanziamento. Ancora, Trib. Napoli, n. 34537, 2015, afferma che le clausole in contrasto con le norme dell'art. 125, comma 2, t.u.b. e con la normativa ivi richiamata, laddove siano in contrasto con esse e stabiliscano la non rimborsabilità delle commissioni di intermediazione finanziaria ed assicurativa, a seguito di risoluzione anticipata del contratto sono vessatorie e, dunque, nulle e vanno disapplicate. Lo stesso diritto di recesso deve essere previsto inizialmente e deve essere

impone la retrocessione anche di costi ‘upfront’. Inoltre, poiché la legge non dà riferimenti precisi rispetto al criterio di rimborso si è di fronte ad una lacuna del regolamento contrattuale; sicchè laddove non venga colmato in modo eventualmente retroattivo, «le parti potranno declinare in modo differenziato in criterio di rimborso dei costi up front rispetto ai costi ‘recurring’», secondo un principio di proporzionalità: «altrimenti sarà il giudicante che dovrà integrare il regolamento contrattuale incompleto individuando il criterio di riduzione applicabile ai costi up front», secondo una integrazione equitativa *ex art.* 1374 cod. civ., che l’ABI nel caso oggetto del ricorso e per il quale ha dettato i suoi precisi indirizzi in materia stabilisce che il criterio migliore per quantificare la quota di costi ‘upfront’ ripetibile sia analogo a quello che le parti hanno previsto per il conteggio degli interessi corrispettivi. A sostegno di ciò, anche chi ha affermato che in quanto avente natura dichiarativa, la sentenza della Corte di Giustizia europea è applicabile anche ai rapporti giuridici nati prima della decisione ed ha un effetto vincolante per il giudice nazionale, con applicazione immediata e diretta³⁴.

Non ostavano a ciò le considerazioni in merito ad un difetto di efficacia diretta orizzontale né la circostanza che sia stata emessa per un ordinamento diverso da quello nazionale, cioè polacco.

La prima questione si risolveva perché al di là delle differenze testuali tra l’art. 16 della direttiva e l’art. 125-*sexies*, comma 1, del t.u.b., il giudice sarebbe stato vincolato alla nuova interpretazione dell’art. 125-*sexies* che doveva essere allineata a quella che la Corte ha espresso per l’art. 16, par. 1 della direttiva 2008/48/CE, che il nostro legislatore nazionale ha, per l’appunto, attuato con l’introduzione dell’art. 125-*sexies*³⁵ (soluzione condivisa in altre occasioni anche dall’ABF che ha affermato che le pronunzie della Corte di Giustizia hanno in virtù dell’art. 220 del Trattato «una funzione nomofilattica istituzionalizzata», per cui tutti gli organi decidenti dell’UE, «sono vincolati alla interpretazione suddetta ed

consentito, previo preavviso, ma senza costi e senza incidere sul costo del credito, per ciascuno degli anni successivi, ma fino alla scadenza (Decisione n. 16000 del 28 giugno 2019, che richiama il Collegio di Coordinamento n. 16291 del 26 luglio 2018, ABF).

³⁴ È questa l’autorevole opinione di A. TINA, *Il diritto*, cit., 163.

³⁵ In tal senso, A. TINA, *Il diritto*, cit., 166.

inoltre sono vincolati a perseguire gli scopi di ‘policy’ evidenziati dalla Corte di Giustizia nelle decisioni rilevanti»³⁶).

Riguardo al secondo profilo, non si può richiamare la circostanza che nel nostro ordinamento manchi la discrezionalità nella determinazione dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto – differentemente dall’ordinamento polacco –, utilizzata dalla Corte per giungere alla sua conclusione. Infatti, nel nostro ordinamento vi è l’obbligo per l’intermediario di una informativa preventiva: tuttavia, ciò non precluderebbe che i costi e la ripartizione degli stessi siano comunque determinati unilateralmente dalla banca; che vi sia rispetto agli stessi un ampio margine di profitto; che vi siano dei costi al momento della conclusione del contratto maggiori rispetto a quelli legati alla durata, e la complessità per il consumatore, e per il giudice, tra i costi presentati come ‘upfront’ e quelli ‘recurring’ proprio per il margine di manovra che hanno a disposizione gli istituti creditizi nella loro fatturazione ed organizzazione interna³⁷.

Tutto ciò fino alla emanazione del decreto Sostegni *bis* (d.l. 25 maggio 2021, n. 73, conv. in l. n. 106 del 23 luglio 2021) e alla successiva rimessione alla Corte costituzionale del 2 novembre 2021, che ha posto in discussione i fragili punti di equilibrio che parevano, per lo più, raggiunti.

6. *La riformulazione dell’art. 125-sexies t.u.b. nella l. 23 luglio 2021 n. 106 (Decreto Sostegni bis). Quid iuris nei rapporti sorti ante luglio 2021?*

Il dibattito circa l’applicabilità dei criteri Lexitor ha avuto una sua prima composizione dal legislatore italiano che nel convertire il d.l. del 25 maggio 2021, n. 73, nella l. 23 luglio 2021, n. 106 (Decreto Sostegni *bis*), mediante l’art. 11-*octies*, comma 1, ha riformulato l’art. 125-*sexies* t.u.b. per adeguarlo a quanto disposto dalla sentenza Lexitor, includendo

³⁶ Sono queste le parole contenute in molti collegi dell’ABF, richiamate da A. TINA, *Il diritto*, cit., 167.

³⁷ A. TINA, *Il diritto*, cit., 166 ss.

tra i costi da rimborsare al consumatore, in caso di estinzione anticipata del contratto, anche quelli 'upfront'.

L'art. 11-*octies* della predetta l. n. 106/2021, inserisce l'art. 120-*quaterdecies*.¹ che ha stabilito che il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, in misura pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto. Sostituisce, altresì, il comma 1 dell'art. 120-*noviesdecies* con il seguente dettato: «ai contratti di credito disciplinati dal presente capo si applicano gli articoli 117, 118, 119, 120, comma 2, 120-*ter* e 120-*quater*».

Infine, in tema di rimborso anticipato sostituisce l'art. 125-*sexies* con il seguente: il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte.

I contratti di credito indicano in modo chiaro i criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi, indicando in modo analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato. Ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato. Salva diversa pattuizione tra il finanziatore e l'intermediario del credito, il finanziatore ha diritto di regresso nei confronti dell'intermediario del credito per la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito.

«In caso di rimborso anticipato, il finanziatore ha diritto a un indennizzo equo e oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito. L'indennizzo non può superare l'1 per cento dell'importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5 per cento del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto.

L'indennizzo di cui al comma 4 non è dovuto: a) se il rimborso anticipato è effettuato in esecuzione di un contratto di assicurazione destinato a garantire il credito; b) se il rimborso anticipato riguarda un contratto di apertura di credito; c) se il rimborso anticipato ha luogo in un periodo in cui non si applica un tasso di interesse espresso da una percentuale specifica fissa predeterminata nel contratto; d) se l'importo rimborsato anticipatamente corrisponde all'intero debito residuo ed è pari o inferiore a 10.000 euro».

L'art. 125-*sexies* del t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia (di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), dello stesso articolo), si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto: in questo modo, alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto in oggetto, continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-*sexies* del testo unico di cui al d.lgs. n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti.

La norma, dunque, – per espressa previsione – si applica ai soli contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione (*ex art. 11-octies*, comma 2 primo periodo), *id est* dopo il 25 luglio 2021.

Di talché, per i contratti stipulati anteriormente, il secondo periodo del citato art. 11-*octies*, comma 2, afferma che «continuano ad applicarsi le disposizioni dell'art. 125-*sexies* [...] e le norme secondarie [...] vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

Dinnanzi alla formulazione operata dal legislatore sono rintracciabili due opposte esegesi.

Secondo una prima lettura, la norma, nel sancire la restituzione di tutti i costi – 'recurring' e 'upfront' – solo successivamente all'entrata in vigore della stessa, presuppone che non sia dovuta l'integrale restituzione dei costi dei contratti stipulati prima dell'orizzonte temporale individuato dal legislatore. Del resto, ciò sarebbe maggiormente fedele alla lettera della norma, nonché – probabilmente –

con la *voluntas legislatoris*, ovvero quella di contemperare i vari interessi contrapposti, *in primis* le esigenze di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento. Secondo opposta considerazione, al di là della scelta di merito del Decreto Sostegni *bis*, la restituzione andrebbe sempre intesa come comprensiva di tutti i costi, giacché il diritto europeo già sanciva il principio dell'integralità delle restituzioni³⁸.

³⁸ Anche da parte del Collegio di coordinamento vi è stato un *revirement* interpretativo. Una approfondita analisi della posizione dell'ABF in commento è stata fornita da M.C. DE FALCO, magistrato ordinario presso il Tribunale di Napoli, nella relazione dal titolo *La saga del dopo Lexitor: la travagliata storia dell'art. 11 octies decreto Sostegni bis*, al Convegno tenutosi a Napoli il giorno 15 giugno 2022, 'La restituzione dei costi nell'adempimento anticipato del finanziamento: le questioni ancora aperte a partire dalla sentenza cd. Lexitor'. Come in quella sede illustrato, dopo l'introduzione dell'art. 11-*octies* Decreto sostegni *bis*, il Collegio di Coordinamento, invece, ha promosso una lettura della cd. Lexitor consapevolmente (rimette eventuali questioni di costituzionalità ai giudici escludendo la possibilità di una disapplicazione) in diretta negazione degli effetti della decisione per tutti i contratti di credito sorti anteriormente al 23.07.21 giustificando l'interpretazione della norma sotto due profili, uno «letterale e logico» e l'altro «storico». Sotto il primo profilo, con riferimento al primo criterio, esso fa leva: 1. sul contenuto delle Disposizioni di Trasparenza e degli Orientamenti di Vigilanza 145/2018. Si tratta delle Disposizioni di 'Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti' del 29 luglio 2009 e s.m.i., e degli 'Orientamenti di Vigilanza' in materia di 'Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione' del 30 marzo 2018 (delibera n. 145/2018), il cui contenuto (§§ 12 e 62) è, per quanto di interesse, di mero richiamo al rispetto delle Disposizioni di Trasparenza. Il passaggio rilevante è quello a p. 91 nt. 3 e p. 97 per cui «le procedure interne dell'intermediario quantificano in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che, in caso di estinzione anticipata, sono restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore. Obiezione: nelle Disposizioni di Trasparenza, il cui ruolo nell'ambito del sistema delle fonti non è certo quello di attuare o integrare l'art. 125-*sexies* t.u.b., ma di illustrare il contenuto di norme di legge fondative di obblighi a contenuto informativo nei confronti della clientela (in sede pubblicitaria, precontrattuale e contrattuale: artt. 116 e 117 t.u.b.), si richiede agli intermediari, limitatamente alle operazioni di «cessione del quinto» (ma, inspiegabilmente, non con riferimento agli altri prodotti di credito al consumo), che «le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata», le quali costituiscono l'oggetto dell'obbligo di trasparenza in sede pubblicitaria e contrattuale, «includ[ano] l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore». Le disposizioni, dunque, istituiscono un mero precetto a contenuto informativo e non una regola sostanziale di quantificazione della misura della riduzione del costo totale del credito a fronte dell'estinzione anticipata, non potendo essere altrimenti essendo evidente la sussistenza di un rapporto gerarchico tra legge e Disposizioni. Pertanto, è da escludersi che sia mai esistito un momento in cui le Disposizioni hanno

Ancora, tra le tante e divergenti posizioni si ricordi il Tribunale di Savona che, in data 22 novembre 2021, ha affermato che è più ragionevole che la portata irretroattiva della decisione non produca alcun concreto effetto, poiché la previgente formulazione è in continuità con quella nuova, costituendone una maggior specificazione, pur al fine di una espressa uniformità al diritto dell'Unione, non solo interpretativa.

7. La rimessione della questione dal Tribunale di Torino alla Corte costituzionale con ordinanza 2 novembre 2021

La situazione permaneva, invero, piuttosto confusa allorché il Tribunale di Torino, con ordinanza 2 novembre 2021, ritenendo che l'art. 125-*sexies* come sostituito dall'art. 11-*octies* del Decreto Sostegni, applicabile successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, avesse creato decisi problemi intertemporali, ha rimesso la questione alla Corte costituzionale.

Di seguito si riportano, per completezza, le conclusioni della decisione.

L'art. 11-*octies* (comma 1, lettera c) ha recepito il principio Lexitor, introducendo il novellato art. 125-*sexies* t.u.b. che sancisce il diritto del

effettivamente prodotto l'effetto che si vorrebbe riferire loro: quando la legge afferma che «continuano ad applicarsi» le disposizioni precedenti, non può che riferirsi a contenuti precettivi validi, poiché conformi all'art. 125-*sexies* t.u.b., a propria volta interpretato – secondo quanto il diritto europeo impone – alla luce della sentenza Lexitor. Sul differente tenore del nuovo art. 125-*sexies* t.u.b.: in particolare, sulla rimozione dell'espressione (riferita al diritto alla riduzione degli interessi e dei costi) «dovuti per la vita residua del contratto», e alla sua sostituzione con l'affermazione di un diritto alla riduzione «riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito». Esso si costruisce sull'accertamento di una inequivoca volontà storica del legislatore, che comproverebbe l'esito interpretativo basato sui già considerati profili letterali. Essa si ritrarrebbe, in particolare, dalla risposta di un Sottosegretario del MEF (né lui, né il suo partito né il Governo essendo tra i proponenti l'emendamento) a una «interrogazione a risposta immediata» (c.d. 'question time'), di circa un mese anteriore alla proposizione dell'emendamento. E troverebbe pure conforto in un'ulteriore coppia di dati: da un lato, nell'esistenza di «intuibili esigenze equitative di rispetto dell'affidamento riposto dalle parti negli assetti contrattuali concordati secondo le indicazioni consolidate della giurisprudenza nazionale anteriore alla sentenza Lexitor»; dall'altro, «nella considerazione che scelte (non identiche, ma) non dissimili sono state compiute all'interno della UE da altri Paesi di prestigiosa tradizione giuridica» (Austria, Germania).

consumatore a calcolare la riduzione sul costo totale del credito, in proporzione alla residua durata del contratto al momento del rimborso anticipato (appare, inoltre, ininfluyente l'esclusione delle imposte dal perimetro dei costi rilevanti, trattandosi di una voce del costo totale del credito (cfr. art. 3 Direttiva e art. 121 t.u.b.) che l'intermediario a sua volta versa all'Erario ed è di peso normalmente trascurabile, nel coacervo dei costi).

La sentenza della Corte di Giustizia non consente, tuttavia, prosegue l'ordinanza, ad uno Stato membro di limitare a propria discrezione l'efficacia nel tempo dell'interpretazione fornita all'art. 16, § 1, della Direttiva. Pertanto, sia la limitazione del recepimento di Lexitor ai soli contratti successivi al 25 luglio 2021 (comma 2, primo periodo), sia la riformulazione del previgente art. 125-*sexies* (comma 2, secondo periodo) che ha l'effetto di rendere ragionevolmente impossibile all'autorità giudiziaria di continuare a interpretare l'art. 125-*sexies* t.u.b. secondo il principio di Lexitor (§ 3.6), con riguardo ai contratti anteriori al 25 luglio 2021, appaiono in violazione della Direttiva, come interpretata dalla Corte, e mediamente anche degli articoli 11 e 117, comma 1, Cost.

«Anche a seguire, comunque, il diverso indirizzo giurisprudenziale che non ammetteva la possibilità di un'interpretazione dell'art.125-*sexies* (previgente) secondo il principio espresso dalla Corte di Giustizia, resta il fatto che l'attuale testo dell'art. 125-*sexies* TUB recepisce chiaramente la sentenza e che il comma 2 dell'art. 11-*octies*, introducendo una differenza di trattamento non giustificata dalle fonti europee, tra contratti anteriori e successivi al 25 luglio 2021, risulta discriminatorio e sospetto di illegittimità costituzionale anche ai sensi dell'art. 3 Cost.»

Pertanto, il «secondo periodo del secondo comma non può essere, evidentemente, mantenuto in alcuna sua parte essendo in radicale conflitto con le fonti europee (art. 16 Direttiva, 'Lexitor'), mentre il primo periodo del secondo comma deve ritenersi costituzionalmente illegittimo nella parte in cui limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16, § 1, della Direttiva n. 2008/48/CE, come interpretata dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in data 11

settembre 2019 C-383/18, e recepito nel novellato art. 125-*sexies*, comma 1 TUB che il “consumatore che rimborsa anticipatamente, in tutto o in parte, l’importo dovuto al finanziatore ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte”».

Così, la «questione è, infine, evidentemente rilevante ai fini della decisione, poiché il contratto oggetto di causa è stato concluso nella vigenza della direttiva n. 2008/48/CE, ma anteriormente al 25 luglio 2021, ed è stato estinto anticipatamente dal consumatore con rimborso integrale del capitale. Dall’accoglimento della presente questione dipende quindi l’esistenza del diritto alla ripetibilità *prorata temporis* degli oneri ‘upfront’, che è lo specifico oggetto della domanda».

Questo, testualmente, nella decisione pubblicata sul sito della Corte costituzionale.

A questo punto, si erano paventati diversi e possibili sviluppi.

Riguardo agli scenari futuri che si sarebbero potuti verificare, in sostanza, i più plausibili erano riferibili ad una dichiarazione di inammissibilità della questione stante il mancato esperimento di un tentativo di interpretazione conforme³⁹, una sentenza interpretativa di rigetto basata sull’esistenza di una via ermeneutica praticabile che possa dirsi conforme al dettato costituzionale⁴⁰, una pronuncia della questione

³⁹ Si era paventato come primo possibile esito della rimessione della questione di costituzionalità dell’art. 11-*octies* una dichiarazione di inammissibilità della questione stante il mancato esperimento di un tentativo di interpretazione conforme: obbligo di interpretazione conforme sta a significare che ove ve ne siano, tra tutte le interpretazioni astrattamente possibili dovrà essere preferita quella coerente con la linea «eurounitaria». Di fatto, però, un simile scenario pareva ritenersi, comunque, scongiurato visto che il percorso argomentativo del Tribunale di Torino coincideva con quello già sviluppato da un organo «qualificato» quale l’arbitro. Così, M.C. DE FALCO, *La saga*, cit.

⁴⁰ Una eventuale pronuncia di questo tenore avrebbe presupposto, per necessità logica, l’adesione della Corte a una lettura dell’art. 125-*sexies* t.u.b. (*ante* modifica) come compatibile con l’interpretazione dell’art. 16 della direttiva 2008/48 fornita nella pronuncia *Lexitor*. Del resto, è la stessa ordinanza di rimessione che muoveva da questo assunto. Diversamente opinando, e cioè ove la disposizione rimessa al vaglio della Corte fosse stata ritenuta non compatibile con la regola della necessaria inclusione nella riduzione del costo del credito di tutte le componenti di cui al TAEG (a dire: mai una simile regola sarebbe stata vigente nell’ordinamento italiano), sarebbe stata anche quest’ultima disposizione a dover essere impugnata. Senza che, peraltro, ciò avrebbe

di costituzionalità con conferma della irretroattività della norma, una pronuncia di accoglimento e declaratoria di incostituzionalità o pronuncia di rigetto⁴¹, ed, infine, una rimessione addirittura alla Corte di Giustizia⁴²: tutte ipotesi puntualmente dettagliate⁴³.

impedito che la stessa Corte Costituzionale avesse potuto, se del caso, sollevare tale questione davanti a sé stessa. Sempre M.C. DE FALCO, *La saga*, cit.

⁴¹ Cfr. M.C. DE FALCO, *La saga*, cit. Oppure, una pronuncia di accoglimento e declaratoria di incostituzionalità o pronuncia di rigetto. Declaratoria di incostituzionalità: per violazione dell'art. 117 Cost. alla luce del parametro interposto costituito dall'art. 16 dir. 2008/48, interpretato dalla Corte di Giustizia; come pure per violazione dell'art. 3 Cost., in relazione alla ingiustificata disparità di trattamento che essa ingenera tra consumatori anteriori e successivi al 25 luglio 2021. L'ipotesi del rigetto (peraltro, molto peregrina) era rimessa alla valorizzazione, quale ragione giustificatrice della norma, di un interesse altro da quello della tutela del consumatore ovvero nel cd. 'affidamento dei finanziatori'. Affidamento ingenerato da un organo dotato di attribuzioni nell'ambito della materia della trasparenza (Banca d'Italia) in seno al quale è previsto un meccanismo istituzionale di 'dispute resolution' che nel tempo ha consolidato la distinzione tra oneri inclusi e oneri esclusi dalla riduzione del costo del credito. Peraltro, in questa logica, al limite, si poteva prendere quale riferimento temporale la cd. Lexitor e non la data di entrata in vigore dell'art. 11-*octies*. Restava il fatto che l'unico organo che istituzionalmente può condurre una valutazione in ordine alla limitazione temporale dell'efficacia di una sentenza della Corte di Giustizia è solo essa stessa in base a «situazioni eccezionali suscettibili di ammetterla, in forza dei principi generali di certezza del diritto, della buona fede e del legittimo affidamento». Due sono le condizioni richieste: 1) La buona fede degli ambienti interessati; 2) Il rischio di gravi inconvenienti. Si tratta cioè di evitare che a taluni soggetti possa derivare un danno dall'aver riposto un affidamento incolpevole in dato assetto disciplinare. Con la conseguenza che la Corte Costituzionale non potrebbe affatto operare una valutazione di questo tipo a meno di non operare una violazione palese del diritto europeo.

⁴² Cfr. M.C. DE FALCO, *La saga*, cit. Il rigetto della questione di costituzionalità con conferma della irretroattività della norma poteva poggiare – non si comprende con quale formula rispetto al valore cogente della Lexitor – sulla protezione di un interesse altro da quello dell'effettività di tutela del consumatore, sotteso alla regola affermata dalla decisione Lexitor, interesse che ipotizzabile nella protezione dell'affidamento dei finanziatori su un dato assetto di diritto applicato, promosso e ingenerato da un organo dotato di attribuzioni nell'ambito della materia della trasparenza, in seno al quale è incardinato un meccanismo istituzionale di *dispute resolution* che ha consolidato la distinzione tra oneri inclusi e oneri esclusi dalla riduzione del costo del credito.

⁴³ Cfr. M.C. DE FALCO, *La saga*, cit. Una ipotesi remotapoteva essere la rimessione della questione alla Corte di Giustizia. L'unico modo per sostenere un rigetto della questione di costituzionalità sarebbe stato, allora, quello di rimettere nuovamente alla Corte di Giustizia la questione di compatibilità tra l'art. 11-*octies*, comma 2, d.l. 73/21 e il diritto europeo della conformazione temporale degli effetti della cd. Lexitor. Precedenti della Corte escludevano già in radice tale ipotesi. Corte di Giustizia C 154/15 Naranjo/Banco Espanol: il Tribunal Supremo de Espana aveva dichiarato nulle per difetto di trasparenza ed a tutela dei consumatori alcune clausole cd. 'floor' in mutui residenziali nel contempo limitando l'efficacia della decisione alle controversie

Ciò ha spinto gli operatori del settore, l'accademia, la magistratura, il mondo forense, a chiedersi: *quid iuris* nei rapporti sorti ante luglio 2021?

In sostanza, la questione, in attesa della decisione della Corte costituzionale, era ancora aperta.

8. *La decisione della Corte costituzionale del 22 dicembre 2022, n. 263*

Il 22 dicembre 2022, la decisione n. 263 della Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, nella l. 23 luglio 2021, n. 106, limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e vigilanza della Banca d'Italia» (inammissibile invece la questione relativa alla illegittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021 come convertito in riferimento all'art. 3, comma 1, della costituzione, dal Tribunale ordinario di Torino poichè giudicata carente la motivazione relativa alla manifesta infondatezza della censura concernente la violazione dell'art. 3 Cost., limitandosi solo a rilevare una ingiustificata differenza di trattamenti, non giustificata dalle fonti europee, senza specificarne i contrasti con i parametri costituzionali, senza una autonoma e adeguata illustrazioni delle ragioni della incostituzionalità).

La questione centrale è relativa, invero, agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., del cui rispetto è garante la Corte costituzionale in caso di questioni di legittimità di norme prive di efficacia diretta e stante l'impossibilità di procedere alla interpretazione conforme, per i casi di violazione dell'obbligo del legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

sorte dopo la sua pubblicazione, in quanto la «retroattività della dichiarazione di nullità delle clausole avrebbe generato gravi sconvolgimenti economici». Rimessa alla Corte di Giustizia la questione da parte di una corte di merito ai fini dell'accoglimento o meno di una domanda di ripetizione relativa ad un contratto anteriore, essa ha chiarito che la limitazione di un diritto attribuito ai consumatori da un atto legislativo UE si appalesa come incompatibile con il perseguimento degli obiettivi di 'policy' sottesi all'attribuzione di un diritto con conseguente esclusione di ragioni utili a sorreggere un rinvio pregiudiziale alla Corte.

La Corte costituzionale è garante – afferma la stessa Corte nella decisione n. 263 del 2022 – del rispetto dei vincoli suaccennati e deve dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che contrasta con il contenuto di una direttiva, come interpretata dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, con una sentenza dotata di efficacia retroattiva⁴⁴.

Poiché la Unione europea ha inteso proteggere gli interessi dei consumatori, la Corte costituzionale deve assicurare il rispetto degli impegni assunti dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione europea: a ciò non osta neanche la difesa della tutela dell'affidamento dei finanziatori e degli intermediari che nella versione italiana della direttiva può giustificare la violazione degli obblighi assunti dallo Stato nei riguardi dell'Unione (prosegue la pronunzia).

Solo la Corte di Giustizia può modulare gli effetti temporali di una sua sentenza: cosa che non ha fatto, non predisponendo nessuna variazione temporale.

In effetti, conclude la Corte, posto che la precedente formulazione dell'art. 125 *sexies*, comma 1, t.u.b., tuttora vigente, in virtù dell'art. 11-*sexies*, comma 2, per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della l. n. 106 del 2021, è «secondo questa Corte [...] compatibile sul piano letterale con una interpretazione conforme alla sentenza Lexitor, tant'è che era stata già oggetto di tale adeguamento interpretativo, e posto che, sempre secondo questa Corte [...], il *vulnus* ai principi costituzionali censurati risiede proprio nel raccordo con le specifiche norme secondarie evocate dall'art. 11-*octies*, comma 2, le questioni di legittimità costituzionale possono essere accolte in linea con la prospettazione del giudice remittente».

⁴⁴ La decisione, che si è riportata quasi letteralmente nel testo, richiama sue precedenti pronunce, in cui afferma che in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi alla Corte costituzionale valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa ed eventualmente annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (cita le decisioni n. 284/2007, nn. 28 e 227/2010, n. 75/2012, n. 269/2017).

Eliminare questa disposizione comporta la eliminazione dell'attrito con i vincoli imposti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea; inoltre, il nuovo testo dell'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u.b., introdotto con l'art. 11-*octies*, comma 1, lettera c), oltre a valere per il futuro, contribuisce a consolidare il contenuto normativo della precedente formulazione dell'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u.b., in senso conforme alla sentenza Lexitor: norme che non si sovrappongono sul piano testuale, ma sul piano sostanziale – prosegue la Corte –.

In definitiva, «come i commi 4 e 5 del nuovo art. 125-*sexies* t.u.b. presentano una diversa collocazione, ma coincidono nei contenuti con i vecchi commi 2 e 3 del medesimo articolo (mantenuto in vigore per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova legge dall'art. 11-*octies*, comma 2), parimenti il comma 1 del nuovo art. 125-*sexies* t.u.b. presenta una diversa formulazione testuale, ma un contenuto normativo corrispondente al comma 1 del nuovo art. 125-*sexies*, anch'esso rimasto in vigore per il passato.

Quanto alle disposizioni introdotte con i commi 2 e 3 dell'art. 125-*sexies* riformulato nel 2021, esse non trovano riscontro nel precedente testo e, dunque, risultano vigenti per il futuro, spettando di conseguenza, agli interpreti il compito di risolvere, per il passato, i profili di disciplina in esso regolati.

Infine, resteranno chiaramente applicabili tutte le norme secondarie richiamate dai numerosi rinvii operati dal testo unico bancario, con esclusione di quelle riferite alla vecchia interpretazione del precedente art. 125-*sexies*, comma 1.

In conclusione, l'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. n. 73, del 2021, come convertito, è costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia».

9. Il ruolo della Corte di Giustizia europea tra la difesa del consumatore e la tutela dell'affidamento degli intermediari

Il principio che sollecita dei ragionamenti è di sicuro quello della tutela dell'affidamento che pare porre in crisi il rapporto tra i diversi

attori coinvolti, ad esempio tra coloro che avevano avallato interpretazioni volte alla tutela dei finanziatori, la Banca d'Italia, l'Arbitro Bancario finanziario, lo Stato italiano (che aveva inteso con un criterio temporale modulare le conseguenze restitutorie della Lexitor), ancora gli intermediari e i finanziatori, fino a delineare dei profili di responsabilità civile, individuare azioni di regresso da parte delle banche verso i terzi, immaginare delle situazioni d'indebito soggettivo, nella certezza del primato dell'assiologia europea in relazione all'ordinamento italiano, alla ricerca di un'armonizzazione completa. Verrà fatta una *class action* con la modifica della disciplina dell'art. 140 cod. cons. attuata dall'art. 840-*bis* (che sancisce che i diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe) e *sexies* cod. proc. civ.⁴⁵, magari richiamando gli artt. 2 Cost., 1375 e 1175 cod. civ.?

Intanto, pare essersi consolidata una consonanza fra la tutela del principio del legittimo affidamento e gli orientamenti della Corte costituzionale relativi al rispetto dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità (come ben rilevato dalla stessa Corte) e non, come paventato dall'Avvocatura dello Stato, uno stravolgimento dell'affidamento riposto dagli intermediari con l'esposizione delle società finanziarie, e gli istituti creditizi, a crediti restitutori di enorme entità del tutto imprevisi (d'altro canto, la scelta della non retroattività avrebbe determinato un equilibrato temperamento di tutti i contrapposti interesse, chiarendo per il futuro l'estensione del costo totale del credito, ma facendo salvi gli affidamenti precedenti) (punto 8.2).

La Corte ha inteso, dunque, assicurare il rispetto degli impegni assunti dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione europea e di conseguenza

⁴⁵In base al quale, con la sentenza che coglie l'azione di classe, il Tribunale provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente quando l'azione è stata proposta da un oggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione inerita nell'elenco dell'art. 840-*bis*, comma 2; accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei; definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei, di cui sopra, specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti sopra individuati; stabilisce la documentazione da produrre per fornire prova della titolarità dei diritti individuali omogenei di cui sopra; dichiara aperta la procedura di adesione e fissa il termine perentorio per l'adesione alla azione di classe da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei; oltre altre questioni procedurali.

tutelare gli interessi che la disciplina europea ha inteso proteggere e cioè quelli dei consumatori.

«Né la pretesa tutela dell'affidamento dei finanziatori e degli intermediari della versione italiana della direttiva può giustificare la violazione degli obblighi assunti dello Stato italiano nei confronti dell'unione» (punto 13 della sentenza).

Sulla questione in oggetto ancora ci sarà da discutere con molti quesiti aperti, tra reclami e insoddisfazioni dei finanziatori e dei consumatori, i primi non sostenuti in questa circostanza in sede unionale; i secondi sempre al centro dell'attenzione del legislatore europeo. Anche se inizialmente la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha generato delle perplessità in merito alla sua applicabilità, poichè meramente interpretativa di una direttiva, successivamente la prospettiva è mutata in virtù della riconosciuta centralità della questione consumeristica. E, in particolare, per il ruolo specifico della Corte di Giustizia europea di controllo di legittimità e funzione di garanzia rispetto al diritto dell'U.E.

L'art. 125-*sexies* del t.u.b. costituisce norma di recepimento e di attuazione dell'art. 16 della direttiva 2008/48/CE. Ciò comporta per un verso che lo stesso debba essere interpretato in base a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia europea, la quale rappresenta l'unico organo deputato a fornire l'interpretazione autentica delle disposizioni e di principi comunitari (art. 164 Trattato CE) e dall'altro che esso possa applicarsi nei rapporti orizzontali tra privati, in quanto rappresenta una norma interna direttamente applicabile⁴⁶.

«Il problema della compatibilità, fra una normativa nazionale ed un dispositivo europeo, si mostra in realtà cangiante a seconda del tipo di 'full harmonisation' che si trovi a venire legislativamente praticata»⁴⁷.

Con il Trattato di Lisbona, il diritto comunitario garantisce l'accesso al mercato sulla base di disposizioni forti (la mano invisibile) che cercano

⁴⁶ Così Tribunale di Napoli, II sez. Civ., decisione del 3 marzo 2020, n. 2255.

⁴⁷ In questi termini, S. PAGLIANTINI, *A partire dalla dir. 2019/771 UE: riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, in *Nuovo diritto civile*, 1, 2020, 11.

sempre più di garantire trasparenza, non discriminazione e tutela di posizioni svantaggiate, asimmetrie⁴⁸.

Tutto ciò per un consumatore che è evoluto, non ha bisogno più di protezione ma di informazione⁴⁹.

«La buona fede, l'abuso di diritto *l'exceptio doli* sono strumenti di valutazione dei congegni di cui fanno riferimento gli artt. 1137, 1366, 1375 del codice civile italiano e il § 242 del BGB. La norma sulla equità correttiva, la causa, la disciplina delle sopravvenienze consentono di incidere sul regolamento negoziale. I giudici nazionali sono chiamati ad attribuire un significato a quei parametri indeterminati sotto il controllo di legittimità interno e comunitario affidando uno specifico ruolo sul punto alla Corte di giustizia. Spetterà alla legge nazionale e comunitaria segnare i criteri direttivi»⁵⁰.

E qualunque sia il significato che si voglia attribuire al «concetto di giustizia nel diritto dei privati con essa non si può intendere niente di più e niente di meno di ciò che, oggi, l'ordinamento interno e comunitario riconosce ai cittadini e ai contraenti fornendo tutele contro le asimmetrie, dando rilievo a clausole generali per la valutazione di congegni e garantendo diritti e doveri fondamentali da valere come limiti alla libertà economica e negoziale», e gli atti e i comportamenti dei privati sono conformati dai principi e dalle regole da attuare in un contesto diverso da quello esclusivamente nazionale; e ciò ben oltre la posizione del consumatore (e dell'impresa debole)⁵¹.

Il consumatore ha, dunque, bisogno di informazione più che protezione: è «mercattizzato», «frammentato», «costituzionalizzato».

⁴⁸ Così si esprime ancora G. VETTORI, *Recensione a H.W. Micklitz (ed.), The many concepts of social justice in European private law*, E. Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2011, in *Persona e Mercato – Attualità*, 2, 2013, 148.

⁴⁹ Questo è sempre il pensiero di G. VETTORI, *Recensione a H.W. Micklitz (ed.), The many concepts*, cit., 148.

⁵⁰ La giustizia nel diritto dei privati non coincide con le istanze sociali che esigono un atto politico di bilanciamento fra valori diversi. Ha, invece, funzione distributiva poiché la diversa configurazione degli elementi strutturali e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati (in questi termini, G. VETTORI, *Recensione a H.W. Micklitz (ed.), The many concepts*, cit., 172).

⁵¹ Sempre G. VETTORI, *Recensione a H.W. Micklitz (ed.), The many concepts*, cit., 172).

Mercatizzato perché è ridotto ad una mera variabile comportamentale di mercato: «gli economisti tendono ad ignorare il fatto che i consumatori sono anche essere umani dotati di una dimensione sociale e politica. La ricerca socio-legale sta contrastando gli assunti- non solo quelli relativi ai metodi legali ed economici; ma anche quelli connessi all'economia comportamentale»⁵².

Il consumatore mercatizzato è poi frammentato perché più mercati ha conquistato, più è evidente che non esiste un solo modo di definire il consumatore: non esiste un solo mercato, ma molteplici mercati e tutti ampiamente regolati⁵³.

Per superare la mercatizzazione e la frammentazione, vi è la costituzionalizzazione del consumatore, utile anche ai fini della tutela con i suoi riferimenti ai diritti umani e fondamentali, in grado di ristabilirne la dimensione sociale.

Con essa, il consumatore può contare su diritti insiti nelle più alte sfere dell'ordinamento giuridico, facendo ricorso ad una legge di grado più elevato, rispetto a quella di grado più basso, evidentemente insoddisfacente.

La maggior parte dei rinvii costituzionali alle Corti europee, evidenzia un problema nazionale anche se riguarda una problematica ampiamente diffusa in tutto il territorio dell'UE. La Corte di Giustizia dell'UE è così diventata un foro dove finalmente si presta attenzione ad alcune problematiche irrisolte: ma essa non è né un foro politico né si trova nella posizione di dirimere i conflitti; tuttavia, può richiamare i governi nazionali e i parlamentari alle loro responsabilità. In questo modo, pare attribuirsi alle Corti europee il ruolo di ultimo e vero garante della giustizia sul territorio dell'UE, quanto meno di plasmare la costituzionalizzazione del diritto privato europeo ed indicare dei principi

⁵² H.-W. MICKILITZ, in G. VETTORI, *Recensione a H.W. Micklitz* (ed.), *The many concepts*, cit., 859 ss.

⁵³ Queste considerazioni sono sempre di H.-W. MICKILITZ, in G. VETTORI, *Recensione a H.W. Micklitz* (ed.), *The many concepts*, cit., 859 ss.

generali che tengano insieme il diritto europeo. Sarà compito della dottrina cogliere il vero ruolo del consumatore costituzionalizzato⁵⁴.

«La certezza del diritto implica chiarezza dei rapporti contrattuali e possibilità, per le parti, di prefigurare *ex ante* con esattezza vantaggi e rischi, costi e profitti»⁵⁵.

In realtà, «la tutela del consumatore-persona, a volerla concepire sul serio, postula che si tematizzi la questione del rapporto tra diritti fondamentali dei consumatori e statuto di protezione coniato nelle singole direttive, nella prospettiva dunque di un ipotizzabile scollamento tra il grado di armonizzazione praticato e l'elevato livello di tutela atteso in forza degli artt. 38 e 47 della Carta»⁵⁶ dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

«La legislazione può fissare obiettivi politici e così stabilire regole sul governo della società»; «innovare la trama essenziale del diritto del debito è cosa estremamente difficile. Si tratta di regole sedimentatesi in due millenni di esperienza giuridica, a partire dal diritto romano; queste regole hanno una eccezionale resilienza. Gli antichi legislatori pensavano che il diritto, inteso nelle strutture di base, fosse preesistente alla legislazione; e che avesse una fisionomia immutabile. Ai legislatori spettava soltanto di porre, in formule chiare, un contenuto immanente nella società»⁵⁷.

Ma «quel che forse il giurista di diritto positivo non fa abbastanza è di aprire le finestre del proprio studio e dare uno sguardo attento fuori, fuori dove la società è preda di un continuo auto-ordinarsi, tacito,

⁵⁴ Tutte le considerazioni che precedono sono di H.-W. MICKILITZ, in G. VETTORI, a H.W. Micklitz (ed.), *The many concepts*, cit., *passim*.

⁵⁵ G. ALPA, *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo (The Lexitor case and the early debt resolution in the consumer credit relati HANS-W. MICKILITZ on)*, in *Riv. trim. diritto econ.*, 2020, I.

⁵⁶ S. PAGLIANTINI, *Principio di effettività e clausole generali: il canone 'armonizzante' della Corte di giustizia (in particolare nei rapporti b2c)*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, 94 s.

⁵⁷ F. DI MARZIO, *Il diritto civile nell'emergenza*, in N. ABRIANI, G. C. CASELLI, A. CELOTTO, F. DI MARZIO, S. MASINI, G. TREMONTI, *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi di emergenza*, Roma, 2020, 71 e 69.

fattuale, senza brusche forzature ma sicuro nel tentativo di consolidare qualcosa di effettivo»⁵⁸.

10. *Il caso UniCredit Bank Austria e il timore o la speranza di un ulteriore cambio di rotta, in attesa delle nuove disposizioni europee in materia di tutela del consumo*

A turbare la – quasi – ritrovata quiete nel solco di un placido *acquis communautaire*, ad agitare nuovamente gli animi, è intervenuta la sentenza della Corte di Giustizia europea in data 9 febbraio 2023, (C-555/21), UniCredit Bank Austria, che ha stabilito che l'art. 25, paragrafo 1, della direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, deve essere interpretato nel senso che nulla osta a che una normativa nazionale possa prevedere che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, in caso di rimborso anticipato dello stesso, includa solo gli interessi ed i costi dipendenti dalla durata del credito.

Questa decisione ha sollevato ulteriori dispute sul tema oggetto della sentenza cd. Lexitor, decretando nei fatti una differenziazione tra contratti di credito al consumo e contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, riconoscendo la rimborsabilità esclusivamente agli interessi e ai costi 'recurring'.

Si legge in essa, infatti, che «occorre constatare, come sottolineato dall'avvocato generale, in sostanza, al § 69 delle sue conclusioni, che il diritto alla riduzione di cui all'art. 25, § 1, della direttiva 2014/17 non è volto a porre il consumatore nella situazione in cui si troverebbe qualora il contratto di credito fosse stato concluso per un periodo più breve, un importo inferiore o, più generalmente, a condizioni diverse. Esso mira, invece, ad adattare tale contratto in funzione delle circostanze del rimborso anticipato. Stanti tali condizioni, siffatto diritto non può includere i costi che, indipendentemente dalla durata del contratto, siano

⁵⁸ P. GROSSI, *Presentazione*, in G. D'AMICO, F. DI MARZIO, C. LUZZATI, F. MACARIO, S. PAGLIANTINI, S. PATTI, L. ROVELLI, E. SCODITTI, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017, XIV.

posti a carico del consumatore a favore sia del creditore che dei terzi per prestazioni che siano già state eseguite integralmente al momento del rimborso anticipato» e che, quindi, «l’art. 25, § 1, della direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, deve essere interpretato nel senso che «esso non osta a una normativa nazionale che prevede che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, in caso di rimborso anticipato del medesimo, includa soltanto gli interessi e i costi dipendenti dalla durata del credito».

La circostanza che si tratti di due direttive differenti – la direttiva 2014/17/UE e la direttiva 2008/48/CE – non ha impedito esiti simili per cui: «l’articolo 25, § 1, della direttiva 2014/17 è formulato in termini quasi identici a quelli dell’articolo 16, § 1, della direttiva 2008/48», come sottolineato nell’ultima sentenza curiale⁵⁹.

Non è mancata la pronta risposta della giurisprudenza di merito italiana: infatti, già una decisione del Tribunale di Castrovillari – non isolata – ha stabilito che è «opportuno fare applicazione dell’orientamento giurisprudenziale di merito prevalente in epoca antecedente alla sentenza *Lexitor*, oggi superata dalla nuova sentenza n. 555 della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, e riconoscere, quindi, al consumatore, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, una riduzione soltanto dei costi ‘recurring’ e non anche degli ‘up front’, in quanto questi ultimi attengono a prestazioni poste in essere preliminarmente alla concessione del credito, integralmente esaurite al momento dell’estinzione anticipata e per tale ragione da remunerare integralmente»⁶⁰.

La differenza parrebbe risiedere nella circostanza che la esatta definizione e ripartizione della diversa natura dei costi di credito, farebbe

⁵⁹ Per un dibattito sul tema si veda B. NASCIBENE, *La causa UniCredit Bank Austria. Le conclusioni dell’avvocato generale: Lexitor o non Lexitor?*, in *Dialoghi di Diritto dell’Economia*, 2022, 1.

⁶⁰ Così sentenza del Tribunale di Castrovillari, 10 marzo 2023, n. 332, in allegato a G. CUTRANO, *Caso lexitor: dopo il nuovo intervento CGUE, anche la giurisprudenza nazionale ci ‘ripensa’*, in *Ex Parte Creditoris*, in www.expartecreditoris.it, 2023.

venire meno una eccessiva tutela della posizione consumeristica. Di tal che non ad un indiscriminato principio di rimborsabilità parrebbe tendere la Corte di Giustizia europea ma solo a porre precise regole laddove non esistano norme che proteggano il consumatore e il suo diritto a chiarezza e trasparenza sui costi⁶¹.

Dunque, la circostanza che determinerebbe una differente tutela sarebbe dettata -tra l'altro- dal margine di manovra nel determinare costi e spese da parte dei finanziatori che sarebbe molto più ampio nella materia regolamentata dalla sentenza cd. Lexitor.

È allora proprio il tema della informazioni precontrattuali ed il rinnovato ruolo della forma e del neoformalismo ad incidere sulla scelte unionali?

Parrebbe di sì, sebbene le questioni in campo sono molteplici (non si trascuri tra cui la differenza tra i destinatari delle due differenti direttive: essendo la prima diretta solo ai consumatori e la seconda anche ad altri soggetti).

Si auspica, infine, che le nuove disposizioni della nascente direttiva sul credito ai consumatori facciano chiarezza in una materia oramai diventata piena di insidie, e che si occupi di riequilibrare le diverse posizioni che di certo aspirano ad una competizione seria e corretta, ad una composizione delle liti, basate su dati certi, chiari ed incontrovertibili.

ABSTRACT

Il contributo affronta la questione del rimborso anticipato di credito al consumo che a partire dalla cd. sentenza Lexitor della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 11 settembre 2019 ha animato il dibattito

⁶¹ Non è mancato chi ha ritenuto in questa prospettiva l'emanazione della Lexitor condivisibile poiché emanata per un territorio come quello polacco ove non vi erano sicure tutele a garanzia del consumatore. In questo senso, H. MUTARELLI, *'Lexitor'. (segue) Rimborso anticipato del credito alla luce della 'nuova' pronuncia della Corte di Giustizia del 9 febbraio 2023, UniCredit Bank Austria, C-555/21*, in *Rass. Avv. Stato*, 2022, 3.

dottrinario e giurisprudenziale interno ed europeo, stabilendo che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito deve includere tutti i costi posti a suo carico e cioè oltre quelli 'recurring', legati alla durata del finanziamento anche quelli 'upfront', indipendenti dalla durata del rapporto di credito. Nell'ordinamento interno la norma è stata recepita nella riformulazione dell'art.125-*sexies* t.u.b. dalla l. 23 luglio 2021, n. 106, che ha stabilito che le statuizioni derivanti dalla predetta decisione si applicano solo ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge stessa, ricorrendo ad una modulazione temporale che però è stata dichiarata incostituzionale: solo la Corte di Giustizia europea può modulare gli effetti temporali di una sua sentenza. A complicare ancora di più il già fumoso apparato è intervenuto, da ultimo, quello che potrebbe apparire un ulteriore cambio di rotta dei giudici unionali che in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, ha stabilito che nulla osta a che una normativa nazionale possa prevedere che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito includa solo gli interessi ed i costi dipendenti dalla durata del credito, in caso di rimborso anticipato dello stesso. Così, in attesa di ulteriori disposizioni derivanti da nascenti direttive sul credito ai consumatori, il giurista potrà solo chiedersi: *quid iuris?*

The contribution deals with the issue of early repayment of consumer credit which, starting from the so-called the Lexitor ruling of the Court of Justice of the European Union of 11 September 2019 animated the internal and European doctrinal and jurisprudential debate, establishing that the consumer's right to a reduction in the total cost of credit must include all costs charged to him and that is, in addition to the recurring ones, linked to the duration of the loan, there are also the upfront ones, independent of the duration of the credit relationship. In the internal legal system, the law was implemented in the reformulation of article 125-*sexies* of the t.u.b. by the law 23 July 2021, no. 106, which established that the provisions deriving from the aforementioned decision apply only to contracts stipulated after the entry into force of the law itself, resorting to a temporal modulation which however has been declared

unconstitutional: only the European Court of Justice can modulate the effects times of his sentence. To complicate the already murky apparatus even further, what could appear to be a further change of course of the EU judges has finally intervened which, with regard to credit agreements for consumers relating to residential immovable property, has established that there is nothing to prevent a national legislation may provide that the consumer's right to a reduction in the total cost of the credit includes only the interest and costs depending on the duration of the credit, in the event of early repayment of the same. Thus, pending further provisions deriving from emerging directives on consumer credit, the jurist can only ask himself: *quid iuris?*

PAROLE CHIAVE

credito al consumo; rimborso anticipato;
costi cd. upfront e costi cd. recurring; sentenza cd. Lexitor

consumer credit; early repayment; costs upfront
and costs recurring; sentence Lexitor

ANTONELLA MILETTI

Email: antonella.miletti@unina.it

