

TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO

SEZIONE PRIMA CIVILE

[OMISSIS]

ORDINANZA DI PROMOVIAMENTO DEL GIUDIZIO

DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALI

Il giudice, sciogliendo la riserva che precede, osserva quanto segue.

1. Fatti rilevanti.

I seguenti dati di fatto, rilevanti in causa, sono non controversi o provati per documenti.

- L'attore ha sottoscritto con (OMISSIS) un contratto di prestito personale contro cessione del quinto dello stipendio, n. (OMISSIS), in data (OMISSIS), con decorrenza (OMISSIS) e durata fino a (OMISSIS), con n. (OMISSIS) rate mensili ciascuna di € (OMISSIS) (doc. 1 att.)
- Il contratto è stato estinto anticipatamente dal consumatore dopo il pagamento della rata di maggio 2019, con il rimborso integrale in unica soluzione del debito residuo. Nel conteggio di estinzione (doc. 2 att.), l'intermediario ha addebitato la commissione di estinzione anticipata, e ciò non forma oggetto di causa, e stornato gli interessi scalari sul debito residuo e le commissioni di gestione.
- Dopo l'estinzione anticipata, l'attore ha proposto reclamo in data 18 ottobre 2019 (doc. 4 att.), contestando che il calcolo fatto al momento dell'estinzione anticipata non rispettava il criterio *pro rata temporis* applicato dall'Arbitro Bancario Finanziario e, in ogni caso, chiedendo applicarsi la sentenza *Lexitor* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (11 settembre 2019, c-383/18), che richiede di calcolare il diritto alla riduzione spettante al consumatore, in caso di estinzione anticipata, sul costo totale del credito, compresi dunque gli oneri anteriori alla conclusione del contratto (*upfront*), che la banca non aveva tenuto in considerazione.
- A seguito del riscontro negativo al reclamo (doc. 5 att.), l'attore ha presentato ricorso all'ABF in data 24 gennaio 2020, riproponendo le stesse richieste. In data 17 marzo 2020 l'intermediario ha volontariamente versato al ricorrente un assegno integrativo, a titolo di parziale rimborso, ma ha resistito per il resto alla pretesa, contestando la diretta applicabilità all'ordinamento interno della Direttiva, come interpretata dalla sentenza *Lexitor* della Corte, in quanto priva di efficacia orizzontale (i.e. nei rapporti tra privati).
- Il Collegio ABF di Milano, preso atto del versamento parziale, ha accolto parzialmente il ricorso, con decisione in data 5 giugno 2020 (doc. 7), attenendosi ai criteri della sentenza *Lexitor*, come recepiti dalla decisione del Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario del 17 dicembre 2019 n.26525 (doc. 8 att.).

- L'intermediario, tuttavia, ha rifiutato di dare volontaria esecuzione alla decisione dell'ABF, dandone comunicazione al ricorrente e alla segreteria dell'Arbitro Bancario, con comunicazione a mezzo PEC in data 7 luglio 2020 (doc. 9 att.).
- L'attore ha adito questo Tribunale con ricorso ex art. 702-bis c.p.c., chiedendo la liquidazione delle maggiori somme dovutegli in applicazione della sentenza *Lexitor*, mentre il finanziatore s'è costituito in giudizio. Nel corso del giudizio, è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge 23 luglio 2021 n. 106, che ha convertito con emendamenti il d.l. 25 maggio 2021 n. 73 e che, in particolare, all'art. 11-octies, ha regolato la materia oggetto del presente giudizio. A verbale di udienza del 14 settembre 2021, il giudice ha invitato le parti alla discussione della lite, anche sotto il profilo dello *jus superveniens* e segnalato la questione di legittimità costituzionale della nuova normativa per violazione dell'art. 11 Cost.

2. Profilo sintetico della questione.

Secondo la normativa dell'Unione europea relativa ai contratti di credito ai consumatori, in particolare la seconda direttiva 23 agosto 2008 n. 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori (d'ora in avanti anche la "Direttiva"), "il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto" (art. 16 par. 1).

La seconda direttiva è stata recepita con il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, che ha modificato in parte qua il Testo Unico Bancario (d.p.r. 1° settembre 1993 n. 385), dove il diritto del consumatore a estinguere anticipatamente il contratto è disciplinato dall'art. 125-sexies (comma 1), formulato in termini quasi identici all'art. 16 par. 1 Direttiva: "il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale 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 contratto".

La controversia all'odierno esame verte sulla misura del diritto alla riduzione. Il motore della controversia consiste non tanto nell'unica differenza tra le due disposizioni ("comprende gli interessi e i costi dovuti ecc."; "pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti ecc."), che è obiettivamente modesta, ma nello spostamento dell'enfasi dai "costi dovuti per la vita residua del contratto" al "costo totale del credito", che si è verificato a seguito della nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (dell'11 settembre 2019, C-383/18, *Lexitor*).

Il principio espresso dalla *Lexitor* è più favorevole al consumatore, perché considera ai fini del calcolo della misura della riduzione, da operarsi in proporzione (*pro rata temporis*) alla durata residua del contratto, il costo totale del credito, compresi i costi anteriori alla sottoscrizione del contratto e indipendenti dalla durata del contratto (c.d. oneri *upfront*, ad es. istruttoria, provvigioni di agenzia ecc.), anziché la sola frazione dei costi dipendenti dalla durata del contratto (c.d. oneri *recurring*) non maturata al momento del rimborso anticipato del capitale [§ 3.3.]

Il diritto applicato in Italia, e anche in altri ordinamenti, fino a *Lexitor*, prevedeva tuttavia, non soltanto sul piano legislativo, quanto anche della normazione secondaria emanata da Banca d'Italia, degli orientamenti e comunicazioni espresse da quest'ultima autorità ecc., la ripetibilità dei soli oneri *recurring* non maturati al momento del rimborso del capitale: pertanto s'è trovato in latente conflitto con la sentenza *Lexitor* e, mediatamente, con lo stesso art. 16 par. 1 Direttiva [§ 3.1. e 3.2.].

Dopo *Lexitor*, parte significativa della giurisprudenza – a partire dall'autorevole precedente del Collegio di coordinamento dell'ABF dell'11 dicembre 2019 –, alla luce del dovere di "leale cooperazione" e dell'obbligo delle autorità degli stati membri di interpretare le norme di diritto interno in modo conforme alla direttiva, nei limiti delle possibilità offerte dagli ordinari mezzi interpretativi, ha applicato il principio di diritto espresso dalla Corte di giustizia, ritenendolo non manifestamente incompatibile con il testo dell'art. 125-sexies, comma 1 del TUB che, a sua volta, riproduceva senza apprezzabili scostamenti la corrispondente previsione della Direttiva, su cui era caduta l'interpretazione della Corte di giustizia [§ 3.4. e 3.5.].

Alla sentenza, il legislatore italiano ha reagito con un emendamento contenuto nella legge di conversione (legge 23 luglio 2021 n. 106) del d.l. Sostegni-bis (d.l. 25 maggio 2021 n. 73), recependo il principio espresso dalla sentenza *Lexitor* – la ripetibilità *pro rata temporis* del costo totale del credito –, limitandone però l'efficacia nel tempo ai soli contratti successivi all'entrata in vigore della legge (25 luglio 2021) e mantenendo al contempo fermo lo *status quo ante* – e quindi la ripetibilità dei soli costi *recurring* non maturati – per i contratti anteriori al 25 luglio 2021 [§ 3.6.].

Il mantenimento dello *status quo ante* ha l'evidente funzione di salvaguardare il legittimo affidamento degli intermediari finanziari e dei professionisti operanti nel settore (agenti, mediatori creditizi), conseguente agli orientamenti espressi dall'Autorità di vigilanza, alla diffusione di regole analoghe in altri Paesi membri dell'Unione, alla mancanza di procedure di infrazione, aperte dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia o di altro stato membro, per inesatta o incompleta trasposizione del diritto del consumatore alla riduzione del costo del credito [§ 3.6.].

In disparte ogni valutazione politica sulla razionalità e ragionevolezza di una gestione ordinata della transizione, evitando un passaggio brusco da un principio (intangibilità degli oneri *upfront*) al suo opposto (ripetibilità *pro rata* anche degli oneri *upfront*), non soltanto in funzione dei diritti del consumatore nei confronti dell'intermediario, ma anche ad es. dell'intermediario nei confronti della propria rete distributiva – e non pare un caso che altri Stati membri abbiano adottato un regime intertemporale per limitare la retroattività degli effetti di *Lexitor* [§ 3.6] –, si deve dubitare che uno stato membro abbia il potere discrezionale di modulare unilateralmente nel tempo l'efficacia di una direttiva o, in termini equivalenti, di una sentenza della Corte di giustizia UE che interpreta una direttiva, fuori dalle facoltà concesse dalla direttiva o dalla sentenza stessa o di un nuovo negoziato *post factum* in sede europea.

In particolare, le decisioni della Corte di giustizia su questioni pregiudiziali interpretative hanno normalmente efficacia retroattiva, limitandosi a dichiarare il significato della disposizione interpretata, e appartiene alla sola Corte, che provvede con valutazione caso per caso, la facoltà di limitare nel tempo l'efficacia dell'interpretazione che essa fornisce. Secondo una massima giurisprudenziale ripetuta, la Corte di giustizia potrebbe

esercitare questo potere soltanto con la stessa pronuncia con cui rende l'interpretazione. In ogni caso, è evidente che la Corte di giustizia UE non ha limitato l'efficacia nel tempo dei principi di *Lexitor* con la sentenza stessa e nemmeno in seguito [§ 3.9.]

Pertanto, la disposizione di legge qui impugnata (art. 11-octies, comma 2 del d.l. 25 maggio 2021 n. 73) toglie al consumatore il diritto attribuitogli dall'art. 125-sexies comma 1 TUB (nel testo originario), interpretato in conformità alle fonti europee e radicalizza il conflitto tra ordinamento italiano e diritto UE già esistente, in forma latente, all'indomani della *Lexitor*. Per questo motivo, la disposizione appare censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale perché in violazione degli artt. 11 e 117 primo comma della Costituzione, integrati dall'art. 16 par. 1 dir. 2008/48/Ce, nell'interpretazione della Corte di giustizia [§ 3.6.].

Il promovimento della questione di legittimità costituzionale in via incidentale non è eludibile, nonostante contrarie opinioni giurisprudenziali. In primo luogo, la disposizione impugnata non presenta margini, che ne consentano l'interpretazione in conformità a *Lexitor*, e il dovere di leale cooperazione previsto dal Trattato UE non si spinge fino al punto da imporre al giudice di uno stato membro un'interpretazione non consentita dagli strumenti ermeneutici del suo diritto interno, né manifestamente *contra legem* [§ 3.7. e 3.8]. In secondo luogo, non è possibile la risoluzione dell'antinomia, mediante la non applicazione dell'art. 11-octies comma 2 dl 73/2021 e l'applicazione in sua vece dell'art. 16 par. 1 Direttiva, come interpretato dalla Corte di giustizia, poiché la Direttiva, regolando un rapporto esclusivamente inter-privato, non ha efficacia diretta, che è *condicio sine qua non* affinché il giudice di uno stato membro possa disapplicare il diritto interno [§ 3.8].

In conclusione, gli atti devono essere rimessi alla Corte costituzionale, per violazione delle norme parametro sopra citate, affinché dichiarati l'illegittimità dell'art. 11-octies, secondo comma, del d.l. 25 maggio 2021 n. 73 (convertito in legge 23 luglio 2021 n. 106), nelle parti in cui prevede che "alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo 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" e limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16 par. 1 della direttiva 2008/48/Ce, come interpretata dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in data 11 settembre 2019 C-383/18, 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" [§ 3.10]

La questione è evidentemente rilevante ai fini della decisione, poiché il contratto oggetto di causa è stato concluso nella vigenza della direttiva 2008/48/Ce, ma anteriormente al 25 luglio 2021, ed estinto anticipatamente dal consumatore con rimborso integrale del capitale. Dall'accoglimento della presente questione dipende quindi l'esistenza del diritto alla ripetibilità *pro rata temporis* degli oneri *upfront*, che è oggetto della domanda [§ 3.10.].

3. Analisi della questione.

3.1. La misura del diritto alla riduzione, per il caso di rimborso anticipato, è stata oggetto della normazione secondaria di Banca d'Italia, destinata agli intermediari bancari e finanziari, a partire dalle "Disposizioni di trasparenza dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" del 29 luglio 2009, e in particolare dalla revisione del 9 febbraio 2011. Secondo tali disposizioni, "nei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e nelle fattispecie assimilate, le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono 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" (Sezione VII, Credito ai consumatori, § 5.2.1, in nota). Una previsione analoga si legge in Sezione XI, Requisiti organizzativi, § 2 in nota. "L'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata" implica evidentemente l'esistenza di oneri irripetibili, perché relativi ad attività anteriori alla sottoscrizione del contratto, e di oneri astrattamente ripetibili, ma di cui non sussistono le condizioni per lo sgravio, perché già maturati alla data del rimborso anticipato.

L'interpretazione di Banca d'Italia può essere elaborata in questi termini. Oggetto del diritto alla riduzione sono interessi e costi non ancora maturati alla data dell'estinzione anticipata. Gli interessi maturano giorno per giorno, come frutti del capitale concesso in godimento e cessano di prodursi con il rimborso anticipato. Gli altri oneri e costi consistono nel riaddebito al consumatore di una spesa fatta dall'intermediario per suo conto o nella remunerazione di un'attività propria dell'intermediario. La maturazione coincide, in tal caso, con il compimento della prestazione remunerata, sia essa funzionale alla conclusione del contratto (istruttoria, mediazione creditizia ecc.) o alla sua esecuzione (elaborazioni e comunicazioni in corso di contratto, prestazione della copertura assicurativa ecc.). Le spese che riguardano attività fatte prima del contratto non possono, pertanto, essere mai rimborsate (ad es. spese di istruttoria, perizia, compenso del mediatore creditizio o dell'agente), mentre quelle che dipendono dall'esecuzione sono oggetto di sgravio, o di rimborso se anticipate, se la prestazione non ha avuto luogo in conseguenza dell'estinzione anticipata.

L'art. 125-sexies TUB (ex d.lgs. 141/2010) consente questa lettura, se si riconosce un ruolo centrale agli "interessi e costi dovuti". Considerando che l'interesse è "dovuto" dal tempo della maturazione o scadenza (cfr. art. 1283 c.c.) e che gli altri oneri egualmente possono ritenersi "dovuti" quando sono verificate le condizioni per la loro esigibilità e che la riduzione deve misurarsi sui costi "dovuti per la vita residua del contratto" è evidente che i costi anteriori all'estinzione del contratto sono irripetibili.

Al di là della pura sistemazione concettuale, l'irripetibilità di una parte del costo totale del credito è anche coerente con un principio di diritto civile, ossia che lo scioglimento anticipato del contratto, per recesso libero di una delle parti, non dovrebbe normalmente pregiudicare i diritti già acquisiti, nel corso dell'esecuzione anteriore al recesso (cfr. art. 1373 co. 2 c.c.) e tanto meno quelli anteriori al contratto stesso.

3.2. La linearità della distinzione tra oneri *upfront* e *recurring* non ha impedito agli intermediari prassi commerciali scorrette, stigmatizzate negli orientamenti di vigilanza di Banca d'Italia, quali il caricamento in misura rilevante della quota delle commissioni *upfront*, una ripartizione delle commissioni tra quota *up-front* e *recurring*, sovente non

supportata da una dettagliata analisi dei costi e caratterizzata da uno sbilanciamento nei confronti della prima, la distinzione poco chiara, nell'ambito degli oneri posti a carico del cliente, tra componenti di costo dovute all'intermediario e componenti di costo dovute alla rete distributiva, la duplicazione di commissioni a fronte di una medesima attività, l'ambiguità nel discriminare tra costi *upfront* e *recurring*, con conseguente ingiustificato innalzamento del livello complessivo dei costi e sottovalutazione degli importi oggetto di restituzione in caso di rimborso anticipato del capitale.

Pur stigmatizzando le prassi scorrette e valorizzando come buona pratica di mercato gli schemi tariffari che incorporano nel tasso annuo nominale la gran parte degli oneri connessi con il finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio, poiché ciò riduce la quota degli oneri irripetibili ed evita l'innalzamento dei costi per il caso di rimborso anticipato, Banca d'Italia ha continuato a muoversi all'interno della divisione tra oneri *upfront* e *recurring*, senza negarne mai la validità in linea di principio.

Lo stato consolidato della giurisprudenza italiana al momento dell'uscita della sentenza *Lexitor* della Corte di Giustizia dell'Unione europea (dell'11 settembre 2019, C-383/18) era dunque il seguente, ben riassunto nel primo autorevole precedente successivo, la decisione del Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario in data 11 dicembre 2019 n. 26525, dove riemergono alcune delle prassi scorrette censurate dalla Vigilanza di Banca d'Italia: "1) "nella formulazione dei contratti, gli intermediari sono tenuti ad esporre in modo chiaro e agevolmente comprensibile quali oneri e costi siano imputabili a prestazioni concernenti la fase delle trattative e della formazione del contratto (costi *up front*, non ripetibili) e quali oneri e costi maturino nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (costi *recurring* rimborsabili pro quota); 2) in assenza di una chiara ripartizione nel contratto tra costi *up front* e *recurring* anche in applicazione dell'art.1370 c.c. e, più in particolare, dell'art.35 comma 2 d.lgs.n.206 del 2005 [codice del consumo] (secondo cui, in caso di dubbio sull'interpretazione di una clausola prevale quella più favorevole al consumatore) l'intero importo di ciascuna delle suddette voci deve essere preso in considerazione al fine della individuazione della quota parte da rimborsare; 3) l'importo da rimborsare deve essere determinato, com'è noto, secondo un criterio proporzionale, tale per cui l'importo di ciascuna delle suddette voci viene moltiplicato per la percentuale di finanziamento estinto anticipatamente, risultante (se le rate sono di eguale importo) dal rapporto fra il numero complessivo delle rate e il numero delle rate residue".

3.3. Con la citata sentenza *Lexitor*, la Corte di Giustizia ha deciso una pregiudiziale interpretativa, che un tribunale polacco ha sollevato, relativamente all'art. 16 della direttiva 2008/48/Ce, di cui il giudice remittente ha offerto due interpretazioni. La prima considera soggetti a riduzione i costi "connessi alla durata del credito. Pertanto, il termine «costi» si riferisce alle spese che l'ente creditizio deve sostenere in relazione al credito concesso [...] dal momento che l'ente creditizio non sosterrà tali spese, il consumatore dovrebbe avere il diritto di farle detrarre dal costo totale del credito". Nella seconda, la «restante durata del contratto» non è un criterio di selezione dei costi ammissibili a riduzione, ma riguarda le modalità di calcolo della riduzione, che deve essere proporzionale alla residua durata.

Oltre a queste due interpretazioni, l'Avvocato generale ha preso in esame nelle sue conclusioni (punto 45-46) anche una terza interpretazione, considerando "costi dovuti per la restante durata del contratto" quelli formalmente indicati nel contratto stesso come

“dipendenti dalla durata del contratto” oppure “non ancora scaduti al momento del rimborso anticipato”.

La Corte di Giustizia ha premesso che “un’analisi comparativa delle diverse versioni linguistiche dell’articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 non permette di stabilire la portata esatta della riduzione del costo totale del credito prevista da tale disposizione” (punto 25), atteso che alcune di esse sembrano indicare la “restante durata del contratto” come criterio di calcolo del rimborso e altre, tra cui l’italiana, come criterio di selezione dei costi da rimborsare, quelli “dovuti”, cioè di scadenza (o maturazione) successiva al rimborso anticipato. Esclusa la decisività dell’argomento letterale, la Corte ha dato preminenza a un argomento di taglio storico, consistente nel raffronto con l’analoga previsione della prima direttiva (87/102/CE), che si limitava a richiedere una “equa riduzione”, e soprattutto a un argomento di tipo teleologico. Ha quindi argomentato a partire dall’obiettivo della Direttiva, consistente nel “garantire un’elevata protezione del consumatore”, in base all’assunto che “il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di negoziazione che il livello di informazione (v., in tal senso, sentenza del 21 aprile 2016, *Radlinger e Radlingerová*, C-377/14, EU:C:2016:283, punto 63)” (punto 29).

“Al fine di garantire tale protezione, l’articolo 22, paragrafo 3, della direttiva 2008/48 impone agli Stati membri di provvedere affinché le disposizioni da essi adottate per l’attuazione di tale direttiva non possano essere eluse attraverso particolari formulazioni dei contratti” (punto 30). Pertanto – arrivando al cuore dell’argomentazione – deve darsi un’interpretazione “utile” dell’art. 16 par. 1 nel senso di salvaguardare “l’effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito” e al contempo togliere all’intermediario la possibilità di incidere sulla misura del diritto del consumatore, formulando a propria discrezione il contratto o l’offerta economica.

Le esemplificazioni ai punti 31-33 sono coerenti con queste premesse. Non può ammettersi “la presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto, dato che [...] i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che la fatturazione di costi può includere un certo margine di profitto” (punto 31), né la riduzione dei “soli costi espressamente correlati alla durata del contratto” poiché ciò “comporterebbe il rischio che il consumatore si veda 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” (punto 32). Infine, la stessa divisione dei costi in due tipologie distinte, per causa e-o tempo di maturazione, è in grado di pregiudicare l’effettività del diritto del consumatore, visto che “il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto” (punto 33).

Avendo respinto con questi argomenti la prima e la terza interpretazione, la Corte di Giustizia ha accolto la seconda, statuendo che “l’articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo

totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore”.

In quest'interpretazione, tutte le voci di costo – interessi e oneri; oneri anteriori e successivi al contratto; indipendenti e dipendenti dalla durata – devono contribuire alla riduzione. Non è escluso che il diritto interno o il contratto possa prevedere un metodo di calcolo per gli interessi (ad es. la c.d. curva degli interessi) e un altro per gli oneri (ad es. la riduzione lineare *pro rata temporis*) o distinguere secondo tipologie di oneri, ma è certo che la distinzione tra oneri (intrinsecamente) irripetibili e oneri ripetibili in funzione della durata non ha più ragione d'essere. La misura della riduzione non dipende qui dagli oneri sgravati come ripetibili, ma dalla “restante durata” del contratto, secondo un criterio di proporzionalità in senso ampio rispetto alla durata totale.

Lo spostamento di enfasi – dall'individuazione degli oneri ripetibili, perché dipendenti dalla durata, al costo totale del credito in proporzione alla restante durata – toglie all'intermediario la facoltà di “giocare” sulle qualificazioni contrattuali e sulla distribuzione dei costi, all'interno di un'offerta economica invariata, tra interessi, oneri *upfront* e *recurring* al fine di contenere la misura delle restituzioni per il caso di rimborso anticipato. Implicitamente, ma in termini non equivoci, restano colpite anche le pratiche opportunistiche degli intermediari più volte censurate dalla giurisprudenza italiana, come l'ambiguità nella descrizione delle attività e nella classificazione degli oneri a fini dell'applicazione dell'art. 125-sexies.

3.4. Al contempo, l'interpretazione della Corte è palesemente incompatibile con gli orientamenti espressi da Banca d'Italia nelle Disposizioni di trasparenza dei servizi bancari e finanziari citate sopra [§ 3.1], poiché l'alternativa si dà in modo secco: o la totalità dei costi del credito o i soli costi dipendenti dalla durata del contratto e non ancora maturati. Ciò non toglie che alcuni costi possano essere per loro natura del tutto estranei a una possibile riduzione – ad es. le imposte che pur rientrano nel perimetro del costo totale del credito (art. 121 co. 1 lett. “e” del TUB) – e non esclude che le norme interne o il contratto possano prevedere modalità di riduzione differenti per i costi anteriori e successivi alla stipula del contratto. Al netto di queste riserve, le due interpretazioni non appaiono riconciliabili, poiché esistono certamente spese (diverse dalle imposte) anteriori alla sottoscrizione e indipendenti dalla durata del contratto che sono del tutto irripetibili secondo l'interpretazione di Banca d'Italia e che, invece, dovrebbero concorrere alla riduzione secondo la sentenza *Lexitor*.

L'evidente conflitto tra le due interpretazioni ha reso necessario alla giurisprudenza interrogarsi, se e quale efficacia riconoscere nell'ordinamento italiano alla sentenza *Lexitor* o, per meglio dire, all'art. 16 della Direttiva, così come interpretato da questa sentenza.

Il valore di precedente non può revocarsi in dubbio, per il solo fatto che la fattispecie sottoposta all'esame della Corte sia venuta a esistenza in altro ordinamento, poiché la sentenza *Lexitor* non riguarda la compatibilità tra la direttiva 2008/48/Ce e le norme interne dell'ordinamento del giudice remittente, ma precisamente l'interpretazione dell'art. 16 par. 1 Direttiva in quanto tale. Il regime di parità linguistica vigente all'interno dell'Unione europea comporta che tutte le lingue ufficiali dell'Unione fanno “ugualmente fede”, per quanto concerne l'interpretazione sia dei trattati (art. 55 par. 1 Trattato UE) sia del diritto derivato (art. 358 TFUE, che richiama l'art. 55 Trattato UE). La pari dignità

delle lingue ufficiali e “la necessità che le direttive dell’Unione vengano interpretate in modo uniforme esclud[ono] che, in caso di dubbio, il testo di una disposizione sia considerato isolatamente, e impon[gono], invece, che esso venga interpretato e applicato alla luce dei testi redatti nelle altre lingue ufficiali [...] Inoltre, in caso di difformità tra le diverse versioni linguistiche di un testo dell’Unione, la disposizione di cui trattasi deve essere intesa in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte” (Corte Giustizia UE, 15 aprile 2010, causa C-511/08, punto 51; ivi indicazione di molti altri precedenti conformi).

Pertanto, *Lexitor* riguarda il significato dell’art. 16 par. 1 Direttiva e ha l’ambizione di assorbire e superare in via interpretativa le equivocità e differenze testuali delle diverse versioni ufficiali, non a caso passate in rassegna dalla Corte (punto 25).

Per parte della giurisprudenza di merito (ad es. Tribunale di Napoli 22 novembre 2019 n. 10489; Giudice di Pace di Roma 28 agosto 2020 n. 13888 entrambe disponibili in Rete) il nuovo principio espresso da *Lexitor* non potrebbe sostituire la tradizionale distinzione tra oneri ripetibili e irripetibili, poiché una direttiva europea – e per estensione la sentenza che la interpreta – non ha efficacia diretta orizzontale tra privati, avendo come destinatari gli Stati membri e generando nei loro confronti vincoli “per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi” (art. 288 TFUE).

Se è ragionevolmente certo, nel quadro della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che “anche una disposizione chiara, precisa ed incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o a imporre obblighi ai privati non può essere applicata come tale nell’ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati” (Corte di Giustizia UE 5 ottobre 2004, nelle cause riunite da C-397 a C-403/01, *Pfeiffer et al.* punto 109) e che, pertanto, la direttiva non può essere fatta valere tra privati come fonte diretta di diritti e obblighi, nondimeno la direttiva 2008/48/Ce è stata attuata, è quindi la norma interna a porsi come fonte di diritti e obblighi delle parti e metro di giudizio della validità delle clausole contrattuali, salvo che il giudice nazionale è tenuto a interpretare la norma interna in modo conforme alla Direttiva, nei limiti delle possibilità offerte dagli ordinari mezzi interpretativi, così da realizzare (o non ostacolare la realizzazione de) gli obiettivi della Direttiva.

Nella giurisprudenza della Corte, l’obbligo di interpretazione conforme è un corollario del principio di leale cooperazione e, in particolare, dell’obbligo degli stati membri di “adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione” (art. 4 par. 3 Trattato UE). Destinatari di quest’obbligo sono “tutti gli organi degli stati membri ivi compresi, nell’ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell’applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l’attuazione della direttiva [...], il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato” (Corte di giustizia UE 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann* e molte altre conformi). Resta fermo che l’obbligo di interpretazione conforme non può spingersi al punto di imporre un’interpretazione *contra legem* (cfr. Corte giustizia UE 24 gennaio 2012 in causa C-282/10, *Dominguez*).

La natura vincolante dell'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di giustizia è riconosciuta anche dalla Cassazione (vedi tra molte Cass. 3.3.2017 n. 5381; Cass. 8.2.2016 n. 2468; Cass. 11.12.2012 n. 22577), secondo cui tale interpretazione "ha efficacia *ultra partes*, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali che emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità".

L'intensità del vincolo interpretativo è bene espressa dalla citata sentenza *Pfeiffer* che, quando la controversia verte proprio sull'applicazione delle disposizioni di attuazione della direttiva, richiede al giudice di presumere che "lo Stato, essendosi avvalso del margine di discrezionalità di cui gode in virtù [dell'art. 249, terzo comma, Trattato CE; ora art. 288 comma 3 TFUE], abbia avuto l'intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata" (punto 112) e di utilizzare tutti i metodi di interpretazione riconosciuti dall'ordinamento, che consentono di "interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra", al fine di evitare un'antinomia tra la direttiva e le norme interne e "ottenere il risultato perseguito dalla direttiva" (punto 116).

La presunzione non è assoluta, non esclude la possibilità che la direttiva sia stata trasposta in modo non fedele nell'ordinamento nazionale, ma confina il caso dell'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale – comunque non consentita – a casi di manifesta ed eclatante violazione, quando cioè alla disposizione di diritto interno non possa essere assegnato alcun ragionevole significato compatibile con il significato della direttiva "dichiarato" dalla Corte di giustizia. Al contrario, se tra i plurimi significati che possono trarsi dalla disposizione di diritto interno ce ne è almeno uno compatibile, il giudice è tenuto a conformare la propria interpretazione a quella della Corte.

3.5. Venendo, infine, al confronto tra le due norme, non ci sono, all'interno dell'art. 125-sexies co. 1 TUB (ex d.lgs. 141/2010), indici testuali di particolare pregnanza, che marchino una differenza consapevole rispetto alla corrispondente previsione della Direttiva.

L'unico elemento testuale che differenzia le due disposizioni in modo apprezzabile consiste nella misura della riduzione, che in un caso (art. 125-sexies TUB) è dichiarata "pari" allo "importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto" e nell'altro (art. 16 Direttiva) "comprende" tale importo. "Comprende" ha un'estensione almeno potenzialmente superiore a "pari" e, in linea di principio, potrebbe dar luogo a speculazioni, circa la diversa portata dei due enunciati, nel senso della più ampia tutela dei diritti del consumatore (secondo la Direttiva) e della discrezionale restrizione di questa tutela (secondo il legislatore nazionale).

Al contempo, è evidente che la sentenza *Lexitor* non ha assegnato alcun valore esegetico ad argomenti di tipo letterale – anzi, ha dichiarato inconcludente l'analisi comparativa delle diverse versioni (punto 25) –, certamente ha valorizzato e costruito la propria interpretazione dell'art. 16 par. 1 su altri elementi, ossia il "costo totale del credito", che la definizione del TUB riprende senza particolari adattamenti dall'art. 3 Direttiva, e "la restante durata del contratto", e infine su altre disposizioni della Direttiva,

come l'art. 22 par. 3 che richiede di evitare che i diritti attribuiti dalla Direttiva siano elusi "attraverso particolari formulazioni dei contratti". Su queste premesse, la pur esistente differenza testuale tra le disposizioni a confronto ("comprende", "pari") è superata per numero e pregnanza dagli elementi comuni e non appare sufficiente ad argomentare una consapevole differenziazione delle tutele, tra diritto interno e diritto UE.

Inoltre, la formulazione dell'art. 125-sexies (ex d.lgs. 141/2010) è tecnicamente più accurata della corrispondente previsione della Direttiva, che limitandosi a "comprendere" certi costi nel perimetro dei costi ripetibili, ne lascia indefinita l'estensione massima possibile. La spiegazione tecnica appare, dunque, ragion sufficiente della diversa e più stretta formulazione dell'enunciato dell'art. 125-sexies co. 1 TUB (ex d.lgs. 141/2010), senza che tale più stretta formulazione sottintenda anche e necessariamente una diversa opzione di politica del diritto, chiaramente espressa e ostativa all'interpretazione conforme.

Indubbiamente, le due interpretazioni, pur se ricavate dal medesimo testo, sono irreconciliabili e, tuttavia, il principio di intangibilità dei diritti acquisiti, che fornisce la chiave di lettura degli orientamenti di Banca d'Italia e della giurisprudenza italiana anteriori alla *Lexitor* [§ 3.1.], oltre a rispondere a un canone di semplice normalità e non di assoluta inderogabilità ed essere quindi recessivo di fronte a una scelta normativa contraria, non è nemmeno presidiato da chiari indici testuali nell'art. 125-sexies, che possano precludere un'interpretazione differente, alla luce di un diverso principio. La stessa Banca d'Italia, a cui si deve la più ampia elaborazione del tema degli oneri ripetibili e irripetibili, non è nemmeno considerata dall'art. 125-sexies come fonte regolatrice secondaria e quest'assenza è tanto più evidente, in quanto molte altre disposizioni, nella stessa *sedes materiae*, affidano a Banca d'Italia la funzione di emanare norme integrative, di spiccato carattere tecnico, come le modalità di calcolo del TAEG (art. 121 co. 3 TUB) o i criteri di verifica del merito creditizio (art. 124-bis co. 3), o rispondenti alle finalità di trasparenza e correttezza nelle relazioni tra intermediari e clienti, dai contenuti della pubblicità agli obblighi di informazione (artt. 123 co. 2, 124 co. 7 ecc.).

In definitiva, l'assenza di differenze apprezzabili e di indici testuali "forti", di rango legislativo, a presidio dell'interpretazione invalsa nel diritto applicato, rendono possibile la sostituzione della chiave di lettura della norma – dall'intangibilità dei diritti acquisiti dell'intermediario (e degli altri professionisti) all'effettività dei diritti del consumatore – senza arrecare apparenti traumi alla coerenza e logicità dell'enunciato normativo e senza incorrere in una manifesta contrarietà a legge, che costituisce l'estremo punto di resistenza dell'ordinamento interno all'obbligo di interpretazione "in conformità".

Nel senso dell'interpretazione dell'art. 125-sexies TUB secondo il principio espresso da *Lexitor* vedi tra molte la Decisione del Collegio di Coordinamento ABF dell'11 dicembre 2019 n. 26525: "non può dubitarsi che detta interpretazione sia ineludibile anche nel caso di specie, sottoposto com'è sia all'art.121, comma 1 lettera e) del TUB, che indica la nozione di costo totale del credito in piena aderenza all'art.3 della Direttiva, sia all'art.125 sexies TUB che, dal punto di vista letterale, appare a sua volta fedelmente riproduttivo dell'art.16 par.1 della stessa Direttiva. Infatti l'art.125 sexies, secondo cui in caso di estinzione anticipata del finanziamento 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 contratto", non sembra affatto diverso rispetto alla disposizione ora citata della Direttiva, secondo cui il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del

credito, che “comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto”, giacché non può ragionevolmente attribuirsi alcun significativo rilievo distintivo alla differenza lessicale tra la riduzione del costo del credito che è “pari” a tutte le voci che compongono il costo totale del credito e la riduzione del costo totale del credito che “comprende” esattamente le medesime voci”.

Il conflitto tra le interpretazioni non comporta, pertanto, antinomia tra le disposizioni interpretate. Ciò rende non soltanto possibile, ma addirittura doverosa, nell’ottica della “leale cooperazione”, l’interpretazione dell’art. 125-sexies co. 1 TUB (ex d.lgs. 141/2010) alla luce del criterio offerto dalla sentenza *Lexitor*.

3.6. L’art. 125-sexies TUB è stato sostituito dall’art. 11-octies, co. 1, lett. c) del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (“Misure urgenti connesse all’emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali”, c.d. Decreto Sostegni-bis), introdotto dalla legge di conversione n. 106 del 23 luglio 2021, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 24 luglio 2021 (n. 176) ed entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione.

Del nuovo art. 125-sexies interessa, anzitutto, il comma 1, che nel testo modificato recita: “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”.

La norma recepisce l’indicazione della sentenza *Lexitor*, riformulando in modo tecnicamente accurato il diritto del consumatore in caso di rimborso anticipato, considerando il “costo totale del credito” (salve le imposte) come oggetto e la “vita residua del contratto” come criterio della riduzione.

Tuttavia, la riformulazione dell’enunciato normativo non si presenta nella veste di una interpretazione autentica, adesiva al *dictum* della sentenza della Corte di giustizia, né di un adeguamento a carattere retroattivo, poiché la nuova disposizione “sostituisce” – e quindi abroga e non interpreta – il previgente art. 125-sexies e si applica soltanto “ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

Nel novellato art. 125-sexies sono contenute svariate previsioni, alcune delle quali sono sicuramente innovative rispetto al passato e inapplicabili ai contratti anteriori. Il comma 2 riguarda il contenuto del contratto, in quanto tale non può applicarsi a contratti già sottoscritti, e prevede che il contratto indichi “in modo chiaro i criteri” per procedere alla riduzione proporzionale di interessi e oneri e indichi altresì “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”. Il comma 3 riguarda il diritto di regresso del finanziatore nei confronti dell’intermediario del credito nel caso di rimborso anticipato, toccando un tema evidentemente inesplorato prima della sentenza *Lexitor*, anche in considerazione del fatto che il compenso dell’intermediario, essendo relativo a un’attività anteriore al contratto, era evidentemente irripetibile.

La riformulazione del comma 1 dell'art. 125-sexies non manifesta con altrettanta evidenza la necessità di porsi in discontinuità rispetto al passato, anche in ragione del risultato attinto dalla giurisprudenza successiva alla *Lexitor* [§ 3.5], e tuttavia anche in tal caso esiste un elemento testuale, che segna una forte discontinuità tra passato e presente e non consente di disconoscere la scelta del legislatore di dichiarare, nel suo insieme, l'art. 125-sexies TUB novellato applicabile soltanto ai contratti sottoscritti successivamente alla sua entrata in vigore.

L'elemento in questione consiste nel secondo periodo del comma 2 dell'art. 11-octies, dove è previsto che alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima del 25 luglio 2021 "continuano ad applicarsi" non soltanto la disposizione previgente, ma anche "le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti".

La disposizione non contiene un rinvio formale a Banca d'Italia come fonte secondaria del diritto, ma un rinvio recettizio alle norme secondarie "di trasparenza e di vigilanza", già emanate e "vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti", delle quali il contenuto è noto e viene integrato *per relationem* all'interno della norma primaria, proprio perché ben conosciuto.

Può apparire singolare che il legislatore abbia ritenuto di "potenziare" la legge con le disposizioni di Banca d'Italia, sia perché queste sono subordinate alla norma primaria, sia e soprattutto perché le disposizioni emanate, trattando come oggetto di restituzione soltanto "gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata", sono sempre rimaste coerenti al principio, di intangibilità dei diritti acquisiti, che può ricavarsi anche dalla lettura della norma primaria.

Tuttavia, la giurisprudenza successiva alla sentenza *Lexitor* [§ 3.5.], interpretando correttamente l'art. 125-sexies alla luce di questa importante pronuncia e del dato normativo allora esistente, ha ben messo in evidenza che la norma interna era "schiacciata" sulla corrispondente previsione della Direttiva, poteva quindi essere interpretata in conformità, senza ingenerare il caso-limite dell'interpretazione manifestamente *contra legem*, ed era permeabile, in definitiva, a interpretazioni difformi da quelle allora correnti nel diritto applicato: fatto non soltanto di leggi, ma anche di orientamenti dell'Autorità di vigilanza e di prassi contrattuali seriali degli intermediari.

L'integrazione nella norma primaria degli orientamenti di Banca d'Italia "vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti" ha dunque la funzione di far emergere, in modo manifesto e senz'altro con maggior chiarezza rispetto al passato, il conflitto tra i testi normativi dell'art. 125-sexies co. 1 TUB (previgente) e l'art. 16 par. 1 Direttiva – e in definitiva anche tra i principi sottesi, da una parte l'intangibilità dei diritti acquisiti dall'intermediario, dall'altra l'effettività dei diritti del consumatore – che in precedenza era latente e inavvertito, precludere la possibilità di un'interpretazione conforme ai principi espressi da *Lexitor*, dare continuità nel 2021, ma solo per il passato, alla distinzione corrente nel diritto applicato tra oneri irripetibili e ripetibili, seppure già rifiutata nel 2019 dalla Corte di Giustizia.

Detto altrimenti, con l'art. 11-octies co. 2, lo Stato italiano s'è reso *post factum* deliberatamente inadempiente alla Direttiva, creando un caso-limite nel quale l'autorità giudiziaria, usando gli strumenti ordinari di interpretazione, riconosciuti dall'ordinamento,

non è più ragionevolmente in grado di interpretare l'art. 125-sexies TUB (ex d.lgs. 141/2010), come integrato dall'art. 11-octies co. 2 del dl 73/2021, in conformità alla corrispondente previsione della Direttiva, come interpretata dalla Corte di Giustizia. Il conflitto tra le interpretazioni (Banca d'Italia vs. Corte di Giustizia) genera qui una vera e propria antinomia, riguardo all'estinzione anticipata dei contratti anteriori al 25 luglio 2021.

Come ha lucidamente osservato la decisione del Collegio di Coordinamento ABF n. 21676 in data 15 ottobre 2021, la scelta del legislatore "di riportare all'indietro le lancette dell'orologio" per la disciplina intertemporale" corrisponde a una politica gradualistica che, mentre da un lato recepisce il principio della ripetibilità del costo totale del credito per i contratti futuri, dall'altro si sforza di non frustrare, per "intuibili esigenze equitative, ... l'affidamento riposto dalle parti negli assetti contrattuali concordati secondo le indicazioni consolidate della giurisprudenza nazionale anteriore alla sentenza *Lexitor*".

Oltre alla giurisprudenza, si possono menzionare, come fonti del legittimo affidamento sulla stabilità degli assetti contrattuali, la messe di disposizioni, orientamenti e comunicazioni emessi da Banca d'Italia, la (relativa) equivalenza della soluzione legislativa italiana a quella di altri Paesi dell'Unione europea, il comportamento di acquiescenza della Commissione europea, che non ha aperto alcuna procedura di infrazione nei confronti dell'Italia o di altro Stato membro, per aver trasposto in modo inesatto la direttiva, senza prevedere la ripetibilità *pro rata temporis* del costo totale del credito.

Anche altri Paesi dell'Unione europea, allo stato Germania e Austria, evidentemente anch'esse spiazzate dallo spostamento di enfasi dalla "restante durata" al "costo totale del credito", hanno agito per limitare la retroattività del principio espresso da *Lexitor* ed evitare un brusco trapasso da un principio (irripetibilità degli oneri *upfront*) a quello opposto (ripetibilità *pro rata temporis* anche degli oneri *upfront*). Riprendendo quanto scrive il Collegio di Coordinamento, "valga qui il richiamo, in particolare, alla legge austriaca sul credito al consumo che al paragrafo 16, comma 1°, prevedeva la riduzione, in caso di estinzione anticipata dei soli "costi dipendenti dalla durata del credito" e che, con legge 5 gennaio 2021 (art. 1, comma 5°) ha sostituito il richiamo con la espressione onnicomprensiva di "costi" e, nel contempo, con l'art. 1, comma 6°, n. 12, ha stabilito che tale nuova disposizione si applichi solo ai contratti conclusi dopo l'11 settembre 2019 (data della pronuncia *Lexitor*), "purché estinti anticipatamente dopo il 31.12.2020. Anche il codice civile tedesco prevedeva (al paragrafo 501) che la riduzione del costo del credito fosse limitata ai costi dipendenti dalla durata del credito. Con l'art. 1 della legge 9 giugno 2021 si è però sostituito tale richiamo con il riferimento onnicomprensivo dei "costi", disponendosi nel contempo (art. 7) l'entrata in vigore della legge dal giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale (cioè dal 15 giugno 2021). Tutto ciò corrobora il convincimento che il nostro legislatore abbia proprio voluto, per esigenze di politica economica e di tutela del principio dell'affidamento, dettare una disciplina intertemporale conforme all'interpretazione che del vecchio testo dell'art. 125-sexies TUB, dava costantemente tutta la giurisprudenza anteriore alla sentenza *Lexitor*, così apponendo un ostacolo insormontabile a una diversa interpretazione 'adeguatrice".

3.7. L'impossibilità dell'interpretazione conforme alla sentenza *Lexitor* può essere verificata anche alla luce dei pochi precedenti giurisprudenziali ad oggi usciti che, invece, hanno ritenuto di dover dare "continuità" non al diritto applicato ante *Lexitor*, ma all'art.

125-sexies co. 1 TUB interpretato alla luce di *Lexitor*, e quindi di dover retrocedere al consumatore una quota parte degli oneri *upfront*.

L'ordinanza, con cui il Collegio ABF di Roma in data 6 settembre 2021 ha rimesso al Collegio di coordinamento la questione di massima dell'interpretazione dell'art. 11-octies dl. 73/2021, tratta l'interpretazione del comma 2 di questa disposizione ai punti 12 ss..

È opinione del Collegio ABF che “già in via di principio, in nessun caso la normativa secondaria emanata (anche prima del 2019) dalla Banca d'Italia potrebbe porsi (o avrebbe potuto porsi, anche nel quadro normativo previgente) in contrasto con la corretta interpretazione dell'art. 125 sexies TUB sancita dalla Corte europea” (punto 15) e che “nessuna norma secondaria emanata dalla Banca d'Italia risulta in contrasto con l'applicazione dei principi di diritto enunciati dalla sentenza *Lexitor* ai contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore del decreto “Sostegni-bis” (25.7.2021), essendosi le Istruzioni di vigilanza, anche nel quadro normativo previgente, fondamentalmente occupate della materia in discorso allo scopo di correggere alcune prassi degli intermediari, e per questo prescrivendo loro norme di trasparenza nella descrizione contrattuale dei costi del credito e dei relativi criteri di rimborso; ma mai norme conformative della sostanza del regolamento contrattuale dei finanziamenti (punto 16). Semmai, e viceversa, quando la Banca d'Italia ha indicato, seppure non prescritto, agli intermediari, quale potesse essere l'assetto contrattuale preferibile sulla materia ora in discorso, le sue comunicazioni, raccomandazioni e linee orientative si sono chiaramente indirizzate verso l'adozione di schemi tariffari che assicurassero - tramite una clausola cd. “tutto-TAN” - un rimborso di tutti i costi legati del finanziamento, in caso di sua estinzione anticipata. Già in allora, pertanto, in termini pienamente conformi alla sentenza *Lexitor*” (punto 17).

Il primo argomento verte sulla gerarchia delle fonti e si sostanzia nell'affermazione della subordinazione della normativa secondaria all'art. 125-sexies TUB e nella conseguente necessità, di fronte a un'antinomia, di disapplicare la norma secondaria perché incompatibile con l'art. 125-sexies, se correttamente interpretato in conformità alla *Lexitor*. L'argomento vale, se si considera il dato normativo ex d.lgs. 141/2010, ma perde di efficacia, guardando invece all'art. 125-sexies come riscritto e potenziato dall'art. 11-octies comma 2 dl 73/2021, che ha evidentemente integrato nella norma primaria proprio la normazione secondaria di Banca d'Italia, già emanata e vigente. Tra l'articolo 125-sexies e quelle Disposizioni non esiste più, per conseguenza, un rapporto gerarchico, ma l'uno e le altre devono essere lette congiuntamente, al fine di verificare la perdurante possibilità di interpretazione conforme.

Il secondo argomento verte sui contenuti delle Disposizioni, tentando di offrirne un'interpretazione in continuità anziché di rottura con *Lexitor*, valorizzando nella messe delle Disposizioni, Comunicazioni e Orientamenti di Banca emanate in quasi un decennio quelle che, in qualche misura, anticipano *Lexitor* e il principio della ripetibilità *pro rata temporis* del costo totale del credito.

Questo pur suggestivo argomento tralascia, tuttavia, di considerare il senso ultimo dell'integrazione della normazione secondaria di Banca d'Italia all'interno della norma di legge, consistente nel recepire il valore tassonomico della distinzione tra oneri *upfront* e *recurring*, a cui [§ 3.2.] Banca d'Italia è rimasta sempre fedele, limitandosi a raccomandare agli intermediari comportamenti corretti, trasparenti e rispettosi degli

interessi del cliente e al limite ad auspicare il superamento in via di fatto della distinzione tra oneri ripetibili e irripetibili, attraverso il modello “tutto interessi”.

Cfr. la Delibera 145/2018, “Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione. Orientamenti di vigilanza”, citata anche dal Collegio di Coordinamento dell’ABF (n. 21676 del 15 ottobre 2021), dove al § 62 la distinzione tra oneri *recurring* e *upfront* è testualmente ribadita: “In caso di richiesta di estinzione anticipata del finanziamento da parte del cliente, gli intermediari devono fornire tempestivamente i necessari conteggi estintivi; essi devono evidenziare in modo chiaro e comprensibile almeno il residuo da corrispondere, le rate pagate e quelle ancora non pagate (evidenziando quelle in scadenza e quelle già scadute in relazione al piano di ammortamento [...]), l’ammontare degli oneri già corrisposti che formeranno oggetto di restituzione e quelli che invece, avendo natura *upfront*, non saranno restituiti”.

Lo sforzo di interpretazione dell’art. 11-octies co. 2, in continuità con *Lexitor*, per quanto apprezzabile, trova infine un insuperabile limite logico nella considerazione che, se il novellato art. 125-sexies ha stabilito in modo non equivoco la piena applicazione del principio di *Lexitor*, una disposizione ad hoc per i contratti anteriori, che riprende il testo anteriore e lo integra per giunta con le norme secondarie di Banca d’Italia, in tanto può avere senso logico, in quanto marchi una differenza sostanziale rispetto al principio di *Lexitor* e quindi escluda dal perimetro della ripetizione una parte apprezzabile del costo totale del credito.

3.8. Il Tribunale di Savona, con sentenza 15 settembre 2021 n. 680, ripresa adesivamente anche dalla decisione già esaminata sub § 7 del Collegio ABF di Roma, ha argomentato la retrocessione al consumatore di una quota di oneri *upfront*, dandosi un’alternativa secca: “o si ritiene che del nuovo art. 125sexies TUB sia possibile un’interpretazione conforme alla normativa europea ed alla giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia ed in continuità rispetto all’interpretazione già offerta dalla giurisprudenza formatasi precedentemente al 25.7.2021 oppure a fronte dell’evidente contrasto fra diritto interno e diritto unionale non potrebbe che procedersi alla parziale disapplicazione dell’art. 11octies L. 106/2021 (per l’affermazione di tale principio, ancorché in ambiti differenti, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11/03/2021, n. 2087; T.A.R. Firenze, sez. II, 08/03/2021, n. 363; T.A.R. Lecce, sez. I, 02/07/2019, n. 1137)”.

L’alternativa non esaurisce però lo spettro delle possibilità date dal diritto europeo e interno. In primo luogo, il principio dell’interpretazione conforme trova il suo limite in una norma di diritto interno che, secondo tutti i canoni interpretativi, risulti confezionata con un testo chiaro e inequivoco, sia pur potenzialmente conflittuale con la disciplina europea. Se è vero che il giudice può presumere che lo Stato membro abbia esercitato la discrezionalità di cui disponeva nel rispetto degli obiettivi della direttiva, tale presunzione cede di fronte alla stringente evidenza del contrario.

In secondo luogo, il potere-dovere del giudice di non applicare la disposizione di diritto interno, nei limiti in cui essa risulti incompatibile con quella unionale, è subordinato alla condizione che la norma UE abbia efficacia diretta nell’ordinamento dello Stato membro, poiché soltanto in tal caso il giudice può risolvere l’antinomia, applicando la norma di diritto europeo, anziché il diritto interno.

La materia dell'effetto diretto della direttiva è ormai consolidata nella giurisprudenza e si può qui soltanto accennare, rinviando ai precedenti della Corte di giustizia UE e della Cassazione per una più estesa trattazione. Senza pretesa di completezza, deve dirsi che la direttiva può avere efficacia diretta nell'ordinamento dei singoli stati membri, soltanto dopo che è scaduto il termine di recepimento, se contiene disposizioni "incondizionate e sufficientemente precise" (Cass. 25 febbraio 2004 n. 3762; Corte giustizia 5 ottobre 2004, n. C-397-403/01, *Pfeiffer*), dalle quali derivi un diritto azionabile nei confronti dello Stato inadempiente. Quest'ultima condizione introduce la distinzione tra efficacia verticale della direttiva, nelle controversie tra un soggetto privato e lo Stato – sia pure inteso lo Stato nella nozione ampia accolta dalla giurisprudenza comunitaria –, e l'inefficacia orizzontale della stessa, seppure dettagliata e precisa, nelle controversie tra soggetti privati.

Cfr. tra molte Corte di giustizia UE 14 settembre 2000 (in causa C-343/98, *Collino e Chiappero*), 24 ottobre 2002 (in causa C-233/01, *RAS*) che enunciano il principio di diritto che "una direttiva di per sé non può creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso". Cfr. ancora *Pfeiffer*: "anche una disposizione chiara, precisa ed incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o a imporre obblighi ai privati non può essere applicata come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati". In tal senso, è anche la stabile giurisprudenza di legittimità (tra molte, Cass. 14 settembre 2009 n. 19771; Cass. 25 febbraio 2004 n. 3762). Resta evidentemente salva, ma si muove su un piano differente dalla diretta applicazione nell'ordinamento interno, la valenza della direttiva come canone privilegiato di interpretazione che il giudice nazionale è tenuto a osservare, salvo il caso limite della manifesta contrarietà a legge [§ 3.4.].

Quando le strade dell'interpretazione in conformità alla norma europea e della non applicazione della norma interna difforme sono entrambe chiuse, per l'eliminazione della disposizione contraria al diritto dell'Unione europea è necessario il promovimento della questione di legittimità costituzionale, specificamente per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione. Cfr. tra molte Corte cost. 13 novembre 2013 n. 267: "nell'ambito di un giudizio in via incidentale, le norme comunitarie possono costituire elementi integrativi del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, comma 1, Cost., soltanto se tali norme siano prive di effetto diretto". Egualmente, in precedenza, vedi Corte cost. (ord.) 18 luglio 2013 n. 207: "quando davanti alla Corte costituzionale pende un giudizio di legittimità costituzionale per incompatibilità con le norme comunitarie, queste ultime, se prive di effetto diretto, rendono concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, comma 1, cost.".

3.9. Come anzidetto [§ 3.6], la plausibile ragione della scelta legislativa, di intervenire sull'art. 125-sexies TUB riscrivendolo per il futuro e per il passato, da un lato recependo integralmente il principio della ripetibilità del costo totale del credito, dall'altro limitando tale recezione ai soli contratti futuri, consiste nella salvaguardia dell'affidamento degli intermediari e degli altri professionisti coinvolti circa l'irripetibilità dei costi anteriori alla sottoscrizione del contratto e indipendenti dalla sua durata, nel caso di rimborso anticipato del capitale – principio pur temperato dai principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni tra intermediari e consumatori.

Guardando la questione dal punto di vista del consumatore, la sentenza *Lexitor* amplia il perimetro dei costi su cui il consumatore poteva ragionevolmente fare affidamento ai

fini della riduzione del costo totale del credito, secondo il diritto applicato in Italia fino ad allora, di modo che appare difficile supporre che la disposizione impugnata frustri l'affidamento del consumatore, almeno per i contratti conclusi prima della pubblicazione della sentenza *Lexitor*.

Ciò malgrado, non rientra nella discrezionalità del singolo stato membro la limitazione dell'efficacia nel tempo di una direttiva o, in termini equivalenti, della sentenza della Corte di giustizia che determina i limiti in cui le norme della direttiva hanno efficacia e devono essere applicate, nemmeno se la scelta dello Stato viene giustificata sotto il profilo del rispetto della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento legittimo, poiché una tale scelta unilaterale contraddice "l'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto comunitario", la quale implica che sia, invece, riservato alla Corte di "decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce" (Corte di giustizia UE, 2 febbraio 1988, in causa 309/85, *Barra*, punti 12-13), secondo una valutazione caso per caso, diretta ad accertare quando esistano "situazioni eccezionali" in cui la retroattività della pronuncia può provocare il rischio di "gravi inconvenienti" e frustrare la "buona fede degli ambienti interessati" (Corte di giustizia UE 23 maggio 2000, causa C-104/98, *Buchner e al.*, punto 39; Corte di giustizia UE 28 settembre 1994, causa C-57/93, *Vroege*, punto 21).

Secondo una massima più volte ripetuta, il discostamento della Corte dalla naturale retroattività delle proprie sentenze potrebbe ammettersi "solo nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta" (*Barra*, cit., punti 12-13; nel medesimo senso *Vroege*, cit., punto 31; Corte di giustizia UE, 16 luglio 1992 causa C-163/90, *Legros e al.*, punto 30). Evidentemente, la Corte di giustizia UE non ha limitato l'efficacia nel tempo della ripetibilità del costo totale del credito con la sentenza *Lexitor* stessa e non risulta che sia allo stato ritornata sull'interpretazione dell'art. 16 par. 1 Direttiva neppure in seguito.

Il significato e la portata dell'enunciato della Direttiva che funge, nel presente caso, da parametro integrativo delle norme costituzionali possono quindi ritenersi stabiliti nei termini di cui alla sentenza *Lexitor*, ferma la possibilità che l'Ecc. ma Corte adita, avendo natura di "giurisdizione nazionale" ex art. 267 comma 3 TFUE anche nei giudizi di legittimità in via incidentale, proponga nuove questioni pregiudiziali, secondo il principio che essa ha già espresso nell'ordinanza 18 luglio 2013 n. 207.

3.10. In conclusione. L'art. 11-octies (primo comma, lett. c) ha recepito il principio di *Lexitor*, introducendo il novellato art. 125-sexies TUB che enuncia il diritto del consumatore a calcolare la riduzione sul costo totale del credito, in proporzione alla residua durata del contratto al momento del rimborso anticipato. Appare ininfluenza 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 TUB) 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, a uno stato membro di limitare a propria discrezione l'efficacia nel tempo dell'interpretazione fornita all'art. 16 par. 1 della Direttiva. Pertanto, sia la limitazione del recepimento di *Lexitor* ai soli contratti successivi al 25 luglio 2021 (secondo comma, primo periodo), sia la riformulazione del previgente art. 125-sexies (secondo comma, secondo periodo) che ha l'effetto di rendere ragionevolmente impossibile all'autorità giudiziaria di continuare a interpretare l'art. 125-

sexies TUB 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 mediatamente anche degli articoli 11 e 117 primo comma della Costituzione.

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..

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 par. 1 della direttiva 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".

La questione è infine evidentemente rilevante ai fini della decisione, poiché il contratto oggetto di causa è stato concluso nella vigenza della direttiva 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 *pro rata temporis* degli oneri *upfront*, che è lo specifico oggetto della domanda.

PQM

Visto l'art. 23 legge 11 marzo 1953 n. 87,

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11-octies del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 ("Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali", c.d. Decreto Sostegni-bis), introdotto dalla legge di conversione n. 106 del 23 luglio 2021, comma 2, per contrasto con gli artt. 3, 11 e 117, primo comma, della Costituzione, nelle parti in cui:

- prevede che alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo 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";

- limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16 par. 1 della direttiva 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";

sospende il processo esecutivo in corso;

ordina la trasmissione della presente ordinanza e degli atti del processo alla Corte costituzionale;

manda alla Cancelleria di notificare la presente ordinanza alle parti e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e di comunicarla ai Presidenti dei due rami del Parlamento.

Torino, 2 novembre 2021

Il giudice

(dott. Enrico Astuni)