

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2021

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



**L'ABF e il tentativo italiano di contenere gli effetti della pronuncia Lexitor. Prime note a Collegio Coordinamento n. 21676/2021 (in attesa dell'intervento della Corte Costituzionale).**

**SOMMARIO:** 1. La norma di diritto transitorio (e il suo contesto). – 2. La posizione del Collegio di Coordinamento. – 3. Le prime letture dei commentatori. – 4. La giurisprudenza di merito intervenuta da luglio 2021 ad oggi. – 5. (*Segue*) La rimessione alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Torino. – 6. Brevi considerazioni conclusive e possibili scenari.

(A.B.F. Collegio Coordinamento, 15 ottobre 2021, n. 21676)

*In base alla norma contenuta nell'art. 11-octies, comma secondo, ultimo periodo, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito in legge n. 106 del 23 luglio 2021, letta in combinato disposto con le «norme secondarie» dell'Autorità di Vigilanza dalla stessa richiamate, nel caso di estinzione anticipata di un finanziamento stipulato prima del 25 luglio 2021, l'impresa ha diritto di trattenere gli oneri convenzionalmente assunti come corrispettivo o rimborso di attività prodromiche rispetto all'erogazione (c.d. up front), sicché il diritto alla riduzione del costo del credito del consumatore riguarda unicamente gli oneri connessi alla durata nel tempo del rapporto (c.d. recurring).*

**1. La norma di diritto transitorio (e il suo contesto)**

L'«emendamento Lexitor» è stato inserito nel luglio 2021 in sede di conversione del d.l. 73/2021 (c.d. Sostegni-*bis*) ed è costituito dall'art. 11-*octies* della legge 106 del 2021. Il primo comma di tale disposizione, al punto c), riformula l'art. 125-*sexies* t.u.b., che come noto regola l'estinzione anticipata dei contratti di credito al consumo. La nuova norma del testo unico bancario prevede testualmente – in ossequio ai principi affermati ormai due anni fa nella nota sentenza della Corte di Giustizia «Lexitor» (v. *infra* in questo n. 1) relativa all'interpretazione dell'art. 16 dir. 2008/48 (di cui l'art. 125-*sexies* costituisce trasposizione interna) – che il diritto del cliente alla riduzione del costo

del credito in sede di estinzione anticipata investe «tutti» gli oneri economici. Inoltre, sono introdotte ai commi secondo e terzo dell'art. 125-*sexies* t.u.b. due regole ignote alla precedente formulazione di quest'ultimo, e costituite dal criterio residuale del «costo ammortizzato» per il calcolo dell'importo della riduzione, e dal riconoscimento in capo al finanziatore di un «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*».

Per quanto maggiormente interessa in questa sede, il secondo comma dell'art. 11-*octies* contiene la disposizione secondo cui il «nuovo» art. 125-*sexies* t.u.b. – sopra brevemente descritto nel suo contenuto – disciplina i «contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» (25 luglio 2021), laddove «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».

La previsione trascritta parrebbe costituire una lineare regola di diritto transitorio contenente il precetto di non retroattività della nuova norma del testo unico bancario (questo è insomma ciò che suggerisce immediatamente la sua lettura). L'esplicito richiamo alle «norme secondarie» dell'Autorità di Vigilanza «vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti» fa però dubitare di questa intuizione, se si tiene a mente che, nel vigore di tali provvedimenti, vale a dire le disposizioni di trasparenza in materia emesse sino all'intervento della Corte di Giustizia del settembre 2019<sup>1</sup>, si era sviluppata la prassi di

---

<sup>1</sup> A quanto consta, i provvedimenti di Banca d'Italia rilevanti, e che dovrebbero essere quelli evocati dal secondo comma dell'art. 11-*octies*, sono le due «Comunicazioni» in tema «Cessione del quinto dello stipendio o della pensione e operazioni assimilate», rispettivamente intitolate «Cautele e indirizzi per gli operatori» (del 10 novembre 2009), e «Richiamo al rigoroso rispetto della disciplina di settore» (del 7 aprile 2011), reperibili in <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/comunicazioni/com-cess-quinto/index.html>, e gli «Orientamenti di vigilanza



settore – avvallata anche dagli orientamenti poi consolidatisi in ABF<sup>2</sup> – di distinguere in fase di predisposizione del contratto le commissioni pagate alla stipula dal cliente nelle due categorie degli oneri *recurring* e *up front*; così da non includere questi ultimi nella riduzione del costo del credito per il caso di estinzione anticipata<sup>3</sup>. In altre parole, in tale frangente, le imprese non “restituivano” al cliente parte delle commissioni esposte come *up front* (cioè in via convenzionale assunte come corrispettivo di attività prodromiche rispetto al finanziamento: ad esempio, le spese di istruttoria e la commissione per il mediatore o l’agente). La prassi in discorso faceva sponda anche sulla precedente formulazione dell’art. 125-*sexies* t.u.b. – meno precisa di quella attuale nel delimitare il perimetro degli oneri da ridurre<sup>4</sup> – ed è, come anticipato

---

sulla cessione del quinto dello stipendio» del 30 marzo 2018, reperibili in <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/orientamenti-di-vigilanza-sulla-cessione-del-quinto-dello-stipendio/>.

Completa il quadro il provvedimento, cronologicamente successivo alla pronuncia Lexitor, «Credito ai consumatori. Rimborso anticipato dei finanziamenti» del 4 dicembre 2019, reperibile in [https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/orientamenti-vigilanza/Credito\\_ai\\_consumatori\\_Rimborso\\_anticipato\\_dei\\_finanziamenti.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/orientamenti-vigilanza/Credito_ai_consumatori_Rimborso_anticipato_dei_finanziamenti.pdf).

<sup>2</sup> Si vedano in particolare le decisioni del Collegio di Coordinamento ABF 22 settembre 2014, n. 6167; 9 luglio 2015, n. 5861 e 11 novembre 2016, n. 10003, tutte reperibili su [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>3</sup> In merito alla prassi del settore e all’assetto disciplinare stabile in Italia prima di Lexitor, si veda 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 questa *Rivista*, 2019, II, 4, 156-161. Sia consentito altresì rinviare ad A. MAGER, *Estinzione anticipata ex art. 125-*sexies* t.u.b. dopo la sentenza Lexitor, nota a G.d.P. Savona, 7 gennaio 2020*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 4, 744 ss., ove sono inoltre accennate (748-749) le ragioni per cui quella della riduzione del costo del credito non è una vicenda restitutiva in senso tecnico (di qui il virgolettato adoperato più avanti nel testo; più ampiamente su questo tema v. A.A. DOLMETTA-A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di estinzione anticipata nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell’art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 525).

<sup>4</sup> Oggi la norma dispone che la riduzione concerne gli «*interessi e tutti i costi compresi nel costo totale del credito*» (nuovo art. 125-*sexies* t.u.b., comma primo). Per vero, la nuova formulazione è forse ridondante laddove aggiunge l’aggettivo «*tutti*», considerato che già la definizione di «*costo totale del credito*» di cui all’art. 121, comma 1, e) sarebbe sufficiente per impedire l’esclusione convenzionale di alcuni oneri dal campo della riduzione (va detto che tale definizione è la stessa che si

in apertura di queste note, stata giudicata contraria al diritto europeo dalla sentenza dell'11 settembre 2019 della Corte di Giustizia nel caso «Lexitor»<sup>5</sup>. Segnatamente, il giudice europeo ha reputato ogni

---

trova nella dir. 48/2008 all'art. 3, comma 1, lett. g), inclusiva di tutti i possibili oneri economici, eccettuate le sole spese notarili).

*Nella precedente formulazione del primo comma si leggeva invece che* «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». Veniva quindi argomentato, sul filo della lettera del testo, che la riduzione si poteva fissare - «pari a», e dunque - limitata ad interessi e altri costi *recurring* («dovuti per la vita residua del contratto»).

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, la norma interna, così come la norma europea di cui costituisce trasposizione, non consentivano di accedere a tale lettura (come poi statuito dalla Corte di Giustizia). Ciò, anche volendo prescindere dalle considerazioni sull'effettività del diritto riconosciuto dall'art. 16 della dir. 48/2008 (su cui v. *infra* nota che segue e nel testo), anzitutto perché riferimento oggettivo del diritto del cliente alla riduzione era (come è tuttora) il «costo totale del credito», come definito dal testo unico coerentemente alla direttiva, e tale appiglio letterale appare più sicuro di quello su cui si basa la lettura oggetto di critica. In secondo luogo, in forza della considerazione di taglio più dogmatico, che ho già sviluppato più ampiamente nel contributo indicato alla precedente nota n. 3 (spec. 749 s.) secondo cui, posto che tutte le voci di costo del credito trovano in linea di principio ragione causale (non tanto in singole attività, prodromiche o durature nel tempo, ma) nella medesima prestazione caratteristica del finanziatore rappresentata dal differimento temporale (= la promessa di non esigere per un certo tempo la restituzione del capitale), ogni differenza di trattamento disciplinare (qui quella operata in sede di riduzione del costo totale del credito) dovrebbe in linea di principio trovare ragione in una specifica causa della componente di costo che vuole trattarsi come particolare. E non sembra che la «storica» distinzione *recurring* *lup front* superi questo vaglio, la stessa tendenzialmente rifrangendo, più che altro, l'estro del predisponente, secondo quanto emerge dalla ormai davvero ampia casistica ABF (v. per questo rilievo già U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della cessione del quinto*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, 1532 e A.A. DOLMETTA, *Carte di credito revolving: inadempimento di singole rate, oneri economici ed usura civilistica*, in *I Contratti*, 2010, 1061).

<sup>5</sup> La sentenza si trova pubblicata in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 6, 644-652, con nota di A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito». Il caso della cessione del quinto* e poi *ivi*, 2020, II, 1, 1-18, con nota di A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*; in *Nuova giur. comm.*, 2020, 2, 280-288, con nota di G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor* e in *Giur. Comm.*, 2020, II, 5, 1002-1013, con nota di G. LIACE, *Il diritto dei consumatori alla riduzione del*

limitazione convenzionale degli oneri economici oggetto di riduzione operata dall'impresa predisponente incompatibile con una lettura dall'art. 16 della dir. 48/2008 coerente al principio di effettiva tutela del consumatore.

Il dubbio circa l'effettivo significato della norma di diritto transitorio (eventualmente dotata di portata ulteriore rispetto alla mera previsione di non retroattività del “nuovo” art. 125-*sexies* t.u.b.), ingenerato dalla conoscenza dei passaggi di contesto brevemente descritti e che hanno sino ad ora segnato la materia, si alimenta poi – e in termini significativi – alla luce del dibattito che tale norma ha immediatamente animato a livello di opinione pubblica<sup>6</sup>. Infatti, l'assunto condiviso dalle opinioni espresse da luglio 2021 in avanti è che l'art. 11-*octies* al suo secondo

---

*costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor.*

Il perno della motivazione della Corte di Giustizia è rappresentato dal passaggio (par. 31) ove si rileva che il diritto alla riduzione del costo del credito sancito dall'art. 16, par. 1 della direttiva sarebbe «sminuito» se dipendesse, nella sua misura ed entità, dalla struttura dei costi del contratto (cioè dal rapporto tra il peso caricato dall'impresa rispettivamente su interessi e su oneri versati alla stipula, come poi a loro volta divisi tra *up front* e *recurring*): struttura – nota la Corte – predisposta unilateralmente dall'intermediario, difficilmente verificabile da un cliente o da un giudice nel suo riflettere reali assetti o esigenze organizzative del finanziatore, e che può «includere un certo margine di profitto» nella fatturazione dei costi.

Sia detto per inciso che in forza di questa interpretazione del giudice europeo risultano definitivamente superati e non spendibili gli argomenti di taglio letterale sviluppati sulla base del testo del vecchio art. 125-*sexies* t.u.b. e volti a giustificare la distinzione tra *up front* e *recurring* (v. nota precedente).

<sup>6</sup> Si veda la lettera con allegata nota tecnica inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri da numerose associazioni di consumatori e pubblicata il 16 luglio 2021 sul sito [www.movimentoconsumatori.it](http://www.movimentoconsumatori.it), con il titolo «Sostegni bis, rimborso anticipato prestiti. appello a Draghi affinché fermi leggina a favore delle banche che danneggia cittadini fragili». Si vedano altresì gli articoli del 17 luglio 2021 su [www.https://24plus.ilsole24ore.com/](https://24plus.ilsole24ore.com/) di A. CRISCIONE («Credito. D.I. Sostegni bis e la Lexitor ignorata»); del 22 luglio 2021 su [expartecreditoris.it](http://expartecreditoris.it) di W. CATURANO («Lexitor: il Legislatore chiude il 'caso'»); del 29 luglio 2021 su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it) di F. MOCCI-A. BETTONI («Decreto sostegni bis: il TUB si adegua alla Lexitor, ma solo per il futuro»); del 26 luglio 2021 di A. MERCURI («Decreto Sostegni Bis: emendamento Lexitor riaccende il dibattito tra banche e consumatori»); del 30 luglio 2021 su [www.ilblogdirobertodinapoli.wordpress.com](http://www.ilblogdirobertodinapoli.wordpress.com) di R. DI NAPOLI («Un ennesimo 'sostegno' a banche e finanziarie per 'superare' gli effetti della sentenza 'Lexitor'»); del 23 ottobre 2021 sul quotidiano Il Sole 24 Ore di F. PEZZATI («Finanziamenti. Abf cambia idea su Lexitor e si adegua al Sostegni Bis»).

comma sottenda la chiara volontà politica di distinguere, sul piano della disciplina dell'estinzione anticipata e segnatamente degli oneri da investire di riduzione, tra contratti stipulati sino alla sua entrata in vigore e contratti stipulati successivamente<sup>7</sup>. Ciò, in particolare, nel senso dell'applicazione dei principi espressi dalla sentenza Lexitor, i quali comportano, come si è detto, la necessaria riduzione di tutti gli oneri economici del credito, ai soli contratti successivi al 25 luglio 2021. Sembra così venire legittimata la prassi tradizionale del settore, riflessa nei “vecchi” contratti (quelli anteriori a tale data), di non restituire al cliente e di consentire all'impresa di trattenere in via definitiva in sede di estinzione anticipata quelli qualificati come *up front*.

## 2. La posizione del Collegio di Coordinamento

Il Collegio ABF di Roma, trovatosi a decidere in merito alla pretesa di un cliente di vedersi ridotti in sede di estinzione anticipata gli oneri *up front* rispetto ad un contratto stipulato prima del 25 luglio 2021, rimette al Collegio di Coordinamento la questione dell'interpretazione del secondo comma dell'art. 11-*octies* della legge 106/2021. Secondo quanto emerge in un veloce passaggio della motivazione del Coordinamento (a p. 13), il Collegio remittente – evidentemente confrontandosi con il contesto in cui la norma di diritto intertemporale è venuta ad iscriversi, e con il dibattito dalla stessa immediatamente suscitato a livello di opinione pubblica – avrebbe suggerito di tenere fermi i principi espressi dalla sentenza Lexitor rispetto a tutti i contratti del settore, indipendentemente dal momento della stipula, propendendo dunque per l'accoglimento della domanda del consumatore.

Il Collegio di Coordinamento respinge questa prospettiva e rigetta il ricorso, con una motivazione che si costruisce di due passaggi argomentativi essenziali. Nel primo, sono riportati ampi stralci delle

---

<sup>7</sup> Ad esempio, nella nota tecnica a firma di A. MOSTACCIO, allegata alla lettera delle associazioni dei consumatori (v. nota che precede), si legge: «L'obiettivo, poco riuscito, della norma è di limitare gli effetti della sentenza Lexitor ai contratti precedenti all'entrata in vigore della legge di conversione. In questo senso è da leggere il richiamo non solo alla precedente versione dell'art. 125-*sexies* ma anche alle norme secondarie della Banca d'Italia le quali consentivano di non restituire i costi *up-front*» (p. 4).

«norme secondarie» della Banca d'Italia richiamate dal secondo comma dell'art. 11-*octies*<sup>8</sup> nel vigore delle quali si era sviluppata, come già chiarito al n. 1, la prassi tradizionale del settore. Nelle disposizioni di trasparenza, in particolare, compaiono le distinte figure degli oneri *recurring* e di quelli *up front* (v. in particolare il punto a p. 9 della motivazione). Richiamati i provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza, l'Arbitro sviluppa la considerazione – che pare attingere all'argomento offerto dal canone dell'interpretazione c.d. storica (nella sua accezione più risalente: dell'intenzione per così dire “soggettiva” del legislatore) – secondo cui il richiamo a tali provvedimenti intenda consentire per il passato la distinzione di trattamento tra oneri *up front* e *recurring* operata dagli intermediari mediante i “vecchi” contratti. In altre parole, considerato che nel vigore di quelle norme dell'Autorità di Vigilanza si era sviluppata la prassi di trattenere l'*up front*, evocarle significherebbe legittimarla (con effetto dunque retroattivo)<sup>9</sup>.

Il Collegio di Coordinamento ritiene insomma che «la chiara distinzione fra i contratti stipulati a partire dal 25 luglio 2021 e quelli conclusi anteriormente», costituisca «frutto di una consapevole scelta del legislatore, il quale deve aver reputato che i principi affermati dalla sentenza Lexitor non possano essere estesi *tout court* anche ai contratti conclusi prima del 25 luglio 2021, sottoponendoli perciò a una disciplina specifica, parzialmente differente rispetto a quella applicabile ai nuovi contratti» (p. 11). La ragione di questa opzione politica è individuata nell'esigenza di protezione dell'«affidamento» riposto dalle imprese nella stabilità dell'assetto dei vecchi contratti (p.

---

<sup>8</sup> V. la nota n. 1 che precede per i riferimenti ai provvedimenti che sembrano da reputarsi rilevanti.

<sup>9</sup> Nella prospettiva della valorizzazione del canone di interpretazione storica (inteso nell'accezione indicata nel testo) si giustificherebbe la rilevanza attribuita dalla motivazione dell'Arbitro al contenuto di alcune interrogazioni parlamentari relative all'impatto della pronuncia Lexitor nel settore del credito al consumo in Italia (pp. 11-12). Sempre in quest'ottica assumerebbe poi peso argomentativo il richiamo alla condotta di legislatori di altri paesi europei (segnatamente austriaco e tedesco: pp. 12-13); tuttavia, di là da considerazioni sulla sua effettiva pregnanza, deve osservarsi che quest'ultimo argomento speso dall'Arbitro risulta monco, posto che i rilievi svolti non consentono in alcun modo di giungere alla conclusione per cui, anche in tali ordinamenti stranieri, la volontà sottesa alle recenti modifiche della disciplina in tema di estinzione anticipata sia quella di contenere in qualche misura gli effetti della pronuncia Lexitor nel relativo mercato nazionale.

12). Ne consegue che, in base al «combinato disposto dell’art. 11-*octies* comma 2° e delle disposizioni di rango secondario *pro tempore* applicabili», nel caso dei vecchi contratti «la riduzione del costo totale del credito [ha] per oggetto soltanto i costi c.d. *recurring*, con esclusione dei costi c.d. *up-front*» (p. 12).

Adottata questa lettura della norma di diritto intertemporale – evidentemente eccedente l’idea che la concepisce come una semplice previsione di irretroattività del “nuovo” art. 125-*sexies* t.u.b. –, nella seconda parte della motivazione l’Arbitro si ferma a considerare i «delicati interrogativi di compatibilità» che la stessa produce tra «diritto interno» e «diritto eurounitario» come interpretato in modo vincolante dalla Corte di Giustizia (p. 12). Appare invero manifesto a chi scrive che l’art. 11-*octies*, comma secondo, se così inteso, delinea un assetto disciplinare che si pone in diretto contrasto con i principi espressi dalla sentenza *Lexitor*, nella misura in cui consente alle imprese di trattenere in sede di estinzione anticipata gli oneri *up front* dei contratti stipulati sino al 25 luglio 2021. Quando, invece, la corte europea ha affermato la necessaria riduzione di tutti gli oneri economici del credito, senza “limitare nel tempo” gli effetti della propria pronuncia, e non autorizzando dunque distinzioni disciplinari in considerazione del momento della stipula del finanziamento<sup>10</sup>. Rilevata insomma quella

---

<sup>10</sup> Fermo che le pronunce emesse della Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea valgono a chiarire in modo vincolante l’interpretazione del diritto europeo (e di quello nazionale se ne costituisce trasposizione), e ciò naturalmente sin dall’entrata in vigore delle relative norme (con effetto dunque in senso lato “retroattivo”), è noto che la Corte di Giustizia conosce la tecnica della c.d. limitazione temporale degli “effetti” delle proprie pronunce. L’orientamento in materia è nel senso di ritenere tale facoltà eccezionale, giustificata in presenza di precisi requisiti, e comunque rimessa esclusivamente alla Corte di Giustizia nel contesto della decisione sullo specifico rinvio pregiudiziale (non dunque nel contesto di un successivo ed eventuale rinvio per così dire *ad hoc*).

Per riferimenti alla giurisprudenza europea in tema si veda il contributo di AN. DALMARTELLO, in questa *Rivista*, 2017, I, 43 ss., *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*. Peraltro, sulla vicenda delle clausole *floor* in territorio iberico, nel contesto della quale il giudice nazionale di ultima istanza aveva tentato una limitazione temporale degli effetti dell’interpretazione di una norma europea (tentativo respinto dalla Corte di Giustizia), si veda anche S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l’interpretazione autentica della Corte*

che è ritenuta dal Collegio una «possibile» frizione con le fonti sovraordinate europee, la motivazione passa ad interrogarsi in ordine alle conseguenze della stessa. Al riguardo, il discorso si articola su tre distinti piani.

In primo luogo, sul presupposto che, a fronte di norme di dubbia coerenza rispetto al diritto europeo, il tentativo dell'interpretazione c.d. conforme costituisce snodo ermeneutico doveroso per l'operatore del diritto interno<sup>11</sup> – questa era peraltro, secondo quanto emerge a p. 12 della motivazione, la via tracciata dal Collegio ABF di Roma remittente –, l'Arbitro valuta la possibilità di una lettura del comma secondo dell'art. 11-*octies*, che possa dirsi coerente ai principi Lexitor. Ritene però di escludere una simile possibilità in base al ritenuto carattere univoco della lettera della disposizione, che porterebbe incontestabilmente a concludere nel senso della legittimità dell'esclusione degli oneri *up front* dal perimetro della riduzione nei “vecchi” contratti. Di là dalla (incerta) sponda offerta dalla riformulazione letterale dell'art. 125-*sexies* t.u.b.<sup>12</sup>, l'«ostacolo insormontabile a una diversa interpretazione adeguatrice» della norma di diritto transitorio (p. 13) è costituito dall'argomento di taglio “storico” sviluppato nella prima parte della motivazione. Viene in altre parole attribuita decisiva rilevanza all'apprezzamento della volontà sottesa alla norma, cioè quella di legittimare per i vecchi contratti il trattenimento degli oneri *up front* da parte delle imprese.

Considerato dunque che «i possibili profili di contrasto con il diritto europeo non appaiono risolvibili semplicemente sul piano ermeneutico»

---

*di Giustizia nota a Corte di Giustizia, 21 dicembre 2016 (nn. C-154/15 e C-307/15) in I Contratti, 2017, 1, 15 ss. e U. MALVAGNA, Nullità «de futuro» e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo), in questa Rivista, 2016, II, 63 ss.*

<sup>11</sup> L'interpretazione conforme costituisce una «sottospecie del tradizionale canone dell'interpretazione sistematica». Rappresenta altresì una «regola», considerato che «laddove sia possibile riconoscere una relazione gerarchica tra fonti [...] va riconosciuto anche un vincolo interpretativo che è implicito nella superiorità di una fonte su un'altra» (così R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista dell'associazione italiana costituzionalisti*, 2015, 1-4, ove anche primi riferimenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia).

<sup>12</sup> V. le precedenti note nn. 4-5 per le differenze tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b. e per il rilievo dell'inconsistenza dell'argomento che fonda la distinzione di trattamento “restitutorio” *up front-recurring* sulla vecchia formulazione della norma interna (sia prima che dopo Lexitor).

(p. 14), l'Arbitro passa a valutare la prospettiva della diretta disapplicazione del secondo comma dell'art. 11-*octies* in quanto in ipotesi confliggente il diritto europeo. La notazione di taglio istituzionale per cui la norma europea, in quanto contenuta in una direttiva (art. 16 dir. 48/2008), non avrebbe efficacia diretta nei rapporti c.d. orizzontali (tra privati), porta ad escludere questa possibilità (p. 14).

Infine, la motivazione si dedica al piano della possibile incostituzionalità della norma in discorso per contrasto rispetto al sovraordinato diritto europeo. In questa prospettiva, apprezzato che la remissione alla Corte Costituzionale è iniziativa «preclusa all'Arbitro bancario», in quanto esso «non è un organo giurisdizionale» (p. 14), il Collegio non prende posizione sulla questione. Il che poteva a ben vedere essere utile, seppur nella necessaria veste di un mero *obiter dictum*, in considerazione dell'autorevolezza dell'Arbitro in questo particolare settore, se non altro in ragione dell'esperienza maturata alla luce dell'imponente numero delle controversie in tema di estinzione anticipata decise negli anni<sup>13</sup>.

### 3. *Le prime letture dei commentatori*

Ad oggi, la posizione adottata dal Collegio di Coordinamento non sembra trovare rispondenza nelle opinioni dei commentatori dell'art. 11-*octies*, comma secondo, l. 106/2021, dove si registra la prevalenza di posizioni difformi da quella fatta propria dall'Arbitro, e per certi versi di segno opposto. Infatti, gli autori convergono nel ritenere che vadano tenuti fermi nell'ordinamento interno i principi sanciti dalla sentenza Lexitor rispetto a tutti i contratti di credito al consumo, indipendentemente dal momento della loro stipulazione, escludendo quindi che sia legittimo il trattenimento degli oneri *up front*, anche nel

---

<sup>13</sup> Nella Relazione sull'attività dell'ABF per l'anno 2020 si legge che, a fronte di circa 31.000 ricorsi, il contenzioso in materia di estinzione anticipata dei finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio ne rappresenta oltre la metà (circa il 55%). Simili i dati del 2019 (22.059 ricorsi per il 48% costituiti da controversie in tema di estinzione anticipata). Peraltro, verrebbe da pensare che tali dati (quelli del 2019-2020) non siano indicativi, per effetto dell'impatto della pronuncia Lexitor (di settembre 2019) e del suo significativo effetto stimolante il contenzioso. Le cose non sembrano però spiegarsi così: basta guardare ai dati del 2018: 27.041 ricorsi; 64% in materia di estinzione anticipata; e del 2017: 30.644 ricorsi; 73% nello stesso ambito.



caso di “vecchi” contratti. Ferma questa convinzione di fondo, nell’approccio alla norma in discorso ci si concentra poi su differenti profili.

Secondo una prima opinione, espressa “a caldo” quando l’*iter* di approvazione dalla disposizione non si era concluso, il secondo comma della stessa è da dichiarare incostituzionale, considerato che «attribui[sce], in via retroattiva, valore di legge a un provvedimento amministrativo», cioè ai già richiamati provvedimenti della Autorità di Vigilanza emanati tra il 2009 e il 2018, per mezzo dei quali la disposizione intende autorizzare la distinzione di trattamento disciplinare in sede di estinzione anticipata tra vecchi e nuovi contratti<sup>14</sup>. Volendo provare a sviluppare la notazione, può rilevarsi che è senz’altro soluzione stridente rispetto al sistema delle fonti il conferire *ex post* forza rango primario ad una norma secondaria. Del resto, è noto che, se non in assoluto vietata, la retroattività in materia civile deve necessariamente superare positivamente il vaglio di ragionevolezza imposto dall’art. 3 della Costituzione<sup>15</sup>.

Una seconda opinione, espressa nel vigore dell’art. 11-*octies* ma prima della pubblicazione della pronuncia che si annota, muove dalla condivisa prospettiva dell’incostituzionalità della norma laddove intesa legittimare la prassi tradizionale del settore – fondandola però su ragioni diverse: segnatamente la violazione del diritto europeo e dunque i parametri costituiti dagli artt. 11 e 117 Cost. – ma consente di prescindere dal ricorso alla Consulta. La soluzione è quella, cui si è già accennato, dell’interpretazione conforme al diritto europeo della norma in discorso: esito ermeneutico che viene ritenuto possibile da questo autore, contrariamente a quanto stimato dal Collegio di

---

<sup>14</sup> A.A. DOLMETTA nell’intervista a cura di F. PEZZATI pubblicata sul *Il Sole 24 plus* del 18 luglio 2021, con il titolo «*Finanziamenti, dubbi sulla costituzionalità della norma che aggira sentenza Ue su Lexitor*».

<sup>15</sup> In ambito bancario deve richiamarsi almeno la pronuncia di Corte Cost. 11 aprile 2012, n. 78, che ha affermato il principio indicato nel testo nel sancire l’incostituzionalità dell’art. 2, comma 61, prima parte del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 (convertito con modifiche dalla legge n. 10 del 2011). Come è noto, tale norma si qualificava di interpretazione - spiegando dunque “efficacia retroattiva” - e disponeva che l’art. 2935 c.c. avrebbe dovuto leggersi, limitatamente alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall’annotazione in conto iniziasse a decorrere dal giorno dell’annotazione stessa.

Coordinamento<sup>16</sup>. In questa prospettiva, si nota in particolare che le «norme secondarie» evocate dal secondo comma dell'art. 11-*octies* non sono affatto univoche nel senso di legittimare, per i vecchi contratti, il trattenimento in sede di estinzione anticipata degli oneri *up front*. Esse impongono alle imprese di rendere edotti i clienti degli oneri che saranno ridotti, ma non indicano quali devono esserlo e quali invece possono essere trattenuti in via definitiva laddove versati dai clienti in sede di stipula<sup>17</sup>. Posto che il diritto europeo, ed in particolare l'art. 16 della dir. 48/2008 come interpretato dalla Corte di Giustizia della sentenza Lexitor, impone di ridurre tutti gli oneri economici, è dunque ben possibile – secondo questo autore – interpretare le norme secondarie evocate dalla norma (*recte*: il richiamo ad esse contenuto nel suo secondo comma) come tali da fissare il dovere delle imprese di informare i clienti che gli oneri economici del credito saranno ridotti in sede di estinzione anticipata, ed in particolare che detta riduzione riguarderà anche *tutti* i costi del finanziamento sostenuti alla stipula.

Una terza opinione è stata espressa a valle della pronuncia del Collegio di Coordinamento<sup>18</sup>. Questo autore, la cui attenzione si appunta direttamente sul rapporto tra la disposizione interna di diritto transitorio e il diritto europeo, mostra di condividere la notazione appena sviluppata, secondo cui le norme secondarie dell'Autorità di Vigilanza richiamate dal secondo comma, contrariamente a quanto rilevato dalla decisione che si annota, non sono tali da autorizzare inequivocabilmente l'impresa a trattenere gli oneri *up front*, posto che il loro effettivo contenuto è a ben vedere quello di esigere «trasparenza» nell'indicazione contrattuale degli oneri da ridurre in sede di estinzione anticipata. Anche quest'opinione apre dunque alla prospettiva dell'interpretazione conforme al diritto europeo e ai principi Lexitor del secondo comma dell'art. 11-*octies*, tenendo dunque ferma la regola

---

<sup>16</sup> G. MUCCIARONE, *Credito al consumo ed indennizzo per estinzione anticipata e... un inevitabile dintorno*, nella sezione *Dialoghi di diritto dell'economia di dirittobancario.it*, 19 ottobre 2021, v. in particolare la nota n. 1.

<sup>17</sup> Il riferimento espresso del pensiero dell'a. va agli Orientamenti del 2018, ma il discorso può svolgersi anche con riferimento agli altri e precedenti provvedimenti in tema, in considerazione del loro analogo contenuto (v. sopra alla nota 1).

<sup>18</sup> U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Banca borsa, tit. cred.*, 2022, consultata in dattiloscritto per la cortesia dell'a.

della riduzione di tutti gli oneri anche rispetto ai “vecchi” contratti. Nel precisare il risultato cui conduce tale processo ermeneutico, e quindi la specifica portata precettiva di taglio intertemporale della norma in discorso, questa dottrina propone però una soluzione diversa, e nei fatti opposta a quella dell’opinione in precedenza descritta. Ad avviso dell’autore, il secondo comma dell’art. 11-*octies* autorizzerebbe le imprese a non formulare per ciascun vecchio contratto una *nuova* informativa degli oneri da restituire in sede di estinzione anticipata (che chiarisca, coerentemente ai principi *Lexitor*, che tutte le commissioni saranno ridotte, “sostituendo” la precedente) traducendosi dunque in un apprezzabile risparmio di costi per l’impresa<sup>19</sup>.

#### 4. *La giurisprudenza di merito intervenuta da luglio 2021 ad oggi*

Al momento di licenziare la presente nota risultano pubblicati sette provvedimenti con contenuto decisorio nel vigore dell’art. 11-*octies* (successivi quindi al 25 luglio 2021) su controversie aventi ad oggetto la pretesa del cliente di vedersi ridotti gli oneri *up front* con riferimento a vecchi contratti. Uno solo (del Giudice di Pace di Piombino) respinge la domanda del cliente, mostrando di condividere la sostanza

---

<sup>19</sup> Ferma la possibilità di risolvere in via ermeneutica il contrasto, l’autore – nel confrontarsi con la motivazione del Collegio di Coordinamento – critica il passaggio ove si esclude l’alternativa della disapplicazione diretta della norma interna confliggente con il diritto europeo. In particolare, evidenzia l’erroneità del richiamo alla regola di non applicazione delle direttive nei rapporti orizzontali, pertinente solo nelle ipotesi di mancata trasposizione delle stesse, laddove l’art. 16 della dir. 48/2008 è stato recepito nell’ordinamento italiano con l’art. 125-*sexies* t.u.b. Nel caso che ci occupa è invece corretto – secondo Malvagna – richiamare la regola della disapplicazione della norma interna successiva (in questa prospettiva l’art. 11-*octies* l. 106/2021, comma secondo, inteso nel senso indicato dal Collegio di Coordinamento) contrastante con la disposizione di immediata applicazione e coerente al diritto europeo (il vecchio art. 125-*sexies* t.u.b. nella lettura vincolante della Corte di Giustizia) (il principio è stato espresso come noto da Corte Cost. 5 giugno 1984 n. 170 nel caso «Granital»).

Pertanto, anche ammettendo che si rientri nello schema della mancata o errata trasposizione della direttiva, rileva l’a che sembrerebbero esservi gli estremi per applicare immediatamente la norma europea *in thesi* non recepita (l’art. 16 della dir. 48/2008) in virtù dei principi sanciti dalla sentenza «Mangold» (sentenza Corte di Giustizia, 22 ottobre 2005 n. C-11/04) e nell’ottica di evitare irragionevoli disparità di trattamento (qui tra contratti vecchi e nuovi in sede di estinzione anticipata).

dell'interpretazione fatta propria dal Collegio di Coordinamento<sup>20</sup>. In particolare, questo giudice rileva che, laddove evoca le disposizioni di trasparenza dell'Autorità di Vigilanza, la norma di diritto transitorio intende consentire per i vecchi contratti il diverso trattamento disciplinare - «che si era consolidat[o]» nella prassi - «tra costi *up front* non rimborsabili e costi *recurring* rimborsabili». La manifesta contrarietà di tale assetto disciplinare rispetto alle fonti sovraordinate (principi costituzionali e diritto europeo) è elemento che non viene però in alcun modo considerato in motivazione.

Le altre sei decisioni (dei tribunali di Genova, Savona e Napoli) accolgono le pretese del cliente di restituzione degli oneri *up front*. Quella del Tribunale di Genova per vero non dà conto della vigenza dell'art. 11-*octies*, e decide dunque sulla base dei principi Lexitor, riducendo tutti gli oneri economici del credito<sup>21</sup>. Le cinque residue si confrontano invece direttamente con il tema dell'interpretazione della disposizione in discorso, e giungono alla condivisa conclusione che esso non possa in alcun modo intendersi come tale da limitare l'applicazione della pronuncia Lexitor ai soli nuovi contratti.

In particolare, in quella emessa dal Tribunale di Savona<sup>22</sup> (peraltro richiamata dal Collegio ABF Roma remittente, e con cui quindi il Collegio di Coordinamento si è dovuto confrontare), la motivazione si spende nel mostrare che, anche escludendo che il richiamo alle «norme secondarie» di Banca d'Italia abbia il significato di distinguere sul piano degli oneri da ridurre tra vecchi e nuovi contratti, l'art. 11-*octies* della legge 106 del 2021 mantiene – nel suo complesso e ove incide sull'art. 125-*sexies* t.u.b. – un contenuto precettivo e non risulta vuotato di significato (pp. 7-10 della motivazione). Ciò, in ragione del fatto che esso contiene disposizioni ulteriori e nuove, queste ultime effettivamente destinate sul piano intertemporale ai nuovi contratti: il riferimento va alle già menzionate regole costituite dal criterio residuale del costo ammortizzato e dal riconoscimento al finanziatore del diritto di regresso nei confronti del mediatore, introdotti dalla formulazione dei nuovi commi secondo e terzo dell'art. 125-*sexies* t.u.b. Al

---

<sup>20</sup> G.d.P. Piombino, 16 agosto 2021, reperibile su *iusletter.com* e su *expartecreditoris.it*.

<sup>21</sup> Trib. Genova, 12 ottobre 2021, n. 2248, reperibile su *dirittodelrisparmio.it*.

<sup>22</sup> Trib. Savona, 15 settembre 2021, n. 680, reperibile su *dirittobancario.it*, con commento di B. CAMPAGNA.

contempo, il tribunale ligure osserva che il secondo comma della norma può e deve dunque essere interpretato in senso conforme a *Lexitor* – sicché «il principio di irretroattività sancito dall’art. 11-*octies* non può che riferirsi ai commi 2 e 3 dell’art. 125-*sexies* t.u.b. e cioè ai commi di nuova introduzione» (p. 10) – diversamente occorrendo procedere alla sua disapplicazione per contrarietà al diritto europeo<sup>23</sup>.

Anche le quattro pronunce del Tribunale di Napoli<sup>24</sup> affrontano l’interpretazione del secondo comma dell’art. 11-*octies* e concludono nel senso che sia possibile e quindi doverosa la sua interpretazione in senso conforme ai principi affermati dalla sentenza *Lexitor*, con l’effetto di imporre anche per i vecchi contratti la riduzione di tutti gli oneri economici del credito (anche se nel contesto di queste pronunce, a dire il vero, non si sviluppa il punto di quale sarebbe il significato specifico da attribuirsi alla disposizione di diritto transitorio). Ulteriore snodo condiviso con la pronuncia ligure si registra laddove il tribunale campano prospetta l’alternativa, ritenuta altrimenti inevitabile, della disapplicazione per contrarietà al diritto europeo della norma intertemporale. Quanto agli ulteriori argomenti spesi, le prime due decisioni (in senso cronologico) evidenziano concordemente, sulla scia di quanto rilevato dalla prima dottrina espressasi sul tema, che, se letta nel senso di escludere che ai vecchi contratti si applichi la *regula iuris* formulata da *Lexitor* (soluzione, nel caso di specie, caldeggiata dall’intermediario resistente), la disposizione di diritto transitorio appare «confliggere con il sistema della gerarchia delle fonti dell’ordinamento ... nella misura in cui determinerebbe la prevalenza di una fonte secondaria interna ... rispetto ad una fonte primaria e alla sua corretta interpretazione fornita dalla Corte di giustizia»<sup>25</sup>. Nelle altre due decisioni – l’ultima cronologicamente successiva alla pubblicazione della decisione del Collegio di Coordinamento, di cui dà rapidamente conto per poi espressamente discostarsene – si scorge la

---

<sup>23</sup> Si vedano anche le considerazioni sviluppate dal Tribunale sull’impossibilità di valorizzare il testo del vecchio art. 125-*sexies* t.u.b., a p. 6 della motivazione (in linea con quanto rilevato sopra nelle note nn. 4 e 5).

<sup>24</sup> Si tratta delle pronunce di Trib. Napoli Nord 23 settembre 2021 e 7 ottobre 2021 di Trib. Napoli del 13 ottobre 2021 e 22 ottobre 2021, tutte reperibili su *dirittobancario.it*.

<sup>25</sup> Trib. Napoli Nord 23 settembre 2021 e 7 ottobre 2021, *cit.* Il virgolettato nel testo si trova a p. 6 di entrambe le decisioni.

convinzione, anche questa già espressa in dottrina, secondo cui in ogni caso le «norme secondarie» evocate dal secondo comma dell'art. 11-*octies* non sono tali da legittimare univocamente la distinzione di trattamento disciplinare tra vecchi e nuovi contratti in sede di estinzione anticipata. Ciò, in considerazione del loro «carattere programmatico, indicativo, a volte interlocutorio, a volte sanzionatorio, di non chiara interpretazione», sicché a ben vedere tali provvedimenti – si rileva in motivazione – «non sono suscettibili di una diretta applicazione se non via interpretativa di una norma già completa nel suo precetto»<sup>26 27</sup>.

##### 5. (Segue) *La rimessione alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Torino*

Nella più recente presa di posizione che si registra in giurisprudenza, il Tribunale di Torino ha ritenuto di non decidere la controversia sottoposta al suo esame e di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, comma secondo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Trib. Napoli del 13 ottobre 2021 e 22 ottobre 2021, *cit.* Il virgolettato nel testo si trova a p. 18 della prima e a p. 13 della seconda. A fronte di tali considerazioni, può essere utile riportare quanto si legge sul sito della Banca d'Italia nella sezione «Normativa» (<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/index.html>): «Il Testo Unico Bancario e il Testo Unico della Finanza attribuiscono alla Banca d'Italia il potere di regolamentare numerosi aspetti dell'attività degli intermediari bancari e finanziari, per assicurare stabilità, efficienza e competitività al sistema finanziario. Gli atti normativi della Banca d'Italia possono assumere forme diverse (disposizioni di vigilanza, regolamenti, circolari) e presentano di regola un contenuto spiccatamente tecnico-finanziario. La Banca d'Italia diffonde anche comunicazioni concernenti aspetti o profili specifici delle materie regolamentate - non destinati ad essere inseriti in atti normativi ma che possono contenere integrazioni e precisazioni della disciplina». Si noti che nella stessa pagina si legge che: «Le fonti secondarie sono rappresentate dalle delibere del CICR».

<sup>27</sup> Si aggiunga infine che sia la decisione del Tribunale di Savona che le quattro pronunce napoletane escludono concordemente la strada di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia che sia funzionale a “limitare nel tempo” gli effetti della pronuncia Lexitor, alla luce dei limiti predicati dalla Corte di Giustizia per il ricorso a tale tecnica (v. la nota n. 10 che precede).

<sup>28</sup> Si tratta dell'ordinanza di Trib. Torino, 2 novembre 2021, pubblicata su *dirittobancario.it*. L'ordinanza è stata resa quando il presente lavoro era già in bozze. Si auspica quindi di offrirne un'utile descrizione. Non si è invece potuto, nell'ambito di queste note, svilupparne in chiave critica i notevoli profili di complessità (cui si accenna *infra* nella nota n. 36).

Nell'articolata motivazione a sostegno della rimessione, il Tribunale ripercorre in primo luogo le vicende che hanno segnato in Italia l'interpretazione del diritto alla riduzione del costo del credito di cui all'art. 125-*sexies* t.u.b. L'attenzione si ferma quindi sui provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza intervenuti dal 2009 al 2018. A questo riguardo, il giudice non si limita a rilevare che essi davano conto della distinzione operata dalle imprese tra oneri *up-front* e oneri *recurring* (così in un certo senso implicitamente legittimandola, come nella sostanza argomenta il Collegio di Coordinamento). Osserva invece che tali provvedimenti riflettevano una precisa concezione della materia della riduzione del costo del credito elaborata dalla Banca d'Italia e fondata non solo sul vecchio testo dell'art. 125-*sexies* t.u.b., ma anche su appigli di taglio civilistico che consentirebbero di concludere sulla base dei principi nel senso della tendenziale irripetibilità degli oneri *up front* (pp. 4-5 della motivazione)<sup>29</sup>. Svolto questo rilievo, l'attenzione si concentra sull'assetto disciplinare stabile nel «diritto applicato» in Italia fino alla pronuncia Lexitor, il cui contenuto viene ampiamente descritto, per poi volgere alla giurisprudenza italiana successiva che ne ha accolto i principi (pp. 6-7).

---

<sup>29</sup> Si tratta del passaggio alle pp. 4-5 riportato di seguito: «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 [...]. 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».

Nel secondo snodo della motivazione l'attenzione si appunta sull'art. 11-*octies*, comma secondo. Sul profilo del significato precettivo proprio di tale disposizione, il Tribunale di Torino mostra di condividere la lettura della decisione che si annota. «L'integrazione nella norma primaria degli orientamenti di Banca d'Italia 'vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti'» – si legge a p. 11 – ha inequivocabilmente la portata di distinguere la disciplina della riduzione del costo del credito tra vecchi e nuovi contratti, autorizzando per i primi il trattenimento degli oneri *up front*. In altri termini, la norma di diritto transitorio, letta nel contesto in cui si iscrive, «non consente di disconoscere la scelta del legislatore di dichiarare, nel suo insieme, l'art. 125-*sexies* t.u.b. novellato applicabile soltanto ai contratti sottoscritti successivamente alla sua entrata in vigore» (p. 11). Riprendendo e dando sviluppo ulteriore ad alcuni rilievi del Collegio di Coordinamento, si osserva che la scelta sottesa alla norma in discorso corrisponde ad un'opzione per una «politica gradualistica», tendente a salvaguardare i «diritti acquisiti» dall'impresa in relazione al definitivo trattenimento degli oneri *up front* rispetto ai vecchi contratti (p. 11).

Assunta questa lettura della disposizione in discorso, la motivazione del giudice piemontese segue in linea di massima i passi logici svolti dalla decisione dell'Arbitro. In termini però tutt'altro che dubitativi, rileva anzitutto il palese contrasto tra la norma così intesa e il sovraordinato diritto europeo alla riduzione del costo del credito come interpretato in modo vincolante dalla sentenza *Lexitor*. Ritiene poi di escludere la possibilità di un'interpretazione conforme alla luce della ritenuta univocità di significato della disposizione di diritto transitorio. Il Tribunale afferma anzi che l'intenzione che la norma sottende sia proprio quella di provocare «un'antinomia» tra diritto interno e diritto europeo non risolubile sul piano ermeneutico: «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 [...] non è più in grado di interpretare l'art. 125-*sexies* t.u.b. (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» (p. 12). Da quest'angolo visuale, vengono passate in rassegna le differenti posizioni sul punto già espresse dal Collegio ABF di Roma (in sede di rimessione al Coordinamento) e dal Tribunale di



Savona, che sono ritenute non condivisibili da un lato per il peso determinante che il Tribunale di Torino, come l'Arbitro, ritiene di attribuire alla volontà politica che la norma esprime, e, dall'altro, per la necessità logica di evitare la conseguenza di una interpretazione abrogativa della stessa (p. 13). Scartata questa strada, il giudice piemontese ritiene altresì preclusa l'alternativa della disapplicazione diretta della norma europea, con rilievi analoghi a quelli svolti dal Collegio di Coordinamento in merito alla mancanza di effetti diretti tra i privati della direttiva.

Si approda infine alla valutazione di conformità della norma di diritto transitorio così interpretata rispetto ai parametri costituzionali. Su questo profilo, il Tribunale di Torino rileva che, a livello istituzionale, «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» (p. 15)<sup>30</sup>. 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*, 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 primo comma della Costituzione»<sup>31</sup>. Al contempo, «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

---

<sup>30</sup> Sull'eccezionale potere di limitare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce, che compete solo alla Corte di Giustizia nel contesto della singola decisione pregiudiziale, v. la precedente nota n. 10.

<sup>31</sup> Si tratta dei medesimi parametri costituzionali già evocati da G. MUCCIARONE, *op. cit.*, e U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, cit. (i quali tuttavia ritengono possibile l'interpretazione conforme al diritto europeo della norma di diritto transitorio).

discriminatorio e sospetto di illegittimità costituzionale anche ai sensi dell'art. 3 Cost.»<sup>32</sup> (p. 16).

#### 6. *Brevi considerazioni conclusive e possibili scenari*

La decisione del Collegio di Coordinamento in commento – che di per sé segna un arretramento sul piano dell'effettività della tutela dei consumatori in punto di corretta attuazione dell'art. 16 della dir. 48 del 2008 – non può essere condivisa nel suo percorso motivazionale, né negli esiti cui approda. In particolare, contrariamente a quanto ritenuto dall'Arbitro (e da ultimo anche dal Tribunale di Torino), seguendo una linea invece condivisa da alcuni autori pronunciatisi per primi in materia, l'interpretazione conforme ai principi *Lexitor* del secondo comma dell'art. 11-*octies* appare possibile, in quanto non conduce ad una lettura della norma eccedente rispetto ai margini consentiti dalla sua formulazione letterale. Ciò per il carattere tutt'altro che univoco (nel senso della legittimità della prassi di trattenere gli oneri *up front*) delle «norme secondarie» dell'Autorità di Vigilanza che la disposizione richiama<sup>33</sup>. Da quest'angolo visuale, non può concordarsi in merito alla rilevanza determinante attribuita dall'Arbitro all'argomento di taglio “storico” sviluppato in motivazione. Di là dal necessario concorso di

---

<sup>32</sup> La sostanza di questo tratto della motivazione evoca le considerazioni di A.A. DOLMETTA, nell'intervista indicata alla nota n. 14 che precede, il quale ritiene necessario il ricorso alla Consulta per comporre il conflitto tra la norma e la Costituzione.

<sup>33</sup> Nonostante lo sforzo dell'Arbitro di trascrivere le «norme secondarie» dell'Autorità di Vigilanza (v. p. 9), dai relativi passaggi non si desume – tantomeno in modo univoco – l'autorizzazione a distinguere tra oneri *up front* e oneri *recurring* in sede di estinzione anticipata (il motivo ricorrente è semmai quello dell'esortazione alla «trasparenza» nell'indicazione delle condizioni di riduzione). Al contempo, non pare pregnante l'argomento (a p. 10 in alto) che il Collegio trae dal confronto tra le disposizioni emesse fino al 2018 e il provvedimento del 4 dicembre 2019 che, a valle della pronuncia *Lexitor*, precisa che gli intermediari dovevano conformarsi anche rispetto ai vecchi contratti. Il fatto che tale indicazione fosse assente nelle disposizioni emesse fino al 2018 non dimostra che tali norme autorizzassero gli intermediari a trattenere i costi *up front*: attesta invece che fino al 2018 le norme dell'Autorità di Vigilanza non hanno espressamente indicato quali oneri dovessero essere restituiti (e quali, nel caso, potessero all'opposto essere trattenuti definitivamente dall'impresa). In questo senso sono da precisarsi le considerazioni sul contenuto delle disposizioni di trasparenza in tema espresse nel mio contributo indicato alla nota n. 3 che precede.

tale criterio ermeneutico con gli altri a disposizione dell'interprete (passaggio che si ritiene essere stato omissso dal Collegio), non sembra corretto intenderlo come volto a valorizzare esclusivamente l'intento politico – che peraltro non risulta dichiarato, in sede parlamentare, dai proponenti della disposizione – che la norma sottenderebbe, così evitando di misurarsi con l'esigenza, imposta dai principi che governano l'interpretazione, di un armonico inserimento della disposizione nell'ordinamento inteso nel suo complesso sistematico<sup>34</sup>

<sup>35</sup>

Il secondo comma dell'art. 11-*octies* dovrebbe dunque essere interpretato in senso conforme al diritto europeo. In particolare, appare convincente la soluzione proposta dall'ultimo autore espressosi sul tema, nel senso che – oltre all'effetto di riferire ai nuovi contratti gli elementi di novità del nuovo art. 125-*sexies* t.u.b. (criterio di calcolo residuale e regresso verso il mediatore) – il significato proprio della

---

<sup>34</sup> Per l'attuale concezione del canone di interpretazione storica, necessariamente sganciato dalla indagine «di quali furono i motivi diretti della formulazione della norma» (e dunque dalla ricerca della «volontà del legislatore inteso come persona fisica»), e orientato a ricercare «la volontà, lo spirito, il contenuto obbiettivo della norma in sé considerata», v. la fondamentale voce di M. ROTONDI, *Interpretazione del diritto*, in *Novissimo Dig.*, VIII, Torino, 1968, 896.

<sup>35</sup> La notazione critica contenuta nel testo può in linea di massima rivolgersi anche alla pronuncia del Tribunale di Torino, considerato che quest'ultima nella sostanza condivide l'argomento di taglio storico sviluppato dal Collegio di Coordinamento, valorizzando la volontà politica sottesa alla norma.

Al contempo, nei limiti in cui è consentito dall'impostazione del presente contributo (v. su cui v. la nota n. 28 che precede), occorre notare che il giudice piemontese introduce temi ulteriori e che meritano un cenno di approfondimento. Il riferimento va in particolare al passaggio ove l'estinzione anticipata viene concepita in chiave civilistica come recesso da parte del cliente (p. 5), e al (conseguenziale) punto ove si afferma che le commissioni pagate in sede di stipula e qualificate *up front* costituiscono «diritti acquisiti» dall'impresa (p. 11). Tale ragionamento risulta assai opinabile solo che si consideri, da un lato, il diverso (e a me pare preferibile) inquadramento dell'estinzione anticipata come facoltà alternativa di adempimento dell'obbligazione restitutiva concessa direttamente dalla legge (in questo senso v. A.A. DOLMETTA-A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*) e, dall'altro, la notazione secondo cui, pur essendo state versate in sede di stipula, le commissioni che sono costo del credito trovano in linea di principio ragione causale nella prestazione caratteristica del finanziatore rappresentata dal differimento temporale (= la promessa di non esigere per un certo tempo la restituzione del capitale (v. sul punto la nota n. 4).

disposizione intertemporale in discorso è quello di autorizzare le imprese a prescindere da una nuova informativa contrattuale (coerente ai principi Lexitor) sugli effetti dell'estinzione anticipata dei vecchi contratti<sup>36</sup>.

Chiarito ciò, sia consentito un ultimo rilievo in merito alla motivazione della decisione che si annota. Specie se si seguono da qualche tempo le vicende dell'estinzione anticipata e del diritto del consumatore alla riduzione del costo del credito, balza agli occhi il passaggio, cui si è già accennato sopra al n. 2 e che si riporta di seguito per esteso, ove l'Arbitro rileva che la volontà politica sottesa alla norma di diritto transitorio, e cioè quella di «riportare indietro le lancette dell'orologio», «può avere tratto ispirazione da 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» (p. 12). Quello che preme evidenziare è che non pare potersi ricondurre alla «giurisprudenza nazionale» l'«affidamento» ingenerato nelle imprese del settore in merito alla legittimità della prassi tradizionale di trattenerne alcuni costi previa loro qualificazione come *up front*. In altre e più semplici parole, non si può ritenere la giurisprudenza responsabile del disordine interpretativo in cui si è venuto a trovare il mercato all'esito della pronuncia Lexitor e dei conseguenti problemi pratici in cui è incorso. Le indicazioni dei tribunali italiani non erano forse univoche nel senso di vietare alle imprese di trattenerne gli oneri *up front*, ma non pare questo il punto. Invero, nel settore del credito al consumo, e più in generale nel contesto del mercato bancario quale «mercato regolato»<sup>37</sup>,

---

<sup>36</sup> U. MALVAGNA *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, cit. La diversa soluzione suggerita da G. MUCCIARONE, *op. cit.*, pare privare di autonomo significato il secondo comma dell'art. 11-*octies*. Infatti, anche in mancanza di tale disposizione, e in considerazione della perdurante vigenza delle disposizioni di trasparenza, le imprese dovrebbero a rigore procedere ad una nuova informativa contrattuale degli effetti dell'estinzione dei vecchi contratti coerente ai principi Lexitor.

<sup>37</sup> Ove la regolazione è operata anzitutto attraverso il diritto dei contratti: v. F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte sociale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, pp. 95 ss. Per una prospettiva ricostruttiva orientata dal perno della qualificazione soggettiva di una parte quale consumatore, v. P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in F. MACARIO- M.C. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e*

la responsabilità relativa all'attività di specificazione delle modalità con cui devono essere applicate dalle imprese le norme di legge conformative dei prodotti (come l'art. 125-*sexies* t.u.b.) ricade primariamente (non tanto sui giudici di merito ma) sull'Autorità di Vigilanza, secondo il preciso disegno voluto dal sistema (cfr. artt. 5, 53 e 117, comma 8 t.u.b.)<sup>38 39</sup>.

---

*complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 617 ss.

<sup>38</sup> La precisazione si rinviene anche nella pronuncia del Tribunale di Torino, laddove a p. 12, rileva che «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 ...».

<sup>39</sup> Volendo aprire un po' lo spettro del discorso, deve dirsi che non pare condivisibile la tendenza, che emerge diffusa tra gli operatori, di individuare la fonte principale dei problemi derivanti dall'adeguamento a Lexitor *al di fuori* dell'ambito dell'autonomia dell'impresa predisponente (a seconda delle sensibilità e con varie sfumature: nell'attività dell'Autorità di Vigilanza, nella giurisprudenza interna ed europea o infine nella mutevolezza degli orientamenti ABF in tema).

Per sviluppare questa notazione, va anzitutto rilevato che la norma europea (art. 16 dir. 48/2008) è (da sempre) chiara nell'individuare come oggetto della riduzione il «costo totale del credito» (come definito dalla direttiva all'art. 3, comma 1, lett. g) in ottica inclusiva di tutti i possibili oneri economici, eccettuate le sole spese notarili). La vecchia formulazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b. era forse meno precisa in questo senso. Tuttavia, anche prescindendo per un momento dall'approccio letterale preferibile rispetto alla precedente disposizione (v. *supra* nota n. 4), deve dirsi che, in linea di principio, la singola impresa – operando secondo la diligenza professionale che è tenuta ad osservare anche nella fase di predisposizione del contratto – avrebbe potuto pervenire alla conclusione che conformare un prodotto di credito al consumo escludendo una porzione consistente degli oneri dal perimetro della riduzione fosse una prassi quantomeno *dubbia* in punto di conformità al sovraordinato diritto europeo (specie considerato il profilo dell'effettività del diritto del cliente alla riduzione). E forse tale consapevolezza si poteva raggiungere piuttosto agevolmente, se si considera che le imprese bancarie sono necessariamente dotate di un supporto interno per la gestione del «rischio legale» (*i.e.* di violazione della legge) costituito dalla funzione interna di *compliance* (si veda in tema la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 «Disposizioni di vigilanza per le banche», 34° aggiornamento, reperibile su <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c285/>, Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. III ed in particolare il par. 3.2. rubricato 3.2 «Funzione di conformità alle norme (*compliance*)», ove emergono stringenti requisiti e obbiettivi di competenza, sostanziale indipendenza ed efficacia dell'azione di questa articolazione interna dell'impresa; la stringa «rischio legale» era invece contenuta nelle abrogate «Disposizioni di Vigilanza in materia di *compliance*» del 10 luglio 2007).

Quanto ai possibili scenari futuri si deve anzitutto dire che è assai probabile che il contenzioso in tema di estinzione anticipata dei contratti di credito al consumo sia destinato, nei prossimi mesi e almeno fino alla pronuncia della Corte Costituzionale, ad abbandonare l'Arbitro e defluire verso la giurisdizione ordinaria<sup>40</sup>. Più in particolare,

---

Da questa visuale, anche l'eventuale «affidamento» sulla stabilità della distinzione operata nei vecchi contratti tra oneri *up front* e *recurring* – ingenerato in capo alle imprese dalle disposizioni della Banca d'Italia – sfuma nella sua rilevanza (perde insomma il connotato della ragionevolezza, o se si vuole diventa in una certa misura colpevole), rappresentando i provvedimenti dell'Autorità di settore norme secondarie, comunque sotto-ordinate alla direttiva europea, e che non possono porsi in contrasto con essa. Del resto, su di un piano generale, l'attività dell'Autorità di Vigilanza si sovrappone e non sostituisce mai la principale fonte di eteronomia regolatoria del diritto privato costituita dalla legge primaria (il rilievo è di U. MALVAGNA, *Contratti di settore e struttura della contrattazione d'impresa*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, 2, 478-483). Il fatto che nel mercato europeo fosse diffusa la prassi di distinguere tra oneri in sede di riduzione non impatta sulle suesposte considerazioni.

In prospettiva ricostruttiva, per la valorizzazione del ruolo della funzione di *compliance* nell'impresa bancaria, complementare rispetto a quello svolto dall'Autorità di Vigilanza, e per il rilievo per cui l'attività di questa articolazione interna della banca deve essere orientata dal principio di «prudenza tecnico-giuridica» nell'ottica di evitare lo sviluppo di prassi rischiose perché discutibili nella loro conformità alla legge, specie nella fase di predisposizione del contratto-prodotto, v. i rilievi di A.A. DOLMETTA, *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 120 ss., ove si dà conto di vicende storiche in cui al contrario le banche si sono addentrate in «soluzioni operative intrinsecamente avventurose» dal punto di vista tecnico-giuridico.

<sup>40</sup> Anche U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, cit., condivide questa previsione.

La prospettiva segnalata nel testo potrebbe peraltro sollecitare una riflessione sul ruolo che va assumendo l'Arbitro nel sistema. Infatti, la peculiare utilità di questo strumento di *ADR* per il mercato del credito è stata ravvisata, per lo meno sino ad ora, nella sua attitudine a ricevere e trattare, in modo più efficiente rispetto alla giurisdizione ordinaria, proprio controversie della specie di quelle che prendono forma nel particolare ambito della riduzione del costo del credito (= di taglio contenuto, di carattere seriale e ad elevato tasso di tecnicismo), così orientando l'operatività delle imprese al rispetto della legge. In questo senso, per tutti, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 25 ss., che pone l'accento sul ruolo conformativo rivestito dall'ABF con riferimento a prassi di impresa che danno vita a controversie di piccolo taglio, e P. SIRENA, in *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 9, e in *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in

si può immaginare, da un lato, che le nuove pretese “restitutorie” dei clienti saranno azionate avanti ai giudici di merito e, dall’altro, che molti tra coloro che hanno presentato ricorso in ABF rinunceranno allo stesso prima che venga deciso, per eventualmente ripresentarlo all’esito della pronuncia della Consulta, e di un nuovo possibile mutamento di rotta nell’orientamento dei Collegi. Va detto per inciso che l’impresa non potrà opporsi a tale iniziativa del cliente, posto che correttamente l’Arbitro esclude la necessità di qualsivoglia forma di “accettazione” della resistente a fronte della rinuncia, che produce sempre effetto estintivo<sup>41</sup>. Di non immediata soluzione si presenta poi il problema della gestione dei procedimenti in tema che per qualsivoglia motivo non lasceranno l’ABF, anche se evidenti ragioni di opportunità suggeriscono di rinviarne l’esame ad un momento successivo alla pronuncia della Consulta<sup>42</sup>.

---

*Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2017, 1, 3 ss. il quale valorizza il ruolo «quasi-regolatorio» dell’Arbitro nella risposta ad interessi «diffusi e frammentati» tendenzialmente gestiti in modo inefficiente dalla giurisdizione ordinaria).

<sup>41</sup> Per tutti ABF Bari 7374/2020 e ABF Bari 9394/2018, quest’ultima ove si legge che «Al riguardo, osserva il Collegio che nel procedimento ABF non è richiesta un’accettazione espressa da parte dell’intermediario della rinuncia comunicata dal ricorrente, essendo il ricorrente dominus del procedimento. Ai sensi della Sez. VI.2 delle ‘Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari’, d’altronde, ‘in caso di rinuncia al ricorso, inequivocabilmente espressa dal ricorrente (o dal suo rappresentante in possesso di specifica procura), il collegio dichiara l’estinzione del procedimento’»).

Del resto, la piena disponibilità dello strumento di ADR da parte del cliente riflette l’orientamento mono-vettoriale della normativa sostanziale che lo stesso è chiamato ad applicare (la trasparenza), e appare pienamente coerente con la sua funzione conformativa e regolatoria del mercato bancario (v. la nota precedente).

<sup>42</sup> Le ipotesi di “sospensione” (in senso lato) contemplate dalle regole di funzionamento dell’Arbitro («Risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (Arbitro Bancario Finanziario)», aggiornamento del settembre 2020, reperibili sul sito di Banca d’Italia) sono essenzialmente costituite dalla sospensione del procedimento per necessità di integrazioni documentali o chiarimenti, e dal rinvio (di un massimo di novanta giorni) per essere le questioni oggetto di ricorso «di particolare complessità» (e costituiscono indici di particolare complessità, secondo tali regole, «tra l’altro, la specificità della materia trattata, la rimessione del ricorso, o di altro ricorso pendente sulla stessa questione, al Collegio di coordinamento o la richiesta da parte del Collegio (incluso il Collegio di coordinamento) di ulteriori elementi istruttori alle parti»).

Per quanto concerne l'atteggiamento dei giudici di merito, pare a chi scrive che lo spaccato offerto dalle decisioni passate in rassegna e pubblicate da luglio 2021 ad oggi renda ragionevole prevedere che i tribunali italiani si fermeranno a valutare la (manifesta) tensione tra la norma di diritto transitorio e le fonti sovraordinate. Nei casi in cui la causa sta muovendo verso la sua conclusione, e risulta quindi sostanzialmente precluso l'utilizzo dei poteri ordinatori nell'ottica della definizione di un calendario che consenta di attendere l'intervento della Consulta, sembra di poter dire, in base all'esperienza giudiziaria, che l'iniziativa più comune sarà la sospensione del procedimento fino all'arresto del giudice delle leggi<sup>43</sup>. Alcuni procederanno forse ad un

---

<sup>43</sup> La sospensione della cause civili per la pendenza di una questione di costituzionalità sollevata da altro giudice è prassi diffusa nei tribunali italiani. Ne danno conto, ad esempio, A. CARRATTA- C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2021, 188-190, i quali rilevano che la stessa non poggia – almeno a livello teorico – su basi particolarmente solide.

In effetti, la dottrina processualistica la inquadra, insieme alla pendenza di una questione pregiudiziale europea ex art. 267 TFUE proposta da altro giudice, tra i casi di c.d. “sospensione impropria” e dubita della sua ammissibilità, o se non altro della sua riconducibilità all'ipotesi prevista dall'art. 295 c.p.c. (per tutti, oltre agli a. appena citati, si v. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, 74 ss e 400 ss.). Quanto alla giurisprudenza, quella ordinaria di legittimità, di là da alcune posizioni rigide espresse più che altro in un passato non recentissimo (v. ad esempio Cass. 14.9.1999, n. 9813, in *Giust. Civ.*, 1999, 12, 3273 ss. con nota adesiva di A. BRIGUGLIO) pare oggi orientata ad ammettere questo tipo di provvedimento assai frequente nella prassi (si veda ad esempio Cass. SS. UU., 16 aprile 2012, n. 5943), in certi casi anche affermandolo espressamente (Cass. 9 ottobre 2006, n. 21635 in tema di c.d. pregiudiziale comunitaria). La giurisprudenza amministrativa è dal canto suo ormai consolidata nel consentire la sospensione e nel ricondurla all'art. 295 c.p.c.. Per tutte, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 8 ottobre 2014, n. 28, che motiva rilevando che tale soluzione «è conforme sia al principio di economia dei mezzi processuali che a quello di ragionevole durata del processo (che assumono un particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici), in quanto, da un lato, si evitano gli uffici, alle parti e alla medesima Corte costituzionale dispendiosi adempimenti correlati alla rimessione della questione di costituzionalità, dall'altro, si previene il rischio di prolungare la durata del giudizio di costituzionalità (e di riflesso di quelli *a quo*)». Apparentemente chiusa alla prospettiva della sospensione è invece la Corte Costituzionale (si veda la recente ordinanza n. del 8 settembre 2020 n. 202, ove si legge che: «la sospensione di un giudizio per la pendenza di una questione di legittimità costituzionale sollevata in un giudizio diverso è, quindi, un provvedimento difforme da univoche indicazioni normative»).



tentativo di interpretazione dell'art. 11-*octies*, comma secondo, in senso conforme al diritto europeo (passaggio che risulta comunque dovuto sulla base dei principi della materia), oppure riterranno di arricchire il dibattito sulla sua legittimità costituzionale con un'ulteriore rimessione alla Consulta (con le stesse o altre motivazioni rispetto a quelle offerte dal Tribunale di Torino)<sup>44</sup>. Nemmeno sembra da scartare la strada della immediata disapplicazione della norma interna per contrasto con quella europea.

Si auspica infine che la Corte Costituzionale tenga fermi nell'ordinamento interno i principi sanciti dalla sentenza *Lexitor* rispetto a tutti i contratti del settore, indipendentemente dal momento della loro stipula. Ciò nell'ottica del perseguimento dell'obiettivo della tutela effettiva del cliente consumatore, e a prescindere dalla soluzione tecnica che sarà in concreto adottata dalla Consulta (sentenza di accoglimento; pronuncia di inammissibilità o di rigetto con effetto "interpretativo" dell'art. 11-*octies*, comma secondo, in senso conforme al diritto europeo). Tra le opzioni e disposizioni della Corte, da segnalare è anche quella – prospettata in un passaggio dell'ordinanza del Tribunale di Torino<sup>45</sup> – dell'instaurazione di un «dialogo» tra Corti

---

Pare a chi scrive che l'eterogeneità delle posizioni che si registrano in tema suggerisca che esso meriti ulteriore approfondimento (anche in ragione della sua importanza per il sistema), se possibile con un approccio trasversale che componga le esigenze emergenti dai vari ambiti che esso tocca. Ad un primo esame, escludere la possibilità di una qualche forma di arresto temporaneo del procedimento nel caso in cui esso sia prossimo all'epilogo (o financo al giudicato) sembra soluzione irragionevole, potenzialmente foriera di disparità di trattamento di situazioni tra loro uguali, per il fatto che le pronunce della Corte per definizione incidono su tutti i rapporti che non siano ancora "esauriti" (art. 30, comma terzo, legge 11 marzo 1953, n. 87).

<sup>44</sup> I vari giudizi di costituzionalità attivati potranno poi eventualmente essere trattati congiuntamente in base all'art. 15 delle Norme integrative per il funzionamento della Corte Costituzionale (G.U. 7 novembre 2008, n. 261 e ss. mm.) (il cui primo comma recita: «Il Presidente, d'ufficio o a richiesta di parte, può disporre che due o più cause siano chiamate alla medesima udienza o trattate nella medesima riunione in camera di consiglio per essere congiuntamente discusse»).

<sup>45</sup> Il riferimento va al seguente passaggio a p. 15: «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

per il tramite di un rinvio pregiudiziale al giudice di Lussemburgo<sup>46</sup>. Se è vero che, come già segnalato nel corso di queste note, questa opzione tendenzialmente confligge con la giurisprudenza della corte europea (che non ammette limitazioni nel tempo degli effetti delle proprie pronunce operate su successivi rinvii pregiudiziali) non si può escludere che la considerazione della dimensione sovranazionale che la questione dell'adeguamento dei “vecchi” contratti alla pronuncia Lexitor va assumendo porti i giudici di Lussemburgo a concludere diversamente<sup>47</sup>.

---

in via incidentale, proponga nuove questioni pregiudiziali, secondo il principio che essa ha già espresso nell'ordinanza 18 luglio 2013 n. 207».

<sup>46</sup> La prospettiva del dialogo tra le Corti si apre come noto con l'arresto della Consulta del 2013 (n. 270/2013), con il quale – disattendendo il precedente orientamento – il giudice delle leggi ha per la prima sollevato rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia nel contesto dell'esame di una questione di costituzionalità attivata da un giudice ordinario. La più nota esperienza storica di «dialogo» è ad oggi rappresentata dal «caso Taricco». Sul tema v., per primi riferimenti, B. RANDAZZO, *Le Corti e la fascinazione del 'dialogo': tra cooperazione e negoziazione a margine della vicenda Taricco e dintorni*, C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti: alla prova della "saga Taricco"*, Milano 2018, 300 ss.

<sup>47</sup> In ambito europeo, la tematica della riduzione del costo del credito pare destinata nel prossimo futuro a dare luogo ad accese discussioni anche nel diverso ambito del credito immobiliare ai consumatori (direttiva 2014/17/UE). A questo riguardo, è opportuno segnalare che risulta che la Corte suprema austriaca (*Oberster Gerichtshof*) abbia, ad agosto 2021, rimesso alla Corte di Giustizia un quesito pregiudiziale che, in estrema sintesi, attiene alla doverosità dell'applicazione dei principi Lexitor nel diverso campo del credito immobiliare ai consumatori (si tratta dell'ordinanza OGH 19.8.2021, 5 Ob 66/21y, reperibile al link <https://verbraucherrecht.at/ogh-legt-frage-zur-vorzeitigen-rueckzahlung-bei-hypothekarkrediten-eugh-vor/5992>, e ove la questione pregiudiziale è individuata come segue alle pp. 1-2 dell'ordinanza: «Ist Artikel 25 Abs 1 der Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr 1093/2010 dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die vorsieht, dass sich im Fall der Ausübung des Rechts des Kreditnehmers, den Kreditbetrag vor Ablauf der bedungenen Zeit zum Teil oder zur Gänze zurückzuzahlen, die vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen und die von der Laufzeit abhängigen Kosten verhältnismäßig verringern, während es für laufzeitunabhängige Kosten an einer entsprechenden Regelung fehlt?»).

Dalla motivazione dell'ordinanza sembra infatti emergere che la più recente modifica della legge austriaca attuativa della dir. 2014/17 recepisca (anche nel diverso settore del credito immobiliare) i principi Lexitor, che invece non si trovavano riflessi

---

nei vecchi contratti del settore. Il quesito è quindi diretto a comprendere se sia legittimo, per i vecchi mutui austriaci, il trattenimento di alcune commissioni in sede di estinzione anticipata, o se viceversa tale prassi sia (come è stato già affermato da Lexitor per il credito al consumo) illegittima alla luce dell'art. 25 della dir. 2014/17.

Se si è bene intesa la portata della remissione, un'eventuale pronuncia della Corte di Giustizia che aderisse al secondo corno della descritta alternativa avrebbe, ad una prima valutazione, una portata molto rilevante anche nel mercato italiano dei mutui ipotecari ai consumatori. La disciplina italiana dell'estinzione anticipata, in questo diverso settore, è ora contenuta nell'art. 120-*quaterdecies.1*, introdotto anch'esso con l'art. 11-*octies* della legge 106/2021, e in particolare dal punto a) del primo comma, che riprende la vecchia formulazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b., prima espressamente richiamata dall'art. 120-*noviesdecies*, comma primo (tale rinvio espresso è coerentemente eliminato dal testo unico ad opera del punto b) del primo comma dell'art. 11-*octies*). La norma recita quindi: «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».

Ad oggi, l'ABF sembra escludere che i principi Lexitor si applichino al settore dei mutui ipotecari (si v. ABF Palermo n. 18803 del 11 agosto 2021, secondo cui: «la [...] sentenza della Corte di Giustizia si riferisce esclusivamente alla direttiva 2008/48/CE e non è perciò corretto, sul piano formale, postularne sic et simpliciter la diretta ed automatica applicazione anche alla direttiva 2014/17/UE, sul credito immobiliare al consumatore» (cfr. Coll. Napoli, n. 1753/2021). Ne discende, pertanto, che non potendosi applicare al caso in esame i principi formulati nella nota sentenza "Lexitor", così come invece espressamente richiesto da parte ricorrente, il ricorso non può trovare accoglimento»).