

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

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

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

GENNAIO/MARZO

2022

[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



## **Estinzione anticipata del credito al consumo: riduzione del costo del credito ed indennizzo (\*)**

**SOMMARIO:** 1. Le due metà del rimborso anticipato ed il Decreto Sostegni-*bis*. – 2. La riduzione del costo totale del credito e la norma transitoria del Sostegni-*bis*: *ratio legis* e gerarchia delle fonti. – 3. La questione di legittimità costituzionale e la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata. – 4. L'indennizzo: le "clausole 1%". – 5. Limiti dell'indennizzo e trasparenza. – 6. Limiti dell'indennizzo e vicinanza della prova.

### *1. Le due metà del rimborso anticipato ed il "Sostegni-bis".*

Ancor oggi contrastata nella giurisprudenza togata di merito e nella dottrina, la questione, postasi nel vigore della versione dell'articolo 125-*sexies* T.u.b. anteriore al c.d. "Decreto Sostegni-*bis*"<sup>1</sup>, della inclusione di tutti gli oneri del finanziamento al consumo nel costo

---

\* Le opinioni qui contenute sono espresse solo a nome mio; non sono espresse a nome dell'Arbitro Bancario Finanziario e non lo impegnano in alcun modo.

<sup>1</sup> *Rectius*: anteriore al 25 luglio 2021, data di entrata in vigore della legge 23 luglio 2021, n. 106 (art. 1, co. 4), in *G.U.* del 24 luglio 2021, che, nel convertire in legge il d.l. 25 maggio 2021 n. 73, vi ha inserito l'articolo 11-*octies*, che ha sostituito l'articolo 125-*sexies* T.U.B.

totale soggetto a riduzione in caso di rimborso anticipato<sup>2</sup>, aveva trovato pace in seno all'Arbitro Bancario Finanziario<sup>3</sup>.

Questo aveva recepito, con riguardo a tutti i rapporti, sia quelli estinti sia quelli in corso, l'interpretazione della omologa norma recata dall'articolo 16 della direttiva CE sul credito ai consumatori<sup>4</sup> resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza "Lexitor"<sup>5</sup>: senza prender partito sulla correttezza dell'interpretazione, il Collegio di Coordinamento dell'ABF, così come parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, vi si era adeguato, riconoscendone l'efficacia vincolante in quanto diritto europeo vivente cui il diritto di ciascuno Stato membro deve conformarsi. Così, aveva riconosciuto che ogni

---

<sup>2</sup> In giurisprudenza, *ex multis*, per l'inclusione di tutti i costi, sia *recurring* sia *up-front*, in ossequio alla sentenza "Lexitor", Trib. Napoli, 7 febbraio 2020; Trib. Torino, 21 marzo 2020; Trib. Roma, 22 ottobre 2020; Trib. Milano, 3 novembre 2020; Trib. Savona, 14 novembre 2020; Trib. Pavia, 17 novembre 2020; Trib. Bologna, 7 gennaio 2021; Trib. Palermo, 14 gennaio 2021; Trib. Milano, 9 aprile 2021; Trib. Brindisi, 4 ottobre 2021; Trib. Genova, 14 ottobre 2021; *contra* Trib. Monza, 22 novembre 2019; Trib. Napoli, 22 novembre 2019; Trib. Napoli, 10 marzo 2020; Trib. Vicenza, 13 novembre 2020; Trib. Cassino, 2 febbraio 2021; Trib. Bari, 16 settembre 2021; Trib. Roma, 11 febbraio 2021; Trib. Crotone, 11 ottobre 2021.

In dottrina, per quest'ultima soluzione, negando l'efficacia vincolante della sentenza Lexitor, A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 17 s.; ritenendo l'art. 125-*sexies*, co. 1, di contenuto contrario al principio Lexitor e questo criticando G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, I, 288 e 286; riconosce l'efficacia vincolante della sentenza, ma ne contesta la soluzione, R. SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 26 ss. e 24 ss.; riconoscono l'efficacia vincolante e ne condividono la soluzione, A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e "riduzione del costo totale del credito". Il caso della cessione del quinto*, *ivi*, 2019, II, 647 ss., ma sulla base di un ragionamento parzialmente diverso, e 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, f. IV, s. II, 163 e 169 ss.

<sup>3</sup> A partire dalla pronuncia del Collegio di Coordinamento dell'ABF del 17 dicembre 2019, n. 26525.

<sup>4</sup> Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 «relativa ai contratti di credito ai consumatori».

<sup>5</sup> C. Giust. UE, 11 settembre 2019, C 383-18.

onere è incluso nel costo totale del credito soggetto a riduzione in caso di rimborso anticipato, laddove prima aveva ritenuto, a cominciare dal 2011, che solo gli oneri *recurring* vi fossero inclusi, non anche gli *up-front*<sup>6</sup>.

Linea di pensiero, questa più antica, che era stata presupposta anche nelle Disposizioni di Banca d'Italia sulla "Trasparenza dei servizi bancari e finanziari", a partire dall'aggiornamento del 9 febbraio 2011 (sez. VII, § 5.2.1) e nel Provvedimento della stessa Autorità n. 145/2018 in tema di "Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione" (§§ 11, 12, 20 e 62 ed Allegato). Anche la Vigilanza, poco dopo la sentenza Lexitor, aveva indicato agli intermediari la necessità di adeguarsi alla pronuncia anche per i contratti in corso (provvedimento del 4 dicembre 2019 in tema di "Credito ai consumatori. Rimborso anticipato dei finanziamenti").

Certo, la certezza del diritto non poteva dirsi raggiunta, neppure nei termini relativi che si confanno a questa categoria in particolare: non essendoci concordanza nella giurisprudenza togata né tantomeno tra questa e l'ABF. Vero è pure, però, che un po' di tranquillità, di stabilità si era trovata: data la modestia degli importi in rapporto ai costi e tempi della giustizia ordinaria e data l'apertura dell'ABF ad accogliere le richieste di rimborso di ogni tipo di costo sopportato per intero all'atto del finanziamento, l'ABF era divenuto il porto sicuro di queste richieste, il luogo di una pace quasi rutinaria.

L'articolo 11-*octies* del Decreto Sostegni-*bis*, irrispettoso in questo caso non solo del mito della certezza del diritto ma anche di una relativa serenità, nel dar nuova veste normativa *de futuro* all'interpretazione della Corte Europea<sup>7</sup>, ha tentato di ripristinare, per il passato, la distinzione tra oneri *recurring* e *up-front*. Al comma 2 ha disposto: "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

---

<sup>6</sup> Un censimento delle pronunce dei primi anni in U. MALVAGNA, *Cessione del quinto ed estinzione anticipata: la sorte delle "commissioni accessorie"*, in *Il caso.it*, 2013, 2 ss.

<sup>7</sup> Con il comma 1, lett. *c*, riscrivendo l'articolo 125-*sexies* T.U.B. Ma già la precedente versione era in linea con la sentenza Lexitor: in effetti, il nuovo comma 3 dell'articolo 125-*sexies* non è a tutela del cliente e anche il comma 2 si presta a letture non proprio a tutela del cliente.

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”.

Con ogni probabilità, quest'ultimo riferimento era più precisamente diretto ai già evocati provvedimenti della Vigilanza, dove si presuppone – non si prescrive – e a fini di trasparenza la distinzione tra oneri *recurring*, che, in ragione dell'estinzione anticipata, saranno dovuti al finanziatore solo in proporzione alla durata effettiva del finanziamento, ed oneri *up-front*, comunque interamente dovuti.

Non dovrebbe dubitarsi che, riferendosi a tali provvedimenti, la *mens legis* del Decreto Sostegni-*bis* fosse di far rivivere, per i contratti stipulati prima, l'applicazione della distinzione *recurring/up-front*. E non ne hanno dubitato i primi, pronti commenti: che hanno salutato la morte della sentenza *Lexitor*<sup>8</sup>. Con buona pace dell'esigenza di stabilità del diritto tante altre volte invocata.

In ossequio, invece, al dogma della certezza del diritto – la relatività dei dogmi – il Sostegni-*bis* non ha toccato altra fondamentale questione in materia.

La questione attiene all'altra metà della disciplina del rimborso anticipato: quella dell'indennizzo dovuto all'intermediario.

La questione non si è posta alla giurisprudenza togata, ma è assunta alla considerazione del Collegio di Coordinamento dell'ABF. Si allude al problema se siano lecite le clausole contrattuali, assai diffuse nella prassi, che fissano senz'altro l'indennizzo in una misura pari allo 0,5% ovvero all'1% del debito residuo secondo che la durata residua sia inferiore ovvero superiore all'anno<sup>9</sup> ovvero se lo siano quelle che prevedono che l'indennizzo sia dovuto entro le suddette soglie senza precisare quali siano i costi cui l'indennizzo si parametra<sup>10</sup> (e di fatto la misura applicata sia sempre quella dell'1%).

---

<sup>8</sup> A. CRISCIONE, *Credito. DL Sostegni bis e la Lexitor “ignorata”*, in *Il Sole 24 ore – Plus 24*, 7 luglio 2021; W. CATURANO, *“Lexitor”*: il legislatore chiude il “caso”, in *ExParteCreditoris.it*, 22 luglio 2021; F. MOCCIE A. BETTONI, in *Dirittobancario.it*, 29 luglio 2021, 3.

<sup>9</sup> Per epifanie, ABF, Bologna, 24 agosto 2021, n. 19191; 9 settembre 2021, n. 20009.

<sup>10</sup> Per emersioni, ABF, Bologna, 3 maggio 2021, n. 11504; 9 settembre 2021, n. 19965.

A tale questione, come ad altri connessi profili problematici dell'indennizzo, il Sostegni-*bis* ha riservato un rispettoso silenzio.

2. *La riduzione del costo totale del credito e la norma transitoria del Sostegni-bis: ratio legis e gerarchia delle fonti.*

La soluzione data dalla sentenza Lexitor alla composizione del costo del credito soggetto a riduzione in caso di rimborso anticipato non meritava di ricevere l'attenzione del Decreto Sostegni-*bis*: non solo per ragioni di forma, ma prim'ancora di sostanza.

La soluzione risulta corretta.

Non che la distinzione tra oneri *recurring* e *up-front* sia in assoluto scorretta: ch , in diritto, la soluzione dipende dal contesto normativo in cui la questione   posta. E' nell'articolo 125-*sexies* T.U.B. che la distinzione non ha fondamento.

Ma non perch  si presta a clausole elusive del dettato normativo: come argomenta la sentenza Lexitor: se vi sono clausole elusive, queste saranno nulle.

Ma perch , dal punto di vista del consumatore,   indifferente che l'onere sia *recurring* ovvero *up-front*: in entrambi i casi, per il consumatore, quell'onere si giustifica in funzione del finanziamento e dunque in proporzione alla durata per cui beneficia del capitale prestato<sup>11</sup>. Ed   il punto di vista del consumatore che conta: la *ratio legis* essendo la protezione dell'interesse del cliente a svincolarsi da un finanziamento non pi  conveniente<sup>12</sup>: a ci    preposto il diritto all'estinzione anticipata e la riduzione del carico economico; che questo sia costituito da oneri *recurring* ovvero *up-front*, per il consumatore   indifferente: non avendo pi  interesse al finanziamento, tutto il carico

---

<sup>11</sup> Osserva A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e "riduzione del costo totale del credito". Il caso della cessione del quinto*, cit., 649, in una prospettiva puramente "strutturale": "si tratta comunque di costi [...] legati alla (avvenuta) stipulazione di uno specifico e concreto contratto di credito: come tali destinati a riflettere la loro utilit  rispetto a tutte le frazioni temporali in cui questo  , secondo il programma negoziale fissato dalle parti, destinato a durare".

<sup>12</sup> E per tal via stimolare la concorrenza tra gli enti creditizi: G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, in *Trattato dei contratti*, V. ROPPO (a cura di), V, Milano, 2014, 670 e 694 ss.

economico risulta per lui giustificato solo per il tempo per cui ha goduto del finanziamento.

La riprova pare agevole: il finanziatore potrebbe assorbire tutto il carico economico negli interessi: dando valore alla distinzione tra costi *recurring* e *up-front*, accadrebbe che i costi d'istruttoria, per esempio, dove previsti come spese a carico del cliente sarebbero sopportati per intero da questi, dove invece assorbiti negli interessi sarebbero a carico del finanziatore: ma per il cliente, in entrambi i casi, quei costi si giustificano in tanto in quanto il finanziamento è durato.

Del resto, una delle direttrici che oggettivamente è stato possibile cogliere nella evoluzione dell'intera disciplina di trasparenza è quella della semplificazione e riduzione degli oneri economici a carico del cliente<sup>13</sup>. E tale linea è venuta infine ad essere assecondata anche dall'Autorità di Vigilanza, raccomandando, nel provvedimento n. 145/2018 (§ 16), crediti al consumo “tutto TAN”. Giustamente, ché la concentrazione degli oneri risponde non solo ad un principio di trasparenza, ma di efficienza dell'impresa<sup>14</sup>.

Scorretta sotto il profilo sostanziale, l'attenzione data dal Sostegni *bis* alla “questione Lexitor” per il passato lo è pure sotto il profilo formale, per così dire: delle fonti del diritto.

Volendosi far rivivere una distinzione che il diritto dell'Unione Europea, tramite la bocca del suo giudice, ha respinto, il Sostegni *bis* vorrebbe porre il diritto italiano in contrasto con quello dell'Unione, con l'articolo 16 della direttiva n. 2008/48/CE, laddove invece vi risultava perfettamente conforme, correttamente interpretato: com'era stato correttamente inteso, sia pure in ossequio a Lexitor, dall'ABF e da una parte della giurisprudenza di merito.

E se davvero l'articolo 11-*octies*, comma 2, del Decreto Sostegni-*bis* dovesse intendersi nel senso che restituisce valore alla distinzione tra oneri *recurring* e *up-front* in caso di estinzione anticipata del credito al consumo, la via, a quanto pare, sarebbe obbligata, una sola: la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma, questo essendo il rimedio, secondo la Corte Costituzionale, per il caso in cui una norma

---

<sup>13</sup> G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, cit., 673 ss., spec. 681 ss.

<sup>14</sup> L'assorbimento dei costi nel corrispettivo della prestazione caratteristica fa sì che l'eccedenza dei costi sui ricavi resta rischio di impresa: il che porta alla riduzione dei costi, ad evitare inadempimenti, ad offrire prodotti competitivi. *Amplius* G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, cit., 681 ss.

interna contrasti con una norma europea non immediatamente applicabile nello Stato italiano, qual è l'articolo 16 della direttiva CE sul credito ai consumatori<sup>15</sup>.

Ma allora perché – viene fatto di chiedersi – il tentativo esperimento dal Decreto Sostegni-*bis*? Perché creare illusioni? Ciò che significa rinviare un problema e così dilatarne la dimensione.

### 3. *La questione di legittimità costituzionale e la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata.*

Le prime pronunce edite della giurisprudenza togata hanno evitato interpretazioni dell'articolo 11-*octies*, comma 2, del Sostegni-*bis* non conformi al diritto dell'Unione Europea.

La prima decisione divulgata in materia, quella del Tribunale di Savona del 15 settembre (n. 680), ha ritenuto che la norma transitoria dell'articolo 11-*octies* del Sostegni-*bis* sia da riferire non al comma 1, ma ai commi 2 e 3 del nuovo articolo 125-*quinquies*, perché questi sono quelli di nuova introduzione. L'argomento, però, è intrinsecamente incoerente e prova troppo: anche il comma 1 è stato modificato; sì che la distinzione è arbitraria.

Di ottobre sono una manciata di pronunce del Tribunale di Napoli<sup>16</sup>, che si escludono che la norma debba essere intesa come capace di ridar valore alla distinzione tra costi *recurring* e *up-front*, ma non offrono alcuna lettura alternativa, sicché, di fatto, finiscono col disapplicare la norma: ma, come si è detto, se questa non può essere intesa se non nel senso di ripristinare la regola che vuole dovuti per intero al finanziatore gli oneri *up-front* anche in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il giudice non può disapplicarla, ma deve sottoporla al vaglio di legittimità costituzionale.

Intanto un'ordinanza del Collegio di Roma dell'ABF aveva rimesso al Collegio di Coordinamento la questione del significato dell'articolo 11-*octies*, comma 2, del Sostegni-*bis*. Secondo quanto riferisce la pronuncia del Coordinamento, la n. 21676 del 15 ottobre 2021, l'ordinanza aveva interpretato il comma 2 del Sostegni-*bis* nel senso

---

<sup>15</sup> C. Cost., 24 giugno 2010, n. 227.

<sup>16</sup> Due pronunce sono di Trib. Napoli Nord, l'una del 7 ottobre 2021 e l'altra del 23; le altre due sono di Trib. Napoli, l'una del 13 ottobre 2021 e l'altra del 22.

che il diritto primario e secondario da questa richiamato per i contratti anteriori dovesse intendersi come se disponesse, né più né meno, che quanto ritenuto dalla sentenza Lexitor.

Il Coordinamento dell'ABF non riferisce le ragioni del convincimento dell'ordinanza di rimessione – né posso farlo io, essendo vincolato al segreto sugli atti istruttori – e ritiene di non poterlo condividere perché il testo dell'articolo 11-*octies*, comma 2, del *Sostegni-bis* è “chiaro” (pag. 12): esso ripristina la distinzione *recurring / up-front* e la ripristina – a quanto si legge nel principio – “per il caso di [...] finanziamento stipulato prima dell'entrata in vigore del citato provvedimento”<sup>17</sup>.

Il Coordinamento riconosce che così inteso il testo è passibile di una dichiarazione d'illegittimità costituzionale per contrarietà al diritto dell'Unione, ma ritiene che una interpretazione diversa da quella data è inammissibile perché costituirebbe «una lettura contraria alla lettera della legge» (pag. 14).

Il giudizio è presto condiviso dal Tribunale di Torino, che, con ordinanza del 2 novembre, ha sollevato questione di legittimità costituzionale. Si vedrà se l'ABF sospenderà, sino alla pronuncia della Consulta, il vaglio dei ricorsi in materia relativi a rapporti anteriori al dicembre 2019 sulla scorta del principio espresso dal Collegio di Coordinamento.

Diversamente da questo, il Tribunale di Torino si confronta con le ragioni addotte dall'ordinanza di rimessione del Collegio di Roma dell'ABF per dare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma.

Secondo quanto rappresenta l'ordinanza togata, il Collegio di Roma ha rilevato che “nessuna norma secondaria emanata dalla Banca d'Italia risulta in contrasto con l'applicazione dei principi di diritto enunciati dalla sentenza Lexitor”: “essendosi le istruzioni di vigilanza [...]

---

<sup>17</sup> Il principio enunciato dal Collegio di Coordinamento *sembra* chiaro, ma, a ben vedere, non lo è: se si riferisse a tutti i finanziamenti anteriori al *Sostegni-bis* sarebbe in chiara contraddizione con il passo della motivazione (pag. 10) in cui il Collegio ricorda il provvedimento di Banca d'Italia del 19 dicembre 2019 (in questo scritto già richiamato nel § 1) e ne ricorda anche la proibizione fatta agli enti creditizi di trattenere integralmente gli oneri *up-front*. Pertanto, il principio del Coordinamento pare da intendersi, sia pure di misura, restrittivamente: limitato ai finanziamenti anteriori al suddetto provvedimento del 19 dicembre 2019.

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” (ord. Trib. Torino, § 3.6).

Il Tribunale di Torino obietta che “questo pur suggestivo argomento, tralascia di considerare il senso ultimo [...] della normazione secondaria di Banca d’Italia [...] consistente nel recepire il valore tassonomico della distinzione tra oneri *up-front* e *recurring*, a cui [...] Banca d’Italia è rimasta sempre fedele” (*ibidem*).

E chiude: “lo sforzo di interpretazione dell’art. 11-*octies* co. 2, in continuità con *Lexitor* trova infine un insuperabile limite logico nella considerazione che [la] disposizione [...], in tanto può avere senso logico, in quanto marchi una differenza sostanziale rispetto al principio di *Lexitor*” (*ibid.*).

Quindi solleva questione di legittimità costituzionale della norma per due ordini di ragioni: per contrasto e con il principio della conformità dell’ordinamento italiano a quello europeo e con il principio di uguaglianza.

Per quanto la norma tuteli un “legittimo affidamento” indotto dalla “messe di disposizioni, orientamenti e comunicazioni emessi da Banca d’Italia” (§ 3.6), non rientra nella discrezionalità del singolo stato membro la limitazione dell’efficacia nel tempo di una direttiva” (§ 3.6): sicché la norma viola il principio espresso dagli articoli 11 e 117 Cost.

Inoltre, essa “introduc[e] una differenza di trattamento non giustificata dalle fonti europee, tra contratti anteriori e successivi al 25 luglio 2021”, quindi “risulta [...] sospett[a] di illegittimità costituzionale anche ai sensi dell’art. 3 Cost.” (*ibid.*).

Pare dunque ormai solo questione di tempo perché la norma dell’articolo 11-*octies*, comma 2, del decreto *Sostegni-bis* sia dichiarata in contrasto con il principio della conformità alla normativa europea – il secondo dubbio d’incostituzionalità sollevato dal Tribunale di Torino non fa che riproporre il primo<sup>18</sup> – ovvero sia rettamente intesa e sia

---

<sup>18</sup> L’arbitrarietà del diverso trattamento è infatti fondata sul fatto che il diritto europeo non prevede un diverso trattamento: laddove il problema dell’arbitrarietà di

riconosciuto che non ripristina la distinzione tra oneri *recurring* e *up-front*.

Personalmente, ritengo corretta questa seconda possibilità.

Che un testo di legge sia ontologicamente del tutto chiaro è un'idea così assoluta, così estrema quanto il dogma della certezza del diritto: le parole cambiano significati secondo i contesti e, così, pure le fonti, cambiando le coordinate dei microsistemi e dei sistemi in cui tempo per tempo s'inseriscono e i valori che li innervano.

Che, poi, nella specie, il testo di legge non sia così limpido è attestato dal lungo percorso interpretativo (da pag. 6 a pag. 12) compiuto dalla pronuncia del Coordinamento e ricalcato dall'ordinanza del Tribunale di Torino per acclarare la *mens legis*.

Intenzione del legislatore storico, che è manifesta e non merita di essere discussa.

Deve discutersi invece dei contenuti delle disposizioni della Vigilanza richiamate dall'autore del Sostegni-*bis* per realizzare il suo intento.

Sì perché, se pure per tal via dovesse giungersi ad una interpretazione della norma dell'articolo 11-*octies*, comma 2, che la svuota di reale significato, ma la rende costituzionalmente legittima, dovrebbe comunque prediligersi tale lettura a quella che dà sì senso reale alla norma, ma un senso in contrasto con la Costituzione: ché, nell'ordinamento italiano, meglio una norma inutile, ma coerente con la *ratio legis*, di una norma illegittima, con buona pace della pura logica e della *mens legis*: nell'ordinamento italiano una norma inutile è ammessa, una che contrasta con la Costituzione no.

Ebbene, le Disposizioni sulla "Trasparenza delle operazioni" ed il Provvedimento n. 145/2018, sopra ricordati, non si occupano del *merito* della regola della riduzione del costo del credito in caso di estinzione anticipata, ma della *trasparenza* contrattuale, precontrattuale e post-contrattuale di tale regola: non trattano quali oneri, se pagati dal cliente alla stipula del finanziamento, il finanziatore debba rimborsare in caso di estinzione anticipata del finanziamento; trattano invece della necessità che il contratto, la documentazione precontrattuale e post-contrattuale precisino quali oneri saranno rimborsati. Si preoccupano

---

un diverso trattamento ai sensi dell'articolo 3, comma 2, Cost. si pone proprio quando un diverso trattamento è previsto.

che il contenitore sia trasparente, non che il contenuto abbia un dato colore.

Così, per esempio, le Disposizioni sulla “Trasparenza” prevedono, dalla versione aggiornata a febbraio 2011: “le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito [...] includono l’indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi esser restituiti per la parte non maturata” (sez. VII, § 5.2.1).

E in effetti il Provvedimento n. 145/2018 ricorda che “le Disposizioni richiedono che la *documentazione precontrattuale e contrattuale indichi in modo chiaro* i costi applicabili al finanziamento; in relazione al diritto del consumatore al rimborso anticipato, vanno anche *indicate* le modalità di calcolo della riduzione del ‘costo totale del credito’ [...] specificando gli oneri che maturano nel corso del rapporto (c.d. ‘*recurring*’) e che devono quindi essere restituiti al consumatore se corrisposti anticipatamente e in quanto riferibili ad attività e servizi non goduti” (§ 12, enfasi aggiunta).

Le ricordate disposizioni mai *prescrivono*, mai *impongono* la distinzione tra oneri *recurring* e *up-front*, solo la *presuppongono* esistente, la presuppongono come vigente.

È agli inizi del 2011, in effetti, che l’ABF iniziava a praticare tale distinzione nell’applicare la norma<sup>19</sup>.

Va da sé che, se il presupposto cambia, la prescrizione di trasparenza resta, ma si riempie di altro contenuto specifico: il contenitore deve restare limpido, il colore del contenuto muta.

Tant’è che quando Banca d’Italia, con il provvedimento del 19 dicembre 2019, in ottemperanza alla sentenza Lexitor, ha raccomandato agli intermediari di dismettere la distinzione *recurring/up-front*, non ha sentito, giustamente, la necessità di rivedere sul punto le Disposizioni sulla *Trasparenza*: le stesse, infatti, hanno automaticamente assunto un diverso contenuto, conforme all’interpretazione resa dalla sentenza Lexitor, a questa adattandosi.

Pertanto, il richiamo alle “disposizioni di trasparenza e di vigilanza” fatto dall’articolo 11-*octies* del Sostegni-*bis* va inteso, oggettivamente e per conformità al diritto dell’Unione Europea, come richiamo per sé della sola regola di trasparenza (di enunciazione, cioè, nel testo contrattuale, nelle SECCI *etc.*) della sola “modalità di calcolo” della

---

<sup>19</sup> V. *retro*, nota 6 e testo corrispondente.

riduzione del costo del credito: regola che, comunque, ha assunto quale oggetto del calcolo, quale “costo” da ridurre, quello ritenuto dalla sentenza Lexitor: cioè tutti i costi, indistintamente.

D’altro canto – ma lo si nota solo per completezza sostanziale – nessun legittimo affidamento degli intermediari v’è da tutelare.

La sentenza Lexitor non ha abrogato una norma vigente, ma l’ha interpretata. A Banca d’Italia nessuna norma aveva attribuito il potere, la potestà, di conformare il merito della regola della riduzione del costo del credito in caso di estinzione anticipata, ma solo il potere, la potestà, di dettare norme di trasparenza al riguardo. E questo ha fatto: solo presupponendo una data interpretazione della norma.

La diligenza nella gestione dell’impresa, cui è tenuta la banca (articolo 5 T.U.B.) come ogni altro imprenditore (p.es., artt. 2086, co. 2, c.c.; 217 l.f.)<sup>20</sup>, non consente di fare affidamento su di una interpretazione della norma solo perché autorevole. Diligenza significa prudenza nella previsione e gestione del rischio e Banca d’Italia è sì un autorevolissimo interprete, ma non ha un potere interpretativo maggiore di un soggetto privato. Le sue interpretazioni non sono vincolanti. Sì che non è stata la prudenza ad aver fatto aderire all’interpretazione di Banca d’Italia.

Nella prospettiva dell’agire diligente anche un consolidato orientamento dell’autorità giudiziaria ordinaria potrebbe non costituire fonte di legittimo affidamento<sup>21</sup>: il diritto è interpretazione, per questo è mutevole, e le sentenze devono essere motivate: la prudente previsione del futuro richiede un ponderato esame della correttezza delle motivazioni, delle ragioni di un’interpretazione, e non *in sé* ma nel contesto storico (culturale, economico *etc.*) dato.

Su cosa dunque si fondava la distinzione tra oneri *recurring* e *up-front*? Questa era la domanda con cui le imprese avrebbero dovuto

---

<sup>20</sup> Sul contenuto e sulla valenza sistematica della regola della sana e prudente gestione dell’impresa bancaria, G. MUCCIARONE, *L’opposizione alla fusione di società*, Milano, 2014, 68 ss., spec. 106 ss.; *L’adeguatezza degli “amministratori” della banca*, Torino, 2019, 115 ss.

<sup>21</sup> A.A. DOLMETTA, *Il divieto di anatocismo per le banche dalla gestione del pregresso ai rapporti attuali. Per un uso laico della “certezza del diritto”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 135 s.: muovendo dalla premessa che “l’attività delle banche deve essere improntata ad una *ragionevole consapevolezza del futuro*: anche in relazione all’evoluzione [...] sociale”.

anzitutto confrontarsi. Nel dubbio, nella mancanza di un'analisi approfondita della correttezza della distinzione nel contesto dell'articolo 125-*sexies*, prudenza avrebbe esatto di accogliere l'interpretazione più favorevole al cliente, non quella più favorevole all'impresa.

#### 4. *L'indennizzo: le "clausole 1%"*.

Dalla prima metà della disciplina dell'estinzione anticipata del finanziamento, ci si deve ora spostare all'altra metà: quella dell'indennizzo che il contratto potrebbe prevedere a favore del finanziatore.

L'attenzione va rivolta, segnatamente, alla questione se siano lecite le clausole contrattuali, assai diffuse, che fissano senz'altro l'indennizzo in una misura pari allo 0,5% ovvero all'1% del debito residuo secondo che la durata residua sia inferiore ovvero superiore all'anno ovvero se lo siano quelle che prevedono che l'indennizzo sia dovuto entro le suddette soglie senza precisare quali siano i costi cui l'indennizzo si parametra (e di fatto la misura applicata sia sempre quella dell'1%).

Secondo la pronuncia del Collegio di Coordinamento dell'ABF del 31 marzo 2020, n. 5909, tali clausole – le "clausole 1%", le chiameremo – devono ritenersi valide; il cliente, peraltro, potrebbe dimostrare che l'indennizzo richiesto e pagato non fosse "causalmente giustificato".

Dissenso ha espresso la esigua dottrina che ha considerato tale orientamento<sup>22</sup>.

L'onere probatorio di cui l'ABF grava il consumatore, ovviamente, è del diavolo. È come se, o quasi come se, non fosse cambiato nulla rispetto alla versione della norma *ante* 2010, nonostante in dottrina si fosse pure rimarcato che la disciplina portata dall'articolo 16, § 2, della

---

<sup>22</sup> F. QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito (commissioni di intermediazione, oneri assicurativi e penalità)*, in questa *Rivista*, 2013, 4 s.; M. SEMERARO e A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, in *Contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), Torino, 2021, 1875 s., nt. 142.

direttiva n. 2008/48/CE, fosse sensibilmente diversa, più tutelante del cliente<sup>23</sup>.

Né è chiarito dal Coordinamento come si coordinino le due proposizioni di cui si compone la tesi: le clausole 1% sarebbero per sé lecite ed efficaci, ma il cliente potrebbe avere diritto di ripetere quanto pagato sulla base delle stesse (provando che nondimeno l'indennizzo non è causalmente giustificato). Non voglio dire che le due proposizioni non siano conciliabili in alcun caso: il Coordinamento, però, non precisa come andrebbero conciliate.

Né precisa quando l'indennizzo non sarebbe «causalmente giustificato». Si può fare una congettura osservando uno dei due argomenti forniti a sostegno della tesi.

Il primo: vi è “una testuale e precisa indicazione percentuale contenuta nel testo del TUB”: “vale a dire che l'indennità, così forfettariamente determinata dal legislatore interno, deve essere valutata come oggettivamente equa perché conforme a una norma di legge”<sup>24</sup>.

Il secondo: “la sua legittimità [intendi: dell'indennizzo determinato entro le soglie di legge] si basa sull'*id quod plerumque accidit*: l'estinzione anticipata del contratto di credito genera, di regola, delle passività per il creditore (*costi e perdite* [corsi aggiunti]), il cui ammontare si può presumere corrispondente all'importo definito in via forfetaria dal contratto, purché nei limiti di legge”<sup>25</sup>.

Postulato implicito di questo argomento è che l'indennizzo si giustifichi causalmente per coprire non solo i *costi* direttamente collegati alla estinzione anticipata ma pure le *perdite* che ne derivano al finanziatore: così, ove il tasso d'interesse di mercato al tempo dell'estinzione anticipata sia inferiore a quello in corso al momento in cui il finanziamento si è perfezionato, la differenza tra gli interessi non maturati al tasso stabilito al tempo del perfezionamento del finanziamento e quelli che matureranno reinvestendo il denaro rimborsato *ante diem* al minor tasso corrente.

Però *cave*: non si può dire con certezza che questo postulato sia accolto dal Collegio di Coordinamento, per quanto anche altri passaggi

---

<sup>23</sup> R. VIGO, *sub art. 125-sexies*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, C. COSTA (a cura di), II, Torino, 2013, 1466.

<sup>24</sup> ABF, Coordinamento, n. 5909/2020, pag. 10.

<sup>25</sup> ABF, Coordinamento, 5909/2020, pag. 10.

della motivazione potrebbero orientare a pensarlo. Si guardi infatti, per esempio, ai termini in cui la pronuncia sintetizza il quesito affrontato: “se il diritto dell’intermediario a percepire un indennizzo [...] ai sensi dell’art. 125 *sexies*, commi 2 e 3, del TUB, e che sia stato contrattualmente quantificato entro le soglie di legge, sia o meno subordinato alla dimostrazione, da parte dell’intermediario medesimo, dei *costi* effettivamente sostenuti e direttamente collegati al rimborso anticipato del credito”<sup>26</sup> (enfasi aggiunta); qui il Collegio pare ancorare l’indennizzo unicamente ai costi diretti del rimborso anticipato, non anche alle possibili perdite.

O ancora: il Collegio ricorda il passo della sentenza *Lexitor* secondo cui “l’articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2008/48 [...] prevede [...] il diritto all’indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito [e] offre agli Stati membri una possibilità supplementare di provvedere affinché l’indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante”: possibilità supplementare, quest’ultima, rispetto ad un indennizzo che, per sé, dev’essere commisurato, secondo la Corte, ai costi diretti del rimborso.

##### *5. Limiti dell’indennizzo e trasparenza.*

Gli argomenti forniti dal Collegio di Coordinamento non convincono della liceità delle clausole 1% e non convincono dell’imputazione al cliente dell’onere probatorio della «giustificatazza causale» dell’indennizzo.

Non persuade il primo argomento, quello testuale, perché taglia il testo dell’articolo 125-*sexies*, comma 4, T.U.B.<sup>27</sup>: questo subordina la liceità della clausola che preveda un indennizzo non solo ad una soglia quantitativa, ma ad un requisito qualitativo: che l’indennizzo sia «equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato».

Si perdoni la pedanteria della deduzione: non è quindi sufficiente che la clausola contenga l’indennizzo nella duplice alternativa soglia

<sup>26</sup> ABF, Coordinamento, 31 marzo 2020, n. 5909, pag. 3.

<sup>27</sup> Già comma 2 dell’articolo 125-*sexies*, prima delle modifiche apportate dall’articolo 11-*octies* del decreto *Sostegni-bis*: v. *retro*, nota 1.

quantitativa (1% o 0,5%): è necessario che rispetti altresì il doppio limite della «equità» e della inerenza ai «costi diretti» per l'estinzione anticipata.

Dal che, anzitutto, deriva un'altra osservazione: le clausole che “senza se” e “senza ma” e “senza meno”, senz'altro fissano la misura dell'indennizzo nell'1% ovvero nello 0,5% *secundum eventum* – le clausole 1% prima variante – sono in contrasto con la norma imperativa dell'articolo 125-*sexies*, comma 4, T.U.B.: non si vede proprio come potrebbe essere altrimenti.

Certo, potrebbe pensarsi di salvarle dalla nullità *ex art.* 1367 c.c. interpretandole nel senso che la misura fissata è una misura massima, da verificarsi nel caso concreto e, all'occorrenza, ridursi sulla base della misura dei costi effettivamente collegati, in via diretta, all'estinzione anticipata e sulla base dell'equità. Ma tale conservazione della clausola pare già bloccata dalla norma, speciale, dell'articolo 1370 c.c.: trattandosi di condizioni generali di contratto prevale la regola, sanzionatoria, della *interpretatio contra profirentem* sul canone generale dell'articolo 1367 c.c.<sup>28</sup>: ché, altrimenti, al predisponente converrebbe sempre tentare l'inserimento di una clausola illecita, opportunamente opacizzata, tanto poi varrebbe la clausola intesa in conformità alla legge. E la necessaria prevalenza del canone dell'articolo 1370 su quello dell'articolo 1367 vale tanto più in un settore, quello dei contratti bancari, sottoposto ad una rigorosissima (alle volte, non poche, eccessiva) disciplina di trasparenza.

Il che viene ad introdurre ad un altro ordine di osservazioni con riferimento anche alle clausole 1% seconda variante.

La clausola che introduce un indennizzo a favore del finanziatore non può limitarsi a prevedere una soglia massima né limitarsi ad indicare, ancora genericamente, che l'indennizzo è dovuto in ragione dei costi direttamente collegati all'estinzione anticipata e della equità, come pure si trova nella prassi.

Il primo assunto – insufficienza dell'indicazione di una soglia massima – è già adeguatamente supportato dal principio di

---

<sup>28</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1991, 347; G. MUCCIARONE, *L'anatocismo bancario tra usi, interventi governativi e clausola NUB*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, 20.

determinatezza del negozio (art. 1346 c.c.) in uno con quello del *clare loqui* (artt. 1341, co. 1, e 1370 c.c.).

La seconda asserzione – non è sufficiente che la clausola preveda che l'indennizzo sarà misurato sui costi e sull'equità – se anche non si ritenessero bastevoli a sua prova le due regole appena richiamate, troverebbe sicuro fondamento nel principio di rigorosa trasparenza proprio del settore bancario e di quello dei contratti del consumatore.

D'altro canto, la necessità che siano indicati i costi che l'indennizzo va a coprire e il modo di calcolo dell'indennizzo in rapporto a *quei* costi è anche l'interpretazione del dettato normativo conforme alla *mens* del legislatore europeo e alla *ratio legis*. Da un lato, infatti, il considerando n. 39 della direttiva n. 2008/48/CE richiede che «il calcolo dell'indennizzo [...] dovrebbe essere trasparente e comprensibile per i consumatori già nella fase precontrattuale e in ogni caso durante l'esecuzione del contratto». Dall'altro, l'esigenza di tutela del cliente e quella d'incremento della concorrenza, che costituiscono gli scopi di fondo della disciplina dell'estinzione anticipata del credito al consumo<sup>29</sup>, richiedono il grado di trasparenza in discorso.

Tutti tali ordini di rilievi vengono a superare anche il secondo argomento addotto dal Collegio di Coordinamento: argomento, del resto, intrinsecamente non coerente e non idoneo a convincere neppure della dimostrazione dell'onere probatorio sui presupposti dell'indennizzo: tema che si pone una volta che si sia riscontrata una clausola lecita, rispettosa dei requisiti che si sono sin qui tratteggiati e che vanno ancora un po' a sbizzarrirsi oltre.

#### 6. Limiti dell'indennizzo e vicinanza della prova.

Affermare – come fa il Coordinamento con il suo secondo argomento – che la clausola che contiene l'indennizzo nelle soglie quantitative di legge è per ciò solo lecita – ovvero può presumersi tale – in quanto, secondo l'*id quod plerumque, costi e perdite* per il finanziatore conseguenti al rimborso anticipato sono maggiori delle soglie di legge non solo è affermazione indimostrata, ma viene a tradire l'idea che la ripartizione dell'onere della prova in materia non sia quella indicata dal Collegio.

---

<sup>29</sup> V. *retro*, nota 12.

E ciò a prescindere da quale sia il perimetro esatto dei presupposti del diritto all'indennizzo. Mi spiego.

Anzitutto, dovrebbe ormai essere chiaro, elemento costitutivo primo del diritto all'indennizzo è l'esistenza di una clausola valida ed efficace, che lo introduca, rispettando i limiti di legge.

Ora, tra i limiti di legge, v'è quello – o quelli, se si preferisce, in prima battuta – che l'indennizzo sia «equo e oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato». Forse, secondo il Collegio di Coordinamento, l'indennizzo potrebbe essere parametrato anche alle *perdite* oltre che ai *costi direttamente collegati all'estinzione anticipata*: sul punto la pronuncia dell'Arbitro non è chiara, non lo è a me almeno, come ho detto (§ 4).

Il punto è di grande rilievo e non è per nulla certo che tra i presupposti dell'indennizzo vi possano essere anche le *perdite*: di avviso contrario, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pare, e qualche autore<sup>30</sup>. Ma consentiamo ora per ipotesi.

Ebbene, come può affermarsi che, secondo l'*id quod plerumque*, costi e perdite sono maggiori dell'1/0,5% del capitale residuo? Sarà pur vero nel momento presente, ma non risulta una rilevazione di qualche

---

<sup>30</sup> Sentenza Lexitor, nel passo ricordato nel § 4, in fine; G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, cit., 685: la «equità» pure si riferisce ai costi diretti per il rimborso, fissando a questi un diverso calmier, rispetto a quello dell'1/0,5%: i costi, comunque, devono essere in linea col mercato tempo per tempo concretamente esistente.

A favore della limitazione dell'indennizzo ai costi diretti del rimborso (sotto l'1/0,5% ed equi), la storia: è emersa, tra le bozze della norma europea, l'idea di correlare l'indennizzo alla perdita, ma poi è si è smarrita: si veda il resoconto dei lavori preparatori, che fa ABF, Coordinamento, 5909/2021, pag. 4 ss.

Il considerando 39 della direttiva parla drasticamente di «indennizzo per i costi direttamente collegati al rimborso» e tende a stringere, non ad allargare, la misura, prospettando altresì che detti costi siano decurtati dei risparmi di spese che pure all'intermediario derivano dalla cessazione del rapporto.

La norma indica la natura del debito in un «indennizzo», per fatto lecito, l'esercizio del diritto di recesso, non in un risarcimento del danno: se l'indennizzo si estendesse alle perdite, saremmo in questa seconda area.

Nel dubbio, comunque, ancora una volta deve far premio la *ratio legis*.

Preciso: per costi diretti del rimborso non intendo costi sostenuti volta a volta, singolo rapporto per singolo rapporto, ma costi mediamente sostenuti per tipologia di rapporti, come ogni procedura interna per una sana e prudente gestione dovrebbe essere capace di rilevare: la prima alternativa sarebbe impossibile a praticarsi.

oggettività e affidabilità. Non sono indicati gli elementi di fatto da cui è tratta l'inferenza. Si sono considerati i risparmi dei costi (di monitoraggio, per esempio, di segnalazione, ancora per esempio) per il finanziatore? E se i tassi di mercato fossero costanti o addirittura ascendenti in un dato periodo?

Cioè, il Coordinamento introduce una presunzione a favore dell'intermediario senza indicare i fatti a base dell'inferenza. Ma perché il bisogno d'introdurre tale presunzione?

A questo punto dovrebbe essere manifesto: è l'ente creditizio che dovrebbe fornire la prova in materia, come accennato.

Elementi costitutivi dell'indennizzo sono una clausola efficace e dunque il rispetto dei limiti di liceità della clausola e quindi la corrispondenza dell'indennizzo ai costi alla cui ricorrenza la legge lo ammette: ne segue, *ex* articolo 2697 c.c., che è onere del finanziatore la prova dell'insieme tutto di tali fatti. Se il cliente contesta la liceità della clausola, la ricorrenza nel caso concreto dei costi, la correttezza del calcolo, è l'ente creditizio che deve provare il contrario: analogamente che per la commissione d'istruttoria veloce<sup>31</sup>.

Del resto, se l'ente creditizio ha fatto le cose per bene, procedendo ad una rilevazione dei costi mediamente sostenuti per il rimborso anticipato secondo il tipo di finanziamento, com'è già suo onere per una sana e prudente gestione dell'impresa, la prova è pronta, liquida: tanto più liquida, poi, se vi è stata anche una verifica della Vigilanza in materia. Anche per questo, se si vuole, è il finanziatore che deve fornire la dimostrazione della corrispondenza dell'indennizzo al costo: per il principio di vicinanza della prova<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, cit., 677 e, *ivi*, nota 45.

<sup>32</sup> Su cui A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 659 ss.