

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2016

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

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

Nullità «de futuro» e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)

SOMMARIO(^{*}): 1.- Un chiarimento a mo' di premessa: occasionalità del riferimento alla clausola *floor*. 2.- La fattispecie contenziosa domestica. 3.- Il rinvio pregiudiziale. 4.- Le Conclusioni dell'Avvocato Generale: l'affermata compatibilità della limitazione degli effetti restitutori con la direttiva 93/13/CEE. 5.- *Prospective overruling* e ordinamento italiano: tra approccio ortodosso; 6.- (*Segue*): e prospettive evolutive. 7.- Limitazione giudiziale degli effetti restitutori della nullità e controllo sull'attività d'impresa. 8.- (*Segue*). Poteri conformativi del giudice e «bilanciamento di interessi».

1.- Un chiarimento a mo' di premessa: occasionalità del riferimento alla clausola floor

Rispetto al complessivo contesto del procedimento di rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE (cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15), in cui si inseriscono le Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 13 luglio 2016, il fatto che il giudizio sia originato da procedimenti nazionali in cui veniva in rilievo l'invalidità «per abusività» di una clausola *floor* dedotta in un contratto di credito può dirsi elemento del tutto estrinseco e, per così dire, accidentale.

Nei fatti, il tema dell'invalidità delle convenzioni di «tasso minimo» non solo resta estraneo all'oggetto del quesito rivolto alla Corte di Giustizia; ma appare altresì aspetto pienamente irrilevante per la sua soluzione. Lo stesso si apprezza, insomma, come mero *background* fattuale del procedimento. Il quale viene, per contro, a investire un profilo che attiene alla fattispecie d'invalidità per abusività *in quanto tale*: a prescindere, cioè, dalla specifica ragione che conduca alla qualificazione in tal senso di una pattuizione tra professionista e consumatore.

^{*} Lo spunto che ha dato origine alle presenti note è l'articolo comparso sul Sole-24Ore del 23 luglio 2016, dal titolo *Mutui, la Corte di Giustizia Ue dice no ai rimborsi degli interessi in caso di interessi negativi*, a firma di Luca Battanta; sul quale v. anche DOLMETTA, *Tasso variabile e «valori negativi»*, in questa Rivista.

La particolarità della fattispecie contenziosa da cui origina il procedimento presso la Corte di Giustizia impone di procedere con ordine, nella sua descrizione.

Diversamente da quanto accade nella normalità dei rinvii pregiudiziali, l'oggetto dei procedimenti avviati dai giudici nazionali (nella specie, spagnoli) riguarda non già una disposizione di legge propria dell'ordinamento nazionale, bensì investe in via diretta una pronuncia di un organo giurisdizionale: nel caso, la sentenza 9 maggio 2013 del Tribunal Supremo, n. 241. Per meglio dire, va a riguardare una specifica componente precettiva contenuta nella sentenza stessa: quella con cui il Tribunale Supremo, dopo aver accertato il carattere abusivo di talune clausole «di tasso minimo» e averne così dichiarata la nullità, è andato a limitare, «in ragione di circostanze eccezionali, ... gli effetti, segnatamente restitutori, di tale nullità alla data della sua prima sentenza pronunciata in tal senso» (così le Conclusioni).

È precisamente del profilo ora menzionato – la sussistenza di un potere, in capo al giudice nazionale, di limitare temporalmente gli effetti della dichiarata nullità di una clausola abusiva, escludendone quelli restitutori per i pagamenti anteriori alla data in cui per la prima volta l'organo giurisdizionale ha giudicato nel senso della nullità – che il giudice europeo dovrà stabilire la conformità o il contrasto con la disciplina europea sulla protezione dei consumatori.

2.- *La fattispecie contenziosa domestica*

All'elaborazione del problema, di cui si attende nei tempi prossimi la soluzione da parte dei giudici di Lussemburgo, le Conclusioni dell'Avvocato Generale contribuiscono – secondo quello che è il ruolo istituzionale di tale organo – su due livelli distinti. Da un lato, offrono una ricognizione del contesto genetico del rinvio pregiudiziale (con indicazione dei contenuti essenziali delle pronunce spagnole in materia di clausole *floor*, e così pure dei relativi riferimenti normativi interni). Dall'altro, svolgono quello che, nella sostanza, è un parere indirizzato al giudice europeo, avente per oggetto il merito della questione. Qualche cenno ricognitivo relativo a entrambi i menzionati fronti può essere utile, nella presente sede.

L'avvio dei procedimenti di rinvio pregiudiziale in discorso (in seguito riuniti) segue alla decisione di due Corti di merito spagnole

(Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Granada; Audiencia Provincial di Alicante), trovatesi a giudicare in materia di clausole *floor* in epoca successiva alla pronuncia del Tribunal Supremo del 9 maggio 2013; per l'effetto, essendone vincolate al relativo contenuto dispositivo.

Si è già accennato come nella prospettiva del procedimento giurisdizionale in corso venga in rilievo non già il punto – pure affrontato dalla sentenza – delle condizioni e dei limiti di validità della pattuizione di «tasso minimo», bensì quello della conformazione delle conseguenze restitutorie che la decisione ha impresso all'affermata nullità delle clausole *floor*, proprie della fattispecie concreta sottopostagli¹.

Scendendo ora su un livello di maggiore dettaglio, occorre prima di tutto precisare che la detta conformazione di effetti – che ha preso corpo nella statuizione secondo cui il rilievo dell'invalidità della clausola «non incide né sulle *situazioni decise* in via definitiva con sentenze passate in giudicato né sui *pagamenti già eseguiti* alla data di pubblicazione della sentenza del 9 maggio 2013»² (enfasi aggiunta). E quindi aggiungere che la stessa muove dal riscontro di una triplice condizione, cui il Tribunal Supremo dichiara di attenersi – in una logica di *self restraint*, potrebbe dirsi – quando venga in discussione la modulazione temporale degli effetti delle proprie decisioni. Si tratta, in primo luogo, della «novità» della pronuncia (il Tribunale «riteneva di aver applicato *ex novo* un controllo rafforzato della trasparenza delle clausole controverse»); ancora, nel riscontro della «buona fede degli *ambienti* interessati» (enfasi aggiunta); infine, nel «rischio di gravi inconvenienti economici», come derivanti dall'onere finanziario

¹ Per migliore precisione descrittiva, va detto che il Tribunal Supremo non ha affermato la nullità delle clausole *floor* per la loro obiettiva e, per così dire, intrinseca illegittimità; bensì per la loro mancanza di comprensibilità, alla stregua di un controllo di trasparenza c.d. rafforzato (e, almeno nella prospettiva della corte spagnola, ulteriore a quello proprio della direttiva 93/13). Il principio affermato è il seguente: «affinché le clausole “di tasso minimo” soddisfacessero tale controllo rafforzato, sarebbe stato necessario, al momento della conclusione del contratto, che il consumatore fosse venuto a conoscenza di simulazioni di diversi scenari legati all'evoluzione ragionevolmente prevedibile del tasso d'interesse o di informazioni concernenti il costo rispetto ad altre modalità di mutui proposte dallo stesso istituto».

² Così ancora le Conclusioni dell'Avvocato Generale, da cui anche i virgolettati che seguono.

da sopportarsi per adempiere agli obblighi di cui alle *conditiones*. Data una simile situazione, la compressione temporale degli effetti restitutori naturalmente conseguenti al rilievo della nullità è stata giustificata alla sola luce dei «principi di certezza del diritto, di equità e del divieto di arricchimento senza causa».

3.- *Il rinvio pregiudiziale*

Posti, nei tempi successivi a tale decisione, di fronte alla medesima fattispecie (mutui ipotecari con clausole *floor* non trasparenti), i menzionati tribunali di merito spagnoli vengono a chiedersi se «non sia contrario all'effetto utile, alla finalità dissuasiva e alla tutela integrale del consumatore, promossa dalla direttiva 93/13, interpretare» il precetto di non vincolatività delle clausole abusive «nel senso che esso non obbliga anche gli Stati membri ad organizzare le condizioni di una riparazione per i consumatori ai quali sono state applicate siffatte clausole». Sotto altro versante, s'interrogano «se la limitazione della restituzione, quale decisa dal Tribunal Supremo (corte suprema), non sia contraria al divieto, imposto dalla Corte al giudice nazionale, di rivedere o moderare il contenuto delle clausole giudicate abusive».

In definitiva, atteso che «la giurisprudenza della Corte obbliga segnatamente i giudici nazionali a trarre tutte le conseguenze che discendono, secondo il loro diritto nazionale, dalla qualificazione di una clausola come “abusiva”», i giudici spagnoli domandano alla Corte di Giustizia «se la mancanza di vincolatività delle clausole abusive prescritta dalla direttiva debba essere intesa in maniera assoluta o incondizionata oppure se, al contrario, essa sia modulabile».

4.- *Le Conclusioni dell'Avvocato Generale: l'affermata compatibilità della limitazione degli effetti restitutori con la direttiva 93/13/CEE*

Come già evidenziano gli stralci appena trascritti, la questione pregiudiziale si fissa, dal punto di vista oggettivo, sul parametro normativo costituito dall'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE: precisamente, sul predicato della «non vincolatività» delle clausole abusive.

Esclusa la perspicuità del dato letterale [«l'impiego dell'indicativo presente («non vincolano») nulla fa trasparire quanto all'eventuale intenzione di detto legislatore di munire la non vincolatività di una dimensione retroattiva»], l'analisi dell'Avvocato Generale si sposta sul terreno dell'interpretazione teleologica, andando a organizzarsi, secondo quello che è l'insegnamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, intorno al duplice pilastro della regola di equivalenza (la quale «presuppone che la norma nazionale controversa si applichi indifferentemente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli fondati sull'inosservanza del diritto interno aventi un oggetto e una causa analoghi») e di quella di effettività (secondo cui la norma interna non deve «essere strutturat[a] in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»).

Sciolto agevolmente il primo (ché il potere di limitare gli effetti restitutori della nullità appare assumere, nell'ordinamento spagnolo, portata generale), la soluzione del secondo – e decisivo – aspetto si mostra invece più complessa. Per meglio dire, complicata; sicuramente, non lineare nella propria logica. Nei fatti, vengono a mischiarsi e confondersi moduli ermeneutici distinti: da un lato, quello che attiene allo scopo della norma (della coerenza teleologica in senso stretto, cioè); dall'altro, quello del *bilanciamento* della policy di tutela del consumatore con valori politici (e normativi) altri: in via segnata, «gli interessi macroeconomici in gioco per il sistema bancario di uno Stato membro già indebolito».

Rispetto alla regola di coerenza alla *ratio* di tutela, osserva l'Avvocato Generale che, se lo scopo della non vincolatività delle clausole abusive è quello di dissuadere il professionista dall'inserirle nei contratti, e a propria volta la dissuasione serve a «ripristinare un equilibrio reale tra quest'ultimo e il consumatore», la sufficienza della dissuasività di una pronuncia che opera solo *pro futuro* non può essere disgiunta dalla considerazione della essenzialità delle restituzioni (qui negate) a ripristinare l'equilibrio violato. L'esito di tale valutazione è negativo: «l'assenza di un effetto completamente retroattivo non ha necessariamente avuto come risultato il mancato ripristino dell'equilibrio». A sostegno di un simile assunto, le Conclusioni offrono l'argomento che «il consumatore vincolato da un contratto di mutuo contenente una clausola «di tasso minimo» poteva facilmente

far riacquistare il suo contratto e cambiare istituto bancario»; ancora, che «l'applicazione della clausola «di tasso minimo» non avrebbe avuto come conseguenza una modifica sostanziale dell'importo delle mensilità dovute dai consumatori».

Il profilo del bilanciamento con gli interessi macroeconomici si esaurisce, invece, nella ripresa, e sostanziale adesione, al seguente argomento della corte suprema spagnola: se è vero, com'è vero, che la clausola *floor* è «endemica» (quasi tutti i contratti di credito ipotecario a tasso variabile, presenti sul mercato spagnolo, la incorporano), il riconoscimento dell'azione di ripetizione per i pagamenti già eseguiti comprometterebbe la stabilità del sistema bancario e, quindi, lo scenario economico generale.

L'insieme delle riportate considerazioni porta così all'affermazione della non illegittimità di un potere giudiziale di limitazione degli effetti della nullità, in quanto tale. Non si tratta di un via libera incondizionato, però. Nella prospettiva accolta dalle Conclusioni, l'apertura al *se* del potere resta circondata da una *caveat* rispetto al *come* dell'esercizio: ché lo stesso può dirsi compatibile con la direttiva sulle clausole abusive «a condizione di restare del tutto eccezionale».

5.- *Prospective overruling e ordinamento italiano: tra approccio ortodosso*

Nel suo insieme (come composto dalla componente domestica e da quella europea; quest'ultima, come si è visto, ancora in divenire), la presente vicenda viene a evocare numerose questioni, e delicate assai. E che si dispongono su più piani: da quello della compatibilità di una limitazione *pro futuro* degli effetti di una sentenza di accertamento – ciò che è, nella sostanza, un *prospective overruling*³ – con l'assetto

³ Al costo di un poco di approssimazione, è infatti possibile accostare il meccanismo decisionale somministrato dalla decisione del Tribunal Supremo alla fattispecie del c.d. «prospective overruling». Tradizionale figura di pronuncia propria delle giurisdizioni di common law, con essa una Corte «suprema» (: vertice nell'ordinamento giudiziario) modifica un proprio precedente orientamento, limitando però l'applicazione della nuova regola alle condotte poste in essere successivamente alla pronuncia.

Senonché, la legittimità di una pronuncia così strutturata poggia concettualmente sul ruolo «creativo» del diritto, che istituzionalmente spetta ai tribunali nelle giurisdizioni anglosassoni. Per dirla altrimenti: è dalla coincidenza tra esercizio della

istituzionale dei sistemi giuridici di *civil law*; a quello – che in sé è, almeno parzialmente, distinto dal primo – della sussistenza e dell'estensione di un potere conformativo, di fonte giudiziale, del rapporto contrattuale, come comprensivo anche delle pretese conseguenti alle patologie del medesimo; a quello, ancora, del rapporto (di strumentalità ovvero di incompatibilità) tra la limitazione degli effetti restitutori della nullità e gli obiettivi fondamentali della normativa consumeristica o, più in generale, delle serie normative che mirano alla conformazione dell'offerta imprenditoriale mediante l'intervento eteronomo sui relativi contratti, che di quell'offerta costituiscono il mezzo (sinteticamente, le «normative di trasparenza»).

Si tratta, com'è evidente, di temi troppo complessi per essere svolti appieno in questa sede. Qui conviene, allora, limitarsi ad alcuni sintetici ordini di considerazioni. Uno, di natura essenzialmente descrittiva, che guarda agli spazi attuali del *prospective overruling* nel sistema italiano. I restanti, invece, di natura valutativa o, se si vuole, critica, che si volgono alla considerazione della fattispecie specifica di *overruling* somministrata dalla Corte suprema spagnola. E ciò consegnato riferimento ai tre criteri – novità della decisione; buona fede degli ambienti interessati; bilanciamento con interessi pubblici «altri» (cfr. *supra*, n. 2) – ai quali il Tribunal Supremo ha dichiarato di attenersi, ai fini dell'ipotetica limitazione della naturale retroattività di una pronuncia su un punto di diritto.

Muovendo dal primo dei menzionati temi, va detto che il contesto attuale dell'ordinamento si muove, rispetto ai problemi coinvolti nella

funzione giurisdizionale e produzione del diritto obiettivo che deriva una generale e immanente (: non necessitante di fondamenti legislativi ad hoc) possibilità per il giudice di modulare gli effetti delle pronunce, nei termini descritti.

Ciò detto, è parecchio significativo il fatto che un ordinamento che intende la funzione giurisdizionale come meramente «dichiarativa», qual è quello spagnolo – al pari di quello italiano – adotti una pronuncia grosso modo assimilabile a un *prospective overruling*. Soprattutto, che ciò avvenga al di fuori di una specifica attribuzione di tale potere da parte di una norma di legge – anzi, in chiara difformità dalla norma che lega nullità a ripetizione dell'indebito («dichiarata la nullità di un'obbligazione, i contraenti devono reciprocamente restituirsi ciò che ha costituito l'oggetto del contratto e il prezzo, inclusi gli interessi»: art. 1303 codice civile) –, e in sola applicazione dei «principi generali del diritto» (in specie, della «certezza del diritto»; così la decisione del Tribunal Supremo, 9 maggio 2013, n. 241, par. 287).

tematica dell'*overruling*, su sabbie fortemente mobili, e terre pressoché sconosciute.

Nella sostanza, l'unica figura decisoria grosso modo assimilabile a quella in discorso è costituita dall'azione inibitoria prevista dall'art. 37 del codice del consumo, ai sensi del quale gli enti esponenziali dei consumatori e dei professionisti «possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività». Sennonché, le differenze vanno a prevalere – e di molto – sulle analogie: trattandosi, nel caso dell'inibitoria, di un provvedimento di natura (non anticipatoria ma comunque) cautelare, che logicamente postula la proponibilità di un distinto giudizio volto all'accertamento della illegittimità della clausola «inibita», con le relative conseguenze restitutorie. Di tal che, a differenza del *prospective overruling*, esso non limita, bensì estende la tutela.

Al di fuori di questa parzialissima eccezione (che resta comunque ancorata a un preciso dato normativo), l'approccio predominante alla materia è quello di una spiccata ortodossia in materia, che va a esaurirsi nella considerazione, tanto vera quanto insufficiente, che la normale retroattività dell'*overruling* (il fatto che il principio di diritto nuovo vada ad applicarsi anche alle fattispecie poste in essere prima della decisione che lo afferma) è conseguenza propria della posizione istituzionale del potere giudiziario, come soggetto alla legge e mero «dichiaratore» del diritto. Posizione istituzionale che, a propria volta, risponde al duplice e connesso principio della separazione dei poteri e della certezza del diritto.

È appena il caso di indicare qual è il paradosso in cui cade una simile, schematica ricostruzione dei nessi tra legge e giudice: è proprio dalla conformazione istituzionale del ruolo della giurisprudenza, come puramente «dichiarativa», che deriva – l'intrinseca «retroattività» dell'*overruling* e quindi – il rischio della frustrazione di quelle medesime esigenze di certezza del diritto e prevedibilità della decisione che quella stessa conformazione istituzionale persegue.

6.- (Segue): *e prospettive evolutive*

Non sarebbe però esatto descrivere in termini così semplificanti – e francamente desolanti – il panorama odierno. Nei fatti, qualche momento di apertura a un approccio funzionale al problema può scorgersi, tra le pieghe della giurisprudenza.

Deve in particolare segnalarsi, quale punta avanzata dell'elaborazione giurisprudenziale della materia, la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 11 luglio 2011, n. 15144 la quale, nel decidere che per una data vicenda impugnatoria decorresse il solo termine «breve», e non quello «lungo», ha comunque ammesso la parte – soccombente, in punto di diritto – all'impugnazione, sulla base della considerazione che «sussiste affidamento incolpevole nella giurisprudenza, allorché un orientamento consolidato sia modificato repentinamente e imprevedibilmente con effetti preclusivi del diritto di azione di difesa».

D'altro canto, va osservato che il tentativo, operato da qualche difesa in sede giudiziale, di ampliare il perimetro dell'ora menzionata modulazione di effetti della pronuncia – si trattava della questione della compatibilità tra la regola dell'art. 1283 c.c. e una capitalizzazione di misura annuale, negata dalla pronuncia 24418/2010 – si scontra ancora con un rifiuto netto, da parte della giurisprudenza di legittimità, anche solo a discutere di una possibilità in tal senso. Nella specie, al «rilievo della controricorrente secondo cui la richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, successiva alla decisione della Corte d'appello ..., integrerebbe un'ipotesi di c.d. *overruling*, con conseguente esigenza di rimedi a tutela dell'affidamento», il Collegio oppone l'argomento che «ai fini di tali rimedi, invero, rileva il solo mutamento, nella giurisprudenza di legittimità, della consolidata interpretazione di norme di *carattere processuale* (e sempre che si tratti di mutamento in senso restrittivo delle facoltà delle parti), come chiaramente risulta da Cass. Sez. Un. 15144/2011, mentre nella specie il chiarimento delle Sezioni Unite non ha comportato alcuna modifica della precedente giurisprudenza di questa Corte e ha riguardato norme di diritto sostanziale» (Cass. 20172/2103).

Infine, va pure ricordato che l'adesione ai paradigmi tradizionali – ancora rigorosissima nella materia penale – è stata nei tempi recenti oggetto di contestazione e, per così dire, di sfida di fronte alla Corte Costituzionale. Senza esiti positivi, peraltro: la Corte (con la sentenza

n. 230/2012) avendo escluso che il mutamento di orientamento su una questione di diritto giustifichi la revocazione di una sentenza di condanna passata in giudicato e, quindi, la cessazione dei suoi effetti.

7.- Limitazione giudiziale degli effetti restitutori della nullità e controllo sull'attività d'impresa

Passando dal piano della generale compatibilità di sistema, ora toccato, a quello della valutazione della fattispecie di *overruling* qui in discorso, occorre notare come la triplice condizione, indicata dal Tribunal Supremo quale presupposto di esercizio del potere di limitazione temporale degli effetti di una pronuncia, possa dirsi *tendenzialmente* coerente con le esigenze di tutela dell'affidamento che sono coinvolte nelle vicende di *overruling*. Ciò posto, le stesse richiedono però qualche cenno di precisazione e delimitazione; che si attegga, per l'effetto, pure a critica della soluzione concretamente adottata dall'organo giurisdizionale spagnolo.

Muovendo dal primo presupposto (la novità della pronuncia), non può condividersi l'equiparazione, operata dal Tribunal Supremo, tra pronunce nuove (le prime decisioni su date questioni, prima mai indagate) e veri e propri mutamenti di orientamento. A ben vedere, infatti, un'esigenza di tutela dell'affidamento si pone per i secondi, e non per le prime.

In realtà, una simile equiparazione tradisce l'idea, erronea, che l'assenza di pronunce di legittimità su una data questione vada a fondare un affidamento sulla legittimità di qualsiasi condotta (non già vietata, per così dire). L'ordinamento non esprime, però, alcun principio di presunzione di meritevolezza (e da quest'angolo visuale l'«abusività» ex art. 36 cod. cons. confluisce in questa categoria) del tipo-prodotto predisposto dall'impresa. Sicuramente inefficiente in questa prospettiva, a livello di sistematica del contratto, l'art. 1988 c.c., il punto attiene piuttosto al piano dell'impresa che, nel concepimento del proprio prodotto, è tenuta a verificarne la conformità ai valori protetti dall'ordinamento. Se così non fosse, nemmeno si giustificherebbe, tra le altre cose, l'idea di una nullità di protezione (a legittimazione asimmetrica); nemmeno si giustificherebbe, ancora, la predisposizione di un apparato sanzionatorio amministrativo. La differenza tra imprese «vigilate» e

non manifestandosi poi, in questa prospettiva, di natura quantitativa, e non qualitativa.

Nella stessa prospettiva, va pure segnalato che l'estensione della tutela connessa all'*overruling* anche alle decisioni nuove è del tutto inefficiente rispetto agli scopi di deterrenza rispetto a prassi illegittime che sono propri della normativa di trasparenza⁴. È chiaro, infatti, che permettere alle imprese operanti sul mercato di lucrare (e ritenere legittimamente i relativi lucri) su un dato tipo-prodotto (o conformazione interna del medesimo: una singola clausola) illegittimo, fino al momento in cui l'illegittimità non venga accertata dall'organo giurisdizionale di ultimo grado, incentiva il mercato a prassi illegittime. In questa prospettiva, il rilievo della pervasività di clausole *floor* non trasparenti, che il Tribunal Supremo indica a sostegno della decisione di irretroattività, va invece intesa come testimonianza della necessità di un più severo controllo eteronomo.

Limitata quindi la praticabilità della limitazione degli effetti della pronuncia ai veri *overruling* (ciò che è già sufficiente a una valutazione negativa in ordine alla condivisibilità della soluzione adottata dal giudice spagnolo), va comunque aggiunto, passando al secondo profilo, che anche la «buona fede degli ambienti interessati» richiede una considerazione un poco meno superficiale di quella riservatagli dal Tribunale Supremo.

Per la verità, l'idea che ogni *overruling* si associ per definizione alla buona fede del professionista soccombente (*rectius*: del relativo «ambiente» o, per meglio dire, ceto), di tal che risulta sempre giustificata una limitazione temporale dei suoi effetti, realizza una semplificazione deformante di quelle che sono le reali dinamiche evolutive del diritto vivente. Nei fatti, la concezione qui criticata potrebbe avere fondamento solo immaginando una completa e totale

⁴ In questa prospettiva, va ulteriormente osservato che, rispetto alla compatibilità con gli scopi della normativa consumeristica della limitazione dell'azione di ripetizione ai pagamenti eseguiti successivamente alla pronuncia, l'idea che il senso del sistema forgiato dalla direttiva 93/13/CEE si esaurisca nel riequilibrio del rapporto (v. le Conclusioni riportate *supra*, n. 4) sembra scontare una visione non adeguata della *ratio* profonda di quella disciplina. Il vero, invece, è che la disciplina consumeristica, e così tutte le normative di trasparenza, intendono la tutela del rapporto singolo come strumentale: mirando, in via finale, a garantire la conformità dell'agire generale d'impresa a dati valori (nel caso di specie, una dinamica concorrenziale del costo del credito).

imprevedibilità delle decisioni giurisprudenziali di legittimità, e una correlativa impossibilità di gestire, a livello d'impresa, il relativo rischio legale. Quasi che ogni mutamento di orientamento della giurisprudenza sbucasse dal nulla, e non s'inserisse in una dinamica più complessa: in una dialettica interna al formante giurisprudenziale (tra merito e legittimità); e pure esterna al medesimo (il confronto con la dottrina)⁵.

Senonché, posto che la dinamica del diritto vivente non è – almeno non è di regola – quella di una giurisprudenza di legittimità «oracolare» (e, per così dire, fuori dalla storia), appare errato collegare in via automatica il dato della novità della pronuncia alla limitazione degli effetti retroattivi naturalmente propri dell'accertamento. Più correttamente, si dovrebbe allora operare un riscontro di ragionevole prevedibilità, secondo un criterio di prudenza e professionalità elevata⁶, di un esito contrario all'impresa predisponente.

8.- (*Segue*). *Poteri conformativi del giudice e «bilanciamento di interessi»*

Resta infine da considerare il profilo del bilanciamento tra la *policy* di trasparenza e l'interesse alla stabilità del ceto bancario.

L'analisi di quest'ultimo aspetto può giovare di una notazione di carattere preliminare, di taglio prettamente descrittivo. Discorrendosi del potere giudiziale di conformazione degli effetti restitutori conseguenti alla nullità, occorre distinguere tra una conformazione «interna», che segue alle dinamiche per l'appunto interne della fattispecie concreta, e tende a realizzare una maggiore aderenza della funzione rispetto alla struttura (paradigmatico, in questo senso, è il caso dell'art. 1183 c.c.), e una conformazione che risulta, cioè, dall'interferenza sulla fattispecie di un valore esterno alla stessa. Tale è, propriamente, il caso in esame.

⁵ In questo senso, v. già 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, 115.

⁶ Per l'analisi del rapporto tra trasparenza, canone della sana e prudente gestione ex art. 5 t.u.b. e funzione di *compliance*, v. DOLMETTA, *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, 125.

La notazione che precede segnala allora come l'idea di una conformazione di matrice «esterna» venga, propriamente, a porsi al di fuori del perimetro – che è invece quello in cui si muove l'intera elaborazione dottrinale odierna in materia di poteri conformativi del giudice – della coerenza tra la fattispecie di nullità e il suo statuto; venendo, correlativamente, a porre un problema di prevalenza tra i valori propri della normativa di trasparenza, e quelli «esterni»: nel caso di specie, gli interessi macroeconomici in gioco per il sistema bancario di uno Stato membro già indebolito».

Sul punto, la Corte spagnola e l'Avvocato Generale concludono netti nel senso di una indiscriminata prevalenza dell'interesse «esterno». Tale linea di ragionamento non convince: l'assunto venendo, nella sostanza, a riproporre una vecchia mentalità – la protezione della stabilità del ceto bancario «a spese» della clientela – che conculca e nega la stessa idea di trasparenza e protezione del cliente (che poi quell'esigenza si esprima attraverso la direttiva 93/13, in vece della normativa del Titolo VI t.u.b., poco cambia). Il rischio legale (con i relativi oneri che ne possono derivare) è infatti una leva essenziale di *enforcement* della normativa di trasparenza; e lo strumento cardinale del medesimo è proprio offerto dal binomio nullità-ripetizione. Degradare l'azione di nullità a quella di una mera inibitoria (tale è l'esito del *prospective overruling* spagnolo) nega questa funzione, contrastando con gli scopi *preventivi* propri della normativa di trasparenza. Nella sostanza, configura una soluzione applicativa che espelle quest'ultima dall'ordinamento.

E tanto più questo discorso vale, mi pare, in tempi di *bail-in*: in tempi in cui, cioè, il *moral hazard* non è protetto dallo Stato. A ragionare diversamente, si finirebbe, al fine di neutralizzare il rischio di azzardo morale nei confronti delle finanze pubbliche (e quindi dei contribuenti), per proteggere e incentivare quello nei confronti della clientela.

Tutto ciò posto, il punto di equilibrio del sistema potrebbe forse più opportunamente recuperarsi in un reale bilanciamento tra le opposte esigenze, e senza integrale sacrificio dell'una a favore dell'altra. Esclusa la ragionevolezza – in una fattispecie così strutturata – della negazione di tutela della clientela, il momento di protezione della stabilità del ceto bancario dovrebbe casomai confrontarsi, allora, con

l'ipotesi di una conformazione giudiziale delle modalità e i tempi delle restituzioni, comunque dovute.