ELENA BARGELLI

ANTICIPATA ESTINZIONE DEI CONTRATTI DI CREDITO AL CONSUMO E RESTITUZIONE DEI COSTI ACCESSORI: IL RUOLO DELL'INDEBITO E DELL'INGIUSTIFICATO ARRICCHIMENTO *

SOMMARIO: 1. La formulazione dell'art. 27, d.l. n. 104/2023: ripetizione dell'indebito e diritto alla riduzione del costo totale del credito. – 2. Il corollario dell'irripetibilità dei costi *upfront*. – 3. La sconfessione dello schema dell'indebito nella sentenza “Lexitor”. – 4. La reviviscenza dell'indebito nell'art. 27, d.l. n. 104/2023: ritorno all'irripetibilità dei costi *upfront* nei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione? – 5. Irripetibilità (per il passato e per il futuro) dei soli costi *upfront* fatturati da terzi? Il caso dei costi di intermediazione. – 6. Esclusione della legittimazione passiva del finanziatore rispetto alla ripetizione dei costi fatturati da terzi? – 7. L'azione del finanziatore verso il terzo per il recupero *pro quota* dei costi di intermediazione. – 8. Ripetibilità di tutti i costi e criteri di rimborso. – 9. Scioglimento *ex nunc*, ripetibilità bilaterali e asimmetriche: l'esigenza di una razionalizzazione.

1. *La formulazione dell'art. 27, d.l. n. 104/2023: ripetizione dell'indebito e diritto alla riduzione del costo totale del credito*

Nell'ultimo lustro il regime delle restituzioni delle spese accessorie ai contratti di credito al consumo nell'eventualità dell'estinzione anticipata (art. 125-*sexies* t.u.b.) ha subito oscillazioni e vicende altalenanti. Ciò è dipeso dalla difficoltà di tracciare con certezza la linea di confine e l'interazione fra la legislazione secondaria dell'Unione europea – che costituisce la fonte dello specifico diritto dei consumatori di risolvere *ante tempus* il contratto – e la disciplina nazionale, che svolge un ruolo residuale e inte-

* Il presente contributo rielabora l'intervento tenuto al convegno “Il diritto bancario dell'oggi” (VI edizione) svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 19 ottobre 2023.

grativo. Scaturigine di tali oscillazioni è stata la decisione della Corte di giustizia nel noto caso “Lexitor”, che ha sottratto la restituzione delle spese accessorie al diritto civile nazionale e l’ha collocata all’interno della fonte sovranazionale¹.

L’occasione per riflettere ulteriormente sul ruolo di istituti del codice civile dentro il perimetro di una disciplina di fonte europea è sorta dal testo di un decreto di mezza estate – nella formulazione definitivamente entrata in vigore con l’art. 27 della l. 9 ottobre 2023, n. 136 –, intervenuto, dopo qualche incertezza, a integrare la disciplina della riduzione del costo totale del credito nel caso dello scioglimento *ante tempus* del contratto: disciplina che trova sede nell’art. 125-*sexies* t.u.b. già riformato dall’art. 11-*octies*, comma 2, d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (c.d. decreto Sostegni-bis², convertito, con modificazioni, nella l. 23 luglio 2021, n. 106). L’intervento del 2023 guarda, invero, allo spicchio di accordi sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del sopra citato decreto, per il quale – si precisa – continuano ad applicarsi le disposizioni dell’art. 125-*sexies* t.u.b. vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti. Fin qui la novella resta in linea con le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nel 2022³, che aveva eliminato il riferimento alle parole “e le norme secon-

¹ Corte giust., 11 settembre 2019, causa C-383/18 (Lexitor), sulla quale v. il commento 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*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 280 ss.; di 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, TUB. Prime riflessioni a margine della sentenza della C. giust. dell’Unione europea*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, II, 4, p. 156 ss.; per un’analisi economica (in senso critico), E. BAFFI, F. PARISI, *Early Repayment of Loans Under EU Law: The Lexitor Judgment*, in *The Italian Law Journal*, 2021, p. 227 ss. Alla decisione della Corte di giustizia si erano adeguati i Collegi ABF (a partire da Collegio di Coordinamento 17 dicembre 2019, n. 26525) disponendo la refusione *pro quota* di tutti i costi (*upfront* e *recurring*), escluse le spese notarili e le imposte.

² Per un commento, A. RICCIARDI, *Il principio sancito dalla Corte di Giustizia nell’ambito del caso Lexitor e decreto Sostegni-bis: problematiche applicative passate, presenti e future*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, p. 289 ss.; F. GIGLIOTTI, *Rimborso anticipato del finanziamento e riduzione dei costi del credito. Variazioni ermeneutiche sull’art. 125-*sexies* T.U.B. (tra sentenza “Lexitor” e decreto Sostegni bis)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, p. 198 ss.

³ Corte cost., 22 dicembre 2022, n. 263. La pronuncia, come è noto, ha dichiarato l’incostituzionalità l’art. 11-*octies*, d.l. n. 73/2021 limitatamente alle parole: “e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d’Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti”. V. i commenti di F. MUNARI, *La Corte costituzionale tra Lexitor e un legislatore frettoloso: deferenza o dialogo?*, in *Riv. della regolazione dei mercati*; F. GIGLIOTTI, *Rimborso anticipato del finanziamento e riduzione dei costi del credito. Variazioni erme-*

darie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia”, originariamente contenute nell’art. 11-*octies*, comma 2, d.l. n. 73/21. Viene tuttavia aggiunta una seconda proposizione: che, cioè, sono fatte salve le disposizioni del codice civile in materia di indebito oggettivo e di arricchimento senza causa (art. 27, d.l. n. 104/23).

È quest’ultima proposizione a suscitare attenzione e più di un interrogativo: sia a causa delle sue potenziali conseguenze nell’interpretazione dell’art. 125-*sexies* t.u.b., sia per il suo possibile riflesso sistematico, al di là della materia dell’estinzione anticipata dei contratti di credito al consumo.

Sotto quest’ultimo profilo, il rinvio ai suddetti istituti del codice è alquanto inedito nel quadro delle discipline dello scioglimento dei singoli tipi contrattuali, dove si privilegia un approccio *ad hoc* in materia di conseguenze restitutorie⁴. Si aggiunga che è controverso, nella letteratura, lo stesso inquadramento delle restituzioni derivanti dallo scioglimento di un contratto dentro le fonti c.d. legali⁵: inquadramento che, infatti, è stato messo in discussione – se non dalla giurisprudenza⁶ – soprattutto dalla letteratura più recente, con particolare riferimento alle restituzioni conseguenti all’operare di cause di “caducazione” di contratti⁷. È poi constata-

neutiche sull’art. 125-*sexies* T.U.B. (tra sentenza *Lexitor* e decreto sostegni bis, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, p. 198 ss.

⁴V., a titolo meramente esemplificativo, art. 23, l. n. 133/2014 (*rent-to-buy*), art. 1, commi 76-84, l. n. 208/2015 (*leasing* immobiliare abitativo); art. 1, commi 136-140, l. n. 124/2017 (locazione finanziaria).

⁵Ampia è la letteratura che ha approfondito il problema dell’applicabilità degli artt. 2033 ss. c.c. alle restituzioni “contrattuali” e di cui non è possibile qui dar conto: basti citare, nella seconda metà del secondo scorso, U. BRECCIA, *La ripetizione dell’indebito*, Milano, 1974, *passim*; E. MOSCATI, *Del pagamento dell’indebito*, in *Commentario Scialoja-Branca, Libro Quarto, Delle Obbligazioni*, Artt. 2028-2042, Bologna-Roma, 1982, p. 149; più recentemente, ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 143 ss.

⁶La fonte contrattuale è stata invece data per scontata, incidentalmente, in una recente decisione della Corte di Cassazione concernente la restituzione di addebiti illegittimi (in quanto derivanti dalla nullità di una clausola contrattuale) sul conto corrente: Cass., 3 gennaio 2023, n. 61, in *Judicium.it*, con nota di G. TASSONI, *L’art. 1284, comma 4, c.c. e l’esecuzione forzata*.

⁷V., per esempio, M. DELLACASA, *Restituzione e regime dei rimedi contrattuali: un’analisi critica del diritto applicato*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 1120 ss.; più recentemente, ID., *Il sinalagma rovesciato nell’azione redibitoria: una riflessione sulle restituzioni imperfette*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 9 ss.; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, *passim*; A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 783 ss.; C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 813 ss. Per la conferma dell’impostazione unitaria E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435 ss.

zione quasi unanime che la disciplina dell'indebito e del divieto di ingiustificato arricchimento, così com'è strutturata, non offra risposte del tutto adeguate ai problemi restitutori scaturenti dallo scioglimento del contratto: dando essa rilievo a stati soggettivi difficilmente trasponibili nel contesto dell'operare delle cause di risoluzione e di recesso⁸. La disposizione in esame – rivolta alla disciplina transitoria di un segmento di regolamentazione del credito al consumo – contiene, dunque, un riferimento ad istituti del diritto delle obbligazioni del codice civile e sembra assumere un inedito significato sistematico, dando linfa all'impostazione che riporta tutte le pretese restitutorie – derivino esse da un contratto nullo o annullato ovvero sciolto – dentro l'egida delle fonti non contrattuali.

Mentre resterà solo accennato il problema del ruolo delle fonti legali nella disciplina delle conseguenze restitutorie dello scioglimento dei contratti nel diritto italiano, il presente contributo si concentrerà sul significato che il rinvio all'indebito oggettivo e all'arricchimento senza causa – tenuto conto del suo carattere intertemporale – assume nell'interpretazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b. e nelle sue applicazioni pratiche. Non si ripercorrerà, invece, il dibattito sull'efficacia della sentenza “Lexitor” nell'ordinamento italiano, che ha accompagnato le varie fasi in cui si è dipanata la complessa vicenda giurisprudenziale e normativa fino alla novella del 2023⁹.

2. Il corollario dell'irripetibilità dei costi upfront

La domanda con cui si è chiuso il paragrafo precedente rimanda allo scenario per tutti pacifico prima della sentenza “Lexitor”, quando proprio sulla logica del sopravvenuto difetto di causa era stata eretta la soluzione della ripetibilità – con il metodo della proporzionalità lineare – dei costi ricorrenti: ovvero delle prestazioni – accessorie a quelle principali e caratterizzanti il contratto di mutuo – volte a remunerare ad attività destinate a svolgersi lungo l'intera vita del contratto, incluse quelle di tipo assicurativo

⁸Si rinvia al quadro del dibattito attuale più diffusamente descritto da E. BARGELLI, *Restituzioni contrattuali e nuove fonti interne e eurounitarie*, in *Giornata sulle restituzioni*, Padova, 2021, p. 145 ss.

⁹Subito dopo la decisione della Corte di giustizia, v. A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 8 ss. Dopo la sentenza della Corte costituzionale del 2022 (citata *retro*, nota 1), E.R. RESTELLI, *Il primato del diritto europeo. La sentenza Lexitor è davvero così importante?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, p. 84 ss., in commento alla decisione del Trib. Napoli Nord, 26 gennaio 2022.

generalmente associate alla stipulazione di contratti di credito al consumo¹⁰. Una volta esercitato il diritto all'estinzione anticipata del finanziamento, era apparso logico detrarre dalla somma dovuta dal finanziato l'importo delle commissioni anticipate e divenute *ex post* non dovute.

Sulla base dello stesso ragionamento era stata giustificata la irripetibilità dei costi *upfront* ai sensi dell'art. 2033, comma 1, c.c., in quanto prestazioni accessorie volte a compensare attività esaurite al momento della conclusione del contratto¹¹. A tale logica si era espressamente ispirato anche il Collegio di Coordinamento ABF nella decisione n. 6167/2014, nel giustificare la restituzione della parte di premio relativa al periodo residuo facendo leva sulla sua mancanza di causa sopravvenuta¹².

Tale ricostruzione interna era complementare all'idea che la fonte europea governasse il regime dell'estinzione anticipata nei limiti di quanto stabilito dall'art. 16 della direttiva 2008/48 e lasciasse al diritto nazionale il compito di colmare supposte lacune e di regolare quanto non espressamente ivi stabilito: inclusi gli effetti dell'esercizio del diritto potestativo di estinzione anticipata, l'entità del credito restitutorio e i criteri di calcolo, sempre fatto salvo il rispetto del canone della proporzionalità in relazione alla vita residua del contratto.

¹⁰In questa prospettiva, si è sostenuto che la ratio dell'art. 125-*sexies* t.u.b. sarebbe quella di anticipare l'esigibilità del credito *ex art.* 2033 c.c. (e avente a oggetto le commissioni anticipate e divenute indebite) al momento del conteggio estintivo, senza dover attendere l'estinzione del finanziamento attraverso il pagamento integrale del capitale e degli interessi residui (A. TINA, *Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-*sexies* t.u.b) mediante attivazione della copertura assicurativa*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 789 ss.). In realtà, appare preferibile ritenere che il diritto alla ripetizione delle commissioni sorga contestualmente all'obbligo di restituire il capitale residuo e che divenga esigibile al momento della predisposizione del conteggio estintivo, quando si realizzano i presupposti per la compensazione delle due pretese reciproche (ancorché, ovviamente, non sinalagmatiche).

¹¹Nonostante l'assonanza verbale (il riferimento alle "spese"), non è ovviamente applicabile ai costi accessori da restituire all'esito dell'estinzione anticipata del finanziamento la regola di cui all'art. 2040 c.c., riguardante la consegna indebita di una cosa determinata.

¹²Coll. Coord. 22 settembre 2014, n. 6167: "e la parte di premio relativa al periodo residuo è priva di causa e va restituita"; ancora più chiaramente, Coll. Coord. 17 dicembre 2019, n. 26525, a p. 7: "in difetto di adempimento dell'obbligo di riduzione dei costi, cui fa riferimento l'art. 125 *sexies* t.u.b., il consumatore avrebbe il diritto di chiederne poi la restituzione secondo la regola dell'indebito oggettivo".

3. *La sconfessione dello schema dell'indebito nella sentenza "Lexitor"*

L'impostazione dominante nel diritto italiano (e non solo) è stata sconfessata, com'è noto, dalla citata sentenza "Lexitor". Nell'attrarre anche gli effetti dello scioglimento anticipato dentro la fonte europea, essa fa propria l'idea che spetti al diritto dell'Unione Europea – e ricada quindi sotto l'egida dell'interpretazione autonoma dell'art. 16 sopra menzionato – il governo degli aspetti sostanziali dei diritti riconosciuti ai singoli dalle sue fonti (primarie e secondarie). Unica eccezione, i criteri di calcolo delle somme da restituire pro quota, lasciati ai diritti nazionali¹³, cui spetta altresì la disciplina dell'attuazione processuale di tali diritti¹⁴ (assoggettata, comunque, al test dell'autonomia procedurale). Viene così spostato in avanti il confine del diritto dell'Unione, chiamato ad assorbire gli effetti dello scioglimento del finanziamento in contrasto con l'applicazione dominante negli Stati Membri.

La soluzione abbracciata nella decisione "Lexitor" non era affatto scontata. Lo dimostrano le conclusioni avanzate dall'Avv. Generale Gerard Hogan nel prospettare plurime interpretazioni del testo¹⁵, nonché le Osservazioni presentate in causa dalla Commissione europea. Lo ha confermato l'opposta posizione assunta dalla Corte di giustizia, nel 2023, nel settore dei mutui immobiliari, dove, implicitamente, si richiama il concetto dell'irripetibilità del corrispettivo correlato a prestazioni già interamente svolte: «il diritto alla riduzione non può includere i costi che, indipendentemente dalla durata del contratto, siano posti a carico del consumatore a favore del creditore e dei terzi per prestazioni che siano già eseguite integralmente al momento del rimborso anticipato»¹⁶.

A prima vista, poi, la soluzione sembra contrastare con la rilevanza del divieto di arricchimento ingiustificato non solo come istituto dei codici civili nazionali, ma anche come principio generale del diritto dell'Unione, con tutte le connesse implicazioni: l'idoneità a riempire le lacune, a fungere da criterio di interpretazione e di verifica della legittimità della legislazione¹⁷. A tale principio – applicato prevalentemente nel contesto dei rap-

¹³ In questo senso, v. le conclusioni dell'Avv. Generale G. Hogan, 23 maggio 2029, causa C-383/18.

¹⁴ Conclusioni dell'Avv. Generale Kokott 29 luglio 2019, C-435/18 (Otis).

¹⁵ Conclusioni dell'Avv. Generale G. Hogan, 23 maggio 2029 (nota 13).

¹⁶ Corte di giustizia, 9 febbraio 2023, causa C-555/21 (UniCredit Bank Austria AG).

¹⁷ A.S. HARTKAMP, *The influence of EU law on national private law*, Milano, 2014, p. 120 ss.

porti di diritto pubblico – la Corte, nel settore dei contratti con i consumatori, fece notoriamente appello nel caso “Messner”, concernente gli effetti del recesso in un contratto a distanza. Qui i “*principles of civil law*” – segnatamente, la buona fede e l’arricchimento senza giusta causa – furono invocati quali controlimiti rispetto all’interpretazione autonoma della direttiva sulle vendite a distanza sostenuta dalla stessa Corte di giustizia¹⁸; portarono, dunque, a ritenere legittima l’imposizione del “pagamento di un’indennità per l’uso di tale bene nel caso in cui [il consumatore] abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con tali principi”, a condizione che non venisse pregiudicato “il fine della detta direttiva e, in particolare, l’efficacia e l’effettività del diritto di recesso, cosa che spetta al giudice nazionale determinare”¹⁹.

La pronuncia “Messner”, tuttavia, va inquadrata nel contesto giuridico precedente alla disciplina degli effetti del recesso introdotta dalla direttiva 2011/83, il cui art. 14, comma 4, lett. *a*) ora esclude che il consumatore sostenga alcun costo per la prestazione di servizi se il professionista ha omesso di fornire le necessarie informazioni. Sullo sfondo di tale mutato quadro normativo, la Corte di giustizia – richiesta di precisare se il principio dell’ingiustificato arricchimento possa essere invocato per imporre un indennizzo al consumatore che abbia fruito di un servizio durante la pendenza del diritto di recesso –, ha ribadito nel 2023 che nessun costo può essergli addossato, qualora il professionista non gli abbia trasmesso le dovute informazioni: ferma restando, ovviamente, la necessità di esercitare il diritto, comunque, entro dodici mesi dalla fine del periodo di recesso iniziale (art. 10, comma 1, direttiva 2011/83)²⁰. Nel negare rilievo, entro queste coordinate, al divieto di arricchimento ingiustificato, la Corte ragiona che la reversione dell’eventuale “plusvalenza” ottenuta durante la pendenza del recesso rischierebbe di pregiudicare l’obiettivo della tutela elevata dei consumatori.

¹⁸ Corte di giustizia, 3 settembre 2009, C-489/07, *Messner c. Krüger*.

¹⁹ L’art. 6, nn. 1, secondo periodo, e 2, direttiva (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 20 maggio 1997, 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, dev’essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale preveda in modo generico che il venditore possa chiedere al consumatore un’indennità per l’uso di un bene acquistato tramite un contratto a distanza nel caso in cui quest’ultimo abbia esercitato il suo diritto di recesso entro i termini, ma «non osta a che venga imposto al consumatore il pagamento di un’indennità per l’uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l’arricchimento senza giusta causa, a condizione che non venga pregiudicato il fine della detta direttiva e, in particolare, l’efficacia e l’effettività del diritto di recesso, cosa che spetta al giudice nazionale determinare».

²⁰ Corte di giustizia, 17 maggio 2023, C-97/22, HJ.

Nella sentenza “Lexitor” il ragionamento della Corte di giustizia è interamente mosso da preoccupazioni derivanti dall’osservazione delle prassi seguite dai finanziatori nel mercato del credito al consumo: preoccupazioni lontane dalla ricerca del riequilibrio delle sfere patrimoniali e del recupero di poste patrimoniali rimaste prive di giustificazione, almeno nei rapporti fra finanziatori e clienti consumatori. Gli argomenti svolti dalla Corte, piuttosto, si spiegano in funzione dell’esigenza di prevenire pratiche commerciali opache in questo settore del mercato e, in un’ottica strumentalista, inducono ad ammettere la ripetibilità di tutte le componenti del costo totale del credito, anche qualora ciò possa comportare, per una delle parti, aver beneficiato di un servizio senza dover compensare chi lo ha reso.

Traducendo l’argomento strumentalista in una regola relazionale, si può affermare – come si è fatto all’indomani della sentenza “Lexitor” – che tutti i costi (*upfront* e *recurring*) siano strutturalmente legati all’avvenuta stipulazione del contratto e siano destinati a riflettere la loro utilità rispetto alla totalità delle frazioni temporali in cui si svolge il rapporto contrattuale²¹.

Tenuto conto di tutti gli elementi fin qui evocati, la reviviscenza degli istituti dell’indebito e dell’ingiustificato arricchimento sancita dalla novella del 2023 potrebbe, in astratto, assumere cinque possibili significati: a) l’esclusione della ripetibilità dei costi *upfront* per i contratti conclusi prima dell’entrata in vigore della legge di conversione del decreto; b) l’irripetibilità dei soli costi di intermediazione per tutti i contratti, siano essi stati stipulati prima o dopo la legge di conversione del decreto; c) l’esclusione della legittimazione passiva del finanziatore rispetto ai costi di intermediazione per tutti i contratti, siano essi stati stipulati prima o dopo la legge di conversione del decreto; d) la giustificazione dell’azione del finanziatore verso l’intermediario del credito per il recupero della quota dei costi di intermediazione restituiti al cliente, per tutti i contratti; e) la predilezione per il criterio di calcolo ispirato alla proporzionalità lineare²².

Occorre verificare se almeno uno di questi possibili significati sia sostenibile.

²¹ U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell’estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 49 ss.; A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e riduzione del costo totale del credito. Il caso della cessione del quinto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, p. 644 ss.

²² Quesiti già sollevati dai primi commentatori della novella: v. R. FERRETTI, R. MANTEGAZZA, *La nuova disciplina delle estinzioni anticipate dei contratti di credito con i consumatori*, in www.dirittobancario.it, p. 1 ss.

4. *La reviviscenza dell'indebito nell'art. 27, d.l. n. 104/2023: ritorno all'irripetibilità dei costi upfront nei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione?*

Il primo significato potenzialmente attribuibile alla novella – l'esclusione della ripetibilità dei costi *upfront* per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto – potrebbe far leva, in astratto, sull'implicito richiamo alla decisione Unicredit che si trae dal primo inciso dell'art. 27 del decreto n. 104/2023: là dove viene evocato il diritto dell'Unione europea “come interpretato dalle pronunce della Corte di Giustizia”. Una tale interpretazione non sarebbe del tutto bizzarra, essendo stata già avanzata sia in dottrina sia in qualche decisione di merito successiva alla sentenza Unicredit²³.

Tuttavia, oltre a essere stata sconfessata, da ultimo, dalla stessa Cassazione²⁴ e da altre decisioni di merito, che si allineano senza esitazioni alla pronuncia della Corte Costituzionale²⁵, l'argomento testuale appena citato è alquanto debole e soverchiato da numerosi argomenti contrari.

Il primo e più immediato si aggancia alla successione delle leggi nel tempo. Il testo normativo precedente alla versione attualmente vigente – il d.l. 13 giugno 2023, n. 69, convertito in l. 10 agosto 2023, n. 103 – prevedeva espressamente l'irripetibilità dei costi *upfront*, ma è stato superato dallo *ius superveniens*: pressoché contemporaneamente, infatti, il citato d.l. 10 agosto 2023, n. 104, all'art. 27, ha introdotto una nuova versione della novella, che proprio tale effetto omette di prevedere e che, infine, è stata recepita dalla legge di conversione.

Altri e più decisivi argomenti sono di carattere costituzionale e di diritto europeo.

Sotto il primo profilo, una tale lettura sarebbe addirittura sovversiva, contrastando con la pronuncia della Corte cost. n. 263/2022²⁶, che ribadì

²³Trib. Castrovillari, 7 luglio 2023, n. 994; Trib. Varese, 1 giugno 2023. In dottrina, v. L. CARDI, *Lexitor: un caso chiuso?*, in *Rivista di Diritto del Risparmio – Approfondimenti*, 2023, p. 17.

²⁴Cass. 6 settembre 2023, n. 25997, su cui v. il commento di G. SANTONI, *Note sul caso Lexitor, alle battute conclusive dopo Cass. 25997/2023*, in www.dirittobancario.it

²⁵Corte di Appello di Milano, Sezione. I, 3 agosto 2023, n. 252813, commentata da S. ZURLO, *È diritto unionale, bellezza! La Corte meneghina riafferma l'incostituzionalità delle deroghe legislative alla Lexitor*, in www.dirittodelrisparmio.it.

²⁶Corte cost., 22 dicembre 2022, n. 263, in *Rivistapactum.it*, con nota di S. VITRÒ, *Estinzione anticipata dei finanziamenti, sentenza “Lexitor” della CGUE e sentenza n. 263/2022 della Corte Costituzionale*.

sce a chiare lettere la retroattività della sentenza *Lexitor* e lascia quindi intendere che, per il passato, possa tornare ad applicarsi l'interpretazione conforme a tale pronuncia invalsa nella giurisprudenza ABF²⁷. Inoltre, tale interpretazione della novella violerebbe altresì il canone di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., determinando una disparità di trattamento macroscopica e ingiustificata fra contratti sottoscritti prima e dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione.

Si aggiunga che l'esenzione dal principio di diritto "Lexitor" a beneficio dello spicchio di contratti in essere al momento della pubblicazione della sentenza o stipulati successivamente ad essa – purché prima della legge di conversione del decreto – risulterebbe ancora più sorprendente dopo la posizione recentemente assunta dalla Corte di Cassazione a proposito del diritto alla riduzione del costo del credito derivante dalle direttive 87/102/CEE e 90/88/CE. Di tale diritto viene affermata la continuità con l'art. 16 della direttiva n. 48/2008, nonostante la non perfetta coincidenza della formulazione letterale delle corrispondenti disposizioni (l'art. 8 della direttiva 87/102/CEE parla di "equa riduzione del costo complessivo del credito) e l'assenza dell'attesa disciplina integrativa da parte del CIRC. La sostanziale continuità delle due formulazioni comporta, nel ragionamento della Corte, l'applicabilità del principio di diritto formulato dalla sentenza "Lexitor" anche alle direttive preesistenti²⁸. Se la ripetibilità di tutti i costi – *upfront* e *recurring* – percorre a ritroso anche la legislazione secondaria sul credito al consumo precedente a quella del 2008, la retroattività della pronuncia "Lexitor" ne esce senz'altro rafforzata.

Quanto, poi, al piano del diritto europeo, la tesi dell'*overruling* della sentenza "Lexitor" si infrange contro la posizione – controvertibile ma limpida – assunta dalla Corte di giustizia nella sentenza "Unicredit". Questa attribuisce scarso peso alla somiglianza lessicale fra l'art. 16 della direttiva n. 48/2008 e l'art. 25 della direttiva 2017/17²⁹ e spende, invece, chiari argomenti per sostenere e giustificare la diversità di regime fra credito al consumo e immobiliare sotto il profilo degli effetti dell'estinzione anticipata del finanziamento: ritenendo inferiore, nel secondo settore, il rischio di

²⁷ Coll. Coor. 17 dicembre 2019, n. 26525 (nota 1).

²⁸ Cass., 6 settembre 2023, n. 25997, cit.

²⁹ Le due direttive differiscono anche per ulteriori aspetti della disciplina dell'estinzione anticipata del finanziamento: R. SANTAGATA, *Prime note sulla nuova disciplina del rimborso anticipato del credito ai consumatori (e del credito immobiliare)*, in questa *Rivista*, 2022, p. 179 ss. Sulla differente ispirazione dei due interventi, v., più diffusamente, F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 65 ss.