

Clausole abusive

# Interessi moratori e dintorni

di Giovanni D'Amico

1. Una recentissima pronuncia della CGUE (1), pubblicata nello scorso mese di agosto, offre una serie di spunti non soltanto con riferimento al tema specifico (che pure è già di per sé - come vedremo subito - di grande interesse e rilievo pratico), ma altresì con riguardo ad alcune questioni generali che la vicenda coinvolge.

Il problema specifico (che trae origine da due rinvii pregiudiziali effettuati da altrettanti giudici spagnoli (2)) può essere illustrato in maniera abbastanza semplice. Come è noto, la Dir. 93/13/Cee sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori (direttiva della quale si festeggia proprio quest'anno il venticinquennale) ricomprende - nell'elenco (ad essa allegato) di clausole che possono essere dichiarate abusive - le pattuizioni che "abbiano per oggetto o per effetto di imporre al consumatore che non adempie ai propri obblighi un indennizzo per un importo sproporzionatamente elevato" (lett. e) (3). Detta formula è stata

pedissequamente recepita dal legislatore spagnolo (che, fra l'altro, considera queste clausole come *sempre abusive* (4)) nell'art. 85, par. 6, del Texto Refundido (testo consolidato) della LGDCU (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), e ha dato luogo - in particolare in materia di interessi moratori convenzionali - a non poche oscillazioni giurisprudenziali in ordine all'individuazione del carattere "*sproporzionatamente elevato*" della misura di detti interessi stabilita in contratto (5): formula, quest'ultima, che ha la struttura di una tipica *clausola generale*, e che specifica-esemplifica (anche se questo punto non è del tutto incontrovertito) la più ampia "clausola generale" che definisce la nozione di "vessatorietà" (nozione individuata com'è noto - almeno in uno dei suoi due elementi costitutivi (6) - nel *significativo squilibrio* che si determina, in virtù della clausola, tra i diritti e gli obblighi che dal contratto scaturiscono in capo ai contraenti).

(1) Corte di Giustizia UE, Sez. V, 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 (Banco Santander SA c. Mahamadou Demba e Mercedes Godoy Bonet) e C-94/17 (Rafael Ramón Escobedo Cortés c. Banco de Sabadell SA).

(2) Il giudice del rinvio, nella causa C-96/16, era lo Juzgado de Primera Instancia n. 38 di Barcelona (che sollevava dei dubbi circa la compatibilità con la Dir. 93/13/Cee della giurisprudenza risultante da alcune sentenze del Tribunal Supremo spagnolo in materia di interessi moratori), mentre nella causa C-94/17 era lo stesso Tribunal Supremo a sollevare (in sede di ricorso avverso una pronuncia in appello della Audiencia Provincial de Alicante) il problema della compatibilità con la normativa europea sulle clausole abusive dell'orientamento dallo stesso Tribunal Supremo affermato in alcune pronunce del 2015 (sent. 22 aprile 2015, n. 265, sent. 7 settembre 2015, n. 470, sent. 8 settembre 2015, n. 469), relative a contratti di "prestito personale" conclusi con i consumatori (successivamente, la soluzione adottata in queste tre sentenze è stata estesa dal Tribunal Supremo anche ai contratti di prestito ipotecario: v. sentt. 23 dicembre 2015, n. 705, 18 febbraio 2016, n. 79, 3 giugno 2016, n. 364).

(3) È appena il caso di osservare che dette clausole non possono essere fatte rientrare tra quelle che definiscono l'"oggetto principale" del contratto (come avviene, invece, per le clausole che determinano la misura degli interessi *corrispettivi*). Si tratta, invece, di clausole accessorie (destinate ad operare solo eventualmente, ossia, nel caso in cui si verifichi un inadempimento da parte del contraente). Ed è per questo che la dir. 93/13 le include tra le clausole che sono sottoposte al giudizio di vessatorietà.

(4) Nell'ordinamento giuridico italiano la trasposizione della previsione in questione della direttiva europea è contenuta nella lett. f dell'art. 33, comma 2, c. cons., il quale recita invece che "Si presume vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno

per oggetto o per effetto, di: (...) imporre al consumatore in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo".

(5) È opportuno evidenziare che manca nel diritto spagnolo un parametro legale generale che possa soccorrere nella valutazione del carattere abusivo delle clausole (non negoziate tra le parti) che fissano il tasso convenzionale degli interessi moratori, quale invece può essere individuato - nell'ordinamento italiano - nel criterio stabilito dalla L. n. 108/1996 (c.d. legge anti-usura), che fissa il limite al di là del quale gli interessi (e si ritiene - secondo l'opinione prevalente - che la norma si riferisca non solo a quelli corrispettivi, ma anche a quelli moratori) sono considerati senz'altro come "usurari" (c.d. usura in astratto).

Deve precisarsi - peraltro - che non vi è comunque integrale coincidenza tra il giudizio di usurarietà (dell'interesse moratorio) e il giudizio di abusività (della clausola che lo prevede), nel senso che mentre da un lato l'interesse qualificabile come usurario determina senz'altro la "illiceità" della clausola (la nullità della quale, peraltro, prima ancora che dal contrasto con la normativa sulle clausole abusive, deve essere fatta discendere probabilmente dalla sua contrarietà alla norma imperativa contenuta nella L. n. 108/1996), non è vera la reciproca. Il che significa che anche una clausola che - in un contratto con un consumatore - fissi un interesse moratorio *non usurario* (in quanto "infra-soglia") potrebbe essere dal giudice considerata "abusiva", ai sensi e per gli effetti della normativa sulle clausole vessatorie.

(6) L'altro elemento (del giudizio di vessatorietà) essendo invece costituito dal *contrasto con la buona fede*, che si realizza attraverso l'inserimento (da parte del professionista) nel regolamento contrattuale della clausola "squilibrata" (e, perciò, iniqua).

Proprio al fine di porre termine a queste oscillazioni della giurisprudenza di merito (7), e di garantire più efficacemente la certezza e la prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia (8), il Tribunal Supremo spagnolo ha definito (attraverso una serie di sentenze pronunciate nel corso del 2015 (9)) un "orientamento" in base al quale - nei contratti di prestito personale - devono considerarsi "sproporzionatamente elevati" gli interessi moratori il cui ammontare sia fissato in una misura superiore a due punti percentuali rispetto al tasso degli interessi corrispettivi (10), statuendo altresì che ove questa soglia risulti superata - con conseguente nullità della clausola determinativa degli interessi moratori (in quanto abusiva) - siano dovuti gli interessi corrispettivi convenzionali.

Per pervenire a detta conclusione, il Tribunal Supremo spagnolo - dopo aver richiamato alcuni criteri generali tratti dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (11) - sviluppa una articolata argomentazione, che muove anzitutto dalla considerazione di alcune previsioni legali (spagnole) in materia di interessi moratori (12). I giudici riconoscono che ciascuna delle norme considerate ha un suo

preciso ambito di applicazione, e proprie peculiarità. Cionondimeno - essi osservano - "todas ellas tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar *proporcionadamente* al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés *desproporcionado*" (corsivo aggiunto).

Sennonché da questa osservazione (che in sé potrebbe apparire suggestiva) i giudici del Tribunal Supremo spagnolo non traggono alcuna reale indicazione (che - a ben vedere - probabilmente, *non poteva* essere tratta, proprio per le "peculiarità" di ciascuna delle ipotesi considerate, che ha portato lo stesso legislatore spagnolo ad utilizzare per ognuna criteri diversi, anche a voler supporre la sussistenza della surriferita *ratio* comune (13)), tant'è che la conclusione cui essi pervengono appare (a sua volta) del tutto sganciata dai criteri desumibili dalle normative richiamate. E, invero - dopo aver premesso che nel caso di contratti di prestito senza garanzie reali le massime di esperienza mostrano che l'interesse di mora si determina mercé l'aggiunta di una piccola percentuale addizionale sull'interesse remunerativo concordato, i giudici del Tribunal Supremo

(7) Oscillazioni e incertezze che caratterizzano anche il dibattito sul punto in Italia, dibattito che - peraltro - si è sviluppato soprattutto a livello dottrinale, mancando una casistica giurisprudenziale significativa (per una sintetica ricostruzione si veda Faccioli, *sub art.* 33, comma 2, lett. f, in De Cristofaro - Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, II ed., Padova, 2013, 290 ss., spec. 291 ss.). Al fine di stabilire quando l'importo dovuto dal consumatore inadempiente possa considerarsi "manifestamente eccessivo", taluno ha proposto di tener conto dell'*interesse del creditore all'adempimento* (generalizzando il criterio previsto dall'art. 1384 c.c. in materia di clausola penale), altri ha ritenuto che si debba piuttosto tener conto dell'*interesse del debitore quale contraente "debole"* specificamente tutelato dalla normativa sui contratti dei consumatori (e quindi adottare un criterio di "notevole severità nei confronti del professionista"), ma l'orientamento forse prevalente è quello che afferma che la valutazione circa l'"eccessività" vada condotta mettendo a raffronto l'entità dell'indennizzo posto a carico del consumatore con il valore oggettivo della prestazione rimasta ineseguita (cfr. sul punto Chiné, *Consumatore [contratti del]*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 400 ss., 412-13; e, soprattutto, Navarretta, *sub art.* 1469-bis *cod. civ.*, comma 3°, n. 6, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Aa.Vv.*, *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 889 ss., spec. 895 ss.).

(8) Finalità enunciata espressamente al punto IV.2 della sent. n. 265/2015, cit.

(9) Vedile ricordate *supra*, nella nt. 2. Nelle pagine che seguono le citazioni si riferiranno (salva diversa indicazione) alla prima di tali pronunce, ossia alla sent. 22 aprile 2015, n. 265 (già richiamata nella nota che precede).

(10) All'epoca a cui risalgono le vicende esaminate dalle pronunce del Tribunal Supremo, era frequente che il tasso degli interessi moratori convenzionali risultasse superiore di 8, 9, 10 punti percentuali (e, a volte, anche più) rispetto al tasso degli interessi corrispettivi. Ad es., nella vicenda oggetto della sent. n. 265/2015, il tasso degli interessi corrispettivi era del 11,8%, mentre gli interessi moratori erano fissati al 21,8% (annuo).

(11) Nei parr. 3-4 della Sez. IV dei "*Fundamentos de derecho*" della sent. n. 265/2015 viene richiamata, in particolare Corte di giustizia 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Aziz* (spec. i parr. 68-69), dove si afferma che per decidere se una clausola è abusiva occorre considerare le norme del diritto nazionale applicabili in mancanza di diversa pattuizione tra le parti, e, inoltre, occorre che il giudice valuti se il professionista avrebbe potuto ragionevolmente supporre che, in una trattativa leale ed equa con il consumatore, quest'ultimo avrebbe accettato la clausola di cui si discute.

(12) Riportiamo, brevemente, i dati normativi richiamati dal Tribunal Supremo (v. par. 5 della Sez. IV dei "*Fundamentos de derecho*"):

- art. 1108 código civ., che stabilisce che l'interesse moratorio, in mancanza di convenzione tra le parti, sia l'interesse legale (che, nell'anno di stipula del contratto oggetto di causa, era pari al 5%);  
- art. 20.4 della Ley 16/2011 sui contratti di credito al consumo, che consente un interesse di mora non superiore a 2,5 volte l'interesse legale (nell'anno di stipula del contratto, il 12,5 %)

- art. 114, comma 3, della Ley Hipotecaria, ai sensi del quale gli interessi di mora relativi a prestiti per l'acquisto della casa di abitazione non possono essere superiori a tre volte l'interesse legale;

- art. 20 della Ley del Contrato de Seguro, ove si prevede che le compagnie di assicurazione siano tenute a pagare un interesse di mora pari all'interesse legale aumentato della metà, aggiungendo che trascorsi due anni dal sinistro l'interesse di mora non può comunque essere inferiore alla misura del 20%;

- art. 7 della Ley/2004 sui ritardi nelle transazioni commerciali, che prevede un interesse di mora di 8 punti superiore all'interesse praticato dalla BCE;

- art. 576 della Ley de Enjuiciamiento civil (legge sul processo civile), che stabilisce come interesse di mora processuale l'interesse legale aumentato di 2 punti.

(13) Il che conferma che il "principio di proporzionalità" - come tutti i "principi" - è suscettibile di ricevere varie forme di attuazione, con "gradazioni" di diversa intensità (derivanti, naturalmente, dalla necessità di "bilanciarlo" con altri interessi e principi che, nella specie considerata, vengano in rilievo).

concludono che “Nel caso di prestiti personali, l’interesse di mora stabilito in clausole non negoziate *deve consistere*, per non essere abusivo, in una percentuale aggiuntiva *che non deve essere molto elevata* in quanto l’assenza di garanzie reali determina che l’interesse corrispettivo già sia elevato ...”, percentuale che può individuarsi (sempre secondo i giudici) in *un incremento non superiore a due punti percentuali rispetto al tasso degli interessi corrispettivi* (14).

Senonché - a parte l’osservazione secondo cui un tale argomento omette del tutto di considerare la diversa funzione che svolgono gli interessi corrispettivi e quelli moratori (e, in particolare, la funzione che questi ultimi hanno - precipuamente - di dissuadere il debitore dall’inadempimento o dal ritardo, funzione che potrebbe essere scarsamente realizzabile in presenza di un sostanziale “allineamento” degli interessi moratori su quelli corrispettivi) - resta il fatto che l’argomento utilizzato - pur a volerlo condividere - non ci dice affatto se l’aumento *ragionevole* degli interessi moratori rispetto a quelli corrispettivi debba essere (al massimo) di due punti (come opinano i giudici del Tribunal Supremo), oppure di tre, di quattro o di cinque punti.

Come che sia, c’è da prendere atto che la Corte di giustizia UE ha dato avallo alla soluzione propugnata dal Tribunal Supremo spagnolo, per lo meno nel senso di ritenere che una tale soluzione (pur non essendo - come si fa implicitamente intendere - l’unica possibile) *non è in contrasto* (o - se si preferisce - *non è incompatibile*) con la normativa europea, e in particolare con la Dir. 93/13 sulle clausole abusive.

2. È precisamente su quest’ultimo aspetto che vorremmo concentrare l’attenzione nella seconda parte di questo breve intervento, evidenziando una serie di considerazioni che la vicenda sin qui descritta sollecita.

a) Anzitutto, non può sicuramente sfuggire il dato forse più appariscente della giurisprudenza spagnola (del Tribunal Supremo) sopra richiamata, dato che consiste nell’aver trasformato, in buona sostanza, una “clausola generale” (secondo la quale sono abusivi gli interessi moratori “*sproporzionatamente elevati*”) in

una “regola di fattispecie” (“gli interessi moratori *non possono superare di più di due punti percentuali quelli corrispettivi*”). Sappiamo bene che la “concretizzazione” di ogni clausola generale comporta sempre la individuazione di “regole” più specifiche, nelle quali trova espressione e realizzazione la *direttiva* contenuta nella clausola generale. E nemmeno può sorprendere che di una regola individuata in occasione della “concretizzazione” di una clausola generale in relazione ad un caso specifico (considerate le circostanze che lo caratterizzano), si possa fare applicazione nelle ipotesi in cui si ripresenti un caso identico o analogo a quello in precedenza deciso. Ma qui le cose stanno diversamente.

Il Tribunal Supremo non ha affatto fornito *una* concretizzazione della clausola generale relativa ad *un caso* (o un “gruppo di casi”), tra quelli a cui la clausola generale può applicarsi, ma ha invece proposto *l’unica* concretizzazione che (secondo il suo punto di vista) deve essere fornita della clausola generale in questione *in tutti i casi* in cui l’“indennizzo” previsto per l’inadempimento del debitore/consumatore consista nella corresponsione di interessi moratori convenzionali.

Scompare - così - la possibilità, insita nella “logica” propria della clausola generale, di tener conto delle *particolarità del caso concreto* (l’aumento massimo di due punti percentuali per gli interessi moratori si applica - per esempio - tanto se gli interessi corrispettivi siano stati fissati nella misura del 5% [una misura che, in ipotesi, potrebbe - si noti - essere stata stabilita in termini “contenuti”, proprio affidando ad uno *spread* significativo previsto per gli interessi moratori il compito di dissuadere il debitore dall’inadempimento], quanto se essi siano fissati nella misura del 10 o del 12%; parimenti, la medesima “regola” troverà applicazione sia nel caso in cui il creditore abbia ottenuto - ad es. da un terzo - una garanzia personale, sia nel caso in cui il credito sia sprovvisto di qualsiasi garanzia; e così via). Il che significa per l’appunto - come poc’anzi si anticipava - che la (flessibile) “clausola generale” è stata trasformata in una (rigida) “regola di fattispecie” (insuscettibile di ricevere applicazione

(14) Il criterio così individuato sembrerebbe per la verità esplicitamente mutuato - almeno in base a quanto affermano gli stessi giudici del Tribunal Supremo - da una delle norme richiamate, e precisamente dall’art. 576 della *Ley de Enjuiciamiento civil* (il quale - sotto la rubrica *Intereses de la mora procesal* - stabilisce al comma 1 che “Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o

por disposición especial de la ley”). Senonché è agevole osservare: a) che l’incremento di 2 punti previsto dal citato art. 576 è riferito alla misura *dell’interesse legale*, mentre il Tribunal Supremo prevede di incrementare di 2 punti l’interesse (corrispettivo) *convenzionale*; e che b) sempre l’art. 576, per l’ipotesi in cui sia previsto un interesse convenzionale, dichiara applicabile quest’ultimo interesse (*senza però alcuna maggiorazione*). Sicché la soluzione individuata dal Tribunal Supremo finisce per essere solo apparentemente ricalcata su quella adottata dal suddetto art. 576.

tenendo conto delle circostanze del caso concreto).

Va da sé - e lo abbiamo già sottolineato - che mantiene lo statuto di "clausola generale" la previsione contenuta nella lett. e dell'Allegato alla dir. 93/13/Cee, e mantengono questo statuto normativo anche le corrispondenti formule che nei vari *altri ordinamenti* dell'UE hanno recepito tale previsione (mantenendone la formulazione "indeterminata", per la quale ha optato il legislatore europeo). Ciò, tuttavia, non vale più per la Spagna, almeno sin tanto che il Tribunal Supremo manterrà il proprio indirizzo (considerato - adesso - "compatibile" con la direttiva sulle clausole abusive anche dalla pronuncia della Corte di giustizia) (15): e si potrebbe, allora, porre il problema se ciò in definitiva non tradisca la finalità di "armonizzazione" che è propria della normativa europea (16), mettendo le banche spagnole in una posizione di indubbio svantaggio rispetto alle banche operanti in altri ordinamenti, nei quali magari l'attuazione della "clausola generale" potrebbe consentire (in ipotesi) margini di determinazione convenzionale degli interessi moratori *più ampi* di quelli che sono accordati alle banche spagnole (17). Cosa che avverrebbe non già in forza di una scelta effettuata dal legislatore (nella specie, dal legislatore spagnolo, che avrebbe potuto ad es. far seguire alla formula dell'art. 85, par. 6, LGDCU, la previsione esplicita

secondo cui "si considerano in ogni caso *sproporzionatamente elevati* gli interessi moratori convenzionali che superino di oltre due punti percentuali la misura degli interessi corrispettivi") (18), bensì dalla giurisprudenza (19).

Non può tacersi, peraltro, che l'orientamento del Tribunal Supremo (avallato dalla Corte di giustizia, sul presupposto che esso corrisponda alla *ratio* di tutela del consumatore, quale contraente debole, che ispira la direttiva sulle clausole abusive) possa finire per rivelarsi - per così dire - una soluzione "controfunzionale". Come già accaduto nella vicenda delle *clausulas suelo*, è possibile, infatti, che le banche (spagnole) reagiscano alla limitazione che viene ad essere introdotta rispetto alla determinazione dei tassi degli interessi moratori, innalzando (in via generalizzata) la soglia degli interessi corrispettivi, e così realizzando una sorta di "socializzazione" dei danni conseguenti agli inadempimenti (statisticamente prevedibili) dei contratti di mutuo. Se così avvenisse, si finirebbe per far pagare alla generalità dei mutuatari (compresi quelli che adempiono regolarmente le proprie obbligazioni) il costo degli inadempimenti imputabili ad alcuni soltanto. Inoltre - depotenziando la funzione "dissuasiva" che l'entità degli interessi moratori può esercitare sul debitore (inducendolo ad adempiere regolarmente) - la soluzione in questione potrebbe avere altresì l'effetto (indiretto) di far crescere il numero degli

(15) Solo in un senso limitato si potrebbe dire che anche in Spagna continua ad operare *in subiecta materia* una clausola generale, e cioè nel senso che la giurisprudenza del Tribunal Supremo che stiamo considerando *non esclude* che una clausola di fissazione degli interessi moratori (in un contratto con un consumatore) possa essere dichiarata abusiva (e, dunque, nulla) *anche se essa si mantiene al di sotto del limite di incremento* (di due punti percentuali) indicato come limite massimo. Ma si tratta di possibilità che si ha motivo di credere non verrà utilizzata frequentemente.

(16) L'affermazione merita un chiarimento, in quanto generalmente è proprio il ricorso del legislatore europeo a clausole generali e a formule indeterminate ad essere "accusato" di costituire una *rinuncia all'armonizzazione* (o una presa d'atto della sua impossibilità), visto che esso lascia ai giudici nazionali dei vari ordinamenti il compito di "riempire di contenuto" quelle che sarebbero delle mere direttive generiche (si veda, ad es., Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in Rescigno - Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 157).

Senonché può evidenziarsi come - per quanto l'osservazione ora riferita abbia un suo fondamento - non possa escludersi che il ricorso a "clausole generali" (e concetti indeterminati) abbia alla sua base (talora, almeno) *altre ragioni*, e in particolare la consapevolezza della impossibilità e/o inopportunità di racchiudere in una regola "rigida" la regolamentazione di determinati fenomeni. *In questo caso* appare poco comprensibile che a questa valutazione del legislatore europeo si sostituisca una diversa valutazione (del

legislatore nazionale o dei giudici di un determinato ordinamento) che "irrigidisca" in una regola predeterminata la disciplina di cui trattasi.

(17) Per altro verso, non si può neanche escludere che (per una sorta di eterogenesi dei fini) la misura che il Tribunal Supremo spagnolo (e la Corte di Giustizia UE, che ne ha avallato l'orientamento) ha concepito in funzione di una più intensa tutela del consumatore, finisca per risolversi in un pregiudizio per il medesimo consumatore, qualora le banche spagnole (come ipotizziamo nel testo) reagiscano agli effetti dell'orientamento giurisprudenziale in parola aumentando in maniera generalizzata il livello dei tassi degli interessi corrispettivi nei prestiti personali (senza garanzia).

(18) La possibilità per i legislatori nazionali di introdurre discipline di maggior favore per i consumatori è espressamente prevista dall'art. 8 della Dir. 13/93, che si configura dunque come una direttiva di armonizzazione c.d. "minima".

(19) Sulla (discutibile) possibilità dei giudici nazionali di ampliare la tutela prevista da una direttiva di armonizzazione "minima", nel caso in cui questo ampliamento non sia stato previsto dal legislatore, ci permettiamo di rinviare a D'Amico, *Manca di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà* (*Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima*), in D'Amico-Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti europei tra regole e principi*, Torino, 2017, 87 ss., spec. 110 ss.

Vedi anche *infra*, quanto evidenziamo nella nt. 24.

inadempimenti (soprattutto quando il tasso degli interessi corrispettivi sia abbastanza elevato, e l'aggiunta ad esso di due soli punti percentuali renda il pagamento degli interessi di mora *sostanzialmente* non più oneroso del pagamento degli interessi corrispettivi).

Queste considerazioni rendono, dunque, ragione della scelta del legislatore europeo di lasciare ai giudici il compito (e l'onere) di decidere *caso per caso*, in applicazione di una clausola generale (20), piuttosto che introdurre una "regola" precisa, ma rigida, come tale esposta a svariate possibilità di aggiramento e/o di esiti "controfunzionali" (come finisce per accadere per la regola propugnata dal Tribunal Supremo spagnolo).

b) Il punto appena toccato si collega ad un secondo aspetto della vicenda in esame, che merita anch'esso di essere accennato, e che forse è meno evidente di quello sin qui considerato.

Intendiamo riferirci al fatto che il rinvio pregiudiziale operato dai giudici spagnoli ha posto alla Corte di giustizia il quesito circa la compatibilità con il diritto europeo non già di una disposizione legislativa, bensì di un *indirizzo giurisprudenziale*. La cosa non può non far riflettere, anche perché è tutt'altro che usuale, tant'è vero che sia il Banco Santander che il Banco Sabadell (controparti dei consumatori che avevano agito davanti ai giudici spagnoli), sia lo stesso Governo spagnolo, avevano osservato innanzi ai giudici di Lussemburgo che il criterio proposto dalla giurisprudenza del Tribunal Supremo *non ha*

*valore vincolante ed obbligatorio* (le sentenze della giurisprudenza - sia pure di quella di ultima istanza - sono prive di efficacia normativa *erga omnes*, ossia non hanno forza di legge e non costituiscono "fonti del diritto"), con la conseguenza che i giudici di grado inferiore potrebbero discostarsene e tentare di indurre il Tribunal Supremo a modificare il proprio orientamento (21).

Sennonché, la Corte di giustizia europea non ha tanto considerato questo aspetto (22), dando piuttosto rilievo all'osservazione (anch'essa svolta dal governo spagnolo) secondo cui la giurisprudenza del Tribunal Supremo ha comunque *valore di orientamento*, considerato che le decisioni dei giudici di grado inferiore che da essa si discostino possono essere annullate dal medesimo Tribunal Supremo. Da ciò conseguirebbe - secondo i giudici europei - che "il carattere vincolante della summenzionata giurisprudenza nei confronti dei giudici spagnoli di grado inferiore non può essere escluso ..." (23).

Sebbene quest'ultima affermazione sia piuttosto generica (oltre che ambigua (24)), l'interprete non può non registrare l'ingresso della "giurisprudenza nazionale" (almeno di quella delle Corti superiori) tra gli "oggetti" che *direttamente* la Corte di giustizia può prendere in considerazione per verificare la compatibilità con il diritto europeo. Si tratta - tuttavia - di un esito ambivalente, perché se da un lato esso sembra riconoscere alla giurisprudenza un ruolo *quasi* equiparato a quello del legislatore (25), dall'altro - pur mantenendo fermo il principio secondo il quale "la domanda di

(20) È appena il caso di sottolineare che l'esito dei giudizi che hanno dato occasione al rinvio pregiudiziale davanti alla CGUE - giudizi nei quali si discorreva di tassi degli interessi moratori superiori di 10 punti percentuali rispetto ai tassi degli interessi corrispettivi - difficilmente sarebbe stato diverso da quello cui si perviene applicando la "regola" del Tribunal Supremo (che individua uno *spread* - di appena due punti percentuali - che costituisce veramente la distanza *minima* che si possa concepire per consentire agli interessi moratori di svolgere la funzione loro propria, di dissuadere il debitore dall'inadempimento).

La volontà di "irrigidire" la soluzione (dettando una regola di fattispecie) sarebbe stata maggiormente comprensibile se i giudici avessero concepito un *limite massimo* all'aumento del tasso dell'interesse moratorio rispetto a quello dell'interesse corrispettivo. Una regola siffatta (es.: è, comunque, sproporzionatamente elevato il tasso degli interessi moratori che sia superiore al doppio di quello degli interessi corrispettivi; oppure: è, comunque, sproporzionatamente elevato il tasso degli interessi moratori che superi di 8 punti quello degli interessi corrispettivi), avrebbe mantenuto la "flessibilità" della clausola generale (non impedendo al giudice di considerare "abusivi" interessi moratori *anche inferiori* al limite massimo individuato), ma al contempo non avrebbe costituito una *irragionevole* compressione *a priori* dell'autonomia privata (idonea a stimolare, oltre tutto, una risposta in chiave "elusiva", come quella ipotizzata di un aumento generalizzato

degli interessi corrispettivi, che - a quel punto - diventa difficile da contrastare, non potendosi sindacare col giudizio di abusività il contenuto di una clausola relativa all'"oggetto principale" del contratto).

(21) V. parr. 55 e 56 della motivazione della sentenza della Corte di giustizia 7 agosto 2018, cit.

(22) Né ha - si badi - ragionato in termini di c.d. "*diritto vivente*", che - nella specie -, probabilmente, non si poteva neanche dire che si fosse formato, perché la giurisprudenza del Tribunal Supremo del 2015 non si era ancora consolidata (come dimostrano le stesse decisioni di ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia europea).

(23) Sent. cit., par. 59.

(24) Come dimostra quanto la stessa Corte scrive nel par. 69 della sentenza, dove essa afferma che "la giurisprudenza del Tribunal Supremo in discussione nei procedimenti principali non sembra certo rientrare tra le disposizioni più severe che possono essere adottate dagli stati membri al fine di garantire un livello di protezione più elevato al consumatore ai sensi dell'art. 8 della citata direttiva, segnatamente perché, come chiarito dal governo spagnolo nell'udienza dinanzi alla Corte, detta giurisprudenza non sembra avere forza di legge né costituire una fonte del diritto nell'ordinamento giuridico spagnolo ...".

(25) Ma v. il brano riportato nella nota precedente.

pronuncia pregiudiziale deve riguardare l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione, e non l'interpretazione delle norme del diritto nazionale ...” (26) - introduce (forse per la prima volta in

maniera così chiara) l'idea di un controllo da parte dei giudici di Lussemburgo anche sull'evoluzione della giurisprudenza dei singoli ordinamenti nazionali.

---

(26) Cfr. CGUE, *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale* (in G.U.U.E. 25 novembre 2016, C/439/1), par. 8.