



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
Dipartimento di Scienze Aziendali
ed economico-giuridiche

Scuola Dottorale "Tullio Ascarelli"
Sezione di Dottorato di Ricerca in
"CONSUMATORI E MERCATO"

XXI Ciclo

Il credito ai consumatori categorie civilistiche e nuove prospettive comunitarie

TUTOR
prof.ssa Liliana Rossi Carleo

DOTTORANDO
dott. Andrea Costa

«Un uomo non vale per i soldi che ha,
ma per il credito di cui gode»
(Winston Churchill)

Indice Sommario

Introduzione	7
<hr/>	
CAP. I - Tutela del consumatore e operazioni di credito	13
<hr/>	
1.1. Le problematiche sollevate dall'assenza di una normativa sul credito al consumo	16
1.2. I tentativi di tutela condotti dalla dottrina in assenza dell'intervento legislativo	21
1.3. Il profilo storico	29
1.4. Il profilo economico-sociale: la domanda	36
1.5. L'offerta di credito	43
<hr/>	
CAP. II - La disciplina del credito al consumo in Italia	55
<hr/>	
2.1. La genesi della disciplina italiana sul credito al consumo	55
2.1.1. L'avant-projet	55
2.1.2. La direttiva 87/102/CEE	60
2.1.3. Le successive direttive sul credito al consumo	63
2.1.4. Le politiche della comunità europea in materia di credito al consumo	66
2.1.5. L'intervento legislativo italiano	69
2.2. Fattispecie negoziale e ambito d'applicazione: la nozione di credito al consumo	73
2.2.1. I limiti soggettivi d'applicazione della disciplina	76
2.2.2. (segue) I contratti conclusi a scopo promiscuo nella giurisprudenza	85
2.2.3. Le fattispecie escluse	89
2.3. Gli obblighi informativi	93

2.3.1.	Obblighi informativi contro regole di protezione sostanziale	96
2.3.2.	Il coordinamento normativo con la trasparenza bancaria	101
2.3.3	La nozione di trasparenza	102
2.3.3.	La pubblicità e l'indicazione del tasso annuo effettivo globale (c.d. TAEG)	107
2.3.4.	Il Tasso Effettivo Annuo Globale	114
2.3.5.	La formazione del contratto	115
2.3.5.	Le prescrizioni di forma e la nullità relativa	119
2.3.6.	La nullità delle clausole di rinvio agli usi	124
2.3.7.	La tutela del consumatore tra <i>jus variandi</i> e trasparenza	131
2.4.	Delegificazione e autoregolamentazione nel credito al consumo	140
2.4.1.	Le istruzioni del CICR e della Banca d'Italia in tema di trasparenza	140
2.4.2.	L'esperienza dell'autoregolamentazione: le istruzioni in tema di trasparenza e il progetto PattiChiari	153
2.5.	Le vicende del rapporto contrattuale	163
2.5.1.	L'inadempimento del compratore	163
2.5.2.	L'adempimento anticipato e recesso	168
2.5.3.	La cessione del credito	171
2.5.4.	La responsabilità sussidiaria del finanziatore	174
2.5.5.	Le clausole relative al rapporto tra consumatore e fornitore	181
2.5.5.	Vessatorietà e analisi delle clausole contrattuali: l'indagine delle Camere di commercio di Roma e Milano	182
2.6.	Le aperture di credito in conto corrente non connesse all'utilizzo di una carta	184
CAP. III - La nuova direttiva 08/48/CE sui contratti di credito ai consumatori		190
3.1.	Le ragioni dell'intervento comunitario	190
3.1.1.	L'iter legislativo: la prima <i>proposta di</i> direttiva e il parere del Parlamento europeo	194
3.1.2.	La seconda proposta e l'approvazione della nuova direttiva	204
3.2.	Lo spirito della direttiva	208
3.2.1.	Dal credito al consumo al credito ai consumatori	208

3.2.2.	L'armonizzazione massima e le deroghe concesse agli Stati membri (art. 22)	210
3.2.3.	L'allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina di tutela del consumatore (artt. 2 e 3)	214
3.2.4.	Rapporti tra l'ambito di applicazione della direttiva e il principio dell'armonizzazione massima	219
3.3.	I nuovi obblighi informativi, dalla fase precontrattuale all'esecuzione del rapporto	221
3.3.1.	Le informazioni pubblicitarie di base (art. 4)	222
3.3.2.	Gli obblighi informativi precontrattuali (artt. 5, 6 e 7)	225
3.3.3.	L'indagine sul merito creditizio e l'accesso alle banche dati (artt. 8 e 9)	234
3.3.4.	Finanziamento errato al consumatore: gli incerti confini del "prestito responsabile" e il suo significato minimo	238
3.3.5.	Contenuto e forma del contratto di credito (artt. 10, 11 e 12)	241
3.4.	Le norme sostanziali di protezione	248
3.4.1.	Il diritto di recesso (art. 14)	248
3.4.2.	Sospensione e recesso nei contratti a durata indeterminata (art. 13)	255
3.4.3.	L'adempimento anticipato (art. 16)	259
3.4.4.	La cessione a terzi dei diritti o del contratto (art. 17)	262
3.4.5.	Contratti di credito collegati (art. 15)	266
3.4.6.	Le disposizioni relative agli intermediari del credito	273
3.4.7.	Rimedi, sanzioni e risoluzione delle controversie (artt. 22, 23 e 24)	277

CAP. IV - Le prospettive

281

Bibliografia

287

Introduzione

La presente ricerca ha ad oggetto la disciplina, nazionale e comunitaria, relativa ai contratti di credito al consumo. Traendo spunto dalla recente approvazione della Direttiva 08/48/CE, con cui è stata ridisegnata, nei principi e nelle singole disposizioni, la normativa consumeristica che regola tale settore, si è infatti ritenuto opportuno ripercorrere le tappe, le questioni e le problematiche che il legislatore europeo prima, e quello nazionale poi, hanno affrontato negli anni recenti, sino ad arrivare alla formulazione di una nuova regolamentazione del settore.

L'argomento è quindi trattato adottando una metodologia che ha inteso fornire una visione complessiva del fenomeno e della sua regolamentazione. Si è privilegiato infatti passare in rassegna le problematiche che il finanziamento dei consumi solleva nella loro interezza, ma pur sempre nell'ottica della tutela della parte debole del contratto. Un metodo "orizzontale" che, evidentemente, sconta in partenza il difetto di non poter approfondire ogni singola questione nel dettaglio che la stessa meriterebbe, ma che, tuttavia, ha il pregio di offrire una panoramica globale del fenomeno, nonché di evidenziare la sua complessità e la difficoltà di pervenire ad una sua soddisfacente regolamentazione. Ciò soprattutto tenendo conto che, pur trattandosi di una disciplina settoriale, la normativa sul credito al consumo risulta applicabile trasversalmente a numerose tipologie contrattuali e a schemi operativi molto diversi tra loro.

Del resto, il raggiungimento di un corretto ed equo bilanciamento degli interessi coinvolti, attraverso una legislazione idonea a governare

correttamente il fenomeno, è un risultato auspicabile, nonché necessario, per un corretto sviluppo del mercato e per un'effettiva tutela dei consumatori, soprattutto alla luce della recente crisi finanziaria che ha coinvolto anche il nostro paese. Di qui la necessità di indagare le scelte di fondo e le particolari soluzioni adottate dal legislatore europeo, di cui in definitiva il legislatore nazionale dovrà tener conto nel recepire nel nostro ordinamento la nuova direttiva sul credito ai consumatori.

Quest'ultima, tuttavia, non potrebbe essere compresa pienamente senza prima aver descritto il contesto economico-sociale che si propone di regolamentare; allo stesso modo non sarebbe stato corretto, in funzione di un giudizio comparativo, ignorare la legislazione attualmente vigente sul tema. Pertanto, la tesi è articolata in tre capitoli, di cui l'ultimo affronta le novità introdotte dalla direttiva dell'aprile 2008.

Nel primo capitolo, dunque, proprio perché l'analisi giuridica non può – o quantomeno non dovrebbe – prescindere da una visione del fenomeno aderente alla sua realtà operativa e alle modalità con cui esso viene ad esplicarsi, si è voluto sinteticamente ricostruire il contesto storico ed economico-sociale in cui il credito al consumo è venuto ad affermarsi, anche attraverso la ricostruzione delle dinamiche che legano tra loro l'offerta e la domanda di credito.

Il secondo capitolo, invece, offre una ricostruzione sistematica della normativa vigente in Italia. Ricostruzione che non si limita a descrivere le modalità di recepimento della precedente direttiva 87/102/CEE e il contenuto delle singole norme a tutela del consumatore che, grazie ad essa, sono state introdotte nel nostro ordinamento. Come già precisato, infatti, si è cercato piuttosto di affrontare le problematiche giuridiche sollevate dal credito al consumo in un'ottica di più ampio respiro che prendesse in considerazione sia le specifiche modifiche e integrazioni apportate a tale disciplina nel corso degli anni, sia le interferenze che su di essa hanno avuto norme introdotte per disciplinare settori e fattispecie diverse, ma

pur sempre incidenti sul rapporto di credito al consumo, nonché l'apporto interpretativo dato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Sotto un profilo consumeristico, quindi, si è tenuto conto dell'impatto che hanno avuto sui contratti di credito la disciplina sulle clausole abusive e quella dettata da altre direttive di natura settoriale. Attraverso la ricostruzione della prassi contrattuale imposta dagli operatori del settore, sono state inoltre evidenziate problematiche che la legislazione di derivazione europea aveva – e ha tuttora – ignorato. Né si è mancato di rimarcare l'incidenza che sul sistema generale così delineato ha avuto l'approvazione del c.d. Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005), con il quale sono state razionalizzate e meglio organizzate le disposizioni vigenti in materia di tutela del consumatore.

Sotto un profilo più strettamente connesso al diritto bancario, si è dato atto delle modifiche intervenute sulla disciplina del *jus variandi* e dell'approvazione di atti di natura regolamentare e autodisciplinare che hanno contribuito a definire nel dettaglio prassi e comportamenti che l'operatore creditizio è tenuto ad osservare prima e nel corso del rapporto contrattuale.

Si è inoltre cercato di distinguere, anche sotto un più generale profilo di politica legislativa, le diverse forme di tutela apprestate per il consumatore, ossia quelle di natura prettamente informativa da quelle aventi carattere di protezione sostanziale, distinguendole per finalità perseguite, grado di efficacia e tutela rimediale apprestata.

Allo stesso modo, prendendo spunto dalla scelta della Commissione di adottare per la nuova direttiva sul credito ai consumatori il principio dell' "armonizzazione massima", ci si è interrogati sul rapporto esistente tra tale scelta – finalizzata al raggiungimento di una disciplina totalmente armonizzata all'interno del mercato europeo – e il tentativo di "codificare" i principi presenti nell'*acquis* comunitario su cui si stanno confrontando studiosi e istituzioni europee. L'analisi ha evidenziato, peraltro, come nel sistema comunitario il concetto di armonizzazione

massima sia stato supportato per privilegiare finalità di regolamentazione del mercato piuttosto che per predisporre un elevato standard di sicurezza e protezione per i consumatori. In questa prospettiva, i consumatori sembrano meritare le attenzioni del legislatore solo per il loro esprimere “scelte commerciali” idonee ad influenzare la concorrenza tra le imprese, e di conseguenza il sistema produttivo, e non perché soggetti in favore dei quali deve essere in ogni caso garantito un elevato livello di tutela a norma dell’art. 153 del Trattato.

Tale aspetto è stato sviluppato nel terzo capitolo, in cui soprattutto viene affrontata la nuova direttiva, approvata nella primavera del 2008 e finalizzata a riformare il settore del credito ai consumatori. Di essa sono stati indagati i principi ispiratori e le novità introdotte dalle singole previsioni, evidenziandone in senso critico le difficoltà di coordinamento con gli istituti del diritto civile. Soprattutto si è riscontrato che la scelta dell’armonizzazione massima sia venuta a scontrarsi, all’atto di determinare il contenuto delle singole disposizioni della direttiva medesima, con difficoltà spesso insormontabili. Basti qui considerare che tutta la disciplina rimediale è rimessa alla determinazione degli Stati membri.

L’analisi non ha mancato di evidenziare e approfondire l’assetto complessivo delle tutele garantite in capo alla parte debole del rapporto negoziale: le norme relative agli obblighi di informazione, in virtù delle quali il consumatore dovrebbe veder accresciuta la consapevolezza delle proprie capacità di indebitamento e delle condizioni contrattuali offerte dagli intermediari finanziari, sono state infatti riviste e maggiormente articolate; inoltre, e con risultato spesso insoddisfacenti, sono stati disciplinati con maggior dettaglio alcuni diritti già riconosciuti in precedenza e ne sono stati introdotti altri di nuova natura, come ad esempio la facoltà di esercitare il *jus poenitendi*.

Nel complesso, tuttavia, il testo della direttiva risulta essere un compromesso mal riuscito sotto molti aspetti e non affronta in modo sufficientemente adeguato quello che ad oggi sembra essere la peggiore

conseguenza di un eccessivo, o quantomeno poco assennato, ricorso al credito: il sovrindebitamento del consumatore. Soprattutto l'analisi ha evidenziato come il legislatore comunitario abbia assunto a parametro di riferimento una realtà che negli ultimi mesi è radicalmente mutata, probabilmente in modo irreversibile, a causa del terremoto finanziario che ha coinvolto tutti gli Stati membri.

Capitolo I

Tutela del consumatore e operazioni di credito

La nozione di credito al consumo fa riferimento ad una realtà difficile da decifrare secondo schemi stabili. Il credito al consumo, infatti, rappresenta un fenomeno, unitario sotto il profilo economico e sociale, che si manifesta tuttavia sotto forme giuridiche variegata. Al suo interno possono essere ricondotte tipologie contrattuali eterogenee – di cui si avvale la prassi commerciale – la cui considerazione unitaria sotto un profilo normativo deriva dalla funzione economica che le contraddistingue: ossia quella rendere possibile al consumatore, attraverso un’agevolazione finanziaria, l’acquisto di beni e servizi.

Quando si parla di credito al consumo, quindi, non si fa riferimento ad un istituto o una categoria dogmatica unitaria. Ciò risulta vero sia sotto il profilo soggettivo, perché variano il numero e la qualità delle persone coinvolte nell’operazione economica, sia sotto il profilo oggettivo, in quanto mutano le tipologie negoziali di volta in volta impiegate dalle parti¹. Quanto al primo aspetto, ad esempio, il finanziamento può essere concesso direttamente dal commerciante, attraverso una dilazione del prezzo, o da un soggetto specializzato nella concessione del credito, quali banche e istituti finanziari, attraverso un’apertura di credito o un mutuo. Di più: in questa ultima ipotesi, la somma mutuata può essere elargita con o senza vincoli di scopo, ossia può essere liberamente spendibile dal consumatore in una pluralità di operazioni non predeterminate oppure essere vincolata

¹ G. ALPA, *Commento all’art. 121 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 2001, p. 949 e ss.; G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 597 e ss.

all'acquisto di un determinato bene, e in tal caso spesso trasferita direttamente dal finanziatore al venditore. A tale diversificazione dei soggetti coinvolti e delle forme tecniche adoperate corrisponde, sotto il profilo oggettivo, l'utilizzo di altrettante e più numerose tipologie negoziali ².

Nell'analisi del fenomeno, quindi, bisogna tener conto che le problematiche che possono venire alla luce non sono indifferentemente le stesse per tutte le forme in cui il credito al consumo si esplica. Accanto a generiche esigenze di tutela del consumatore quale soggetto debole, si sovrappongono questioni più specifiche e relative allo specifico schema contrattuale adoperato in concreto. È evidente, tornando all'esempio richiamato in precedenza, che le potenziali problematiche presenti nel caso di prestito finalizzato possono essere ben diverse rispetto a quelle riscontrabili in una mera dilazione di pagamento. Pertanto, le norme di tutela devono prendere in considerazione queste differenze, soddisfacendo sia esigenze di carattere generale, quale l'informazione ³ e la trasparenza del contenuto del contratto, sia esigenze specifiche, dovute al peculiare schema negoziale adottato.

Certamente si tratta di un settore che deve essere regolamentato in modo efficace, visto che negli ultimi anni il credito al consumo ha visto crescere in modo esponenziale la sua importanza, sia in termini quantitativi

² Secondo A. TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, I, p. 728 e ss., data l'assenza di una espressa previsione di un'unitaria categoria dei contratti di finanziamento al consumo, ogni tentativo di giungervi in via interpretativa non sarebbe nemmeno possibile. Secondo l'Autore, infatti, la loro diversità, che si riflette in una diversa regolamentazione giuridica, non consente di cogliere un elemento – avente valenza giuridica – capace di individuare unitariamente le varie figure di credito al consumo.

A titolo esemplificativo si possono ricordare: vendite rateali con riserva di proprietà, l'apertura di credito semplice e rotativa in connessione all'uso di carte, i cc. dd. finanziamenti personali, gran parte dei contratti di leasing, i finanziamenti a breve termine concessi dalle banche al settore delle famiglie, gli scoperti in conto corrente, il credito documentario, l'anticipazione bancaria garantita, lo scoperto di conto corrente, la cessione del quinto dello stipendio, il leasing traslativo al consumo.

³ Sul punto v. L. ROSSI CARLEO, *Commento all'art. 5*, in *Commentario al Codice del consumo* (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 125 e ss. dove si mette in luce come l'informazione del consumatore, accanto alla sua educazione, rappresenti una necessità intrinseca per garantire il funzionamento del mercato e il superamento delle asimmetrie presenti nella realtà dei traffici economici.

vi che qualitativi. Da un punto di vista economico, infatti, nonostante i recenti timori di natura finanziaria – e il conseguente calo di fiducia nei consumatori – abbiano comportato un calo del suo tasso di crescita, il ricorso al credito da parte dei consumatori continua a crescere in termini assoluti, soprattutto nel corso dell'ultimo decennio. L'offerta si è arricchita di nuovi e più sofisticati strumenti, anche grazie all'innovazione tecnologica che ha modificato e ampliato la gamma di servizi bancari e finanziari; del pari, la domanda appare in costante espansione e inizia a provenire anche da soggetti che in precedenza erano stati solo marginalmente toccati dal fenomeno.

È vero che, sotto il profilo normativo, la disciplina del credito al consumo nei singoli paesi membri della Comunità Europea ha subito numerose modifiche ed è divenuta più accurata, anche grazie alle direttive che sono state emanate nel corso degli anni al fine di realizzare una normazione uniforme all'interno del mercato unico⁴. Tuttavia, un fenomeno in così rapida espansione e modificazione vede ancora oggi irrisolte numerose questioni di centrale importanza per il suo corretto funzionamento: occorre infatti valutare la necessità di imporre ulteriori limitazioni all'autonomia privata, tenendo bene in considerazione anche gli effetti economici di tale scelta; far sì che le informazioni precontrattuali siano fornite al consumatore in modo più efficace; va attuata una disciplina del rapporto che preveda una razionale ed equa allocazione del rischio dell'operazione economica tra tutti i soggetti che vi prendono parte, nonché predisposta un'efficiente disciplina rimediale qualora si giunga ad una fase patologica del rapporto negoziale; andrebbero poi affrontate tematiche complesse, come quella del sovrindebitamento e dell'insolvenza civile; sotto un profilo pubblicistico andrebbe adeguata la disciplina di vigilanza e concorrenza nel settore bancario alla luce degli abusi che sono emersi nel corso degli anni.

⁴ In questo senso, v. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2006, p. 111 e ss., il quale evidenzia in modo chiaro e diretto le implicazioni che il settore del credito al consumo pone a livello di tutela dei consumatori.

Tutte queste sono solo alcune delle problematiche sottese al fenomeno del credito al consumo. Tuttavia esse, già da sole, evidenziano una situazione articolata e caratterizzata dalla presenza di interessi confliggenti. In tale contesto, il raggiungimento di un corretto ed equo bilanciamento delle diverse posizioni, magari attraverso una legislazione moderna e adatta a governare correttamente il fenomeno, è un risultato auspicabile, nonché necessario, per un corretto sviluppo del mercato e per un'effettiva tutela dei consumatori.

1.1. Le problematiche sollevate dall'assenza di una normativa sul credito al consumo

In ogni caso, qui preme evidenziare che il credito al consumo comporta, accanto a innumerevoli vantaggi, anche diversi rischi per il consumatore, essendo in esso presenti sia le problematiche comuni a tutti i contratti conclusi dai consumatori sia questioni peculiari connesse alla natura, allo scopo e alla struttura del negozio.

Il credito al consumo, infatti, identifica una serie di rapporti tipici delle società a capitalismo maturo – nelle quali la specializzazione e il ruolo dei servizi vanno assumendo un ruolo sempre più determinante – ed è andato modellandosi secondo schemi diversi da quelli storicamente delineati dal diritto privato⁵. La qualificazione della fattispecie nelle categorie normative predisposte dal codice civile – attraverso la tipizzazione⁶

⁵ Cfr. G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 3 e ss. Secondo l'Autore, le difficoltà legate alla comprensione del tema del credito al consumo sono largamente dovute alla tendenza – presente nella nostra tradizione giuridica – ad inquadrare la complessa tipologia dei fenomeni nei termini di un'operazione concettuale, intesa a privilegiare la forma logica dell'istituto. «*In tal modo, si finisce col perdere di vista la concreta realtà del fenomeno da analizzare ed i suoi peculiari connotati. [...] Con questo, ovviamente, non si vuol per nulla svalutare l'esigenza del momento sistematico; ma è proprio l'oggetto della nostra analisi [il consumer credit] a richiedere che ad esso venga assegnato un ruolo diverso, che valorizzi pienamente la concreta funzione ed il reale assetto di interessi sottostanti al fenomeno regolato*».

⁶ Il procedimento di qualificazione del contratto non conforme, o solo parzialmente conforme, ai tipi legali predisposti dal legislatore può avvenire seguendo fondamentalmente due teorie. Il metodo più praticato in giurisprudenza è quello dell'assimilazione in virtù del

del contratto agli schemi delineati per la vendita, eventualmente connotata dal patto di riservato dominio, oppure per il mutuo – non consente infatti l'applicazione di una disciplina idonea a comprendere l'operazione economica sottostante⁷. Pertanto, esso non si rivela adatto ad essere regolato attraverso le categorie normative tradizionali, poiché viene a svilupparsi sulla base di rapporti trilaterali o, come accade più frequentemente, su rapporti bilaterali e paralleli⁸ che pongono il consumatore in una posizione di svantaggio e conducono a soluzioni giuridiche profondamente inique.

Basti considerare che, nel caso del prestito finalizzato, naturale evoluzione del più noto contratto di vendita a rate, il rapporto bilaterale tra venditore e compratore si trasforma – nella sua ricostruzione economica – in un più complesso rapporto a struttura trilaterale in cui s'inserisce la figura dell'istituto di credito. Tale rapporto, a prescindere dalla convenzione in essere tra i due professionisti, implica la conclusione da parte del consumatore di due contratti formalmente distinti – compravendita e mutuo – il quali, tuttavia, si manifestano e si svolgono secondo la logica di una singola operazione economica. Così facendo il consumatore, che contrae perseguendo il fine ultimo del godimento del bene di consumo⁹, si trova – più o meno consapevolmente – ad essere la controparte di due di-

quale il contratto si accosta al più simile dei contratti codificati e ne segue la disciplina. L'altro, proposto dalla dottrina per ovviare al pericolo di stravolgere la volontà delle parti rendendo prive d'effetto le clausole divergenti dal contratto "assimilante", è denominato "metodo tipologico". Esso si propone di ricercare lo scopo del negozio mettendone in evidenza tutti gli elementi caratteristici: il risultato è che le clausole potranno essere riportate ciascuna al tipo legale più affine ed il contratto risulterà composto da un mosaico di elementi tutti necessari. v. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

⁷ Così ancora A. TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, I, p. 728 e ss.

⁸ Così G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2006, p. 112.

⁹ L'unitarietà dell'operazione potrebbe già cogliersi a livello di psicologia del contraente: dal punto di vista del contraente, è indifferente la circostanza che a far credito sia il venditore o un terzo, ciò che conta è poter realizzare l'acquisto. La formula del finanziamento personale rispetto a quella della vendita a rate certamente modifica la forma dell'operazione ma la sostanza viene percepita pressoché identica, soprattutto considerando che è il venditore a fare da intermediario per l'ottenimento del prestito. Così G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 604; v. anche G. ALPA-M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1363 e ss.; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, *passim*; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93 e ss.

stinti professionisti e ad essere parte di due distinti negozi preordinati al soddisfacimento di uno scopo tuttavia unitario.

In tutte queste ipotesi, come già evidenziato da parte della dottrina ¹⁰, viene a crearsi una profonda frattura tra la fattispecie concreta e la sua ricostruzione giuridica. Da un lato, infatti, i motivi della richiesta di credito e i modi in cui esso si manifesta e viene concordato farebbero intuire un collegamento fra i due negozi. In particolare, la destinazione della somma presa in mutuo ad uno scopo, spesso connotato essenziale nonché vincolante per l'erogazione del finanziamento, condiziona la causalità stessa del contratto di finanziamento. Non può comprendersi quale altra potrebbe essere la funzione economico-individuale di un prestito finalizzato. Dall'altro lato, invece, la sussunzione della fattispecie alle categorie normative tradizionali non solo conferisce rilievo autonomo al contratto di finanziamento rispetto a quello di compravendita, ma espone il consumatore, per esempio, al rischio di ritrovarsi obbligato a ripagare il finanziamento anche nel caso in cui il venditore non abbia adempiuto le proprie obbligazioni ¹¹.

Difatti, l'architettura negoziale del credito al consumo, associata alla mancanza di potere contrattuale da parte del consumatore, conduce ad un'ingiusta ripartizione del rischio contrattuale a danno della parte debole, costretta ad aderire a condizioni generali unilateralmente predisposte dal professionista e ad accettare clausole gravemente penalizzanti la sua posizione giuridica. Proprio per tale ragione, la dottrina più attenta alle

¹⁰ Cfr. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 148 e ss.

¹¹ È questo uno dei punti su cui il *Crowther Report* inglese, ossia l'approfondito studio condotto nel Regno Unito prima dell'introduzione del Consumer Credit Act 1974, costruisce la sua proposta di riforma legislativa attraverso una critica della precedente situazione normativa. Nel rapporto si può leggere infatti che «*la più rilevante debolezza dell'attuale disciplina sul credito è l'incapacità di guardare aldilà della mera forma e occuparsi della sostanza del problema. Ciò si manifesta nella stesura di distinzioni fra i diversi tipi di transazione sulla base di astrazioni giuridiche, giudicate irrealistiche nella realtà del commercio*». Sempre in relazione all'esperienza inglese, le ulteriori problematiche che il Report mette in luce sono: la mancata distinzione fra transazioni condotte da consumatori e da professionisti; la separazione con le norme sulla garanzia del credito; l'assenza di una disciplina razionale che tuteli le parti terze; l'eccessivo tecnicismo; la mancanza di sanzioni precise per le violazioni di legge; infine, la mancanza di soluzioni eque per comuni problemi sollevati dalla pratica commerciale.

politiche di protezione del consumatore aveva da tempo evidenziato situazioni di pericolo e proposto tecniche di tutela più efficaci ¹².

Nel valutare, in termini d'equità e giustizia sociale, l'opportunità che l'ordinamento giuridico contenga norme specifiche per disciplinare il rapporto di credito al consumo, bisogna oltretutto considerare che le due figure professionali del produttore e del finanziatore possono far parte del medesimo gruppo societario. Si pensi che tra le finanziarie esistono, ed hanno un ruolo di spicco, le c.d. *captive*, emanazione di gruppi industriali in particolare del settore auto-moto, che operano all'interno del gruppo come servizi *marketing* aggiuntivi. Esse sono fortemente motivate ad incentivare la vendita dei prodotti, vero scopo della loro esistenza, anche attraverso campagne promozionali sul prezzo dei servizi, in quanto queste società sono disposte ad accettarne un sensibile abbattimento pur di spingere le vendite della casa madre ¹³. In altre situazioni, di contro, è il bene a divenire un mero espediente per vendere credito. È il finanziamento, in questi casi, che sollecita le tecniche di marketing, le strategie pubblicitarie e la prassi d'intermediazione ¹⁴.

Grazie a questi processi di specializzazione delle funzioni e di innovazione, lo spazio di profitto per l'impresa si scinde dunque in due distinti settori: la vendita del bene di consumo e quella del prodotto finanziario. Questa situazione permette al soggetto economico di decidere, di volta in volta, a seconda delle strategie e della situazione economica e finanziaria del gruppo, quale sia il miglior bilanciamento fra le diverse sinergie inter-

¹² G. DELL'AMORE, *Il credito al consumo*, Milano, 1964; G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974; G. ALPA-M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1363 e ss.; G. ALPA-M. BESSONE, *Disciplina giuridica delle carte di credito e problemi di controllo del credito al consumo*, in *Giur. It.*, 1976, p. 110 e ss.; G. ZICCARDI, *Il "Consumer Credit Act" inglese del 1974: prime impressioni*, in *Giur. It.*, 1978, IV, p. 20 e ss.; G. ALPA-M. BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1979; M. BESSONE, *Mercato del credito, credito al consumo, tutela del consumatore*, in *Foro It.*, 1980, V, c.80; G. ALPA, *Il diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986.

¹³ Vedi A. GERSANDI - A. PELUCELLI, *Il mercato del credito al consumo*, in *Banche e Banchieri*, 1998, p. 261 e ss.

¹⁴ Così G. ALPA, voce "Credito al consumo", in *Digesto*, disc. priv., sez. civ., Torino, 1989, p. 23; G. ALPA-M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1360.

ne ¹⁵. Di contro, il consumatore si ritrova – spesso nemmeno troppo coscientemente – al vertice di un triangolo di rapporti giuridici ma in posizione di soggezione verso entrambi gli altri soggetti che ve ne fanno parte.

Per un lungo periodo, tuttavia, il legislatore non si è preoccupato di dettare regole specifiche tali da sollevare l'interprete dalla necessità di ricercare nella disciplina codicistica soluzioni normative che, di fatto, poco si adattano alla realtà del fenomeno.

Alla luce di quanto sin qui si è detto, per comprendere il fenomeno nella sua interezza, sembra quanto mai opportuno prendere in esame i presupposti di carattere storico, economico e sociale, che evidentemente stanno – o dovrebbero stare – alla base di ogni trattazione giuridica.

¹⁵ Il carattere dell'economicità infatti non è proprio di singole iniziative astrattamente considerate ma delle imprese che attuano iniziative o nelle quali date iniziative si inseriscono insieme ad altre. L'economicità super-aziendale, o economicità di gruppo, fa sì che un'impresa non autosufficiente possa però apportare al gruppo più benefici di quelli che si otterrebbero non tenendola in vita. Vedi P. ONIDA, *Economia d'azienda*, Torino, 1977, p. 62.

1.2. I tentativi di tutela condotti dalla dottrina in assenza dell'intervento legislativo

In assenza di una regolamentazione legislativa, la disciplina del settore è rimasta a lungo affidata all'autonomia dei privati. Come noto, questa, in fenomeni legati alla contrattazione di massa, si sostanzia nella predisposizione da parte del professionista di condizioni contrattuali standard che il consumatore può rifiutare ma non negoziare.

Proprio grazie a questa libertà gli istituti finanziari hanno inserito voci di costo diverse dalla semplice applicazione di un tasso d'interesse, rendendo difficilmente preventivabile il complessivo onere economico a carico della parte debole. Hanno omesso di informare adeguatamente il consumatore, in via precontrattuale prima e nella redazione del contratto di finanziamento poi, di aspetti negoziali che incidono fortemente sul contenuto delle obbligazioni assunte. Puntando sull'utilizzazione di strumenti giuridici autonomi e distinti, il creditore ha inoltre cercato di frantumare l'operazione economica e di realizzare una completa separazione dei rapporti giuridici tra venditore-acquirente da un lato e creditore-debitore dall'altro, pur in presenza di un nesso funzionale fra i due negozi. Ciò all'evidente fine di rendere le vicende relative al contratto di compravendita del tutto ininfluenti sullo svolgimento del rapporto tra consumatore e finanziatore¹⁶. Il risultato è solitamente raggiunto mediante la predisposizione, nella domanda di finanziamento, di clausole di decadenza e di inopponibilità delle eccezioni e l'ovvia conseguenza di questa pratica è stato l'aggiramento della normativa sulla vendita con riserva di proprietà¹⁷.

Con specifico riferimento a tale ultimo aspetto, infatti, anche la vendita a rate, col suo avvento nei primi decenni del XX secolo, aveva fatto sorgere l'esigenza di adeguare la disciplina della vendita a tale nuova prati-

¹⁶ Così G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 36.

¹⁷ Così G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2007, p. 27 e ss.

ca commerciale. Al tempo, il problema era stato affrontato già dal progetto Vivante di riforma del codice di commercio del 1922 ed ha poi trovato spazio nella disciplina del patto di riservato dominio contenuto nel codice civile del 1942 agli artt. 1523-1526.

Tuttavia, nella vendita a rate la funzione creditizia si esercita all'interno dello schema della vendita attraverso l'inserimento di particolari clausole. Nel credito al consumo, invece, poiché il finanziamento è elargito attraverso un terzo soggetto, questa funzione è spesso assolta da un apposito e autonomo contratto, concluso tra il consumatore ed un terzo finanziatore. La previsione di clausole di decadenza dal beneficio del termine, che costituisce una forma di limitazione del rischio per il finanziatore, incide profondamente sulla posizione del consumatore. Questo, infatti, per il mancato pagamento di una sola rata si trova infatti esposto all'azione esecutiva del creditore o costretto a sottostare ad onerose tecniche di *refinancing*¹⁸. Paradossalmente, quindi, con l'introduzione degli artt. 1523 e ss. cod.civ. si è provveduto a regolamentare un tipo di contratto di natura recessiva, qual è appunto la vendita con riserva di dominio. Mentre poi l'ordinamento italiano non ha saputo dare risposta alle esigenze di chi aveva a che fare con nuove e sempre più diffuse pratiche di vendita.

La frammentazione della vicenda in più contratti, infatti, ha posto una serie di problemi che non riuscivano a trovare una soluzione efficiente ed equa nella legislazione vigente. L'indifferenza del legislatore domestico riguardo alla rinnovata allocazione del rischio ha perciò determinato non pochi problemi nel periodo di assenza di una normativa *ad hoc* sul credito al consumo.

Proprio a causa di questo "vuoto" normativo, la dottrina, cosciente della situazione di grave pregiudizio che si veniva a creare a danno del

¹⁸ Il termine viene usato per indicare la sostituzione di un prestito obbligazionario, con un altro prestito allo scopo di estendere il mutuo nel tempo. A seconda dell'andamento dei tassi di interesse sul mercato, la nuova emissione potrà avere un interesse maggiore, minore, o uguale a quello della precedente. v. F. PICCHI, *Dizionario enciclopedico economico e commerciale*, Bologna, 2001.

consumatore, ha cercato in vari modi di tutelare l'acquirente che avesse stipulato un contratto di credito¹⁹. Fondamentalmente, nel sistema codicistico anteriore al recepimento della direttiva sul credito al consumo, si sono percorse diverse strade al fine di rintracciare nel diritto positivo una soluzione che consentisse di proteggere la parte debole del contratto.

Innanzitutto, si è cercato di estendere la portata applicativa dell'art. 1525 cod.civ. in tema d'inadempimento del compratore. La dottrina che ha cercato d'imporre quest'interpretazione²⁰ ha condotto un'analisi giuridica che, evitando qualsiasi formalismo, si è incentrata sul dato sostanziale del problema. Il ragionamento svolto trovava fondamento sulla considerazione che i finanziamenti connessi all'acquisto di beni durevoli (o di servizi) dovessero occupare il medesimo spazio che un tempo occupava la vendita a rate con riserva della proprietà. Questa, infatti, pur essendo strutturata su un unico contratto, contiene al suo interno due funzioni, quella di trasferire il diritto di proprietà e quella, accessoria alla prima, di finanziare tale acquisto attraverso il frazionamento nel tempo del pagamento del prezzo. Il caso del finanziamento finalizzato non presenta dunque differenze sostanziali e funzionali rispetto alla vendita a rate. Con esso avviene solo la specializzazione delle funzioni in due contratti distinti, conclusi con due diversi operatori professionali. In altri termini, per quanto attiene al solo aspetto del finanziamento, la dottrina qui richiamata riteneva di dover collocare il consumatore nella stessa posizione giuridica in cui si sarebbe trovato l'acquirente tramite vendita con patto di riservato dominio. Così facendo, sarebbe stato possibile estendere analogicamente e rendere applicabile anche al finanziamento finalizzato la disciplina della vendita a rate.

¹⁹ Nel senso invece che non sia possibile supplire in via interpretativa alla mancanza di un'espressa previsione normativa della categoria dei contratti di finanziamento al consumo, v. A. TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, p. 728. L'Autore sostiene infatti che le varie figure di credito al consumo sono dissimili sotto un profilo strutturale sia sotto il profilo dell'oggetto. Sarebbe quindi difficile cogliere un elemento positivo, avente rilevanza giuridica, capace di individuarle unitariamente.

²⁰ G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 31.

Questo ragionamento consentiva di riportare le clausole di decadenza previste nei finanziamenti al dettato dell'art. 1525 cod.civ. Sempre secondo tale dottrina, tale operazione ermeneutica sarebbe stata certamente opportuna sotto il profilo dell'equità sostanziale. Ma sarebbe stata anche legislativamente posta, poiché la *ratio* della norma imponeva la sua applicabilità anche al caso dell'autonomo finanziamento. Per cui, il mancato pagamento di una sola rata, non superiore all'ottava parte del prezzo, non avrebbe comportato l'obbligo della restituzione dell'intero, venendosi a concretizzare una di quelle ipotesi ritenute idonee dall'art. 1819 cod.civ. ad escluderne l'applicazione ²¹.

In secondo luogo, premeva trovare un rimedio per l'ipotesi di inadempimento del venditore, ossia per i casi di mancata consegna del bene o del servizio, ovvero di prestazione viziata o non avente le qualità promesse. Grazie alle clausole di inopponibilità delle eccezioni, infatti, la scissione dei due contratti determinava l'inopponibilità al finanziatore della *exceptio inadimplenti contractus*.

Per la soluzione di tale problematica non era possibile trovare un appiglio nella disciplina della vendita a rate. La dottrina allora, muovendo dal rilievo che il contratto di finanziamento risulta inserito in un'operazione economica più vasta – che comprende anche la compravendita ad essa collegata –, ha provato a ricorrere alla tecnica del collegamento negoziale ²².

La premessa di tale ipotesi interpretativa trae origine da una serie di considerazioni. Innanzitutto quella che il contratto di mutuo di scopo è funzionale alla conclusione della vendita: lo dimostrerebbe la circostanza che, nel caso di mutuo finalizzato, la vendita stessa è subordinata

²¹ G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 69, dove si prende spunto per criticare l'indirizzo giurisprudenziale che ha disatteso tale ricostruzione perché «*ignora la profonda unità e l'omogenea funzione economica delle due forme di credito al consumo confrontate*». L'Autore fa riferimento ad una sentenza che esclude l'applicabilità dell'art. 1525 al rapporto fra consumatore e finanziatore, per la specialità della norma e per la sua riferibilità soltanto alle vendite rateali con riserva di proprietà (Cass. 18 Giugno 1956, n. 2165, in *Dir. Giur.*, 1956, 621).

²² In particolare v. G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991.

all'approvazione del prestito da parte del finanziatore, sia il fatto che il finanziamento è concesso grazie all'intermediazione del venditore. Altro elemento da tenere in considerazione è che la somma mutuata non passa per le mani del consumatore ma viene per lo più versata dal finanziatore direttamente al venditore. È possibile quindi dimostrare che tra questi ultimi due soggetti vi siano rapporti economici di collaborazione²³ regolati da apposite convenzioni. E proprio questo legame secondo parte della dottrina consente di dimostrare l'esistenza di un collegamento funzionale tra i contratti di compravendita e di mutuo: il rapporto tra i due professionisti, infatti, rivela che lo scopo unitario dell'operazione economica non rimane confinato nei motivi che hanno indotto uno dei partecipanti all'operazione a concludere l'affare. Al contrario, l'esistenza di questi accordi di collaborazione tra i professionisti e il richiamo del bene venduto nel contratto di finanziamento evidenziano all'interno del regolamento contrattuale la presenza di un nesso funzionale fra i due negozi che rende possibile affermare che i contratti sono tra loro collegati.

Per lo stesso ordine d'idee veniva censurata anche l'obiezione che, facendo leva sull'art. 1372 cod.civ. e sul principio di relatività degli effetti del contratto, segnalava l'impossibilità che un negozio potesse produrre effetti nei confronti di soggetti ad esso terzi. In realtà, sempre secondo tale dottrina, proprio la ricostruzione dell'affare nei termini sopra indicati avrebbe dovuto condurre alla conclusione che il finanziatore, seppur non parte formale del contratto di compravendita, non poteva nemmeno ritenersi terzo ai sensi e ai fini dell'art. 1372 cod.civ. L'esistenza di un precedente accordo tra i due professionisti renderebbe infatti palese la loro comunanza d'interessi. Il finanziatore avrebbe perciò un interesse proprio nell'operazione tale da permettere che alcuni effetti del contratto di fornitura possano prodursi anche nei suoi confronti. Il tutto senza considerare che i due soggetti giuridici, qualora siano società facenti capo allo stesso gruppo, si riuniscono in solo soggetto economico.

²³ G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 108.

L'accertamento di un collegamento negoziale condurrebbe in primo luogo a riconoscere la presenza di circostanze idonee a rendere inapplicabile l'art. 1819 cod.civ sul contratto di mutuo; in secondo luogo, rappresenterebbe un ulteriore argomento per giustificare l'applicazione analogica dell'art. 1525 cod.civ. in tema di vendita a rate. Passando poi all'ipotesi d'inadempimento del venditore, la presenza del nesso funzionale fra i due negozi servirebbe a scardinare la validità delle clausole d'eccezione. Se infatti si considerano i benefici per il creditore ed il fornitore derivanti dalla coordinazione dei contratti, appare contrario al principio di buona fede²⁴ volerli poi scindere solo quando, in seguito all'inadempimento dell'uno, l'altro sia chiamato a sopportare oltre che i benefici anche i rischi dell'operazione. Dalle condizioni predisposte dal professionista, infatti, risulta una distribuzione dei costi e dei rischi che riversa su una delle parti tutti i vantaggi e sull'altra tutti gli svantaggi²⁵. e che, pertanto, appare contraria agli obblighi di correttezza e all'equo contenimento degli interessi delle parti sotteso al principio della buona fede contrattuale²⁶.

Peraltro non è mancato chi ha contestato la riconduzione in termini unitari dell'operazione stessa rilevando che, attraverso la frantumazione giuridica dell'operazione economica, le parti intendono proprio non assumere rischi diversi e ulteriori rispetto a quelli propri della attività da loro

²⁴ Così anche G. ALPA-M. BESSONE, *Disciplina giuridica delle carte di credito e problemi di controllo del credito al consumo*, in *Giur. It.*, 1976, p. 110 e ss. altri invece preferiscono considerare l'utilizzo di tali clausole come contrario all'ordine pubblico G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 148.

²⁵ Nonostante la finanziaria cerchi spesso di tutelarsi dall'inadempimento del venditore pagando l'importo al venditore non alla conclusione del contratto ma alla consegna del bene, le condizioni generali di finanziamento una volta sorti i diritti di credito verso il cliente prevedevano, per portare l'esempio di Findomestic, che l'obbligo rimanga «*inalterato anche in caso d'inadempienze di qualsiasi genere da parte del fornitore, ivi compresa la mancata consegna del bene e/o prestazione di servizi ovvero il bene e/o i servizi denotassero vizi palesi od occulti, mancanza di qualità, difetti di funzionamento originari o sopravvenuti. Ogni relativa controversia dovrà perciò essere risolta tra cliente e fornitore*».

²⁶ G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 614.

svolta ²⁷. Il finanziatore infatti, sarebbe disposto ad accettare solo il rischio dell'eventuale insolvenza del consumatore ma non quello del mancato adempimento da parte del fornitore. L'argomento è certamente valido, e formalmente ineccepibile, ma dimentica forse l'esistenza di principi di fronte ai quali anche l'autonomia contrattuale e il dogma della volontà devono arrestarsi. Soprattutto, alla luce degli interventi normativi che si sono verificati nel corso degli ultimi anni, non tiene in debita considerazione il fatto che lo squilibrio normativo che si viene a creare tra le parti potrebbe essere sanzionato dalla disciplina sulle clausole abusive ²⁸.

Inoltre, secondo la stessa dottrina che si oppone alla tesi del collegamento negoziale, il risultato di un regime diffuso di opponibilità delle eccezioni non porterebbe ad altro se non ad una ripartizione tra la massa dei consumatori del costo aggiuntivo sopportato dal finanziatore. In realtà, a prescindere dalla validità o meno della tesi basata sul collegamento negoziale, sembrano sussistere validi argomenti di analisi economica del diritto che contraddicono tali affermazioni ²⁹.

²⁷ Così D. LA ROCCA, *Credito al consumo e sistemi di finanziamenti*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 432.

²⁸ Sembra in particolare opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 34 del Codice de consumo, la vessatorietà di una clausola è valutata facendo riferimento anche alle clausole contenute in un altro contratto al primo collegato.

²⁹ L'inopponibilità delle eccezioni è certamente un costo aggiuntivo che il consumatore è chiamato a sopportare: l'acquirente deve infatti sopportare il rischio ulteriore di non poter sospendere i pagamenti nel caso in cui il fornitore si renda inadempiente. Ma mentre l'imprenditore finanziario ha gli strumenti per determinare con maggior precisione i costi dell'operazione sia un volume d'affari in grado di ammortizzare il rischio, il singolo consumatore difficilmente saprà valutarne l'impatto del rischio aggiunto soprattutto perché coinvolto solo episodicamente in transazioni di questo tipo. I consumatori, nella loro ignoranza, preferiscono un contratto inefficiente, con un prezzo dichiarato più basso ma con una serie di costi impliciti, rispetto ad un contratto che ipoteticamente realizzi l'efficiente allocazione del rischio (v. R. PARDOLESI-A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (e alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Diritto Privato*, 1996, Padova, p. 412). Inoltre la distribuzione del costo sulla base di un meccanismo del tipo assicurativo è un prezzo che consente di ottenere una maggiore sopportabilità delle sofferenze, una maggior trasparenza dell'operazione e un incentivo al corretto svolgimento del rapporto contrattuale. Così anche G. ALPA-M. BESSONE, *Disciplina giuridica delle carte di credito e problemi di controllo del credito al consumo*, in *Giur. It.*, 1976, p. 110 e ss.; G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 156 contro D. LA ROCCA, *Credito al consumo e sistemi di finanziamenti*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 436.

Nella latitanza del legislatore, tuttavia, i tentativi condotti dalla dottrina e di cui si è fatto cenno dimostravano la loro fragilità soprattutto alla luce di quegli orientamenti (soprattutto giurisprudenziali) che per riconoscere la sussistenza del collegamento ritengono necessaria la sussistenza di indici fattuali quali la pari dignità dei negozi, la loro contestualità e l'identità delle parti.

Ultima alternativa per l'interprete che cercava di rintracciare all'interno del diritto positivo una forma di protezione per il contraente debole era quella di considerare il contratto di credito al consumo come un contratto atipico trilaterale, avente un'unica causa e quindi caratterizzato da un'unica funzione economico-individuale, oppure riconducibile ad una pluralità di cause preordinate alla realizzazione di uno scopo unitario. Sulla bontà di tale interpretazione sono stati mossi diversi dubbi.

1.3. Il profilo storico

Le condizioni in cui viene a nascere e a svilupparsi il mercato del credito al consumo sono innanzitutto storiche e si inseriscono in un tessuto di abitudini e di regolamenti che sono lo specchio dell'evoluzione sociale. A ben vedere, infatti, la situazione di debolezza in cui versano oggi i consumatori è il portato di una condizione di precariato ereditata dal passato.

Nel vecchio continente, almeno sino al XIX secolo, il credito al consumo viene ad essere per lo più proibito – ma comunque praticato – data la difficoltà di superare le antiche condanne dell'usura³⁰, rimaste a lungo

³⁰ Il Cristianesimo, in epoca medievale, aveva infatti ripetutamente condannato l'usura, da intendersi come qualsiasi pagamento dovuto per un prestito di denaro, sulla lettura di un passo del Vangelo di Luca (secondo cui bisogna prestare senza sperare nulla in cambio). Un'accezione morale negativa alla capacità fruttifera del denaro veniva data anche da Aristotele, che nell'Etica Nicomachea spiegava come solo il lavoro umano o il suo intelletto potesse produrre ricchezza, mentre quella derivante dal denaro era dannosa. Ed proprio ritenendo fondato il menzionato principio aristotelico relativo alla sterilità del denaro che viene a maturare la proibizione dell'usura, che quindi non si basa tanto su ragioni etiche di *charitas evangelica*, quanto su ragioni giuridiche di *aequitas*. Il denaro, in quanto tale, viene considerato come mera misura del valore dei beni e non come merce di scambio universale, sicché non aveva "giustificazione" pretendere un interesse su una cosa che in sé non valeva nulla.

Tuttavia, proprio in virtù dell'aristotelismo, la scolastica arriverà in seguito ad una posizione di compromesso, consentendo che venga premiato il rischio, cioè l'incertezza connessa a un prestito finanziario (*mutuum*), e quindi a ritenere legittima la "vendita del tempo", che per tutto l'alto Medioevo era stata cosa assolutamente inammissibile. Si tenta inoltre di distinguere tra "interesse" e "usura": il primo, al contrario della seconda, sarebbe un profitto moderato ma necessario, differenziandosi da essa quindi non tanto per genere quanto per l'intensità. Teologi e canonisti dapprima sostengono che l'indennità è giusta quando vi è ritardo nel rimborso, successivamente ch'essa è giusta anche quando il prestatore ha dovuto rinunciare ad altri investimenti che avrebbero potuto rendergli di più (lucro cessante). Inoltre, prestare soldi può anche significare rischiare di perderli e l'interesse allora diventa una forma legittima di tutela, perfino una forma di salario legittimo, se il prestatore non ha altri introiti che questo.

Ovviamente la teoria scolastica dell'interesse non era stata elaborata per giustificare l'attività professionale dell'usuraio, che risultava sempre moralmente riprovevole, quanto per legittimare l'attività di quel mercante che voleva praticare intenzionalmente il prestito senza per questo voler passare per un usuraio e, nel contempo, continuando ad effigiarsi del titolo di cittadino "cristiano" a tutti gli effetti. L'usura praticata nei confronti del popolo minuto viene ostacolata attraverso i cosiddetti "Monti di Pietà", nati alla fine del '400 su iniziativa dei francescani. I *montes pietatis*, gestiti dallo stesso clero e da mercanti di buona reputazione, furono introdotti quando ci si accorse che il problema della povertà aveva ormai assunto dimensioni abnormi. All'inizio si opposero alla loro istituzione teologi tradizionalisti in ambito agostiniano e domenicano, contrari al fatto che si chiedesse un interesse alla povera gente; poi le loro proteste vennero definitivamente messe a tacere dal concilio Lateranense V (1515) sotto

imprese nella coscienza sociale. Esso viene quindi a rappresentare il funzionamento nascosto della società e viene a svilupparsi in modo discontinuo secondo una storia tristemente ricca di abusi ³¹.

Questo settore ha sofferto quindi di una specie di ritardo mentale, ereditato da secoli di proibizione che ne ha frenato lo sviluppo e che ha favorito la sperimentazione di forme ad esso alternative. Così invece non è stato negli Stati Uniti, dove, in assenza di influenze storiche e ideologiche così pressati, il credito al consumo è stato libero di affermarsi più precocemente e di dimostrare l'importanza del suo apporto nella promozione del benessere sociale e per lo sviluppo della società. In un certo senso, infatti, non si può dissociare dalla vendita a rate il livello di civiltà raggiunto dall'occidente, in tale schema negoziale si è rivelato un ottimo strumento di integrazione sociale.

Il paragone tra le esperienze dei due continenti può essere esemplificato contrapponendo l'evidente insuccesso dei monti della pietà con lo speculare successo della vendita a credito americana, apparsa in modo rivoluzionario a partire dal 1850 per finanziare l'acquisto di beni strumentali di cui avevano bisogno le famiglie della frontiera. Nell'America della colonizzazione, che si spinge verso sud e verso ovest, i principali fornitori di credito sono stati gli stessi negozianti, che, con forme simili a quelle messe in opera nelle campagne europee, vendevano i beni strumentali all'agricoltura dilazionando il pagamento al momento successivo al raccolto. In altri casi il finanziamento era concesso dai fornitori ai venditori

il papa Leone X, ma già papa Paolo III li aveva approvati nel 1467. Intorno al 1509 in Italia ve n'erano 87.

³¹ Per una esaustiva ricostruzione storica del fenomeno del credito al consumo, sia in relazione all'usura e al credito nell'antichità, sia in relazione al suo sviluppo contemporaneo e dogmatico v. R.M. GELPI-F. JULIEN LABRUYÈRE, *Storia del credito al consumo*, Bologna, 1994 (GELPI 1994).

ambulanti che distribuivano i prodotti dei grandi centri urbani, Chicago *in primis* ³², nella terra di frontiera.

Il credito al consumo viene quindi a svilupparsi inizialmente negli Stati Uniti senza l'apporto delle banche o di altre società finanziarie. Non nascono ancora forme di finanziamento al consumo diverse rispetto a quelle praticate e conosciute in Europa, né il credito riesce subito ad uscire dalla cattiva luce dove è stato lungamente posto per ragioni ideologiche. Anche in America, infatti, è inizialmente presente l'idea borghese che fa del ricorso al credito un appannaggio di poveri e falliti. Al di là del disprezzo sociale, tuttavia, è diversa l'immagine che emerge dell'uomo americano, che è comunque libero – spesso è un pioniere – ed è immerso in una società in continuo movimento dove ciascuno è messo in grado di realizzare ciò che l'ha spinto ad emigrare. Per cui è vero che il credito del *frontier* americano non è poi strutturalmente diverso da quello concesso al mezzadro italiano: tuttavia, mentre il primo lo richiede per realizzare i propri sogni e la propria emancipazione, il secondo lo negozia all'interno di un rapporto di sudditanza rispetto al padrone nel tentativo di garantire la propria sopravvivenza.

Storicamente il quadro muta con l'avvento della seconda rivoluzione industriale grazie alla quale, con l'affermarsi della produzione di massa, si diffondono nuovi meccanismi di finanziamento. Appare sul mercato la vendita a rate, operata direttamente dai produttori di articoli di serie: con essa, il debitore si impegna ad effettuare dei rimborsi periodici che vengono giustificati come rendita per l'utilizzo del bene; in linea di massima, viene richiesto un anticipo in contanti e si acquista la proprietà dell'oggetto al termine del rimborso. Ciò conduce ad un importante cambiamento: l'idea del prestito, in particolare quello su pegno, quale salvagente a cui aggrapparsi

³² Chicago, e l'Illinois in generale, proprio in virtù di questa sua storia è divenuto oggi (stando ai dati forniti dal Dipartimento per il Commercio e gli Affari Comunitari dello Stato dell'Illinois) un centro estremamente importante nel campo della finanza, ospitando più di 2.000 banche, 1.000 istituti di credito e quasi 3.000 società assicurative. La città di Chicago concentra infatti il 40% di tutte le attività bancarie del Midwest americano ed è internazionalmente nota per la presenza di Borse Merci che trattano strumenti finanziari su *commodities*.

in situazioni di difficoltà, viene sostituita da quella per cui la vendita a rate rappresenta una proiezione di se stessi nel futuro.

Da allora, il credito al consumo diventa lo stimolo più evidente per il miglioramento dello stile di vita dei cittadini americani. La *Singer Sewing Machine Company*, fin dal 1856 inizia ad offrire le sue macchine da cucire in *hire-purchase*³³ ottenendo così la diffusione in tutto il mondo dei propri prodotti. Da quel momento la nuova formula d'acquisto conquista il commercio di beni durevoli industriali, prendendo piede soprattutto per prodotti di natura culturale, quali libri e strumenti musicali, pur prevedendo una dilazione piuttosto breve nel tempo e limitata nel suo ammontare.

Verso la fine del secolo, sempre negli Stati Uniti – di nuovo uniti dopo la guerra di secessione –, l'*hire-purchase* acquista nuovi spazi di mercato: con tale formula diviene possibile acquistare nuove tipologie di prodotti (ad esempio i mobili d'arredo) e si riesce ad allungare il piano di ammortamento del prestito. L'urbanizzazione e il basso costo del denaro che, soprattutto agli inizi del Novecento, rende più facile il rimborso, contribuiscono ad una crescita forte e sostenuta.

Col tempo, la crescita del tenore di vita favorisce la comparsa di nuovi tipi di credito che non sono più destinati ad assicurare la sussistenza, ma che servono a finanziare l'acquisto di beni durevoli. Appare il *consumer credit* attuale, che si basa sull'abbondanza derivante dalla crescita degli stipendi delle famiglie che cominciano ad essere consapevoli delle proprie possibilità. Nasce così il desiderio d'acquistare beni di consumo durevoli. Tale fenomeno conquista gradualmente anche l'Europa, e in primo luogo l'Inghilterra, dove, nella seconda metà del XIX secolo, compaiono i primi grandi magazzini e le cooperative di dettaglianti che praticano acquisti pagabili a rate di beni durevoli ed anche l'acquisto a riscatto.

³³ È interessante sapere che la formula *hire-purchase*, prima di diventare la definizione legale di tale schema negoziale nei paesi di *common law*, è stata inizialmente proprio l'espressione con cui veniva pubblicizzata tale formula di vendita dalla Singer

Dopo la Prima Guerra Mondiale è soprattutto la produzione di auto e di moto ³⁴ a facilitare l'espansione dell'*hire-purchase*. Inoltre, l'importanza del possesso di determinati beni, che sempre più identifica l'appartenenza ad un determinato status sociale, attenua ulteriormente il giudizio negativo della società rispetto al ricorso al credito. A tutti i livelli, senza più rappresentare un simbolo di povertà, si consolida la necessità di ottenere un finanziamento per l'acquisto di un'autovettura.

Vengono creati i primi archivi di creditori e nascono società finanziarie specializzate, che assumono istituzionalmente il compito di fornire i capitali senza tuttavia produrre o distribuire beni in prima persona. Praticamente tutti i grandi produttori costituiscono e controllano apposite finanziarie ³⁵. Si introduce quindi un'ulteriore forma di specializzazione dei compiti nella catena produttore-consumatore e tale cambiamento determina l'inizio di una nuova fase nella storia del credito al consumo, non più condizionato dalle attività creditizie del produttore, ma affidato in modo quasi esclusivo ad istituti appositamente costituiti o a banche dedite anche al finanziamento dei consumi privati. Ciò ha prodotto effetti economici estremamente positivi, creando le premesse per l'ampliamento delle vendite, della produzione di massa e, quindi, della riduzione dei costi. D'altra parte, la disponibilità immediata di beni durevoli per i consumatori contribuisce a creare benessere tra le famiglie e a migliorare le condizioni di vita. Le favorevoli previsioni sul futuro e il posto di lavoro fisso incorag-

³⁴ Si ritiene che la rapida espansione del mercato dell'automobile contribuì in modo determinante a modificare la configurazione delle operazioni di credito al consumo. Essendo quest'ultimo infatti un bene dal prezzo elevato, diveniva difficile e oneroso per il dettagliante impegnarsi in prima persona nel finanziamento dei suoi prodotti. Il correlativo bisogno di nuovi capitali, destinati a finanziare l'acquisto di beni di consumo durevoli ad alto prezzo, spostò quindi l'asse del meccanismo di credito al consumo verso una dimensione trilaterale dell'operazione economica, segnando l'ingresso degli enti finanziatori nel settore. Così G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 20 e ss.

³⁵ È in questi anni che vengono alla luce società quali la General Motors Acceptance Corp. (GMAC, che è oggi una delle più grandi finanziarie del mondo, ovviamente specializzata in linee di credito per l'acquisto di automobili, ma anche di esercizi commerciali e case, e che fin dalla sua fondazione, nel 1919, ha erogato più di 1.400 miliardi di dollari), la Ford Credit Company e General Electric Capital (fondata nel 1892, deve la sua esistenza a Thomas Edison: è oggi l'unica società quotata nel Dow Jones Industrial ad apparire nell'indice originario del 1896).

giano il ricorso al credito, soprattutto fra i membri della classe media. Il credito non è più volto solo a sopperire croniche situazioni di povertà né a finanziare l'acquisto di beni strumentali nell'ottica dell'investimento commerciale. Bensì anche a sostenere il consumo. La rincorsa ad uno status sociale accresce il desiderio di possedere beni, fino ad allora riservati a pochi membri della società, che progressivamente diventano di uso comune. Il *consumer credit* americano inizia poi per primo ad affiancare alla collaudata vendita rateale anche le nuove carte plastificate, determinando la definitiva separazione della vendita dal finanziamento.

La diffusione di prodotti e servizi di massa, che raggiunge il suo apice nei decenni successivi alla fine della Seconda guerra mondiale, porta tuttavia alla luce la necessità di correggere delle situazioni di squilibrio e di iniquità. Rispetto al professionista, infatti, il consumatore è visto ancora in una posizione contrattuale paritaria³⁶. Pertanto, gli Stati più attenti a tali dinamiche costituiscono le prime commissioni di studio e iniziano a predisporre i primi interventi normativi.

Nel Regno Unito il comitato presieduto nel 1968 da Lord Crowther esamina la caotica situazione della legislazione e analizza l'impatto del credito al consumo sulla società britannica. I risultati dell'indagine appaiono confortanti: nessun rapporto con l'inflazione, nessun influenza negativa sulla capacità di risparmio della collettività, pochissime conseguenze negative sul piano sociale. In effetti, oltremarica è stato molto forte il ruolo di integratore sociale svolto dal *consumer credit*, il quale era concepito secondo i principi del liberalismo economico ma controbilanciato da un forte intervento normativo a protezione dei consumatori. In questo senso la Gran Bretagna, nonostante per i moralisti latini del credito al consumo rappresenti spesso l'esempio negativo di una sorta d'America alle porte dell'Europa, ha compiuto un importante passo in avanti rispetto al resto del vecchio continente e il *Crowther Report*

³⁶ Così G. ALPA, *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 2001, p. 944 e ss.

rappresenta per questo uno dei grandi momenti della storia del credito al consumo.

Nell'Europa mediterranea, a causa delle remore psicologiche ereditate dalla Controriforma e dalle pratiche regolamentari adattate dal codice napoleonico, la storia del credito al consumo ha invece inizio più recente e meno ricco di successi.

In Italia, ad esempio, si tenta di creare sistemi di promozione del credito in modo sporadico. Nel 1922 è la Fiat che, seguendo il modello anglosassone, costituisce la sua prima società finanziaria senza tuttavia ottenere i risultati sperati. Nei decenni successivi vengono costituiti i primi istituti finanziari di rilievo, come la Compass del gruppo Mediobanca. La domanda cresce in coincidenza con la crescita economica e sociale degli anni 1960 e 1970: nel periodo del boom economico anche in Italia alla produzione di massa corrisponde infatti un nuovo modello di famiglia, spesso con due stipendi ed il cui livello di vita è notevolmente aumentato grazie all'acquisto di beni di consumo durevoli.

Anche da noi, si compie dunque la transizione verso un nuovo modello di società, sempre più legato ai consumi, e di conseguenza al ricorso al credito. Tuttavia, ciò reca con sé tutto il carico di problemi legati alla cronica mancanza di una disciplina adatta a tutelare il contraente debole.

1.4. Il profilo economico-sociale: la domanda

Dal punto di vista economico, il legame fra “credito” e “consumi” ha sempre consentito di osservare la vicenda del credito al consumo in chiave unitaria, conferendole una particolare rilevanza nell’ambito degli studi relativi al sistema finanziario ³⁷. Purtroppo la stessa unitarietà non è stata ugualmente compresa dal mondo giuridico, che non ne ha saputo cogliere le peculiarità e non è quindi stato in grado di offrire prontamente un’adeguata tutela al consumatore.

Per offrire un valido argomento alla tesi secondo cui le operazioni di credito al consumo debbano essere interpretate in chiave unitaria, appare utile offrire una ricostruzione che tenga conto anche della descrizione e dell’analisi economico-sociale del fenomeno. A tale proposito, occorre prendere in considerazione sia le problematiche economiche e finanziarie che sottendono all’organizzazione e all’operatività dell’offerta del credito, e quindi anche allo sviluppo del mercato del credito al consumo, sia le questioni attinenti al lato della domanda del credito e alla sua crescita.

Infatti, se dal lato dell’offerta le banche hanno ampliato i propri servizi, da parte loro i consumatori hanno visto nel tempo crescere il reddito disponibile e, specularmente, ridursi la propensione al risparmio, che in Italia storicamente si attestava a livelli molto alti. Il mutamento delle abitudini sociali ha modificato l’idea del ricorso al credito come *extrema ratio* per affrontare una situazione di necessità. Il finanziamento è ora percepito come un’opportunità in più da sfruttare non solo per le classi meno agiate ma anche, e soprattutto, per la c.d. *middle class*. D’altra parte, vi è un trend costante nella crescita i consumi che non sembra ricevere modificazioni nel corso del tempo. Il credito al consumo, di conseguenza, non potrà che crescere seguendo questo trend ³⁸.

³⁷ Così, F. MACARIO, *Profili generali*, in *Diritto privato europeo* (a cura di N. Lipari), Padova, 1997, p. 827.

³⁸ Così G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2006, p. 111 e ss.; peraltro, alla luce della recente crisi finanziaria e economica tale assunto sembra doversi considerare vero solo nel medio-lungo periodo: negli ultimi tempi infatti si è registrata una contrazione della domanda di beni e servizi così come quella di credito.

Certo, l'odierna crisi finanziaria e le tendenze inflattive che si sono registrate, con l'introduzione dell'Euro prima e con l'aumento dei prezzi di beni primari dopo, hanno modificato profondamente lo scenario economico rispetto al recente passato³⁹. Ma non tutto è cambiato, ovviamente, e certe tendenze rimangono immutate⁴⁰.

Di fronte a situazioni di difficoltà, i consumatori italiani hanno reperito risorse aggiuntive proprio grazie al credito al consumo, le cui consistenze sono passate dai circa 48 miliardi di euro del 2002 a oltre 85,6 miliardi di euro del 2006, con un incremento percentuale del 78%. Per integrare, sia pure a debito, le risorse familiari sono stati largamente privilegiati soprattutto i nuovi strumenti finanziari, in primis le carte plastificate (nel 2006 si è registrato un aumento dell'11% per le carte *revolving* e del 36% per le prepagate, con un incremento del 75% rispetto al 2005 per quanto attiene alle operazioni eseguite).

Anche il più tradizionale acquisto a rate resta adoperato da almeno il 35% delle famiglie e consente, a quasi la metà di esse, l'accesso a prodotti che altrimenti resterebbero fuori dalla loro portata.

A tal proposito, nonostante la crisi dei mutui *subprime* a metà del 2007 abbia riportato l'attenzione sulla questione dell'indebitamento delle

³⁹ Basti leggere il rapporto annuale sulla situazione sociale del paese predisposto dal CENSIS nel 2002 che ritrae gli italiani come «... conformisti, ammalati dalle marche famose e dai prodotti tecnologici, legati all'effimero, in molti ricercano prodotti di lusso, contemporanei status symbol di un mondo diffusamente medio-borghese. Questi sono i consumatori italiani oggi, anche se per molti l'acquisto dei prodotti migliori e alla moda è solo un miraggio, un desiderio talvolta difficile da soddisfare a causa di limitate possibilità di spesa. /Non siamo certo all'iperconsumismo all'americana ma spendere, per un numero crescente di persone è gratificante, infonde sicurezza ed è quasi una forma di comunicazione. Secondo ciò che emerge da un'indagine effettuata dal Censis e da Findomestic Banca nel 2002, il 40% della popolazione adulta concepisce gli acquisti come un modo per concedersi piccoli e grandi lussi quando ne vale la pena. Per il 12% dei consumatori fare acquisti è un modo per scaricare le tensioni quotidiane, così come il 4% è fortemente attratto dai nuovi prodotti tecnologici per uso domestico. Se si esclude la contrazione dell'1,5% registrata nel 2001, tra il 1997 e il 2000 la spesa delle famiglie per i beni durevoli è cresciuta mediamente del 7% all'anno ...».

⁴⁰ Il rapporto CENSIS del 2007 evidenzia infatti, accanto alla presenza di budget risicati un «boom di prodotti e modalità di acquisto innovative ... Gli italiani negli ultimi anni hanno visto i redditi reali familiari crescere in misura ridotta (+0,5% tasso annuo di crescita nel periodo 2000-2004) e, per il futuro, non si aspettano consistenti aumenti visto che per il reddito disponibile le variazioni percentuali annuali attese per il prossimo biennio sono di poco superiori all'1%».

famiglie, è interessante notare che le famiglie insolventi sono solo l'1,7% e le famiglie che hanno dichiarato difficoltà nel far fronte alle rate sono il 6,3% (l'8% al Sud-Isole).

In ogni caso, gli italiani non hanno rinunciato a beni innovativi, come le apparecchiature e i servizi per la telefonia, la cui spesa è cresciuta di quasi il 50% in termini reali nel periodo compreso tra il 2001 e il 2006. Inoltre, nei primi mesi del 2007, mentre i consumi sono stati spesi oltre 91 milioni di euro per acquistare brani musicali, giochi e videoclip direttamente sul cellulare. Sempre tra il 2001 e il 2006, si è registrato un aumento del 38% in termini reali nelle vendite di articoli audiovisivi, fotografici, di computer e videogiochi.

A queste tendenze fa da contraltare l'affermarsi del consumo c.d. *low-cost* per altre tipologie di beni. Al boom di prodotti e modalità di acquisto innovative si contrappongono infatti budget risicati, consumi in lieve crescita, rialzo delle spese per la casa: è questa l'essenza della revisione strategica dei budget familiari che fa convivere tutela del tenore di vita e accesso a nuovi beni, auto-percezione della propria vulnerabilità socioeconomica e persistente caccia a beni e servizi di qualità.

Tali evidenze mettono in risalto l'inadeguatezza del pensiero economico classico nel spiegare le attuali dinamiche economiche. Seguendo l'impostazione tradizionale, l'analisi della domanda è rimasta a lungo confinata in posizione secondaria, mentre l'attenzione è stata focalizzata sul lato dell'offerta e sulle modalità di determinazione del valore. Secondo tale idea, infatti, le condizioni di domanda non concorrono alla determinazione dei prezzi naturali i quali risultano funzionalmente indipendenti dal sistema delle quantità prodotte. L'ipotesi implicita in questo approccio è che esista una quota consistente di domanda, che solo la mancanza di merci impedisce di soddisfare. In questo contesto, la crescita dell'offerta non farebbe altro che rispondere a una domanda già esistente e già strutturata, presumibilmente anche nelle preferenze. Resterebbe tuttavia da spiegare quale influsso ha avuto l'aumento del reddito sulla struttura

delle preferenze e come interagivano queste con la disponibilità di nuovi prodotti.

Questo orientamento ha spiegazioni sia di tipo storico che politico, dovute al fatto che i consumatori, come raggruppamento sociale, e il consumo, come categoria di analisi specifica, hanno cominciato ad assumere una posizione di rilievo nella ricerca socioeconomica solo nei primi decenni del Novecento, in concomitanza con lo sviluppo della produzione di massa negli Stati Uniti e con la collegata espansione dei consumi ⁴¹.

Naturalmente il consumo, come attività, è sempre esistito poiché rappresenta il naturale complemento della produzione di beni. Già nell'antichità una componente significativa dei consumi non derivava dall'autoproduzione, ma dagli scambi. Rispetto al passato, la moderna espansione dei consumi è stata resa possibile grazie alla crescita del reddito disponibile per le famiglie, a sua volta collegato all'aumento della produttività nelle attività lavorative, ma anche a causa di continue evoluzioni dei comportamenti e dei valori sociali che hanno modificato il ruolo del consumo. Fino a quando, per gran parte della popolazione, i consumi erano ancorati alla pura sopravvivenza e la scarsità di reddito disponibile rendeva di fatto impossibili scelte discrezionali, l'analisi dell'attività di consumo ha conservato una rilevanza piuttosto bassa all'interno della teoria economica. E così, nonostante i consumi siano aumentati assieme alla produzione, la rivoluzione industriale viene generalmente studiata come evoluzione dell'offerta, mentre viene tralasciata l'analisi del lato della domanda.

Tuttavia, viene rilevato oggi che proprio l'enorme crescita della produzione legata alla rivoluzione industriale ha posto le premesse per l'aumento d'importanza dei consumi. Una corrente minoritaria di storici ha da tempo messo l'accento sull'importanza delle trasformazioni dei consumi come presupposto, o quantomeno come concausa, della rivoluzione

⁴¹ M. GAMBARO, *Consumo e difesa dei consumatori. Un'analisi economica*, Roma-Bari, 1995, p. 7.

industriale ⁴². Nel 1977, Braudel ⁴³ è stato il primo a cogliere il contributo essenziale che i comportamenti di consumo hanno avuto nello spiegare lo straordinario sviluppo economico dei Paesi occidentali negli ultimi secoli. Infatti, i consumi non solo forniscono gli incentivi affinché siano prodotte nuove merci, ma instaurano nuove modalità di relazioni sociali e un nuovo orizzonte culturale che favorisce la mobilità, l'attitudine al cambiamento, la trasformazione delle categorie culturali. Rivelandosi così tanto essenziali per lo sviluppo economico quanto lo sono altri fattori.

Per esempio, i problemi relativi alla formazione delle preferenze e alla selezione dei prodotti da acquistare, precedentemente erano risolti col semplice ricorso alla tradizione. Gli imprenditori inglesi del settecento, invece, mettono a punto nuove idee nella presentazione dei prodotti nelle vetrine, nella distribuzione e nelle prime forme di pubblicità. Alcuni di loro sfruttano esplicitamente quello che solo più tardi ⁴⁴ sarà studiato come effetto *bandwagon* ⁴⁵.

Molti dei recenti lavori di origine storica e sociologica sui consumi hanno sostenuto che l'atto di consumo abbia un profondo significato socioculturale e che i prodotti abbiano una valenza rilevante in quanto segni e simboli. La gamma di significati che il consumo può avere, coincide essenzialmente con il posizionamento di status ⁴⁶. Come anche la letteratura economica insegna, il prezzo di un prodotto non è solamente un indicatore

⁴² Secondo MCCRAKEN, *The history of consumption: a literature review and consumer guide*, in *Journal of Consumer Policy*, n.10, 1987, «i cambiamenti nella produzione e queste trasformazioni rappresentano una rivoluzione nei consumi simile alla rivoluzione industriale».

⁴³ F. BRAUDEL, *La struttura del quotidiano*, Torino, 1977.

⁴⁴ In merito v. T. VEBLEN, *Teoria della classe agiata*, Torino, 1949.

⁴⁵ L'effetto *bandwagon* illustra la crescita della domanda dovuta al fatto che un consumatore vede gli altri consumare un prodotto e si vuole uniformare ad essi. Al contrario l'effetto *snob* riguarda la diminuzione della domanda dovuto al fatto che un consumatore vede gli altri consumare e si vuole distinguere.

⁴⁶ Secondo G. ALPA, *Status e capacità—la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, p. 206, «configurare uno status del consumatore implica una valutazione del rapporto di consumo in ragione della condizione personale dei soggetti-parti. Tale considerazione si fonda a sua volta su una contrapposizione di natura soggettiva alla base della relazione che influenza una norma di comportamento sociale sancita dall'ordinamento giuridico. L'esigenza di tutelare gli attori più deboli della scena economica deve peraltro coincidere con l'interesse del soggetto ad integrarsi in un gruppo».

economico, bensì rappresenta di per sé un simbolo denso di significati culturali. All'aumentare della mobilità sociale verticale, negli strati più bassi della popolazione cresce l'influenza dei canoni di rispettabilità delle classi superiori, col risultato che le classi meno abbienti accolgono, nei limiti del vincolo di bilancio, lo schema di vita e i consumi dello strato immediatamente superiore. In realtà, come mostrano ricerche successive, la natura del comportamento imitativo è piuttosto complessa, in quanto ognuno si serve di una varietà di gruppi di riferimento (modelli) positivi, negativi, comparativi e normativi, quando intraprende un'azione. I consumatori emulano comportamenti di gruppi di riferimento con modalità complesse e articolate.

Tuttavia, il risultato più evidente è il formarsi di uno zoccolo di beni conseguente alla volontà di accedere al godimento di beni con contenuti di qualità ed esclusività sempre più elevati, da parte di nuove fasce sociali. Di conseguenza, si è venuto a delineare un panorama parallelo di scale di reddito/scale di possesso di beni di consumo: salendo i gradini successivi, ad ogni posizione corrisponde il possesso di un paniere di beni considerati irrinunciabili. Si passa dunque da un paniere comune per tutti i livelli di reddito, che include beni a diffusione generalizzata (quali, la radio, il televisione, il frigorifero), a panieri via via più ampi in relazione al reddito percepito.

Ciò, naturalmente, senza escludere la presenza delle dovute eccezioni, sia in positivo che in negativo. Al di là della soglia di sopravvivenza, infatti, il grado di discrezionalità nella scelta dei beni posseduti va assumendo un valore sempre maggiore. L'importanza attribuita dalle persone all'accesso al godimento del bene conosce valori differenti a seconda del tempo che si è vissuto secondo determinati standard di vita.

In ogni modo, emergono con chiarezza alcuni dati da cui è possibile trarre utili considerazioni. Le fasce di reddito superiore e medio-superiore dimostrano di aderire a scale di valori più tradizionali e consolidate, rispettando quei consumi rispondenti a bisogni primari (spese alimentari o per la cultura) e riducendo più facilmente quelli post-primari (spettacoli,

sport, vacanze); ciò è vero anche per i redditi medi, che però tendono più facilmente a ridurre l'acquisto di libri e giornali e meno facilmente le spese personali; per i redditi inferiori, invece, accade tutto l'opposto poiché essi tendono a considerare irrinunciabili quei consumi che per ultimi sono stati raggiunti. Il che non vuol dire che per le famiglie con reddito inferiore il cibo sia meno importante del cinema, ma che si è stabilito un diverso rapporto tra beni che garantiscono il solo benessere personale e consumi con più alta potenzialità di relazione e d'immagine.

In sostanza, esiste una generale esigenza di accettazione sociale che sempre più avviene attraverso la correlazione della persona ai suoi consumi. Parafrasando, si potrebbe sostenere che viviamo in una società in cui si esiste nella misura e nel modo in cui si consuma. Lo *status symbol* ha poi assunto forme meno intuitive e appariscenti: anziché essere connesso all'immediato godimento del bene, si manifesta in modo indiretto comunicando l'appartenenza ad un determinato contesto sociale attraverso un messaggio "cifrato". La sua ostentazione ha assunto quindi una valenza fondamentale nei rapporti interpersonali passando «*da private joke per pochi eletti ad abitudine collettiva, imponendo anche al mercato nuove regole*»⁴⁷.

⁴⁷ Così G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, p. 128 e ss.

1.5. L'offerta di credito

L'analisi del credito al consumo come operazione economica deve anche prendere in considerazione l'attuale sviluppo del mercato, le aspettative ed il comportamento degli operatori del settore: in sostanza, per avere un quadro completo è necessario considerare il settore del credito al consumo anche dall'ottica degli operatori economici, ossia dal lato dell'offerta del prodotto, evidenziandone la crescita, i limiti e le modalità operative.

Fondamentalmente, il quadro teorico in cui si è soliti far rientrare l'attività d'impresa degli istituti bancari ⁴⁸ è un circolo monetario di cui fanno parte altri due soggetti: le imprese e i consumatori. Secondo l'impostazione tradizionale, la banca assolve la funzione di intermediare i flussi finanziari dai settori in surplus a quelli in deficit. Seguendo questa ipotesi, tra questi tre soggetti si viene a creare uno schema circolare per cui le banche prestano liquidità alle imprese, le quali, remunerando i fattori della produzione, trasferiscono risorse ai consumatori; da questi ultimi, la liquidità torna nuovamente alle banche, sotto forma di risparmio, o alle imprese, per il pagamento dei beni o servizi acquistati, le quali potranno così rimborsare il finanziamento erogato dalla banca.

In pratica, il consumatore, attraverso le decisioni di spesa, determina da un lato il livello della domanda effettiva e, dall'altro, il livello di risparmio che le banche possono gestire. Al sistema creditizio è dunque affidato il compito di mettere a disposizione i mezzi finanziari necessari al mondo dell'impresa per sostenere investimenti e produzioni ritenute profittevoli.

L'aumento dei redditi monetari, i mutamenti degli stili di vita, la crescita di una cultura finanziaria, le innovazioni della struttura finanzia-

⁴⁸ Il principio è di recente affermazione, precedentemente si riteneva che l'attività bancaria avesse natura di servizio pubblico. Il riconoscimento del suo carattere imprenditoriale avvenne alla fine degli anni Ottanta come risultato del mutato indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale. Ora tale affermazione è esplicitamente contenuta anche nell'art.10 del TUB (d.lgs. n.385 del 1993). Per un esauriente ricostruzione dell'evoluzione del settore creditizio v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2001, p. 249 e ss. (CASSESE 2001)

ria e del sistema di pagamenti sono solo alcune delle variabili che hanno contribuito a modificare questo contesto e a favorire la crescita della domanda di credito al consumo da parte delle famiglie. In particolare, l'espandersi di settori prima ritenuti secondari ha modificato lo schema appena delineato ed ha ampliato l'incidenza che il settore creditizio può avere nell'economia di un paese a capitalismo avanzato. Attualmente, infatti, l'attività bancaria non si svolge semplicemente sostenendo il *cash-flow* in funzione dell'apertura del ciclo economico, ma consiste invece in un vero intervento catalizzatore per molteplici rapporti economici. Se, infatti, preso atto della diffusione avuta dal credito al consumo a partire dagli anni Ottanta, si colloca quest'ultimo nel circuito monetario delineato, ci si accorge di come il settore bancario operi ormai non solo a monte ma anche a valle del processo economico, finanziando gli investimenti produttivi ma anche la domanda di beni e servizi di consumo.

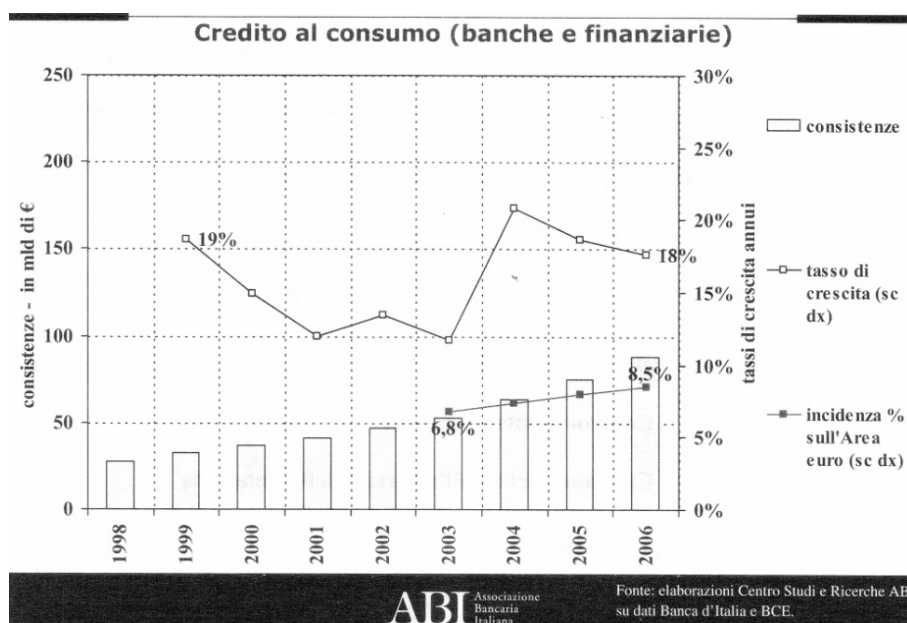
Dopo un primo momento di perplessità, dunque, le banche hanno cercato di inserire nel circuito della liquidità rapporti ulteriori rispetto a quelli storicamente avviati con operatori commerciali e industriali. E così, tra gli impieghi bancari, quelli diretti alle aziende, ossia alla fase di apertura del ciclo economico ⁴⁹, hanno gradualmente lasciato terreno ai prestiti finanziari rivolti ai consumatori ⁵⁰.

Del resto, i consumi sono ormai un problema generalizzato e la loro incidenza nell'economia è stata compresa meglio che in passato. Il sostentamento della domanda di consumo, oltre ad essere un settore redditizio per gli istituti finanziari, è infatti anche oggetto di numerosi interventi da parte dei poteri pubblici, che si preoccupano di sostenere, in diversi modi, la domanda di beni e servizi.

⁴⁹ Sull'argomento v. P. CAPALDO, *Capitale proprio e capitale di credito nel finanziamento dell'impresa*, Milano, 1967.

⁵⁰ Bisogna osservare che a causare la variazione di tale rapporto di valori, certamente dovuta all'abbassarsi della propensione al risparmio e all'espansione del ricorso al credito da parte delle famiglie, hanno in parte concorso anche le maggiori possibilità di finanziamento, ed autofinanziamento in particolare, che negli ultimi anni si sono aperte per le imprese.

Ovviamente, l'offerta di credito costituisce un veicolo molto importante per sovvenzionare i consumi. Ciò ha reso possibile una sua progressiva e continua espansione in tutti i paesi occidentalizzati. In Italia non siamo certo giunti all'iperconsumismo e ai livelli di indebitamento sperimentati dagli Stati Uniti o da altri paesi europei. Tuttavia, come si può notare dal grafico – che illustra le consistenze del credito al consumo sino al 2006 – la crescita del mercato in Italia risulta ininterrotta ⁵¹.



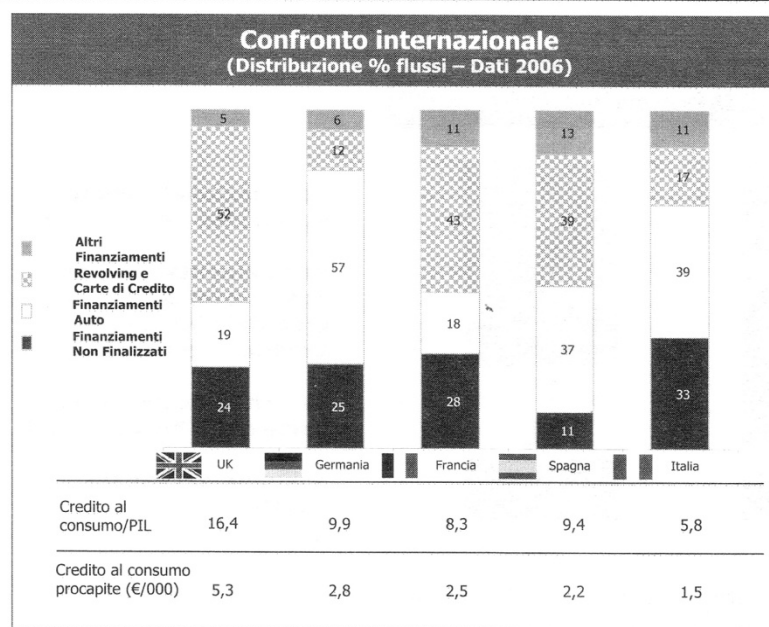
Dagli anni Ottanta sino ad oggi, il tasso di crescita è rimasto sempre positivo e, anche se vi sono stati periodi di contrazione della domanda di credito, esso spesso ha registrato percentuali in doppia cifra. In termini

⁵¹ Solo nel periodo fra il 1992 e il 1996, quando l'instabilità della moneta e la crisi economica ridussero la propensione al consumo si è avuto un periodo di diminuzione. Tale andamento, allora, è stato pienamente risolto grazie agli incentivi sulla rottamazione delle automobili del 1997.

Tuttavia, secondo U. FILOTTO, *Mito e realtà del credito al consumo (e qualche ipotesi per il domani)*, in *Bancaria*, 2002 n. 9, p. 55 e ss. tale sviluppo risulta in parte ridimensionato se si prendono in considerazione le consistenze del credito non più a valori nominali bensì a prezzi costanti. In tal caso, infatti, la crescita risulta ridimensionata e il moltiplicatore scende da 7,43 ad un valore poco maggiore di 3,5. In secondo luogo, analizzando il rapporto del credito al consumo con il totale del credito erogato dagli intermediari e col PIL, si può notare come l'aumento sia comune anche ad altre forme di finanziamento. Il sistema bancario ha conosciuto negli ultimi anni un nuovo approccio, sia commerciale che organizzativo, verso tutti i segmenti di business.

assoluti, invece, le consistenze sono passate da un valore di poco inferiore agli 8 miliardi di euro nel 1986 sino a superare i 40 miliardi di euro nel 2001; a fine giugno 2007, tale ultimo importo risulta già più che raddoppiato, posto che le consistenze si sono attestate sopra i 97 miliardi di euro ⁵². Come detto, tali valori escono certamente ridimensionati se paragonati con i livelli di credito erogati al consumo di altri paesi occidentali, nei confronti dei quali esiste tuttora un distacco molto ampio. Pertanto, pur apparendo indiscutibile la sempre maggiore diffusione raggiunta in Italia dal credito al consumo, è anche vero che il suo mercato presenta ancora ampi margini di sviluppo.

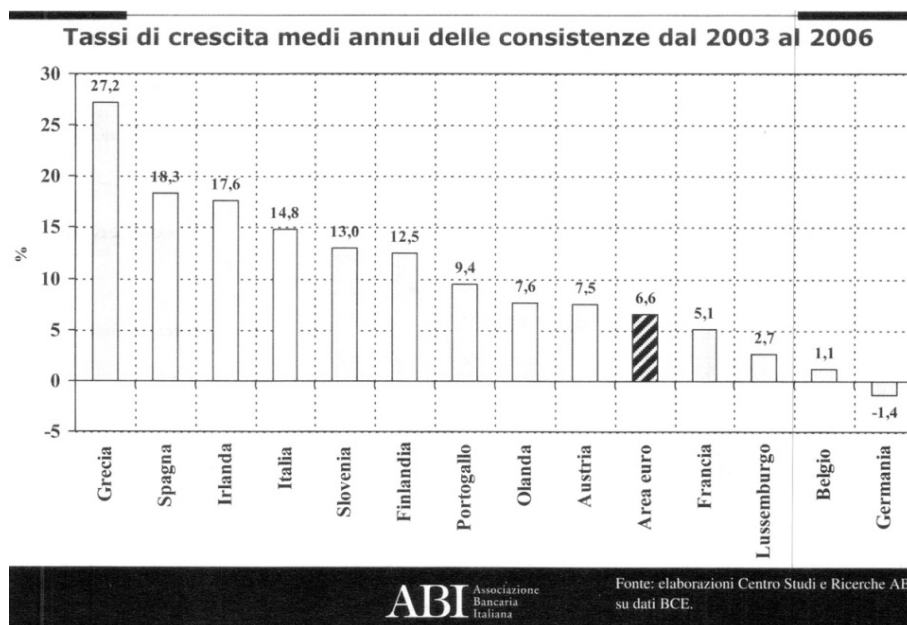
Credito al Consumo - Confronto Internazionale



Fonte: Elaborazione Assofin su dati ECRI, Banca d'Italia, Rapporto Annuale 2006

Ciò è confermato dalla comparazione dei tassi di crescita medi annui delle consistenze del credito al consumo, dove l'Italia si pone ben al di sopra della media registrata nell'intera area dell'unione monetaria.

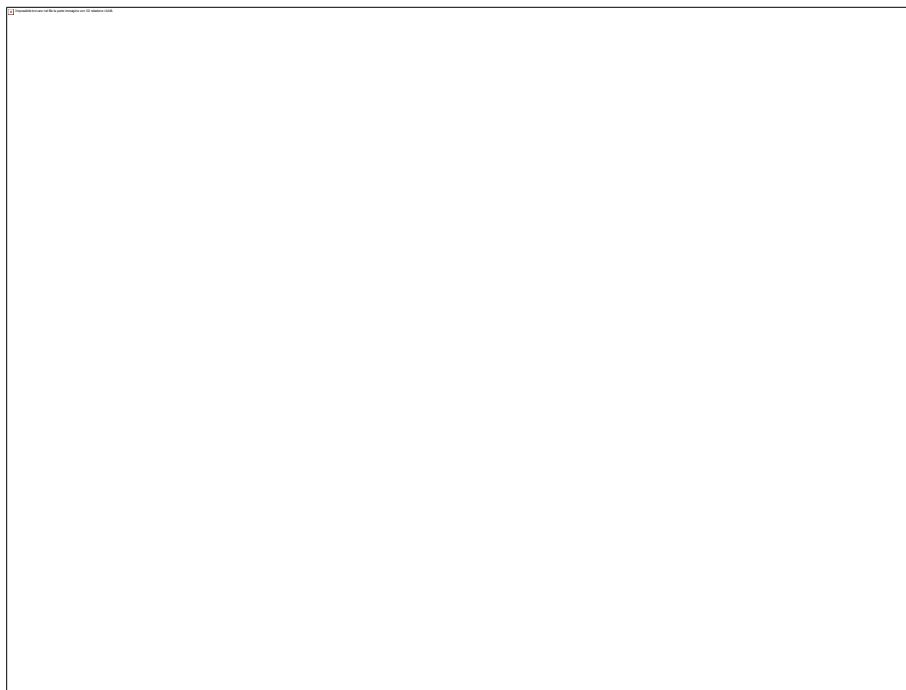
⁵² Dati contenuti nella Relazione Annuale sul 2007 della Banca d'Italia, presentata il 31 maggio 2008 e disponibile sul sito <http://www.bancaditalia.it> (si veda in particolare p 205) e nel rapporto dell'Osservatorio sul Credito al Dettaglio, realizzato da ASSOFIN, CRIF e Prometeia, e presentato a Milano il 17 gennaio 2008.



Si può quindi sostenere che il nostro non è più un mercato immaturo ma è giunto ad una fase in cui lo sviluppo futuro dell'attività dipenderà dalla diffusione di nuovi prodotti e forme tecniche, soprattutto di strumenti che permettano al consumatore di accedere al credito sulla base di un rapporto duraturo e flessibile. Anche se l'utilizzo di carte di credito appare ora in forte espansione, un confronto internazionale sugli strumenti di pagamento evidenzia per l'Italia un basso numero di operazioni pro capite con strumenti diversi dal contante ed un utilizzo ancora elevato di assegni e bonifici. Oltretutto, tra gli utenti che possiedono una carta di credito sino a pochi anni fa pochissimi avevano scelto il pagamento rateale: se le carte di tipo *revolving* divenissero più diffuse, l'accesso al credito potrebbe aumentare e consentire l'utilizzo di un affidamento per piccoli importi come anche per le spese programmate sempre maggiore man mano che nella popolazione italiana si affermino modelli di comportamento socio-economico prevalenti nei paesi a sviluppo avanzato. In ogni modo, i segmenti sui quali in prospettiva il mercato del credito al consumo potrà crescere maggiormente sono quelli dei soggetti che fin qui erano stati in

qualche modo esclusi dall'accesso al finanziamento ⁵³. I nuovi residenti in Italia che vogliono costruire una situazione familiare che possa godere dei beni di largo consumo, i giovani con contratti di lavoro flessibili e chi, per gli andamenti non positivi della congiuntura o per qualche disavventura personale, può aver avuto qualche problema nel pagamento dei precedenti finanziamenti godono oggi di una disponibilità di credito molto limitata.

Dal punto di vista dei soggetti operanti nell'offerta di credito al consumo, l'evoluzione del mercato ha comportato una crescita ininterrotta sia per le banche sia per le società finanziarie ⁵⁴. Osservando la loro ripartizio-



ne dell'offerta sembrerebbe che le prime, superata la depressione degli anni Novanta abbiano ripreso vigore e conquistato quote di mercato. La realtà è diversa. Mentre formalmente circa l'80% del credito al consumo è riconducibile al sistema bancario, e solo il rimanente a operatori di diversa natura ⁵⁵, le banche c.d. generaliste rappresentano solo il 49,79% dell'aggregato.

⁵³ U. FILOTTO, *Mito e realtà del credito al consumo (e qualche ipotesi per il domani)*, in *Bancaria*, 2002 n. 9, p. 55 e ss.

⁵⁴ Così A. GERSANDI-A. PELUCELLI, *Il mercato del credito al consumo*, in *Banche e Banchieri*, 1998, p. 267 e ss.

⁵⁵ Fonti: Banca d'Italia, Relazione annuale 2007.

Non che le banche abbiano abbandonato il mercato ma, fermo restando l'offerta di credito personale ai propri correntisti, hanno scelto di rafforzare la propria presenza attraverso istituzioni finanziarie specializzate di cui detengono il controllo, piuttosto che operare direttamente. L'aumento della quota di mercato delle banche rispetto alle finanziarie è perciò dovuto sia al fatto che le banche cercano di esternalizzare l'attività di credito al consumo sia al fatto che alcune finanziarie si sono trasformate in banca ⁵⁶ per poi svolgere sostanzialmente le stesse attività di prima. Guardando alla sostanza quindi, le finanziarie, incluse le finanziarie vigilate controllate da una banca o le banche che svolgono fondamentalmente l'attività di una finanziaria, detengono la maggioranza delle quote di mercato. Anche nel 2007, infatti, è proseguito l'aumento della quota di mercato facente capo agli intermediari finanziari, attribuibile in egual misura sia a società indipendenti sia a intermediari appartenenti a gruppi bancari, le cui quote di mercato ammontano rispettivamente al 29,1 e al 20,0 per cento ⁵⁷.

Circa la tipologia di operazioni negoziate, le banche generaliste, da parte loro, tendono prevalentemente a fare credito non finalizzato, e cioè prestiti personali ai propri clienti. Gli operatori specializzati, invece, siano essi banche o finanziarie, erogano soprattutto credito finalizzato, ossia credito richiesto contestualmente all'acquisto di un bene di consumo. In questo senso, gli istituti bancari hanno dimostrato un approccio maturo e accorto poiché hanno saputo delegare a strutture specializzate l'offerta di credito finalizzato, senza privarsi però della possibilità di finanziare direttamente i propri clienti. Qualche banca, cercando di offrire prodotti

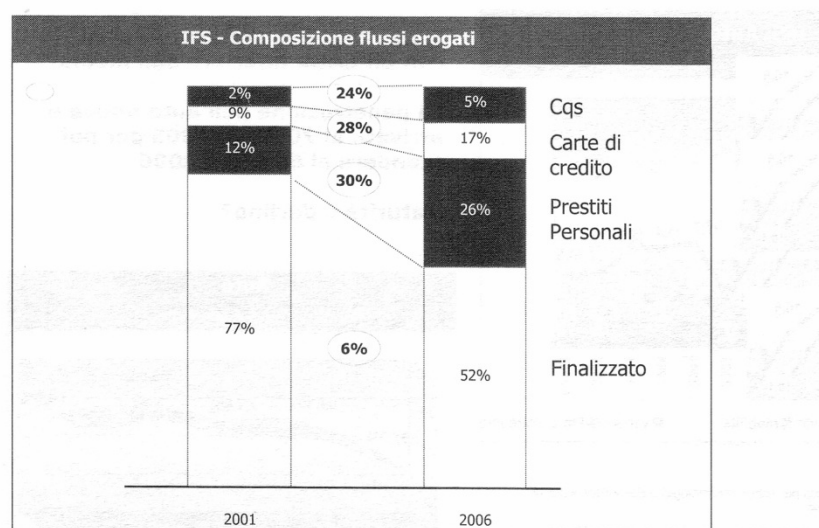
⁵⁶ Le ragioni che spingono una finanziaria vigilata ad assumere lo statuto di banca sono gli effetti positivi che si rivelano a livello d'immagine, l'ampliamento delle opzioni di raccolta e, in qualche misura, la riduzione del costo del funding; per contro vi sono effetti negativi derivanti dall'assoggettamento ai requisiti patrimoniali (non disposti infatti per le finanziarie non consolidate in gruppo bancario), dalla necessità di sottoporsi a controlli di vigilanza più gravosi e ad alcuni vincoli operativi più stringenti.

La trasformazione in banca non è invece possibile per quelle finanziarie vigilate che si trovano sotto il controllo di imprese industriali: il principio di separazione fra banca e industria verrebbe altrimenti violato.

⁵⁷ Fonti: Banca d'Italia, Relazione annuale 2007, p. 266.

sempre più mirati e tagliati sulle esigenze dei clienti, ha in passato realizzato finanziamenti destinati a specifici segmenti della clientela o per determinate occasioni, come in caso di nozze, ristrutturazioni immobiliari, sport, viaggi ed altro. Ma l'area del prestito personale non finalizzato, anche sotto forma di scoperto di conto corrente, resta il prodotto più congeniale.

Credito al Consumo - Evoluzione per forma tecnica



Fonte: Assofin (2001, 2006). Dati percentuali.

Un settore innovativo, invece, potrebbe essere quello delle carte di credito *revolving*: la possibilità per le banche di essere sempre presenti, anche se virtualmente, quando e dove serve al cliente, è un fattore strategico importante soprattutto considerando la tendenza in atto verso la banca telefonica o via internet. Ma perché ciò si verifichi occorre un profondo cambiamento anche nella percezione delle carte stesse, non più come semplice mezzo di pagamento bensì come strumento per fare credito ⁵⁸.

Alla distinzione istituzionale fra banca e finanziaria corrisponde dunque una netta specializzazione per prodotto ed è facile intravedere la

⁵⁸ A. GERSANDI-A. PELUCELLI, *Il mercato del credito al consumo*, in *Banche e Banchieri*, 1998, p. 270.

ratio del tutto logica di questa situazione. Prestito personale e credito finalizzato, a dispetto delle apparenze tecniche e giuridiche sono infatti due prodotti profondamente diversi ⁵⁹. Sotto il profilo commerciale, perché sfruttano canali distributivi e promozionali differenti, uno presso lo sportello bancario, l'altro presso il rivenditore convenzionato. Inoltre, mentre il prestito è un prodotto offerto al cliente nell'ambito di un pacchetto e di un rapporto più o meno stabile, il credito finalizzato è un prodotto occasionale, collegato all'acquisto di un bene di cui segue le sorti commerciali. Ma oltre a questi aspetti c'è un elemento essenziale per distinguere i due tipi di finanziamento: la percezione che ne ha la clientela. Sembra essere comune l'idea che i due prodotti non siano assimilabili tra loro: il prestito personale è un finanziamento mentre il finalizzato sarebbe una forma di pagamento, in poche parole l'acquisto a rate di un bene di consumo.

Il settore del credito al consumo si è dimostrato anche molto redditizio offrendo importanti margini di profitto per gli operatori. L'ingresso nel settore risente in ogni caso della preoccupazione per il livello delle sofferenze, supposto piuttosto elevato, e della sensazione che la conflittualità e la criticità del rapporto con la clientela siano elevati. In realtà, i risultati piuttosto modesti avuti nei primi anni Novanta sono dipesi non tanto dall'incidenza delle sofferenze quanto dall'effetto di scala, per cui in quel periodo la caduta dei volumi di attività, dovuta alla crisi monetaria della lira, non ha permesso di assorbire i costi fissi e di gestione. Oltretutto, i buoni risultati di medio periodo sono dovuti all'andamento disomogeneo degli operatori: ai successi di molti si sono infatti contrapposti i pessimi risultati di altri. In sintesi il settore presenta risultati soddisfacenti ed è capace di un'ottima redditività ma resta piuttosto influenzato dall'andamento della congiuntura dimostrandosi molto volatile. Come detto, il divario tra attivo e passivo non è comunque colpa delle sofferenze che sono perfettamente in linea con i dati bancari riferiti ad altri comparti dell'economia.

⁵⁹ Cfr. U. FILOTTO, *Mito e realtà del credito al consumo* (e qualche ipotesi per il domani), in *Bancaria*, 2002 n. 9, p. 55 e ss.

Nel 2001 le associate Assofin per erogare 28 miliardi di euro hanno stipulato 6 milioni di contratti: questi volumi operativi richiedono un'infrastruttura molto impegnativa che determina dei costi operativi rilevanti per quel che riguarda i costi variabili ma altrettanto consistenti per quanto concerne quelli fissi. Le società di credito al consumo basano il loro successo anche su ottimi servizi informatici ⁶⁰ e procedure interne di valutazione di modo che si possa rapidamente definire la richiesta del cliente, con un buon livello di certezza circa la sua solvibilità ⁶¹. L'utilizzo di sistemi quantitativi per la selezione dei richiedenti e successivamente per la gestione del credito è da tempo un fatto acquisito che si è dimostrato valido ed efficace ⁶². Nell'analisi dei margini di costo, un altro fattore importante da prendere in considerazione sono le provvigioni spettanti al *dealer* ⁶³, ossia ai commercianti, i quali nel sistema del credito al consumo svolgono l'importante ruolo di essere il principale canale distributivo e promozionale del prodotto.

Per quanto riguarda la soddisfazione finale del cliente, essa è stata in parte mal rappresentata dai media che hanno contribuito a creare una sensazione di alta conflittualità. L'analisi dei numeri porta però ad affermare l'opposto. Osservando il grafico si può notare come si abbia generalmente un buon livello di soddisfazione, tanto più significativo se al 3% dei poco soddisfatti si sottrae la percentuale del 2,8% corrispondente

⁶⁰ In merito è interessante notare l'enorme apporto che le nuove tecnologie riescono a fornire sia agli esercenti sia ai clienti, permettendo con estrema velocità la diffusione di informazioni. Per maggiori dettagli v. Telecom Italia, *Nuove tecnologie a supporto del credito al consumo*, in *Il convegno dell'ABI Consumer Credit 2002*, in *Bancaria*, 2002, VI, p. 54 e ss.

⁶¹ Anche la quota assistita da garanzie si è così ridotta dal 67% registrato nel 1987 al 27,1% del 1996.

⁶² Si pensi che il tempo medio d'erogazione del finanziamento è passato da una media di 3,3 giorni nel 1989 ad una media di 1,9 nel 1996 (fonte: Banca d'Italia). Per un approfondimento di queste tematiche v. U. FILOTTO-GIANNASCA, *Credito al consumo: qualità del credito e gestione del rischio*, in *Banche e banchieri*, 1996, p. 241 (U. G. FILOTTO 1996).

⁶³ L'elevato livello delle provvigioni è un elemento non indifferente nel determinare l'alta soddisfazione dei dealer rispetto al credito al consumo. Tra di essi infatti solo l'1% si dichiara insoddisfatto; per contro, il 46% afferma di essere abbastanza soddisfatto e il 53% lo è addirittura molto. (Fonte: ASSOFIN-Ipsos 2001)

alle sofferenze di settore ⁶⁴ che, si presume, non si saranno espresse favorevolmente.

Queste positive considerazioni sulla crescita del mercato, sulla definizione delle strutture operative e sui risultati raggiunti, non esime tuttavia gli operatori dall'obbligo di migliorare l'offerta, per ragioni strettamente commerciali ma anche per attenuare quella percezione negativa che accompagna il settore. Pur essendo il credito al consumo disciplinato da norme comunitarie e nazionali, non si può negare che esistono spazi ove il diritto del consumatore abbisogni di interventi specifici affinché la tutela diventi concreta ed efficace. Ed oltre ad invocare la formulazione di nuove normative, spesso il problema risale anche nel fatto che le norme esistenti restano abbandonate a loro stesse perché nessuno le conosce o si preoccupa di farle rispettare. Un atteggiamento aperto e non pregiudizievole da parte dei finanziatori nei confronti del cliente e delle associazioni dei consumatori, oltre a fornire l'occasione per stabilire un dialogo maturo, potrebbe anche servire a migliorare l'offerta. La sensibilità verso le problematiche legate alla tutela dei consumatori potrebbe anche rivelarsi un aspetto su cui fondare strategie di promozione commerciale.

⁶⁴ Su un totale di 6 milioni di contratti lo 0,2% significa 12.000 casi, certamente tanti in valore assoluto ma pochi in termini relativi.

Capitolo II

La disciplina del credito al consumo in Italia

2.1. La genesi della disciplina italiana sul credito al consumo

Si è già dato atto dei tentativi condotti dalla dottrina per tutelare il consumatore anche in assenza di una disciplina positiva *ad hoc* in materia di credito al consumo. Il vuoto lasciato dal legislatore nazionale è stato tuttavia colmato, grazie all'intervento della Comunità europea, con l'emanazione della direttiva CEE del 22 dicembre 1986, n. 102. Quest'ultima rappresenta la conclusione di un *iter* lungo e travagliato che era stato avviato nel 1974 con la predisposizione, da parte della Commissione, di un *avant-projet* di direttiva sul credito al consumo ¹.

2.1.1. L'*avant-projet*

Redatto sotto forma di invito nella prospettiva della creazione di un mercato interno europeo ², l'*avant-projet* auspicava già in allora l'entrata in

¹ In generale sull'*avant-projet* v. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2006; G. ALPA-M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1364 e ss. G. ALPA-M. BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1979, p. 75 e ss.; G. ALPA, *Il diritto privato dei consumi*, Bologna, 1987, p. 162 e ss.; G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1974, p. 8 e ss.; A. TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, I, p. 727.

² Il controllo legislativo dei finanziamenti dei consumi, che mira a disciplinare un importante canale del credito destinato ai consumi privati, fa certamente parte di quegli strumenti di politica del credito che la Comunità ha considerato di uniformare tra gli Stati membri. Nel Rapporto provvisorio sulla realizzazioni per fasi dell'unione economica e

vigore, in ogni Stato membro, di una normativa unitaria per regolare fattispecie riconducibili all'erogazione di credito per il consumo.

Le esigenze che la Commissione si era promessa di soddisfare erano essenzialmente due: far sì che il consumatore fosse messo in condizione di essere informato in modo trasparente sui contenuti dell'operazione che andava a concludere e, in secondo luogo, attuare un controllo sul contenuto e sulla disciplina del rapporto contrattuale, nel senso di equa determinazione delle rispettive obbligazioni. In tale direzione, il progetto prevedeva una serie di forti limitazioni all'autonomia dei privati che la dottrina, nei primi commenti, aveva ritenuto molto efficaci e innovativi³.

Di particolare interesse, quanto ai contenuti della proposta, era soprattutto il conferimento al giudice del potere di controllo sulle clausole contenute nel contratto e predisposte unilateralmente dal finanziatore. Il progetto, infatti, prevedeva all'art. 12 che in materia di controllo delle convenzioni di credito al consumo fosse conferito al giudice il potere di modificare le clausole vessatorie allo scopo di rendere «*giusti ed equi i diritti e gli obblighi delle parti*». E precisava altresì che «*nel decidere se le clausole sono vessatorie, il tribunale considererà, tra gli altri elementi, il valore effettivo della garanzia fornita al debitore o a richiesta di questo, il rischio accettato dal creditore*». Questo aspetto, per la forza e per le modalità con cui faceva prevalere l'esigenza di tutela sul principio dell'autonomia contrattuale, rappresentava certamente una grossa novità: il fatto che un terzo estraneo al contratto potesse modificare il contenuto dell'accordo in essere tra le parti costituiva, infatti, uno strumento di controllo presumibilmente più efficace rispetto ad altre sanzioni che non riescono a salvaguardare adeguatamente gli interessi del consumatore. Si

monetaria della Comunità (c.d. Rapporto Werner, in GUCE, 23 luglio 1970, n. C 94/1), esplicitamente ripreso nella successiva Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri (Risoluzione del 22 Marzo 1971: GUCE 27 marzo 1971 n. C 28/1), una delle considerazioni di fondo riguarda la necessità che «*progressivamente siano resi coerenti fra loro gli strumenti della politica della moneta e del credito*».

³ A riguardo v. G. ALPA, *Il diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 162 e ss.; G. ALPA-M. BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1979, p. 75 e ss.; G. ALPA-M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1363 e ss.

tenga presente che, allora, non era ancora stata approvata la direttiva 93/13/CEE sulle clausole vessatorie nei contratti tra consumatore e professionista e che quindi l'unica forma di tutela prevista dall'ordinamento italiano risiedeva negli artt. 1341 e 1342 cod.civ. I quali, come noto, apprestano solamente una tutela informativa e di tipo formale.

Secondo le intenzioni della Commissione, invece, il controllo giudiziale delle clausole si sarebbe potuto spingere sino a valutare l'equilibrio dell'assetto normativo e della distribuzione del rischio fra le parti, potendo quindi incidere in maniera sostanziale sui termini dell'operazione economica. In tal modo si sarebbe affiancato ad un controllo meramente formale, operato dal giudice in caso di violazione degli obblighi informativi, un controllo di natura sostanziale sulla equità delle clausole contrattuali tale da garantire una valida tutela della posizione economica e giuridica dei consumatori ⁴.

Ma il progetto non arrestava qui il suo spirito innovatore. Rafforzava ancor più la posizione del consumatore assicurandogli particolari prerogative, soprattutto in tema di recesso e nel caso d'inadempimento del fornitore. L'art. 8, infatti, concedeva al consumatore la facoltà di avvalersi di un *jus poenitendi*, esercitabile entro un periodo di sette giorni dalla conclusione del contratto senz'alcuna conseguenza negativa a suo carico. Un rimedio ormai ben consolidato in materia consumeristica, ma allora ancora inusuale, che avrebbe consentito al consumatore di meditare circa l'opportunità dell'operazione economica intrapresa ed eventualmente di abbandonarla anche dopo la conclusione del contratto.

Quanto poi all'inadempimento del fornitore, l'art. 9 era rivolto a modificare il normale assetto dei rapporti giuridici – di cui si è già detto – tra l'acquirente, il finanziatore e, appunto, il fornitore stesso. Era previsto, infatti, che qualora la fornitura di merci o servizi fosse stata finanziata da una persona diversa dal fornitore e se fornitore e finanziatore della transazione fossero legati da un rapporto d'affari, «*il debitore qualora sia*

⁴ Così G. ALPA-M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1367.

titolare di un diritto di risarcimento nei confronti del fornitore, potrà far valere il suo diritto anche nei confronti del creditore quale responsabile in solido con il fornitore nei confronti del debitore per i danni a questo causati». È evidente che la configurazione di una responsabilità di tipo solidale avrebbe consentito al consumatore di recuperare più facilmente le somme versate per quei beni o servizi che, a causa dell'inadempimento del fornitore, non fossero stati consegnati o che avessero presentato dei vizi. Ciò è vero sia perché sarebbe risultata ampliata la schiera dei soggetti responsabili sia – e soprattutto – perché in tal modo sarebbe stata esperibile nei confronti del finanziatore l'eccezione di inadempimento e quindi la sospensione del pagamento delle rate.

L'*avant projet*, sempre per riportare equilibrio tra le parti contraenti, apprestava anche forme di tutela anticipata rispetto alla conclusione del contratto. Venivano poste precise limitazioni in materia di pubblicità al credito al consumo e, nel contempo, dettate norme finalizzate a garantire la massima conoscibilità, da parte dei potenziali acquirenti, delle effettive condizioni di concessione del credito.

In particolare, l'art. 4 dell'*avant-projet* stabiliva (al n. 2) che la legislazione interna dovesse essere concepita in modo da assicurare che in ogni annuncio pubblicitario fossero *«fedelmente descritte le facilitazioni di credito che l'inserzionista è intenzionato ad accordare, e il costo reale di esso per chi le accetta»*. Venivano previste poi (al n. 3 [1] e [2]) sanzioni anche a carico dell' "inserzionista" che con la sua attività avesse violato la regola prevista dal n. 2. Si ammetteva, dunque, la possibilità di condannare anche l'agenzia pubblicitaria che avesse diffuso l'annuncio in violazione delle disposizioni in commento. Nel capo dedicato alle informazioni da fornire prima della conclusione del contratto, il medesimo articolo dell'*avant-projet* stabiliva, inoltre, che nelle convenzioni di credito al consumo fossero *«messe a conoscenza del debitore le indicazioni relative ai diritti e alle obbligazioni derivanti dalla convenzione»*. Inoltre si richiedeva che fossero dichiarati espressamente l'importo del costo totale del credito e il suo tasso reale calcolato annualmente, nonché i rimedi a cui il

consumatore poteva accedere in base alla legge nazionale (art. 6, [1] [a]). In tutti questi casi, l'inosservanza dell'obbligo di informare la controparte delle effettive condizioni di erogazione del credito non si esauriva nella sanzione del risarcimento del danno risentito dal consumatore, ma si spingeva alla declaratoria di nullità del contratto, pronunciata su richiesta del consumatore.

Gli obblighi informativi sanciti dal progetto non si arrestavano qui, essendo presenti una serie di norme che tutelavano questo diritto del consumatore in modo ancor più incisivo. Venivano infatti indicati precisi obblighi di forma⁵ e di contenuto⁶, la cui violazione avrebbe portato a sanzioni molto gravi. Ad esempio, era attribuito al giudice, una volta accertato l'inadempimento del creditore, il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto e di liquidare al consumatore il danno subito. Inoltre, anche per questa ipotesi, al giudice veniva attribuito il potere di modificare il contratto facendo sì che questo producesse «*effetti diversi da quelli previsti dal regolamento scritto*» e che l'ammontare delle somme dovute dal consumatore potesse essere proporzionalmente ridotto⁷ a titolo di risarcimento del danno subito.

In conclusione, la disciplina delineata dall'*avant-projet* – come evidenziato dalla sommaria analisi di alcuni dei suoi articoli – restava caratterizzata dalla presenza di misure innovative e rigorose nel garantire un elevato grado di tutela per i consumatori. Proprio per tali ragioni, il

⁵ Ai sensi dell'art. 7, lett. a, i contratti devono essere redatti in forma scritta ed in tante copie quante sono le parti contraenti; ogni copia deve essere sottoscritta da tutte le parti.

⁶ Da ogni convenzione di credito devono risultare la data, le generalità delle parti, una sommaria descrizione dei beni e servizi acquistati, il prezzo, il tasso reale dell'interesse annuale, l'ammontare totale degli interessi e delle spese da corrispondere da parte del cliente, l'ammontare dell'acconto, il numero e la data delle scadenze dei pagamenti rateali, le condizioni di sconto per il rimborso anticipato. Inoltre devono risultare espresse le clausole nelle quali si riserva la proprietà della cosa, si prevede il diritto di recesso e il diritto di riacquisto del bene, le conseguenze dell'inadempimento del contratto e i suoi termini d'efficacia.

⁷ Affidate al prudente apprezzamento del giudice, queste misure appaiono quanto mai incisive poiché determinano non solo il diritto al risarcimento del danno ma una vera modificazione delle condizioni del contratto. Così G. ALPA, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1366.

progetto, elaborato nel corso degli anni Settanta, si dimostrò tuttavia troppo impegnativo e ambizioso per ottenere il consenso di tutti gli Stati membri ⁸ e, pertanto, non venne mai approvato nella versione citata. Tuttavia, esso ha costituito la base di lavoro per l'elaborazione di una Proposta di direttiva presentata per la prima volta nel 1979 ⁹.

2.1.2. La direttiva 87/102/CEE

La Proposta del 1979, successivamente modificata sulla scorta delle indicazioni rese dal Comitato economico e sociale della Comunità ¹⁰, ha infine portato all'elaborazione di una ulteriore e nuova Proposta di direttiva ¹¹. Quest'ultima è stata ripresentata dalla Commissione nel 1984 e ha portato al raggiungimento del testo finale, approvato dal Consiglio nel dicembre 1986.

Come espressamente dichiarato negli anni Ottanta dal responsabile della Commissione CEE Patrick Latham – e ribadito oggi dai documenti che hanno preceduto l'approvazione della nuova direttiva sul credito al consumo – la finalità principale della direttiva 87/102/CEE consiste nel ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri al fine di contribuire alla creazione di un mercato

⁸ Al tempo in materia era ancora richiesta l'unanimità dei consensi.

⁹ In GUCE, 27 marzo 1979, n. C 80, p.4. Il testo è altresì riportato in appendice a D. SINESIO, *Il credito al consumo (problemi e prospettive nella realtà italiana)*, in *Studi Senesi*, 1980, p. 345 e ss. ed in *Credito e moneta* (a cura di C.M. MAZZONI e A. NIGRO), 1982, p. 315 e ss.

¹⁰ V. A. TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, I, p. 727.

¹¹ V. A. TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, p. 727.

comune nel campo del credito ¹². Non che la protezione del consumatore non venisse presa in considerazione, ma rispetto al progetto originario, col quale si era dettato un programma di tutela ampio, articolato e innovativo, la direttiva del 1986 rappresenta di certo un'inversione di tendenza ¹³. La portata dell'intervento a tutela dei consumatori risulta circoscritta, infatti, all'individuazione di una disciplina di protezione "minima" che, allo stesso tempo, lascia gli Stati membri liberi sia di conservare normative già in

¹² Tale obiettivo fu espresso dallo stesso responsabile nei seguenti termini: «*ciò che la direttiva vuole ottenere è l'eliminazione delle distorsioni provocate da norme e da realtà diverse per diversi paesi, attraverso un'istituzione di norme comuni che eliminino le distinzioni tra credito regolato e quello non regolato. Occorre in altre parole mettere tutti sullo stesso piano: i consumatori da una parte, gli erogatori di credito dall'altra. Il nostro obiettivo, insomma, è quello di creare un mercato comune del credito*». Il proposito è inoltre stato trasposto in numerosi considerando premessi al testo della direttiva che si riportano qui di seguito:

- considerando che esistono notevoli divergenze nelle legislazioni degli Stati membri in materia di credito al consumo;
- considerando che le divergenze tra le legislazioni possono provocare distorsioni di concorrenza fra creditori nel mercato comune;
- considerando che queste stesse divergenze limitano la possibilità del consumatore di ottenere un credito in altri Stati membri; che esse influiscono sul volume e sulla natura dei crediti richiesti, nonché sull'acquisto di beni e servizi;
- considerando che pertanto tali divergenze incidono sulla libera circolazione delle merci e dei servizi che il consumatore potrebbe ottenere a credito e ostacolano quindi direttamente il funzionamento del mercato comune;
- considerando che, a motivo dell'aumento del volume del credito concesso ai consumatori nella Comunità, l'istituzione di un mercato comune del credito al consumo gioverebbe in egual misura ai consumatori, ai creditori, ai produttori, ai commercianti all'ingrosso e al dettaglio di beni e ai fornitori di servizi;
- considerando che i programmi della Comunità economica europea per una politica di protezione e d'informazione del consumatore prevedono in particolare che il consumatore deve essere protetto contro condizioni abusive di credito e che è opportuno armonizzare in via prioritaria le condizioni generali relative al credito al consumo;
- considerando che le divergenze tra legislazioni e prassi si traducono, per quanto attiene al credito al consumo, in una tutela diseguale del consumatore nei vari Stati membri;
- considerando che le forme di credito offerte ai consumatori e utilizzate da questi sono cambiate notevolmente negli ultimi anni; che nuove forme di credito al consumo sono state predisposte e sono in continua evoluzione; [...]
- considerando che la presente direttiva è intesa a conseguire un certo grado di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di crediti al consumo nonché un certo livello di protezione del consumatore e pertanto non dovrebbe essere escluso che gli Stati membri possano mantenere o adottare misure più severe per la protezione del consumatore nel rispetto dei loro obblighi derivanti dal trattato».

¹³ Così anche G. CARRIERO *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 32; A.M. CARRIERO-G. CASTALDI, *Le direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1795.

vigore e più avanzate sia di intraprendere per l'avvenire iniziative più coraggiose, discostandosi e integrando il testo della direttiva ¹⁴.

Nel raggiungere una versione che godesse del consenso unanime dei membri del Consiglio sono state infatti incontrate numerose difficoltà. In particolare, l'analisi delle differenti versioni del testo della direttiva che si sono succedute prima della sua definitiva approvazione evidenzia una lunga serie di ostacoli che gli organi comunitari competenti hanno dovuto affrontare per superare le divergenze esistenti tra le legislazioni dei paesi della Comunità in materia di credito al consumo.

Pertanto, nella versione definitiva fu concordato solamente un livello di protezione "minima" da attuarsi in tutti gli Stati membri. Una sorta di minimo comune denominatore della Comunità Europea che, pur non precludendo ai legislatori nazionali la facoltà di adottare una disciplina più incisiva, ha però legittimato il mantenimento di un modello di tutela da più parti giudicato insoddisfacente. Operando in questo modo, oltretutto, la direttiva non ha neppure consentito ai consumatori europei di godere dello stesso livello di protezione: gli ordinamenti che hanno adottato soluzioni vicine a quelle dell'*avant-projet* hanno infatti assicurato un grado di tutela più intenso rispetto a quelli che, ancora privi di esperienza in materia consumeristica, si sono accontentati di una disciplina meno incisiva. Oltretutto il persistere di un profondo divario fra le esperienze degli Stati più attenti alle politiche dei consumatori e quelle degli Stati che, come l'Italia, storicamente lo sono stati meno, non ha di fatto favorito la creazione di un mercato unico interno e ha quindi tradito anche la finalità perseguita dalla Commissione ¹⁵.

¹⁴ Un'indiretta conferma del carattere minimale della tutela assicurata dalla disciplina comunitaria è rinvenibile nell'art. 15, in cui si è espressamente previsto che la direttiva «*non impedisce agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più rigorose a tutela dei consumatori*». Così A.M. CARRIERO-G. CASTALDI, *Le direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1798 e F. CAPRIGLIONE in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, XV, Roma, 1987, p. 32.

¹⁵ Per una più diffusa trattazione di tali aspetti si rimanda al paragrafo dedicato alla nuova direttiva 08/48/CE e alle motivazioni che hanno indotto la Commissione a riformare la disciplina del credito al consumo.

Tuttavia, proprio sul piano della tutela dei consumatori, a distanza di un ventennio gli stessi organi comunitari hanno preso atto di quanto insoddisfacente sia stato il risultato raggiunto e, ribaltando il principio sinora accolto, hanno abbracciato la tesi opposta, ossia della c.d. “armonizzazione massima”, che è stata espressamente inserita nel testo della nuova direttiva sul credito ai consumatori. Anch’esso, tuttavia, non resta esente da numerose critiche che verranno approfondite nel prosieguo.

In sintesi, si possono trarre alcune conclusioni sul metodo adoperato nella redazione della direttiva. Innanzitutto, come appena detto, la disciplina è di tipo “minimale”, nel senso che contiene una normativa essenziale del fenomeno che ha tralasciato alcuni problemi, non sempre secondari. Essa è inoltre una disciplina “generale” poiché, al di fuori delle fattispecie espressamente escluse, è capace di trovare applicazione potenzialmente ad ogni forma di credito al consumo; al tempo stesso è “differenziata” visto che non si applica – in tutto o in parte – ad alcuni tipi contrattuali rientranti nella nozione di credito al consumo¹⁶. Se è vero, infatti, che la direttiva considera credito al consumo come un insieme di fattispecie diverse tra loro e le accomuna in base alla loro simile funzione economica, è anche vero che l’originaria diversità degli schemi adoperati riemerge nel momento della definizione delle specifiche prescrizioni che di tali differenze devono necessariamente tenere conto.

2.1.3. Le successive direttive sul credito al consumo

La prima direttiva comunitaria sul credito al consumo è stata modificata e integrata da altre due direttive, finalizzate principalmente a perfezionare il calcolo del tasso annuo effettivo globale.

Nel 1986, infatti, si consentì agli Stati membri di godere di un periodo transitorio prima della definitiva unificazione del metodo di calcolo del tasso annuo effettivo globale. A tal proposito, infatti, l’art. 5 della direttiva 87/102/CEE prevedeva che, «*in deroga all’art. 3 e all’articolo 4, paragra-*

¹⁶ G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 647.

fo 2, e in attesa di una decisione sull'introduzione di un metodo o di metodi comunitari per il calcolo del tasso annuo effettivo globale», gli Stati membri potessero imporre al finanziatore di indicare anche solo il costo totale del credito. L'art. 1, infatti, alla definizione di "costo totale del credito al consumatore" e a quella di "tasso annuo effettivo globale", conveniva che essi fossero «*determinati conformemente alle disposizioni o alle prassi esistenti o da stabilire negli Stati membri*».

Per la definizione di una formula matematica unitaria, al fine di promuovere il funzionamento del mercato interno e garantire ai consumatori un elevato grado di tutela, è stato necessario attendere la seconda direttiva sul credito al consumo, la direttiva 90/88/CEE¹⁷. Grazie a quest'ultima, infatti, le definizioni di "costo totale del credito al consumatore" e di "tasso annuo effettivo globale" contenute nella direttiva 87/102/CEE sono state modificate e il loro calcolo dettato dal nuovo art. 1-bis il quale a sua volta rinvia alla formula matematica contenuta nell'allegato II. In base alle nuove disposizioni le diverse formule applicate nei diversi Stati potevano continuare ad essere utilizzate solamente sino alla fine del 1995.

Nel definire i nuovi criteri di calcolo la seconda direttiva ha anche integrato l'art. 4, che disciplina il contenuto del contratto, includendovi fra gli elementi da indicare a) un estratto dell'importo, del numero e della periodicità dei versamenti nonché il loro importo totale, e b) un estratto degli elementi di costo non inclusi nel calcolo del TAEG, ma dovuti a determinate condizioni.

Successivamente è stata approvata una terza direttiva, la 98/7/CE¹⁸, che ha provveduto all'abrogazione di ulteriori parti del testo comunitario, per lo più dove venivano previste esclusioni o concesse deroghe in favore degli Stati membri. L'impatto di tale direttiva ha sostanzialmente riguar-

¹⁷ In GUCE L 61, 10 marzo 1990. Poiché il recepimento italiano della disciplina comunitaria del credito al consumo è avvenuto quando questa seconda direttiva era già stata approvata, di essa il legislatore ha tenuto conto direttamente nel testo della legge di recepimento n. 142/1992.

¹⁸ In GUCE L 101, 1° aprile 1998.

dato la prescrizione di un unico metodo di calcolo del TAEG all'interno della Comunità europea e la previsione dell'indicazione del medesimo attraverso un esempio tipico. Obiettivo esplicito della modifica di matrice comunitaria era quello di ottenere un'unica e uniforme operazione matematica all'interno del mercato della Comunità, al fine di rendere le offerte di credito presenti negli Stati membri più fedelmente paragonabili tra loro e promuovere quindi la trasparenza e la concorrenza all'interno del mercato europeo stesso.

Non è certo compito di un'analisi giuridica soffermarsi sull'adeguatezza della formula matematica adottata nell'allegato, ma sembra opportuno osservare che parte dell'efficacia delle disposizioni a tutela dei consumatori dipende proprio dalla attendibilità di tale operazione nel definire e rappresentare il costo del credito. La definizione di un metodo di calcolo unitario, pur non essendo un argomento di sostanziale interesse per il giurista, svolge infatti un ruolo essenziale, a livello informativo e concorrenziale, grazie all'immediatezza con cui permette di rappresentare l'effettivo costo dell'operazione per il consumatore. Soprattutto risulta importante la scelta degli elementi che si ritiene debbano restare esclusi da tale calcolo ¹⁹.

¹⁹ È l'art. 1 bis della direttiva ad occuparsi delle fattispecie non incluse nella determinazione del costo totale del credito. Letteralmente:

«2. Per il calcolo del tasso annuo effettivo globale, si determina il costo totale del credito al consumatore quale è definito all'art. 1, paragrafo 2, lettera d), escluse le spese seguenti:

i) le spese che il consumatore deve pagare per l'inadempimento di un qualsiasi obbligo cui è soggetto e che figura nel contratto di credito;

ii) le spese diverse dal prezzo di acquisto che spettano al consumatore all'acquisto di beni o servizi, indipendentemente dal fatto che si tratti di un acquisto in contanti o a credito;

iii) le spese di trasferimento di fondi, come pure le spese per il mantenimento di un conto destinato a ricevere gli importi addebitati a titolo di rimborso del credito, del pagamento degli interessi e degli altri oneri tranne nel caso in cui il consumatore non disponga di una ragionevole libertà di scelta in materia e tali spese siano anormalmente elevate; tuttavia questa disposizione non si applica alle spese di riscossione di tali rimborsi o di tali pagamenti, indipendentemente dal fatto che siano riscossi in contanti o in un altro modo;

iv) i contributi dovuti a titolo dell'iscrizione ad associazioni o a gruppi derivanti da accordi distinti dal contratto di credito, anche se tali contributi hanno un'incidenza sulle condizioni del credito;

v) le spese per le assicurazioni o garanzie; sono tuttavia incluse quelle che siano intese ad assicurare il rimborso al creditore in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del consumatore, di una somma pari o inferiore all'importo totale del credito, compresi gli

2.1.4. Le politiche della comunità europea in materia di credito al consumo

Accanto ad atti propriamente normativi quali le direttive di cui si è discusso, l'attività della Comunità europea è stata caratterizzata dalla presenza di altri documenti che definiscono le linee di condotta della politica comunitaria nei vari settori di sua competenza. Relativamente al credito al consumo la Commissione ha stilato periodicamente alcune relazioni, non pubblicate in Gazzetta Ufficiale, che hanno compiuto una ricognizione dello stato di fatto e di diritto in materia, riassumendo i risultati raggiunti e le questioni ancora da risolvere.

La relazione del Maggio 1995 sull'applicazione della direttiva 87/102/CEE²⁰ ha preso atto dell'adozione da parte della maggior parte degli Stati membri di disposizioni per la protezione dei consumatori più rigide di quelle previste dalla direttiva e del fatto che l'Irlanda era l'unico paese a non aver ancora recepito la direttiva al tempo della relazione. Il

interessi e le altre spese e che sono imposte obbligatoriamente dal creditore per la concessione del credito.

3. (abrogato)

4. a) *Il tasso annuo effettivo globale è calcolato al momento in cui si conclude il contratto di credito, fatte salve le disposizioni dell'articolo 3 relativo agli avvisi e offerte pubblicitarie.*

b) *Il calcolo è effettuato nell'ipotesi che il contratto di credito sia in vigore per il periodo di tempo convenuto e che il creditore e il consumatore soddisfino agli obblighi nei termini ed entro le date convenute.*

5. (abrogato)

6. *Nei contratti di credito contenenti clausole che permettono di modificare il tasso d'interesse e l'importo o il livello di altre spese, i quali sono ripresi nel tasso annuo effettivo globale ma non possono essere quantificati al momento del suo calcolo, il tasso annuo effettivo globale è calcolato nell'ipotesi che il tasso e le altre spese si mantengano fissi rispetto al livello iniziale e si applichino fino alla scadenza del contratto di credito.*

7. *Se necessario, è possibile assumere le seguenti ipotesi per il calcolo del tasso annuo effettivo globale:*

- *se nel contratto di credito non è stabilito un limite al credito, l'importo del credito accordato è pari all'importo fissato dallo Stato membro interessato, senza superare una cifra equivalente a 2 000 ecu;*

- *se non è stabilito un limite di tempo per il rimborso del credito e se esso non risulta dalle clausole del contratto o dal mezzo di pagamento del credito accordato, la durata del contratto di credito è un anno;*

- *salvo indicazione contraria, quando il contratto prevede varie date di rimborso, il credito è soddisfatto ed i rimborsi sono effettuati alla data più prossima prevista nel contratto».*

²⁰ COM(1995) 117 def. dell'11 maggio 1995. In base all'art. 17 della direttiva 87/102/CEE, entro il 1° gennaio 1995 la Commissione era tenuta a presentare al Consiglio una relazione in merito all'attuazione della presente direttiva.

documento ha inoltre suggerito un gran numero di possibili adattamenti e modificazioni alla legislazione esistente. In relazione a quest'idea sono stati effettuati una serie di studi e di discussioni condotti da esperti nazionali e conclusi entro il 1997.

Un'ulteriore relazione del 1996 ²¹, relativa all'applicazione della direttiva 90/88/CEE, ha riconosciuto che la formula di calcolo proposta è stata ripresa da quasi tutte le legislazioni nazionali ²² e che ciò ha consentito di pervenire ad un livello minimo armonizzato di protezione per l'insieme dei consumatori nella Comunità Europea.

Infine, nel 1997 è stata pubblicata una relazione ²³ che fa seguito a quella del 1995 e che riprende i commenti inviati alla Commissione dagli Stati membri, dai rappresentanti dell'industria dei servizi finanziari e dai gruppi di consumatori su un numero importante delle problematiche sollevate nella precedente relazione ²⁴. L'orientamento generale del documento, favorevole ad un'armonizzazione a livello comunitario delle disposizioni relative al credito al consumo, non ha raccolto però il consenso unanime degli Stati membri per motivi legati alla sussidiarietà e al volume delle operazioni transfrontaliere. D'altro canto, se i rappresentanti dell'industria si sono mostrati favorevoli alla creazione di codici di condotta, i gruppi di consumatori davano la loro preferenza all'adozione di veri e propri provvedimenti legislativi.

La riflessione relativa al credito al consumo deve infine essere proseguita tenendo conto delle analisi effettuate nei settori collegati. Ad esempio, nel Libro verde sui servizi finanziari e i consumatori del 1996 la Commissione, nel promuovere un dibattito sulle prestazioni transfrontaliere di servizi finanziari, ha fatto il punto sulla presa in considerazione

²¹ COM(1996) 79 def. del 12 aprile 1996.

²² Non avevano al tempo ancora adempiuto agli obblighi comunitari la Francia, la Germania e la Finlandia.

²³ COM(1997) 465 def. del 24 settembre 1997.

²⁴ Tra le altre si richiamano: l'ampliamento della sfera d'applicazione della direttiva 87/102/CEE, la pubblicità destinata ai giovani consumatori, il rimborso anticipato, la responsabilità sussidiaria, la creazione di organismi atti a ricevere i reclami da parte dei consumatori, periodi di "riflessione", l'usura, il sovrinddebitamento, i mediatori del credito, la protezione dei dati, ecc.

degli interessi dei consumatori di servizi finanziari nella legislazione comunitaria. Inoltre sono stati evidenziati una serie di problemi nel quadro delle operazioni transfrontaliere dei consumatori che ostacolano la creazione di un mercato unico. La Commissione ha quindi preso atto della necessità di accrescere la fiducia dei consumatori verso i servizi finanziari e ha stabilito che la disciplina comunitaria deve essere oggetto di alcuni miglioramenti. A distanza di un anno e sulla base della discussione instaurata sul Libro verde, la Commissione ha presentato una comunicazione relativa ai servizi finanziari (“potenziare la fiducia dei consumatori, *follow-up* al Libro verde sui servizi finanziari”). Essa ha offerto l’occasione per presentare le iniziative da intraprendere, tra le quali figura la revisione della direttiva sul credito al consumo del 1987²⁵, come suggerito dalle associazioni dei consumatori che, in particolare, richiedevano una più ampia sfera d’applicazione e un intervento specifico riguardo il sovrindebitamento.

Più recentemente, la strategia della politica dei consumatori 2002-2006 tracciata nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, ha previsto, nella parte dedicata ai servizi finanziari, l’emanazione di nuova direttiva sul credito al consumo aggiornata in modo sostanziale²⁶. Le intenzioni erano di pervenire ad una proposta di modifica della direttiva vigente entro il secondo trimestre del 2002 per estendere la portata della disciplina a tutte le forme di credito al consumo e a tutti gli erogatori di credito al consumo. Scopo dichiarato è realizzare quindi un

²⁵ Nella comunicazione relativa ai servizi finanziari era previsto che entro la fine del 1998 sarebbe stata completata una proposta di direttiva in materia di credito al consumo.

²⁶ Il Piano d’azione per i servizi finanziari stabilisce un programma di iniziative volte a completare il mercato interno dei servizi finanziari al dettaglio. Molto è già stato fatto. Tuttavia occorre fare di più ed è ciò che il piano d’azione si propone. Esso comprende sia azioni volte ad agevolare la prestazione transfrontaliera di servizi finanziari, sia misure volte ad assicurare l’adeguata protezione dei consumatori indipendentemente dal luogo in cui si trovano sul territorio dell’UE e ad accrescere la loro fiducia nelle operazioni transfrontaliere. La Commissione rafforzerà un approccio normativo nel campo dei servizi finanziari basato sulla consultazione tempestiva, ampia e sistematica di tutte le parti interessate, compresi i consumatori e gli utilizzatori finali. A tal fine la Commissione proporrà in particolare di rivedere e aggiornare la direttiva sul credito al consumo.

migliore equilibrio dei diritti e degli obblighi tra il consumatore e l'erogatore del credito e accrescere il grado di armonizzazione fra gli Stati membri.

2.1.5. L'intervento legislativo italiano

La direttiva comunitaria 87/102/CEE è stata recepita in Italia con la legge 19 febbraio 1992 n. 142 (c.d. legge comunitaria per il 1991)^{27 28} un anno dopo il termine prefissato agli Stati membri per la sua adozione.

La citata legge non ha tuttavia mancato di creare altri problemi di coordinamento. L'introduzione della disciplina sul credito al consumo, infatti, è stata quasi simultanea all'avvento di un'altra importante fonte normativa in materia, la l. 17 febbraio 1992 n. 154 sulla c.d. trasparenza bancaria²⁹. Nonostante fossero state approvate ed entrate in vigore a distanza di pochi giorni, le due leggi hanno rappresentato l'ennesimo esempio della scarsa attenzione accordata dal legislatore nella redazione dei documenti normativi³⁰.

²⁷ In realtà, oltre alla direttiva 87/102/CEE, la legge di recepimento ha attuato anche la seconda direttiva in materia di credito al consumo, la 90/88/CEE, che era stata *medio tempore* approvata dalla Comunità. Ad essa, e alla direttiva 98/7/CE, è stato dedicato un apposito paragrafo nel presente scritto.

²⁸ Sul recepimento delle direttive sul credito al consumo v. G. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contratto e Impresa*, 1994, p. 6 e ss.; G. DE NOVA, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 905 e ss.; P. GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contratto e Impresa /Europa*, 1996, p. 622; F. MACARIO, *Note introduttive al Commentario alle Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 748; A. TIDU, *Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, I, p. 406.

²⁹ In assenza di tale disciplina la dottrina aveva da tempo indagato sulla possibilità di affermare obblighi d'informazione sulla base della disciplina codicistica, sia nella fase precontrattuale (art. 1337 cod.civ.), sia nella fase d'interpretazione del contratto (art. 1366 cod.civ.), sia nello svolgimento del rapporto (artt. 1175 e 1375 cod.civ.) facendo leva sulla clausola generale di buona fede. Gli effetti di tale applicazione non sono stati tuttavia rilevanti. Così G. ALPA, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1784.

³⁰ I maggiori dubbi della dottrina riguardavano il giudizio di equivalenza delle disposizioni contenute nella legge sulla trasparenza bancaria a fini di tutela del consumatore rispetto a quelle contenute nella legge sul credito al consumo. La presenza di una direttiva del Ministero del Tesoro (art. 5, d.m. 8 luglio 1992 contenente "disciplina e criteri di definizione del tasso annuo effettivo globale") non aveva risolto ogni dubbio essendo essa stessa fonte di

I problemi sono stati successivamente e parzialmente risolti con l'adozione del Testo Unico Bancario, il d.lgs. 1° Settembre 1993 n. 385, che ha accorpato le due discipline all'interno del suo Titolo VI cercando di armonizzarle. In verità tale manovra ha destato non poche perplessità sul piano della coerenza sistematica, del rigore concettuale, della distinzione fra pubblico e privato ³¹. Il desiderio di ricomprendere nell'ambito del testo unico tutte le norme relative a fenomeni creditizi ha infatti portato alla commistione di profili di carattere civilistico con norme di carattere pubblicistico ed ordinamentale del credito e del risparmio ³².

È da segnalare, inoltre, che il modello normativo italiano appare il solo ad aver adoperato una scelta simile. Essendo il credito al consumo principalmente inteso come la predisposizione di una normativa dedicata alla protezione del consumatore, solitamente esso è disciplinato o nell'ambito delle regole che regolano i rapporti col professionista (Belgio e Francia) oppure è oggetto di leggi speciali (Gran Bretagna) ³³.

grado inferiore rispetto al testo legislativo né autorizzata dallo stesso a definire il problema. L'equivalenza asserita dalla normativa ministeriale risultava poi contraria all'opinione maggioritaria della dottrina che aveva ritenuto la tutela offerta dai due blocchi di norme non equivalente. A riguardo v. P. COPPOTELLI, *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1869; M. BUSSOLETTI, *Il coordinamento tra trasparenza bancaria e credito al consumo*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1884; G. CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro It.*, 1992, V c. 356; G. DE NOVA, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 905 e ss.

Altra questione era quella di diritto temporale, posto che la legge sulla trasparenza, anteriore per data di approvazione e di promulgazione, risultava però pubblicata in Gazzetta Ufficiale solo successivamente a quella sul credito al consumo. Sull'antioriorità o posteriorità dell'una rispetto all'altra la dottrina era divisa, cfr. M. DI GIULIO, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e credito al consumo. Un curioso incidente di percorso*, in *Impresa*, 1992, p. 1598 e A. TIDU, *Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, I, p. 405.

³¹ R. LENER, *Trasparenza bancaria e modelli di tutela del cliente nel Testo Unico del credito*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (a cura di G. ALPA-M. BESSONE), *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, p. 1166; G. ALPA, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1787.

³² Così G. CARRIERO, *Commento all'art. 124 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), II, Padova, 2001, p. 953.

³³ Pur non mancando di criticare la scelta in punto di scarsa sistematicità, si è cercato da parte di alcuni autori di giustificarla argomentando le difficoltà di un inserimento delle due leggi all'interno del codice civile sia la mancanza di motivi per l'adozione di una legge speciale.

Né tale incongruenza sembra essere stata superata con l'introduzione del Codice del Consumo. Con una tecnica difficilmente comprensibile, infatti, in tale nuovo corpo normativo sono stata trasposte solamente le norme di carattere più schiettamente pubblicistico³⁴ e gli ultimi due commi dell'art. 125 del TUB, lasciando invece tutte le altre disposizioni all'interno del d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385.

Ai problemi sistematici appena evidenziati si sommano, trattandosi di una normativa di derivazione comunitaria adottata in funzione di armonizzazione delle legislazioni degli Stati aderenti all'Unione, ulteriori problemi di coordinamento sia rispetto alle altre direttive sul credito al consumo e all'art. 153 del trattato UE, sia rispetto all'orientamento interpretativo reso dalle corti comunitarie e da quelle degli altri Stati membri³⁵.

La terza direttiva, 98/7/CE, di cui si è già detto, è stata recepita in Italia con il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 63, i cui artt. 1 e 2 sono stati poi trasposti negli artt. 40 e 41 del Codice del Consumo³⁶.

Queste ultime disposizioni non fanno altro che confermare i poteri già in precedenza conferiti al CICR, sia dal citato decreto legislativo sia, in via più generale, dal 2° comma dell'art. 122 del TUB, il quale affida al Comitato interministeriale di stabilire le modalità di calcolo del tasso effettivo annuo globale, individuando, in particolare, gli elementi da computare e la relativa formula di calcolo.

Al contrario, si sottolinea il valore dell'inserimento nel TUB nel senso di una acquisita consapevolezza della stretta relazione esistente fra efficienza del sistema e gioco della concorrenza. Così G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, 1998, p. 48.

³⁴ I riferimenti sono agli artt. 40 e 41 cod. cons. con cui, da un lato, si è delegato il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) ad adeguare la normativa nazionale alla direttiva 98/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, con particolare riguardo alla previsione di indicare il tasso annuo effettivo globale (TAEG) mediante un esempio tipico; dall'altro, ad apportare, ai sensi degli artt. 122, 2° comma, e 123, 2° comma, del TUB, le necessarie modifiche alla disciplina recata dal decreto del Ministro del tesoro in data 8 luglio 1992, recante le modalità di calcolo del TAEG.

³⁵ G. ALPA, *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 2001, p. 942.

³⁶ L'art. 146 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ha poi abrogato tale decreto legislativo.

È da segnalare, tuttavia, che si è ancora in attesa dell'intervento del CICR, nonostante il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 63 avesse previsto la sua adozione entro un termine di trenta giorni dall'entrata in vigore. Sul punto, in attuazione della direttiva 98/7/CE, è intervenuto il decreto 6 maggio 2000 del Ministero del Tesoro. Quest'ultimo ha provveduto a modificare il precedente decreto ministeriale dell'8 luglio 1992 che aveva, al momento di recepire la prima direttiva, dettato le componenti di costo da computare nel calcolo del tasso effettivo annuo globale. Il decreto del 2000, in particolare, in attuazione della direttiva ha inserito nella previgente disposizione, oltre a una parziale integrazione del primo allegato e a un nuovo terzo allegato recante gli esempi di calcolo del TAEG, la previsione secondo cui gli intervalli di tempo devono essere espressi in anni o frazione di anno e la disposizione in virtù della quale l'indicazione del TAEG deve essere accompagnata da quella del parametro temporale specificamente utilizzato ³⁷.

Attualmente, quindi, la disciplina di dettaglio è ancora contenuta nel decreto ministeriale dell'8 luglio 1992, vigente grazie al meccanismo d'ultrattività dell'art. 19, 2° comma, della l. 142/1992 dettato dall'art. 161 del d.lgs. n. 385/1993. Quest'ultimo, infatti, dispone che tale articolo continui a trovare applicazione fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati dalle autorità creditizie.

È il caso di precisare che, qualora venisse emanata, la delibera del CICR avrebbe natura vincolante, ponendo regole sub primarie emanate per espressa delega, contenuta nella normativa primaria, di modificare il decreto ministeriale sopracitato e adeguare la disciplina domestica a quella comunitaria.

³⁷ V. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2007, p. 95.

2.2. Fattispecie negoziale e àmbito d'applicazione: la nozione di credito al consumo

Come già in più occasioni ricordato, tra i vari contratti, o combinazioni di contratti, impiegati di volta in volta nelle operazioni di credito al consumo sussistono profonde differenze. Sotto il profilo della struttura possono variare il numero e la qualità dei soggetti coinvolti. Dal punto di vista dell'oggetto e della causa, invece, si possono individuare operazioni di diversa natura: in alcuni casi, infatti, la funzione creditizia è accessoria alla compravendita, in altri l'utilizzo del credito è discrezionale; in alcune ipotesi l'operazione economica complessiva si attua attraverso una pluralità di contratti, in altre la facilitazione finanziaria non emerge in modo autonomo, ma viene attuata semplicemente attraverso una dilazione, ossia attraverso una modalità di adempimento del pagamento del prezzo.

Non esiste dunque un tipo legale di contratto di credito al consumo disciplinato dalla legge né un tipo sociale in uso nella prassi bensì una serie di contratti che condividono la funzione di agevolare l'acquisto di beni o servizi attraverso una facilitazione finanziaria. È un fenomeno quindi che alcuni definiscono caratterizzato da "tipicità sociale"³⁸, nel senso che viene reso tipico dalla ripetitività non tanto di un modello quanto piuttosto dell'intento negoziale perseguito dai contraenti. Questo, in concreto, può avvenire sia attraverso l'utilizzo di contratti tipici, quale ad esempio il mutuo, sia con contratti atipici.

Nella redazione della disciplina di protezione del consumatore, il legislatore ha dovuto tener conto di questa circostanza. Ha quindi tracciato un àmbito applicativo molto vasto, individuando una nozione di credito al consumo capace di ricomprendere al suo interno più fattispecie negoziali. L'art. 121, 1° comma, del TUB stabilisce infatti che per credito al consumo debba intendersi «*la concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale*

³⁸ G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, 1998, p. 52.

o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria» ³⁹.

Occorre innanzitutto rilevare che, per la sua genericità, tale definizione sembra capace di soddisfare l'esigenza di regolare tutti i modelli negoziali che nella pratica concretizzano tale operazione economica ⁴⁰.

³⁹ La nozione riprende praticamente parola per parola la definizione di contratto di credito contenuta nella direttiva (Così G. ALPA *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contratto e Impresa*, 1994, p. 6 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 159; G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 54). Infatti ai sensi dell'art. 1, 2° comma, lettera c) della direttiva, per "contratto di credito" si intende un contratto in base al quale «*il creditore concede o promette di concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di analoga facilitazione finanziaria*».

Il testo originario della Proposta di direttiva invece definiva il contratto di credito quello in base al quale «*il creditore concede al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito, di promessa di prestito o di altra assistenza finanziaria, e a fronte del quale il consumatore è tenuto a rimborsare il proprio debito, ivi compresi eventuali interessi e costi, in più soluzioni*». La variazione di maggior rilievo attiene quindi alle modalità di pagamento, avendo il Parlamento europeo ritenuto che non vi fosse alcun motivo per esentare determinate categorie di credito in ragione del numero delle rate di rimborso.

L'unica differenza fra le due disposizioni consiste nella mancata previsione, in quella italiana, della mera promessa di credito. La ridotta sfera d'operatività della norma interna non ha tuttavia sollevato particolari critiche, stante la presenza di altri strumenti utili a difendere il consumatore anche in tale ipotesi. Nella fase precontrattuale, infatti, restano fermi gli obblighi in tema di pubblicità indicati dall'art. 123 TUB che consentono la conoscibilità delle condizioni applicate. Ugualmente nel caso – a dir vero poco probabile – di contratto preliminare teso alla concessione di credito al consumo sarà necessaria la presenza nel documento, redatto in forma scritta ex art. 1351 cod.civ., di tutti quegli elementi disciplinari indicati dalla legge in relazione alla stipula del definitivo. Sembra perciò che i rilievi (mossi da F. MACARIO, *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 771) circa la riconduzione del caso d'inadempimento della promessa di credito nell'ambito della *culpa in contrahendo*, con sostanziale affievolimento della tutela per il consumatore anche da un punto di vista processuale, non siano decisivi per muovere una critica al legislatore. E ciò soprattutto in considerazione del loro verificarsi in concreto. Così G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1998, p. 55 e P. COPPOTELLI, *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1872.].

⁴⁰ La definizione a cui si è pervenuti presenta tuttavia confini così vasti da far emergere la necessità di escludere esplicitamente i contratti di fornitura. Ai fini della direttiva non sono infatti considerati contratti di credito «*i contratti relativi alla prestazione continuata di un servizio pubblico o privato, in base al quale il consumatore ha diritto di versare il corrispettivo per tale servizio, per la durata della fornitura, mediante pagamenti rateali*». Per altre ragioni si era reso necessario sollecitare anche un chiarimento da parte della Commissione e del Consiglio circa la non riconducibilità alla disposizione di fattispecie in cui la dilazione si presentasse connessa a una pronuncia giurisdizionale. Inoltre, la direttiva potrebbe sembrare applicabile anche al caso di contratti assicurativi qualora sia presente un'articolazione del pagamento del corrispettivo in più scadenze tale da far pensare ad una forma di credito "sotto forma di analoga assistenza finanziaria". In casi siffatti la

Soprattutto il riferimento ad «*altra analoga facilitazione finanziaria*», lasciando una zona grigia di dubbia delimitazione, estende in modo indeterminato l'ambito d'applicazione della disciplina ⁴¹. Ciò in omaggio ad un modello già largamente impiegato dal diritto comunitario mirante a far prevalere sul dato formale la rilevanza dello scopo perseguito dalle parti e degli effetti raggiunti in concreto dal negozio ⁴².

Tuttavia l'ambito applicativo del testo legislativo può anche non combaciare con quello economico. Nonostante sia stata adottata una definizione che fa riferimento al risultato concreto dell'operazione, la previsione di limiti soggettivi di applicabilità e l'individuazione di esplicite ipotesi di esclusione restringono la capacità applicativa della normativa ad ipotesi più ristrette. Per fare un esempio molto banale, non restano soggetti alla disciplina del credito al consumo i finanziamenti destinati all'acquisto del diritto di proprietà su di un immobile. Neppure il contratto che regola l'utilizzo di una carta di credito è detto che vi ricada.

Per una corretta individuazione dei limiti operativi della disciplina sul credito al consumo occorre analizzare in dettaglio i soggetti a cui essa fa riferimento e le fattispecie espressamente escluse dal 4° comma del medesimo art. 121 del TUB ⁴³. Si può dunque sostenere che la legge ha operato una selezione delle fattispecie da tutelare sulla base della loro meritevolezza a rientrare nella disciplina del credito al consumo. Difficile

riconciliabilità alla disciplina comunitaria non è avvalorata dalle discussioni avutesi in seno al Consiglio né dall'intero tessuto della direttiva (così L. FABII, *Ambito di applicazione della direttiva sul credito al consumo*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, luglio 1987, p. 44).

⁴¹ Così G. DE NOVA, *Nozione e riserva di attività*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1860.

⁴² Si pensi ad esempio alle disposizioni del Trattato CE relative al diritto della concorrenza oppure a quelle sulla libera circolazione delle merci.

⁴³ Ai fini della delimitazione del suo campo d'azione, la legge di recepimento adotta la stessa tecnica scelta dalla direttiva 87/102/CEE: inizialmente definisce il contratto di credito al consumo con i più ampi margini possibili e poi, precisati i requisiti soggettivi dell'operazione, procede con l'esclusione di rapporti particolari in relazione ai quali non si è ravvisata l'opportunità di estendere la copertura della disciplina di tutela. L'atto normativo comunitario, infatti, esordisce all'art. 1 con una serie di definizioni volte a tracciare i confini della sua sfera d'applicazione. Nel far ciò occorre sottolineare che la direttiva ha precisato le definizioni in totale autonomia, sia rispetto ad altri atti normativi comunitari sia rispetto alla legislazione già in vigore in alcuni Stati membri.

stabilire se tale scelta sia stata eccessivamente restrittiva. Di fatto, però, l'ampliamento dell'ambito d'applicazione è uno dei punti maggiormente presi in considerazione dalla nuova direttiva sul credito ai consumatori.

2.2.1. I limiti soggettivi d'applicazione della disciplina

Il contratto di credito al consumo deve necessariamente avere come parti un creditore-professionista e un consumatore. Non rientrano quindi nella disciplina speciale i contratti conclusi tra professionisti (c.d. B2B) né quelli relativi a finanziamenti concessi privatamente.

Sotto il versante soggettivo, quindi, la direttiva definisce i due soggetti, creditore e consumatore, nei seguenti termini. Il primo è innanzitutto colui che concede il credito «*nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale*»⁴⁴. Va ulteriormente specificato che il 2° comma dell'art. 121 TUB prevede che tale attività resti riservata alle banche⁴⁵, agli intermediari finanziari⁴⁶ e ai soggetti autorizzati alla vendita, nella sola forma della dilazione del pagamento del prezzo⁴⁷.

⁴⁴ La direttiva 87/102/CEE all'art. 1, 2° comma, lett. b) dà la definizione del creditore, descritto come «*la persona fisica o giuridica che concede un credito nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, ovvero un gruppo di tali persone*». Nella definizione comunitaria dovrebbero comunque essere compresi tutti i soggetti cui possano essere imputati diritti e doveri di natura patrimoniale, indipendentemente dall'essere essi stessi persone giuridiche o meno (Così L. FABII, *Ambito di applicazione della direttiva sul credito al consumo*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, luglio 1987, p. 43 secondo il quale tali soggetti sfuggirebbero però all'ipotesi di corresponsabilità fra fornitore e creditore contemplata dall'art. 11.).

⁴⁵ Le quali esercitano il credito al consumo in base a quanto prevede l'art. 10, 3° comma, TUB, ossia secondo la disciplina propria di ciascuna di esse.

⁴⁶ Gli intermediari finanziari, sorti nel quadro della c.d. innovazione finanziaria, devono invece iscriversi in un apposito elenco generale previsto dall'art. 106 TUB e possedere i seguenti requisiti: a) forma giuridica di società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata o di società cooperativa; b) oggetto sociale che preveda lo svolgimento esclusivo di attività finanziarie; c) capitale sociale versato non inferiore a cinque volte il capitale minimo previsto per la costituzione di una società per azioni; possesso da parte dei partecipanti al capitale e degli esponenti aziendali dei requisiti di onorabilità e professionalità prescritti dagli artt. 108 e 109 TUB.

⁴⁷ Sembra non ci possano essere dubbi sul fatto che la richiamata autorizzazione debba intendersi come licenza di commercio.

Il Testo unico introduce dunque una riserva di attività ⁴⁸, non prevista dalla direttiva, che assume una doppia valenza. Negativa, perché pone un'esclusiva per le operazioni di credito nei confronti dei consumatori a favore di soggetti dotati di determinate prerogative; positiva, in quanto sottopone tali soggetti a controlli e vincoli che rendono più sicura la loro stabilità finanziaria. Di tal che finanziamenti di questo tipo, e aventi questo oggetto, qualora concessi da soggetti (professionali) diversi dovranno considerarsi nulli ⁴⁹.

Sulla natura delle banche e delle società finanziarie, nonché sulle diverse tipologie di business che le medesime pongono in essere sul mercato si è già detto nel primo capitolo. Sembra in questa sede opportuno precisare che i soggetti autorizzati alla vendita sono autorizzati a concludere operazioni di credito al consumo nella sola forma della dilazione del pagamento del prezzo, ossia attraverso la tradizionale compravendita a rate. Peraltro, alla luce di quanto sopra restano oscure le ragioni che hanno spinto a non sostituire la locuzione "attività professionali" con l'espressione "attività imprenditoriale" visto che le categorie di soggetti indicate dal 2° comma dell'art. 121 TUB non sembra possano rientrare tra

⁴⁸ Gli artt. 131 e 132 del TUB pongono una sanzione penale per l'abusivo esercizio di attività bancaria e finanziaria. Per l'inosservanza del divieto viene mantenuta la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa (da € 2.065 a € 10.329).

Per la definizione delle nozioni di attività finanziaria riservata occorre far riferimento a due decreti emanati dal Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, in data 6 luglio 1994, dei quali uno specifica il contenuto delle attività riservate ai soggetti operanti nel settore finanziario e indica in quali circostanze tali attività siano esercitate nei confronti del pubblico, l'altro determina i criteri per la verifica della prevalenza dell'attività finanziaria non rivolta nei confronti del pubblico. Le attività finanziarie indicate dal testo unico sono: a) la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma; b) l'assunzione di partecipazioni; c) l'intermediazione in cambi; d) la prestazione di servizi di pagamento. La specificazione del contenuto di dette attività è avvenuta, con il citato decreto del Ministro del tesoro, seguendo criteri di ampiezza delle definizioni e di continuità con precedenti provvedimenti in materia. Sotto la definizione di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, con la quale si ribadisce una nozione tendenzialmente esaustiva che ricomprende ogni facilitazione creditizia indipendentemente dalla forma tecnica assunta, vi rientrano, quindi, le operazioni di credito al consumo. Cfr. L. CRISCUOLO, *L'esercizio abusivo di attività finanziaria: profili giuridici e strumenti di contrasto*, in *Cass. pen.*, 1996, IV, p. 1334.

⁴⁹ Così G. ALPA, *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), II ed., Padova, 2001, p. 947.

gli esercenti le professioni di cui all'art. 2229 cod.civ. e che, al contrario, appaiono tutte riconducibili all'art. 2195 cod.civ.⁵⁰.

Per quanto riguarda invece la definizione di consumatore⁵¹, ossia «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*»⁵², essa è speculare a quella ora

⁵⁰ Così G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 59.

Che l'attività bancaria costituisca attività d'impresa è ormai un dato acquisito, nonché legislativamente posto dall'art. 10 del TUB (si veda in proposito la nota a p. 39).

⁵¹ Per una diffusa ricostruzione del concetto v. G. ALPA, *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), II ed., Padova, 2001, p. 936.

Più in generale, per un approfondimento sulla nozione di consumatore v. anche V. ZENO ZENCOVICH, voce *Consumatore (tutela del)*, *I Diritto Civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII; G. ALPA, voce *Consumatore (tutela del)*, *II Diritto della Comunità europea*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII; G. ALPA-CHINÈ, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, vol. XV, Torino, 1997, p. 541 e ss.; G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1998, IX, p. 997 e ss.; G. ALPA, *Ancora sulla nozione di consumatore*, in *I Contratti*, 2001, p. 205; G. ALPA *Gli usi del termine "consumatore" nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 4.

⁵² Per quanto riguarda il consumatore, la direttiva 87/102/CEE all'art. 1, 2° comma, lett. a) lo identifica con «*la persona fisica che, per le transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla sua attività professionale*». La scelta di questa definizione è il prodotto di una serie di emendamenti che hanno avuto luogo in seno al Consiglio. La versione originaria contenuta nella Proposta della Commissione e poi appoggiata dal Parlamento europeo prevedeva infatti una soluzione dai confini più incerti ma meno restrittiva in quanto era richiesto che la persona fisica agisse solo "prevalentemente" per i suoi scopi privati, potendo quindi ricadere all'interno della direttiva un'operazione di carattere promiscuo. Proprio in tal senso la Commissione si era espressa nel senso di ritenere che qualora il consumatore agisse in parte nell'ambito di un'attività professionale e in parte al di fuori di tale ambito, la situazione dovesse rientrare nel campo d'applicazione della direttiva.

Nonostante l'assenza dell'espressione "prevalentemente" nel testo poi approvato, alcuni autori (così L. FABII, *Ambito di applicazione della direttiva sul credito al consumo*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, luglio 1987, p. 42) avevano cercato di valorizzare la sfumatura ipotetica della dizione «*scopi che possano considerarsi estranei alla sua attività professionale*» sostenendo così la possibilità di includere nell'ambito d'applicazione della direttiva ipotesi in cui vi fosse stato un concorso d'interessi privati e professionali. Viceversa, sempre seguendo questa tesi, sarebbero rimasti non compresi i casi in cui il contraente avesse lasciato intendere alla controparte di agire per scopi professionali. In altri termini nel primo caso sarebbe stato il creditore a dover dimostrare che il debitore aveva agito per fini commerciali o professionali mentre nel secondo sarebbe stato il debitore a dover dimostrare l'esclusivo interesse privato nella transazione. Tale interpretazione del testo comunitario facendo leva sulla valenza oggettiva o soggettiva delle parole "possano considerarsi", poneva quindi un'ipotesi atipica d'inversione dell'onere della prova. Per altri ancora (Così L.C. UBERTAZZI, *Credito bancario al consumo e direttiva CEE: prime riflessioni*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 328; sulla questione v. anche M. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994, p. 12) l'inversione dell'onere della prova sarebbe invece tipica dovendo in linea di principio

adoperata in via generale ⁵³, all'art. 3, 1° comma, lett. a, dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ⁵⁴.

Anche prima dell'entrata in vigore del Codice del consumo, tale definizione risultava essere identica a quelle contenute nella disciplina sulle clausole abusive (gli abrogati art. 1469-bis e ss. cod.civ.) e nella legge gene-

applicarsi la disciplina del credito al consumo salvo che di volta in volta sussistano elementi idonei a far presumere lo scopo professionale dell'operazione.

Anche durante i lavori che hanno preceduto l'approvazione della direttiva 93/13/CE sulle clausole vessatorie l'apposizione dell'avverbio "direttamente" accanto al verbo "rientrano" avrebbe consentito di tutelare anche quegli acquirenti si procurano beni o servizi utili alla propria attività ma che non ne costituiscono elemento produttivo necessario (si veda in proposito: G. OPPO, *L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, Clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori* (a cura di in C.M. BIANCA e G. ALPA), Padova, 1994, p. 6, e anche U. RUFFOLO (a cura di), *Clausole vessatorie e abusive. Gli artt.1469 bis e ss. E i contratti*, Milano, 1997, p. 20. Va segnalato che, a prescindere dalle vicende che hanno caratterizzato l'evoluzione della definizione, non sembra che il testo finale, attraverso una definizione più netta, abbia consentito di superare qualsiasi dubbio interpretativo. Infatti, mentre la soluzione più plausibile del dettato comunitario resta quella che esclude le operazioni che il consumatore abbia concluso per un uso misto, la dottrina ha proposto anche altre soluzioni ermeneutiche (sulle quali vedi *infra*).

⁵³ In precedenza, la definizione di consumatore era sparsa nei seguenti testi normativi: D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi; l. 19 aprile 1991, n. 126 recante norme per l'informazione del consumatore; l. 1° gennaio 1991, n. 1 sulle SIM; d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali; d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 in tema di pubblicità ingannevole; d.lgs. 15 gennaio 1995, n. 111 concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso; d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427 in tema di multiproprietà; d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in materia di contratti a distanza; d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24 sulle garanzie nella vendita di beni di consumo.

⁵⁴ Il d.lgs è stato approvato per riordinare e semplificare la normativa sulla tutela dei consumatori. Esso è stato successivamente modificato da: il d.lgs. n. 146/07 di recepimento della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette (che ne ha sostituito gli artt. da 18 a 27); il d.lgs n. 221/07, recante disposizioni correttive ed integrative; la l. n. 244/07 (c.d. l. finanziaria 2008) che ha introdotto nel nostro ordinamento l'azione civile collettiva.

Sul Codice del Consumo si veda: G. ALPA, *Il Codice del consumo, Commento*, in *I Contratti*, 2005, 1047 e ss. il quale offre una prima disamina degli aspetti più importanti e innovativi del decreto all'indomani della sua emanazione; L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 879 e ss.; nel contesto di un dibattito a più voci, ancora G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, in *Contratto e Impresa /Europa*, 2006, p. 1 ss.; per una visione analitica delle disposizioni del Codice del Consumo si v. G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Commentario al Codice del consumo*, Napoli, 2005 e V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo e norme collegate*, Milano, 2008; E.M. TRIPODI-C. BELLÌ, *Codice del consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Rimini, 2006; M. DONA, *Il codice del consumo: regole e significati*, Torino. Rilievi critici da parte di G. DE CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo»: un'occasione perduta?*, in *Studium juris*, 2005, p. 1137; A. GENTILI, *Il Codice del Consumo ed esprit de geometrie*, in *I Contratti*, 2006, p. 159.

rale sui diritti dei consumatori e degli utenti ⁵⁵ (l. 30 luglio 1998, n. 281); come pure a quella, regolamentare, contenuta nella Circolare A.B.I. istitutiva dell'*Ombudsman* bancario ⁵⁶. Tale precisazione risulta utile, oltre che per chiarire la fungibilità delle interpretazioni della definizione di consumatore rese in tali ambiti, anche per comprendere che l'ambito applicativo della disciplina del credito al consumo è in questo senso coincidente con quella delle altre discipline di tutela del consumatore. Pertanto, ad esempio, a tali contratti risulteranno sempre applicabili anche le norme sulle clausole vessatorie di cui agli artt. 33 e ss. cod.cons. ⁵⁷.

Occorre ricordare poi che nella prassi spesso è il professionista a richiedere alla controparte di qualificarsi come consumatore tramite autocertificazione. In questa circostanza, ormai diffusa tra gli operatori del settore, la qualificazione dipende dalla manifestazione dell'interessato e prescinde da qualsiasi fatto oggettivo ⁵⁸. È possibile quindi che il contratto contenga delle sanzioni a carico del consumatore apparente e, in ogni caso, a seguito di una qualificazione inesatta quest'ultimo non potrebbe godere dei benefici concessi dalla legge per tale categoria di soggetti. Nel caso opposto, ossia qualora sia stata dichiarata dalla parte l'afferenza del contratto alla propria attività professionale, sembra difficile che si possa

⁵⁵ Oggi non più in vigore in quanto abrogata dall'art. 146 del Codice del consumo, salvo per le disposizioni di cui all'art. 7.

⁵⁶ L'Ombudsman (dallo svedese, "mediatore") bancario è un organo a cui possono rivolgersi i clienti delle banche e degli intermediari finanziari per risolvere le controversie insorte nei limiti di 50 mila euro di danno. I consumatori hanno sempre potuto chiedere il giudizio del Giurì sin dalla sua nascita nel 1993. Dal 1° gennaio 2006 vi possono ricorrere anche le imprese, i commercianti, i professionisti, gli artigiani e le società.

⁵⁷ Fatti ovviamente salvi i casi indicati ai commi 3° e 4° dell'art. 34 del Codice di consumo. Il rapporto che viene a instaurarsi tra le due discipline è stato approfondito maggiormente nel prosieguo.

⁵⁸ V. G. ALPA, *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), II ed., Padova, 2001, p. 941. Va peraltro segnalato che, in modo del tutto coerente con gli istituti di diritto privato, la giurisprudenza ha riconosciuto la qualifica di consumatore, con conseguente applicazione della relativa tutela, non solo allo stipulante diretto ma anche all'eventuale rappresentato (o persona da nominare o terzo beneficiario) nei cui confronti, sin dall'inizio, sia previsto che il contratto debba produrre i suoi effetti «*in quanto tale soggetto diviene sin dall'inizio titolare in via autonoma, e non derivativa, dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto*» (così Trib. di Bari, sez. II, 24 settembre 2008)

sostenere in un secondo momento il contrario ⁵⁹ a meno di non voler concedere alla banca la possibilità di agire per chiedere l'annullamento del contratto per dolo o errore. Oppure si renderebbe possibile la risoluzione del contratto per inadempimento all'obbligo informativo, questa volta posto a carico della controparte della banca o della società finanziaria.

Anche sotto questo aspetto la disciplina posta dal capo dedicato al credito al consumo, si presenta come disciplina speciale e dall'ambito più circoscritto rispetto a quella contenuta nel precedente capo sulla trasparenza bancaria. Lì infatti la definizione accolta è ben più ampia, essendo il destinatario delle norme di tutela qualsiasi controparte dell'impresa bancaria ⁶⁰. Per certo, la generalizzazione con cui vengono escluse dalla qualifica di consumatore anche tutte quelle attività che certamente sono professionali ma che non presentano carattere imprenditoriale appare poco felice ⁶¹. È vero del resto che fornire una definizione di consumatore soddisfacente è opera tutt'altro che agevole, considerato che la categoria è di per sé stessa molto eterogenea. Come giustamente messo in luce da alcuni ⁶², vi sono consumatori ricchi e consumatori poveri; consumatori

⁵⁹ Sul punto va segnalata la pronuncia della III sezione della Corte di Cassazione (n. 13083 del 5 giugno 2007) che, in presenza di elementi che comprovano che il contratto è stato stipulato nel quadro della propria attività professionale, ha ritenuto non qualificabile come consumatore il soggetto che alla stipula del contratto ha dichiarato per iscritto che il contratto non era estraneo alla attività professionale svolta.

⁶⁰ In merito alla composizione della categoria "cliente" si vedano U. MORERA, *Sulla nozione di "cliente della banca"*, in *Vita not.*, 1995, p. 590; R. CLARIZIA, *Il cliente della banca: fattispecie e tipologie. Disciplina generale in favore*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria* (a cura di U. MORERA e A. NUZZO), Milano, 1996, II, p. 131 e ss.; P. GAGGERO, *A proposito della definizione di "cliente della banca"*, in *Econ. e dir. terz.*, 1996, p. 771 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 115 e ss.; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 32 ss.; G. ALPA, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *I Contratti*, 1996, I, p. 5 e ss.

⁶¹ Così G. OPPO, *Presentazione*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, luglio 1987, p. 12; G. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contratto e Impresa*, 1994, p. 7 e ss.; G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 60

⁶² In questi termini G. ALPA, *Il diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 23, secondo il quale la massa dei consumatori non costituisce una "classe" sociale, quanto piuttosto una mutevole correlazione di soggetti associati da un interesse all'acquisizione di beni e servizi.

colti e consumatori ignoranti; consumatori di beni di prima necessità e consumatori di beni di lusso; consumatori che hanno bisogno di tutela e consumatori in grado di autotutelarsi; consumatori lavoratori subordinati e consumatori lavoratori autonomi. Sembra tuttavia iniquo, pur nella difficoltà appena citata, giustificare l'esclusione dalla disciplina garantista di categorie di soggetti come i lavoratori autonomi, gli artigiani, e così via. Per non parlare anche di tutte quei soggetti dotati di personalità giuridica, o comunque centri d'imputazione di norme giuridiche, che pur non avendo alcun carattere imprenditoriale fuoriescono dalla sfera d'applicazione della direttiva. Se la *ratio* della disciplina di protezione è quella di tutelare il "soggetto debole" del contratto, non sembra infatti tollerabile la discriminazione che viene a porsi rispetto ad altri soggetti parimenti "deboli".

Per l'ordinamento italiano è necessario fare riferimento anche alla sentenza del 22 novembre 2002 n. 469 della Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'allora art. 1469 bis, 2° comma, nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane⁶³. Ovviamente la pronuncia, sorta all'interno della disciplina sulle clausole vessatorie, risulta essere pertinente anche in tema del credito al consumo poiché le definizioni di consumatore applicabili alle due diverse discipline sono coincidenti. Il Giudice delle leggi, nell'argomentare i motivi dell'interpretazione che restringe alle sole persone fisiche la nozione di consumatore, ha affermato che la norma risulta conforme ai dettami costituzionali. Nello scegliere un elemento discriminante per distinguere la figura del consumatore da quella del professionista, infatti, risulterebbe inevitabile escludere quelle situazioni particolari che si pongono ai confini della sfera operativa delineata. Tale limitazione è perciò ragionevole, sempre secondo il ragionamento

⁶³ Per un commento alla sentenza citata v. G. CAPILLI, *La nozione di consumatore alla luce dell'orientamento della consulta*, in *I Contratti*, 2003, n. 7, p. 653 e ss. La sentenza è pubblicata anche su *Foro it.* 2003, 332 con commento di A. PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, p. 337, e di A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, p. 340.

della Corte, se si considera che «la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare».

La sentenza, inoltre, mettendo in rilievo l'importanza della creazione all'interno dell'Unione europea di modelli normativi uniformi fa correttamente riferimento al diritto comunitario. In particolare, la Consulta sottolinea che la selezione compiuta dal legislatore italiano non è irragionevole ma anzi risulta legittimata del tenore delle disposizioni della direttiva 93/13/CE, dalla normativa vigente negli altri paesi aderenti all'Unione europea, nonché dai progetti di codificazione europea in fase d'elaborazione. Pur non essendo citata espressamente, l'analisi svolta non avrà sicuramente trascurato di prendere in considerazione anche il fatto che la Corte di Giustizia europea si era già pronunciata sulla questione⁶⁴ decidendo nel senso che la nozione di consumatore si riferisce esclusivamente alle persone fisiche.

Sulla base di queste premesse, la Corte Costituzionale non poteva che pervenire alla conclusione di escludere dalla nozione di consumatore le categorie dei piccoli imprenditori, artigiani e imprenditori agricoli.

Le perplessità su questa visione restrittiva della nozione di consumatore permangono. Tuttavia bisogna riconoscere che una diversa interpretazione sarebbe potuta sembrare arbitraria considerando gli elementi addotti dalla sentenza. Ciò non vuol dire che il tema non possa riproporsi come questione *de iure condendo*: ritenendo che l'attuale definizione di consumatore non contrasti con i principi costituzionali, ovviamente la Consulta non ha escluso che tale definizione possa essere in futuro modificata.

Anche la questione dei contratti conclusi a scopo promiscuo pone più di un problema⁶⁵. La definizione posta dal legislatore incentra la di-

⁶⁴ Cfr Corte di Giustizia Comunità Europea, 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, in Foro it., 2001, IV, p. 501.

⁶⁵ Per un'ampia panoramica della questione si veda in particolare F. SALVADORI, *La nozione di consumatore in relazione agli acquisti a scopi promiscui*, in *I Contratti*, 8-9, 2008, p. 845 e ss.

stinzione col professionista mediante l'individuazione dello scopo perseguito dal contraente. Così facendo, tuttavia, si giunge ad ignorare situazioni intermedie, come quella, appunto, del contratto stipulato per scopi misti ⁶⁶.

Di fronte a tale impasse sono state suggerite varie soluzioni. Certamente, anche secondo coloro che non ritengono applicabile la disciplina a tutela dei consumatori, al contratto c.d. promiscuo resta applicabile la norma di cui all'art. 1341, 2° comma, cod.civ. Secondo diverso e più favorevole orientamento, invece, lo scopo di consumo andrebbe interpretato in senso ampio, così da tutelare comunque il consumatore e includere anche ipotesi miste, e quindi sia contratti conclusi assieme ad un professionista (c.d. acquisto congiunto), sia contratti conclusi a scopo parzialmente professionista (c.d. acquisto promiscuo). L'orientamento prevalente della dottrina predilige un modello interpretativo che incentra la distinzione in base alla destinazione oggettiva del bene o del servizio, e adotta il criterio della prevalenza. Secondo tali autori, è da considerarsi consumatore chi agisce con finalità che non rientrano prevalentemente nella propria attività imprenditoriale o professionale ⁶⁷. Infine, è da ricordare anche l'indirizzo dottrinale, di derivazione francese, che distingue tra atti della professione, ossia atti attraverso i quali il soggetto esplica la propria professione e per i quali si esclude l'applicazione della disciplina a tutela del consumatore, e atti relativi alla professione, che non costituiscono espressione dell'attività

⁶⁶ Sull'incongruenza della distinzione legislativa con riferimento ai contratti conclusi per scopi promiscui si esprime A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie, in Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 323, il quale ritiene preferibile privilegiare una soluzione che tenga in considerazione il nesso tra l'attività professionale del soggetto e la natura del bene o servizio oggetto del contratto. In questo senso qualora quando si tratti di beni coerenti all'attività professionale esercitata la promiscuità del bisogno non potrà comportare l'applicazione della disciplina

⁶⁷ Sull'adozione del criterio della prevalenza nel caso di acquisto per fini promiscui v. E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, 31. L'Autore, nonostante ritenga che in caso di acquisti a scopi promiscui sia opportuno adottare il criterio della prevalenza, non manca di sottolineare le difficoltà che l'applicazione di tale criterio comporta per l'interprete nel caso concreto.

professionale pur realizzandosi nell'esercizio della stessa, ai quali andrebbe applicata la disciplina di protezione ⁶⁸.

2.2.2. (segue) I contratti conclusi a scopo promiscuo nella giurisprudenza

L'entusiasmo della dottrina nel riportare sotto le norme a tutela del consumatore tutta una serie di altri soggetti "contrattualmente deboli", si è peraltro scontrata con la giurisprudenza dominante, sia della Corte di Giustizia delle Comunità europee, sia della Corte di Cassazione e di quella Costituzionale. Queste ultime, infatti, hanno reso in più occasioni e con orientamento pressoché costante un'interpretazione restrittiva della definizione di consumatore ⁶⁹.

La Corte di giustizia applica rigidamente il criterio fornito dal legislatore privilegiando l'utilizzo del parametro oggettivo per il quale si deve tener conto della natura e delle finalità obiettive dell'atto e dei beni negoziati, senza dar rilievo all'intenzione soggettiva del contraente e ai motivi che lo hanno indotto a stipulare il contratto ⁷⁰. Circa i beni ad uso promi-

⁶⁸ Sui diversi orientamenti v. M. SANNIA, *Commento all'art.1469 bis comma 2, in Clausole vessatorie e contratto del consumatore* (a cura di E. CESARO), Padova, 1998, p. 81; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 41 e ss; V. CRESCIMANNO, *I «contratti conclusi con i consumatori» nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 1150; D. MAFFEIS, *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469-bis e ss. c.c.*, in *Contratti*, 2000, p. 448 e ss.; CHINÈ, *Consumatore, (protezione del) nel diritto civile* (a cura di G. ALPA e G. CHINÈ), in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XV, appendice, Torino, 1997, p. 545. Ma v. anche C.M. BIANCA, *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 1997, p. 752; F. DI MARZIO, *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, III, p. 688.

⁶⁹ Un'approfondita analisi del dato giurisprudenziale in F. SALVADORI, *La nozione di consumatore in relazione agli acquisti a scopi promiscui*, in *I Contratti*, n. 8-9, 2008, p. 845 e ss.

⁷⁰ Che l'indagine sulla natura degli scopi perseguiti dal contraente debba essere effettuata sulla base di parametri oggettivi, è d'accordo anche la dottrina prevalente. Sul punto v. U. COREA, *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 2117; G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 414; G. ALPA-G. CHINÈ, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. Priv. sez. civ.*, XV, ap., 1997, p. 541; F. ASTONE, sub *Art. 1469-bis, comma 2*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* (a cura di G. ALPA e S. PATTI), Milano, 1997, p. 106; A. PRINCIGALLI, *Il consumatore e l'operatore commerciale*, in *Le vendite aggressive, (vendite stipulate fuori dei locali commerciali nel diritto italiano ed europeo)* (a

scuo, la Corte di giustizia ha affrontato e risolto il problema con la sentenza del 20 gennaio 2005 C-464/01⁷¹. In tale pronuncia è stato affermato che non può essere considerato consumatore il soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad uso promiscuo «*a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione, essendo irrilevante al riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale*»⁷². Ne deriva che il pur

cura di A. JANNARELLI), Napoli, 1995, p. 55; L. GATT, *Art. 1469-bis comma 2 c.c. – Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista, in Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 803, 823, nonché ID., *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, 2341; M. SANNIA, *Commento all'art.1469 bis comma 2, in Clausole vessatorie e contratto del consumatore* (a cura di E. CESARO), Padova, 1996, p. 96.

⁷¹ CGCE, 20 gennaio 2005, causa C-464/01, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 1135 ss., con nota di V. CRESCIMANNO; in *Corr. giur.*, 2005, 1381 ss., con nota di R. CONTI.

Si vedano inoltre:

- la pronuncia del 3 luglio 1997, C-269/95 (CGCE, 3 luglio 1997, causa C-269/95, in *Giust. civ.*, 1998, I, 11; in *Giust. civ.*, 1999, I, 13, con nota di U. COREA; in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 57, con nota di S. BASTIANON; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 344, con nota di F. RINALDI; in *Dir. com. scambi internaz.*, 1997, IV, 510 ss., con nota di A. GRATANI; in *Europa e dir. priv.*, 1998, 335 ss., con nota di A. ORESTANO), con cui si è affermata l'interpretazione restrittiva della nozione di consumatore;

- le sentenze della Corte europea di giustizia del 14 marzo 1991 C-361/89 (CGCE, 14 marzo 1991, causa C-361/89, in *Giur. comm.*, 1992, II, 703.) e del 14 luglio 1994 C-353/92 (CGCE, 14 luglio 1994, causa C-353/92, in *Boll. CEE n. 22/94 e Raccolta*, 1994, I, 3347), entrambe in tema di contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

⁷² Le argomentazioni che la Corte pone a fondamento della predetta esclusione sono le seguenti: (a) la situazione di debolezza che giustifica l'applicazione della disciplina di tutela non è ravvisabile in colui il quale contratti anche per una finalità privata, in quanto chi «*conclude un contratto per un uso connesso alla sua attività professionale si deve considerare che agisca su un livello di parità con la sua controparte, di modo che la particolare protezione riservata ai consumatori ... in tal caso non è giustificata*»; (b) la nozione di consumatore riportata all'art. 13, primo comma, della Convenzione (invocata nel caso di specie) è redatta in termini nettamente restrittivi, ricorrendo ad una formula negativa («*contratti conclusi ... per un uso ... estraneo [all']attività professionale*»).

c) le regole specifiche della Convenzione dettate per i consumatori rappresentano una deroga al principio generale e pertanto sono passibili di un'interpretazione restrittiva della definizione di contratto concluso da un consumatore.

Sotto un profilo processuale, inoltre, la Corte ha precisato che spetta alla parte che intende avvalersi delle regole derogatorie dimostrare che la finalità professionale ha un ruolo trascurabile. Sarà poi compito del giudice adito accertare la rilevanza significativa o meno dell'uso professionale sulla base degli elementi di prova oggettivamente risultanti dagli atti di causa. Il giudice dovrà infine valutare se il soggetto che fa valere lo status di consumatore non si sia comportato in modo tale da far legittimamente sorgere l'impressione, nella controparte contrattuale, di agire con finalità professionali, dal momento che in tale ipotesi gli articoli della Convenzione a favore del consumatore non troverebbero applicazione in ragione della tutela dell'affidamento della controparte.

richiamato criterio della prevalenza risulta, in base all'interpretazione resa dalla Corte, ampiamente svilito, negando di fatto la riconducibilità dei contratti conclusi a scopi promiscui nell'alveo dei contratti del consumatore

La linea di pensiero della Corte di Cassazione italiana appare perfettamente in linea con quella della Corte di Giustizia: anche la Suprema Corte, infatti, sostiene un'interpretazione restrittiva della nozione di consumatore. Per rintracciare la qualifica professionale del soggetto, quest'ultima ritiene sufficiente la sussistenza di un mero collegamento funzionale tra il contratto e la professione svolta. In tal senso, l'espressione "scopo estraneo", andrebbe intesa nel senso che le finalità non devono in alcun modo essere riconducibili all'attività professionale svolta. Pertanto, agire per scopi "extra-professionali" equivarrebbe a soddisfare esigenze personali esclusivamente familiari o personali ⁷³. Inoltre, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 10127/2001 ⁷⁴ ha statuito che deve essere considerato "consumatore" la persona fisica che *«anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto [...] per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto [...] nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del "professionista" non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale»*. Così facendo, la Corte ha utilizzando le stesse argomentazioni di una propria precedente pronuncia ⁷⁵, argomentazioni

⁷³ Sul punto Cfr. E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1162.

⁷⁴ Cass. 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, 2002, I, 685 ss., con nota di F. DI MARZIO; in *i Contratti*, 2002, p. 338 ss., con nota di I. CASERTA; in *Giur. it.*, 2002, p. 543 ss., con nota di P. FIORIO.

⁷⁵ Cass., 14 aprile 2000, n. 4843 (in *Foro it.*, 2000, I, p. 3196, con nota di M. GRANIERI, *Brevi note sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza*; in *Corr. giur.*, 2001,

che muovono da un'interpretazione letterale dell'abrogato art. 1469-bis cod.civ. In tale norma, il termine «quadro», quale ambito entro cui si esplicano le attività imprenditoriali e/o professionali, impone di includere nella definizione non solo l'attività principale, ma anche tutte quelle attività ad essa accessorie e ancillari.

Sulla stessa linea di pensiero merita poi di essere ricordata la sentenza n. 314/2001⁷⁶, con cui la Suprema Corte ha negato l'applicazione degli artt. 1469-bis ss. cod.civ. in ragione del principio sancito dall'art. 1469-ter, 1° comma, cod.civ. Ossia facendo leva sul concetto che, in caso di collegamento negoziale, un contratto accessorio (nel caso di specie, la fideiussione prestata da un soggetto nella propria veste extraprofessionale) debba essere contestualizzato nella più ampia operazione economico-giuridica in cui si inserisce. Dunque, indipendentemente dalla formale sussistenza della qualità di consumatore, il soggetto che realizza un'attività a vantaggio dell'impresa altrui non compie un atto di consumo.

Sotto un profilo prettamente processuale, va inoltre segnalato che la Cassazione ritiene rimessa al giudice di merito, e pertanto sindacabile in sede di legittimità solo in caso di motivazione non adeguata e giuridicamente non corretta, la verifica se un contratto è stato concluso da un operatore giuridico come «consumatore» o «professionista»⁷⁷

p. 522, con nota di R. CONTI, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*) con cui la Corte ha statuito che «non opera il criterio speciale di determinazione della competenza territoriale, previsto nella disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, bensì quello ordinario contenuto nel codice di rito, qualora il soggetto che si assume consumatore abbia agito in vista del futuro esercizio di un'attività imprenditoriale». La Corte, pertanto, ha sottolineato che, per accertare la qualifica di consumatore, va esaminato lo scopo del contraente non solo al momento della conclusione del contratto.

⁷⁶ Cass. 11 gennaio 2001, n. 314 (con nota di F. DI MARZIO, *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, III, p. 688) relativa alla fideiussione prestata dall'amministratore unico di una s.r.l. a garanzia di alcuni rapporti accessi a vantaggio della società.

⁷⁷ Cfr. Cass. 5 giugno 2007, n. 13083 (con commento di A. GUARINO JR, in *I Contratti*, 2008, III, p. 254).

2.2.3. Le fattispecie escluse

L'art. 121, 4° comma, del TUB indica, attraverso un lungo elenco, tutta una serie di fattispecie in cui la disciplina non trova applicazione ⁷⁸.

Vengono innanzitutto esclusi, secondo un criterio quantitativo, i contratti d'importo inferiore o superiore ai valori indicati dal CICR con delibera pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ⁷⁹. Si è ritenuto infatti che al di sotto di una determinata misura fosse eccessivo irrigidire la pratica commerciale: data l'esiguità del danno potenziale non verrebbero giustificati i costi causati dai meccanismi di tutela previsti ⁸⁰. Per gli importi superiori alla soglia massima, invece, si considera probabilmente superato il comune concetto di finanziamento per l'acquisto di un bene o di un servizio di

⁷⁸ Anche la direttiva si preoccupa all'art. 2 di precisare alcune fattispecie che, nella scelta di una tutela "minima" del consumatore, sarebbero dovute (o potute, ex art. 15 della direttiva stessa), restare escluse. Fin dall'inizio la Commissione aveva auspicato l'applicazione della direttiva ad ogni forma di credito al consumo; eccezioni dovevano certamente essere previste, ma la Commissione era decisa a limitarle al massimo (per questo motivo la Commissione, già nella relazione del 1995 sull'applicazione della direttiva, ne aveva proposto la modifica in modo da adattarla alle tecniche finanziarie prevalentemente utilizzate. Cfr. Relazione sull'applicazione della direttiva 87/102/CEE, COM (95)117 def., p. 3, n. 15). La direttiva venne proposta infatti alla fine degli anni Settanta, in un'epoca in cui cominciavano appena a svilupparsi formule di credito diverse da quella del contratto di credito rateale, ed è stata recepita alla fine degli anni Ottanta, quando il credito/prestito personale era diventata la formula prevalente. Nonostante ciò, durante il percorso d'approvazione del testo definitivo questa impostazione non fu appoggiata dal Consiglio che nel considerare gli interessi particolari degli Stati aderenti ha dovuto ricercare soluzioni di compromesso. È così che all'art. 2 fu previsto un lungo elenco di fattispecie che gli Stati membri potevano escludere dall'ambito di applicazione della direttiva (in dettaglio v. L. FABII, *Ambito di applicazione della direttiva sul credito al consumo*, cit., p. 43). Di tale facoltà tuttavia non tutti gli Stati membri hanno fatto un uso sistematico e ciò ha portato ad un'ampia applicazione della clausola minima (cfr. la relazione sull'applicazione della direttiva 87/102, COM (95)117 def., p. 110, n. 384 e seguenti, nonché la sintesi delle reazioni e dei commenti, COM (97)465 def., p. 21, n. 87).

⁷⁹ Non essendo ancora intervenuta alcuna delibera, gli importi devono ritenersi quelli stabiliti inizialmente dalla L. n. 142/92, ossia lire 300 mila e lire 60 milioni. Naturalmente gli importi risulteranno ora convertiti in euro (€ 154,93 e € 30.987,41).

⁸⁰ Al fine di evitare pratiche elusive fondate sul frazionamento del contratto in più parti di importo inferiore al minimo, l'art. 144, 4° comma, prevede una sanzione amministrativa consistente in una pena pecuniaria fino a 100 milioni di lire. L'opportunità di tale disposizione oltre ad essere stata segnalata da attenta dottrina (F. MACARIO, *Commento all'art. 121*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 786), era contenuta sotto forma d'invito agli Stati membri nella stessa direttiva comunitaria all'art. 14. Preme sottolineare che forse alla soluzione adottata poteva accostarsi un rimedio di natura civilistica. Nelle proposte di legge per il recepimento della direttiva figuravano infatti norme tese a considerare come un unico contratto l'insieme dei contratti stipulati tra le stesse parti in arco temporale delimitato e aventi lo stesso oggetto e causa.

consumo che la normativa ha ad oggetto. Oltretutto, si è portati a pensare che l'alto importo della transazione dovrebbe – il condizionale è d'obbligo – costituire di per sé un avvertimento per il consumatore. Piuttosto l'esenzione per i finanziamenti di importo modesto potrebbe favorire pratiche elusive della disciplina del credito al consumo mediante la disgregazione di un'unica operazione di finanziamento in una pluralità di contratti di credito. La dottrina ha tuttavia correttamente rilevato che anche solo in via interpretativa è consentito valutare unitariamente una pluralità di contratti di importo inferiore al limite legale intercorsi li tra le medesime persone e in un arco temporale ristretto ⁸¹.

Anche i contratti di somministrazione previsti agli artt. 1559 e ss. cod.civ., che per loro natura comportano una diluizione dei pagamenti nel tempo, sono stati esclusi dall'applicazione della legge purché stipulati in forma scritta, con contestuale consegna di una copia al consumatore. Non mancano qui alcune incongruenze ⁸² segnalate dalla dottrina e connesse sia all'arbitrarietà della riconduzione dell'ampia formula della direttiva comunitaria solo alla somministrazione di beni e non anche a quella di servizi ⁸³ sia alla sottrazione dalla copertura della disciplina in esame di eventuali contratti di somministrazione che si avvalgano di operazioni di finanziamento al consumo ⁸⁴. Appare oltretutto stravagante condizionare ai vincoli, anche formali, della legislazione sul credito al consumo proprio il contratto che, non avendo forma scritta, sia stato concluso in violazione di tali obblighi ⁸⁵.

⁸¹ Così G. OPPO, *Presentazione*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, luglio 1987, p. 16.

⁸² Così G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 68.

⁸³ Secondo F. MACARIO, *Commento all'art. 121*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 786 e G. DE NOVA, *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1861, stante il tenore dell'art. 1559 cod.civ., verrebbe escluso ogni riferimento alla fornitura di servizi. Secondo De Nova si potrebbe però far leva sull'art. 1667 cod.civ., in base al quale le norme relative alla somministrazione si applicano, se compatibili, anche all'appalto che ha per oggetto la prestazione continuativa o periodica di servizi.

⁸⁴ F. MACARIO, *Commento all'art. 121*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 787.

⁸⁵ Così infatti dispone il comma 4° v. P. GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contratto e Impresa /Europa*, 1996, p. 629;

Altra fattispecie esclusa è data dai contratti di locazione, che nell'accezione intesa dal legislatore comunitario è solo quella comune perché il *leasing*, al contrario, dovrebbe risultare assoggettato alla disciplina di protezione. L'intento è stato raggiunto dal testo italiano attraverso la previsione di una condizione negativa. Per esprimere un concetto che era abbastanza chiaro nel suo significato originario si è detto infatti che sono esclusi dalla disciplina del credito al consumo i contratti di locazione «a condizione che in essi sia prevista l'espressa clausola che in nessun momento la proprietà della cosa locata possa trasferirsi, con o senza corrispettivo, al locatario». D'ora in poi dunque, ogni contratto di locazione concluso da un professionista con un consumatore che non contenga tale clausola dovrebbe per assurdo ricadere nella disciplina del credito al consumo.

Le successive esenzioni riguardano i casi di finanziamenti «*rimborsabili in un'unica soluzione entro diciotto mesi, con il solo eventuale addebito di oneri non calcolati nella forma d'interesse*» e quelli «*privi di corrispettivo di interessi o di altri oneri, fatta eccezione per le spese vive e documentate*». La giustificazione risiede qui nella mancanza di un rischio aggiuntivo per il consumatore, essendo il prestito gratuito o rimborsabile in un'unica rata maggiorata dei soli oneri che il professionista dimosti di dover sostenere ⁸⁶.

Chiudono la lista le ipotesi relative a finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su beni immobili o alla loro ristrutturazione.

Peraltro è giusto ricordare che il legislatore italiano non si è avvalso della facoltà, prevista ai commi 2° e 3° dell'art. 1 della direttiva, di esentare anche i contratti che siano stati stipulati in forma di atto pubblico e i con-

rileva però Carriero che l'alta standardizzazione di tale contratto d'impresa, che potrebbe inoltre comportare l'applicazione degli artt. 1341 e 1568 cod.civ., difficilmente porterà al verificarsi di questi casi.

⁸⁶ Non mancano peraltro scostamenti dalla direttiva CEE nella parte in cui questa distingueva tre situazioni diverse, i finanziamenti gratuiti, quelli rimborsabili in una sola soluzione senza interessi e altri in base alle modalità di restituzione.

tratti in cui sia prevista la corresponsione di interessi ad un tasso oggettivo globale inferiore a quelli prevalenti sul mercato o non offerti al pubblico in genere.

2.3. Gli obblighi informativi

È noto che l'analisi economica attribuisce oggi giorno all'informazione un ruolo determinante in considerazione dei delicati problemi che essa pone per il corretto funzionamento del mercato ⁸⁷.

Dal lato dell'offerta, infatti, l'informazione è utile perché condiziona il tipo, la qualità e la quantità di beni e servizi da produrre, sia in ragione della domanda già presente sia stimolando e indirizzando i bisogni dei consumatori, e con ciò contribuendo all'insorgere di nuove esigenze d'acquisto.

Dal lato della domanda, inoltre, l'informazione circa il numero o la qualità dei prodotti o dei servizi presenti sul mercato guida il consumatore verso una scelta di consumo ottimale. Secondo le teorie economiche neoclassiche, grazie ad una corretta informazione il mercato è in grado di assicurare la maggiore soddisfazione dei suoi utenti, premiando e selezionando i soggetti che meglio riescono a rispondere alle esigenze del pubblico.

La questione si ricollega peraltro al noto dibattito sulle asimmetrie informative ⁸⁸. Quest'ultime vengono a presentarsi ogni qual volta un soggetto – che nella contrattazione di massa sarà la controparte del consumatore – ha a disposizione un numero maggiore di informazioni e da questa situazione può trarre vantaggio in molteplici e indefinite operazioni economiche. Tale squilibrio è dettato dal fatto che la raccolta di informa-

⁸⁷ F.A. HAYEK, *The use of knowledge in society*, 35 *Am. Econ. Rev.*, 1945, p. 519.

⁸⁸ Gli studi economici hanno classificato le asimmetrie informative del lato della domanda in:

- asimmetrie informative contingenti: ovvero relative alle debolezze del consumatore nel processo di raccolta ed elaborazione delle informazioni;
- asimmetrie valutative strutturali: per i prodotti complessi il cui acquisto è occasionale nel tempo e per i quali la ricerca di informazioni risulterebbe scarsamente comprensibile o troppo oneroso;
- asimmetrie valutative temporali: determinate dallo scarto temporale fra il momento decisionale dell'acquisto e quello relativo alla valutazione del prodotto;
- asimmetrie di transizione: ossia costi sostenuti nella fase precedente all'acquisto che rendono antieconomico il passaggio ad altre offerte;
- asimmetrie dimensionali o negoziali: dovute a distorsioni della concorrenza o a forme monopolistiche.

zioni risulta invece eccessivamente costosa per chi le utilizza solo occasionalmente o addirittura in una transazione isolata.

È evidente che da tale situazioni possono derivare inefficienze di mercato, in quanto il timore di una transazione di cui non si conoscono bene i contenuti e le condizioni può ostacolare la conclusione di un affare o anche, al contrario, portare alla conclusione di una transazione svantaggiosa. Senza il trasferimento delle informazioni, infatti, il consumatore non può valutare la qualità delle offerte e quindi non può distinguere tra offerte buone e cattive; così rischiando le prime di essere eliminate dal mercato (c.d. *adverse selection*)⁸⁹.

Tuttavia è facile constatare che il mercato, mentre spesso è in grado di fornire un quantità socialmente ottimale di beni e servizi, può riscontrare delle difficoltà nel produrre un ammontare altrettanto ottimale di informazioni e, del pari, è improbabile che sia poi in grado di distribuirle efficientemente. Ciò in primo luogo perché, come è stato illustrato dal alcune ricerche⁹⁰, in assenza di una regolamentazione i vantaggi derivanti dalla diffusione delle informazioni sono solitamente sufficienti a far destinare adeguati investimenti in tale direzione. Per sopperire a tale inefficienza è stato quindi spesso richiesto un intervento legislativo per apportare, attraverso la regolamentazione dell'informazione, dei correttivi alla libertà contrattuale.

Tale intervento ha peraltro suscitato molte discussioni perché, come noto, l'autonomia negoziale delle parti è un tema centrale, nel nostro sistema giuridico come altrove⁹¹, per tutte le implicazioni ideologiche e

⁸⁹ AKERLOF, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 1970, 84 Q.J.Econ. 488; EMONS, *Warranties, Moral Hazard, and the Lemons Problem*, 1988, 46 Journal of Economic Theory, 16; Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, 121-131; Fritsch, *Wein, Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, III ed., 1999, 262-269; Furubotn, *Richter, Institutions and Economic Theory*, Ann Arbor, 1998, 222-227.

⁹⁰ Sobel, *Longitude: The true story of the lone genius who solved the greatest scientific problem of his time*, New York, 1995, passim.

⁹¹ Si vedano, ex multis, ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, in Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1988, 329; Id., *The Rise and Fall of the Freedom of Contract*, Oxford, 1979, passim; Beale, *Inequality of Bargaining Power*, 1986, 6 OJLS 123; Buckley (ed.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, 1999, passim; Thal, *The Inequality of Bargaining Power*

pratiche ad esso connesse. Nell'ordinamento italiano e all'interno della Comunità europea, infatti, l'autonomia contrattuale dei privati assume il valore di principio generale e, tranne in alcuni casi eccezionali, si è soliti ripetere che i soggetti devono essere lasciati liberi di determinare se, con chi e come vincolarsi.

Ciononostante, lo svilupparsi di una società moderna e complessa ha ripetutamente messo in crisi tale assunto, inducendo il legislatore ad ampliare le ipotesi in cui tale principio subisce delle limitazioni⁹². A ciò si giunge anche in considerazione del fatto che, nella moderna economia mista, non è concepibile una regola inderogabile che prescriva una autonomia privata assoluta, posto che essa provocherebbe il fallimento del mercato e una condizione di iniquità per i soggetti più deboli.

La tendenza appena descritta non ha lasciato indifferente soprattutto il legislatore comunitario che, attraverso il processo di realizzazione del mercato interno e con l'approvazione di numerosi interventi in difesa dei consumatori, ha previsto di frequente tali restrizioni.

Doctrine – The Problem of Defining Contractual Unfairness, 1988, 8 OJLS 17; Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, passim; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1987, passim; F.A. Hayek, *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*, vol. 2, *The Mirage of Social Justice*, Chicago, 1976, passim; Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 1967, passim; Coester, *Waltjen*, *Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG*, AcP 190, 1990, 1; Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, passim; Fikentscher, *Vertrag und wirtschaftliche Macht*, *Festschrift for Deutscher Juristentag*, 1960, 135; LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, passim; Raiser, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, *Festschrift for Deutscher Juristentag*, 1960, 101; RITTNER, *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, AcP 188, 1988, 101; Wolf, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübingen, 1970, passim.

⁹² L'erosione del principio della autonomia delle parti ha avuto inizio nel ventesimo secolo (cfr. ATIYAH, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract*, Oxford, 1979, passim; Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, passim; F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, vol. 2, *The Mirage of Social Justice*, Chicago, 1976, passim; Kramer, *Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens – eine Standortbestimmung*, München, 1974;). Tra le tante ragioni che hanno determinato tale fenomeno, la tutela dei consumatori, che ha costituito uno dei motori dell'armonizzazione del diritto privato europeo, è stata spesso utilizzata per limitare la libertà contrattuale prevista dal diritto nazionale. Per quanto sopra detto, essa, infatti, può giustificare le limitazioni dell'autonomia delle parti nel mercato interno.

L'imposizione di obblighi di *disclosure* e la previsione di norme sulla trasparenza, ossia finalizzate a garantire la comunicazione e la chiarezza delle informazioni qualificanti il contratto, sono state quindi uno dei primi correttivi all'autonomia privata. La prescrizione di vincoli di tale natura avviene sia per il momento promozionale del bene o servizio, attraverso norme intese a garantire la completezza e la veridicità dei messaggi pubblicitari, sia per la fase più specificamente precontrattuale e per quella relativa alla conclusione del contratto, attraverso vincoli di forma e di contenuto. Essa presuppone inoltre che vengano fornite informazioni rilevanti e comprensibili per la parte che le riceve.

2.3.1. Obblighi informativi contro regole di protezione sostanziale

Le tecniche di tutela adottate al fine di riequilibrare la posizione del consumatore nei confronti dell'impresa si sviluppano tuttavia seguendo anche altre strade. Oltre a quella appena descritta, infatti, il legislatore è spesso intervenuto anche sulla disciplina sostanziale del negozio e del rapporto obbligatorio che ne consegue.

Tale intervento si è concretizzato nella previsione di vere e proprie norme di protezione sostanziale, le quali predispongono – a scapito della libera autonomia delle parti – un regolamento di interessi nel quale il consumatore gode di una serie di facoltà e di diritti mentre al creditore viene limitata la possibilità di fare ricorso ad alcuni tipi di clausole e di eccezioni⁹³. Ovviamente questo secondo tipo di intervento, per la più penetrante e sostanziale intromissione nell'autonomia negoziale delle parti, è in grado di attuare un tipo di tutela più concreto ed efficace rispetto all'imposizione di meri obblighi informativi che invece arrestano i loro effetti alla libera formazione del consenso e all'autoresponsabilizzazione del consumatore⁹⁴.

⁹³ P. COPPOTELLI, *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1871.

⁹⁴ Va evidenziato che l'innalzamento della qualità del contratto per l'utente, che si ottiene con l'introduzione di norme di equilibrio eteronomo del rapporto, sconta tuttavia l'inevitabile prezzo dell'innalzamento del costo del credito a causa della conseguente diversa

In proposito è stato detto da più autori che la prescrizione di obblighi informativi andrebbe accolta e incentivata, poiché essa non crea alcun interferenza con il principio dell'autonomia negoziale, risultando finalizzata ad accrescere e non a restringere le condizioni contrattuali; al contrario, sempre secondo gli stessi autori, la previsione di regole sostanziali troverebbe giustificazione solamente nel caso in cui le regole di informazione non fossero in grado di ovviare al fallimento del mercato ⁹⁵.

Sul punto si scontrano quindi due linee di pensiero. Quest'ultima, di cui si è detto nel precedente paragrafo e che si richiama alle idee economiche neoclassiche ⁹⁶, privilegia una non interferenza del legislatore nella autodeterminazione delle parti e, quindi, assume una difesa in condizionata del principio dell'autonomia contrattuale, ammettendo, qualora fosse necessario, solo l'introduzione di obblighi informativi ⁹⁷. La seconda, che si

allocazione del rischio (così G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 80). Nell'accogliere con favore (v. G. ALPA-M. BESSONE, *Disciplina giuridica delle carte di credito e problemi di controllo del credito al consumo*, in *Giur. It.*, 1976, p. 114; *contra* D. LA ROCCA, *Credito al consumo e sistemi di finanziamenti*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 429.) siffatte prescrizioni non si deve dunque dimenticare di considerare accuratamente il rapporto di costo/beneficio dovuto alla loro introduzione (Cfr. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 81).

⁹⁵ Su tale questione, e più in generale per un'ampia disamina degli obblighi di informazione in ambito consumeristico, v. L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. 1 La tutela del consumatore*, 2008, Milano, p. 172.

⁹⁶ In tali modelli economici è presupposto che il consumatore abbia:

- autonomia di scelta e consapevolezza delle motivazioni di acquisto;
- conoscenza dei prodotti offerti dal mercato e delle loro caratteristiche;
- capacità di identificare le azioni necessarie per ottenere tali prodotti e conoscenza dei benefici derivanti dal loro consumo.

⁹⁷ Solo a partire dalla seconda metà del secolo scorso gli economisti hanno cominciato a interessarsi alla problematica dell'informazione. La teoria microeconomica classica, infatti, vede gli operatori all'interno di modelli di mercato monopolistico o di perfetta concorrenza agire sempre perfettamente informati. Nonostante le intuizioni di alcuni autori (cfr. F.A. HAYEK, *Economics and Knowledge*, 4 *Economica*, 1937; Id., *The Use of Knowledge in Society*, 35 *AER*, 1945; Id., *The Meaning of Competition*, in Hayek (ed.), *Individualism and Economic Order*, Chicago, 1948) avessero già in precedenza evidenziato il problema della mancanza di "perfect knowledge" da parte dei soggetti operanti sul mercato, tali idee non sono state colte se non in epoca successiva.

Il tema delle informazioni è stato introdotto dalla teoria microeconomica neoclassica che, in particolare, ha analizzato il rapporto costi/benefici della loro ricerca ottimale. Le informazioni imperfette e asimmetriche mettono in crisi le logiche di funzionamento del mercato e possono condurre ad un suo fallimento: ciò legittima e impone l'intervento correttivo da parte del legislatore.

Tuttavia, non tutti gli autori hanno condiviso tale concetto della teoria economica neoclassica dell'informazione. In particolare, Herbert A. Simon, già negli anni cinquanta, aveva

basa sulle recenti teorie della “*behavioural economics*” (espressione traducibile come economia comportamentale), abbandona invece l’assunto della perfetta razionalità dell’operatore nelle scelte di consumo e cerca di tenere conto anche delle influenze derivanti dalla società e dalle tecniche di marketing, nonché dei limiti intrinseci della persona umana e della sua psiche⁹⁸. Così facendo, ammette l’eventualità che il consumatore possa compiere delle scelte errate – anzi, lo ritiene pressoché inevitabile – e giustifica, in ragione dei benefici che ne conseguono a livello di efficienza del mercato, un intervento legislativo più incisivo e finalizzato a riequilibrare non solo il momento informativo e decisionale ma anche l’assetto sostanziale dei rapporti negoziali⁹⁹.

La differenza tra regole di informazione obbligatorie e regole sostanziali obbligatorie è dunque evidente: quest’ultime riducono l’autonomia contrattuale delle parti introducendo delle scelte di valore che vengono imposte alle parti del rapporto negoziale mentre le prime sono volte a mettere entrambi i soggetti contraenti nella posizione di poter prendere una decisione consapevole, anche con riferimento alle diverse

introdotto il concetto di “*bounded rationality*” (H. SIMON, *Models of Man*, New York, 1957, *passim*). L’Autore aveva rilevato che il cervello umano ha forti limiti ad elaborare le informazioni e che quindi il comportamento razionale teorizzato dalle scuole economiche neoclassiche non è, nella realtà dei fatti, perseguibile dai consumatori.

Negli anni ottanta e novanta, attraverso le ricerche di Kahneman e di Tversky, è stata elaborata la disciplina economica denominata “*behavioural economics*”, che ha studiato il comportamento economico degli esseri umani per il tramite di esperimenti di laboratorio. La nuova disciplina ha descritto le divergenze del reale comportamento degli esseri umani rispetto ai comportamenti previsti dalla tradizionale presunzione di razionalità, propria delle teorie microeconomiche neoclassiche (cfr. KAHNEMAN, *New Challenges to the Rationality Assumption*, 1994, 150 *JITE*, 18; KAGEL, ROTH, *Handbook of Experimental Economics*, Princeton, 1995, *passim*; CONLISK, *Why bounded rationality?*, in *Journal of Economic Literature* 34, 1996, 669; KREPS, *Bounded Rationality*, in Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, 1998, 168; KOROBKIN, ULEN, *Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics*, 2000, *Calif. L. Rev.*, 88.).

Benché contrapposti in molte loro conclusioni, i due filoni di pensiero sono stati apprezzati anche per la loro complementarità, essendo entrambi utili a spiegare e approfondire il problema dell’informazione nell’economia di mercato.

⁹⁸ Cfr. M. COSTABILE e F. RICOTTA, *Strategie di marketing del consumatore. Proposizioni di ricerca sul fabbisogno di consumer protection*, in *Micro & Macro Marketing*, 2003, p. 401 e ss.; R. PARDOLESI, *Per una nuova sintesi: verso un mercato consumer oriented*, in *Dir. cons.*, 1997, p. 64 e ss.

⁹⁹ Il raffronto tra le due correnti di pensiero emerge in modo molto chiaro in un recente scritto di R. A. EPSTEIN & O. BAR-GILL, *Consumer contracts: behavioral economics vs. neoclassical economics*, in *New York University Law and Economics Working Papers*, New York, 2007, Paper 91.

offerte presenti sul mercato. Ciò, secondo alcuni, renderebbe regole di informazione preferibili alle regole obbligatorie di natura sostanziale, almeno fino a quando siano in grado di garantire una significativa tutela per la parte debole.

L'assunto sembra tuttavia fallace in quanto postula che il consumatore, una volta correttamente informato, sia anche in grado di assumere decisioni razionali¹⁰⁰. Tale postulato, come già chiarito, sembra dover restare confinato all'interno di alcuni teoremi economici, che si rivelano tuttavia ben lontani dalla realtà delle cose.

Ad ogni modo, la disciplina di protezione introdotta dal legislatore comunitario in materia di credito al consumo, e recepita nel nostro ordinamento all'interno del Testo Unico Bancario e del Codice del Consumo è data dalla combinazione di entrambi questi due livelli d'intervento.

Peraltro, mentre le norme di protezione sostanziale consentono per loro natura di determinare le sanzioni applicabili, o quanto meno gli effetti da esse derivanti, qualora venissero violate, non vi è in ambito europeo, né in quello nazionale, un approccio costante e unanime circa i rimedi esperibili nel caso di inadempimento degli obblighi di informazione. Il legislatore comunitario, infatti, si limita per lo più a disciplinare gli aspetti sostanziali della materia, lasciando le questioni di carattere rimediale rimesse alle decisioni e alla regolamentazione dei singoli Stati membri, ai quali, senza specificare le concrete modalità, viene solamente chiesto di raggiungere degli obiettivi¹⁰¹.

Senza soffermarsi in dettagli che verranno analizzati più diffusamente nel prosieguo¹⁰², si segnala che la dottrina ritiene comunque

¹⁰⁰ GRUNDMANN, Party Autonomy for the Internal Market – the Role of Information, 2002, 39 CML Rev, passim; Hommelhoff, Riesenhuber, Strukturmaßnahmen, insbesondere Verschmelzung und Spaltung im Europäischen und deutschen Gesellschaftsrecht, in Grundmann (ed.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts – Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Schuldvertragsrecht, Tübingen, 2000, 259 e 272-279.

¹⁰¹ Wilhelmsson, Twigg Flesner, *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, in *European Review of Contract Law (ERCL)*, vol. 2, 2006, p. 465.

¹⁰² In generale si v. L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. 1 La tutela del consumatore*, 2008, Milano, passim.

possibile il ricorso ai rimedi di diritto comune e che, pertanto, sia possibile invocare la responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 cod.civ., la risoluzione del contratto, l'annullamento del contratto per omissione dolosa delle informazioni. Al mancato assolvimento degli obblighi precontrattuali a cui facesse seguito la conclusione dell'accordo può far seguito anche la nullità del contratto stesso ¹⁰³. In quest'ultima ipotesi si tratterebbe di una nullità virtuale di protezione (dovuta alla violazione di una norma imperativa), in quanto il testo normativo non prescrive, espressamente, la sanzione della nullità quale conseguenza dell'inadempimento degli obblighi informativi nei contratti di credito al consumo ¹⁰⁴.

Altra ipotesi è quella in cui il consumatore viene indotto a concludere il contratto a seguito di informazioni ingannevoli, erronee o addirittura aggressive poste in essere dal professionista: in tali casi, che potranno ricadere nella disciplina delle pratiche commerciali sleali, si potrà avvalere dei rimedi ordinari previsti per l'inadempimento del contratto ¹⁰⁵ ovvero invocare i vizi della volontà, nonché chiedere che ne venga dichiarata la nullità (realtiva).

Più complesso si presenta il caso in cui l'inadempimento degli obblighi precontrattuali di informazione abbia come conseguenza la mancata conclusione del contratto. Pur in assenza di un'esplicita previsione legisla-

¹⁰³ Al riguardo, si rimanda alle considerazioni illustrate relativamente ai contratti a distanza. In ogni caso, si vedano Rossello, *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in Tosi (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, op. cit., 76; Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., *passim*; Cuffaro, voce "Responsabilità precontrattuale", in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988; Grisi, *Gli oneri e obblighi di informazione*, op. cit., 717 ss.; Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, II, Torino, 2000, 201 ss.; Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 177 ss.

¹⁰⁴ È stato rilevato che la soluzione della nullità virtuale va valutata tenendo conto della gravità e del contenuto dei principi di ordine pubblico compromessi dalla violazione della norma imperativa, nonché del nesso tra quest'ultima e gli effetti dell'operazione economica, relativamente a esiti avversati dal diritto (Tosi, *Il contratto virtuale: formazione e conclusione tra regole procedurali comuni e speciali*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di Tosi, op. cit., 194; U. Breccia, *Causa*, in Alpa, Breccia, Liserre, *Il contratto in generale*, Torino, 1999, 155 ss.; Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, *passim*; Franzoni (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1988, 133 ss.).

¹⁰⁵ Wilhelmsson, Twigg Flesner, *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, op. cit., 466.

tiva, sembra infatti percorribile la sola strada dell'azione di responsabilità per *culpa in contraendo* volta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti.

2.3.2. Il coordinamento normativo con la trasparenza bancaria

Prima di esaminare in dettaglio gli obblighi informativi previsti dalla disciplina sul credito al consumo, occorre definire quali siano le norme di riferimento. Ciò soprattutto in virtù della interrelazione esistente fra la disciplina sul credito al consumo e quella contenuta nel precedente capo del TUB dedicato alla trasparenza bancaria. Tra le due discipline, infatti, si instaura una fitta rete di richiami che, in generale, comporta l'estensione delle disposizioni della prima alla seconda «*per gli aspetti non diversamente disciplinati*» (cfr. art. 115, 3° comma, del TUB). La natura del rapporto che si instaura tra i due capi è quindi di specialità, essendo il credito al consumo un sottoinsieme con una propria specifica disciplina “speciale”, che tuttavia trova nella disciplina sulla trasparenza alcune norme applicabili in via residuale ¹⁰⁶.

L'estensione delle norme sulla trasparenza ¹⁰⁷ alla disciplina sul credito al consumo crea peraltro diversi problemi di coordinamento. Si è già

¹⁰⁶ Così G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 79, il quale per descrivere la situazione si avvale dell'immagine dei due cerchi concentrici ove il cerchio più interno, corrispondente alla materia del credito al consumo, individua i soggetti che sono destinatari di ambedue le discipline.

¹⁰⁷ Sul significato assunto dal termine “trasparenza” si veda G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, intervento tenuto nell'ambito del Seminario su “Banche e mercati italiani nella prospettiva internazionale” S. Marco - Perugia, 19 Marzo 2004. L'Autore riconosce che ormai il vocabolo risulta ampiamente utilizzato nelle diverse esperienze giuridiche: nell'espressione francese (*transparence*), in quella inglese (*transparency*) e tedesca (*Transparenz*) si allude sempre ad un significato traslato, rispetto a quello letterale, nel mondo del diritto. Infatti, «in modo metaforico fa riferimento ad una qualità, ad un modo di essere, che si contrappone alla “opacità”, alla illeggibilità, alla indecifrabilità, oppure alla scarsa leggibilità, alla scarsa decifrabilità, o addirittura alla decettività di (i) un documento, un bilancio, un prospetto, un contratto, una clausola contrattuale o un frammento di clausola, un allegato ad un contratto; di (ii) un assetto proprietario, riferito prevalentemente alla titolarità di azioni societarie; di (iii) una operazione economica; di (iv) un comportamento tenuto da soggetti che rivestono un ruolo particolare, uno *status*, o sono investiti di un potere, come accade per gli amministratori di società, per attività di una *holding*; di (v) un comportamento tenuto da parti contrattuali nella fase precedente alla conclusione di un contratto, nella fase della conclusione o nella fase di esecuzione del contratto, e così via». Appare quindi evidente che nel tempo il termine “trasparenza” si è diffuso in settori disciplinari sempre più numerosi e differenti, entrando nel

dato cenno al fatto che le due normative, prima di confluire all'interno del TUB, erano contenute in due diversi testi legislativi. Inizialmente quindi vi era stato un problema preliminare dato dalla necessità di trovare un corretto coordinamento tra di esse ¹⁰⁸. La successiva emanazione del TUB, che le ha collocate e raggruppate ai capi I e II del titolo VI dedicato alla “trasparenza delle condizioni contrattuali”, ha quantomeno risolto questioni di natura formale e sistematica. Sul piano sostanziale, invece, diverse difficoltà interpretative permangono tuttora, in quanto è di difficile realizzazione una piena coerenza fra le due discipline ¹⁰⁹. Se, infatti, alcune risposte possono essere trovate indagando i principi sottesi alle norme e seguendo i criteri logico-applicativi delle medesime, la soluzione di altri contrasti impone scelte di valore fondate sulla prevalenza di quelli che secondo l'interprete sono gli interessi da privilegiare maggiormente.

2.3.3 La nozione di trasparenza

Il richiamo alla trasparenza impone innanzitutto un chiarimento semantico, posto che al termine sono stati attribuiti nel tempo significati non del tutto univoci. L'espressione ha fatto ingresso nel diritto dei contratti in occasione della diffusione della circolare dell'Abi del 25 ottobre 1988, contenente il testo di un “accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela”. Quel contesto tuttavia è ben diverso da quello attuale: lì trasparenza era adoperata in contrappo-

vocabolario dei testi normativi, delle trattazioni dottrinali e pure nel linguaggio giurisprudenziale. Esso appare anche nel contesto internazionale, dove spazia dal trasporto marittimo agli appalti pubblici di cui si occupa la World Trade Organization, dal commercio elettronico alla distribuzione di energia, dall'impiego della moneta unica alla “corporate governance”. Nel linguaggio degli organi comunitari, è ormai di uso comune, anche se con significati e finalità spesso non univoci. Il suo uso ha implicato elaborazioni teoriche e mediazioni in base alle quali di volta in volta è stato elevato a “principio generale”, a canone di comportamento dei privati e della pubblica Amministrazione, a direttiva ordinante del mercato, in particolare del mercato finanziario. Di più. La trasparenza del contratto è divenuta uno degli aspetti qualificanti dei servizi offerti nel commercio elettronico, oggetto di pubblicità commerciale e al tempo stesso garanzia di correttezza di comportamento.

¹⁰⁸ V. A. DOLMETTA, *Due quesiti sull'individuazione della disciplina regolatrice delle operazioni di credito al consumo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 159 e ss.

¹⁰⁹ M. BUSSOLETTI, *Il coordinamento tra trasparenza e credito al consumo*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1885.

sizione alla prassi del rinvio agli usi bancari (c.d. norme bancarie uniformi) e con riferimento ad una clientela composta da “contraenti deboli” rispetto all'impiego di condizioni generali di contratto predisposte dalle banche ai sensi dell'art. 1341 cod.civ.¹¹⁰.

L'intelligibilità del contratto, cioè la chiarezza delle sue clausole, è certamente uno dei connotati specifici della trasparenza.

Successivamente tuttavia l'accezione ha iniziato ad assumere una portata più vasta e densa di significato¹¹¹. Nel TUB essa è intesa anche quale pubblicità, attraverso l'imposizione di obblighi di natura informativa relativamente ai tassi di interesse applicati, ai prezzi, alle spese e ad ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti (art. 116). Ma non solo: allude anche ai positivi effetti di certezza derivanti dalla conclusione del contratto mediante documento, imponendo l'obbligo della forma scritta, e dall'inclusione in tale documento di un contenuto contrattuale obbligatorio (art. 117).

Sicché il termine trasparenza ha ampliato il suo raggio d'azione: non solo intelligibilità ma anche completezza e conoscibilità delle condizioni contrattuali. Diviene il complesso di informazioni offerte al contraente perché possa conoscere e valutare l'operazione economica al momento della sua conclusione, e, una volta concluso il contratto, possa controllare il comportamento della controparte. In più trasparenza, in senso ampio, significa la previsione di limitazioni alla modifica unilaterale

¹¹⁰ V. ALLEGRI, *Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell'ottica della tutela del contraente debole*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, p. 38 e ss.; P. CLAROTTI, *Intervento*, in *La concorrenza bancaria*, Atti del convegno di Ferrara del 12-13 ottobre 1984 (a cura di L.C. UBERTAZZI), Milano, 1985, p. 338 ss.; P. RESCIGNO, *"Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, p. 297 e ss.; G. ALPA, *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 409; P. CARBONE, *La trasparenza bancaria e la tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 479; G. MARLETTA, *Operazioni bancarie e trasparenza*, in *Dir. fall.*, 1995, I, p. 274 e ss.; M. DE POLI, *La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 524 e ss.; P. GAGGERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1995, p. 388.

¹¹¹ G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, n. 2, p. 465 e ss.

delle condizioni contrattuali ove queste non siano comunicate ai clienti (art. 118). La trasparenza, infatti, è oggi richiamata nella fase delle trattative, durante la formazione del contratto, al momento della sua redazione o della sottoposizione all'aderente del contratto già predisposto.

Particolare valenza è stata poi attribuita al termine grazie all'introduzione della disciplina sulla clausole vessatorie, visto che ai sensi dell'attuale art. 35 cod.cons. le clausole devono essere «*redatte in modo chiaro e comprensibile*»¹¹² e quelle potenzialmente abusive devono passare il vaglio degli art. 33 e ss. cod.cons.¹¹³.

Pertanto, in via generale, quando si fa riferimento alla “trasparenza del contratto”, si allude un concetto polifunzionale e preso in considerazione da fonti normative diverse. Ad esempio: (i) le disposizioni generali che riguardano i contratti dei consumatori contenute nel Codice del consumo e le disposizioni che riguardano le condizioni generali di contratto (artt. 1341, 1342, 1370 cod.civ.); (ii) le disposizioni speciali che riguardano i contratti del singolo settore, che possono riguardare sia contratti del consumatore sia contratti tra soggetti in posizione paritetica; (iii) le regole emanate dalle Autorità amministrative indipendenti; (iv) gli accordi, i protocolli di intesa, le direttive negoziate tra le diverse associazioni di

¹¹² Tuttavia, le condizioni generali di contratto applicate dalla generalità degli operatori di settore si presentano sempre stampate a tergo dei moduli di richiesta con un carattere di dimensioni particolarmente ridotte, che non consentono un'immediata evidenziazione delle principali condizioni applicate. Incide sulla poca chiarezza anche l'assenza di una legenda contenente una analitica spiegazione dei termini tecnici o delle definizioni contrattuali, che sarebbe quindi raccomandabile. Infine, molto spesso le stesse condizioni generali vengono adoperate per diversi tipi o schemi negoziali e distinguere quali siano effettivamente applicabili al caso concreto, ossia al contratto sottoscritto dal consumatore, risulta particolarmente arduo, non essendo chiaro quali condizioni siano applicabili solo ad un tipo di rapporto, solo ad un altro o eventualmente comuni a tutti.

¹¹³ Cfr. E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 96; E. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2002, p. 198 e ss.; ID., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 66 ss.; A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto delle banche al diritto bancario*, Milano, 1993, p. 26 e ss.; A. MARINI-C. STOLFI (a cura di), *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, Napoli, 1992, *passim*; V. DESARIO, *La tutela del consumatore: il ruolo dell'autoregolamentazione*, in *Bancaria*, 1996, 3, p. 2 e ss.; S. FORTUNATO, *I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive*, in *Dir. banc.*, 1996, I, p. 27.

categoria, nonché i codici di autodisciplina. Da qui l'interrogativo se di "trasparenza" possa oggi parlarsi come principio generale ¹¹⁴.

Per quanto riguarda il settore bancario, la trasparenza, oltre ad essere stata accolta nel TUB, è stata richiamata dalle importanti deliberazioni del CICR e della Banca d'Italia e dal codice di autodisciplina introdotto dall'ABI ¹¹⁵; essa è inoltre sempre maggiormente posta in risalto dalla giurisprudenza, durante l'esame delle clausole contenute nei contratti bancari ¹¹⁶, e da recenti interventi di matrice comunitaria, che hanno im-

¹¹⁴ Secondo parte della dottrina (cfr. G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, n. 2, p. 465 e ss) la questione assume particolare rilevanza in quanto sottende la possibile estensione della normativa che presidia la trasparenza del contratto concluso tra professionista e consumatore anche a quei contratti conclusi tra parti pariteticamente informate. Proprio partendo da tale negazione, le correnti più vicine ai canoni del formalismo, ritengono impensabile costruire un principio generale sulla base di un processo induttivo, ossia estendendo regole di carattere settoriale a fattispecie che non presentano i medesimi connotati. Da una prospettiva giusrealista viene tuttavia sottolineato che il principio generale si accredita con l'uso, anche se originariamente "generale" non è; poi, dobbiamo convenire che essendo i principi "scatole vuote" riempiti dall'interprete a proprio uso e consumo ricorrere al "principio di trasparenza" significa voler portare valori, che si vuol far accreditare dall'ordinamento o far credere che siano già accreditati dall'ordinamento, inerenti alla correttezza nella negoziazione e nel commercio, alla moralità e alla buona fede nel mercato, ecc.; infine, dobbiamo accertare quanto accade nella prassi negoziale e commerciale, perché a fini di marketing, di "fidelizzazione" del cliente, di organizzazione ed efficienza dell'attività svolta, in via di prassi negoziale i contratti trasparenti si estendono anche al di là dei loro confini naturali, e quindi la "trasparenza del contratto" o la "trasparenza del rapporto" finiscono di fatto per pervadere l'intero universo contrattuale.

Si veda anche G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993, *passim*.

¹¹⁵ Con cui sono è concordata con le associazioni dei consumatori la espunzione dai formulari contrattuali di alcune clausole concordemente qualificate come abusive. Sul punto v. in particolare A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 1992, I, p. 422; M. PORZIO, *L'accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 1990, I, p. 374.

¹¹⁶ A. BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, *passim*; U. RUFFOLO (a cura di), *Clausole vessatorie e abusive. Gli artt. 1469 bis e ss. E i contratti*, Milano, 1997, *passim*; G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, *passim*; A. BONAZZI, *Clausole vessatorie e tutela del consumatore*, in *Arch. civ.*, 2000, VI, p. 737 e ss.; F. FERRARI, *Clausola derogativa della competenza, vessatorietà ex art. 1469-bis c.c. e trattativa individuale*, in *Giudice di pace*, 2000, p. 128 ss.; M. GRANIERI, *Clausole vessatorie tre anni dopo*, in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 82 ss.; A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 1179 e ss.; S. PATTI, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove, a proposito del Trib. Roma, 21 gennaio 2000*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, V, p. 513 e ss.; V. CARBONE, *Si riduce il divario tra direttiva comunitaria e normativa italiana sulla tutela del consumatore*, in *Corr. giur.*, 2000, n. 4, p. 428 ss.; v. inoltre P. SIRENA, *Controllo giudiziale e controllo amministrativo dei contratti stipulati dai consumatori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 469 ss.; G. ALPA-S. PATTI, *Le clausole*

pegnato le banche a riformulare i modelli negoziali concernenti alcuni tipi contrattuali ¹¹⁷.

Quando si fa riferimento alla trasparenza non vanno tuttavia attratti altri profili che attengono piuttosto alla parità di trattamento dei clienti e all'equilibrio negoziale del contratto. Questa operazione ermeneutica che parte della dottrina ha condotto, potrebbe essere accettata solamente a fronte di una diffusa e accettata convenzione linguistica; infatti, la trasparenza in questo ancor più ampio contenuto non allude solo all'ipotesi in cui la disparità di trattamento è data come conseguenza di un comportamento informato all'opacità, all'occultamento, alla omissione di informazioni, e non allude solo all'altra ipotesi in cui la clausola oscura incide sull'equilibrio negoziale. Al contrario, tale percorso ermeneutico porterebbe a ricomprendere anche casi in cui disparità di trattamento o disequilibrio contrattuale non derivino dalla violazione degli obblighi informativi che si dovevano fornire al cliente. In altri termini ¹¹⁸, alla disparità di trattamento o al disequilibrio contrattuale non si rimedia con un surplus di informazioni offerte alla parte che ne risulta pregiudicata. Tra l'altro, proprio l'attrazione di questi temi nell'ambito della trasparenza potrebbe indurre a credere che l'adempimento degli obblighi relativi siano riservati ai consumatori, mentre, come accade nel caso di parità di trattamento, questa regola è operante per tutti i clienti, e solo a determinate condizioni e per certi aspetti del rapporto.

vessatorie nei contratti con i consumatori, in *Commentario al codice civile* (a cura di P. SCHLESINGER), Milano, 2003.

Un indice delle clausole colpite dalle corti perché poco intelligibili e quindi da ritenersi vessatorie è disponibile nel sito Clab dell'Unione europea; sullo scarso utilizzo di tale servizio si vedano tuttavia le osservazioni svolte da H.W. MICKLITZ-M. RADEIDEH, *CLAB Europa – The European Database on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *Journal of Consumer Policy*, 2005, 28, p. 325.

¹¹⁷ È del 1° marzo 2001 la raccomandazione della Commissione dell'Unione europea sull'informativa precontrattuale fornita ai consumatori dagli istituti di credito che offrono mutui per la casa di abitazione (C 2001, n. 477).

¹¹⁸ Così ancora G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, intervento tenuto nell'ambito del Seminario su "Banche e mercati italiani nella prospettiva internazionale" S. Marco - Perugia, 19 Marzo 2004

2.3.3. La pubblicità e l'indicazione del tasso annuo effettivo globale (c.d. TAEG)

La produzione di massa e l'utilizzo diffuso dei mezzi di comunicazione hanno incrementato il ruolo informativo e persuasivo svolto dalla pubblicità commerciale ¹¹⁹. Si è già detto, infatti, che le scienze sociologiche hanno da tempo dimostrato come l'evoluzione e la sofisticazione del nostro sistema economico abbiano assegnato al marketing un ruolo determinante nella imposizione di precisi modelli di vita. Del resto, questo è il risultato a cui è giunta una società opulenta nella quale la produzione ha smesso di essere solo un mezzo di soddisfacimento dei bisogni primari e, allargando il suo raggio d'azione anche a beni e servizi di diversa natura, è finita con l'assumere un ruolo determinante nella creazione dei bisogni stessi.

Tuttavia, in diversi settori e tra essi anche nel credito al consumo, il legislatore ha previsto, per ovviare a determinati rischi, che la pubblicità commerciale sia sottoposta a determinate regole di natura informativa. Per tutelare gli interessi dei consumatori si rende necessario far sì che il messaggio promozionale non sia ingannevole o fuorviante. Il diritto all'informazione, che in questa fase non può essere inteso come obbligo di offrire una completa conoscenza delle caratteristiche e dei rischi connessi al servizio o al prodotto che viene sponsorizzato, rende quindi possibile per il consumatore tutelarsi da un acquisto che potrebbe non corrispondere a quanto rappresentato nel messaggio pubblicitario e lo aiuta – o quanto meno dovrebbe aiutarlo – ad effettuare le proprie scelte economiche senza l'influsso persuasivo della tecnica pubblicitaria.

Serve quindi anche a decifrare la reale natura e le proprietà del prodotto e permette successivamente al consumatore di opporre al creditore le eventuali differenze riscontrate rispetto a quanto promesso; così da rendere la scelta di consumo sempre più una decisione economica consapevole

¹¹⁹ La pubblicità commerciale nasce intorno alla seconda metà del XVIII secolo, al tempo della rivoluzione industriale. Fino ad allora il ciclo economico, ancora ad uno stadio pressoché elementare anche in virtù delle strutture informative e dei trasporti dell'epoca, si fondava sul soddisfacimento di una clientela limitata. La promozione restava quindi affidata alla tradizione, alle abitudini, al passaparola della gente. v. G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968.

nonché per garantire la possibilità di paragonare i prodotti tra loro concorrenti. In tal senso, la chiarezza degli annunci pubblicitari, proprio per la funzione assolta nel garantire la formazione delle scelte dei consumatori, diviene un prerequisito per il leale svolgimento anche della concorrenza fra imprese.

Con specifico riferimento alle operazioni di credito al consumo, la questione si presenta ancor più variegata, potendo concorrere sulla determinazione delle scelte del consumatore sia gli influssi esercitati dal produttore nella promozione del prodotto sia quelli del finanziatore con riferimento ad un'eventuale facilitazione finanziaria. Quest'ultimo, infatti, consentendo l'accesso al credito, in un certo qual modo amplifica la capacità persuasiva del messaggio pubblicitario poiché rende il prodotto disponibile anche senza l'immediata disponibilità della somma necessaria per acquistarlo, facilitando la conclusione dell'operazione. Tuttavia le operazioni di credito al consumo comportano anche un rischio d'indebitamento. E un acquisto avventato, o concluso al di là delle capacità di rimborso, può infatti avere conseguenze molto gravi, ripercuotendosi sulla stabilità finanziaria del patrimonio del consumatore. La disciplina in tema di pubblicità del credito al consumo svolge dunque un ruolo determinante nel definire con chiarezza, sin dai momenti che precedono il sorgere del vincolo contrattuale, le principali condizioni dell'erogazione del finanziamento.

L'art. 123 del TUB stabilisce perciò a carico di chi eserciti un'attività di credito al consumo determinate prescrizioni informative. Esso innanzitutto richiama le disposizioni contenute nell'art. 116 del TUB in tema di trasparenza dei contratti bancari. Si stabilisce dunque un collegamento con la disciplina della trasparenza bancaria che impone di ricavare le norme applicabili al credito al consumo sulla base di un'interpretazione congiunta dei due articoli. Da tale combinato disposto emerge che il finanziatore deve pubblicizzare "in ciascun locale aperto al pubblico" le condizioni del credito, attraverso l'enunciazione dei tassi d'interesse, dei prezzi, delle spese e di ogni altra condizione economica, compresi gli inte-

ressi moratori e le valute applicate per il computo degli interessi ¹²⁰. Non è consentito in alcun modo il rinvio agli usi. Inoltre, per le operazioni di finanziamento comunque denominate, le banche e gli intermediari finanziari sono tenuti a pubblicizzare, nella propria sede e nei locali aperti al pubblico, il tasso effettivo globale medio previsto dall'art. 2, commi 1° e 2°, della l. 7 marzo 1996, n. 108 ¹²¹: tale tasso, c.d. TEGM, aumentato della metà, determina la soglia oltre la quale gli interessi sono sempre considerati usurari.

Al 3° comma dell'art. 116 del TUB viene ulteriormente specificato che il finanziatore deve attenersi anche alle prescrizioni formulate dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio ¹²². Come specificato dall'art. 123 del TUB, in pratica si applicano le citate disposizioni in materia di trasparenza opportunamente integrate dall'indicazione del TAEG e del suo periodo di validità.

¹²⁰ È opportuno sottolineare che, come espressamente previsto dalla norma in esame, tali indicazioni non costituiscono offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 cod.civ.

¹²¹ Periodo inserito dall'art. 13, l. 28 dicembre 2005, n. 262, e così modificato dall'art. 1, 5° comma, d.lgs. 29 dicembre 2006 n. 303. L'art. 2, 1° e 2° comma, della l. 7 marzo 1996 n. 108 prevede che «1. Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 106 e 107 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale. 2. La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata annualmente con decreto del Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale». Il terzo comma inoltre prevede che «le banche e gli intermediari finanziari di cui al comma 1 ed ogni altro ente autorizzato alla erogazione del credito sono tenuti ad affiggere nella rispettiva sede, e in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, apposito avviso contenente la classificazione delle operazioni e la rilevazione dei tassi previsti nei commi 1 e 2».

¹²² Con delibera del 4 marzo 2003 (sulla quale v. meglio *infra*) il CICR è intervenuto per regolare tali aspetti. Le sue disposizioni insieme alle norme di attuazione predisposte dalla Banca d'Italia (Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia 25 luglio 2003) sono state accolte dall'ABI che ha invitato le associate a conformarsi a dette prescrizioni. L'Associazione ha già concluso l'attività di redazione dell'Avviso, nel formato da esporre nei locali aperti al pubblico e nel formato asportabile dalla clientela, sulle principali norme di trasparenza, previsto dalla normativa in oggetto.

Nella prassi tale obbligo è adempiuto essenzialmente mediante l'affissione di un avviso delle “principali norme di trasparenza” – contenente una prima essenziale informazione – e con la messa a disposizione della clientela di “fogli informativi analitici” – recanti le indicazioni prescritte dalla delibera del CICR e dal provvedimento della Banca d'Italia. Tralasciando ulteriori dettagli, di cui si dirà nel prosieguo, gli avvisi sintetici non sono altro che cartelli di grandi dimensioni che devono consentire all'utente un semplice ed immediato raffronto fra le condizioni praticate dai diversi intermediari ¹²³. I fogli informativi analitici, cui gli avvisi sintetici possono rinviare per un maggior dettaglio delle operazioni, sono invece depliant asportabili nei quali vengono specificate le condizioni applicate per ogni singola operazione, dettagliata per forma tecnica e modalità di esecuzione.

Il 2° comma dell'art. 123 TUB impone l'indicazione del TAEG e del relativo periodo di validità anche negli “annunci pubblicitari” e nelle “offerte” in cui venga dichiarato l'ammontare del “tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito”. Il profilo distintivo tra annuncio pubblicitario e offerta viene colto dalla dottrina in modo molto più sottile di quanto una prima lettura della disposizione potrebbe lasciar intuire. Si rileva infatti che, poiché i contenuti della proposta contrattuale devono uniformarsi ai requisiti stabiliti dall'art. 124 del TUB, l'offerta in esame non può essere giuridicamente assimilabile al concetto di proposta quale atto unilaterale in cui si articola il procedimento di conclusione del contratto ¹²⁴. Dovendo cogliere un elemento differenziale tra annunci pubblicitari ed offerta, questo potrebbe essere dato allora dalla circostanza che l'offerta, pur rivolta *ad incertam personam*, fornisce al consumatore elementi sufficienti per permettere di instaurare un rapporto diretto con l'operatore finanziario.

¹²³ A tal fine, devono essere pubblicizzate le commissioni praticate e le altre spese nella loro misura massima per i tassi d'interesse passivi, mentre nella loro misura minima per i tassi d'interesse attivi.

¹²⁴ Più diffusamente v. P. GAGGERO, *Commento all'art. 123*, cit., p. 579.

La diversa natura delle fattispecie contemplate nei due commi dell'articolo in esame va pertanto rinvenuta nella differente forma di pubblicità prevista. L'una obbligatoria *ex art.* 116 del TUB per i locali aperti al pubblico, l'altra implicante invece "qualsiasi (altro) mezzo" attraverso il quale si venga a dichiarare il tasso d'interesse applicato. Nel suo complesso, quindi, la norma obbedisce al principio di offrire al consumatore una corretta informazione precontrattuale e mira inoltre ad assicurare la parità di trattamento dei clienti ¹²⁵.

L'obbligo di comunicare gli elementi sopra indicati riguarda tutte le operazioni e i servizi posti in essere dall'intermediario o da questo commercializzati per conto di altri soggetti. Non sono pertanto sottoposte all'obbligo di pubblicità le condizioni relative ad operazioni non offerte indiscriminatamente al pubblico o che non costituiscono contenuto implicito o necessario del rapporto col cliente ¹²⁶.

Naturalmente la disciplina sulla pubblicità delle operazioni di credito al consumo non esclude l'applicabilità della più generale normativa sulla pubblicità ingannevole e, oggi, con la normativa sulla pratiche commerciali scorrette. La norma in commento si pone dunque in rapporto di specialità, recando norme che non sembrano porre problemi di coordinamento ¹²⁷.

Quid iuris nel caso di violazione delle predette disposizioni? Da un punto di vista civilistico, poiché si tratta di norme inderogabili se non a favore del consumatore, nel caso in cui il TAEG previsto nelle condizioni contrattuali risulti superiore a quello reclamizzato troverà applicazione l'art. 1339 cod.civ. ¹²⁸. In un'ottica pubblicistica, inoltre, il TUB consente al

¹²⁵ V. P. GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contratto e Impresa /Europa*, 1996, p. 655.

¹²⁶ Così S. IACOBELLI-V. PINELLI, *La pubblicità delle condizioni*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1828.

¹²⁷ P. GAGGERO, *Commento all'art. 123*, cit., p. 573.

¹²⁸ Così G. ALPA, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1787; G. ALPA, *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 2001, p. 951 ss.; V. PINELLI, *Il Tasso Effettivo Annuo Globale (TAEG): definizione, scopo; metodo di calcolo*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1867; *contra* P. GAGGERO, *Commento all'art. 123*, cit., p. 587 che contesta la riferibilità dell'art. 117, 6° comma alle operazioni di

Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, di disporre la sospensione dell'attività o la chiusura di singole sedi per un periodo non superiore a trenta giorni (art. 128, 5° comma, del TUB) in caso di ripetute violazioni delle disposizioni concernenti gli obblighi di pubblicità. L'art. 144 del TUB prevede poi una sanzione amministrativa pecuniaria per coloro che violino le norme contenute negli artt. 116 e 123 del TUB, comprese le relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie ¹²⁹.

In definitiva, la tutela apprestata va accolta positivamente per i risultati che ha raggiunto, visto che impone la specificazione di importanti elementi relativi al contenuto del contratto e l'enunciazione di un indicatore sintetico idoneo a favorire comportamenti economici razionali ¹³⁰.

Ci si può tuttavia chiedere se l'apparato normativo appena descritto sia anche sufficiente a rendere il consumatore realmente consapevole dei costi che si appresta a sostenere. In primo luogo l'esperienza insegna che le notizie essenziali riguardanti il tasso d'interesse riflettono solo un ambito

credito al consumo sul rilievo che l'art. 123 disciplina solamente il momento promozionale e non quello genetico del contratto. L'argomento non sembra molto forte visto che, anche se l'art. 117 viene richiamato solo per il 1° e 3° comma, l'art. 115 estende in modo generale la portata delle norme sulla trasparenza bancaria al credito al consumo: la previsione di nullità per le clausole che prevedono tassi più sfavorevoli di quelli pubblicizzati, espressa proprio dal 6° comma dell'art. 117, revoca in dubbio tale censura. Il problema consiste in realtà nel valore da attribuire alla norma, se essa possa essere estesa al credito al consumo secondo un procedimento analogico o se prevalga un'interpretazione a contrario.

¹²⁹ In particolare, (art. 144, 3° comma del TUB) nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, dei dipendenti nonché dei soggetti indicati nell'art. 121 è applicabile la sanzione amministrativa pecuniaria da lire due milioni (€ 1.032) a lire venticinque milioni (€ 12.911) per l'inosservanza delle norme contenute negli artt. 116 e 123 o delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie. Inoltre, (comma 4° dell'art. 144 TUB) per l'inosservanza delle norme contenute nell'art. 128, 1° comma, ovvero nel caso di ostacolo all'esercizio delle funzioni di controllo previste dal medesimo articolo 128, nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, dei dipendenti, nonché dei soggetti indicati nell'art. 121, 3° comma, è applicabile la sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire cento milioni (€ 51.645). La stessa sanzione è applicabile nel caso di frazionamento artificioso di un unico contratto di credito al consumo in una pluralità di contratti dei quali almeno uno sia di importo inferiore al limite inferiore previsto dall'art. 121, 4° comma, lett. a).

Peraltro, tali importi devono ora considerarsi quintuplicati ex art. 39, comma 3, della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (come modificato dall'articolo 7 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 28)

¹³⁰ G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 86.

del contratto di finanziamento, restando esclusi dal computo altri costi che non devono essere dichiarati nella fase precontrattuale. Certamente non si può pensare di sottoporre la pubblicità a vincoli troppo soffocanti, resta però il fatto che la semplice comparazione del costo del credito non è detto rifletta la vera qualità del servizio offerto.

In secondo luogo andrebbe accolta positivamente l'introduzione di regole specifiche, simili a quelle esistenti in altri Stati Membri, sulla concreta modalità di redazione dei messaggi pubblicitari. Senza appesantire la disciplina con regole eccessivamente dettagliate, potrebbero introdursi clausole generali che lascino al giudice il compito di accertare la violazione nel caso concreto. Questo soprattutto a fronte di campagne pubblicitarie che, promettendo vantaggiose condizioni di credito, relegano l'enunciazione del TAEG e degli altri obblighi di legge in spazi ristrettissimi, rendendo l'adempimento alla normativa un puro formalismo che lascia indifferente il destinatario del messaggio.

L'efficacia della disciplina di protezione, soprattutto di quella relativa agli obblighi informativi, va verificata in concreto per la sua capacità di svolgere le funzioni assegnategli. La stessa indicazione del TAEG è plausibile che per i più resti una formula dal significato sconosciuto. L'argomento attiene forse meno all'analisi giuridica della disciplina del fenomeno, ma è doveroso sottolineare che la debolezza del consumatore risiede spesso anche nella scarsa conoscenza delle norme giuridiche a sua tutela. Sino ad ora si è fatto poco per informare il consumatore su quali siano i suoi diritti in genere e, in particolare, nelle operazioni di credito al consumo. L'istruzione dei consumatori non può restare affidata unicamente alle iniziative degli operatori del settore¹³¹ o delle associazioni dei consumatori ma deve divenire un'esigenza primaria dell'ordinamento per permettere il pieno funzionamento della disciplina di tutela¹³².

¹³¹ L'ASSOFIN, Associazione Italiana del Credito al Consumo e Immobiliare, che rappresenta i principali operatori del settore ed è associata all'ABI, ha predisposto sul suo sito internet alcune schede informative sulla disciplina del credito al consumo.

¹³² V. L. ROSSI CARLEO, *Commento all'art. 4, in Codice del consumo*, in *Commentario al Codice del consumo*, (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 125.

2.3.4. Il Tasso Effettivo Annuo Globale

Il TAEG è definito dall'art. 122 del TUB come «*il costo totale del credito a carico del consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso*»; nel suo computo devono essere considerati «*gli interessi e tutti gli altri oneri da sostenere per utilizzare il credito*».

Dal punto di vista sostanziale il TAEG viene quindi ad essere un tasso d'interesse effettivo che, nell'esprimere il costo dell'operazione, prende in considerazione non solo l'interesse nominale ma anche gran parte dei costi che il consumatore è chiamato a sostenere per poter accedere al finanziamento. In questo modo la disciplina sul credito al consumo riesce ad ottenere un tasso globale uniforme, rispetto delle grandi varietà di calcolo applicate dagli operatori per determinare il tasso d'interesse, capace di esprimere una sintesi attendibile anche degli ulteriori costi del finanziamento contenuti nel contratto ¹³³.

Il secondo comma prevede che le modalità di calcolo vengano definite attraverso un'apposita delibera del CICR ¹³⁴. Il modello disciplinare prescelto si inserisce quindi nel fenomeno dell'amministrativizzazione del diritto positivo, caratterizzato dalla frequente attribuzione di poteri alla pubblica amministrazione ¹³⁵. Come ovvio, ma ulteriormente sancito dall'art. 6 del TUB, tale compito deve svolgersi nel rispetto e in armonia

¹³³ P. GAGGERO, *Commento all'art. 123*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1995, p. 566.

¹³⁴ G. ALPA, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1787, esprime dubbi sull'opportunità del rinvio al CICR di tali importanti determinazioni. Il parere dell'Autore è che così facendo non si è data alcuna considerazione agli organismi contrapposti alle banche, quali le associazioni dei consumatori, con ciò trasgredendo i principi espressi nella risoluzione comunitaria del 1975 dove si stabilisce il diritto dei clienti, anche in forma associata, ad essere ascoltati e rappresentati.

¹³⁵ Cfr. P. GAGGERO, *Commento all'art. 123*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1995, p. 570; A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, I, 1993, p. 575. L'amministrativizzazione del TU è avvenuto sia in termini di delegificazione sia in termini d'attribuzione all'autorità di vigilanza di poteri fortemente discrezionali sia, infine, in termini di ampliamento dell'ambito dell'intervento amministrativo. Questo ha significato l'attribuzione al Comitato interministeriale del credito e del risparmio sia del potere di individuare le operazioni e i servizi da sottoporre a pubblicità, sia il potere di disporre sulla forma, i contenuti e i modi della pubblicità, sia di determinare le modalità di comunicazione al cliente delle variazioni sfavorevoli.

con le disposizioni comunitarie, visto che la finalità di due delle direttive sul credito al consumo è stata proprio quella di uniformare il metodo di calcolo tra i paesi aderenti all'Unione europea. In particolare, nel nostro paese, ciò è avvenuto con l'emanazione del decreto del Ministero del tesoro in data 6 Maggio 2000 che ha delegato al CICR l'adeguamento della normativa nazionale alla direttiva 98/7/CE.

Dall'indicatore del costo del credito sono escluse le soli voci analiticamente e tassativamente elencate al 4° comma dell'art. 2 del d.m. 8 luglio 1992¹³⁶. Di tali oneri, nonché delle eventuali coperture assicurative richieste al consumatore e non incluse nel calcolo del TAEG, deve tuttavia farsi espressa menzione nel contratto ai sensi dell'art. 124 del TUB, lettere e-g, fornendone una stima realistica nel caso di difficile computazione.

2.3.5. La formazione del contratto

Quanto alla formazione del contratto, la procedura nella prassi è solita ricondurre il consumatore, che desidera ottenere un finanziamento, nella posizione giuridica del proponente e il finanziatore in quella dell'accettante.

Quanto ai profili di vessatorietà connessi all'inversione della posizione di fatto delle parti del rapporto, per cui il consumatore risulta latore di una proposta vincolante che non ha, come è ovvio, contribuito ad elaborare, va innanzitutto verificato se a tale fattispecie possano essere applicate le norme sulle clausole abusive. Ciò in considerazione del fatto che il momento della proposta e accettazione resterebbe attinente ad una fase del rapporto più propriamente qualificabile come precontrattuale.

¹³⁶ Esse sono in particolare: (i) le somme che il consumatore deve pagare per l'inadempimento di qualsiasi obbligo contrattuale, inclusi gli interessi di mora; (ii) le spese, diverse dal prezzo d'acquisto, a carico del consumatore indipendentemente dal fatto che si tratti di un acquisto in contanti o a credito; (iii) le spese di trasferimento fondi e di tenuta di un conto destinato a ricevere gli importi dovuti dal consumatore, purché questi disponga di una ragionevole libertà di scelta e le spese non siano anormalmente elevate; (iv) le quote d'iscrizione ad enti collettivi, derivanti da accordi distinti da contratti di credito anche se incidenti sulle condizioni di esso; (v) le spese per le assicurazioni o garanzie diverse da quelle alla lettera d).

In ogni caso, la fase precontrattuale è anch'essa pervasa dall'obbligo per le parti di osservare il principio di buona fede (cfr. art. 1337 cod.civ.), precetto che sta alla base anche di tutta la disciplina sulle clausole abusive. E quindi, pur prescindendo da un giudizio sull'inversione delle posizioni in sé per sé, la vessatorietà potrebbe coinvolgere le concrete modalità di conclusione del contratto previste e predisposte dal professionista, le autorizzazioni preventive ad accettare per fatti concludenti e ad erogare la somma direttamente al fornitore del bene. In altre parole, guardando al complessivo assetto dei rapporti e interpretando le clausole le une per mezzo delle altre (cfr. art. 1363 cod.civ), il carattere abusivo delle clausole potrebbe discendere non tanto dall'assegnare al consumatore la posizione di proponente quanto dallo squilibrio che a tale ricostruzione consegue.

Certamente una ricostruzione più fedele al dato reale e più incline a tutelare gli interessi di entrambe le parti dovrebbe assegnare al finanziatore il ruolo di offerente al pubblico e a tale offerta far seguire l'accettazione del consumatore, se del caso subordinando la produzione degli affetti del contratto ad un secondo momento onde poter valutare il merito creditizio, e quindi la solvibilità, del richiedente.

Quanto meno, volendo mantenere l'impostazione adottata dagli operatori del mercato, sarebbe necessario che l'accettazione venisse esplicitamente comunicata e ricevuta dal consumatore, affinché vi sia certezza circa il momento di conclusione del contratto. Ciò tuttavia non si verifica molto spesso poiché le modalità di accettazione da parte del finanziatore adottate nella prassi sono in realtà diverse: (i) alcuni contratti stabiliscono che il perfezionamento del negozio dipende dall'accettazione della proposta, comunicata per iscritto, e quindi l'erogazione del finanziamento risulta quindi essere esclusivamente fase di esecuzione del contratto già concluso; (ii) altri, pur prevedendo che il contratto si perfeziona mediante accettazione scritta, aggiungono che una volta effettuata l'erogazione l'offerta non può più essere revocata¹³⁷; (iii) altri ancora

¹³⁷ Sulla conclusione del negozio per inizio dell'esecuzione v. R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale* (a cura di E. GABRIELLI), Torino, 1998, p.103 e ss.; tra

prevedono la conclusione del contratto mediante erogazione del finanziamento da effettuarsi entro un determinato periodo dalla presentazione della domanda, con l'espressa previsione che l'erogazione equivale ad accettazione.

Sembra effettivamente problematica la possibilità che il contratto si concluda per comportamenti concludenti¹³⁸, ossia a seguito dell'erogazione del finanziamento. Soprattutto tenendo conto del fatto che, nei contratti di mutuo finalizzato, di solito il consumatore non riceve conferma della erogazione e che la somma viene versata a favore di un soggetto terzo (il convenzionato), in quanto tali contratti di finanziamento presentano sempre, senza eccezione, l'autorizzazione preventiva all'erogazione della somma direttamente al fornitore convenzionato.

Tutto ciò pregiudica gli interessi del consumatore che, a scapito di tutte le forme di trasparenza apprestate dalla normativa di protezione, non è poi messo in grado di conoscere la data a partire dalla quale il contratto produce effetti e quindi il momento in cui sorge il suo obbligo di rimborso della somma mutuata. A ben vedere non si tratta qui solo di una questione di vessatorietà, quanto anche del rispetto del principio secondo cui l'accettazione ha carattere recettizio. Inoltre, anche riconducendo la fattispecie alla previsione dell'accettazione per fatti concludenti, sembrano violati i canoni dettati dall'art. 1327 cod.civ.: innanzitutto perché la conclusione mediante esecuzione non si addice a una tipologia di contratto per il quale è previsto un obbligo di forma scritta (*ex art. 117 del TUB*)¹³⁹; poi

gli altri, si v. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 120; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p.365; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Artt. 1321-1352, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1970, p. 111; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 239.

¹³⁸ Il contegno non dichiarativo che può condurre alla conclusione del contratto previste dall'art. 1327 cod.civ. è, in primo luogo, quello che, come nella fattispecie regolata dalla norma, si risolve in varia misura nell'esecuzione della prestazione contrattuale (Cosi V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 200).

¹³⁹ Si tenga presente che la Cassazione (n. 4400/1996) ha precisato che «*nei contratti per i quali sia prescritta la forma scritta, a pena di nullità, l'accettazione deve essere necessariamente manifestata in modo esplicito, ma è sufficiente che la volontà di accettare la proposta sia desumibile, per implicito, da una dichiarazione redatta per iscritto, diretta alla controparte da colui cui la proposta è indirizzata*». Pertanto, nonostante l'accettazione possa ricavarsi implicitamente, è sempre necessario che tale operazione sia fondata su una

perché la clausola che la autorizza è predisposta unilateralmente dal finanziatore; infine perché in ogni caso sarebbe prescritta la comunicazione di un avviso – cfr. 2° comma – dell’iniziata esecuzione ¹⁴⁰.

Sembra invece da approvare la clausola, inserita nei moduli di una nota finanziaria, in virtù della quale «*il contratto si perfeziona mediante conferma scritta; l'importo oggetto del finanziamento sarà erogato entro 20 giorni dalla data di perfezionamento del contratto, salva l'ipotesi in cui sia concordato un termine differente con il Convenzionato; effettuata l'erogazione la domanda non può più essere revocata; in caso di finanziamento finalizzato il Cliente delega irrevocabilmente [la finanziaria] a erogare direttamente al convenzionato la somma finanziata; in caso di finanziamento personale [la finanziaria] erogherà direttamente al cliente l'importo oggetto del finanziamento*». In questo caso l'accettazione è prevista per iscritto e la proposta può essere revocata sino a che non sia iniziata l'esecuzione del contratto. Può essere semmai censurato il rinvio alle condizioni praticate con i singoli Convenzionati per la determinazione del termine entro cui si provvede all'erogazione dell'importo proprio alla luce della revocabilità appena descritta dell'offerta sino a quel momento.

È vero che, una volta effettuata l'erogazione, la domanda di finanziamento non può più essere revocata ma ciò non sembra porsi in contrasto con l'art. 33, 2° comma, lett. d) cod.cons. poiché presupposto della irrevocabilità sta proprio nel fatto che il professionista abbia già proceduto ad accettare la proposta. La previsione della irrevocabilità della domanda una volta avvenuta l'erogazione nulla rappresenta se non l'espressione del principio per cui la proposta è revocabile solo fino a quando il contratto non si sia concluso (art. 1328 cod.civ.). Anzi, estende il

dichiarazione scritta indirizzata alla controparte. In generale sul punto, si veda R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, Tomo II, Torino, 2002, p. 53.

¹⁴⁰ Come correttamente osservato, si tratta di una norma che può essere ricondotta al più generale principio di buona fede e che espressamente prevede, in mancanza di avviso, che l'accettante si tenuto a risarcire il danno. Si ritiene quindi che la responsabilità abbia natura contrattuale, attenendo all'inadempimento di un'obbligazione di origine legale e che i danni risarcibili corrispondano a quelli che il proponente ha subito per non aver avuto tempestiva notizia della conclusione del contratto.

principio della revocabilità (*rectius*: della facoltà di recedere), anche all'intervallo di tempo intercorrente tra l'accettazione e l'effettiva erogazione della somma. Come detto però, non tutte le clausole relative alla conclusione del contratto presentano tale tenore, e pertanto per esse si pone il delicato problema della loro validità.

2.3.5. Le prescrizioni di forma e la nullità relativa

Sotto il profilo della formazione della volontà del consumatore, anche l'art. 124 del TUB assolve una funzione molto importante, ponendo obblighi di forma e di contenuto per la conclusione di contratti di credito al consumo. Dopo aver fissato gli obblighi informativi e di trasparenza inerenti al momento promozionale del prodotto, il legislatore prosegue nel dettare le modalità e le forme attraverso cui deve perfezionarsi l'accordo. La norma qui in esame ¹⁴¹ va quindi a saldarsi con le previsioni relative alla promozione delle operazioni di credito al consumo poiché entrambe adempiono alla medesima *ratio*, ossia evitare che il consumatore venga ad assumere impegni non chiari o comunque diversi da quelli che erano stati pubblicizzati ¹⁴². Anche per tale ipotesi viene effettuato un rinvio alla disciplina del precedente capo dedicato alla trasparenza dei contratti bancari e, in particolare, all'art. 117, 1° e 3° comma, del TUB che impone, sotto pena di nullità, la redazione del contratto in forma scritta con consegna di un esemplare al cliente ¹⁴³.

Si assiste dunque all'ennesimo ricorso a disposizioni derogatorie del principio della libertà delle forme in tema di contrattazione di massa. Il requisito della forma scritta, infatti, ha assunto carattere generale quale strumento di prima tutela dei consumatori. È importante osservare il rin-

¹⁴¹ Cfr. art. 4 della direttiva 87/102/CEE.

¹⁴² Cfr. A.M. CARRIERO-G. CASTALDI, *Le direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1799.

¹⁴³ Il principio della forma scritta è stato presente sin dalle prime formulazioni del testo comunitario né è mai stato posto in discussione durante tutte le fasi dell'*iter* normativo. Difatti, non vi sono state serie obiezioni alla sua introduzione, pur non mancando posizioni tese a renderla facoltativa o a considerarla obbligatoria solo per contratti superiori a determinati importi.

novato ruolo, in funzione garantistica, che è stato assegnato alla forma e al contenuto necessario del contratto. Ciò soprattutto alla luce del fatto che tale genere di protezione appare ormai consolidata ma originariamente del tutto nuova per il nostro ordinamento ¹⁴⁴.

Prima dell'azione della comunitaria, infatti, la forma del contratto non aveva assunto nel nostro ordinamento uno scopo così fortemente caratterizzato dall'esigenza di tutelare il diritto d'informazione del contraente debole. La generalizzazione di tale requisito in tema di contrattazione di massa è ormai così consolidata da aver aperto in dottrina un dibattito circa il senza peraltro mancare di sollevare un ampio dibattito in dottrina sul c.d. "neoformalismo negoziale" ¹⁴⁵. Inutile ribadire che tale tipo di tutela, per quanto utile al consumatore, non potrà mai ovviare a tutti i problemi relativi alla disparità di potere contrattuale fra le parti. Infatti la conoscenza, o meglio a conoscibilità, delle condizioni applicate migliora le condizioni di scelta delle offerte e svolge quindi un ruolo importante anche a favore del mercato ma non pone rimedio a problemi di natura

¹⁴⁴ Come osservato, il salto di qualità va colto non tanto nel passaggio della forma *ad substantiam* da eccezione a regola dato il carattere non eccezionale delle prescrizioni codicistiche sulla forma (cfr. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 55 e ss.; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 12), quanto nel rovesciamento dell'impostazione tradizionale, consistente nel fare della forma un autonomo requisito di validità. Nella maggior parte delle ipotesi è prevista una nullità di tipo completamente nuovo e "funzionale". Per un'ampia ricostruzione si v. V. Scalisi, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Milano, 2007, p. 476 e ss.

¹⁴⁵ La legislazione degli ultimi anni e in particolare quella derivante dalle direttive comunitarie di conformazione del mercato unico ha determinato mutamenti profondi nella struttura di istituti classici del diritto, tra cui quello della forma, essendosi affermato il neoformalismo contrattuale con funzione (generalmente) protettiva e (specificamente) informativa in settori fondamentali come quelli dei servizi bancari e finanziari (Così F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 465; si v. inoltre R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, *passim*).

Più in generale con riferimento all'ampio dibattito dottrinale sul neoformalismo negoziale si v. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, *passim*; in senso critico: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, *passim* e pp. 117 e G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre* 1987, p. 313 e ss.. Ancora, N. IRTI, *Formalismo ed attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 1 e ss..

sostanziale derivanti dal rapporto consumatore-professionista che continua ad essere regolato da clausole predisposte unilateralmente.

Per quanto riguarda i requisiti di contenuto, l'articolo impone anche l'espressa indicazione di alcuni elementi all'interno del documento contrattuale¹⁴⁶. Tra di essi figurano: (a) l'ammontare e le modalità del

¹⁴⁶ Nella proposta di direttiva, la relativa norma individuava una serie di elementi, diversificati in ragione della natura dell'accordo, che avrebbero dovuto formare oggetto di specifica indicazione all'interno del regolamento contrattuale. Su questo punto la divergenza di vedute accese un ampio dibattito fra gli Stati membri. Fondamentalmente si ritenne che una individuazione troppo puntuale degli elementi da indicare nel contratto, se per certi versi costituiva solo la formalizzazione di prescrizioni comunque previste all'interno della direttiva, per altri versi avrebbe introdotto rilevanti elementi di rigidità nella pratica commerciale, tali da ridurre in concreto gli obiettivi di chiarezza e di tutela del consumatore. La semplificazione del testo ha quindi portato a ridurre i requisiti formali di contenuto all'indicazione del tasso annuo effettivo globale, espresso in forma percentuale, incluse le condizioni secondo cui questo può essere modificato (nell'ambito dell'informazione che deve essere assicurata, l'obbligo di indicare le condizioni per cui il contratto può essere modificato mentre legittima l'inserimento delle clausole di indicizzazione che soddisfino il requisito della certezza delle condizioni di variazione, impedisce il protrarsi di generiche riserve di revisione. così L. FABII, *Ambito di applicazione della direttiva sul credito al consumo*, cit., p. 56.), nonché ad esprimere un generico rinvio agli «*altri elementi essenziali del contratto*». Con questa formula si è voluto rendere più flessibile il requisito dell'elencazione del contenuto del contratto in modo da permettere un facile adattamento al regime di diritto comune vigente nei singoli Stati membri (La natura dell'essenzialità dei singoli elementi che devono figurare nel contratto viene così stabilita dall'ordinamento giuridico di ciascuno Stato: si dà atto in tal modo della circostanza che parte o tutti gli elementi precisati nell'allegato possano trovare una loro fonte regolamentare nell'ambito dei singoli ordinamenti in fonti giuridiche diverse dalla direttiva e dalle relative norme di attuazione. Si è dunque evitato che situazioni analoghe potessero essere assoggettate nello stesso ordinamento a diversi regimi giuridici (così ancora L. FABII, *Ambito di applicazione della direttiva sul credito al consumo*, cit., p. 55.).

Solo in via esemplificativa nell'allegato della direttiva figura adesso un elenco di elementi che gli Stati membri possono a loro discrezione considerare essenziali e quindi obbligare il loro inserimento nei contratti di credito al consumo. Si riporta qui di seguito l'elenco degli elementi di cui all'art. 4, par. 3, come indicati dall'allegato della direttiva: 1) Contratti di credito che concernono la fornitura di determinati beni o servizi: i) La descrizione dei beni o dei servizi che costituiscono l'oggetto del contratto; ii) il prezzo di acquisto in contanti e il prezzo stabilito dal contratto di credito; iii) l'importo dell'eventuale acconto, nonché il numero, l'importo e la data di scadenza delle rate, oppure il metodo da utilizzare per determinare ciascuno di tali dati, qualora non siano noti al momento della conclusione del contratto; iv) l'indicazione che il consumatore ha diritto, in conformità dell'articolo 8, a una riduzione in caso di rimborso anticipato; v) l'indicazione della persona cui spetta la proprietà dei beni, qualora il passaggio di proprietà non sia immediato, e le condizioni alle quali il consumatore acquista la proprietà dei beni; vi) una descrizione delle eventuali garanzie richieste; vii) l'eventuale periodo di riflessione; viii) l'indicazione della(e) assicurazione(i) eventualmente richiesta(e) e, qualora la scelta dell'assicuratore non venga lasciata al consumatore, l'indicazione del relativo costo. 2) Contratti di credito operanti mediante carte di credito: i) l'eventuale valore massimo dell'importo del credito; ii) le condizioni di rimborso o il modo per stabilirle; iii) l'eventuale periodo di riflessione. 3) Contratti di credito sotto forma di crediti allo scoperto permanenti, non altrimenti contemplati dalla direttiva: i) l'importo

finanziamento; (b) il numero, gli importi e le scadenze delle singole rate; (c) il TAEG; (d) il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato; (e) l'importo e la causale degli oneri esclusi dal calcolo del TAEG, ovvero una loro stima realistica, quale limite a quanto il consumatore può essere chiamato a pagare; (f) le eventuali garanzie richieste; (g) le eventuali coperture assicurative richieste al consumatore e non incluse nel calcolo del TAEG.

Nel caso specifico di contratti che abbiano ad oggetto l'acquisto di determinati beni o servizi, queste indicazioni vanno integrate con: (a) la descrizione analitica dei beni o servizi che vengono acquistati; (b) il prezzo d'acquisto in contanti, il prezzo stabilito dal contratto e l'ammontare dell'eventuale acconto; (c) le condizioni per il trasferimento della proprietà nei casi in cui il passaggio non sia immediato.

Quest'ultima ipotesi riguarda principalmente la concessione di credito sotto forma di dilazione del pagamento e il mutuo di scopo. Nonostante i dubbi sollevati, non dovrebbero esserci ostacoli per ricondurre alla fattispecie in esame anche il *leasing* traslativo al consumo. Benché in quest'ultimo caso l'erogazione di un finanziamento non è immediatamente funzionale a consentire l'acquisto di un bene, sembra infatti che l'evocazione del "non immediato" passaggio di proprietà possa essere riferibile proprio alla fattispecie richiamata ¹⁴⁷.

La sanzione per l'inosservanza delle prescrizioni di forma statuite dalla legge in materia di credito al consumo è, ai sensi dell'art. 117, 3° comma, la nullità. Il concetto va tuttavia ulteriormente specificato perché l'art. 127, 2° comma, stabilisce che «*le nullità previste dal presente titolo*

dell'eventuale massimale del credito o il metodo per determinarlo; ii) le condizioni di utilizzazione e di rimborso; iii) l'eventuale periodo di riflessione. 4) Altri contratti di credito che ricadono sotto la direttiva: i) L'importo dell'eventuale massimale del credito; ii) l'indicazione dell'eventuale garanzia richiesta; iii) le condizioni di rimborso; iv) l'eventuale periodo di riflessione; v) l'indicazione che il consumatore ha diritto, in conformità dell'articolo 8, a una riduzione in caso di rimborso anticipato).

¹⁴⁷ Per tutti v. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 95.

possono essere fatte valere solo dal cliente»¹⁴⁸. La sanzione della nullità assume allora carattere relativo¹⁴⁹ essendo invocabile solo dal consumatore e, seguendo il tenore della norma, consegue solamente al mancato assolvimento del requisito della forma scritta.

All'inosservanza della consegna di una copia al cliente, parte della dottrina fa invece seguire una forma d'inopponibilità delle condizioni contrattuali più sfavorevoli e di operatività del meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 1339 cod.civ.¹⁵⁰. Altri autori, inoltre, considerando la *traditio* un momento centrale del processo informativo del cliente, la cui violazione comporterebbe già violazione del principio di buona fede esecutiva, fanno discendere da tale omissione un vero e proprio obbligo risarcitorio da parte del finanziatore¹⁵¹. Trattandosi di nullità relativa, l'ipotesi di un regolamento negoziale più favorevole al consumatore e non redatto per iscritto è un problema di scarsa natura pratica in quanto quest'ultimo, con tutta probabilità, non si avvarrà della facoltà concessa¹⁵².

Si è dunque ripetuto un principio di tutela che si conforma alla tendenza legislativa già espressa anche in altri testi legislativi dedicati alla protezione del consumatore e ormai decisamente consolidata. Una consi-

¹⁴⁸ Il tenore della norma richiama l'analoga sanzione prevista per le clausole abusive nei contratti dei consumatori, oggi contenuta all'art. 36 cod.cons. (sulla quale v. M. NUZZO, *Commento all'art. 36 «Nullità di protezione»*, in *Commentario al Codice del Consumo* (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 255 e ss.).

¹⁴⁹ Più in generale, sul tema della nullità relativa o di protezione la produzione scientifica è sconfinata. Senza pretesa di esaustività si v. A. DI MAJO, *Nullità nuove*, in *Il contratto in generale* (a cura di M. Bessone), Torino, 2002, pag. 130; M. NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 308; V. ROPPO, *Il contratto*, in Milano, 2001, p. 735; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I Contratti*, 2003, p. 200; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale* (a cura di E. GABRIELLI), Torino, 1998, II, p. 1255; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 45; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; P. M. PUTTI, voce *Nullità* (nella legislazione di derivazione comunitaria), in *Dig. disc. priv., sez. civ., aggiornamento*, Torino, 2000, p. 685; P. M. PUTTI, *La nullità parziale: diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002.

¹⁵⁰ F. MACARIO, *Commento 124*, in AA.VV., *Norme di attuazione*, cit., p. 813.

¹⁵¹ P. COPPOTELLI, *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1874.

¹⁵² Così G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 94, e R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996.

derevole parte delle norme di derivazione comunitaria, pur incidendo sulla regolamentazione di rapporti fra privati, mal si prestano ad essere descritte ed ordinate secondo istituti noti alle nostre categorie giuridiche ¹⁵³. La disciplina di tutela, oltre a porsi come speciale rispetto al diritto generale dei contratti, abbandona dunque anche le categorie concettuali elaborate nel codice civile e rielabora lo strumentario delle sanzioni civilistiche per adattare alle rinnovate esigenze.

2.3.6. La nullità delle clausole di rinvio agli usi

Gli ultimi due commi dell'art. 124 del TUB contengono tipiche norme di tutela del consumatore che incidono sull'autonomia negoziale dell'impresa. Essi infatti proteggono il consumatore di fronte ai possibili arbitri del finanziatore e prevengono il rischio che il contenuto delle obbligazioni nascenti dal vincolo contrattuale possa essere determinato in maniera difforme da quella stabilita in via imperativa ¹⁵⁴.

Al 4° comma si stabilisce che «nessuna somma può essere richiesta o addebitata al consumatore se non sulla base di espresse previsioni contrattuali». Si tratta in buona sostanza di non vanificare *ex post* quei risultati ottenuti grazie agli obblighi informativi e di trasparenza imposti nella fase pubblicitaria e precontrattuale, rendendo tassative ed espresse in contratto tutte le ipotesi in cui una somma può essere a qualsiasi titolo addebitata al cliente. Si aggiunge subito dopo che «le clausole di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche applicate sono nulle e si considerano non apposte».

La prima parte della norma, se letta in modo riduttivo, non sembrerebbe introdurre nulla di particolarmente innovativo. Al di là della suo carattere solenne, per alcuni commentatori si rivelerebbe quindi meramente tautologica nel ribadire concetti e principi già presenti e

¹⁵³ In questi termini v. P.M. PUTTI, *L'invalidità del contratto*, in *Diritto privato europeo* (a cura di N. LIPARI), Padova, 1997, p. 691.

¹⁵⁴ G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 102.

comunemente accettati nel diritto comune dei contratti. Per attribuirgli un qualche significato utile, allora, essa può essere interpretata nel senso di prevenire che possano venire richieste al cliente somme o prestazioni non espressamente contemplate dalle clausole contrattuali, secondo la prassi bancaria di rinviare *per relationem* alcune determinazioni del contenuto negoziale. L'obbligo di chiarezza impone quindi che il consumatore non sia chiamato a svolgere nessuno sforzo ulteriore rispetto a quello di conoscere le condizioni stabilite nel contratto redatto in forma scritta, da lui sottoscritto e consegnatogli in un esemplare. La norma va inoltre letta nel senso di porre sull'istituto di credito l'onere di predeterminare in contratto qualsiasi costo o spesa che il consumatore vedrebbe addebitarsi qualora esercitasse quei diritti che la legge gli garantisce.

Diverso il discorso relativo al divieto di rinvio agli usi, che diviene una specificazione (espressamente inderogabile) delle più generali prescrizioni codicistiche.

È noto che, in ambito bancario, tali prescrizioni sono state a lungo eluse da una prassi giudicata legittima dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza ¹⁵⁵. Le banche, infatti, hanno fatto ricorso a clausole di rinvio alle condizioni praticate usualmente su piazza per la determinazione del tasso d'interesse ultralegale. Il problema di determinabilità dell'oggetto veniva quindi trasferito alle caratteristiche di "oggettività" e di "certezza" di tali clausole, e cioè all'idoneità del riferito procedimento a fornire i parametri oggettivi richiesti dall'art. 1284 cod.civ. La dottrina aveva da tempo evidenziato perplessità circa la legittimità di tale indirizzo sul piano della tutela del cliente, proprio per il fatto che l'integrazione contrattuale attraverso gli usi accentuava in modo insostenibile lo squilibrio fra le parti a causa dell'imprevedibilità e dell'incontrollabilità di tali

¹⁵⁵ Cfr. Cass. 30 maggio 1989, n. 2644, con nota di G. CARRIERO, *In tema di determinazione del tasso dell'interesse ultralegale attraverso il rinvio alle condizioni praticate usualmente dalle banche sulla piazza*, in *Mondo Banc.*, 1989, p. 53. V. inoltre Cass, 3 dicembre 1988, n. 6554; Cass. 12 dicembre 1987, n. 8325; Cass. 14 febbraio 1984, n. 1112; Cass. 9 aprile 1983, n. 2521.

mutamenti ¹⁵⁶. Fino a pochi anno or sono, tuttavia, la Suprema Corte si limitava a ritenere sufficiente la preventiva determinazione del meccanismo di definizione dell'interesse, senza peraltro valutare l'idoneità in concreto di poter conoscere l'andamento dei tassi ¹⁵⁷.

Quanto all'anatocismo l'art. 1283 cod.civ. prevede che, in assenza di usi contrari, gli interessi scaduti producano a loro volta interessi, solo dal giorno della domanda giudiziale oppure a causa di convenzione successiva alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi. È noto a riguardo che per lungo tempo la consuetudine consolidata del settore bancario prevedeva la capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, in conformità ai regolamenti ABI Tuttavia, dopo decenni di tacito assenso nonché di esplicito riconoscimento della legittimità di tale prassi da parte della giurisprudenza, la Suprema Corte di Cassazione, con le sentenze 2374/99 e 3096/99, ha mutato il proprio indirizzo interpretativo affermando che la suddetta prassi non è riconducibile ad un "uso normativo" (ai quali rinvia l'art. 1283 cod.civ.), bensì ad un mero "uso negoziale" ed escludendo conseguentemente la legittimità dell'anatocismo.

Il 4° comma dell'art. 124 del TUB, ancor prima che la giurisprudenza mutasse il proprio orientamento interpretativo, aveva quindi sancito la nullità delle clausole di rinvio agli usi e dell'addebito di qualsiasi spesa o onere che non fosse stata espressamente prevista in contratto. La norma ha quindi avuto il pregevole merito di contribuire all'affermarsi di un movimento di pensiero più aperto alla trasparenza, alla chiarezza, alla tutela del soggetto debole del rapporto contrattuale. Ugualmente va sottolineato che il suo oggetto è limitato a "somme" richieste o addebitate al consumatore e alle clausole "per la determinazione delle condizioni economiche": non prende quindi in considerazione altro che le condizioni economiche

¹⁵⁶ P. RESCIGNO, *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 303; A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio della trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 152/92*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 391; A. NIGRO, *Interessi ultralegali e condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 1988, I, p. 528.

¹⁵⁷ G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 104.

applicate. Disposizioni di natura secondaria, emanate dal CICR e dalla Banca d'Italia – sulla quali v. *infra* – stabiliscono poi che siano contrattualmente indicate anche le caratteristiche e i rischi tipici dell'operazione o del servizio. Inoltre è richiesto che venga richiamata l'attenzione dei clienti su clausole non strettamente economiche contenute nel contratto che regolano l'operazione o il servizio.

Da ultimo, il 5° comma, prevede meccanismi d'integrazione del contratto, per il caso di nullità parziale o di assenza delle clausole essenziali, così da non mettere in crisi il funzionamento del contratto. La nullità parziale infatti, ove non fossero previsti meccanismi sostitutivi operanti di diritto, potrebbe facilmente consentire, ai sensi dell'art. 1419 cod.civ., l'estensione della nullità all'intero contratto. Tale sanzione, che ovviamente si colloca sul piano dell'invalidità del negozio e che conduce ad effetti radicali di perdita di efficacia dello stesso, potrebbe non rispondere infatti agli interessi delle parti e non tutelare adeguatamente il consumatore, interessato alla prosecuzione del rapporto contrattuale. Il regime di nullità parziale che, in deroga all'art. 1419 cod.civ., esclude *ex ante* la possibile estensione della nullità all'intero contratto, e la contemporanea sostituzione *ex lege* delle clausole coinvolge tuttavia soltanto le ipotesi di mancata indicazione degli elementi a contenuto economico.

In assenza di tali clausole, l'art. 124 del TUB stabilisce che: (i) il TAEG vada rapportato al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli simili eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nell'ultimo anno precedente la conclusione del contratto; (ii) la scadenza vada fissata a trenta mesi; (iii) a favore del finanziatore non venga riconosciuta alcuna garanzia o assicurazione.

La sostituzione dettata dall'art. 124 del TUB sembra tuttavia non rappresentare una tipica ipotesi di sostituzione automatica di clausole ex art 1339 cod.civ. posto che tale istituto non opera solo per colmare una

lacuna del regolamento negoziale, ma soprattutto in chiave sostitutiva e necessaria ¹⁵⁸

Per i rimanenti casi di nullità, o in assenza di altri elementi prescritti dall'articolo in esame, la sostituzione andrebbe condotta con riferimento alle condizioni pubblicizzate precedentemente alla conclusione del contratto, estendendo l'applicazione dell'art. 117, 6° comma, del TUB anche al credito al consumo ¹⁵⁹. Al contrario, rifiutando tale soluzione, e rifiutando l'estensione della norma appena richiamata, non si farebbe altro che abbandonare l'interprete in una situazione di *impasse*, con conseguente estensione all'intero contratto della nullità della singola clausola. Preso atto, tuttavia, che questa ipotesi comporterebbe nullità relativa, la decisione sulla prosecuzione del rapporto contrattuale spetterebbe solo al consumatore e non a tutti e due i contraenti come previsto dalla norma sulla nullità parziale.

Da quanto sopra emerge quindi che nei contratti di credito al consumo non è consentita l'operatività degli usi, intesi nell'accezione di "usi normativi" di cui all'art. 1374 cod.civ., che sono inidonei a derogare alle norme di legge in ragione della loro posizione nella scala gerarchica delle fonti normative. Ma discorso analogo vale anche per gli "usi negoziali", che consistono in prassi diffuse in una zona geografica rispetto a una determinata pratica commerciale pur in assenza dei requisiti posti dall'art. 8 disp. prel. cod.civ. e che, secondo alcuni autori ¹⁶⁰, sono potenzialmente idonei a derogare a norme di carattere dispositivo. Ad essi in particolare fa riferimento l'art. 1340 cod.civ. laddove prevede che le clausole d'uso si

¹⁵⁸ E proprio per tale ragione la norma di cui all'art. 1339 cod.civ. è attualmente interpretata quale espressione della pluralità delle fonti di regolamentazione del contratto (cfr. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969) piuttosto che come obbligo di comportamento imposto ai privati. L'art. 124 del TUB rappresenta invero proprio tale ipotesi, imponendo ai privati – o meglio alla parte che agisce in via professionale – di specificare in contratto determinati elementi, pena l'integrazione di diritto di alcune clausole.

¹⁵⁹ Così G. DE NOVA, *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1877 *contra* G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 105.

¹⁶⁰ Cfr. R. SACCO.

presumono inserite nel regolamento contrattuale a meno di una contraria scelta delle parti.

Gli usi normativi, dunque riconosciuti come consuetudini consolidate aventi valore di fonte del diritto, si distinguono dai c.d. usi negoziali, prassi contrattuali reiterate, utilizzate per il perfezionamento e l'interpretazione dei contratti. Proprio in ragione della loro valenza subordinata, nell'ambito delle fonti, alla legge ed ai regolamenti, gli usi «*hanno efficacia solo in quanto siano richiamati dalle stesse norme primarie*» (c.d. usi *secundum legem*), mentre nelle materie non disciplinate da alcuna normativa gli usi, se accertati e raccolti dai soggetti autorizzati (ad es. le Camere di Commercio), hanno valore di fonte autonoma e si rivelano assai preziosi proprio per colmare le lacune legislative (c.d. usi *praeter legem*). Non hanno invece alcuna validità gli usi contrastanti con le fonti del diritto primarie (c.d. usi *contra legem*), come peraltro conferma l'art. 15 disp. prel. cod.civ., laddove dispone che la legge possa essere soppressa o superata solo da un'altra legge successiva, e non da una fonte giuridica inferiore, né tantomeno possa scomparire per desuetudine.

Giova tuttavia rilevare che le Camere di commercio pur in presenza di tali norme continuano a raccogliere gli usi in materia di credito al consumo¹⁶¹. Che ruolo che possono avere oggi tali raccolte? Innanzitutto

¹⁶¹ Fra i compiti istituzionali delle Camere di Commercio il lavoro di raccolta, accertamento e revisione di usi e consuetudini in essere nei singoli settori economico-commerciali assume un ruolo fondamentale. Tale funzione camerale rientra tra le competenze in materia di regolazione del mercato previste dall'art. 2 della l. 580/93 ed è un'attività la cui attribuzione fu sancita per la prima volta dalla l. n. 121/1910, confermata successivamente dal R.D. n. 2011/1934 e poi dal decreto 16 maggio 2000 del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato.

A titolo esemplificativo si v. il sito internet www.usilombardia.it. Gli usi raccolti dalla Camera di Commercio di Lodi prevedono che:

«Art. 1 – *Definizione* - Per credito al consumo, secondo la definizione di legge, si intende la concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (consumatore).

Nell'ambito del credito al consumo, hanno assunto grande rilevanza due forme contrattuali, comunemente denominate "prestito finalizzato" e "credito rotativo" o "revolving", che consentono al consumatore di ottenere il finanziamento per l'acquisto di determinati beni o servizi direttamente presso il venditore, a cui il finanziatore, sulla base di un accordo generale comunemente chiamato "convenzione", eroga direttamente l'importo finanziato.

possono avere una funzione di integrazione e di stimolo per il legislatore nazionale posto che essi fotografano le concrete modalità operative del settore e per prime tengono in riferimento le innovazioni introdotte dall'innovazione tecnologica, promuovendone così anche la raccolta di nuove figure giuridiche di origine estera. La raccolta, intesa in senso passivo, si converte poi in un'attività di controllo attivo sui profili di vessatorietà che i contratti possono avere nella prassi. Accanto alla tradizionale funzione regolatrice del mercato della raccolta usi, le Camere di Commercio tendono così a sviluppare anche i nuovi compiti assegnati loro dalla riforma del 1993 che consente di promuovere procedure di controllo della vessatorietà delle clausole contrattuali.

Di seguito sono quindi indicati gli usi negoziali relativi ai due richiamati contratti (prestito finalizzato e credito rotativo) tra finanziatore ed acquirente del bene o del servizio finanziato ed alla convenzione tra finanziatore e venditore dei beni o servizi medesimi.

A) Prestito Finalizzato

Art. 1 - Definizione - Si suole denominare prestito finalizzato una forma di finanziamento volta all'acquisto di determinati beni/servizi da parte di persone fisiche mediante erogazione della somma direttamente al venditore dei beni/servizi stessi.

Art. 2 - Modalità di stipulazione del contratto.

Il contratto di finanziamento si suole stipulare mediante lo scambio di corrispondenza.

Art. 3 - Rimborso del finanziamento - Il Cliente rimborsa l'importo convenuto (somma finanziata ed interessi al tasso contrattuale = montante) alle scadenze e con le modalità contrattualmente previste senza obbligo da parte del Finanziatore di inviare avvisi di scadenza per la riscossione delle singole rate.

Art. 4 - Divieto di versamenti al venditore - L'acquirente effettua il pagamento delle rate direttamente a favore del Finanziatore e non a mani del venditore.

Art. 5 - Richiesta di garanzie - L'Acquirente rilascia, ove pattuito, le garanzie a tutela di tutte le somme contrattualmente dovute.

Art. 6 - Ritardato versamento - In caso di ritardato pagamento di una o più rate di rimborso, il cliente riconosce al Finanziatore un equo indennizzo per il ritardo del rimborso comprensivo delle spese sostenute dal Finanziatore per l'eventuale esazione.

Art. 7 - Decadenza dal beneficio del termine - Il Finanziatore ha facoltà di dichiarare il cliente decaduto dal beneficio del termine nell'ipotesi di mancato pagamento alle scadenze stabilite e di chiedere il pagamento in un'unica soluzione di tutte le somme contrattualmente dovute.

Art. 8 - Responsabilità sussidiaria del finanziatore - Qualora il fornitore di beni e servizi sia inadempiente, il cliente ha diritto di agire in via sussidiaria contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore un'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore. [...]».

2.3.7. La tutela del consumatore tra *jus variandi* e trasparenza

Come noto, il titolo VI del TUB, dedicato alla “trasparenza delle condizioni contrattuali”¹⁶², delinea una normativa di carattere generale per le operazioni e i servizi bancari e finanziari, applicabile sia alle banche sia agli altri intermediari finanziari¹⁶³. All’interno della disciplina appena citata particolare rilievo, come si vedrà nel proseguo anche da un punto di vista del coordinamento normativo, assume la previsione di cui all’art. 118 del TUB

¹⁶² Ossia gli articoli dal 115 al 120 del TUB, precedentemente contenuti nella l. n. 154/1992.

¹⁶³ In tal modo, secondo parte della dottrina (cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, V, p. 562 e ss.) è stata «colmata una delle più vistose lacune del codice del 1942, attraverso la previsione di una serie di obblighi di comportamento volti essenzialmente a tutelare la clientela sul piano della chiara e corretta informazione, ma che non sono privi di incidenza sugli aspetti sostanziali del regolamento contrattuale per i limiti di forma e di contenuto posti all'autonomia negoziale ed al prepotere contrattuale delle banche».

Prima dell'emanazione del codice del 1942 mancava nell'ordinamento italiano una normativa che dettasse un'apposita disciplina dei contratti bancari che finivano per essere sottoposti agli usi e alle condizioni predeterminate dalle stesse banche. I nuovo codice invece, anche discostandosi dalla tradizione degli altri paesi europei, dedica una specifica disciplina ai contratti bancari (artt. 1834-1860 cod.civ.), anche se a tratti parziale e lacunosa. Ciò perché si limita a regolare solo alcune delle tipiche operazioni all'epoca poste in essere dalle banche operanti a breve termine (i depositi bancari; i servizi bancari delle cassette di sicurezza; l'apertura di credito bancario; l'anticipazione bancaria; le operazioni bancarie in conto corrente; lo sconto bancario), lasciando affidata a leggi speciali le operazioni a medio e lungo termine di raccolta del risparmio e di erogazione del credito. Il codice inoltre si astiene così dal dettare una disciplina speciale comune a tutti i contratti bancari (diversamente da come fatto per i contratti di assicurazione). La tutela della clientela bancaria contro il prepotere contrattuale delle banche resta quindi affidata alla disciplina generale delle obbligazioni (art. 1173 ss.) e dei contratti (art. 1321 ss.) dettata dal codice civile, nonché alle norme dettate in sede di disciplina dei singoli contratti bancari. Quanto alle prime, esse, ed in particolare le disposizioni in tema di condizioni generali di contratto (artt. 1341 e 1342), hanno del tutto mancato l'obiettivo della tutela del contraente debole. Circa le seconde, è valutazione altrettanto diffusa che la disciplina codicistica non dà il debito rilievo agli interessi della controparte della banca. Inoltre, altri profili del rapporto negoziale, grazie alla lunga legittimazione del ricorso al rinvio agli usi bancari, sono stati regolati da norme dall'autonomia privata e in particolare dalle norme bancarie uniformi dettate dall'ABI.

Da qui il convincimento sempre più diffuso della necessità di un intervento legislativo riformatore della disciplina delle operazioni bancarie volto a tutelare la clientela sotto il duplice profilo della trasparenza delle condizioni e del riequilibrio delle posizioni contrattuali. D'altro canto, in tale direzione spingeva anche l'attuazione nell'ordinamento italiano delle numerose direttive della Comunità europea di armonizzazione del settore bancario, chiaramente ispirate dal principio della libera concorrenza. Sotto tale mutato quadro istituzionale e culturale prende perciò avvio, a partire dagli anni novanta, una parziale riforma della disciplina di diritto privato dei servizi bancari e finanziari, che sfocia in una serie di interventi di diversa natura e di diverso spessore e che culminata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia approvato con il d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

che pone dei limiti alla facoltà di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali che i finanziatori sono soliti riservare in proprio favore ¹⁶⁴. Ossia ciò che comunemente viene ricondotto sotto l'espressione *jus variandi* e che rappresenta quindi un diritto potestativo ¹⁶⁵ di cui è titolare l'impresa bancaria.

In particolare si riconosce al finanziatore la facoltà di intervenire variando con riferimento tanto alle condizioni contrattuali in generali che a quelle economiche in particolare con espresso riferimento alla possibilità di modifica del tasso d'interesse nel corso dell'esecuzione del contratto.

Tale prassi, della cui legittimità si è a lungo dubitato ¹⁶⁶, era inizialmente contenuta nelle c.d. "norme bancarie uniformi" che venivano richiamate in contratto dai finanziatori mediante apposite clausole. È stata successivamente riconosciuta dapprima con la l. n. 152/92 (poi con il d.lgs. n. 385/1993 e con le norme a tutela dei consumatori) che ne ha disciplinato alcuni aspetti, altresì conferendo al cliente una prima forma di tutela, che pur ampiamente sollecitata dalle associazioni dei consumatori, non è stata tuttavia giudicata soddisfacente. La dottrina, infatti, ha ritenuto troppo timido l'intervento del legislatore e, sin d'allora, non ha esitato a muovere alcune censure alla normativa in esame ¹⁶⁷.

Preliminarmente è tuttavia opportuno chiarire la *ratio* di fondo che consente la previsione di tale ipotesi all'interno del nostro ordinamento giuridico, posto che in ambito contrattuale vige l'opposto principio della vincolatività dell'accordo concluso tra le parti. Tale *ratio* consiste, e non potrebbe essere altrimenti, nell'esigenza di conservare nel tempo

¹⁶⁴ I finanziatori si riservavano tale facoltà mediante apposite clausole che rinviavano alle n.b.u. e, in particolare, agli artt. 15 e 16.

¹⁶⁵ Ossia, come definito dalla dottrina, quella situazione giuridica attiva che consente al titolare di modificare la sfera giuridica di un altro soggetto, indipendentemente dall'accettazione o dal rifiuto di quest'ultimo che quindi si trova in una situazione di soggezione. In merito alla formalizzazione della categoria del *jus variandi* come diritto potestativo v. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, p. 137 e ss.

¹⁶⁶ Sul punto si veda A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1998, p. 511 e ss.

¹⁶⁷ Per una completa panoramica di questa problematica cfr. A. STESURI, *I contratti di credito al consumo tra jus variandi e trasparenza*, in *I Contratti*, 2003, n. 3, p. 301.

l'equilibrio delle prestazioni contrattuali che è stato voluto dalle parti stesse, neutralizzando le successive oscillazioni del loro valore di mercato ¹⁶⁸. Non può, al contrario, il *jus variandi* essere adoperato per conservare la redditività dell'operazione economica, ossia per azzerare l'alea relativa alla convenienza economica dell'affare ¹⁶⁹, come peraltro in alcune circostanze l'ABI ha sostenuto.

In virtù del generale rinvio contenuto nelle norme dedicate alla trasparenza dei contratti alla disciplina del credito al consumo, è quindi necessario integrare i precetti normativi attinenti ai contenuti del contratto di finanziamento con quelli espressi nel precedente capo del TUB. In altre parole è doveroso affermare che le tutele offerte dalla disciplina consumeristica vanno comunque lette e applicate anche alla luce delle norme che legittimano lo *jus variandi*. Infatti, le disposizioni relative alle “operazioni e servizi bancari e finanziari” – ossia gli artt. 115-120 del TUB – si applicano alle operazioni di credito al consumo per gli aspetti non diversamente disciplinati ¹⁷⁰. Né dal fatto che l'art. 124 TUB richiami espressamente solamente l'art. 117, e in particolare solo il 1° ed il 3° comma, può dedursi che le norme relative al *jus variandi* siano inapplicabili alle operazioni di credito al consumo. Del resto l'art. 124 del TUB definisce il contenuto minimo del contratto e ciò non esclude in linea di principio che possano essere previste clausole che legittimano la modifica unilaterale del regolamento negoziale. Le due discipline, infatti, anche per questa ipotesi si sovrappongono, avendo la seconda carattere speciale e integrativo rispetto alla prima, di più generale applicazione.

Quando si parla di credito al consumo bisogna allora far riferimento anche alle norme di cui agli artt. 117, 5° comma, e 118 del TUB, le quali, tuttavia, quando il contratto è concluso con un consumatore – e ciò avvie-

¹⁶⁸ Così si esprime P. SIRENA, *Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto legge sulla competitività*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2007, I, p. 276.

¹⁶⁹ Una simile finalità si porrebbe in palese e aperto contrasto con la disciplina generale del contratto nonché coi principi costituzionali imposti dall'art. 41 Cost. Così si esprime P. SIRENA, *Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto legge sulla competitività*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2007, I, p. 278.

¹⁷⁰ Così prevede il 3° comma dell'art. 115 TUB.

ne per definizione nei contratti di credito al consumo – devono raccordarsi con gli ulteriori limiti imposti dall’art. 33 cod.cons. per le clausole abusive¹⁷¹.

¹⁷¹ L’applicabilità o meno della disciplina consumeristica in materia di clausole abusive ai contratti disciplinati dal TUB ha provocato un ampio dibattito in dottrina. Volendo seguire il (i) principio di specialità non si perverrebbe a soluzioni univoche poiché esso potrebbe condurre alla prevalenza della disciplina contenuta nel TUB, quale *sedes materiae* naturale e speciale per i contratti bancari, come a quella contenuta nel Codice del consumo, quale *sedes materiae* altrettanto naturale e speciale per le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, idonea a trovare applicazione trasversale a prescindere dalla tipologia contrattuale o dalla natura dell’affare. Nemmeno (ii) il criterio della *lex posterior* sarebbe di giovamento, in quanto condurrebbe a delle incongruità insanabili e soprattutto non sarebbe affidabile considerata la poca consapevolezza che il nostro legislatore ha dimostrato circa le conseguenze del proprio operato (cfr. P. CENDON, *Le clausole vessatorie e i contratti aventi ad oggetto le prestazioni di servizi finanziari*, in *I Contratti in generale*, Torino, 2001) consumatori. Meglio allora affidarsi (iii) alla *ratio legis* e osservare che entrambe le discipline rispondono alla stessa esigenza sostanziale di tutelare la controparte del professionista apprestandogli una protezione legale rafforzata rispetto a quanto può essere stabilito in via pattizia e che pertanto i contratti bancari non potranno evitare il vaglio del giudizio di vessatorietà; tale conclusione risulta ulteriormente suffragata da un’interpretazione “comunitariamente orientata” della direttiva 93/13/CE, a cui andrebbe attribuito un primato sulle fonti interne. V. amplius D. MORGANTE, *Commento all’art. 127 del TUB*, in *Codice del Consumo e norme collegate* (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 829.

Del resto la stessa Suprema Corte ha riconosciuto la vessatorietà di una clausola contenuta in un contratto bancario (cfr. Cassazione civile, sez. I, del 21 maggio 2008, n. 13051) così precisando: «*in tema di contratti bancari conclusi con i consumatori, è vessatoria la clausola, contenuta nelle condizioni generali di contratto, che riconosce unilateralmente al professionista la facoltà di modificare le disposizioni economiche del rapporto contrattuale, anche in mancanza di un giustificato motivo, così come richiesto, in via generale, dall’art. 1469 bis, comma 5, n. 11, attualmente riprodotto nell’art. 33, comma 2, lett. m, del d.lg. n. 206 del 6 settembre 2005, non potendosi qualificare tale previsione negoziale come meramente riproduttiva dell’art. 118 del d.lg. n. 385 del 1° settembre 1993, nella formulazione anteriore alla modifica introdotta con l’art. 10 d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge n. 248 del 4 agosto 2006, sia perché l’esclusione della vessatorietà delle clausole riproduttive delle disposizioni di legge, prevista nell’art. 1469 ter, comma 3, ed attualmente riprodotta nell’art. 34, comma 3 del d.lg. n. 206 del 2005, trova applicazione solo quando ne venga trasposto il nucleo precettivo e non, invece, quando il predisponente si avvalga autonomamente di una facoltà prevista dalla norma, isolandola dal contesto normativo in cui si colloca, sia perché l’art. 118 del d.lg. n. 385 del 1993 ha una portata applicativa non limitata ai contratti con i consumatori*».

Pertanto tale dubbio interpretativo pare risolto nel senso che la disciplina sulle clausole abusive può trovare applicazione ai contratti disciplinati dal TUB. Va rimarcato che anche l’Autorità antitrust, in sede di esame del disegno di legge di modifica dell’art. 118 del TUB, si è espressa favorevolmente all’approvazione di misure conformi alla lettera e allo spirito dell’art. 33 del cod.cons., «*in un contesto interpretativo secondo il quale, pacificamente, la normativa generale a tutela del consumatore, e quindi le disposizioni in materia di giustificato motivo e di congrua informativa preventiva, debbano considerarsi valere anche per i contratti rientranti nell’ambito di applicazione del testo unico (TUB) delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, conformemente peraltro a quanto stabilito dalla giurisprudenza*».

Dal complesso di tali disposizioni si ricava pertanto una disciplina del *jus variandi* differenziata e frazionata.

Differenziata innanzitutto perché, mentre il 5° comma dell'art. 117 del TUB trova applicazione generale, l'art. 118 del TUB, per sua stessa definizione, è applicabile ai soli contratti di durata. Solitamente in quest'ultima categoria – di elaborazione dottrina – si fanno rientrare i contratti che prevedono l'esecuzione continuata e periodica di una prestazione¹⁷², ossia quelli richiamati dagli artt. 1360, 2° comma, 1373, 2° comma, 1458 e 1467 cod.civ. Tale orientamento vi includerebbe tutti i contratti con cui la banca riceve o concede credito. Resta tuttavia controverso se i contratti di finanziamento possano rientrare in tale classificazione¹⁷³, e ancor più se vi si possa ricondurre in modo generale il credito al consumo, posto che quest'ultimo include al suo interno tipologie

Cfr. inoltre, R.E. Arena, La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. Suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari, in *Giur. merito*, 1998, p. 156.

¹⁷² P. GAGGERO, *Disciplina del jus variandi nel Testo unico bancario*, in C.M. Bianca – G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova 1996, p. 417 ss.

¹⁷³ La formula “contratto di durata”, pur ignota al Codice civile, è stata oggetto di una lunga ed accurata elaborazione dottrina i cui risultati si presentano incerti soprattutto con riferimento ai contratti di credito (sul tema si veda l'ormai classico studio di G. OPPO, I contratti di durata, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss. ed *ibidem*, 1944, I, p. 18 ss., ora in *Idem*, *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992; v. anche MESSINEO, voce “contratto (dir. privato)”, in *Enc. del dir.*, vol. IX, Milano, 1961). Secondo il saggio di Oppo il contratto di durata presenta una prestazione caratterizzante (continuativa o periodica) «determinata in funzione della durata», in quanto tende a soddisfare un «interesse o bisogno durevole». Il riferimento alla prestazione “caratterizzate” induce l'Autore a dubitare che il mutuo sia un vero contratto di durata. Quest'ultima conclusione è peraltro contestata da ampia parte della dottrina (v. le indicazioni di GARDELLA TEDESCHI, voce “mutuo” in *Digesto*, dir. civ., vol. IV, Torino, 1994, p. 543, nonché in P. GAGGERO, *Disciplina del jus variandi nel Testo unico bancario*, in C.M. Bianca – G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova 1996, p. 417 ss.). In particolare, le obiezioni possibili sono esposte da SIMONETTO (voce “mutuo” (I) in *Enc. giur.* Treccani, vol. XX, Roma 1990) che propone una definizione più ampia di contratto di durata, come contratto in cui la produzione degli effetti contrattuali dura nel tempo, che farebbe rientrare nella categoria anche il mutuo sia gratuito che oneroso. D'altra parte, anche seguendo la ricostruzione dell'Oppo, potrebbe essere ricondotto nella categoria almeno il mutuo ad interessi: l'obbligazione di ripagare i frutti del denaro assume, infatti, un ruolo non accessorio nell'equilibrio contrattuale, dove la durata certamente risponde all'interesse di entrambi i contraenti e «l'utile che alle parti deriva dal rapporto è proporzionale alla durata dello stesso».

contrattuali diverse tra loro, rendendo estremamente difficile qualsiasi ricostruzione unitaria.

La disciplina è poi frazionata perché necessita di essere coordinata con il 2° comma dell'art. 33 del Codice del consumo che sanziona, tra le altre, quelle clausole che hanno *«per oggetto o per effetto di:*

m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;

n) stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione;

o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto».

Due deroghe all'abusività di tali clausole sono contenute nei successivi commi del medesimo art. 33 cod.cons. e riguardano, per i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari *«a tempo indeterminato»*, in primo luogo la possibilità di modificare le clausole del contratto in presenza di un giustificato motivo e di un congruo preavviso: rispetto all'ipotesi descritta dalla lettera m) – sopra trascritta – non vi è quindi la necessità che il giustificato motivo sia stato indicato nel contratto stesso, ma è concesso al consumatore il diritto di recesso *ex lege* dal contratto. In secondo luogo, per i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, il finanziatore può modificare, senza preavviso ma al ricorrere di un giustificato motivo, le condizioni prettamente economiche del contratto in deroga alle lettere n) e o).

Ebbene, le norme richiamate delineano una disciplina che si atteg-
gia in modo differente a seconda dell'oggetto della variazione operata dal professionista, distinguendo tra contenuto c.d. normativo (art. 118 del TUB e lett. m) dell'art. 33 cod.cons.) e contenuto più prettamente economico (art. 117, 5° comma, del TUB e lett. n) e o) dell'art. 33 cod.cons.). Traendo le fila del discorso quindi:

(i) quanto al contenuto economico del contratto, lo *jus variandi* troverà applicazione in materia di credito al consumo principalmente come possibilità di variare il TAEG durante l'esecuzione del rapporto contrattuale; è prescritto che ciò avvenga sulla base di una clausola *ad hoc*, debitamente sottoscritta dal cliente, in virtù del disposto dell'art. 117, 5° comma, del TUB; qualora tale diritto potestativo venga esercitato, necessariamente nei limiti del giusto motivo (richiesto invece dall'art. 33, lett. n) e o), cod.cons) ma anche senza preavviso, unico rimedio concesso al consumatore sarà l'esercizio del diritto di recesso entro quindici giorni dalla comunicazione della variazione ¹⁷⁴;

(ii) quanto alla modifica del contenuto normativo, tale facoltà potrà essere prevista solo nei contratti di durata/tempo indeterminato, a condizione che la relativa clausola venga appositamente sottoscritta ex art. 1341, 2° comma, cod.civ.; in caso di esercizio del *jus variandi* così previsto, sarà onere del professionista comunicare al consumatore la variazione delle condizioni contrattuali nelle modalità dettate dal 2° comma dell'art. 118 del TUB e quindi con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente; ove il cliente non receda entro sessanta giorni, necessariamente senza spese, la modifica si intende approvata ¹⁷⁵; la mancata osservanza di tali prescrizioni rende inefficaci, se sfavorevoli per il cliente, le variazioni contrattuali proposte.

¹⁷⁴ Naturalmente in sede di liquidazione del rapporto si conserva l'applicazione delle condizioni precedentemente fissate.

¹⁷⁵ Nonostante il dettato dell'art. 118 del TUB faccia letteralmente riferimento ad una "proposta di modifica" e alla sua automatica "approvazione" in caso di silenzio da parte del cliente, non sembra possibile, a meno di non voler ricorrere a palesi finzioni giuridiche, inquadrare tale fattispecie all'interno dello schema proposta-accettazione (tacita). In questo senso v. P. SIRENA, *Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto legge sulla competitività*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2007, I, p. 262 e p. 280; contra, ossia a favore di una ricostruzione della fattispecie in termini di modificazione bilaterale del contratto, agevolata da una specifica modalità di manifestazione del consenso della controparte, G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2007, 1, p. 258. Tuttavia, circa la non equiparazione del silenzio ad una manifestazione della volontà, si veda S. PATTI, *Tolleranza (atti di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 701 e ss.

In entrambi i casi, tuttavia, e in questo senso le divergenze della normativa bancaria e di quella sulle clausole abusive si sono affievolite a seguito della riformulazione dell'art. 118 del TUB, è richiesta la sussistenza di un giustificato motivo per l'esercizio della modifica.

Va peraltro segnalato che, nella prassi, i contratti di credito al consumo solitamente contengono clausole che consentono al professionista la variazione sia delle condizioni contrattuali in generale sia di quelle economiche in particolare, con specifico riferimento alla possibilità di modificare durante il corso del rapporto contrattuale il tasso di interesse applicabile. Tuttavia, qualora – come spesso accade – il contratto non contenga l'esplicitazione dei casi di giustificato motivo in presenza dei quali il professionista può procedere alla modifica unilaterale, le relative clausole dovranno essere dichiarate nulle ai sensi dell'art. 33, 2° comma, lett. m), che risulta applicabile ai contratti aventi per oggetto finanziamenti a termine.

Quanto invece al potere di variare le condizioni economiche del contratto – che sicuramente rappresenta il punto più delicato di questa disciplina, dato che la modifica dei tassi può creare serie difficoltà di ripagamento – si nota la tendenza dei modelli contrattuali a riprodurre la disposizione dell'art. 118 del TUB. Ci si chiede, tuttavia, se il diritto potestativo che il finanziatore si riserva possa considerarsi legittimo anche se richiama genericamente le “condizioni economiche” e non, come forse la trasparenza imporrebbe, le singole clausole passibili di modifica (tasso di interesse, piano di ammortamento, importo del fido, misura del versamento minimo, ecc.). Nelle condizioni generali adoperate dalle finanziarie quand'anche viene assolto tale onere, il testo contrattuale richiama l'elenco di clausole modificabile “solo a titolo esemplificativo”, ponendosi quindi un serio dubbio circa la possibile indeterminatezza della clausola contrattuale. Molto spesso inoltre il finanziatore omette di precisare all'interno del contratto la necessaria sussistenza di un giustificato motivo al fine del legittimo esercizio del *jus variandi* così omettendo di informare il consumatore sui limiti che legge impone a tale facoltà. È da segnalare tuttavia

che per le condizioni economiche, diversamente da quelle normative, non è richiesto che il testo contrattuale espliciti le circostanze in cui ricorre un giustificato motivo.

Piuttosto il vero problema del *jus variandi* è dato dalla scarso corredo rimediale posto a disposizione del consumatore. Quest'ultimo, infatti, per difendersi dalla modifica in corso di contratto delle condizioni che regolano il rapporto ha a disposizione solamente il recesso, ossia uno strumento teso a porre nel nulla il contratto conducendolo ad un termine anticipato. Oltre all'aspetto funzionale vi è però un aspetto anche pratico che rende tale soluzione poco allettante al consumatore: alcune delle clausole contrattuali presenti nei formulari dei finanziatori prevedono l'obbligo per il consumatore di saldare il suo debito entro un termine molto ristretto, anche di 15 giorni. Un termine così esiguo viene chiaramente fissato per ostacolare, o quantomeno scoraggiare, l'esercizio del relativo diritto. È possibile infatti che, in caso di un finanziamento elevato, esso sia troppo ridotto per consentire effettivamente al consumatore di estinguere il proprio debito.

2.4. Delegificazione e autoregolamentazione nel credito al consumo

2.4.1. Le istruzioni del CICR e della Banca d'Italia in tema di trasparenza

Accanto alle norme di rango primario, il *corpus* normativo dedicato al credito al consumo completa anche regole sub-primarie emanate dal Comitato interministeriale per il credito e il risparmio per espressa delega contenuta nel TUB¹⁷⁶. Il testo unico, infatti, affida alle Autorità creditizie, assieme al controllo sulla “sana e prudente gestione” che si esprime attraverso poteri regolamentari, ispettivi ed informativi, anche la vigilanza sulla “trasparenza delle condizioni contrattuali” che le banche sono solite imporre alla propria clientela¹⁷⁷. Le disposizioni emanate dal CICR hanno natura vincolante e sono espressione del fenomeno della delegificazione e della pluralità delle fonti di produzione del diritto privato¹⁷⁸. In questa prospettiva, il TUB si spinge sino ad attribuire il potere di determinare il contenuto necessario di determinati atti negoziali attribuendo così ad un

¹⁷⁶ Più esattamente l'intervento deliberativo del CICR, investito dall'art. 2 TUB dell'alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio, è stato assunto ai sensi:

- degli artt. 115, 123 e 124 TUB; nonché l'art. 16, 4° comma, della l. n. 108/1996 relativa alla mediazione creditizia e il d.p.r. n. 144/2001 sui servizi bancoposta;
- della normativa sull'intermediazione finanziaria, cioè l'art. 23 del t.u. n. 58/1998;
- della normativa sui bonifici transfrontalieri, cioè l'art. 3, 4° comma, del d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253 di attuazione della direttiva 97/5/CE;
- della normativa sulla moneta elettronica, cioè l'art. 55 della l. n. 39/2002.

¹⁷⁷ Ciò ha rappresentato un'innovazione di non poco conto: invero, nella prospettiva appena accennata non viene in considerazione (almeno in modo diretto e immediato) l'interesse pubblico sotteso alla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso, bensì l'interesse privato di colui che beneficia dei servizi offerti dagli istituti finanziari. Così C. FERRARA, *Note in tema di vigilanza della Banca d'Italia e tutela del consumatore*, in *Foro amm.* CDS, 2003, VII-VIII, p. 2458 e ss.

¹⁷⁸ In generale, a proposito dei nuovi confini del diritto privato odierno v. S. RODOTÀ, in *Codici*, Milano, 2002. In questo senso i regolamenti «sono espressione di una potestà normativa attribuita all'amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolamentazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano i caratteri della generalità e dell'astrattezza», così Cass., Sez. Un., n. 10124/1994.

organo amministrativo una funzione eterointegrativa del contratto. Sicché, secondo alcuni autori, l'ingerenza di organi di natura amministrativa su principi fondanti del diritto privato, qual è l'autonomia negoziale, verrebbe addirittura a porsi in contrasto con la Costituzione ¹⁷⁹.

La delibera CICR del 4 marzo 2003 ¹⁸⁰ – assunta su proposta della Banca d'Italia, sentito l'Ufficio Italiano Cambi – va ad integrare e specificare in dettaglio le regole di trasparenza delle condizioni contrattuali, soprattutto per quanto attiene il momento promozionale e pubblicitario ¹⁸¹. Essa va inoltre raccordata con le disposizioni di attuazione che la

¹⁷⁹ Alle tali considerazioni si richiama quella dottrina che considera i regolamenti della Banca d'Italia illegittimi per violazione del generale principio di legalità e delle singole riserve di legge contenute nella costituzione (cfr. G. GUARINO, *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, in *Riv. banc.*, 1995, III, 20 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, (ad vocem), 8). Al contrario, altra parte della dottrina considera ineludibile l'implementazione e la specificazione del principio di trasparenza da parte della Banca d'Italia (cfr., A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Quaderni giuridici della Banca d'Italia*, 1997, 19; A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, I, 1993, p. 578). Con riferimento ai settori del credito e della finanza, è stato sottolineato che la relativa regolazione deve ispirarsi all'esigenza di "calcolabilità" ed "ordine" (in tal senso, F. CAPRIGLIONE, *Borsa (mercati di)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 182); ma allo stesso modo si sottolinea la necessità di "sburocratizzare" la regolazione delle attività economiche ed in tal senso si plaude all'attività degli organismi tecnici dotati autonomia ed indipendenza.

Al particolare valore di questi atti normativi fa da contraltare la mancanza di legittimazione democratica della Banca d'Italia così come qualsiasi forma di responsabilità politica della stessa (Con riferimento ai regolamenti della Banca d'Italia nel settore creditizio cfr. V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza "regolamentare"*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria* (a cura di U. MORERA e A. NUZZO), Milano, 1996, I, p. 48: che tuttavia rileva come la Banca d'Italia sia considerata dalla legge come autorità di vigilanza in un governo di settore che fa capo all'autorità politica. Tale circostanza - considerata certamente anomala - offre una "copertura" dei poteri della Banca d'Italia dei quali è in ultima istanza responsabile il CICR che rimane organo di vertice del settore creditizio.

¹⁸⁰ V. il testo sulla G.U. 27.3.2003, n. 72 e il commento di G. CARRIERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2003, p. 3 ss.

Le disposizioni sono entrate in vigore il 1° ottobre 2003. La deliberazione in commento ha così consentito la definitiva perdita di efficacia del decreto del Ministero del tesoro 24 aprile 1992 e della l. n. 154/1992, già abrogate dall'art. 161 TUB che tuttavia ne aveva decretato la prosecuzione dell'applicazione fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati dalle autorità creditizie.

¹⁸¹ Le finalità della disciplina sono esplicitate nei "considerando" del preambolo, e cioè:

- l'esigenza di offrire alla clientela – senza alcuna distinzione tra categorie di clienti – una informazione chiara ed esauriente sulle condizioni e sulle caratteristiche delle operazioni e dei servizi offerti;
- l'esigenza di migliorare la concorrenza (nel senso di efficienza e competitività) del sistema finanziario mediante la comparabilità delle diverse offerte;
- l'esigenza di adeguare la normativa alla evoluzione dell'operatività degli intermediari e della tecnologia;

Banca d'Italia ha emanato ai sensi della stessa delibera interministeriale¹⁸². Le istruzioni emanate dal Governatore con regolamento del 25 luglio 2003¹⁸³, infatti, rendono più specifiche, dettagliate, precise, le direttive impartite dal CICR.

Con specifico riferimento al loro ambito operativo oggettivo, gli obblighi di trasparenza non sono estesi indiscriminatamente a tutte le operazioni e a tutti i servizi bancari e finanziari, ma solo e in modo tassati-

- l'esigenza di unificare la disciplina della trasparenza nei mercati finanziari.

¹⁸² L'art. 13 della sezione IV "Disposizioni Finali" prescrive infatti che «1. La Banca d'Italia emana disposizioni di attuazione della presente delibera. Per gli intermediari iscritti nell'elenco generale di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, le disposizioni sono emanate sentito l'UIC. /2. Le disposizioni della presente delibera e quelle di attuazione emanate dalla Banca d'Italia si applicano, in quanto compatibili, ai soggetti iscritti nelle apposite sezioni dell'elenco generale di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, ai soggetti che esercitano il credito al consumo di cui all'articolo 121, comma 2, lett. c), del testo unico bancario, ai mediatori creditizi di cui all'articolo 16 della legge 7 marzo 1996, n. 108, a Poste Italiane S.p.a., per le sole attività di bancoposta di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144 e agli istituti di moneta elettronica, di cui agli articoli 114-bis e seguenti del testo unico bancario, introdotti dall'art. 55 della legge 1° marzo 2002, n. 39. Le valutazioni di compatibilità delle disposizioni sono rimesse alle rispettive autorità di controllo».

¹⁸³ Si tratta in realtà di due distinti ma pressoché identici provvedimenti (v. pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale il 19 agosto 2003, n. 191). Il primo, che assume la forma di Istruzioni di Vigilanza (Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 - 9° Aggiornamento del 25 luglio 2003), prevede che «le disposizioni in materia di trasparenza (Titolo VI, Capo I, del T.U.; delibera del CICR del 4 marzo 2003 e le presenti disposizioni, attuative di quest'ultima) si applicano — salva diversa previsione — a tutte le operazioni e a tutti i servizi (incluso il credito al consumo ai sensi dell'art. 115, comma 3, T.U.), aventi natura bancaria e finanziaria, offerti dalle banche in Italia, anche al di fuori delle dipendenze ("fuori sede") e mediante "tecniche di comunicazione a distanza" ...». Il secondo fa altrettanto con riferimento «... a tutti i servizi aventi natura finanziaria offerti dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli articoli 106 e 107 del T.U. bancario (incluso il credito al consumo ai sensi dell'art. 115, comma 3 del T.U. bancario). La legittimazione della Banca d'Italia ad adottare simili provvedimenti discende dall'art. 4 TUB, laddove è previsto che essa emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza.

È inoltre opportuno segnalare che la legge ha disciplinato le modalità in virtù delle quali tale potere regolamentare deve essere esercitato: l'art. 23 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, impone infatti che i provvedimenti della Banca d'Italia (oltretutto della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP) aventi natura regolamentare o contenuto generale devono sempre essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza effettuate, attraverso una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Inoltre, la Banca d'Italia è tenuta ad osservare il principio di proporzionalità (inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari) e a consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati e dei consumatori.

vo a quelli indicati nell'elenco allegato alla delibera CICR ¹⁸⁴. Sotto il profilo soggettivo, entrambi i provvedimenti sono rivolti agli intermediari del credito, ossia alle banche e agli intermediari finanziari iscritti ai registri di cui agli artt. 106 e 107 del TUB, così come definiti dal medesimo testo unico ¹⁸⁵. Il beneficiario delle norme di trasparenza è invece qualsiasi controparte della banca: non vi è qui distinzione tra consumatori e professionisti, persone fisiche e persone giuridiche, soggetti esperti e non esperti in materia creditizia. Solamente è dato rilevare che, per assolvere pienamente agli obblighi imposti, gli intermediari devono articolare i rapporti in modo diversificato a seconda della categoria di appartenenza dello specifico interlocutore della banca.

Innanzitutto i provvedimenti si preoccupano di fissare dei principi-guida di carattere generale che riguardano:

- a) l'adeguatezza delle modalità utilizzate nella comunicazione alla clientela (cioè il veicolo dell'informazione e le tecniche di trasmissione);
- b) la chiarezza e la completezza (ossia la qualità) dell'informazione, anche con riferimento alle specifiche caratteristiche dei rapporti e dei destinatari.

Come giustamente osservato ¹⁸⁶, queste formule, pur nella loro genericità, si segnalano perché introducono importanti elementi di novità. Mentre il principio di chiarezza può essere infatti usualmente ricondotto alla disciplina della trasparenza, intesa nel senso della intelligibilità del messaggio, il principio di completezza aggiunge a tale concetto un *quid*

¹⁸⁴ Cfr. G. CARRIERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2003, p. 4. Le operazioni e i servizi a cui si applica la disciplina in esame riguardano quindi: depositi; obbligazioni; certificati di deposito e buoni fruttiferi; altri titoli di debito; mutui; aperture di credito; anticipazioni bancarie; crediti di firma; sconti di portafoglio; leasing finanziario; factoring; altri finanziamenti; garanzie ricevute; conti correnti di corrispondenza; incassi e pagamenti; emissione e gestione di mezzi di pagamento; emissione di moneta elettronica; versamento e prelievo di contante presso sportelli automatici; acquisto e vendita di valuta estera; intermediazione in cambi; custodia e amministrazione di strumenti finanziari; locazione di cassette di sicurezza.

¹⁸⁵ Si tratta di una semplificazione dovuta al tema più limitato del presente scritto. In realtà, oltre ai soggetti già indicati, le disposizioni si applicano anche ai mediatori creditizi, all'IMEL, a Poste Italiane spa (bancoposta) e ai soggetti non finanziari che operano attraverso forme di vendita rateale.

¹⁸⁶ Cfr. G. ALPA, *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *I Contratti*, 2003, XI, p. 1045 e ss.

novi circa la sua autosufficienza e il carattere non reticente del messaggio. Trattasi d'altronde di un'espressione altrove utilizzata con valenza certificativa, come ad esempio per bilanci sociali. Ecco allora che la trasparenza, per la sua principale finalità di contrasto alle asimmetrie informative, assume un'accezione più esauriente e incisiva perché la completezza impone all'istituto finanziario di comunicare al cliente informazioni chiare, ma anche apprezzabili, non frammentarie o parziali, né saltuarie o tardive.

Il principio di completezza potrebbe però non risultare del tutto efficace qualora risultasse sovrabbondante o non bilanciato rispetto alla conoscenza del prodotto da parte del destinatario. Troppe informazioni possono scoraggiare il cliente, disorientarlo o lasciargli sfuggire quegli aspetti realmente rilevanti per i suoi interessi¹⁸⁷. È noto infatti che i benefici marginali dell'informazione diminuiscono progressivamente con la raccolta di maggiori dati tant'è che per un consumatore ricevere un'informazione completa è meno rilevante che averne una sufficiente in modo veloce e comprensibile. I principi-guida stabiliscono quindi che le informazioni non possano essere definite una volta per tutte in via generalizzata ma che vadano calibrate tenendo conto della natura del rapporto e dello status del cliente in modo da garantire una piena intelligibilità non solo del "significante" bensì anche del "significato" sostanziale del messaggio. Ciò implica che vi potranno essere regole identiche per tutti i rapporti e regole che invece dovranno essere diversificate in ragione delle categorie di clientela e di prodotto¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Tale considerazione rende evidente che, di per sé, l'informazione non è lo strumento per risolvere qualsiasi problema relativo alla tutela del consumatore. Lo nota G. ALPA, *La direttiva sui mercati finanziari e la tutela del risparmiatore*, in *I Contratti*, 2004, p. 743, laddove evidenzia il rischio che «un eccesso di informazioni finisca per disorientare il cliente, o renderlo refrattario a questa forma di tutela». Ampi e meditati argomenti a sostegno dell'insufficienza della mera informazione per un'adeguata tutela del consumatore si trovano in N. REICH, *Il consumatore come cittadino - Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione Europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 351 ss.

¹⁸⁸ Così ancora. G. ALPA, *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *I Contratti*, 2003, XI, p. 1045 e ss.

Inoltre, sempre con riferimento alle “disposizioni di carattere generale”, le Istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia sottolineano che la disciplina della trasparenza presuppone comportamenti improntati alla buona fede e alla correttezza. Tale richiamo ribadisce, in un ambito che facilmente potrebbe prestarsi ad eccessi e abusi di formalismo, il primato della sostanza sulla forma e la necessità che le informazioni rispettino i criteri di adeguatezza e chiarezza sopra richiamati.

Ad evitare equivoci interpretativi e finalità elusive attuate mediante la semplice interposizione di soggetti diversi tra i destinatari e i beneficiari della disciplina di protezione, viene inoltre specificato che le banche e gli altri intermediari assoggettati alle Istruzioni che si avvalgano di altri soggetti per la distribuzione, devono attuare misure idonee affinché questi soggetti osservino tutte le prescrizioni. In altri termini, sul piano della responsabilità, in caso di inosservanza di queste regole si afferma che gli intermediari rispondono anche dell’inosservanza dei soggetti a cui si siano affidati per la distribuzione dei prodotti. Tale previsione sembra avere un ruolo di particolare rilievo proprio nel settore del credito al consumo dove spesso la proposta di usufruire di un’agevolazione finanziaria viene condotta dal fornitore del bene o servizio.

Al di là delle disposizioni di carattere generale, entrambi i provvedimenti sono successivamente strutturati in sezioni dedicate dapprima alla pubblicità, all’informazione precontrattuale e ai contratti, e poi alla comunicazione alla clientela. La trasparenza abbraccia dunque il rapporto contrattuale dal suo momento genetico a quello estintivo, senza ovviamente trascurare i momenti relativi allo svolgimento del rapporto stesso.

Per quanto concerne la fase anteriore alla conclusione del contratto, la delibera qualifica le informazioni fornite obbligatoriamente ai clienti come “precontrattuali”¹⁸⁹. Le regole di pubblicità sono articolate su più livelli. Vi sono innanzitutto gli avvisi, che contengono la tavola delle “prin-

¹⁸⁹ La dottrina ha tuttavia più correttamente qualificato tali vincoli come obblighi di informazione *ex lege* poiché non discendono dal principio di buona fede sancito dall’art. 1337 cod.civ. (così G. ALPA, *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *I Contratti*, 2003, XI, p. 1045 e ss.).

cipali norme di trasparenza”: essi sono esposti dall’intermediario nei locali aperti al pubblico e messi a disposizione dei clienti, mediante copia asportabile. Le istruzioni della Banca d’Italia si preoccupano anche di chiarire che l’avviso deve avere una veste grafica «*di facile identificazione e lettura*» ed essere redatto «*in modo da facilitarne la consultazione e la comprensione da parte dei clienti*». Per evitare sovrabbondanze, non vi devono essere incluse informazioni che non riguardano gli strumenti di tutela del cliente ¹⁹⁰.

Gli intermediari devono poi mettere a disposizione della clientela “fogli informativi” datati, tempestivamente aggiornati e contenenti informazioni sull’intermediario stesso, sui tassi, sulle spese e gli oneri, sulle condizioni contrattuali e sui «*principali rischi tipici*» dell’operazione o del servizio. Ovviamente deve essere assicurata la piena coerenza tra le informazioni in essi riportate e le clausole del contratto. Così facendo, al cliente è data la possibilità di valutare e di ponderare i rischi dell’operazione o del servizio, essendo perciò eliminato l’effetto sorpresa; tant’è che in caso di acquisto di prodotti complessi, la consegna del foglio informativo diviene non più una facoltà del cliente bensì un obbligo posto a carico dell’intermediario ¹⁹¹ il quale deve acquisire dal cliente un’attestazione

¹⁹⁰ Quanto al contenuto, l’avviso deve indicare le seguenti informazioni:

- la disponibilità dei “fogli informativi” presso le dipendenze e per il tramite delle tecniche di comunicazione a distanza di cui si avvale l’intermediario e l’obbligo alla consegna del “foglio informativo” nei casi previsti;
- il diritto di ottenere copia del testo del contratto idonea per la stipula, che include un documento di sintesi, riepilogativo delle principali condizioni;
- il diritto di ricevere copia del contratto stipulato, che include il documento di sintesi;
- gli strumenti di tutela contrattuale relativi: all’obbligo di forma scritta del contratto; alla sostituzione automatica di clausole; al diritto di recesso in caso di variazioni sfavorevoli delle condizioni contrattuali; al diritto al rimborso della moneta elettronica non più utilizzata;
- il diritto di essere informati sulle variazioni sfavorevoli delle condizioni contrattuali e di ricevere le comunicazioni periodiche sull’andamento del rapporto;
- gli specifici diritti riconosciuti al consumatore dalla disciplina sul credito al consumo;
- le procedure di reclamo e di composizione stragiudiziale delle controversie eventualmente a disposizione del cliente e le modalità per accedervi.

Inoltre, in chiusura, è stabilito che gli avvisi siano integrati con l’indicazione di tutti gli altri strumenti di tutela approntati dall’ordinamento laddove questi siano previsti a favore del cliente da specifiche disposizioni.

¹⁹¹ È il caso di segnalare che tale obbligo di consegna non si applica ai contratti di finanziamento associati, anche congiuntamente, a contratti di fornitura o di acquisto di beni o

dell'avvenuta consegna del foglio informativo e conservarla agli atti: sarà ovviamente a suo carico l'onere della prova a riguardo.

Anche nelle ipotesi comunemente accomunate sotto la definizione di “vendite aggressive”, ossia nell’offerta fuori sede e in quella a distanza, l’avviso e i fogli informativi debbono essere consegnati prima della conclusione del contratto. Nel caso di comunicazione a distanza, se il contratto viene concluso su richiesta del cliente utilizzando tale tecnica, è previsto che la consegna possa anche non avvenire attraverso un supporto cartaceo, ma l’intermediario deve mettere a disposizione del cliente l’avviso e il foglio informativo subito dopo la conclusione del contratto. Con specifico riferimento alla rete Internet o a sistemi analoghi, l’ “avviso” e i “fogli informativi” devono essere inoltre resi accessibili direttamente dalla *homepage* del sito utilizzato e da ogni altra pagina del sito dedicata ai rapporti commerciali con i clienti.

Al fine di rendere più efficace l’informativa nei confronti dei clienti e agevolare la comparazione tra le offerte, le istruzioni di vigilanza si occupano di descrivere anche la struttura del documento e il contenuto da inserire in ciascuna sezione ¹⁹².

servizi non aventi natura finanziaria. Non dovrebbe trovare quindi applicazione per i contratti di credito al consumo.

¹⁹² In dettaglio, è previsto:

- quanto alle informazioni sull’intermediario, sono forniti la denominazione e forma giuridica dell’intermediario, la sua sede legale e amministrativa, l’eventuale indirizzo telematico, il codice ABI, il numero di iscrizione nell’elenco generale, nell’elenco speciale o nell’albo degli IMEL, il gruppo di appartenenza, il numero di iscrizione al registro delle imprese, il capitale sociale e le riserve risultanti dall’ultimo bilancio approvato;
- quanto alle caratteristiche e ai rischi tipici dell’operazione o del servizio, viene data una descrizione sintetica della struttura e della funzione economica dell’operazione o del servizio, anche alla luce dell’eventuale connessione con altri servizi e operazioni offerti dall’intermediario o dal altro soggetto, viene comunicata l’esistenza di eventuali servizi accessori offerti unitamente a quello pubblicizzato, anche se aventi carattere opzionale, sono descritti i principali rischi, di carattere generico o specifico, connessi con l’operazione o il servizio;
- quanto alle condizioni economiche del servizio o dell’operazione sono indicati il prezzo e ogni altro onere, penale, commissione o spesa comunque denominati, gravanti sui clienti; in particolare, per le operazioni di finanziamento, vengono indicati: tassi di interesse; periodicità e modalità di calcolo degli interessi; interessi di mora; in caso di parametri variabili (ad es., tasso d’interesse variabile) devono essere specificati i criteri di indicizzazione e, ove previsti, TAEG o indicatore sintetico di costo;

Inoltre, se l'offerta è realizzata attraverso soggetti terzi, i fogli informativi devono riportare, oltre alle informazioni sull'intermediario committente, i dati e la qualifica del soggetto che entra in rapporto con il cliente ed eventuali costi ed oneri aggiuntivi derivanti da tale modalità di offerta: così, ad esempio, se il contratto di credito al consumo venisse offerto direttamente dal venditore del bene o servizio.

Quanto agli annunci pubblicitari, essi devono in primo luogo qualificarsi come tali, specificando la propria natura promozionale e indicando che per le condizioni contrattuali è necessario fare riferimento ai "fogli informativi". Qualora la réclame sia relativa a operazioni di finanziamento e dichiarare il tasso di interesse, o altre cifre concernenti il costo del credito, la banca o l'intermediario sono tenuti a indicare il TAEG, specificando il relativo periodo di validità. È giusto il caso di osservare che in questo caso l'obbligo di comunicazione non specifica, come forse dovrebbe, le modalità con cui il TAEG deve essere indicato (ad esempio con una veste grafica equivalente a quella adottata per dichiarare il tasso d'interesse). Sicché spesso, se non sempre, tale onere viene assolto in modo meramente formale, residuale e poco proficuo per la tutela dei consumatori che di conseguenza non vengono correttamente avvisati degli effettivi e ulteriori costi del credito a dispetto dei tassi d'interesse pubblicizzati.

L'informazione precontrattuale implica poi la facoltà per il cliente di richiedere, prima della conclusione del contratto, una copia del medesimo «*per una ponderata valutazione del suo contenuto*»¹⁹³; ad esso deve essere accluso un documento di sintesi, riepilogativo delle principali condizioni. Naturalmente la consegna non può essere sottoposta a termini

- circa le clausole contrattuali che regolano l'operazione o il servizio, le informazioni sono volte a richiamare l'attenzione del cliente su clausole non strettamente economiche contenute nel contratto: sono riportati i principali diritti, obblighi e limitazioni nei rapporti con il cliente; sono inoltre indicate tutte le clausole che possono costituire oggetto di variazione unilaterale, con la specificazione del diritto dell'intermediario di variarle; è indicato inoltre se il contratto è conforme a schemi standard raccomandati da istituzioni comunitarie, concordati dalle associazioni di categoria ovvero previsti da codici di condotta.

I fogli informativi riportano altresì una legenda esplicativa delle principali nozioni in essi riportate (ad esempio, tasso di mora, valuta, parametri di indicizzazione impiegati, ecc.).

¹⁹³ Cfr. art. 8 della delibera CICR.

o condizioni (ma può essere subordinata al pagamento da parte del cliente di un rimborso delle spese) né implica impegno a contrarre per entrambi i soggetti.

Dal complesso apparato normativo sopra descritto emerge che l'esigenza di trasparenza viene ad esplicarsi nella fase precontrattuale in più momenti e con gradi progressivamente crescenti in ragione della maggiore prossimità alla conclusione del vincolo contrattuale. Il testo in particolare distingue tra:

- a) “esposizione” e “messa a disposizione” degli avvisi
- b) “messa a disposizione del foglio informativo”, per le operazioni concluse in presenza delle parti: il che significa che i clienti possono acquisirlo direttamente o a richiesta;
- c) “consegna dell'avviso e del foglio informativo”, per le operazioni complesse o concluse fuori dai locali commerciali o comunque a distanza: in tal caso l'intermediario è obbligato ad effettuare questa operazione, anche se il cliente non ha fatto una richiesta in tal senso;
- d) “diritto del cliente ad ottenere copia sia del contratto che del documento di sintesi” prima della conclusione del negozio.

Questi quattro documenti, denominati “strumenti di pubblicità delle operazioni e dei servizi e delle relative operazioni contrattuali”, rappresentano il quadro completo degli strumenti informativi predisposti dall'ordinamento giuridico nella fase anteriore alla conclusione del contratto. Come osservato¹⁹⁴, si tratta di una trasparenza documentale che implica la illustrazione delle operazioni e dei servizi mediante il richiamo alla clientela della esistenza di questi documenti e della loro acquisibilità; di conseguenza si garantisce la conoscibilità delle clausole contrattuali e dei chiarimenti sintetici resi sulle medesime. Così facendo, certamente vengono soddisfatti quei requisiti formali della conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza, delle condizioni generali di contratto *ex art. 1341, 2° comma, cod.civ.* e della chiarezza delle clausole predisposte dalla banca di

¹⁹⁴ Così G. ALPA, *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *I Contratti*, 2003, XI, p. 1045 e ss.

cui all'art. 35, 1° comma, cod.cons. Ma, quest'ultimo, unicamente sotto il profilo della accessibilità alla documentazione e della sua completezza informativa: guardando alla sostanza del problema, c'è da chiedersi se le prescrizioni in esame siano anche idonee a risolvere l'ulteriore requisito della intelligibilità delle clausole, e quindi della effettiva comprensione del contenuto del contratto, per quanto riguarda la terminologia usata e la connessione tra le sue parti. Se non altro, le Istruzioni opportunamente precisano che gli obblighi informativi della fase precontrattuale non possono essere assolti mediante il rinvio agli usi e garantiscono quindi che in essi vengano esplicitati tutti gli elementi del contratto.

In merito all'informazione contrattuale la deliberazione del CICR stabilisce che al momento della conclusione del contratto, al cliente debbono essere consegnati ¹⁹⁵:

- a) il testo del contratto, articolato nelle sue clausole;
- b) un documento di sintesi, unito al contratto, contenente le principali condizioni e redatto secondo i criteri stabiliti dalla Banca d'Italia;
- c) l'indicatore sintetico di costo, per le operazioni e i servizi che la Banca d'Italia ritenga di dover far conoscere in modo più compiuto alla clientela.

I contratti sono ovviamente redatti per iscritto e una copia, comprensiva delle condizioni generali del contratto, deve essere consegnata al cliente. Tuttavia, si è cercato di temperare il rigore introdotto dall'art. 117 del TUB prevedendo che la forma scritta non sia obbligatoria (i) per operazioni e servizi effettuati in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto e (ii) per le operazioni e i servizi prestati in via occasionale e di valore non eccedente € 5.000.

Nel caso in cui il contratto contenga clausole di indicizzazione, deve essere indicato il valore del parametro al momento della conclusione del contratto. Viene riconosciuta la vessatorietà, ai sensi dell'art. 1341 cod.civ, di alcune clausole, per le quali viene prescritta la sottoscrizione specifica: si tratta di quelle che prevedono la possibilità per l'istituto di variare in

¹⁹⁵ Così l'art 9.

senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse e ogni altro prezzo o condizione nonché le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi ¹⁹⁶. Appare pleonastico invece il richiamo alle norme di cui all'art. 124 del TUB per i contratti di credito al consumo.

Quanto alla sezione dedicata alle comunicazioni alla clientela, premesso che essa non interferisce con l'efficacia e la validità delle clausole contrattuali, con essa vengono posti, a carico degli istituti finanziari, specifici obblighi informativi da assolvere nel corso del rapporto negoziale ¹⁹⁷. È evidente che si tratta di una disciplina di dettaglio rispetto alla generale previsione di cui all'art. 119 del TUB che, per i contratti di durata, prevede l'obbligo di fornire per iscritto al cliente una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto. Il CICR dettaglia il contenuto di tale obblighi specificando che essi riguardano l'invio di una comunicazione analitica che dia una «*completa e chiara informazione sullo svolgimento del rapporto e un aggiornato quadro delle condizioni applicate*» ¹⁹⁸ almeno una volta l'anno o al termine di scadenza del contratto. Inoltre, come stabilito dalla delibera del CICR ¹⁹⁹, ogni comunicazione periodica deve includere informazioni su:

- a) lo svolgimento del rapporto;
- b) i tassi di interesse applicati;
- c) le altre condizioni in vigore.

L'obbligo di rendiconto periodo rientra quindi tra gli effetti legali del contratto, anche se poi la norma sembra priva di una sanzione specifica. In

¹⁹⁶ Pertanto, i contratti devono indicare la periodicità di capitalizzazione e, in caso di capitalizzazione infrannuale, anche il valore del tasso rapportato su base annua tenuto conto degli effetti della capitalizzazione; per i contratti di finanziamento, nell'indicazione del tasso rapportato su base annua non si tiene conto degli eventuali interessi di mora applicati sulle rate di rimborso non pagate alla scadenza.

¹⁹⁷ Quest'obbligo di comunicazione trova più generale espressione nell'obbligo di rendiconto di cui all'art. 1713 cod.civ. in tema di mandato, tipologia negoziale ampiamente adoperata dalla giurisprudenza per ricostruire la disciplina specifica di diversi contratti bancari.

¹⁹⁸ Come successivamente specificato si intende prescrivere l'invio di un documento di sintesi delle condizioni contrattuali e di tutte le movimentazioni, incluse le somme a qualsiasi titolo accreditate o addebitate.

¹⁹⁹ Così l'art.12 della delibera CICR.

caso di sua violazione si potrà quindi pretendere che l'obbligo venga, pur tardivamente, adempiuto e chiedere di essere ristorati degli eventuali danni subiti. Né alla comunicazioni sono legati particolari effetti giuridici: la decadenza di cui all'art. 119, 3° comma, del TUB, infatti, è espressamente riferita ai soli rapporti regolati in conto corrente.

Discorso in parte diverso, e collegata all'art. 118 del TUB, riguarda la disposizione²⁰⁰ relativa alla comunicazione delle variazioni contrattuali sfavorevoli che, tuttavia, non tiene ancora conto delle più recenti modifiche normative introdotte. Essa, infatti, prevede che nel corso della esecuzione del contratto, al cliente siano fornite informazioni relative alle variazioni sfavorevoli:

- a) se trattasi di contratti di durata, in modo chiaramente evidenziato;
- b) se generalizzate, impersonalmente e poi individualmente «*alla prima occasione utile*»;
- c) se indipendenti dalla volontà delle parti, non sono oggetto di obbligo di informativa.

Le istruzioni di vigilanza precisano che l'intermediario è tenuto a comunicarle per iscritto presso il domicilio indicato dal cliente utilizzando un documento di sintesi, che va ad aggiornare quello già unito al contratto, e nel quale – anche mediante opportuni accorgimenti grafici (ad esempio, diverso colore o formato del carattere) – sono chiaramente poste in evidenza le variazioni intervenute nelle singole condizioni economiche e/o contrattuali. Il documento deve essere datato, progressivamente numerato e contenere l'avvertenza che la comunicazione è effettuata ai sensi dell'art. 118 del TUB, specificando il termine per l'esercizio del diritto di recesso.

Ci si è chiesti²⁰¹ se questo apparato normativo possa condurre ad un eccesso di trasparenza o costituire un aggravio per gli operatori. Va altresì tenuto conto del fatto che mentre le regole di trasparenza vigono per tutte

²⁰⁰ Così l'art.11 della delibera CICR.

²⁰¹ Cfr. G. ALPA, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1784.

le controparti degli intermediari mentre le regole relative al credito al consumo, alle clausole abusive, alle altre operazioni destinate ai consumatori hanno un ambito normativo più circoscritto.

La *ratio* di tale assetto va rintracciata nella funzione anche concorrenziale che hanno le norme di trasparenza. La trasparenza non è infatti un valore di per sé, ma per ciò che permette di conseguire. Comparabilità dei prodotti, prevenzione delle asimmetrie informative e maggiore consapevolezza nelle scelte economiche rappresentano obiettivi che assolvono importanti funzioni di promozione della concorrenza tra le imprese e l'aggravio di oneri dovrebbe essere compensato dal vantaggio ottenuto grazie alla maggior competitività.

2.4.2. L'esperienza dell'autoregolamentazione: le istruzioni in tema di trasparenza e il progetto PattiChiari

La genesi delle prime forme di autodisciplina in ambito bancario va ricondotta agli anni Ottanta con le prime spontanee iniziative a tutela dei clienti in materia di trasparenza. In quel momento storico le banche si trovavano nella difficile situazione di doversi sempre maggiormente confrontare con quella parte della dottrina che aveva, già nel decennio precedente, cominciato a criticare la concreta disciplina delle operazioni bancarie, in larga parte delineata dalle norme bancarie uniformi, e a denunciare l'assoluta inidoneità della disciplina statale a fornire un correttivo riequilibratore a tale situazione. Di fronte a tale scenario, per soddisfare esigenze di marketing nell'ottica di una crescente domanda di trasparenza da parte dell'opinione pubblica nonché per rispondere alle sollecitazioni delle Autorità monetarie e della Comunità europea, l'Associazione Bancaria Italiana scelse dunque la via dell'autoregolamentazione. È evidente che tale mossa fu dettata dalla speranza di evitare l'emanazione di disposizioni legislative a tutela della clientela bancaria ²⁰². Ma tale debole avvio ha

²⁰² Numerosi disegni di legge, presentati nel corso degli anni e ispirati dal proposito di equilibrare le posizioni delle parti nei contratti bancari, avevano alimentato il timore che venissero introdotte forme di regolamentazione amministrativa dell'attività creditizia tali da ostacolare l'operatività del sistema. in questi termini v. B. ADILE, *L'esperienza*

comunque segnato l'inizio di un cammino che oggi ha finito con l'assumere un valore ben maggiore.

La prima rilevante iniziativa venne promossa dall'ABI nel 1978 attraverso l'Accordo per la pubblicità dei tassi passivi, delle condizioni dei servizi e degli elementi da indicare negli estratti conto. L'obiettivo perseguito era quello di dare all'attività bancaria maggiore trasparenza attraverso l'impegno delle banche associate ad adottare una linea di comunicazione verso la clientela più ispirata alla informazione delle condizioni praticate. L'Accordo prevedeva infatti l'impegno ad esporre nei locali aperti al pubblico "appositi avvisi" e a fornire informazioni aggiuntive negli estratti conto inviati ai correntisti²⁰³. È doveroso ricordare che l'assunzione di tali impegni era previsto avvenisse in fasi successive e concordate, in modo da evitare effetti concorrenziali tra le banche, e che inoltre le regole di pubblicità non si erano preoccupate affatto di predisporre schemi fissi per gli avvisi al pubblico né un tracciato standard per l'estratto conto.

Successivamente, messa sotto pressione da incalzanti proposte legislative²⁰⁴ e col chiaro fine di prevenire incisivi interventi legislativi, l'ABI promosse nel 1988 un nuovo Accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela. Tale Accordo prevedeva una disciplina più dettagliata rispetto alla precedente ed estendeva la portata e il numero degli obblighi già introdotti. Con esso, in particolare, le banche associate all'ABI si impegnavano:

dell'autoregolamentazione, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1813.

²⁰³ Gli "appositi avvisi" avrebbero dovuto indicare i tassi passivi praticabili e le relative decorrenze per i contratti di deposito a risparmio e per i conti correnti creditor. Ulteriori informazioni erano richieste per altri servizi, quali cassette di sicurezza, depositi di titoli a custodia e in amministrazione, servizio titoli per conto di portatori, incasso effetti, servizi vari. Gli estratti di conto corrente, in sede di liquidazione delle competenze, avrebbero dovuto fornire elementi come i tassi praticati, i numeri regolati ad uno stesso tasso e relativa decorrenza nonché l'ammontare degli interessi passivi lordi, degli interessi attivi, delle ritenute di legge, della commissione sul massimo scoperto e delle spese di tenuta conto.

²⁰⁴ La proposta di legge firmata da Minervini è del 1986.

- a) ad esporre un cartello denominato “Estratto delle condizioni per le principali operazioni di deposito, prestito e finanziamento, nonché per servizi vari” di cui venivano stabilite forma, dimensione e colori ²⁰⁵;
- b) ad esibire un ulteriore avviso, suscettibile di adattamento in relazione all’attività svolta e alle esigenze organizzative della banca, contenente le condizioni e le commissioni applicate per i principali servizi di deposito e di prestito;
- c) ad adottare un modello ed un contenuto uniforme per la redazione dell’estratto di conto corrente e del conto corrente scalare.

Venivano poi fissate regole uniformi sia per le comunicazioni sia per il metodo di calcolo degli interessi: quanto al primo aspetto, ad esempio, si stabiliva che la periodicità di spedizione dell’estratto conto sarebbe stata modulabile su richiesta della clientela e veniva uniformato anche il contenuto stesso degli estratti conto, più dettagliato e trasparente nell’esposizione dei criteri adottati per il calcolo degli interessi e per l’addebito delle spese. Quanto al secondo aspetto, veniva adottato da parte della banche un metodo di calcolo per la determinazione degli interessi unico sia sulle operazioni passive che su quelle attive. In particolare, si dava preferenza al calcolo con divisore basato sull’anno civile, in luogo della diversa e asimmetrica computazione precedentemente adottata – e aspramente criticata dalle associazioni dei consumatori – che a seconda della natura attiva o passiva degli interessi adottava come riferimento l’anno civile di 365 giorni o l’anno commerciale di 360 giorni.

Altra innovazione di rilievo, soprattutto per gli sviluppi che l’istituto ha avuto in virtù della successiva legislazione statale, riguardava l’obbligo di comunicazione della variazione peggiorativa dei tassi e delle commissioni a cui veniva collegata la facoltà per il cliente di recedere dal rapporto entro quindici giorni, salva l’applicazione delle condizioni precedentemente in essere. Va sottolineato però che tale riconoscimento, risultava in

²⁰⁵ Le successive Istruzioni adottate dalla Banca d’Italia in applicazione della legge 154/92, nel prevedere le modalità di adempimento dell’obbligo di pubblicità mediante “avviso” hanno fatto esplicito riferimento a tale cartello.

concreto fortemente limitato dal fatto che il termine quinquennale iniziava a decorrere dall'affissione di un avviso in filiale e senz'alcuna modalità di comunicazione personale. Ulteriore novità era data dalla possibilità per la banca di fregiarsi della propria adesione all'Accordo tramite esposizione del logo "operazione trasparenza". L'effettiva attuazione degli impegni stabiliti veniva controllata da un Comitato in seno all'ABI ma presieduto da un soggetto nominato dal Governatore della Banca d'Italia.

Inutile dire che, oltre a quelli già segnalati, il codice scontava ulteriori difetti di tipo strutturale, quali il suo limitato oggetto e ambito applicativo, considerato anche che l'adesione al codice era volontaria, e la mancanza di sanzioni in caso di violazioni al codice medesimo.

Il mutato contesto economico-sociale ha portato successivamente, l'Abi anche a concordare con le associazioni dei consumatori la espunzione dai formulari contrattuali di alcune clausole ²⁰⁶. Inoltre, nel 1993 sorgeva l'*Ombudsman* bancario ²⁰⁷, ossia un organismo a livello nazionale a cui venivano – e vengono tuttora – demandati dalle banche aderenti all'accordo le controversie di minor valore con i consumatori disposti a ricercare una risoluzione in via extragiudiziale delle controversie. Alla autodisciplina del rapporto di natura sostanziale si aggiungeva quindi la risoluzione conciliativa delle situazioni patologiche, addivenendosi quindi a una composizione "interna" anche delle liti.

Nel 1996, con il "Codice di comportamento del settore bancario e finanziario" ²⁰⁸, il settore si è dotato di un ulteriore strumento finalizzato a

²⁰⁶ V. in particolare A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 1992, I, p. 422; M. PORZIO, *L'accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 1990, I, p. 374.

²⁰⁷ La circolare ABI è del 1° febbraio 1993, ed è stata modificata in data 28 settembre 2005 con una nuova circolare che ampliò l'ambito di competenza dell'organismo di conciliazione e l'ha inserito nel più vasto contesto del Conciliatore Bancario, ossia l'associazione per la soluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie ADR. Il Conciliatore Bancario ha costituito l'Organismo di conciliazione bancaria, iscritto al n. 3 del registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art 38 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

²⁰⁸ Il Codice è entrato in vigore il 21 gennaio 1996 e si affianca ad analoghe esperienze collaudate in altri Stati, come la Francia in cui era stata introdotta la *Charte des Serices Bancaires*, il Regno Unito con il *Good Banking Practices* ed altri Paesi europei.

migliorare i rapporti con la clientela e a promuovere non solo il rispetto formale delle prescrizioni normative poste a tutela della clientela stessa, ma anche l'adozione di comportamenti tesi a migliorare l'utilizzo dei servizi offerti. Infatti, come evidenziato nel corso della sua presentazione, il codice ha per destinatari, oltre alle banche affiliate all'ABI, anche i loro funzionari e dipendenti il cui comportamento è finalizzato a moralizzare per tutelare la clientela che fruisce dei servizi finanziari. Gli impegni assunti riguardano in particolare la trasparenza, la correttezza e la diligenza ²⁰⁹.

Su un piano generale, stante la natura autoregolamentare dell'atto, il codice offre innanzitutto una sintesi del quadro normativo concernente la disciplina della trasparenza e dell'informazione del cliente. Partendo da tali premesse, il codice vincola le banche che aderiscono all'iniziativa ad osservare le ulteriori regole che esso introduce e, di conseguenza, consente ai clienti di rivolgersi alla banca per pretendere l'osservanza di tali regole. In tale prospettiva, ove tale banca abbia aderito anche all'iniziativa dell'Ombudman bancario, il Codice fa sì che il cliente possa rivolgersi a questo organo, nel caso la soluzione offerta a seguito del procedimento di contestazione instaurato con la banca di riferimento sia risultata insoddisfacente.

L'importanza dell'iniziativa va colta sotto i diversi aspetti in cui essa si esplica, aggregando contenute nel codice in tre gruppi: i principi generali; le regole additive; le regole interpretative. I primi, come è ovvio che sia, vengono esplicitati attraverso l'utilizzo di clausole generali, la cui funzione

²⁰⁹ Sul punto v. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 179.

In ordine ai contenuti, gli impegni assunti nell'ambito delle relazioni con la clientela si sostanziano nel «fornire al cliente l'assistenza necessaria affinché tutte le clausole contrattuali risultino pienamente comprensibili», nel «fornire una copia in bianco del contratto relativo al prodotto o servizio», in un impegno a «valutare eventuali proposte o suggerimenti volti a migliorare la fornitura del servizio», a «fornire le informazioni che permettono l'utilizzo corretto del prodotto o servizio» in sede di esecuzione del contratto. Invece, in merito alla conclusione del rapporto, a «fornire le informazioni sugli effetti derivanti dalla cessazione del rapporto» e ad «operare in modo che le relative attività avvengano nel minor tempo possibile».

consiste appunto nel consentire all'interprete di ricomprendere tutte le fattispecie che si possono creare nell'attività bancaria, e non si possono quindi enumerare in dettaglio. Oltre all'assistenza del cliente, i principi contemplano la trasparenza – in un'accezione però non circoscritta alla trasparenza dell'operazione economica, bensì estesa all'intero rapporto istituito con il cliente –, la diligenza – che è regola posta dal codice civile – e la professionalità – intesa come tecnica di esercizio dell'attività, caratterizzata da competenza e riguardi particolari nei confronti del cliente ²¹⁰.

Le regole additive sono probabilmente quelle più rilevanti, in quanto sono quelle che introducono i maggiori elementi di novità rispetto alla normativa statale. Dettano infatti indirizzi di comportamento che l'ordinamento vigente non prevede o che, se si ritiene che possano comunque essere riportati alla buona fede e alla correttezza contrattuale, non esplicita in modo così dettagliato ed esemplificativo. Gli istituti di credito aderenti si impegnano a redarre i contratti una forma grafica di facile lettura e a richiamare l'attenzione del cliente sulle clausole e sulle condizioni relative alla cessazione del rapporto nonché sui rischi delle singole operazioni. Ad operare perché il recesso avvenga nel minor tempo possibile e a rispettare la volontà del cliente a non essere destinatario di azioni promozionali.

A tali precetti si aggiungono poi quelli dettati per regolare il processo interpretativo.

In definitiva, il codice finisce con l'assolvere anche la funzione di promotore della concorrenza nel settore bancario in quanto l'adesione al medesimo comporta l'impegno ad elevare la qualità del servizio offerto ai clienti. Ciò significa che tale tipo di autodisciplina diviene uno strumento di marketing aziendale e che, tra le strategie approntate dalle banche per porre sul mercato servizi concorrenziali, si è scelto di puntare anche sul modo in cui il cliente è trattato, ossia sul modo in cui è informato, assistito e considerato in qualità di controparte contrattuale della banca. Il codice

²¹⁰ Così G. Alpa, *Codice di comportamento del settore bancario*.

quindi si è imposto come segno di civiltà, oltre che uno strumento di grande rilievo nell'attività economica ²¹¹. Ovviamente, anche quest'ultima iniziativa non ha posto delle norme giuridiche vincolanti in senso stretto, quanto piuttosto regole di carattere deontologico fondate su criteri di correttezza e buona fede ²¹² e tese ad avviare la promozione di una vera e propria etica professionale da parte degli istituti bancari.

I codici deontologici sono ormai numerosi e in numerosi settori trovano applicazione ²¹³. Tra di essi, codice bancario si colloca sia nell'ambito dei codici che specificano la disciplina sovraordinata, perché additivo alla normativa vigente, sia nell'ambito di quelli che hanno finalità didascaliche e di istruzione dei destinatari di prodotti e servizi. Infatti, e diversamente da altri esempi, esso non è imposto agli associati che possono volontariamente scegliere se aderire o meno; né fissa sanzioni per la violazione delle regole di comportamento, rinviando unicamente alla soluzione del contenzioso con i clienti attraverso le tecniche impiegate dai singoli aderenti.

Quest'ultimo aspetto è forse quello che evidenzia in modo più lampante la natura ottativa delle regole del codice, nel senso che i comportamenti sono solo suggeriti alle banche. Detto ciò, non bisogna tuttavia dimenticare che il loro valore, pur limitato da un punto di vista formale, può andare ben al di là del mero impegno programmatico. L'individuazione di *standard* comportamentali gioca infatti un ruolo im-

²¹¹ Così G. ALPA, *Codice di comportamento del settore bancario*

²¹² Così G.F. CAMPOBASSO, *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, V, p. 562 e ss.

Sulle norme deontologiche v. un recente articolo di N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 727, che suggerisce feconde riflessioni sugli atti della autonomia privata, sulla discutibile riconducibilità degli stessi al modello della pluralità degli ordinamenti, e più ampiamente sul loro inserimento nel sistema delle fonti.

²¹³ V. la raccolta in G. ALPA e P. ZATTI, *Commentario al codice civile. Leggi complementari*, Cedam, Padova, 1995.

I codici deontologici si possono distinguere, nella prospettiva del loro rapporto con l'ordinamento normativo vigente, in: (i) codici che hanno colmato lacune dell'ordinamento (ad es., il codice dei promotori finanziari promosso dall'Anasf), prima dell'intervento legislativo avvenuto con L. n.1/1991 e con i regolamenti emanati dalla Consob; (ii) codici che specificano la normativa esistente (ad es., i codici deontologici che regolano la professione forense); (iii) codici che hanno finalità didascaliche e di istruzione dei destinatari di prodotti e servizi.

portante nell'ambito di un'economia di mercato, soprattutto per due ordini di motivi.

Da un lato, espone gli aderenti a "sanzioni" di natura economica, nel senso che, agevolando la comparabilità e la trasparenza delle offerte (nonché dei concreti risultati ottenuti dagli operatori e dello scarto di comportamento rispetto agli altri soggetti) può indirizzare i consumatori verso scelte economiche maggiormente ponderate e razionali.

Dall'altro, attraverso la conformazione spontanea dei comportamenti da parte degli istituti aderenti, viene a consolidarsi un canone di condotta idoneo a riempire di contenuto quelle clausole generali e quei principi generali dell'ordinamento contenuti nelle norme giuridiche. L'affermarsi di una determinata prassi può divenire così uno strumento per individuare in concreto quegli obblighi di correttezza e buona fede che la legge lascia all'interprete definire. Oppure essere una guida per quest'ultimo nel giudicare il grado di diligenza o la gravità dell'inadempimento di una delle parti del contratto o quella che deve presumersi essere la volontà comune delle parti nel momento interpretativo del regolamento contrattuale.

Il contenuto deontologico-morale si trasforma così, attraverso la ripetuta osservazione del codice, in prassi. E la prassi, ormai intesa come fonte dell'ordinamento non solo residuale e posta all'ultimo gradino della scala gerarchica bensì anche come regole che, provenendo dal "basso", concorrono insieme a quelli derivanti dall' "alto" a definire il complesso di regole che i consociati sono tenuti ad osservare ²¹⁴.

Sicché il giudice, chiamato ad accertare la diligenza e la buona fede impiegate dalla banca nell'instaurare e nell'eseguire il rapporto negoziale con il cliente, potrà fare ricorso anche alle regole del codice per accertare se il comportamento in concreto tenuto sia stato o meno conforme a quanto generalmente praticato nel settore di riferimento ²¹⁵. Ovviamente ciò dovrebbe valere *in primis* qualora la valutazione della violazione e la deci-

²¹⁴ In questo senso v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1993.

²¹⁵ Così G. ALPA, *Codice di comportamento del settore bancario*.

sione di irrogare sanzioni spettanti ad organismi di autodisciplina, quale ad esempio l'*Ombudsman* bancario ²¹⁶.

A queste forme di autoregolamentazione va ricondotto anche il più recente progetto "PattiChiari", nato, sempre su iniziativa dell'industria finanziaria italiana, per migliorare i rapporti tra banca e clientela. Esso è strutturato nella forma del consorzio e si richiama ai valori della chiarezza, della comprensibilità e della trasparenza ed è stato istituito per favorire il dialogo che coinvolge quotidianamente operatori di sportello e utenti. Attualmente al Consorzio partecipano circa 167 banche italiane per un totale di 26mila sportelli sul territorio (corrispondenti all'84% dell'intero sistema bancario italiano).

Dal 15 ottobre 2003 è stato inaugurato il lancio di otto iniziative finalizzate ad assicurare alla clientela la trasparenza, la comprensibilità e la comparabilità dei prodotti offerti allo sportello. Esse sono state denominate: "Faro", "Conti correnti a confronto", "Servizio bancario di base", "Disponibilità assegni", "Criteri generali di valutazione del credito", "Tempi medi di risposta" sul credito alle piccole e medie imprese, "Obbligazioni a basso rischio", "Obbligazioni bancarie strutturate" ²¹⁷. Per rendere ognuna delle iniziative del progetto pienamente visibile e riconoscibile al pubblico è stato coniato il marchio di qualità Patti Chiari ²¹⁸, volto a garantisce l'affidabilità di questi strumenti nei confronti di milioni di utenti privati, famiglie e imprese, assicurando la immediata riconoscibilità delle banche che hanno deciso di impegnarsi nell'adesione a standard elevati (e certificati) di qualità nella relazione con la clientela. In realtà nelle attività di comunicazione nei confronti del pubblico, l'utilizzo del Marchio è riservato in via esclusiva al Consorzio e le banche consorziate possono

²¹⁶ G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 180 e ss.

²¹⁷ In particolare, le prime quattro sono dedicate a tutta la clientela, le due successive sono rivolte alle piccole-medie imprese, e le ultime attengono a servizi d'investimento. A quelle richiamate si sono successivamente aggiunte altre due iniziative: Cambio conto e Investimenti finanziari a confronto.

²¹⁸ Il marchio collettivo è di proprietà dell'ABI che lo ha conferito in uso esclusivo (con facoltà di concedere sub licenze) al Consorzio.

solamente pubblicarlo sulle homepage dei rispettivi siti Internet e impiegarlo nei materiali di comunicazione esterna, predisposti dal Consorzio stesso. Inoltre è stato allestito un sito internet all'indirizzo www.pattichiari.it.

Obiettivo dichiarato del Consorzio è offrire strumenti semplici e moderni che aiutino il cliente a comprendere meglio e in modo più intuitivo i prodotti finanziari e quindi a far sì che possa scegliere quelli più adatti alle sue esigenze. Tale finalità di trasparenza è attuata secondo modalità nuove e volte, almeno nelle intenzioni, a costruire una rinnovata relazione tra le banche e i clienti fondata su *«una maggiore fiducia e un dialogo chiaro, comprensibile e trasparente»* e su *«strumenti di comunicazione semplici, che utilizzano informazioni chiare, confrontabili e che favoriscono la comprensione dei prodotti finanziari»* ²¹⁹.

Per garantire la serietà dell'impegno che l'ABI ha voluto assumersi con tale iniziativa è previsto che il rispetto singole consorziate agli standard richiamati dalle singole iniziative siano verificati attraverso organismi di certificazione esterni e indipendenti.

²¹⁹ I risultati pubblicizzati sul sito web del Consorzio sono i seguenti. Circa le iniziative che hanno coinvolto direttamente i cittadini vi sono state:

- oltre 15 milioni di pagine web visitate sul sito www.pattichiari.it;
- oltre 45 milioni di guide informative distribuite;
- oltre 200.000 telefonate al numero verde;
- oltre 1800 clienti hanno scritto all'indirizzo email info@pattichiari.it;
- oltre 100.000 clienti contattati direttamente da personale PattiChiari.

Per quanto riguarda il fronte della formazione interna sono stati condotti:

- 10.000 ore di corsi in aula e workshop informativi per 4.500 dipendenti;
- due milioni di ore di corsi di formazione interattivi;
- un milione di Guide Informative realizzate e distribuite ai dipendenti bancari;
- 61.800 Cd-Rom informativi pari a 92.700 ore di corso di formazione.

2.5. Le vicende del rapporto contrattuale

La parte della disciplina sul credito al consumo dedicata alla tutela sostanziale del rapporto contrattuale fra professionista e consumatore è contenuta nell'art. 125 del TUB, che prende in considerazione le situazioni maggiormente problematiche del credito al consumo. Come già anticipato, questa parte della disciplina, insieme agli ultimi due commi dell'art. 124 riguardanti la sostituzione automatica delle clausole, contiene le disposizioni che maggiormente incidono sull'assetto del rapporto negoziale fra consumatore e creditore ponendosi come deroga all'applicazione del diritto contrattuale comune e, più in generale, alla piena autonomia contrattuale delle parti di cui all'art. 1322 cod.civ..

2.5.1. L'inadempimento del compratore

Il 1° comma dell'art. 125 del TUB ²²⁰ stabilisce che a fronte di un contratto di credito al consumo per cui sia stato concesso un diritto reale di garanzia

²²⁰ La direttiva all'art. 7 stabilisce che «*in caso di crediti concessi per l'acquisizione di beni, gli Stati membri stabiliscono le condizioni alle quali il bene può essere recuperato, in particolare quando il consumatore non abbia dato il suo consenso. Essi curano inoltre che, quando il creditore rientra in possesso del bene, i conteggi fra le parti siano stabiliti in modo che tale recupero non comporti un ingiustificato arricchimento*». Rispetto alla previsione della Proposta del 1984 scompare ogni riferimento all'emanazione di norme volte ad evitare un ingiustificato danno per una delle parti dalla risoluzione anticipata del contratto. Ipotesi questa di gran rilievo vista l'inapplicabilità al credito al consumo dell'art. 1526 cod.civ. (Così G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, 1998, p. 133.).

Sembrerebbe dunque essere stata sancita, in sede comunitaria, la liceità per il creditore di procedere all'esecuzione sul bene, trattenendo le rate già riscosse, e di chiedere altresì il versamento dell'eventuale residuo. Il richiamo operato dalla direttiva all'ingiusto arricchimento non troverebbe perciò alcun elemento di specialità nella disciplina garantista del consumatore essendo un rimedio generalmente esperibile proprio ogni qual volta il danneggiato non abbia altra azione idonea a rendere giustizia del pregiudizio subito. Il carattere sussidiario dell'azione, già enunciato dall'art. 2042 cod.civ., non limita infatti il suo ambito di ammissibilità che, anzi, è generalmente riconosciuto come molto ampio. O piuttosto il richiamo all'ingiustificato arricchimento andrebbe inteso invece in senso lato, e non in quello proprio dell'istituto di cui all'art. 2041 cod.civ., sostanziandosi nell'affermazione di un principio ben noto in ambito esecutivo, potendo il pignorante concorrere sul ricavato della vendita del bene entro il limite del proprio credito.

Trattasi dunque di una norma, l'art. 7 della direttiva, molto meno favorevole al consumatore (G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, 1998, p. 134) rispetto a quella contenuta nell'*avant-projet* e che non

sul bene acquistato con l'importo finanziato, trovino applicazione le norme dettate dall'art. 1525 cod.civ. in tema di vendita con patto di riserva della proprietà. Mediante il rinvio alla norma del codice civile si vuole perciò escludere l'applicabilità dell'art. 1819 cod.civ. a quei contratti di mutuo che presentano con il contratto di compravendita una forte connessione, data dalla garanzia reale sul bene. In tal caso, il mancato pagamento di una rata che non superi l'ottava parte del prezzo non può quindi dar luogo a risoluzione del contratto, pur in presenza di un'apposita clausola risolutiva espressa.

Problemi interpretativi si pongono innanzitutto per il riferimento al prezzo quale parametro su cui calcolare l'ottava parte. Nella vendita a rate, infatti, il prezzo assume un significato preciso, inteso a quantificare l'importo dell'obbligazione di pagamento nascente dalla compravendita. Nel trasporre la norma in materia di credito al consumo ci si può chiedere invece se esso vada riferito al prezzo del bene, al solo importo finanziato ovvero al totale del finanziamento comprensivo di quota capitale ed interessi. Da parte della dottrina la maggior parte dei consensi si sono avuti per quest'ultima ipotesi, dato che nella vendita rateale il prezzo è comprensivo della quota di interessi derivante dalla dilazione ²²¹. Rimarrebbe

abbisognerebbe di alcun esplicito recepimento. Diversa soluzione è stata prospettata leggendo l'espressione in senso atecnico (così G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1998, p. 134, e sempre G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002 p. 34) e quindi vincolando il legislatore nazionale alla precisazione di un contenuto di tutela più specifico rispetto al generico rinvio all'arricchimento senza causa e più somigliante alle disposizioni già esistenti in materia di vendita con riserva di proprietà, in particolare agli artt. 1525-1527 cod.civ. Altra questione è il valore da attribuire all'inciso «quando il consumatore non abbia dato il suo consenso», che sembrerebbe un richiamo a prefigurare un diverso regime giuridico a seconda della presenza o meno dell'assenso al recupero del bene. La disposizione resta tuttavia oscura sia che la si interpreti nel senso che il consenso, quale condizione al recupero del bene, debba essere preventivo all'ipotesi di inadempimento sia che avvenga solo in un momento successivo (Così G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1998, p. 134 e ss.). Giova in ogni caso ricordare che, per gli autoveicoli, l'art. 2, 2° comma, del r.d.l. 15 marzo 1927 n. 436 prevede l'ipoteca legale, a favore del finanziatore che abbia versato in tutto o in parte il prezzo al venditore di autoveicoli (c.d. privilegio automobilistico).

²²¹ v. G. DE NOVA, *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERROLUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1877; G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 106.

escluso quindi solo l'eventuale acconto pagato dal consumatore e non rientrante nell'importo finanziato.

Nell'accogliere favorevolmente la norma in commento appare tuttavia discutibile la prevista limitazione ai soli casi in cui sia stato concesso un diritto reale di garanzia. Certamente tali ipotesi si presentano come situazioni in cui il compratore potrebbe subire un pregiudizio maggiore in relazione al mancato versamento di una sola rata.

Ma la norma appare ingiustamente restrittiva nel non riconoscere simile protezione anche ad altre fattispecie. Si tenga presente che alcuni contratti prevedono che la decadenza dal beneficio del termine si verifichi in presenza di inadempimento ad uno qualsiasi degli obblighi derivanti dal contratto né è concesso al consumatore il diritto di evitare la decadenza regolarizzando i pagamenti dovuti. Spesso, inoltre, è previsto che la decadenza dal beneficio del termine nell'ambito di un determinato rapporto di finanziamento si estenda anche ad eventuali altri rapporti che intercorrano con il medesimo finanziatore, benché nessun inadempimento si sia verificato rispetto a questi ultimi. Tale condotta potrebbe avere delle conseguenze estremamente pregiudizievoli per il consumatore che, chiamato a rimborsare immediatamente e in un solo versamento tutte le linee di credito aperte, rischia per un singolo ritardo di essere messo economicamente in ginocchio.

La validità di queste considerazioni è confermata soprattutto se si osserva la maggior ampiezza del precetto contenuto nell'art. 7 della direttiva comunitaria²²² che, in tal senso, non deve ritenersi recepito pienamente²²³. In ogni caso, poiché tali disposizioni creano un significati-

²²² Secondo il quale «in caso di crediti concessi per l'acquisizione di beni, gli Stati membri stabiliscono le condizioni alle quali il bene può essere recuperato, in particolare quando il consumatore non abbia dato il suo consenso. Essi curano inoltre che, quando il creditore rientra in possesso del bene, i conteggi tra le parti siano stabiliti in modo che tale recupero non comporti un ingiustificato arricchimento».

²²³ V. G. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contratto e Impresa*, 1994, p. 13; G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 107.

vo squilibrio nel rapporto tra le parti, esse potranno essere sottoposte al vaglio dell'art. 33, 1° comma, cod.cons.

2.5.1. Le garanzie e le clausole attinenti alla responsabilità del coniuge/coobbligato; l'assicurazione obbligatoria

Nella prassi i finanziatori sono soliti richiedere, attraverso un'apposita disposizione contrattuale, il rilascio di una garanzia che normalmente, quando non è di tipo reale, consiste nel rilascio di una fideiussione. Ciò avviene per lo più con la richiesta al coniuge del consumatore richiedente di co-obbligarsi quale garante (e quindi come responsabile sussidiario, seppure in solido), ovvero in altri casi di obbligarsi in prima persona in veste di contitolare del rapporto.

In tal caso è essenziale che le condizioni generali di contratto rendano evidenti, in modo chiaro, le conseguenze derivanti dall'assunzione di un impegno di natura fideiussoria. Al contrario, la maggior parte dei moduli predisposti dai finanziatori non appaiono sufficientemente trasparenti, esponendosi così ad una censura di vessatorietà ai sensi dell'art. 35 cod.cons. Di più. Qualora le condizioni generali di contratto non chiariscano i contenuti dell'impegno fideiussorio a cui tale soggetto si vincola, la clausola di generico rilascio di una garanzia sembra porsi in contrasto con l'art. 33, 2° comma, lett. l) cod.cons. che considera vessatorie fino a prova contraria le clausole che prevedono *«l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto»*.

Quando la garanzia è assunta dal coniuge, si assiste frequentemente alla presenza di clausole che, in deroga agli artt. 189 e 190 cod.civ., prevedono l'espressa rinuncia da parte del consumatore e del coniuge alla sussidiarietà e divisibilità della responsabilità dei rispettivi beni personali e dei beni della comunione. A questo proposito, si segnala che la giurisprudenza di merito ha sancito, in ambito bancario, la vessatorietà, e pertanto l'inefficacia, della deroga all'art. 190 cod.civ. in ragione della *«mancata negoziazione di una clausola che determina a carico del con-*

sumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali (rilevante ai sensi dell'art. 1469 bis, comma 1 e 3, n. 18 c.c.)»²²⁴.

Alla luce di quanto appena detto, preme evidenziare che, mentre la condizione del rilascio di una fideiussione non può essere considerata di per sé vessatoria, in quanto rientra nelle scelte di natura economica che le parti sono libere di effettuare, le modalità in concreto con cui essa è richiesta o disciplinata possono, al contrario, risultare abusive. È evidente allora che tali previsioni pattizie, creando un significativo squilibrio nel rapporto che coinvolge anche quei soggetti terzi chiamati a garantire il rimborso, possono risultare censurabili ai sensi dell'art. 33, 1° comma, cod.cons.

Sempre in tema di responsabilità del garante deve purtroppo farsi cenno anche a quella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee secondo la quale *«la direttiva [87/102/CEE] deve essere interpretata nel senso che non rientra nel suo ambito di applicazione un contratto di fideiussione concluso a garanzia del rimborso di un credito quando né il fideiussore né il beneficiario del credito hanno agito nell'ambito della loro attività professionale»*²²⁵.

Pertanto, al contratto di fideiussione accessorio ad un finanziamento erogato nei confronti di un consumatore non troveranno applicazione tutte le norme di tutela, informativa e sostanziale, specificamente dettate in materia di credito al consumo.

²²⁴ Cfr. Tribunale di Roma, 21 gennaio 2000, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, I, p. 473 e ss. La sentenza, sul punto, è stata confermata anche in secondo grado – v. Corte appello di Roma, sez. II, 24 settembre 2002 – dove è stato precisato che *«tenuto presente che la disciplina legale è già un punto di bilanciamento delle opposte esigenze dei contraenti realizzando un equo contemperamento degli interessi in giuoco, la modifica negoziale che lo alteri in favore della parte autrice della deroga pattizia, in tanto è consentita, in quanto non sia frutto di imposizione unilaterale, dovuta a preponderante forza contrattuale, e sia invece specificamente negoziata o compensata con vantaggi corrispettivi. Nulla del genere è ravvisabile nella specie, in cui la regola di parziale salvaguardia dei beni personali dei coniugi in regime di comunione è semplicemente derogata in favore della banca; con un significativo squilibrio in danno dei consumatori per effetto dell'ampliamento della loro responsabilità patrimoniale»*.

²²⁵ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee - V Sezione - 23.3.2000 (C-208/98).

2.5.2. L'adempimento anticipato e recesso

Altra norma di rilievo è quella dettata dal 2° comma dell'art. 125 del TUB. Grazie ad essa, e senza possibilità di patto contrario, si concede al solo consumatore la facoltà di adempiere in via anticipata²²⁶ o di recedere²²⁷ dal contratto senz'alcuna penalità.

Com'è stato sottolineato, dall'inderogabilità della norma dovrebbe discendere anche l'indisponibilità e la irrinunciabilità dei relativi diritti da parte del consumatore, con la conseguenza che per tale profilo la norma in commento va considerata come norma imperativa²²⁸. Il TUB non disciplina l'effetto sostitutivo derivante dall'inosservanza della norma in esame, ma deve ritenersi che la sanzione per le clausole difformi sia la nullità con conseguente integrazione di diritto della facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto. La deroga alla libera determinazione dei contenuti dell'accordo si sostanzia innanzitutto nella facoltà di anticipare il tempo dell'adempimento senza dover attendere le scadenze dei versamenti.

²²⁶ La norma recepisce così l'art. 8 della direttiva, dove viene prevista appunto la facoltà per il consumatore di adempiere in via anticipata agli obblighi che derivano dal contratto di credito, avendo diritto ad ottenere un'equa riduzione del costo complessivo del credito.

²²⁷ Nel testo della direttiva la norma in tema di *jus poenitendi* è divenuta meramente facoltativa ex art. 4, 3° comma.

Nell'*avant-projet*, come nelle sue successive versioni, veniva invece prevista l'istituzione di un periodo di riflessione di almeno sette giorni a favore del consumatore per recedere dal contratto di credito che fosse stato il risultato di una visita ricevuta dal consumatore senza sua preventiva richiesta (cfr. art 3 della Proposta del 13 giugno 1984). Dunque il diritto di recesso aveva la sua *ratio* ispiratrice non tanto nelle caratteristiche intrinseche alla fattispecie contrattuale, quanto alle modalità di conclusione del negozio; il recesso veniva concepito come reazione all'aggressività con la quale viene fatta la proposta contrattuale, profittando dell'effetto sorpresa subito dal consumatore. La ragione di tale cambiamento risiede probabilmente nel fatto che per tali ipotesi il *jus poenitendi* era stato *medio tempore* garantito al consumatore dalla direttiva 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, recepita in Italia con d.lgs. 15 gennaio 1992, n.50. È vero che tale rimedio si rivela necessario soprattutto per quel filone denominato delle "vendite aggressive" e che attribuire al consumatore un periodo di ripensamento nei contratti di finanziamento condurrebbe con buone probabilità ad allungare i tempi per l'erogazione della somma di denaro richiesta. Ciononostante alcuni Stati membri hanno intrapreso strade più garantiste rispetto alla tutela minima apprestata dalla direttiva 87/102/CEE, prevedendo tale diritto di recesso, vietando alcune forme di comunicazione non richiesta e la conclusione di contratti di credito a domicilio, presso l'abitazione o il luogo di lavoro del consumatore,.

²²⁸ Così S.T. MASUCCI, *Commento all'art. 125, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, Padova, 1994, p. 857.

Per quanto riguarda l'adempimento anticipato, infatti, esso consente al consumatore che non desideri attendere il normale decorso del finanziamento di restituire *ante tempus* la somma mutuata, anche parzialmente. In tal caso egli «*ha diritto ad un'equa riduzione del costo complessivo del credito, secondo le modalità stabilite dal CICR*». Tali modalità sono in realtà stabilite dal decreto del Ministero del tesoro 8 luglio 1992, il quale, all'art. 3, 1° comma, prevede che «*tale facoltà si esercita mediante versamento al creditore del capitale residuo [229], degli interessi e degli oneri maturati sino a quel momento e, se previsto dal contratto, di un compenso comunque non superiore all'uno per cento del capitale residuo*».

Le ragioni di un'apposita norma sulla facoltà di adempimento anticipato risiedono nel fatto che solitamente nei contratti di finanziamento il termine per la restituzione è fissato a favore di entrambe le parti²³⁰. È infatti interesse di tutte e due le parti, almeno inizialmente, rispettare la scadenza del rapporto contrattuale: il mutuante può così far maturare gli interessi sulla somma erogata e trarre profitto dal finanziamento mentre il mutuatario trova proprio nella dilazione nel tempo la ragione che l'ha indotto inizialmente a concludere il contratto dovendo reperire in un tempo futuro le somme di cui non aveva disponibilità. Con la disciplina del credito al consumo il consumatore diviene invece titolare di un diritto potestativo senza il quale gli sarebbe preclusa dal finanziatore la possibilità

²²⁹ Il successivo 2° comma prevede inoltre che qualora il contratto non dettagli l'importo del capitale residuo dopo ciascuna rata di rimborso, «*esso si determina quale somma del valore attuale di tutte le rate non ancora scadute alla data dell'adempimento anticipato, calcolata mediante la formula riportata in allegato 2 al presente decreto; il tasso d'interesse da utilizzare nel calcolo è quello vigente all'epoca dell'adempimento anticipato per la determinazione degli interessi a carico del consumatore*».

²³⁰ Viene quindi a introdursi una disciplina derogatoria rispetto a quella civilistica prevista per il contratto di mutuo che, all'art. 1816 cod.civ., detta una presunzione di stipula del termine in favore di entrambe le parti. L'innovazione non vale solo a rimuovere tale presunzione ma penetra nella disciplina sostanziale del negozio limitando l'autonomia privata delle parti e garantendo al debitore un vero e proprio diritto irrinunciabile e non sottoponibile a condizioni o oneri che ne possano penalizzare l'esercizio (cfr, G. DE NOVA, *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1878).

di estinguere il prestito se non a seguito di una onerosa operazione di *refinancing*.

Con il diritto di recesso ²³¹, strutturalmente diverso dalle previsioni del *jus poenitendi* ²³², si attribuisce al consumatore il diritto di rimuovere unilateralmente il vincolo contrattuale, in particolar modo a seguito dell'eventuale esercizio del *jus variandi* da parte del finanziatore. L'autorevole dottrina che si è espressa sul punto intravede nel contenuto del diritto di recesso e nei suoi effetti una sostanziale e funzionale differenza con l'istituto dell'adempimento anticipato nonostante il risultato ultimo sia il medesimo in entrambi i casi, ossia l'estinzione del vincolo contrattuale e la conseguente restituzione della somma oggetto del finanziamento. Infatti, poiché la norma in esame non prevede, data la sua imperatività, l'attribuzione (anche) al finanziatore del diritto di recesso, si ritiene che i contratti di credito al consumo non siano passibili di recesso *ad nutum* a favore del mutuante come, invece, consente l'art. 1845, 1° comma, cod.civ.

È il caso di osservare che, nelle ipotesi in cui le operazioni di credito al consumo sono finalizzate all'acquisto di un bene o servizio, l'applicabilità dell'istituto del diritto di recesso si atteggia in maniera particolare. In tal caso, infatti, è stata prospettata la possibilità che sorga anche l'obbligo di restituzione del bene oggetto della vendita. Ma tale ricostruzione sembra non convincere posto che vi è un ostacolo insuperabile all'applicabilità del recesso a tale fattispecie, ossia l'avvenuta esecuzione della vendita, la quale rende impossibile un eventuale scioglimento del

²³¹ È opportuno sottolineare come il secondo comma della norma in questione rimedi ad una svista del legislatore che nel corrispondente art. 21, 10° comma, della l. 142/92 prevedeva in capo al consumatore la facoltà di «*risoluzione di cui alla lettera d) del comma 9*». Ora si parla più propriamente di recesso.

²³² Così G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 111, che sottolinea la circostanza che la norma faccia riferimento a contratti già conclusi. La diversità strutturale e sistematica rispetto alle ipotesi di *jus poenitendi* nelle quali, al di là del tenore letterale, il legislatore si sarebbe in realtà riferito a facoltà di revoca della proposta.

contratto ²³³. All'inverso, qualora il recesso colpisca il contratto di compravendita, si ritiene che il finanziamento ne segua le sorti ²³⁴.

2.5.3. La cessione del credito

L'art. 125, 3° comma, del TUB dispone che «*in caso di cessione dei crediti nascenti da un contratto di credito al consumo, il consumatore può sempre opporre al cessionario tutte le eccezioni che poteva far valere nei confronti del cedente, ivi compresa la compensazione, anche in deroga al disposto dell'art. 1248 c.c.*» ²³⁵.

La norma è di pacifica interpretazione nella parte in cui consente al consumatore di conservare le eccezioni che poteva far valere nei confronti del finanziatore e quindi facendo in modo che la situazione del debitore

²³³ In tal senso S.T. MASUCCI, *Commento all'art. 125*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1994, p. 846 nonché G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 113.

²³⁴ M DE POLI, *Gli effetti sul contratto di credito al consumo del recesso da un contratto concluso a distanza o a domicilio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, p. 15.

²³⁵ Tale comma recepisce l'art. 9 della direttiva, sul quale, in dettaglio, v. C. TAGLIENTI, *Cessione del credito e tutela del consumatore*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, Roma, 1987, p. 141 e ss. Con specifico riguardo all'eccezione di compensazione, l'art. 1248 cod.civ. dispone che, in caso di accettazione pura e semplice della cessione da parte del debitore, quest'ultimo non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente, mentre, in difetto di accettazione, la notificazione preclude la compensazione dei soli crediti sorti posteriormente ad essa (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Milano, 1990, p. 603). Appare scontato che in moduli predisposti unilateralmente dal finanziatore, l'accettazione preventiva difficilmente avrebbe potuto contenere una riserva volta a mantenere tale eccezione. Di qui la previsione che, *ex lege*, consente al consumatore di opporre sempre e comunque al cessionario la compensazione.

Quanto alle altre e ulteriori eccezioni che il debitore ceduto può opporre al cessionario, è principio consolidato il primo, non avendo partecipato al negozio di cessione, non può in alcun modo vedere peggiorata, per effetto di questa, la sua posizione (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 798), sicché può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente e, quindi, sia quelle relative ai vizi del titolo costitutivo del credito, sia quelle relative ai fatti modificativi ed estintivi del rapporto, anteriori alla cessione, ovvero anche posteriori a quest'ultima, ma anteriori alla sua accettazione, notificazione o conoscenza *aliunde* (cfr. Cass. n. 575/2001).

Ex art. 1268 cod.civ. è controverso se al debitore ceduto sia consentito di indagare sulla validità e sull'efficacia della cessione. Si afferma in ogni caso, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che il debitore è legittimato a far valere i vizi del contratto di cessione che incidano sulla titolarità del credito e che debba altresì accertare che esso sia giuridicamente efficace e, quindi, che esso non sia nullo, ovvero privo di un requisito di efficacia

ceduto non peggiori a causa della cessione ²³⁶. In particolare, se la cessione viene effettuata dal venditore a favore di un finanziatore che entra solo successivamente nell'operazione, le eccezioni opponibili sono anche quelle scaturenti dal rapporto di compravendita. Se invece è il finanziatore a cedere il credito, le eccezioni investono tanto il contratto di finanziamento quanto il contratto vendita nel caso di sussistenza del nesso d'interdipendenza.

Più oscuro è invece il riferimento alla compensazione: sorge infatti il dubbio se la deroga riguardi o meno entrambi i commi dell'art. 1248 cod.civ. Il rinvio al 1° comma sembra certamente opportuno in quanto il consumatore ceduto potrebbe non sapere che una sua accettazione, senza riserva di far valere la compensazione, impedirebbe la proposizione dell'eccezione.

L'estensione anche al 2° comma, invece, relativo ai crediti sorti posteriormente alla notifica della cessione, sarebbe in linea di principio irragionevole per la precaria situazione in cui si verrebbe a trovare il cessionario. Inoltre il fatto che l'art. 125 del TUB letteralmente faccia riferimento alle eccezioni che il consumatore «*poteva far valere*» sembra indicare solamente quelle già sussistenti al momento della cessione. La soluzione dipende allora dal giudizio di prevalenza degli interessi coinvolti: se si ritiene che la norma voglia scoraggiare la cessione del credito o comunque far salvi i diritti del consumatore a scapito della posizione del cessionario, la deroga potrà coinvolgere anche il 2° comma ²³⁷. L'unica difesa per quest'ultimo sarà allora solo la previa consapevolezza della sussistenza del rischio della compensazione di crediti sorti posteriormente alla cessione.

Va in ogni caso precisato che all'ipotesi della cessione del credito non risulta applicabile la norma di cui all'art. 33, 2° comma, lett. s) cod.cons., che riconosce la vessatorietà, e quindi l'invalidità, di quelle

²³⁶ G. DE NOVA, *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERROLUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1881.

²³⁷ A riguardo v. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 114.

clausole che consentono al professionista «di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo». La dottrina sul punto sottolinea infatti che non rientrano nell'ambito applicativo della norma le clausole che prevedono il consenso alla cessione della posizione contrattuale attiva di cui gode il professionista dopo aver eseguito la prestazione da lui dovuta e, a maggior ragione, sembra doversi escludere la sua applicabilità all'ipotesi della cessione del credito ²³⁸.

La diversa e non prevista ipotesi della cessione del contratto – quale circostanza in cui può verificarsi la cessione del credito – secondo alcuni autori ²³⁹ importerebbe in linea teorica conseguenze meno pregiudizievoli per il consumatore dato che essa postula necessariamente il consenso del ceduto – ex art. 1406 cod.civ. – e può realizzarsi solamente quando le prestazioni corrispettive non sono ancora iniziate. È vero tuttavia che il consenso potrebbe essere preventivo e inserito unilateralmente nel contratto dal finanziatore. Ciò avviene molto spesso nella prassi, dove i contratti contengono quasi sempre una clausola con cui il consumatore autorizza preventivamente il professionista a cedere il contratto o i diritti nascenti da esso.

Tali disposizioni contrattuali hanno quindi un contenuto autorizzatorio più ampio rispetto alla mera cessione del credito e risultano vessatorie, ai sensi del richiamato art. 33, 2° comma, lett. s), qualora risulti diminuita la tutela dei diritti del consumatore. Ciò significa che, per non svuotare di significato la norma, la preventiva autorizzazione dovrà esplici-

²³⁸ Così si esprime L. GATT, *Commento all'art. 1469-bis, 3° comma, n. 17*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* (a cura di G. ALPA-S. PATTI), Milano, 1997, p. 422; nello stesso senso, G. DE CRISTOFARO, *Il Consenso del consumatore alla cessione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 597.

²³⁹ Così C. TAGLIENTI, *Cessione del credito e tutela del consumatore*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, Roma, 1987, p. 141 e ss.

tare, con un grado di specificità e puntualità elevato ²⁴⁰, i requisiti che il terzo deve avere per poter subentrare nel contratto.

Connesso alla tematica della cessione del credito è l'aspetto riguardante l'utilizzo di titoli di credito. La direttiva 87/102/CEE infatti si preoccupa di proteggere il consumatore anche nei confronti di quegli strumenti che, per loro natura giuridica, essendo caratterizzati da autonomia ed astrattezza, potrebbero impedire al debitore di opporre al cessionario le eccezioni derivanti dal sottostante rapporto col cedente. In tal senso l'art. 10 della direttiva stessa, nel caso in cui gli Stati membri consentono al consumatore di effettuare un pagamento con titoli cambiari, ovvero di offrire garanzie mediante gli stessi, raccomanda loro di fare il necessario affinché il consumatore sia adeguatamente protetto. La norma non esplicita dunque un rimedio specifico, ma rimette alla legislazione nazionale di effettuare la scelta più corretta in relazione al proprio ordinamento giuridico, imponendo in capo agli Stati membri un obbligo di risultato che nel caso italiano è stato prontamente inadempito ²⁴¹.

2.5.4. La responsabilità sussidiaria del finanziatore

L'inadempimento del fornitore e la persistente obbligazione del consumatori ad effettuare i versamenti in favore del finanziatore costituiscono uno dei temi più cari alla dottrina che ha spinto per l'attuazione di una disciplina di tutela della parte debole nei contratti di credito al consumo. Rispetto all'ipotesi della vendita con dilazione di pagamento, il credito erogato da un soggetto diverso dal venditore del bene o del servizio implica infatti la conclusione di un diverso e separato contratto, le cui sorti restano indifferenti rispetto alle vicende della compravendita. La sussunzione della fattispecie alle categorie normative tradizionali non ha infatti consentito di

²⁴⁰ Così G. DE CRISTOFARO, *Il Consenso del consumatore alla cessione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 578.

²⁴¹ Cfr. S.T. MASUCCI, *Commento all'art. 125, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 831 e ss.

collegare i due negozi che invece appaiono intimamente connessi sotto il profilo dell'operazione economica conclusa.

Ciò risulta oltremodo ingiusto se si considera che nella prassi tra fornitore e finanziatore vi sia un accordo di collaborazione commerciale in base al quale il fornitore si avvale di un soggetto terzo a cui affidare quei clienti che desiderano ottenere un sostegno finanziario in occasione dell'acquisto di un bene o servizio presso il fornitore stesso. Tant'è che l'accordo che lega i due soggetti professionali ha in passato costituito la base per desumere il nesso funzionale di collegamento fra i due negozi ²⁴².

Per ovviare a tale problema, che ha condotto a soluzioni profondamente inique a danno della parte debole del rapporto contrattuale, è stata introdotta nel nostro ordinamento, così recependo la corrispondente disposizione della direttiva 87/102/CEE ²⁴³, un regime di responsabilità sussidiaria del finanziatore.

²⁴² V. G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 591 e ss. Sulla sussistenza di un collegamento tra il negozio di vendita e quello di finanziamento va tenuto conto, più in generale, che il tratto caratteristico della fattispecie consiste nel fatto che le vicende di un contratto interferiscono in quelle dell'altro, ancorché le parti siano diverse. Con sentenza del 17 dicembre 2004, n. 23470, la Cassazione ha infatti espresso il seguente principio: «*affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale*». Il riferimento ai reciproci interessi nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario sembra peraltro sussistere anche nel caso del contratto di credito finalizzato. Né la diversa composizione soggettiva sembra essere ancora un ostacolo all'affermazione del collegamento, posto che in un'altra sentenza (cfr. Cass. del 30 ottobre 1991 n. 11638), sempre la Cassazione ha precisato che «*il collegamento fra negozi è configurabile anche quando siano stipulati tra soggetti diversi, purché essi risultino concepiti e voluti come funzionalmente connessi ed interdipendenti, al fine di un più completo ed equilibrato regolamento degli interessi*».

Si v. inoltre M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), Torino, 2006, p. 1242.

²⁴³ La disposizione attua l'art. 11 della direttiva 87/102/CEE che, abbandonata l'ipotesi di configurare un vincolo di responsabilità solidale fra venditore e finanziatore nel caso d'inadempimento del primo, prevede una mera responsabilità sussidiaria dei due professionisti. Al primo comma dell'art. 11 della direttiva si dice infatti che «*gli Stati membri provvedono affinché l'esistenza di un contratto di credito non pregiudichi in alcun modo i diritti del consumatore nei confronti del fornitore di beni o di servizi acquisiti in base a tale contratto*

qualora i beni o servizi non siano forniti o non siano comunque conformi al contratto di fornitura». La fattispecie prende dunque in considerazione i casi in cui si sia verificato un inadempimento del fornitore (cfr. artt. 1218, 1176 e 1181 cod.civ.) per consentire al consumatore di agire anche nei confronti del finanziatore, che da un punto di vista formale è parte estranea al contratto di vendita del bene.

Tuttavia la Comunità, nell'estendere a tutto il mercato interno una forma di tutela che era già stata efficacemente introdotta nel Regno Unito dal *Consumer Credit Act 1974* (cfr. G. ALPA, *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 2001, p. 945), ha consentito – sempre nell'ottica dell'armonizzazione minima – che gli Stati membri potessero subordinare l'esercizio di tale facoltà al ricorrere di determinate circostanze. Di maggiore importanza è quindi il 2° comma dell'art. 11, il quale specifica i requisiti affinché il consumatore possa procedere contro il finanziatore. Essi sono dati: dalla sussistenza di un precedente accordo tra il creditore e il fornitore in base al quale il credito è messo a disposizione da quel creditore esclusivamente a favore dei clienti del fornitore per l'acquisto di merci o di servizi offerti dal medesimo fornitore; dall'aver il consumatore ottenuto il credito in conformità all'accordo stabilito fra fornitore e finanziatore; dal non essere stati forniti, o forniti soltanto in parte o comunque non conformi al contratto di fornitura, i beni considerati dal contratto di credito; dall'aver il consumatore abbia inutilmente "proceduto" contro il fornitore; dal valore dell'operazione non inferiore a un importo di 200 ECU. Queste sole sono le limitazioni che uno Stato membro può prevedere per limitare la responsabilità sussidiaria del finanziatore e ricorrendo le quali «*il consumatore ha il diritto di procedere contro il creditore*».

Tuttavia è proprio quest'ultimo punto a stravolgere le precedenti proposte di direttiva. Secondo alcuni (v. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 36) in tal modo la tutela offerta dalla direttiva compie un passo indietro rispetto alla Proposta del 1984. Quest'ultima, infatti, all'art. 13 stabiliva che il consumatore avrebbe avuto diritto «*a recuperare dal fornitore o dal creditore, oppure da entrambi, la totalità delle somme versate in forza del contratto [...] per quanto riguarda i beni o servizi non forniti, nonché a sospendere i pagamenti al fornitore o al creditore*». Abbiamo visto invece che nel testo successivamente approvato la responsabilità del creditore da solidale diviene semplicemente sussidiaria. Si salvaguarda quindi il consumatore solo dal rischio di non trovare soddisfazione nel patrimonio del venditore mentre nulla si fa, a fronte dell'inadempimento del fornitore, per consentire al consumatore di opporre al creditore l'eccezione di cui all'art. 1460 cod.civ. (G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, 1998, p. 136). Col risultato che il debitore può restare obbligato a pagare le rate pur senza essere entrato in possesso di alcun bene. In base alla direttiva, il coinvolgimento del creditore avviene infatti solo dopo l'insoddisfacente risultato dell'azione di garanzia intentata contro il venditore: è facile capire che i tempi della giustizia civile italiana renderebbero vana questa forma di tutela, poiché tale condizione si verrebbe probabilmente a verificare quando il pagamento delle rate del mutuo sarà già stato ultimato. Mutuo che, come detto, era finalizzato all'acquisto di un bene di cui in definitiva non si è usufruito.

Sempre secondo G. CARRIERO, *Il credito al consumo*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, 1998, p. 137 il legislatore comunitario, considerata la progressiva e costante crescita del settore, ha ritenuto prevalenti le preoccupazioni connesse alla necessità di prevedere un intervento pubblico nel settore tanto da generare il sospetto che l'obiettivo primario non fosse quello di apprestare solidi strumenti a tutela del consumatore. Non è casuale dunque che talune norme della direttiva, ed in particolare l'art. 12, prevedano controlli pubblici. Ciò tanto più in quanto «*l'analisi dell'incidenza del processo tradizionale di formazione del risparmio è divenuta persino strumento di revisione del concetto tradizionale di propensione marginale al risparmio (ed occasione per evadere gli schemi keynesiani)*» (Così G. ALPA-M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1361).

Tale norma, originariamente prevista dall'art. 125, 4° comma, del TUB²⁴⁴ e ora trasposta senza variazioni nell'art. 42 del cod.cons.²⁴⁵, dà quindi al consumatore la facoltà di agire anche nei riguardi del finanziatore qualora il fornitore di beni o il prestatore dei servizi si sia reso inadempiente. Più esattamente prevede che *«nei casi d'inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia inutilmente effettuato la costituzione in mora ha diritto ad agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore»*.

In linea di principio, quindi, la norma in esame presenta un forte carattere innovativo²⁴⁶ in quanto estende in modo eccezionale il rischio a cui resta esposto un soggetto – il finanziatore – oltre quello normalmente il medesimo soggetto assume in via convenzionale – ossia l'insolvenza del consumatore. Il finanziatore, pur essendo terzo rispetto al contratto di fornitura è chiamato a “sopportare” i rischi dell'inadempimento dell'altro soggetto professionale. Analogamente e per evitare pratiche elusive, la responsabilità si estende anche all'eventuale cessionario del credito.

Nonostante la sua capacità di scalfire la separazione formale dei contratti di vendita e di finanziamento²⁴⁷, le critiche a cui la norma è stata

²⁴⁴ Comma abrogato dall'art. 146 del cod.cons.

²⁴⁵ L'art. 42 cod.cons. riproduce, unificandoli, il 4° e 5° comma dell'art. 125 del TUB. Da un punto di vista sistematico tale parziale spostamento suscita in sé diverse perplessità, ma manifesta ancor più una certa incoerenza se si tiene conto che altre importanti norme a protezione del consumatore sono contenute nel medesimo articolo (cfr. T. PIETRAFORTE, Commento agli artt. 40-42, in *Codice del Consumo e norme collegate* (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 239.

²⁴⁶ Così G. DE NOVA, *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1883.

²⁴⁷ La norma sull'inadempimento del fornitore sancisce anche formalmente il collegamento tra i due contratti, risultando idonea a determinare la produzione di quelle conseguenze che non si era riusciti a ottenere dalla semplice relazione funzionale intercorrente tra i due contratti. Ciò trova conforto nella recente giurisprudenza tanto di legittimità quanto di merito che, non a caso muovendo proprio dalla introdotta prescrizione normativa, è pervenuta a risultati più generali (ed estensivi) in punto di collegamento negoziale. Si vedano, ad esempio, Corte di Cassazione, 23 aprile 2001, n. 5966; Corte di Appello di Milano, 6 febbraio 2001 e Tribunale di Milano 15 gennaio 2001, pubblicate in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, p. 388 e ss.; sul punto cfr. le osservazioni critiche di RODDI, Sul collegamento negoziale nel prestito finalizzato, in *Impresa*, 2002, p. 219 e ss.

sottoposta non sono state certamente positive. Sarebbe stato infatti maggiormente efficace limitare possibilità di includere clausole restrittive delle azioni e delle eccezioni del consumatore nei confronti del finanziatore e del fornitore. Oppure, in via ancor più incisiva, si sarebbe potuto consentire al consumatore di opporre al finanziatore le eccezioni relative al suo rapporto con il fornitore ²⁴⁸.

Sono stati tuttavia i presupposti applicativi introdotti dal legislatore italiano, la cui improbabile sussistenza nella prassi vanifica ogni possibilità applicativa in favore del consumatore, a suscitare maggiori perplessità, se non addirittura a far decretare il totale insuccesso della norma *de qua*.

Il riferimento non è tanto quello alla preventiva messa in mora del fornitore, che anzi sembra un onere proporzionato rispetto agli interessi in gioco, sia quello del consumatore di poter rapidamente rivalersi nei confronti del finanziatore sia quello di quest'ultimo a non essere chiamato a rispondere in prima battuta per ogni problematica relativa al contratto di compravendita. Si tratta, infatti, di un atto di natura stragiudiziale che non implica un'attesa comparabile a quella dell'escussione del patrimonio del debitore ²⁴⁹.

Piuttosto, il principale limite operativo della norma consiste nella necessaria sussistenza di un patto di esclusiva nel rapporto di convenzione che regola i rapporti tra i due soggetti professionali, limite che appare incongruo nonché facilmente eludibile dal finanziatore interessato ad evitare un aggravamento della propria responsabilità ²⁵⁰. È ipotizzabile, infatti, che un simile accordo non verrà mai impiegato nei contratti di

²⁴⁸ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 164.

²⁴⁹ Come invece previsto dall'art. 1944, 2° comma, cod.civ. in materia di fideiussione. Il che a portato alcuni a descrivere la previsione secondo l'immagine di una "solidarietà temperata dall'onere di preventiva messa in mora del finanziatore". Così V. Zeno-Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti* (verso la distinzione tra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»), in *Giur. it.*, 1992, p. 68 e S.T. MASUCCI, *Commento all'art. 125, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, Padova, 1994, p. 871.

²⁵⁰ Così C. CACCAVALE, *Commento agli artt. 40-43*, in *Commentario al Codice del consumo* (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 312.

convenzione ²⁵¹; e anche laddove ciò avvenisse, il consumatore sarebbe chiamato dalla norma in esame a dimostrare l'esistenza di una clausola inserita in un contratto di cui egli non è parte.

Va peraltro segnalato che la Corte di giustizia europea nel caso C-429/05 ²⁵² ha precisato che i presupposti indicati dall'art. 11 della direttiva 87/102/CEE per l'azione nei confronti del creditore sono tassativi e che quindi gli Stati membri non ne possono prevedere di ulteriori. Da un lato, infatti, esclude che il bene acquistato grazie al finanziamento debba essere necessariamente menzionato nel contratto di credito. Dall'altro, ugualmente esclude che il collegamento tra i due negozi possa negarsi per la sola circostanza che il finanziamento sia stato erogato attraverso una figura contrattuale (quale l'apertura di credito) astrattamente idonea a soddisfare molteplici impieghi; ossia chiarisce che l'art. 11 non trova applicazione ai soli finanziamenti vincolato all'acquisto di un bene o di un servizio (il c.d. mutuo di scopo) ²⁵³.

Resta da definire cosa il consumatore possa pretendere dal finanziatore in caso d'inadempimento del fornitore: Stante il carattere letterale dell'art. 42 cod.cons. l'azione nei confronti del finanziatore sembrerebbe

²⁵¹ G. CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro It.*, 1992, V, c. 359.

²⁵² Per un commento a tale pronuncia si v. G. CARRIERO, *Credito al consumo e inadempimento del venditore, nota a CGCE sez. I 4 ottobre 2007 (causa C-429/05)*, in *Foro it.*, 2007, pagg. 590-593.

²⁵³ Mentre la motivazione sul primo aspetto è alquanto semplice, non essendo in alcuna norma comunitaria richiesta l'indicazione del bene la cui compravendita viene finanziata, la seconda merita una maggiore attenzione. Ciò perché, su un piano ontologico, il tipo di contratto di credito concluso nella fattispecie portata all'attenzione della Corte non sembrerebbe *prima facie* rientrante nella ratio dell'art. 11 della direttiva. La Corte di giustizia supera tuttavia tale obiezione facendo prevalere la lettera della norma e, quindi, privilegiando le finalità di tutela del consumatore. La conclusione a cui giunge poggia infatti sulle parole adoperate nella direttiva che presuppongono, in positivo, l'applicazione della disciplina comunitaria, e dunque anche della norma sulla responsabilità sussidiaria del finanziatore, a ogni contratto di credito (contratti in base ai quali «*il creditore concede o promette di concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o altra analoga facilitazione finanziaria*», cfr. art. 1, 2° comma, lett. c); in negativo, considerando che l'esclusione dall'ambito operativo della direttiva dei finanziamenti concessi sotto la forma dell'apertura di credito in conto corrente (art. 2, 1° comma, lett e) deve intendersi come norma eccezionale e perciò di stretta interpretazione.

avere natura risarcitoria ²⁵⁴ e potrà articolarsi in tre distinte azioni – di risoluzione, risarcimento del danno e riduzione del prezzo – e nell’eccezione di inadempimento.

Sembra opportuno sottolineare che proprio tale ultima forma di tutela “privata” sembra poter garantire il raggiungimento dei risultati migliori in un’ottica di tutela degli interessi del consumatore. Soprattutto se si tiene in considerazione il fatto che la responsabilità sussidiaria del finanziatore, più che ad ampliare la schiera dei soggetti chiamati a rispondere dell’inadempimento del contratto di compravendita, risulta finalizzata a paralizzare o a limitare la restituzione della somma presa in prestito. Qualora il consumatore mantenga interesse all’adempimento del fornitore sembra più corretto prevedere uno strumento di tutela che si preoccupi non solo delle sorti del contratto di credito bensì anche dell’obbligazione principale cui il contratto di credito è predisposto. Il vero problema delle operazioni di credito al consumo finalizzate è infatti dato dalla impossibilità per il compratore-finanziato di potersi avvalere delle forme di tutela previste ad esempio per la vendita rateale. Quest’ultima, riunendo in un’unica operazione contrattuale e in un unico soggetto sia la posizione del venditore sia quella del finanziatore, consente infatti al consumatore sospendere il pagamento delle rate in caso di vizi della cosa o di omessa consegna della medesima.

Qualora dovesse essere chiesta la risoluzione del contratto, l’evento, ponendo fine al contratto di compravendita, non può non coinvolgere anche il contratto di finanziamento ²⁵⁵.

Va da ultimo precisato che qualsiasi forma di rimborso da parte del finanziatore è limitata a concorrenza del credito concesso, consistente nella somma erogata comprensiva degli interessi applicati.

²⁵⁴ Così D. MORGANTE, *Commento all’art. 125 del TUB*, in *Codice del Consumo e norme collegate* (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 815.

²⁵⁵ Cfr. M. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994, p. 204.

2.5.5. Le clausole relative al rapporto tra consumatore e fornitore

Strettamente connesso al tema appena esposto è quello dell'inserimento nei moduli utilizzati dai professionisti di alcune clausole, e dell'adozione di alcune prassi, che hanno l'effetto di precludere ai consumatori la possibilità di sollevare, nell'ambito del rapporto di finanziamento, eccezioni relative ad inadempimenti che dovessero verificarsi sul fronte del contratto di fornitura dei beni o dei servizi acquistati con il finanziamento stesso.

Quasi sempre i contratti, stabiliscono, testualmente che: *«in assenza di accordo di esclusiva con il Convenzionato, non possono essere opposte [al finanziatore] le eccezioni relative al rapporto di compravendita intervenuto tra il Convenzionato ed il Cliente, incluse quelle relative alla destinazione della somma da parte del Convenzionato ed alla consegna del bene»*, con l'evidente intento di separare e tener distinti il contratto di finanziamento e quello di compravendita. A ciò si aggiunga che tutti i contratti esaminati autorizzano espressamente e preventivamente il finanziatore ad erogare il finanziamento al convenzionato e che nessuno subordina tale erogazione diretta nelle mani del fornitore alla circostanza che la consegna del bene sia effettivamente avvenuta. Certamente il problema non si pone per tutti i contratti, posto che non tutti hanno per oggetto i cosiddetti "finanziamenti finalizzati", ma si è già detto delle svantaggiose circostanze in cui può venirsi a trovare il consumatore che, pur essendo stato il finanziamento già erogato e quindi tenuto al suo rimborso, non ha mai ricevuto il bene acquistato

Va tuttavia notato le pronunce giurisprudenziali intercorse sono anteriori all'entrata in vigore delle norme sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori e non hanno avuto occasione di applicare alle fattispecie in esame gli artt. 33-38 cod.cons. In particolare, giova ricordare che l'art. 34 cod.cons. prevede espressamente che la vessatorietà di una clausola possa essere accertata facendo riferimento alle altre clausole contenute in un contratto collegato al primo o da cui comunque dipende.

Sarebbe quindi opportuna l'adozione generalizzata di una previsione contrattuale che consenta l'erogazione del finanziamento direttamente al

fornitore solo previa consegna, da parte del medesimo fornitore, di una attestazione di consegna del bene. Nonostante ciò possa già accadere a livello di prassi, uno specifico obbligo contrattuale, formalmente inserito nelle condizioni generali applicabili ai contratti con i consumatori, consentirebbe, in assenza dell'attestazione dell'avvenuta consegna del bene, l'insorgere di una responsabilità contrattuale del finanziatore. Superfluo chiarire che qualsiasi clausola volta a limitare l'opponibilità da parte del consumatore di tale inadempimento sarebbe da considerare vessatoria ex art. 33 cod.cons.

Possibilmente, l'attestazione di consegna del bene dovrebbe essere altresì corredata da una firma per accettazione da parte del consumatore, in modo da garantire anche la corrispondenza del bene consegnato a quello acquistato e l'assenza di vizi (almeno di quelli non occulti).

2.5.5. Vessatorietà e analisi delle clausole contrattuali: l'indagine delle Camere di commercio di Roma e Milano

Nel corso della trattazione delle tematiche relative ai contratti di credito ai consumatori si è cercato di svolgere un esame empirico delle principali clausole inserite nei moduli predisposti dagli operatori economici, e quindi sia quelle sempre presenti sia di quelle che lo sono meno ma che presentano un contenuto significativo. Tali valutazioni fanno diffusamente riferimento all'indagine condotta in merito dalla Camera di Commercio di Milano ²⁵⁶, nata allo scopo di ampliare la tutela offerta ai consumatori e, dall'altro, di sostenere la serietà delle proposte imprenditoriali nel settore finanziario. Sono così stati evidenziati anche i possibili profili di vessato-

²⁵⁶ La Camera di Commercio di Milano, nell'esercizio delle facoltà previste dall'art. 2, 4° comma, lett. c) della l. n. 580/93, ha istituito una Commissione alla quale ha demandato il compito di valutare l'eventuale presenza di clausole inique nei contratti fra professionisti e consumatori. Inoltre, nel luglio del 2004 è stato siglato tra le Camere di Commercio di Milano e Roma un protocollo d'intesa per ciò che riguarda le attività di regolazione del mercato tra cui la verifica della presenza delle clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto, al fine di armonizzare l'attività delle due Camere questa particolare funzione innovativa. Pertanto al lavoro sulla vessatorietà delle clausole contenute nei contratti di credito al consumo hanno partecipato i rappresentanti della Commissione della Camera di Commercio di Roma.

rietà dei contratti di credito al consumo, nell'intento di raggiungere una contrattualistica realmente equilibrata.

Volendo svolgere alcune considerazioni conclusive e generali sul punto, va detto che la Commissione istituita presso la Camera di Commercio ha notato una scarsa discrepanza dei diversi modelli contrattuali sottoposti alla sua attenzione. Il che attesta l'esistenza di clausole pressoché uniformi, nei contenuti se non addirittura nella loro testuale formulazione. Ciò appare dovuto, ma non per questo giustificato, in ragione della adesione generalizzata dei finanziatori alle condizioni contrattuali tipo predisposte dall'associazione di categoria, l'ASSOFIN.

Peraltro, dato che operazioni di finanziamento si svolgono sotto forme e schemi negoziali diversi, i contratti presi in esame le condizioni generali di contratto prevedono una disciplina introduttiva generale e alcune disposizioni finali comuni, per poi differenziarsi nella disciplina specifica dei diversi tipi di rapporto. Tale prassi implica tuttavia l'insorgere di numerosi dubbi interpretativi, soprattutto di incertezze e scarsa trasparenza per il consumatore il quale non è in grado di sapere quali disposizioni siano effettivamente applicabili al rapporto instaurato.

Del resto è emerso, o meglio è stato confermato, che il settore è non solo complesso, ma particolarmente articolato essendo il mercato ormai caratterizzato da forme di accesso al credito molto diverse fra loro e con diversa diffusione.

Tutto ciò non ha tuttavia impedito lo svolgimento di un utile lavoro capace di fornire agli operatori del settore indirizzi operativi per giungere ad un testo negoziale il più possibile conforme ai principi normativi che regolano il giusto rapporto fra consumatore e professionista.

2.6. Le aperture di credito in conto corrente non connesse all'utilizzo di una carta

Un particolare regime di tutela del consumatore è dettato dall'art. 126 del TUB nel caso di contratto di apertura di credito in conto corrente non connessa all'uso di una carta di credito. Per tale tipo contrattuale sono infatti previsti degli obblighi informativi ridotti rispetto alla disciplina generale sul credito al consumo.

La direttiva 87/102/CEE all'art. 2, 1° comma, lettera e), aveva infatti previsto la facoltà di escludere tale fattispecie dall'ambito applicativo della direttiva e di sottoporla solo ad una serie di norme specificamente individuate. A ben vedere l'intenzione del legislatore comunitario era stata quella di tracciare una distinzione all'interno di un unico tipo contrattuale a seconda dell'utilizzo o meno dell'erogazione finanziaria attraverso una carta di credito. La scelta risultava giustificata, da un lato, per il fatto che i finanziamenti cui accedono i cosiddetti "contratti di carta" costituiscono l'archetipo più comune e naturale della fattispecie "credito al consumo" e che perciò andavano ricompresi nella disciplina; dall'altro, si era ritenuto che il contratto di apertura di credito in conto corrente rappresentasse un forma di finanziamento che, frequente per lo più nel settore imprenditoriale, presentava pochi elementi di contatto con gli scopi e gli schemi del credito al consumo²⁵⁷. Inoltre, per sua stessa natura, il contratto di apertura di credito non consente di predeterminare in via anticipata l'importo dei versamenti e dei prelievi, la durata dell'esposizione debitoria e, in generale, del rapporto contrattuale rendendo difficile l'individuazione di elementi, quale il tasso effettivo annuo globale, contemplati per le altre

²⁵⁷ Cfr. L. DESIDERIO, *Banche e società finanziarie nei rapporti di credito al consumo*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, Roma, 1987, p. 107; M. CARDILLO, *L'uso delle "carte di credito" nelle operazioni di credito al consumo*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), cit., p. 61; G. GALLO, *Commento all'art. 126*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, Roma, 1987, p. 964

ipotesi di contratti di credito ²⁵⁸. Questa sua collocazione ai confini del fenomeno del credito al consumo ha avuto come conseguenza che la disciplina delle aperture di credito in conto corrente senza carta venisse innanzitutto esclusa, ai sensi dell'art. 2 della direttiva, dall'ambito generale d'applicazione generale del credito al consumo. Ad essa veniva tuttavia dedicato un apposito articolo, l'art. 6, che richiamava e rendeva comunque applicabili a tale fattispecie alcune prescrizioni, cercando quindi di contemperare le opposte esigenze di non gravare l'operazione degli intermediari con eccessivi oneri e di garantire comunque un sufficiente livello di protezione del consumatore.

Tutto ciò premesso, sembra opportuno segnalare come la l. n. 142/92, legge di prima attuazione della direttiva comunitaria in attesa dell'adozione una disciplina nazionale sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari, avesse inizialmente posto diversi problemi interpretativi. L'art. 21, 5° e 6° comma, aveva infatti dimenticato di separare in modo chiaro il rapporto contrattuale di apertura di credito in conto corrente non connesso all'utilizzo di una carta di credito rispetto alla generale disciplina del credito al consumo ²⁵⁹. L'omissione presente nella primigenia attuazione della disciplina comunitaria aveva dunque posto difficili problemi

²⁵⁸ G. NAPOLETANO, *Il regime speciale delle aperture di credito in conto corrente*, in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1886

²⁵⁹ Le richiamate disposizioni di cui all'art. 21 della l. n. 142/92 erano così concepite: «*In via transitoria e fino all'adozione di una disciplina nazionale sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari di contenuto almeno equivalente a quello stabilito dal presente comma e dal 6° e 7° comma, agli effetti della protezione del consumatore, i contratti con cui un ente creditizio o una società finanziaria concedono a un consumatore un'apertura di credito in conto corrente non connessa all'uso di una carta di credito devono almeno contenere, a pena di nullità, le seguenti indicazioni:*

- *il massimale e l'eventuale scadenza del credito;*
- *il tasso d'interesse annuo e il dettaglio analitico degli oneri applicabili al momento della conclusione del contratto, nonché le condizioni che possono determinarne la modifica durante l'esecuzione del contratto stesso. Oltre ad essi, nulla è dovuto dal consumatore;*
- *le modalità di recesso dal contratto. Sono nulli e si considerano non apposti i rinvii agli usi».*

Il comma 6° proseguiva stabilendo che «*il tasso d'interesse annuo e gli oneri previsti nei contratti di cui al 5° comma possono essere variati in senso sfavorevole al consumatore purché ne sia data al medesimo comunicazione scritta presso l'ultimo domicilio notificato, con un anticipo di almeno cinque giorni lavorativi rispetto alla data di applicazione delle variazioni. In caso contrario queste sono inefficaci*».

interpretativi, sia di coordinamento con la disciplina della trasparenza sia perché non risultava chiara la natura alternativa o additiva delle prescrizioni in esame rispetto a quelle generali del credito al consumo ²⁶⁰.

Sul punto è successivamente intervenuto, risolvendo la questione, il Testo Unico Bancario che ha appositamente disciplinato il credito in conto corrente senza carta all'art. 126. Attraverso tale norma si è svincolato il regime speciale per le aperture di credito in conto corrente dalla normativa sulla trasparenza bancaria e si è provveduto a riconoscere, per lo meno in via interpretativa, l'autonomia di tale fattispecie, in quanto norma a carattere speciale, rispetto alla disciplina generale del credito al consumo.

La delimitazione della sfera d'operatività oggettiva della norma è individuata dal legislatore nel contratto di apertura di credito. La fattispecie è ulteriormente limitata con riferimento al fatto che si tratti di aperture sorte nell'abito di un rapporto di conto corrente e che esse non siano connesse all'uso di una carta di credito. La nozione appare dunque *prima facie* più restrittiva di quella formulata in sede comunitaria che faceva riferimento agli "anticipi in conto corrente" ²⁶¹. Non sembra tuttavia che ciò

²⁶⁰ V. A. TIDU, *Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, I, p. 407, L. DESIDERIO, *Banche e società finanziarie nei rapporti di credito al consumo*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), cit., p. 99.

²⁶¹ La dizione "anticipi in conto corrente" presente nella direttiva 87/102/CEE deve ritenersi equivalente a quella, conosciuta nel nostro ordinamento, di "aperture di credito in conto corrente". Peraltro la Corte di giustizia ha chiarito che la disposizione in esame non si applica alle altre forme di aperture di credito per le quali restano applicabile le norme generali e più dettagliate in materia di credito al consumo. La Corte, infatti, ha ribadito che «*ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 87/102, la direttiva medesima si applica ai contratti di credito, i quali sono definiti al n. 2, lett. c), primo comma, dello stesso articolo, come contratti in base ai quali "il creditore concede o promette di concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra analoga facilitazione finanziaria". Tale definizione ampia del concetto di "contratto di credito" trova conferma, come dedotto dalla Commissione all'udienza, nel decimo 'considerando' della direttiva 87/102, ai termini del quale "si può ottenere una migliore protezione del consumatore prescrivendo determinate condizioni da applicare a tutte le forme di credito". Tuttavia, come risulta dall'art. 1, n. 2, lett. c), secondo comma, e dall'art. 2 della direttiva 87/102 nonché dai suoi 'considerando' dall'undicesimo al quattordicesimo, alcuni contratti di credito o tipi di transazioni sono o possono essere, in ragione della loro natura specifica, del tutto o in parte esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva stessa. Tra le ipotesi previste da tali disposizioni non ricorre l'apertura di credito. Un'apertura di credito il cui unico scopo consista nel mettere a disposizione del consumatore un credito utilizzabile in momenti differenti non è nemmeno esclusa, quantomeno parzialmente, dalla sfera di applicazione della direttiva 87/102 in forza*

possa sollevare dubbi d'inadempimento agli obblighi comunitari di recepimento visto che dall'interpretazione sistematica della direttiva stessa deve ricavarsi un'interpretazione restrittiva del concetto ²⁶². Appare quindi ragionevole sostenere che l'art. 126 resti circoscritto alle ipotesi regolate dagli artt. 1842 e ss. cod.civ. ²⁶³. Nell'ordinamento italiano l'apertura di credito in conto corrente è infatti quel «*contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato*». L'art. 1843 precisa

dell'art. 2, n. 1, lett. e), della direttiva medesima. Occorre infatti ricordare che, ai termini di tale disposizione, la direttiva 87/102 non si applica "al credito concesso da un istituto di credito o da un istituto finanziario sotto forma di apertura di credito in conto corrente, diversi dai conti coperti da una carta di credito". Tuttavia, ai sensi del detto art. 2, n. 1, lett. e), le disposizioni previste dall'art. 6 della direttiva 87/102 si applicano a siffatti crediti. Orbene, la nozione di "conto corrente" ai sensi del detto art. 2, n. 1, lett. e), che, costituendo un'eccezione, va interpretato in senso stretto, presuppone, come risulta dall'espressione "credito concesso sotto forma di apertura di credito in conto corrente", che l'obiettivo di tale conto non si limiti a mettere a disposizione del cliente un credito. Un siffatto conto costituisce, al contrario, una piattaforma più o meno generale che consente al cliente di effettuare operazioni finanziarie, caratterizzata dal fatto che gli importi versati su tale conto, dal cliente stesso o da un terzo, non sono necessariamente finalizzati a rinnovare un credito concesso sul conto stesso. In altre parole, un saldo negativo per il cliente, autorizzato nella forma di un'apertura di credito, non è che uno dei possibili stati in cui può trovarsi quel conto, che può presentare anche un saldo positivo per il cliente». Cfr. CGCE, sentenza del 4 ottobre 2007 (Causa C-429/05) in GU C 36 dell'11 novembre 2006.

²⁶² G. GALLO, *Commento all'art. 126*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, Roma, 1987, p. 965.

²⁶³ Prima del noto mutamento interpretativo della Corte di Cassazione in materia di anatocismo bancario, ci si era chiesti (cfr. V. FARINA, *La determinazione giudiziale del credito "bancario" in conto corrente*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, p. 369 e ss.) se, argomentando ex art. 126 TUB, si potesse scovare una preclusione imperativamente posta al rinvio agli usi normativi. L'Autore infatti ritiene che «né nella l. n. 154/1992 (c.d. legge sulla trasparenza bancaria) né nel successivo testo unico (d.lgs. n. 385/93) è dato rinvenire una preclusione imperativamente stabilita che possa in qualche modo attingere il (preteso) uso normativo dell'anatocismo, diversamente da quanto era avvenuto con la nota proposta di legge Minervini che escludeva l'ammissibilità di qualsivoglia uso contrario rispetto a quanto disposto dall'art. 1283 c.c. Se è vero che l'art. 117, comma 6°, TUB ha previsto la nullità delle clausole contrattuali di rinvio agli usi, questa sanzione non limita in alcun modo l'uso della deroga concessa dall'art. 1283 c.c. in tema di anatocismo. Così anche l'art. 126 TUB, che, nell'assoggettare a regime di specialità le aperture di credito in conto corrente non connesse con l'uso della carta di credito [...] prevede l'obbligatoria indicazione del tasso di interesse annuo (che è cosa diversa dal TAEG), ma ciò non esclude che lo stesso possa essere trimestralmente capitalizzato sui conti debitori, purché dell'applicazione di tale onere se ne faccia specifica indicazione al momento della conclusione del contratto. Evenienza che puntualmente si verifica con la sottoscrizione delle condizioni generali di contratto da parte del cliente-consumatore. Così stando le cose, non riteniamo che possa giungersi ad un'interpretazione sostanzialmente abrogante dell'inciso di cui all'art. 1283 c.c.».

ulteriormente che, salvo patto contrario, «*l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità*». La natura rotativa del credito, per quanto ci riguarda, sembra tuttavia essenziale, posto che una diversa modalità ricondurrebbe la fattispecie al caso del credito semplice e quindi all'intera disciplina del credito al consumo

Si è già detto che l'art. 126 del TUB si differenzia nel livello di tutela offerta rispetto alle altre operazioni di credito al consumo, offrendo un regime di protezione diverso e minore ²⁶⁴. In particolare, è previsto che nei contratti di cui sopra debbano essere indicati solamente: (a) il massimale e l'eventuale scadenza del credito; (b) il tasso d'interesse annuo ed il dettaglio analitico degli oneri applicabili, nonché le condizioni per l'esercizio del *jus variandi* da parte della banca; si precisa anche che nulla può essere richiesto al consumatore oltre a quanto previsto nel contratto; (c) le modalità di recesso dal contratto. Gli elementi di contenuto obbligatorio sono dunque diversi per quantità e natura rispetto a quelli indicati dall'art. 124 TUB: del resto lo schema qui predisposto dal testo unico risulta essere semplificato, tant'è che vi è un numero inferiore di informazioni da fornire, ma anche riadattato alla peculiarità dell'operazione e delle sue modalità operative attraverso l'indicazione di ulteriori elementi.

È opportuno sottolineare che le predette prescrizioni devono sempre essere inserite nel contratto a pena di nullità ²⁶⁵. L'autorevole dottrina ²⁶⁶ che si è pronunciata sul tema ritiene inoltre che anche in questo caso si debba parlare di nullità relativa in quanto l'art. 127 TUB, che pone tale

²⁶⁴ P. GAGGERO, Commento all'art. 126, in AA.VV. Commentario breve al codice civile, cit., p. 1917.

²⁶⁵ L'inserimento degli elementi indicati riguarda evidentemente il contenuto dell'accordo e non afferisce alla forma del contratto sulla quale l'art. 126 tace. Tuttavia, a parte il rilievo empirico che la prassi si avvale costantemente della redazione per iscritto, si ritiene che l'obbligo della forma sussistita in virtù dell'applicazione alla fattispecie in esame della normativa sulla trasparenza ex art. 115, ultimo comma. Così G. GALLO, *Commento all'art. 126*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, Roma, 1987, p. 966.

²⁶⁶ Così CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 126.

sanzione, generalizza la sua applicazione a tutte le disposizioni incluse nel titolo VI del testo unico. La stessa dottrina ²⁶⁷ ritiene che la nullità debba intendersi anche in senso necessariamente parziale nel caso in cui, data l'applicazione a tali contratti delle norme sulla trasparenza bancaria, quest'ultima consenta l'intervento di meccanismi d'integrazione automatica delle clausole contrattuali ²⁶⁸.

I maggiori dubbi riguardano tuttavia la possibile estensione alla fattispecie in esame delle norme generali previste nel capo della trasparenza bancaria, e in particolare quelle dettate dagli artt. 118 e 117, 5° comma. Si ritiene che la specialità dell'art. 126 debba essere intesa come limitata al contenuto minimo del contratto, prevalendo per tale aspetto sugli artt. 117, 4° comma, e 124. Dovrebbero quindi trovare applicazione le limitazioni all'esercizio del *jus variandi* da parte del creditore già previsti per tutti i contratti bancari e di credito al consumo ²⁶⁹.

²⁶⁷ Così CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 129, P. GAGGERO, *Commento all'art. 126*, in AA. VV., *Commentario breve al codice civile*, cit., 1918; G. GALLO, *Commento all'art. 126*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, XV, Roma, 1987, p. 966.

²⁶⁸ Non prevedendo un meccanismo automatico di integrazione del contratto, né di sostituzione di clausole negoziali invalide, e anche in ciò differenziandosi da quanto previsto per le operazioni ed i servizi bancari finanziari in genere (cfr. art. 117, 7° co.) e per i contratti di credito al consumo (cfr. art. 124, ult. co.), parte della dottrina ha escluso che simili meccanismi possano trovare applicazione anche ai contratti di apertura di credito sottoposti a regime speciale (così A. FRISULLO, *Commento all'art. 126*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1994, p. 632 che attribuisce rilievo alla mancanza di richiamo espresso dei meccanismi di automatica integrazione e sostituzione delle clausole contrattuali, D'AMBROSIO, *Commento all'art. 127*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1994, p. 634). Tuttavia, la norma di cui all'art. 126 non reca una disciplina compiuta del contratto di apertura di credito in conto corrente, non connessa all'uso di una carta di credito; essa disciplina solo il contenuto minimo del contratto, rispetto al quale l'automatica integrazione e sostituzione delle clausole contrattuali rappresentano profili del tutto distinti,

Pertanto, in caso di mancanza o nullità di clausole sul tasso di interesse o altri oneri dovuti dal consumatore, si applicherebbero: quanto al tasso, quello nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o altri titoli similari, eventualmente indicati dal Ministro del Tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive; quanto agli altri oneri, i prezzi e le condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti operazioni, e in mancanza di pubblicità, nulla sarebbe dovuto. In questi termini P. GAGGERO, *Commento all'art. 126*, in AA. VV., *Commentario breve al codice civile*, cit.

²⁶⁹ Sul punto v. V. CARFI, *Commento all'art. 127 del TUB*, in *Codice del Consumo e norme collegate* (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 822.

Capitolo III

La nuova direttiva 08/48/CE sui contratti di credito ai consumatori

3.1. Le ragioni dell'intervento comunitario

Nel corso degli anni è maturata la convinzione che la normativa comunitaria attualmente vigente in materia di credito al consumo dovesse essere adeguata alle nuove problematiche sorte a seguito dell'evoluzione del settore ¹ e, soprattutto, che andasse ulteriormente favorita la creazione di un mercato transfrontaliero che sinora ha stentato a realizzarsi ². Già nel 1995

¹ La Commissione in proposito (COM(2002) 443 definitivo) rilevava che «*la nozione di "credito al consumo" ha subito un'evoluzione spettacolare dal periodo in cui è stata concepita la legislazione in vigore*» e che oggi il credito è offerto ai consumatori attraverso una miriade di strumenti finanziari. Soprattutto il credito è divenuto il lubrificante della vita economica: osservava ancora la Commissione che «*tra il 50 e il 65% dei consumatori dispone attualmente di un credito al consumo per finanziare, ad esempio, l'acquisto di un'autovettura o di altri beni o prestazioni di servizi, e il 30% dei consumatori dispone di un'agevolazione di sconfinamento sul conto corrente*» mentre negli anni '70 quest'ultimo strumento di credito non era utilizzato per le esigenze di consumo.

² La Commissione, nella presentazione della proposta di direttiva, si mostra cosciente del fatto che il credito, pur rappresentando un volano per la crescita economica e il benessere dei cittadini dell'UE, rappresenta un rischio sia per i finanziatori che per i consumatori. Né si stupisce, pertanto, che «*gli Stati membri abbiano ritenuto insufficiente il livello di tutela offerto dalle attuali direttive e che nelle legislazioni di recepimento abbiano tenuto conto di altri tipi di credito e/o di nuovi contratti di credito che non rientrano nelle direttive*». Tuttavia, sempre secondo la Commissione, tale evoluzione comporta delle distorsioni di concorrenza tra i finanziatori nel mercato comune e limita le possibilità che i consumatori hanno di ottenere un prestito in altri Stati membri. Tali distorsioni e restrizioni colpiscono a loro volta il volume e la natura del credito richiesto, nonché l'acquisto di beni e servizi. Inoltre, le divergenze tra legislazioni e pratiche bancarie e finanziarie fanno inoltre sì che, in materia di credito al consumo, il consumatore benefici di una tutela diseguale nei vari Stati membri. Di qui l'auspicio che il quadro giuridico venga modificato al fine di consentire ai consumatori e alle imprese di trarre il massimo beneficio dal mercato interno.

la Commissione aveva presentato una relazione ³ in merito all'applicazione nei diversi Stati membri della direttiva 87/102/CEE. Ad essa aveva fatto seguito una seconda relazione ⁴, nel 1996, sull'applicazione della direttiva 90/88/CEE e quindi sui diversi metodi di calcolo del tasso effettivo annuo globale adottati dagli ordinamenti nazionali.

In entrambi i documenti la Commissione è pervenuta alla conclusione che il modesto grado di sviluppo del mercato europeo sia stato causato sia dalle difficoltà tecniche d'ingresso per gli operatori nei diversi Stati membri sia dalla diffidenza dei consumatori a concludere operazioni transfrontaliere per l'incertezza del livello di tutela offerto da ordinamenti giuridici diversi da quello di appartenenza. Del mancato raggiungimento dell'obiettivo insito nella direttiva 87/12/CEE, ossia quello di armonizzare a livello europeo le normative sul credito al consumo presenti nei singoli Stati membri, sarebbe responsabile – sempre ad opinione della Commissione – la “clausola minima” contenuta nell'art. 15 della direttiva del 1986 che ha legittimato l'introduzione di forme di tutela più avanzate e articolate. Gli scostamenti registrati tra le discipline dei singoli stati sarebbero quindi stati solo parzialmente attenuati dai principi e dagli istituti comuni introdotti con la direttiva 87/102/CEE e hanno condotto a tutele diseguali nonché alla vigenza di regimi giuridici disuguali tali da ostacolare e rendere particolarmente difficile la possibilità di effettuare operazioni *crossborder*.

Prendendo le mosse da tali argomentazioni, il legislatore europeo ha ritenuto necessario predisporre un nuovo testo normativo in materia di credito al consumo che tenesse conto del preponderante bisogno di standardizzare la disciplina del credito al consumo a livello europeo. A tal fine, la Commissione ha deciso di giungere ad un'armonizzazione totale della

³ Commissione europea, Relazione sull'applicazione della direttiva 87/102/CEE, COM(1995) 117 def. dell'11 maggio 1995. Nel 1997 la Commissione ha presentato una sintesi delle risposte alla relazione del 1995 (v. Commissione europea, Sintesi delle reazioni e dei commenti, COM(1997) 465 def. del 24 settembre 1997).

⁴ Commissione europea, Relazione sull'applicazione della direttiva 90/88/CEE, COM(1996) 79 def. del 12 aprile 1996.

normativa comunitaria e, per l'appunto, ha posto il "principio della massima armonizzazione" come uno dei pilastri della nuova direttiva⁵.

Del resto, negli anni coincidenti con i lavori preparatori della nuova disciplina sul credito al consumo è stato avviato un percorso di più ampi

⁵ In un'ottica di più ampio respiro, connessa all'esigenza di costruire un diritto comune europeo e di realizzare uno spazio giuridico unitario, si v. G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, II, p. 141 e ss. in cui si è lucidamente osservato come la funzione armonizzatrice dell'attività comunitaria non si sia rivelata, sin qui, particolarmente efficace. Tra le cause di tale insuccesso «*va sicuramente menzionato il principio dell'armonizzazione minima sin qui perlopiù perseguito nell'approccio settoriale. Questa politica non si è certo rivelata idonea a realizzare le condizioni di un mercato unico dal momento che non è riuscita ad assicurare uniformità di soluzioni con riferimento a situazioni identiche o, comunque, analoghe. È anche questa la ragione per cui, più di recente, [...] si è preferito perseguire l'obiettivo della massima armonizzazione*».

Del resto, già in passato il processo di armonizzazione condotto dalla Comunità era stato colpito da alcune critiche poiché esso rappresenta una forma di unificazione debole che, di per sé, preserva l'individualità delle norme armonizzate modificandole soltanto nella misura necessaria al conseguimento di un risultato sostanzialmente uguale. Tant'è che «*mano a mano che nelle materie oggetto di interventi comunitari di armonizzazione si sperimenteranno difformità di trattamento dei diritti nazionali imputabili alla mancanza di un contesto normativo omogeneo, e non coerenti con gli obiettivi dell'instaurazione di un mercato comune concorrenziale e del promovimento dell'eguaglianza e della giustizia sociale, diventerà più pressante il problema dell'unificazione dei principi generali del diritto delle obbligazioni*» (così L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 520 e ss.). In generale, sui processi di armonizzazione del diritto cfr. M. BOODMAN, *The Myth of Harmonization of Laws*, in *Am. journ. comp. law*, 1991, p. 701 e ss.; secondo T. WILHELMSSON, *European Contract Law Harmonization: Aims and Tools*, in *Tul. J. Int'l & Comp. Law*, 1993, I, p. 35 e ss., l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo è un fenomeno complesso che può coinvolgere tre distinti livelli (tecnico-giuridico, regolamentare, ideologico). Sulla distinzione tra "uniformazione", "unificazione" e "armonizzazione" cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova 2004, p. 11 e ss; circa l'incoerenza del quadro legislativo comunitario, nel campo del diritto privato: O. LANDO, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, in *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile* (a cura di G. ALPA e R. DANOVÌ), *Quaderni Rassegna Forense 11*, Milano, 2003, p. 66 (LANDO 2003) e ss.

respiro finalizzato all'armonizzazione generale del diritto privato europeo ⁶ e delle abituali categorie concettuali ad esso sottese ⁷.

All'esito della Comunicazione della Commissione sul diritto contrattuale europeo dell'11 luglio 2001 è emersa una diffusa insoddisfazione da parte degli Stati membri per la qualità dei testi normativi comunitari e nei confronti della medesima tecnica legislativa adoperata ⁸. Sono inoltre state evidenziate molteplici incongruenze e distorsioni, presenti in vari ambiti del diritto contrattuale comunitario e connesse in alcuni casi alla diversità di trattamento riservata a fattispecie simili e, in altri, alla possibile sussunzione di una medesima fattispecie in distinte discipline comunitarie. Tali incongruenze sono state in parte determinate dal metodo adoperato dal legislatore comunitario che è intervenuto con direttive settoriali di tipo "verticale". Inoltre, il vaglio e l'interpretazione resa dei vari giudici degli Stati membri hanno accentuato i difetti di coordinamento e, quindi, le contraddizioni e le incertezze generate dai modelli giuridici proposti dalle varie direttive comunitarie. Le quali oltretutto hanno continuato ad accordare la propria preferenza a istituti e modelli di regolamentazione ben conosciuti in alcuni Paesi ma del tutto ignoti in altri, così determinando

⁶ Le iniziative mirate a realizzare un diritto contrattuale europeo sono state giustificate, sul piano della legittimità formale, alla luce delle competenze che l'art. 100 (ora art. 94) e l'art. 100 A (ora art. 95) del Trattato istitutivo CE attribuiscono al Consiglio, riconoscendogli il potere di adottare direttive volte a operare il ravvicinamento delle «*disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano una incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune*» o, in ogni caso, di adottare misure volte a consentire tale ravvicinamento.

⁷ L'11 ottobre 2004 la Commissione ha predisposto una nuova Comunicazione, intitolata "Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro" (COM(2004) 651 def.) in cui vengono definite le linee di sviluppo del progetto "*Common frame of reference*". Per un'ampia ricognizione e analisi di tale progetto si v. G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, II, p. 141 e ss.

⁸ Che il problema della qualità e della trasparenza dei testi normativi sia tra gli obiettivi delle istituzioni comunitarie è testimoniato dalla Comunicazione della Commissione del 5 giugno 2002, intitolata "Piano d'azione 'Semplificare e migliorare la regolamentazione'" (COM(2002) 278 def.) e dal Libro bianco sulla *governance* adottato nel luglio 2001 (COM(2001) 428 def.).

ulteriori divergenze sul piano applicativo, acuite dalle difficoltà di importare e tradurre in altri contesti normativi concetti e nozioni nuove ⁹.

Se ai problemi appena segnalati si sta cercando di porre rimedio con l'adozione di nuovi strumenti utili a perseguire una maggiore armonizzazione della disciplina, anche attraverso la predisposizione di un quadro di principi uniformi ¹⁰, la Commissione ha comunque mantenuto fermo l'obiettivo dell'armonizzazione massima nella redazione delle nuove direttive, tra cui quella in esame relativa al credito ai consumatori.

3.1.1. L'iter legislativo: la prima proposta di direttiva e il parere del Parlamento europeo

Facendo seguito alle menzionate relazioni del 1995 e del 1996 sull'attuazione delle direttive in materia di credito al consumo la Commissione europea ha quindi avviato l'iter per l'approvazione di una nuova direttiva finalizzata alla riforma della disciplina.

Per organizzare la redazione del nuovo testo, la Direzione Generale SANCO ha inizialmente affidato a diversi esperti in materia lo studio di specifiche questioni ¹¹, procedendo poi ad un'analisi dettagliata e comparativa del complesso delle norme nazionali di recepimento. Tali lavori preparatori, confluiti in un documento di sintesi discusso dalla Commissione con gli *stakeholders* nel 2001, hanno confermato l'esistenza di

⁹ Così G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, II, p. 141 e ss.

¹⁰ Da segnalare il Parere del Comitato economico e sociale, adottato il 17 luglio 2002 (in GUC C 241 del 7 ottobre 2002), che sottolinea l'opportunità di procedere alla creazione di un diritto contrattuale europeo uniforme e generale, attraverso lo strumento regolamentare, pervenendo dapprima a una soluzione *opt-in* (strumento vincolante solo se liberamente scelto dalle parti) e solo successivamente, nel lungo termine, a uno strumento *opt-out* (vincolante in assenza di contraria manifestazione di volontà dei contraenti)

¹¹ Si vedano M.J. LEA-R. WELTER-A. DÜBEL, *Study on the mortgage credit in the European Economic Area. Structure of the sector and application of the rules in the directives 87/102 and 90/88*; R. SECKELMANN, *Methods of calculation, in the European economic area, of the annual percentage rate of charge*, final report 31 October 1995; U. REIFNER-F. DOMONT-NAERT ET A.-C. LACOSTE, *Etude sur le problème de l'usure dans certains états membres de l'espace économique européen*, Louvain-la-Neuve 1997; F. DOMONT-NAERT-P. DEJEMEPPE, *Etude sur le rôle et les activités des intermédiaires de crédit aux consommateurs*, 1996; E. BALATE-P. DEJEMEPPE, *Conséquences de l'inexécution des contrats de crédit à la consommation*.

differenze sostanziali tra gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati Membri nel settore del credito ai consumatori ¹². La Commissione ha perciò ritenuto avvalorata la propria tesi secondo cui le differenze di fatto e di diritto venutesi a creare comportano una distorsione della concorrenza tra creditori e un ostacolo alla creazione di un mercato interno pienamente integrato e alla possibile fruizione da parte dei consumatori di una più vasta offerta di credito. La Commissione giunge alla conclusione che un simile restringimento potrebbe anche causare una restrizione nella domanda di beni e servizi, con ogni conseguente effetto negativo per

¹² La completa ricostruzione di tale asimmetrie necessiterebbe un'apposita trattazione. Basti un esempio, con riferimento al diritto di ripensamento. L'attuale situazione vede: la Germania prevede un diritto di recesso (*Widerruf*) da esercitare entro un termine di sette giorni, che decorre dal momento in cui al consumatore vengono consegnate informazioni leggibili e trasparenti in merito all'esistenza di tale facoltà (§ 7 *VerbrKrG.*); il Belgio riconosce al consumatore un diritto di "rinuncia" esercitabile entro un termine di sette giorni lavorativi a decorrere dalla firma del contratto quando il contratto è stato firmato in presenza delle due parti fuori della sede del creditore o dell'intermediario del credito ed un diritto di "rinuncia" esercitabile entro un termine di sette giorni lavorativi a decorrere dalla firma del contratto quando esso sia stato concluso il giorno in cui al consumatore sia stata validamente consegnata un'offerta di credito, fatta eccezione per la vendita a rate o la locazione finanziaria (articolo 18 della legge relativa al credito al consumo); in Francia il mutuante può esercitare il diritto di rinuncia rispetto alla propria obbligazione entro un termine di sette giorni a decorrere dalla propria accettazione dell'offerta; l'Irlanda prevede un diritto di recesso esercitabile entro dieci giorni di calendario a decorrere dalla data in cui il consumatore ha ricevuto il contratto di credito. Può rinunciare a tale diritto sottoscrivendo un'apposita dichiarazione; il Lussemburgo riconosce al consumatore il diritto "a rinunciare" al contratto ma solo nel caso di contratti di credito conclusi con un fornitore. Questo diritto di "revoca" del contratto è riconosciuto di diritto e deve essere esercitato entro un termine di due giorni; il Regno Unito prevede un diritto di riflessione (*cooling-off period*) per i contratti di credito rescindibili (*cancellable agreements*) ma non per i contratti di credito che sono garantiti da un diritto immobiliare (*interest in land*), che servono a finanziare l'acquisto di un bene immobile o i crediti ponte, nonché i contratti di credito firmati dal consumatore presso la sede anche temporanea dell'impresa, del creditore o del "negociator": mediatore, venditore, ecc. (cfr. l'art. 67 del *Consumer Credit Act*). L'esistenza, il funzionamento e le condizioni per l'esercizio del diritto di recesso/riflessione devono essere comunicati al consumatore all'atto della consegna della copia del contratto o mediante una notifica entro un termine di sette giorni dalla data di stipula del contratto di credito (cfr. artt. 62-64 del *Consumer Credit Act*). Esistono eccezioni formulate negli "Statutory Instruments". Il creditore deve rispettare una serie di formalità. Il consumatore deve in linea di massima esercitare il proprio diritto entro cinque giorni dalla data di consegna della copia del contratto di credito o dalla data della notifica relativa all'esistenza di tale diritto. Tale termine può essere prorogato fino a quattordici giorni dopo la data di firma del contratto nei casi in cui siano previste eccezioni alla notifica preliminare (art. 68 del *Consumer Credit Act*). L'Italia non ha introdotto uno specifico diritto di ripensamento per i contratti di credito al consumo.

l'economia generale ¹³. Del resto, studi di carattere più generale e comparatistico, come quello predisposto da alcuni studiosi europei per la Commissione nell'aprile 2007 ¹⁴, hanno dimostrato profonde differenze nelle tecniche legislative di recepimento adoperate dai diversi Stati mem-

¹³ Varie ricerche hanno evidenziato come regole tra loro contrastanti nei diversi Stati membri introducano una vera e propria restrizione del mercato, mentre regole uniformi costituiscano una condizione preliminare al mercato comune. Peraltro, è stato ormai accertato che l'incertezza nel campo giuridico implica la sopportazione di diversi costi, su vari livelli. Quanto alle operazioni *crossborder*, la diversità di sistemi legali impone agli operatori economici di sopportare dei "costi di informazione" necessari per conoscere e adeguarsi alle prescrizioni delle rispettive normative nazionali e, dall'altro lato, rende più incerte e rischiose le relazioni commerciali. In questo senso, da ultimi, H. WAGNER, *Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?* e J. SMITS, *The Practical Importance of Harmonization of Commercial Contract Law*; entrambe queste relazioni sono state lette in dattiloscritto e sono state presentate al convegno "Modern Law for Global Commerce", svoltosi a Vienna dal 9 al 12 luglio 2007, per celebrare la 40° sessione annuale dell'Uncitral; cfr. pure di H. WAGNER, *Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty: The Example of the European Union*, in *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, a cura di J. SMITS, Groningen, p. 25 e ss.

Tuttavia, da parte di alcuni e soprattutto nell'area di *common law*, vengono minimizzati gli ostacoli che dalla diversità delle regole giuridiche possono derivare allo sviluppo delle relazioni commerciali; per un riassunto di queste posizioni cfr. H. MCKENDRICK, *Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In*, in S. Vogenauer-S. Weatherill, a cura di, *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practise*, Oxford e Portland, 2006, p. 21 e ss.; non ritiene sufficientemente provato l'argomento secondo cui l'armonizzazione comporterebbe la riduzione dei costi transattivi R. van den Bergh, *Forced Harmonization of Contract Law in Europe: Not to be Continued*, in S. GRUNDMANN-J. STUYCK, a cura di, *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague 2002, p. 249 e ss.; osserva N. REICH, *Competition between Legal Orders: a new Paradigm of EC Law?*, in *Comm. mark. law rev.*, 1992, p. 861, che la diversità di sistemi legali può indurre effetti benefici sulla concorrenza nel mercato.

¹⁴ Cfr. H. SCHULTE-NOLKE, *EC law compendium, a comparative analysis*, Università di Bielefeld, 2007 che in modo estremamente analitico e trasversale analizza prima le differenze generali di approccio di ogni legislatore nazionale nei confronti della disciplina comunitaria e poi le divergenze esistenti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri con riferimento alla disciplina di recepimento di alcune direttive comunitarie (tra cui però non figura quella sul credito al consumo) e di alcuni concetti ad esse comuni, quali le definizioni di consumatore e professionista, il diritto di recesso e gli obblighi informativi.

Le conclusioni a cui giunge tale rapporto è che spesso lo stesso diritto comunitario a presentare delle incoerenze e ambiguità che rendono difficile la sua corretta trasposizione all'interno dei singoli ordinamenti giuridici. Inoltre, lo studio conferma l'ampia divergenza esistente tra le varie normative nazionali, spesso determinata dalla necessità di colmare lacune lasciate aperte dallo stesso legislatore comunitario attraverso un diffuso ricorso alla clausola minima. Schulte-Nolke suggerisce pertanto di rivedere e uniformare le incongruenze rilevate nelle definizioni impiegate da tutte le direttive e di adottare un approccio di tipo "orizzontale" così da prevedere norme di generale applicazione a tutti i contratti collegati alle esigenze di consumo.

bri, nella tempestività del recepimento medesimo, nell'uso della clausola minima e quindi delle normative vigenti.

La scelta di pervenire ad un'armonizzazione completa risiede allora proprio nella necessità di assicurare un alto, ma soprattutto equivalente, livello di tutela ai consumatori europei così da creare un effettivo mercato unico europeo. È dalla necessità di superare le barriere frapposte agli scambi transfrontalieri dalla diversità delle regole giuridiche che nasce l'impulso all'armonizzazione delle regole di diritto. La differente regolamentazione dei rapporti giuridici – o, mutuando una locuzione nota in altri contesti, l' "asimmetria" normativa – esistente tra gli Stati membri viene considerata come un costo, un onere che rende più difficili gli scambi all'interno della Comunità. Con l'armonizzazione massima gli Stati membri vengono quindi privati della facoltà di mantenere o di introdurre norme che si discostino da quelle delineate nella direttiva fin tanto che ciò non sia espressamente autorizzato. Ovviamente, un simile obiettivo solleva problemi di politica e tecnica normativa, che coinvolgono innanzitutto l'elaborazione di disposizioni che vogliano e possano essere efficacemente recepite in tutti i Paesi membri e da cui possano trarsi interpretazioni ed applicazioni sostanzialmente coincidenti, con particolare riguardo alla previsione di vincolanti controlli ed adeguate ed effettive sanzioni.

Il lavoro della Commissione è sfociato, nel settembre del 2002, in una prima proposta di "Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli stati membri in materia di credito ai consumatori" ¹⁵. La proposta così elaborata, pur presentando un ampliamento dell'ambito applicativo rispetto alla precedente direttiva, ha sollevato numerose perplessità con riferimento ad alcune sue nuove previsioni ¹⁶. È stata inoltre aspramente criticata sia dai rappresentanti dell'industria finanziaria, in quan-

¹⁵ COM(2002) 443 def. dell'11 settembre 2002, pubblicato in GU C-331 del 31 dicembre 2002. Cfr. A. COSTA, *La riforma della disciplina sul credito ai consumatori*, in *I Contratti*, 2005, VII, p. 721 e ss.

¹⁶ Per tutti si v. G. CARRIERO, *Verso una nuova direttiva sul credito ai consumatori*, in *www.ambientediritto.it*.

to poneva a carico del professionista degli oneri ritenuti insostenibili (primo fra tutti quello del “prestito responsabile”)¹⁷, sia dai rappresentanti dei consumatori, per la scelta della massima armonizzazione (che potrebbe paralizzare l’introduzione di nuove norme a tutela della parte debole) e per il mancato raggiungimento di una disciplina volta ad evitare e a risolvere il problema del sovrindebitamento.

Nondimeno, l’articolato procedimento di codecisione dettato dall’art. 251 del Trattato ha evidenziato posizioni molto distanti anche tra gli organi istituzionali chiamati a esaminare le disposizioni contenute nella proposta di direttiva. Non tutti, infatti, concordavano sulle modalità con cui tradurre le intenzioni espresse dalla Commissione nel testo della proposta. Quest’ultima, dunque, dopo essere stata sottoposta ad alcune critiche nel parere redatto dal Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE)¹⁸, ha subito una radicale modifica ad opera del Parlamento europeo¹⁹ che, approvando ben 152 emendamenti in prima lettura, ne ha riscritto gran parte del testo.

Questi, in estrema sintesi, erano i contenuti della proposta.

(i) In via generale, veniva ampliato l’ambito d’applicazione della disciplina sul credito al consumo. Nella prima versione, infatti, la Commissione aveva deciso di rimuovere quasi tutte le limitazioni previste dalla precedente direttiva, che ne circoscrivevano l’ambito applicativo, relative alle soglie, ai massimali, alle ipotesi di credito erogato a titolo gratuito e così

¹⁷ Per un commento della proposta di direttiva del 2002 che mette in luce le contestazioni mosse dal settore bancario si v. E. GRANATA, *La proposta di direttiva sul credito al consumo: il punto di vista della banche europee*, in *Bancaria*, IV, 2003, p. 46.

¹⁸ Il documento, pubblicato in GUCE n. C-234 del 30 settembre 2003, è stato elaborato dalla sezione “Mercato unico, produzione e consumo (INT)” ed approvato dal CESE pressoché all’unanimità. L’approvazione della direttiva prevede, ex art. 95 del Trattato, che il Comitato Economico e Sociale Europeo formuli un parere in merito alla proposta avanzata dalla Commissione. Tale parere, presentato il 17 luglio 2003, ha espresso commenti generalmente positivi sull’iniziativa, evidenziando tuttavia una serie di incongruenze e di lacune del testo adottato.

¹⁹ P5_TA(2004) 297 del 20 aprile 2004, recante la risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori.

via ²⁰. Gli unici contratti di cui veniva confermata l'esclusione erano quelli che, per natura, finalità o struttura, non avrebbero giustificato il ricorso alle forme di tutela fissate dalla disciplina di protezione. Restavano quindi fuori da raggio d'azione della proposta i contratti relativi all'acquisto o alla trasformazione di beni immobili, quelli di locazione in cui non fosse prevista la facoltà di trasferimento della proprietà a favore del conduttore e, infine, quelli conclusi a titolo gratuito con obbligo di restituzione entro un termine non superiore a tre mesi o rispondenti a precisi requisiti di accessoria. Inoltre, relativamente ai contratti di credito concessi sotto forma di anticipo in conto corrente e ad altri specificamente individuati ²¹, la Commissione, pur non disponendo una loro totale esclusione, propendeva per sottoporli ad un regime "leggero" di informazione precontrattuale e contrattuale che, in sostanza, sottoponeva tali fattispecie ai soli artt. 6 e 7 del testo comunitario.

Tuttavia, a seguito della riformulazione dell'art. 3 sulla base degli emendamenti approvati dal Parlamento europeo, le limitazioni elencate nel 2° comma del medesimo articolo aumentavano nuovamente, venendo reinseriti – e quindi esclusi dalla disciplina del credito al consumo – oltre alle fattispecie sopra esposte, anche i contratti di credito certificati da un'autorità pubblica, quelli conclusi con agenzie di prestiti su pegno e quelli di importo superiore a € 100.000.

(ii) Da un punto di vista soggettivo, una vera innovazione era rappresentata dall'esplicita estensione della disciplina di tutela anche a favore del fideiussore di un contratto di credito al consumo. Con tale previsione veniva infatti a colmarsi una lacuna resasi evidente in seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2000. Quest'ultima, pronunciandosi

²⁰ Si tratta dell'elenco descritto analiticamente nel paragrafo a p. 84 (cfr. § 2.2.3. Le fattispecie escluse).

²¹ Precisamente quelli di importo inferiore a € 300, o concessi a un pubblico limitato ad un tasso d'interesse inferiore a quello abitualmente proposto sul mercato o a tasso zero quando il creditore adempie un obbligo istituzionale con finalità di interesse generale, da talune associazioni senza fini di lucro o destinati a rifinanziare i debiti esistenti di un consumatore al fine di evitare un'azione giudiziaria e che non abbiano la conseguenza di peggiorare la situazione del consumatore.

nella causa C-208/98, aveva escluso che all'interno della nozione di contratto di credito prevista dall'attuale normativa potesse essere ricompreso il contratto di fideiussione con cui un consumatore garantisce il beneficiario del finanziamento. Una simile interpretazione della precedente direttiva 87/102/CEE comprometteva gravemente la posizione del fideiussore, che pur venendosi a trovare esposto ai medesimi rischi gravanti sul debitore principale, non usufruiva dello stesso tipo di tutela prevista dalla direttiva per il contratto garantito.

Riprendendo le argomentazioni svolte dinanzi alla Corte, la Commissione aveva quindi esplicitamente previsto tale fattispecie all'interno della proposta, disegnando una tutela specifica per quelle persone che, prestando garanzia o impegnandosi come condebitori, avessero partecipato al contratto di credito al fianco del mutuatario e, quindi, in una posizione del tutto analoga a quella di quest'ultimo. Va inoltre precisato che con il termine "contratto di fideiussione" si voleva in realtà ricomprendere qualsiasi forma di garanzia, sia di natura personale che reale, e tutte le transazioni di credito, anche quelle concluse per finalità professionali, a patto che fosse il fideiussore ad agire per finalità non inerenti alla professione eventualmente svolta.

(iii) Altro aspetto a cui il legislatore comunitario dedicava particolare attenzione era la correttezza e trasparenza delle comunicazioni commerciali e delle informazioni precontrattuali. Oltre alla necessità di rendere realmente informativo il messaggio promozionale, in modo da definire con chiarezza le effettive condizioni del contratto di credito prima del sorgere del vincolo contrattuale, l'imposizione di obblighi informativi di natura precontrattuale risultava preordinata a rendere comparabili le diverse offerte e quindi a promuovere la concorrenza all'interno di un mercato transfrontaliero del credito al consumo.

Pertanto, in tema di pubblicità, l'art. 4, denominato "informazioni di base", prevedeva che ogni comunicazione commerciale relativa a contratti di credito indicasse in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo, l'importo totale del credito, il

tasso annuo effettivo globale, la durata del contratto di credito, il numero e l'ammontare delle rate mensili e le spese di ogni genere connesse al contratto medesimo. Tale disposizione lasciava inoltre impregiudicata la disciplina dettata dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali.

Le principali innovazioni riguardavano tuttavia l'informazione precontrattuale. In tal senso veniva introdotto il concetto di "prestito responsabile" in virtù del quale il creditore, accanto all'obbligo di fornire le informazioni essenziali necessarie alla conclusione del contratto di credito, era tenuto a verificare la capacità di credito del consumatore sulla base delle informazioni fornite da quest'ultimo e, se del caso, consultando le banche dati pertinenti. Sulla base di tali risultanze, il professionista era chiamato a svolgere un vero e proprio "obbligo di consulenza" in favore del consumatore, dovendo ricercare il tipo di contratto e il valore totale dell'importo da erogare che più si adattassero alle situazione finanziaria del richiedente.

(iv) L'art. 10, dedicato alla forma e al contenuto del contratto di credito prescriveva, come di consueto, la stipula in forma scritta, la consegna di una copia dell'atto a tutte le parti ed enumerava esplicitamente tutte le informazioni che dovevano essere obbligatoriamente contenute nel contratto. Queste, in sintesi, si riferivano all'importo finanziato, alla durata del rapporto e alla periodicità dei pagamenti; particolare rilievo era dato a tutti gli indici di costo dell'operazione (il TAEG innanzitutto, ma anche i costi, le penali o gli oneri a carico del consumatore non ricompresi nel suo calcolo); dovevano inoltre risultare specificate le modalità attraverso cui era consentito al consumatore di esercitare il diritto di recesso dal contratto, di rimborsare anticipatamente il prestito e di attivare le eventuali procedure stragiudiziali di reclamo.

Per il contratto di fideiussione era previsto l'obbligo di riportare l'importo massimo garantito ²², nonché le penali applicabili in caso di mancata esecuzione.

²² Va ricordato che per le fideiussioni c.d. omnibus, la l. 17 febbraio 1992, n. 154, coordinata nell'art. 117 del TUB, ha imposto l'indicazione dell'importo massimo garantito dal fideiussore modificando l'art. 1938 cod.civ.

(v) A favore del consumatore era poi introdotto un periodo di quattordici giorni per poter recedere dal contratto di credito. L'art. 11 dettava tempi e modalità di esecuzione di tale diritto in modo da coordinarli con quelli della direttiva sulla commercializzazione a distanza dei prodotti finanziari ²³. Qualora il consumatore avesse manifestato la propria volontà di recedere dal rapporto, veniva posto a carico del creditore l'onere di comunicare per iscritto o mediante altro supporto durevole gli importi da rimborsare, compresi degli interessi dovuti durante il periodo per il quale il credito era stato prelevato e calcolati in base al tasso annuo effettivo globale senza che nessun'altra indennità potesse essere reclamata in seguito al recesso.

(vi) Anche l'iniziale previsione di abusività per alcune clausole in materia di credito al consumo è stata modificata su parere del Parlamento europeo.

La proposta contemplava infatti uno specifico elenco di clausole ²⁴, additive rispetto a quelle indicate nella direttiva 93/13/CEE, da ritenersi vessatorie, e quindi inefficaci, con presunzione *iuris et de iure*. Prendendo in considerazione l'esistenza di clausole abusive proprie dei contratti di credito la Commissione aveva infatti previste come vessatorie quelle clausole che *«impongono quale condizione per il prelievo di mettere in pegno le somme prese a prestito o di destinarle alla costituzione di un deposito, salvo il caso in cui il consumatore ottiene per tale pegno o deposito un tasso almeno pari al tasso annuo effettivo globale»*; che *«obbligano il consumatore a sottoscrivere un altro contratto con il creditore o con una persona terza, salvo il caso in cui le spese relative a tale contratto sono incluse nel costo totale del credito»*; che consentono una variazione dei costi e delle indennità diverse dal tasso debitore, il quale comunque non deve soggiacere a norme discriminatorie in ordine alla sua variabilità; o ancora che *«obbligano il consumatore a far finanziare dallo stesso credi-*

²³ Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE.

²⁴ Cfr. art. 15 della proposta.

tore il valore residuo e ogni ultimo pagamento di un contratto di credito che serve a finanziare l'acquisto di un bene mobile o di un servizio».

Tuttavia, nella versione emendata dal Parlamento europea la norma in esame veniva soppressa. Infatti, attenendosi al principio di non modificare in altre sedi materie già oggetto di separate direttive, si preferiva rimandare l'intervento comunitario su tale aspetto modificando direttamente la direttiva 93/13/CEE e, in particolare, l'elenco di clausole contenute nel suo allegato ²⁵.

(vii) L'art. 16 riconosceva (o meglio confermava) in favore del consumatore il diritto ad adempiere in via anticipata alle obbligazioni nascenti dal contratto di credito. Tale facoltà poteva essere esercitata in modo totale o parziale in qualsiasi momento del rapporto contrattuale. Il creditore da parte sua avrebbe avuto diritto a richiedere solamente un indennizzo, che tuttavia doveva risultare «*equo e obiettivo*». Tale indennizzo, quindi, doveva necessariamente tener conto degli interessi di entrambe le parti contrattuali e prevedere una restituzione dei soli costi sostenuti dal creditore come diretta conseguenza del rimborso anticipato.

(viii) Infine, durante l'*iter* d'approvazione della nuova direttiva si è verificata un'ulteriore inversione di tendenza su una questione di estrema rilevanza, qual è quella del collegamento negoziale tra il negozio diretto all'acquisto del bene o del servizio e quello con cui veniva finanziata l'operazione di consumo. L'art. 19 della proposta aveva infatti originariamente provato a introdurre un regime di responsabilità solidale tra fornitore e finanziatore. Tuttavia, nel corso della discussione sulla modifica della disciplina sul credito al consumo e a seguito dell'intervento del Parlamento europeo, è prevaleva la decisione di rimanere sulle posizioni già

²⁵ Va segnalato che, frattanto, è stata approvata dalla Commissione la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (v. COM(2008) 614 def. dell'8 ottobre 2008) la quale mira a unificare e coordinare quattro precedenti direttive, tra cui la 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in un unico strumento orizzontale atto a disciplinare gli aspetti comuni in modo sistematico, semplificato. Ebbene, scorrendo gli articoli di tale nuova proposta dedicati ai diritti dei consumatori in materia di clausole contrattuali (artt. 30-39) si può notare che non sono state inserite, nemmeno negli elenchi allegati sub II e III, quelle che erano state originariamente previste nella proposta di direttiva sul credito ai consumatori.

raggiunte dalla direttiva 87/102/CEE, che esprime un livello di tutela molto più limitato. Pertanto, nel caso di contratti di credito collegati all'acquisto di beni o servizi, veniva nuovamente a configurarsi a carico del finanziatore una responsabilità di tipo sussidiario, ancora sottoposta a condizioni che ne vanificano considerevolmente l'utilità pratica e su cui la dottrina si era già espressa con parere negativo.

(x) Per quanto riguarda i contratti di fideiussione, oltre ai richiami volti soprattutto a garantire l'informazione contrattuale e precontrattuale, va osservato che l'art. 23 tentava di limitarne l'onerosità nel caso in cui il creditore si fosse trovato nella situazione di poterne chiedere l'esecuzione. Tale disposizione, infatti, vietava la conclusione di contratti di garanzia nel caso in cui il contratto di credito, oggetto della garanzia, avesse avuto durata indeterminata; prevedeva che il creditore potesse rivalersi sul fideiussore solamente dopo che fosse trascorso un periodo di morosità del debitore e dopo che tale circostanza fosse stata comunicata al medesimo fideiussore; disponeva altresì che le somme dovute a titolo di penale o di indennizzo rimanessero a carico del debitore originario nel caso di un pronto adempimento dell'obbligo di garanzia.

3.1.2. La seconda proposta e l'approvazione della nuova direttiva

Come già chiarito, il percorso per l'approvazione della nuova direttiva è stato particolarmente complesso: iniziato nel 2002, attraverso il dialogo tra le diverse istituzioni comunitarie, ha portato alla stesura di più disegni di direttiva. Le difficoltà, legate alla compresenza di numerosi interessi contrapposti e alla diversa posizione assunta all'interno delle istituzioni comunitarie dalla Commissione e dal Parlamento europeo, hanno protratto i lavori nel corso degli anni rendendo impossibile preventivare quando e con quale contenuto la direttiva sarebbe stata approvata.

Alla proposta descritta nel precedente paragrafo, corposamente ridisegnata dal Parlamento europeo ha fatto poi seguito una seconda versione,

predisposta dalla Commissione nel 2004²⁶ in cui venivano recepite alcune delle modifiche segnalate, ma allo stesso tempo venivano confermati molti di quei principi e di quelle scelte di fondo che il Parlamento aveva messo in discussione. Se ciò non bastasse, l'introduzione del principio del "mutuo riconoscimento" all'interno della direttiva ha contribuito a suscitare nuove polemiche²⁷. Attraverso tale modifica, infatti, agli Stati membri veniva chiesto di non ostacolare le attività di un'impresa sul proprio territorio qualora quest'ultima operasse in conformità con le disposizioni contenute nella direttiva stessa. In pratica, si voleva rendere possibile ai finanziatori di operare su tutto il mercato europeo anche solo osservando le norme previste dal diritto comunitario. Tuttavia l'adozione di tale espediente per favorire le operazioni *crossborder* si sarebbe rivelata inefficace, come evidenziato dalla dottrina²⁸, in quanto il diritto internazionale privato

²⁶ La Commissione ha elaborato prima un testo non articolato (COM(2004) 747 def. del 28 ottobre 2004), a commento delle modifiche, recepite e non, che il Parlamento aveva avanzato. Successivamente ha pubblicato un testo consolidato (COM(2005) 483 def. del 7 ottobre 2005).

²⁷ L'art. 21, 2° comma, prevedeva infatti che *«nel recepire e nell'applicare l'articolo 5, paragrafi 1, 2 e 5, l'articolo 13, l'articolo 14, paragrafi 1 e 2, e gli articoli 15, 17, 19 e 20, gli Stati membri, fatti salvi i provvedimenti necessari e proporzionati che essi possono adottare per motivi di ordine pubblico, non pongono restrizioni alle attività dei creditori che, nel quadro della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi, sono stabiliti in un altro Stato membro e operano sul loro territorio conformemente alla presente direttiva»*.

²⁸ Cfr. P. ROTT, *Maximum Harmonisation and Mutual Recognition versus Consumer Protection: The Example of Linked Credit Agreements in EC Consumer Credit Law*, in *European Legal Forum*, 2006, 2/3, p. I-65; l'autore rileva che l'art. 21 spoglia il consumatore della protezione sinora apprestata dal diritto internazionale privato senza neanche prevedere un obbligo informativo a riguardo di tale situazione. Del resto, è anche difficile ipotizzare che vi possano essere delle ragioni d'ordine pubblico idonee ad impedire l'applicazione della legge straniera.

La nuova proposta si poneva inoltre in aperto contrasto con quanto sostenuto dalla DG Giustizia, Libertà e Sicurezza che, nel presentare il Regolamento "Roma I", aveva espresso la preferenza per l'applicabilità della sola legge del luogo di residenza abituale del consumatore. Nella relazione predisposta per tale occasione (cfr. COM(2005) 650 def.) si dice infatti che *«fra le due soluzioni possibili per evitare lo smembramento – l'applicazione della sola legge del professionista o l'applicazione della sola legge del consumatore – solo la seconda è compatibile con l'elevato grado di tutela del consumatore imposto dal trattato. Questa soluzione sembra anche equa considerando la realtà economica: mentre i consumatori effettuano acquisti transfrontalieri solo occasionalmente, la maggioranza dei professionisti che praticano il commercio transfrontaliero possono ripartire i costi legati allo studio di un altro diritto su un gran numero di operazioni. Infine, in pratica questa soluzione non modifica nella sostanza la situazione del professionista, per il quale la difficoltà in sede di concezione dei suoi contratti standard risiede per l'appunto nel rispetto delle disposizioni*

vigente all'interno dei singoli ordinamenti ²⁹, che individua la legge applicabile al contratto in presenza di elementi di “estraneità”, non consente che il consumatore venga privato della (eventualmente maggiore) tutela offerta dallo Stato in cui risiede abitualmente. Inoltre, anche uno studio commissionato dal Parlamento europeo aveva dimostrato che tale scelta avrebbe avuto effetti negativi sulla disciplina applicabile alle operazioni finanziarie transfrontaliere ³⁰.

La seconda proposta di direttiva non è quindi stata accolta incondizionatamente e ha portato ad una situazione d'impasse, durante la quale i tempi per l'approvazione definitiva della nuova direttiva sul credito ai consumatori non sono mai stati chiari. A distanza di oltre un lustro dall'inizio dei lavori, il punto di svolta si è avuto con il raggiungimento di una posizione comune nel settembre del 2007 ³¹, circostanza che ha reso possibile, il successivo 23 aprile 2008, la definitiva approvazione da parte del Consiglio della direttiva 08/48/CE, in cui non compare più il criterio del mutuo riconoscimento così come molte altre previsioni originariamente caldeggiate dalla Commissione Permanente invece la decisione di adottare il principio della massima armonizzazione, peraltro temperato – proprio per facilitare il raggiungimento di un punto d'incontro tra le tante posizioni confliggenti – dalla presenza di numerose opzioni e vie di fuga con cui gli Stati membri sono stati lasciati liberi di scegliere le modalità e spesso i contenuti delle norme da recepire.

imperative del diritto del consumatore; orbene, già a norma della convenzione, queste disposizioni imperative sono quelle del paese della residenza abituale del consumatore».

²⁹ Il riferimento è innanzitutto alla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 (oggi superata dal Regolamento CE n. 593/2008, detto “Roma I”, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 176 del 4 luglio 2008 e applicabile alle obbligazioni contrattuali concluse dopo il 17 dicembre 2009)

³⁰ V. Civic Consulting, Project “*Broad economic analysis on credit agreements for consumers*” (december 2006-april 2007) in http://www.civic-consulting.de/project_16.html.

³¹ Posizione comune definita dal Consiglio il 20 settembre 2007 in vista dell'adozione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE (9948/2/07 REV 2).

La direttiva comunitaria, a norma dell'art. 27, dovrà essere adottata dagli Stati membri anteriormente al 12 maggio 2010 e la normativa nazionale di recepimento entrerà in vigore a partire da tale data.

3.2. Lo spirito della direttiva

3.2.1. Dal credito al consumo al credito ai consumatori

Preliminarmente va preso atto che la nuova direttiva in materia di credito al consumo si distingue dalla precedente direttiva 87/102/CEE già per due aspetti meramente esteriori: la sua estensione, e quindi il maggior dettaglio delle sue disposizioni, e il titolo adottato dalla Commissione. Soprattutto quest'ultima modifica, già contenuta nella prima proposta di direttiva e con cui si viene a sostituire la precedente dizione "credito al consumo" con quella di "credito ai consumatori", lasciava auspicare uno spostamento dell'attenzione della normativa comunitaria sui soggetti destinatari della concessione del credito – e, quindi, su coloro a cui si rivolge la disciplina di protezione – piuttosto che sulla finalità oggettive dell'accordo. In altre parole, il mutamento di denominazione lasciava presupporre l'intenzione di collocare l'individuo, e la sua tutela, al centro della proposta ³².

Nel testo approvato in via definitiva, tuttavia, tale idea viene tradita nella sostanza e confinata solo su un piano formale. Infatti, se è innegabile che il testo presenta talune innovazioni sul piano della difesa degli interessi economici dei consumatori, l'analisi delle motivazioni addotte dalla Commissione a commento della propria iniziativa, la scelta di porre a fondamento giuridico della propria azione l'art. 95 del Trattato e le concrete scelte effettuate nella stesura delle norme comunitarie rivelano

³² Nello stesso senso depongono sia il Libro verde sull'*acquis* in materia dei consumatori, approvato dalla Commissione il 7 febbraio 2007 e assunto come un caposaldo delle politiche mirate alla tutela dei consumatori, sia l'ambizioso disegno, tracciato dalla Commissione europea in occasione della definizione della strategia consumeristica per il periodo 2007-2013 (Cfr. la Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2007 (COM(2007) 99 def.) dal titolo "*Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them*"), che individua il benessere dei consumatori come il centro vitale di mercati funzionanti correttamente, mira ad assicurare loro più efficaci poteri e a garantirli attraverso un più elevato livello di protezione contro i rischi e le insidie del mercato.

all'opposto un interesse incentrato principalmente sulle logiche di mercato di cui si è già detto.

Pertanto, se è vero che la direttiva si preoccupa di ampliare l'ambito d'applicazione della disciplina sul credito al consumo, di arricchire le informazioni che le parti contraenti sono tenute a comunicarsi nella fase precontrattuale e di intensificare la tutela sostanziale dei consumatori nel corso del rapporto, è altresì vero che essa mantiene come principale finalità quella di giungere ad un ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri per favorire lo sviluppo di un mercato europeo del credito al consumo attraverso l'armonizzazione a livello europeo delle differenti normative nazionali ³³.

Piuttosto va detto che la necessità in sé di stimolare un mercato transfrontaliero del credito al consumo andrebbe messa in dubbio. Innanzitutto perché non sembra che il mercato del credito presenti un deficit nel lato dell'offerta – e i recenti fatti di cronaca finanziaria sembrano confermare tale assunto. Inoltre gli operatori del credito al consumo, laddove decidano di operare in uno Stato membro diverso da quello dove hanno sede, solitamente scelgono di avvalersi di una società costituita in loco o di acquistarne una già presente nel mercato del paese prescelto. Le fusioni bancarie che si sono succedute nel corso degli anni hanno intensificato tale fenomeno, che ha portato al consolidarsi di grandi gruppi europei costruiti sui complessi aziendali provenienti da varie nazionalità e che quindi sono organizzati per offrire i propri servizi su scala comunitaria. Che poi ciò avvenga attraverso una società controllata avente la stessa “cittadinanza”

³³ È vero che la necessità di realizzare un mercato unico interno coincidente con l'intero territorio dell'Unione, obiettivo fissato chiaramente dall'art. 3, lett. c) del Trattato istitutivo CE, anche all'esito delle successive riformulazioni, in luogo della finalità originaria di realizzare un ridotto mercato comune nel cui ambito fossero semplicemente facilitati gli scambi tra i Paesi membri, si sono rivelate un potente stimolo per un'azione sempre più decisa in direzione di una “europeizzazione” del diritto privato dei vari Stati membri. Tuttavia sembra necessario tener presente che le finalità economiche dell'intervento comunitario hanno un senso se coordinate con il raggiungimento di uno standard di vita migliore dei cittadini europei e quindi anche con un più elevato livello di tutela dei consumatori. In altre parole non si devono confondere lo scopo e i mezzi utilizzati per raggiungerlo: perché il mercato unico non potrà mai rappresentare un valore in sé mentre l'individuo e la sua tutela si.

del consumatore a cui si rivolge non deve di per sé escludere che l'esistenza transazioni transfrontaliere.

Rispetto ai lavori che l'hanno preceduta, quindi, la direttiva adotta un profilo protettivo molto meno evidente, che risulta oltretutto costretto all'interno del principio dell'armonizzazione massima. Su quest'ultimo aspetto si può certamente sostenere che il suo raggiungimento rappresenterebbe un vantaggio per i consumatori, dato che un elevato livello di concorrenza contribuirebbe a determinare un miglioramento delle condizioni offerte alla clientela dai finanziatori. Tuttavia, soprattutto per quegli ordinamenti dotati di una legislazione maggiormente all'avanguardia e più attenta a salvaguardare i diritti e le esigenze dei consumatori, molte scelte adottate dal legislatore comunitario rappresentano un arretramento del livello di tutela offerto che sembra difficile poter sopportare.

3.2.2. L'armonizzazione massima e le deroghe concesse agli Stati membri (art. 22)

Le considerazioni appena svolte trovano ragione soprattutto nella scelta della Commissione di considerare una priorità il raggiungimento di una disciplina uniforme del credito al consumo a livello europeo e di fissare in tale obiettivo uno dei principi cardine della direttiva.

A tal fine, nonostante l'idea di dare al testo la natura di regolamento non sia stata accettata, la Commissione ha ritenuto di poter giungere all'armonizzazione totale della normativa in ambito comunitario anche utilizzando lo strumento della direttiva ³⁴. Tutto ciò ha finito col tradursi, a

³⁴ Tale intento è chiaramente espresso, anche nei suoi limiti, nel considerando n. 9 secondo il quale «è necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno. Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva. Tuttavia, tale restrizione dovrebbe essere applicata soltanto nelle materie armonizzate dalla presente direttiva. Laddove tali disposizioni armonizzate mancassero, gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali. Di conseguenza, gli Stati membri possono, per esempio, mantenere o introdurre disposizioni nazionali sulla responsabilità solidale del venditore o prestatore di servizi e del creditore. Un altro esempio di questa possibilità offerta agli Stati membri potrebbe essere quello del mantenimento o dell'introduzione di disposizioni nazionali sull'annullamento del contratto di

scapito della facoltà solitamente concessa agli Stati membri di adottare misure più severe a tutela dei consumatori, nell'irrigidimento della normativa sostanziale di recepimento della direttiva. L'art. 22, infatti, capovolgendo il principio precedentemente contenuto nella c.d. "clausola minima", impone oggi agli Stati membri di non discostarsi dalle disposizioni fissate nella disciplina comunitaria.

La promozione di un elevato livello di tutela dei consumatori, espressamente richiamata – e imposta – dall'art. 153 del Trattato, resta quindi sullo sfondo del testo comunitario qui in esame e sembra assumere rilevanza solo come conseguenza delle esigenze del mercato e non come valore di per sé meritevole di formare oggetto della direttiva³⁵. Nonostante già questo rappresenti una forte limitazione, soprattutto per quegli Stati membri che negli anni passati sono stati in grado di dotarsi di una legislazione moderna e ispirata ad un elevato livello di protezione dei consumatori, bisogna altresì prendere atto che la direttiva non introduce dei progressi significativi rispetto al passato. Per quanto riguarda il nostro ordinamento, tale considerazione sarebbe stata oltremodo vera se il disegno di legge presentato durante la scorsa legislatura avesse proseguito il suo *iter*³⁶ dato che molte delle sue disposizioni anticipavano quanto la direttiva si è preoccupata oggi di prescrivere.

Alla luce di tutto ciò, se non altro sotto questo punto di vista e pur non potendosi condividere pienamente le scelte operate dalla Commissione, l'iniziativa comunitaria va accolta positivamente in quanto destinata a sopperire – nuovamente – all'assenza del legislatore interno.

vendita di merci o di prestazione di servizi se il consumatore esercita il diritto di recesso dal contratto di credito. A tale riguardo, in caso di contratti di credito a durata indeterminata, agli Stati membri dovrebbe essere consentito di fissare un periodo minimo che deve intercorrere tra il momento in cui il creditore chiede il rimborso e il giorno in cui il credito deve essere rimborsato».

³⁵ In questo senso v. G. CARRIERO., *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2007, p. 245 e ss.

³⁶ Cfr. il disegno di legge n. 3015 presentato alla Camera dei Deputati il 6 agosto 2007 e relativo a "Disposizioni in materia di credito al consumo e di vigilanza sulle assicurazioni private".

Prima di condannare senza riserve il principio della massima armonizzazione vanno inoltre svolte alcune precisazioni. Non tanto, o non solo, per le finalità che tale nuovo indirizzo si è ripromesso di ottenere, le quali non ci sembrano prioritarie ma che potrebbero ad ogni modo apportare qualche beneficio ai consumatori. Quanto piuttosto perché la massima armonizzazione, assurta a principio cardine dell'intera direttiva, deve tenere conto delle numerose esenzioni e delle diverse opzioni che il legislatore comunitario ha rimesso alla libera scelta degli Stati membri. Alcuni articoli della direttiva, infatti, lasciano aperte diverse modalità attraverso cui operare il loro recepimento mentre altri indicano solamente un fine, lasciando totale libertà al legislatore nazionale nella scelta degli strumenti con cui raggiungerlo ³⁷.

Scorrendo rapidamente il testo della direttiva si può notare che l'art. 2, laddove sono elencate le fattispecie escluse dall'ambito applicativo della direttiva, permette agli Stati membri di sottoporre alcuni contratti ad un numero limitato di norme, definendo quindi un regime “leggero” per situazioni che presentano vantaggi peculiari per il consumatore; l'art. 4, relativo alle informazioni pubblicitarie di base, e l'art. 6, sull'informazione precontrattuale obbligatoria per determinate tipologie contrattuali, tra cui la concessione di scoperto, consentono la previsione di alcune deroghe circa le precisazioni che il finanziatore è tenuto a fornire; il 2° comma dell'art. 14 dà poi agli Stati membri la facoltà di modificare le regole concernenti il *jus poenitendi* mentre l'art. 16, 4° comma, in caso di

³⁷ Di tale circostanza sembra ben cosciente la Commissione che infatti ha previsto, all'art. 26, che «lo Stato membro che si avvale di una delle opzioni normative di cui all'articolo 2, paragrafo 5, all'articolo 2, paragrafo 6, all'articolo 4, paragrafo 1, all'articolo 4, paragrafo 2, lettera c), all'articolo 6, paragrafo 2, all'articolo 10, paragrafo 1, all'articolo 10, paragrafo 2, lettera g), all'articolo 14, paragrafo 2, e all'articolo 16, paragrafo 4, ne informa la Commissione, come pure di ogni successiva modifica. La Commissione rende pubbliche tali informazioni in un sito web o in altro modo facilmente accessibile. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per trasmettere tali informazioni ai creditori e ai consumatori nazionali». Si è quindi cercato di rendere comunque conoscibili ai consumatori le divergenze che permarranno nelle legislazioni dei diversi stati comunitari. Sull'efficacia di tale strumento non possono non nutrirsi diverse perplessità.

adempimento anticipato da parte del consumatore, consente di ampliare la soglia massima dell'indennizzo che può essere richiesto dal finanziatore.

Vi sono poi norme che nel dettare un precetto lasciano impregiudicate le norme nazionali direttamente implicate, impedendo di fatto un vera e completa armonizzazione. L'art. 10, ad esempio, prescrive la consegna a tutte le parti di una copia del documento contrattuale, del quale specifica anche i requisiti di forma e i contenuti, ma per sua espressa statuizione non incide sulle norme nazionali relative alla validità della conclusione dell'accordo; l'art. 14 non pregiudica le norme nazionali che sospendono il termine iniziale, e quindi l'esecuzione del contratto, fin tanto che non sia decorso un determinato periodo di tempo; l'art. 18, infine, non impone la necessaria modifica delle norme previste nel caso in cui lo sconfinamento in conto corrente presenti una durata significativa.

Altre norme reintroducono, esclusivamente per le disposizioni che le riguardano, la c.d. "clausola minima". Così fa, ad esempio, l'art. 15, che disciplina i contratti di credito collegati e che lascia liberi gli Stati membri di stabilire «*in che misura e a quali condizioni*» sia possibile agire nei confronti del finanziatore qualora il contratto di fornitura risulti inadempito; ugualmente si atteggia l'art. 21 laddove lascia ai singoli paesi il compito di specificare gli obblighi informativi posti a carico degli "intermediari del credito". In via più generale, non può escludersi né ritenersi precluso che gli Stati membri introducano norme di diritto contrattuale generale, o relative a singoli beni o servizi, idonee a imporre un più stringente vincolo informativo o a garantire dei diritti ulteriori in capo al consumatore.

In altri articoli della direttiva il legislatore comunitario ha solamente imposto agli Stati membri di perseguire un obiettivo: così l'art. 8 prescrive loro di imporre al creditore una procedura di valutazione del merito creditizio del consumatore; ancora, l'art. 5 richiede che al consumatore siano forniti i chiarimenti necessari e offerti i contratti maggiormente idonei a rispondere alle sue esigenze; l'art. 20 prescrive che i creditori siano posti sotto il controllo di un organismo o di un'autorità indipendente.

Inoltre, e non è una caratteristica isolata di questa direttiva, il legislatore comunitario lascia liberi gli Stati membri di individuare e predisporre tutto l'apparato rimediabile e sanzionatorio applicabile in caso di violazione della normativa protezionistica. L'art. 23, infatti, pone come unico vincolo che tali sanzioni siano «*efficaci, proporzionate e dissuasive*». L'idea che l'armonizzazione del diritto comunitario, la quale vorrebbe essere completa ed effettiva, possa arrestarsi al solo diritto sostanziale senza includere anche le azioni e i rimedi esperibili dal singolo consumatore è evidentemente destinata a rivelarsi inefficace.

Da ultimo, non si può non tener conto, in un'ottica giusrealista e quindi non limitata al mero dato positivo, che differenze in ambito comunitario emergeranno comunque come conseguenza della difforme interpretazione e della diversa sensibilità degli interpreti, e soprattutto degli organi giudicanti, presenti in ogni singolo Stato membro, nonostante la funzione interpretativa attribuita alla Corte di giustizia europea.

È per questo che meritano attenzione quegli ulteriori fenomeni, di cui si è fatto cenno, che mirano piuttosto alla definizione di principi e istituti comuni in ambito contrattuale europeo, in quanto tali idonei a risolvere le difficoltà attuative di norme scritte seguendo categorie e concetti propri solo di alcuni Stati membri.

3.2.3. L'allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina di tutela del consumatore (artt. 2 e 3)

La nuova direttiva amplia l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina sul credito ai consumatori. E raggiunge tale scopo non tanto sotto l'aspetto soggettivo – visto che sia la definizione di creditore ³⁸ sia quella di consumatore, entrambe tracciate dall'art. 2, riproducono in modo pressoché invariato quelle già elaborate dalla direttiva del 1986 – quanto su quello oggettivo.

³⁸ A norma dell'art. 3, 1° comma, lett. b. la disciplina si applica se il creditore è sia una persona fisica che una persona giuridica. Ciò, tuttavia, come precisato dal considerando n. 15, non impedisce agli Stati membri di limitare – come ha fatto l'Italia – l'esercizio di tale attività solamente a soggetti dotati di determinate caratteristiche.

In proposito, occorre ricordare che il metodo adoperato dalla direttiva 87/102/CEE per delimitare la propria sfera d'applicazione era stato quello di dare una definizione estremamente generale di “contratto di credito” per poi elencare espressamente numerose fattispecie da escludere dalla normativa consumeristica. Ebbene, la nuova direttiva perviene ad una maggiore espansione del proprio ambito applicativo proprio attraverso la riduzione di tali fattispecie, posto che anche la nozione di “contratto di credito” è rimasta pressoché inalterata. L’art. 3, lettera c, continua infatti a definirlo come il «*contratto in base al quale il creditore concede o s'impegna a concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga, ad eccezione dei contratti relativi alla prestazione continuata di un servizio o alla fornitura di merci dello stesso tipo in base ai quali il consumatore versa il corrispettivo, per la durata della prestazione o fornitura, mediante pagamenti rateali*»³⁹.

Le fattispecie escluse, al contrario, risultano minori e parzialmente differenti, sicché la nuova direttiva si renderà applicabile ad un numero più ampio di fattispecie. Per espressa previsione del 2° comma dell’art. 2, la direttiva non si applica:

- quanto al valore: ai contratti aventi un importo totale del credito erogato inferiore a € 200 ovvero superiore a € 75.000 (lettera c.)⁴⁰;
- quanto a determinate categorie di beni: ai contratti che presentino attinenza con i beni immobili, ossia finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su di un immobile costruito o anche solo progettato (lettera b.); restano quindi inclusi i

³⁹ La differenza tra le due definizioni risiede solamente nell'eccezione contenuta in quella più recente che va da subito ad escludere determinate tipologie contrattuali. L’art. 1, 2° comma, lettera c, della direttiva 87/102/CEE definisce infatti il contratto di credito, sic et simpliciter, come quello con cui «*il creditore concede o promette di concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra analoga facilitazione finanziaria*».

⁴⁰ Attualmente fissato in € 154,93 e € 30.987,41.

contratti di credito conclusi con finalità di ristrutturazione o valorizzazione di un edificio esistente ⁴¹;

- quanto alle garanzie richieste: ai contratti garantiti da un'ipoteca, da un'altra garanzia su beni immobili comunemente utilizzata in uno Stato membro o da un diritto collegato ai beni immobili (lettere a.); ancora, ai contratti per i quali la responsabilità del consumatore è limitata esclusivamente al bene dato in pegno (lettera k.);

- quanto a determinate tipologie negoziali: ai contratti di locazione o di *leasing* che non prevedono l'obbligo (o il diritto potestativo del creditore di obbligare) all'acquisto del bene locato (lettera d.); ai contratti di somministrazione continuata di un servizio o di merci dello stesso tipo in virtù del quale il consumatore è tenuto a versare il corrispettivo mediante pagamenti rateali (eccezione contenuta nella definizione stessa di contratto di credito); ai contratti conclusi con le imprese di investimento definite dall'art. 4, della direttiva 2004/39/CE o con gli enti creditizi definiti dall'art. 4 della direttiva 2006/48/CE allo scopo di consentire ad un investitore di effettuare una transazione concernente uno o più strumenti tra quelli elencati nella sezione C dell'allegato I della direttiva 2004/39/CE, qualora tale impresa d'investimento o ente creditizio partecipi alla transazione (lettera h.);

- quanto alle modalità e ai tempi di rimborso: ai contratti conclusi nella forma di concessione di scoperto da ripianare entro un mese; a quelli che non prevedono il pagamento di interessi o altre spese; ai contratti in forza dei quali il credito deve essere rimborsato entro tre mesi e che comportano solo spese di entità trascurabile (lettere e. e g.); nonché ai contratti relativi alla dilazione, senza spese, del pagamento di un debito esistente (lettera j.);

- quanto alle modalità di conclusione: ai contratti risultanti da un accordo raggiunto dinanzi a un giudice o a un'altra autorità prevista dalla legge (lettera i.)

⁴¹ Cfr. considerando n. 14.

Sono poi escluse altre ipotesi molto peculiari. Ad esempio, i crediti concessi dal datore di lavoro in favore dei propri dipendenti, al di fuori della sua attività principale e purché non offerti al pubblico in genere, senza interessi o applicando un tasso annuo effettivo globale inferiore a quelli prevalenti sul mercato (lettera g); ancora, i prestiti concessi a un pubblico ristretto in base a disposizioni di legge e con finalità di interesse generale, senza interessi o con tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure uguali a quelli prevalenti sul mercato ma con altre condizioni più favorevoli per il consumatore (lettera l).

Una forma di tutela “minore”, ossia non estesa a tutte le norme dettate dalla direttiva, è riservata al credito concesso nella forma di scoperto da rimborsarsi su richiesta o entro tre mesi ⁴² e ai contratti di credito sotto forma di sconfinamento ⁴³.

Da quanto appena detto emerge un ampliamento dell'ambito applicativo oggettivo della disciplina comunitaria sul credito al consumo, anche se in inferiore rispetto a quelli che erano stati i progetti iniziali della Commissione. Sul piano soggettivo, come detto, la situazione sembra al contrario immutata poiché non si è pervenuti ad una modifica delle definizioni di consumatore e di creditore. Né, sfortunatamente, è possibile constatare l'introduzione di norme poste a tutela dell'eventuale garante del contratto di credito, come originariamente ipotizzato dalla proposta della Commissione.

Un'estensione può tuttavia ravvisarsi in quelle norme dedicate specificamente alla figura dell'intermediario del credito, ossia a quel soggetto, persona fisica o giuridica, *«che non agisce come creditore e che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, dietro versamento di un compenso [...] i) presenta o propone contratti di credito ai consumatori; ii) assiste i consumatori svolgendo attività preparatorie alla conclusione di contratti di credito diverse da quelle di cui al punto i);*

⁴² Al quale trovano applicazione solamente gli artt. da 1 a 3, l'art. 4, par. 1, par. 2, lettere da a) a c), par. 4, gli articoli da 6 a 9, l'art. 10, par. 1, par. 4, par. 5, l'art. 12, l'art. 15, l'art. 17 e gli artt. da 19 a 32.

⁴³ Ai quali si applicano invece soltanto gli artt. da 1 a 3, 18, 20 e da 22 a 32.

*oppure iii) conclude contratti di credito con i consumatori in nome e per conto del creditore»*⁴⁴. Si tratta di quelle fattispecie in cui il contratto di credito viene promosso tramite un rappresentante, un agente o finanche un broker; nonché quando la possibilità di concludere il contratto di credito è offerta dallo stesso fornitore del bene (c.d. *dealer*) in virtù del rapporto di convenzione in essere con il finanziatore⁴⁵. È ovvio che ciò possa avvenire in virtù di un mandato con rappresentanza, qualora agisca in nome e per conto, o anche semplicemente in virtù di un obbligo promozionale (posto che ciò che viene offerto al consumatore è la compilazione di una proposta e non l'accettazione di un contratto)⁴⁶.

Infine, da un punto di vista temporale, va segnalato che per espressa previsione contenuta nell'art. 30 della direttiva, essa non trova applicazio-

⁴⁴ Cfr. il considerando n. 17, secondo il quale la direttiva disciplina solo taluni obblighi degli intermediari del credito nei confronti dei consumatori e gli Stati membri conservano la facoltà di mantenere o introdurre obblighi supplementari a carico degli intermediari del credito.

⁴⁵ Tutto ciò premesso, al fine di evitare equivoci terminologici, sembra opportuno precisare che quando la nuova direttiva fa riferimento agli "intermediari" dà a tale termine un'accezione diversa rispetto a quella contenuta nella vigente legislazione nazionale, nella quale il termine richiama, al contrario, solamente gli enti finanziari previsti nel TUB. Qui, invece, la nozione "intermediario" racchiude per o più quei soggetti già disciplinati sotto il nome di "mediatori creditizi" e di "agenti in attività finanziaria".

Infatti, è mediatore «*colui che professionalmente, anche se non a titolo esclusivo, ovvero abitualmente mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari determinati con la potenziale clientela al fine della concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*» (art. 2, 1° comma, del D.P.R. 28 luglio 2000, n. 287). Le norme sulla mediazione creditizia non si applicano agli agenti, alle banche, agli intermediari finanziari, le assicurazioni, i promotori finanziari e coloro che esercitano l'attività di mediazione creditizia strumentalmente alla propria attività principale in base ad apposite convenzioni (cessionari auto, agenti immobiliari ecc.).

È agente in attività finanziaria, in base all'art. 3 del d.lgs 25 settembre 1999 n. 374 e del provvedimento UIC dell'11 luglio 2002 sulla disciplina dell'elenco degli agenti in attività finanziaria, chi viene stabilmente incaricato da uno o più intermediari finanziari di promuovere e concludere contratti senza disporre di autonomia nella fissazione dei prezzi e delle altre condizioni contrattuali.

La nozione di intermediario del credito fornita dal legislatore comunitario è più estesa e regolamenta anche l'attività dei cc.dd. *dealers* (convenzionati).

⁴⁶ Occorre precisare che l'art. 7 della direttiva esclude che gli obblighi di informazione precontrattuale dettati dagli artt. 5 e 6 possano applicarsi anche ai fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio. Ciò comunque non esonera i creditori dall'assicurare che il consumatore riceva le informazioni precontrattuali contemplate in tali articoli.

ne ai contratti di credito già in essere alla data di entrata in vigore delle misure nazionali di attuazione ⁴⁷.

3.2.4. Rapporti tra l'ambito di applicazione della direttiva e il principio dell'armonizzazione massima

A chiusura di quanto sin qui detto, va chiarito che il principio dell'armonizzazione massima vale solo per le fattispecie rientranti nell'ambito applicativo della direttiva e che, allo stesso tempo, non esprime un vincolo a non estendere l'ambito applicativo della normativa comunitaria oltre i confini da essa stessa stabiliti.

Pertanto, nulla vieta agli Stati membri di estendere la normativa di protezione del consumatore anche a fattispecie che sarebbero rimaste escluse a norma dell'art. 2, 2° comma. Lo stesso considerando n. 10 soccorre a precisare che le definizioni contenute nella direttiva fissano la portata dell'armonizzazione ma non escludono che la stessa disciplina possa essere resa applicabile al di là dei limiti che le medesime definizioni hanno posto. Di conseguenza, uno Stato membro potrebbe mantenere o introdurre norme nazionali conformi alla direttiva, o a talune disposizioni di quest'ultima, per disciplinare fattispecie che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva. Il considerando riporta anche l'esempio dei contratti di credito per importi inferiori a € 200 o superiori a € 75.000, per i quali ben potrebbe il legislatore nazionale prevedere l'applicazione di alcune o tutte le norme della direttiva. Inoltre, gli Stati membri potrebbero anche applicare le disposizioni della direttiva ai crediti collegati che non rientrano nella definizione di contratto collegato contenuta all'art. 15 e destinati solo parzialmente a finanziare un contratto riguardante la fornitura di merci o la prestazione di servizi.

Allo stesso modo potrebbe estendere la portata delle norme sino a ricomprendere contratti conclusi da soggetti che non rientrerebbero nella

⁴⁷ La stessa norma prevede tuttavia che gli articoli 11, 12, 13, 17, 18, 1° comma, seconda frase, e 18, 2° comma, siano applicati anche ai contratti di credito a durata indeterminata in corso alla data di entrata in vigore delle misure nazionali di attuazione.

definizione di consumatore o che concludono l'accordo per finalità promiscue.

Di più. Bisogna infatti prendere atto che la direttiva non detta una disciplina per qualsiasi ipotesi che potrebbe verificarsi nel corso del rapporto contrattuale né intende delineare un *corpus* normativo completo e autosufficiente⁴⁸. Si tratta pertanto di un provvedimento che reca una disciplina parziale e volutamente non esaustiva delle fattispecie negoziali cui è destinato a trovare applicazione⁴⁹. È evidente che alcune questioni non sono state affrontate per nulla e che pertanto legiferare su di esse rimane nella disponibilità degli Stati membri. Come chiaramente enunciato dal considerando n. 9, una “piena” armonizzazione dovrebbe essere applicata soltanto nelle materie armonizzate e laddove invece tali disposizioni armonizzate mancassero, gli Stati membri restano liberi di mantenere o introdurre norme nazionali.

La lacunosità si rinviene tuttavia anche in fattispecie disciplinate dalla direttiva, laddove esse non recano una completa definizione di tutti i profili e di tutte le conseguenze derivanti dalla loro applicazione. Anche per tali ipotesi dunque sarà rimesso agli Stati membri di determinare come meglio credono gli effetti giuridici della normativa comunitaria

⁴⁸ È proprio l'art. 1 della direttiva, enunciandone l'oggetto, a chiarire che il legislatore comunitario ha inteso armonizzare solo «*taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti di credito ai consumatori*».

⁴⁹ In questi termini G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti di credito ai consumatori”*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, p. 267.

3.3. I nuovi obblighi informativi, dalla fase precontrattuale all'esecuzione del rapporto

Tutto l'apparato di norme dedicate agli obblighi informativi pubblicitari e precontrattuali risulta significativamente ampliato dalla nuova direttiva ⁵⁰. Ciò per un duplice ordine di ragioni: da un alto, infatti, si è dovuto tener conto dei cambiamenti registrati dal mercato che ha visto sviluppare nuove forme e modalità operative; dall'altro, invece, sempre nell'ottica del adottato principio di massima armonizzazione, si è dovuto tenere conto del livello di tutela raggiunto dalle legislazioni di molti Stati membri che, altrimenti, non avrebbero accettato un testo peggiorativo della tutela attualmente accordata ai propri consumatori.

In generale, sembra interessante notare come gli obblighi informativi introdotti o ribaditi dalla direttiva 08/48/CE siano naturalmente posti a carico del creditore-professionista, ma anche dell'intermediario del credito ossia di quel soggetto che, nel quadro della propria attività professionale o imprenditoriale, presta a titolo oneroso un servizio di offerta e/o assistenza nella conclusione di un contratto di credito con il consumatore. Bisogna altresì evidenziare che, seppur espressi in modo molto generico, alcuni obblighi informativi sembrano sussistere anche in capo al consumatore al fine di consentire al creditore una completa e specifica analisi delle sue capacità di rimborso.

⁵⁰ Ciò in conformità a quanto premesso nel considerando n. 19 che ritiene opportuno, affinché i consumatori possano prendere le loro decisioni con piena cognizione di causa che essi «ricevano informazioni adeguate, che il consumatore possa portare con sé ed esaminare, prima della conclusione del contratto di credito, circa le condizioni e il costo del credito e le loro obbligazioni. Per assicurare la maggiore trasparenza possibile e per consentire il raffronto tra le offerte, tali informazioni dovrebbero comprendere, in particolare, il tasso annuo effettivo globale relativo al credito, determinato nello stesso modo in tutta la Comunità. Poiché nella fase precontrattuale il tasso annuo effettivo globale può essere indicato soltanto tramite un esempio, quest'ultimo dovrebbe essere rappresentativo. Pertanto, esso dovrebbe corrispondere, per esempio, alla durata media e all'importo totale del credito concesso per il tipo di contratto di credito considerato e, eventualmente, alle merci acquistate. Nel determinare l'esempio rappresentativo, si dovrebbe prendere in considerazione anche la frequenza di certi tipi di contratto di credito in uno specifico mercato. Riguardo al tasso debitore, alla frequenza dei pagamenti rateali e alla capitalizzazione degli interessi, i creditori dovrebbero utilizzare il loro abituale metodo di calcolo per il credito al consumo in questione».

3.3.1. Le informazioni pubblicitarie di base (art. 4)

Passando ad esaminare le singole disposizioni che definiscono gli obblighi in esame, le prime ad entrare in gioco, secondo una condivisibile scansione sistematica, sono quelle inerenti alla fase pubblicitaria e promozionale dell'offerta di credito. Va subito chiarito che, anche per il settore del credito al consumo, qualsiasi forma di pubblicità resta innanzitutto soggetta – cfr. l'ultimo comma dell'art. 4 della direttiva – all'applicazione della direttiva 2005/29/CE e, quindi, alla normativa sulle pratiche commerciali scorrette, oggi recepita nel nostro ordinamento agli artt. 18 - 27^{quater} del codice del consumo. Tale normativa troverà dunque generale applicazione per tutte le comunicazioni pubblicitarie relative a contratti di credito assieme a quella sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

Una disciplina peculiare, che quindi introduce un regime “ulteriore” e più elevato di informazioni, è prevista solo per quelle comunicazioni pubblicitarie che recano l'indicazione del tasso d'interesse, o di qualsiasi altro dato idoneo a rappresentare il costo del credito a carico del consumatore. Quest'ultime, infatti, devono contenere determinate “informazioni di base”⁵¹ finalizzate a rendere più completi termini economici dell'operazione di finanziamento. A questo primo livello di contatto fra il professionista e il consumatore il vero obiettivo del legislatore comunitario sembra tuttavia essere quello di evitare che il messaggio pubblicitario possa risultare ingannevole. Si vuole dunque evitare che l'uso (o l'abuso) di determinati slogan possa fuorviare il destinatario del messaggio circa gli effettivi costi dell'operazione pubblicizzata più che rendere informativo il messaggio rispetto a tutti gli elementi del negozio, ivi inclusi quelli normativi del rapporto. Troppo spesso, infatti, il consumatore è attratto da prodotti di largo consumo offerti mediante il pagamento di rate mensile di importo esiguo. E viene così indotto a pensare che tale cifra possa rappresentare una spesa facilmente sostenibile senza interrogarsi, ad esempio,

⁵¹ Il medesimo art. 4 prevede tuttavia una deroga per quegli Stati membri in cui la legislazione nazionale richiede l'indicazione del TAEG anche per quella pubblicità, relativa a contratti di credito, che non esprima un tasso d'interesse né qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito al consumatore ai sensi del primo comma.

sulla durata del vincolo che gli viene proposto. In un'ottica concorrenziale risulta poi impossibile paragonare due offerte che riportano solo l'importo di una singola rata, ma non il loro numero e la durata del contratto (per non parlare di altri importanti elementi idonei a variare sensibilmente i costi). La completa indicazione degli elementi di costo dell'operazione è volta quindi ad evitare tale rischio.

Il legislatore comunitario ha pertanto rimesso al creditore la scelta di segnalare, o meno, il contenuto economico dell'operazione offerta. Ma, in caso affermativo, ha prescritto che tali forme pubblicitarie contengano anche altre informazioni così da rendere effettivamente completa l'informazione sul costo totale del contratto di credito ed evitare il carattere ingannevole di certe comunicazioni. In particolare, ed è il 2° comma dell'art. 4 a specificarlo, nei contratti che indicano il tasso d'interesse o altro dato rappresentativo del costo del credito, devono essere fornite le seguenti informazioni: (a) il tasso debitore, fisso o variabile, corredato di informazioni relative alle spese comprese nel costo totale del credito al consumatore; (b) l'importo totale del credito; (c) il TAEG⁵²; (d) se del caso, la durata del contratto di credito; (e) in caso di credito sotto forma di dilazione di pagamento per una data merce o un dato servizio, il prezzo in contanti e nell'importo degli eventuali pagamenti anticipati; (f) se del caso, l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare e l'importo delle singole rate. Si tratta dunque di elementi utili sia per consentire un confronto tra l'acquisto di un bene in contanti e quello attraverso il ricorso ad un finanziamento, sia per evidenziare il costo effettivo dell'operazione pubblicizzata e, di conseguenza, il costo del credito e l'impegno finanziario richiesto.

Da un punto di vista generale e redazionale, è inoltre previsto che tali informazioni debbano essere espresse in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata, nonché attraverso l'impiego di un esempio rap-

⁵² Tuttavia, in caso di contratto di credito ai sensi dell'art. 2, 3° comma, della direttiva – ossia di contratti di credito nella forma di concessione di scoperto da rimborsarsi su richiesta o entro tre mesi – gli Stati membri possono decidere che non sia necessario fornire il tasso annuo effettivo globale.

presentativo. Tale prescrizione relativa alle modalità di comunicazione dei dati economici risulta complementare alla precedente perché impone di valutare in modo “sostanziale” l’effettivo assolvimento dell’obbligo informativo. Non è infatti sufficiente che vi sia una comunicazione al consumatore delle informazioni prescritte in quanto ciò condurrebbe ad una visione del problema da un punto di vista meramente formale. Se si ritiene importante che il consumatore siano fornite determinate informazioni, è all’efficacia di tale messaggio che occorre guardare. E pertanto attraverso i requisiti della chiarezza, della brevità e della forma grafica evidenziata si vuole raggiungere tale obiettivo.

Attualmente l’esperienza ci dimostra come la comunicazione del TAEG rappresenti un adempimento del tutto apparente delle disposizioni legislative vigenti. Abbiamo infatti presenti i manifesti pubblicitari che riportano, con allettanti caratteri colorati, tassi d’interesse incredibilmente bassi o addirittura nulli, e che, in fondo in fondo, con tipi di stampa incredibilmente minuti riportano le prescrizioni di legge in modo affastellato e confuso; oppure le reclame televisive o radiofoniche al cui termine vengono recitate in modo comicamente accelerato e monocorde le prescrizioni di legge. Ecco allora che i tre requisiti in esame, attraverso l’impiego di clausole generali ed elastiche, introducono dei canoni che devono essere intesi e finalizzati a smantellare la vacuità di un adempimento ad oggi assolto in modo meramente formale e a fondare un nuovo standard comunicativo in cui effettivamente venga presa in considerazione l’efficacia del messaggio.

Da ultimo, il 3° comma prevede che, ove siano previsti dei servizi accessori e ove questi siano tuttavia obbligatori per la conclusione del contratto di credito (si tratta, ad esempio, di contratti d’assicurazione sul rischio d’insolvenza del consumatore al verificarsi di determinati eventi), il relativo costo debba essere necessariamente inserito nel computo del TAEG. È evidente che tale norma mira a rendere trasparente il costo del

servizio accessorio, posto che esso potrebbe rappresentare un importo significativo rispetto al totale ⁵³.

Qualora il costo accessorio non sia quantificabile in via anticipata e generale (e quindi non sia possibile inserirlo nel calcolo del TAEG), la direttiva impone che, assieme al tasso effettivo annuo globale, venga indicata in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata l'obbligatorietà di concludere anche tale servizio. Difatti, proseguendo con l'esempio del contratto assicurativo, è facile intuire che il costo del premio da pagare può variare a seconda della solidità economica che il singolo consumatore è in grado di offrire e che, quindi, è difficile predeterminarlo in un annuncio rivolto ad un pubblico generalizzato. Se ciò pertanto può giustificare l'esclusione di tale voce di costo dal computo del TAEG, si rende necessario che venga segnalata l'obbligatorietà della conclusione del servizio accessorio.

Piuttosto, molta attenzione dovrà essere prestata sul presupposto per l'applicazione di tale disciplina, ossia l'obbligatoria del servizio accessorio. Per sfuggire all'obbligo di *disclosure* il professionista potrebbe infatti prevedere un obbligo non generale, ma applicabile solo in casi specifici. In tale ipotesi, la disposizione andrà interpretata in modo conforme alla sua *ratio*. Pertanto, l'obbligatorietà del servizio accessorio potrebbe essere accertata non solo a fronte di una prescrizione esplicita, ma anche attraverso un riscontro fattuale, ossia dimostrando che essa viene richiesta alla maggioranza dei soggetti che richiedono il finanziamento ⁵⁴.

3.3.2. Gli obblighi informativi precontrattuali (artt. 5, 6 e 7)

Gli obblighi precontrattuali riguardano invece quelle informazioni che devono essere fornite nel momento che precede la conclusione del contratto di credito. Più precisamente, l'art. 5 della direttiva prescrive che il

⁵³ H.W. MICKLITZ-N. REICH-P. ROTT, *Understanding EU consumer law*, Anversa, 2009, p. 193.

⁵⁴ H.W. MICKLITZ-N. REICH-P. ROTT, *Understanding EU consumer law*, Anversa, 2009, p. 193.

creditore (o l'intermediario del credito) consegnino tali informazioni al consumatore «*in tempo utile*», e quindi certamente prima che egli sia vincolato dal contratto o da un'offerta, tramite un «*supporto cartaceo o su altro supporto durevole*»⁵⁵.

La finalità è evidente ed è esplicitata all'interno dello stesso 1° comma dell'art. 5, dove si precisa che devono essere fornite le informazioni necessarie per raffrontare le varie offerte e per consentire quindi l'adozione di una scelta di consumo consapevole. Preso atto dello scopo dichiarato della norma, sembra quindi che le stesse modalità precedentemente descritte debbano adeguarsi in concreto al fine di consentire una scelta consapevole ed economicamente razionale da parte del consumatore. È evidente allora che la consegna delle informazioni su supporto durevole consente di puntualizzare i contenuti economici della proposta in modo irreversibile e di dare un supporto tangibile con cui poter confrontare le diverse offerte. La valutazione circa la congruità del tempo della comunicazione è invece più difficile, posto che esso è previsto in favore del consumatore ma che dallo stesso sembra essere disponibile, non essendo imposto, come in alcuni ordinamenti, un termine iniziale obbligatorio differito, così da garantire un periodo minimo di riflessione.

Venendo al dettaglio, le informazioni che il creditore deve comunicare, espresse attraverso diciannove canoni, riguardano: (a) il tipo di credito; (b) l'identità e l'indirizzo geografico del creditore e, se del caso, dell'intermediario; (c) l'importo totale del credito e le condizioni di prelie-

⁵⁵ La definizione di "supporto durevole" è contenuta alla lett. m. dell'art. 3 e riproduce la formula già adottata dalla direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione dei servizi finanziari a distanza, oggi contenuta all'art. 67 *ter* lett. f. del Codice del consumo (e ripresa anche dall'art. 4, 2° comma, del d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170 attuativo della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria). Per "supporto durevole" deve quindi intendersi «ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

Come chiarito dal considerando n. 20 della direttiva 2002/65/CE i "supporti durevoli" comprendono in particolare i dischetti informatici, i CD-ROM, i DVD e «il disco fisso del computer del consumatore che tiene in memoria messaggi di posta elettronica, ma non comprendono i siti Internet tranne quelli che soddisfino i criteri di cui alla definizione di supporto durevole».

vo; (d) la durata del contratto di credito; (e) in caso di contratti di credito finalizzati, la merce o servizio e il relativo prezzo in contanti; (f) il tasso debitore, le condizioni che ne disciplinano l'applicazione e, se disponibile, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso debitore iniziale, nonché i periodi, le condizioni e la procedura di modifica del tasso debitore; (g) il TAEG e l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare, illustrati mediante un esempio rappresentativo; (h) l'importo, il numero e la periodicità dei pagamenti che il consumatore deve effettuare; (i) se del caso, le spese di gestione di uno o più conti su cui sono registrate le operazioni di pagamento e i prelievi; (j) se del caso, l'esistenza di spese che il consumatore è tenuto a pagare al notaio all'atto della conclusione del contratto di credito; (k) l'obbligo di ricorrere a un contratto avente ad oggetto il servizio accessorio, in particolare una polizza assicurativa; (l) il tasso degli interessi in caso di ritardi di pagamento e le penali per inadempimento; (m) un avvertimento relativo alle conseguenze dei mancati pagamenti; (n) se del caso, le garanzie richieste; (o) l'esistenza o l'assenza del diritto di recesso; (p) il diritto al rimborso anticipato e, se del caso, le informazioni sul diritto del creditore a ottenere un indennizzo; (q) il diritto del consumatore a essere informato immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione di una banca dati ai fini della valutazione del merito creditizio; (r) il diritto del consumatore a ricevere gratuitamente, su richiesta, copia della bozza del contratto di credito; (s) se del caso, il periodo di tempo per il quale il creditore è vincolato dalle informazioni precontrattuali.

Il numero di informazioni da comunicare è dunque molto numeroso: un livello di dettaglio simile non era presente nella precedente legislazione comunitaria e lascia dubitare che il consumatore sappia comprendere ed elaborare così tante informazioni. Per ovviare sia alla difficoltà per gli operatori del settore di essere certi che la comunicazione di tali informazioni sia avvenuta in modo corretto, sia alla complessità per i consumatori di decifrare una tale quantità di dati, la direttiva ha ideato una sorta di presunzione di conformità della comunicazione qualora essa

venga fornita adottando un modulo predefinito, che si trova in appendice alla direttiva stessa e che viene denominato “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori”. Tale strumento dovrebbe agevolare il professionista, che dall’adozione del modulo standard ottiene la certezza di aver assolto gli incombeni necessari, e allo stesso tempo il consumatore, che altrimenti rischia di essere travolto da un volume eccessivo d’informazioni. L’adozione di un modulo prestrutturato, infatti, dovrebbe consentire una più agile comparazione tra le diverse offerte. Tant’è che per evitare il verificarsi di un sovraccarico informativo la direttiva prevede che eventuali informazioni ulteriori rispetto a quelle enunciate nei canoni di cui sopra dovranno essere fornite su un modulo distinto, in modo da evitare sovrapposizioni e confusione, e che tale modello potrà essere “allegato” al modulo relativo alle “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori”. Tutto il contenuto informativo ulteriore, che con ogni probabilità avrà carattere marcatamente promozionale, dovrà dunque essere mantenuto distinto per evitare quel c.d. *overloading* informativo che vanificherebbe l’intento di livellare le asimmetrie informative. Tra le informazioni opzionali che potrebbero essere fornite dal creditore, particolare utilità potrebbero avere quelle connesse ad oggettivi elementi valutazionali e reputazionali del creditore stesso.

Si assiste quindi ad un ulteriore intervento finalizzato alla standardizzazione sul mercato europeo. Non è tuttavia un tentativo di armonizzazione delle norme applicabili quanto piuttosto della prassi operativa e del *drafting* contrattuale, che ad ogni modo risulta essere facoltativo a scelta de professionista.

L’art. 5, ai commi 2° e 3°, prevede il caso in cui il contratto di credito venga concluso attraverso modalità che rendono particolare difficoltoso adempiere agli obblighi informativi prescritti. Si tratta dell’ipotesi di contratti telefonici relativi alla commercializzazione di servizi finanziari ai consumatori⁵⁶ e, più in generale, di contratti conclusi su richiesta del

⁵⁶ Cfr. direttiva 65/2002/CE.

consumatore con mezzi di comunicazione a distanza che non consentono di fornire le indicazioni di prescritte. Nel primo caso si limita l'obbligo informativo ai soli elementi indicati alle lettere c), d), e), f) e h) e, parzialmente, alla lettera g). Nel secondo il creditore è tenuto a fornire al consumatore tutte le informazioni precontrattuali utilizzando il modulo riguardante le Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori immediatamente dopo la conclusione del contratto di credito.

In ogni caso, il consumatore ha diritto ad ottenere dal professionista una copia del contratto di credito offerto fintanto che il medesimo professionista è disponibile a procedere alla conclusione di tale contratto. Tale obbligo non sorge automaticamente, ma solo a seguito dell'esplicita richiesta fattane dal consumatore che, in tal caso, non è tenuto a sopportare alcuna spesa stante la necessaria gratuità della consegna della bozza contrattuale.

La direttiva non specifica le conseguenze connesse alla violazione degli obblighi informativi⁵⁷. Va comunque rimarcato che la massima armonizzazione non preclude l'applicazione della normativa nazionale sulla formazione del contratto e sugli obblighi gravanti sulle parti nella fase delle trattative. È ovvio quindi che i contratti di credito al consumo restano sottoposti, ove non derogate da una norma di carattere speciale, alle norme comuni del diritto contrattuale e quindi anche all'art. 1337 cod.civ.

Occorre tuttavia una precisazione. Tradizionalmente, infatti, la dottrina italiana ha sempre sostenuto l'autonomia delle regole di validità rispetto alle regole di comportamento, escludendo che il sistema delle invalidità negoziali potesse essere integrato da invalidità derivanti dalla violazione del principio di buona fede. Ha perciò ritenuto che il comportamento contrario alla buona fede oggettiva precontrattuale fosse sanzionabile attraverso il solo rimedio risarcitorio e non anche attraverso

⁵⁷ Pur trattandosi di una caratteristica comune ad altri testi normativi di derivazione comunitaria, va segnalato che tale scelta non appare apprezzabile. Molto più efficace è invece la previsione espressa di un rimedio civilistico, così come avvenuto con la direttiva sulle 93/13/CEE che ha sanzionato con l'inefficacia – poi tradotta sub specie di nullità di protezione – le clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori.

l'invalidità dell'atto⁵⁸. Di conseguenza, sia nel caso in cui si addivenga alla conclusione del contratto, sia nel caso contrario, il danno sarebbe risarcibile nei limiti dell'interesse negativo, ossia nei limiti dell'interesse alla non conclusione del contratto.

L'introduzione nel sistema interno del nuovo diritto contrattuale di derivazione europea – *in primis* con la direttiva sulle clausole abusive e poi con le altre direttive settoriali – ha messo in crisi il principio di autonomia tra regole di comportamento e regole di validità. Il neoformalismo negoziale, dovuto all'esigenza di realizzare l'obiettivo della trasparenza del contratto e della concorrenzialità del mercato, ha determinato un'interferenza tra regole di comportamento e regole di validità, con la conseguenza che la violazione della buona fede precontrattuale è venuta sovente ad incidere sulla validità del contratto, anche perché la tradizionale categoria dei vizi del consenso, infatti, non è più ritenuta sufficiente a tutelare i contraenti deboli di fronte all'evoluzione del mercato⁵⁹.

⁵⁸ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 105 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, 171, secondo il quale «la contravvenzione al principio di buona fede esplica la sua influenza in altre maniere, obbligando al risarcimento dei danni, o riflettendosi sull'interpretazione o sull'esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità»; CARRARO, *Fraus omnia corrumpit*, in *Riv. trim.*, 1949, p. 797, secondo cui «il legislatore ignora la frode come causa generale di invalidità»; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 e ss., il quale afferma che «in nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro ordinamento civile, la violazione della buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni». Occorre rilevare, tuttavia, che parte della dottrina si discosta da tale orientamento tradizionale, in quanto è più propensa a ritenere superato il principio di autonomia tra regole di comportamento e regole di validità: in tal senso v. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è dunque un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, 21 ss.; DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 586, la quale sostiene che «...l'interferenza tra regole di comportamento e responsabilità da un lato e regole di validità dall'altro è presente nel codice e nella giurisprudenza», ma tale distinzione è «solo dottrinale»; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, 417 ss.; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 41.

⁵⁹ R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (Prime note sul «neoformalismo» negoziale)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, I, 1990, p. 777, il quale afferma che la forma acquista oggi una «valenza particolare nei contratti di massa, perché il mercato “non vuole emozionalità”, e solo l'esistenza di forme contrattuali fisse e “standardizzate” può valere a dare sicurezza al ceto commerciale». Critico nei confronti di tale nuova tendenza, D'Amico sostiene che il problema delle asimmetrie informative si ponga diversamente nel sistema del codice e nella nuova legislazione sui contratti: nel primo, infatti, lo squilibrio

Alla luce di quanto appena detto, la dottrina ha individuato e proposto dei rimedi aggiuntivi a quelli tradizionali, volti a rafforzare la tutela degli interessi individuali dei consumatori⁶⁰. Oltre allo strumento del

informativo tra le parti si colloca all'interno di un "ambiente informato", per cui la disciplina in materia di vizi del consenso "interviene a protezione della "devianza" individuale rispetto ad una situazione sociale che presuppone viceversa un circuito informativo relativamente efficiente" (in tal senso anche A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, II, op. cit., 509 ss., secondo cui "l'asimmetria informativa tra i due contraenti non dipende da un "deficit" informativo di un contraente rispetto al livello socialmente normale, bensì da un surplus informativo di cui gode il contraente il quale abbia sostenuto dei costi per avere informazioni che non sono alla portata di tutti e che l'altra parte ignora"); D'Amico ritiene che l'intervento comunitario, invece, miri ad aggredire il fenomeno sociale del fallimento del mercato dovuto alla carenza del circuito informativo e alle conseguenti asimmetrie e conclude sostenendo che "attuare una radicale trasfusione del diritto speciale contrattuale di fonte comunitaria nel diritto comune contrattuale presente nel codice civile è soluzione in cui si annida una visione «distorta e distortente»...appare più convincente una risposta «articolata», che non confonda i problemi specifici e gli altrettanti specifici rimedi che interessano i c.d. «mercati finali» (i mercati dominati dalla presenza dei «consumatori») con i ben diversi problemi che si pongono in relazioni economiche...che restano...«fuori del mercato» (e che possono continuare ad essere retti dalle regole «generali» - se pur ormai, sotto il profilo quantitativo «residuali» - del codice civile" (D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, op. cit., 45 ss.): al riguardo, Mengoni sostiene che "la legislazione speciale sulla protezione del consumatore è destinata ad incidere profondamente sugli assetti del nostro ordinamento privatistico, mettendo in questione la stessa direttiva fondamentale della codificazione del 1942, ossia l'unificazione del diritto privato" (L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, op. cit., 17). In merito, Jannarelli afferma che "la differenza più significativa tra la nuova disciplina di fonte comunitaria rispetto alla regolamentazione generale dei contratti presente nel nostro codice civile è che quest'ultima costituisce prevalentemente espressione di una compiuta regolamentazione giuridica di un mercato che si presuppone già strutturato. Viceversa la recente disciplina di fonte comunitaria presenta una più marcata connotazione dinamica; essa non è volta semplicemente a governare il mercato già esistente, bensì a favorirne la strutturazione e la conservazione» e aggiunge che «attraverso questa strada, la riduzione delle asimmetrie informative esistenti...si realizza mediante la semplice uniformizzazione delle informazioni che in sede di contrattazione deve essere inderogabilmente assicurata dalla parte contraente "informata" rispetto a quella più sprovvista» (JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, op. cit., 509 ss.).

⁶⁰ AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, op. cit., 133 ss., è critico nei confronti della posizione del legislatore tendente a garantire, più che la tutela individuale, la tutela collettiva dei consumatori. G. ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, op. cit., 851, individua tre soluzioni per il caso di mancanza, o inesattezza, delle informazioni precontrattuali: "1) poiché la disciplina prevede il rimedio del recesso, questo è l'unico rimedio esperibile; 2) poiché la disciplina intende rafforzare la protezione contrattuale del consumatore, il recesso è un rimedio aggiuntivo, sicché sono esperibili i rimedi ordinari di natura contrattuale (risoluzione per inadempimento di un obbligo ex lege, con risarcimento del danno se provato); 3) poiché le informazioni debbono essere fornite al consumatore nella fase precontrattuale, rimane esperibile il rimedio della responsabilità delle trattative"; MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, (commento al D. Lgs. 15 gennaio 1992, n. 50), op. cit., 60, il quale è favorevole alla soluzione di cui al

risarcimento del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale o contrattuale, subito dal consumatore a causa della mancata o inesatta conoscenza delle informazioni stabilite dal legislatore ⁶¹, sono stati suggeriti dei rimedi che incidono sulla struttura del contratto e, in particolare, sulla sua validità. Infatti, se l'inosservanza dell'obbligo di informazione si riflette sugli elementi essenziali dell'oggetto del contratto, in quanto questi vengono omessi, o risultano erronei o insufficienti, si configura un'ipotesi di nullità

precedente punto 3), a cui non può ostare "l'opinione, comune alla giurisprudenza ed alla dottrina dominante, che vuole la responsabilità precontrattuale riservata alla ipotesi di mancata conclusione del contratto, restando superati gli eventuali comportamenti censurabili, tenuti durante la fase delle trattative, dal regolamento negoziale pattuito tra le parti. A prescindere dalle critiche opposte a tale opinione, resta il fatto che l'ipotesi in esame costituisce la previsione di un comportamento legalmente dovuto durante la fase delle trattative, e che, pertanto, ove risulti che dalla sua omissione sia derivata la difficoltà o l'impossibilità di esercizio del diritto di recesso, ne conseguirà un'ipotesi di danno risarcibile, indipendentemente dal fatto che il contratto risulti validamente concluso, ed anzi proprio in conseguenza di tale validità"; LOBUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive, (vendite stipulate fuori dei locali commerciali nel diritto italiano ed europeo)* (a cura di A. JANNARELLI), Napoli, 1995, p. 137, riconduce gli obblighi di informazione nel novero dei cd. obblighi di protezione; pertanto, tali informazioni precontrattuali caratterizzano il regolamento del contratto validamente concluso ed integrano il contenuto del rapporto obbligatorio, sicché il loro inadempimento comporta il configurarsi della responsabilità contrattuale (sugli obblighi di protezione si veda, *ex multis*, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177 e ss.; critico nei confronti del riconoscimento della categoria degli obblighi di protezione è NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 14 e ss.).

⁶¹ DE MARZO, *I contratti a distanza*, op. cit., 17 e ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998, *passim*, che riconduce la *culpa in contrahendo* nell'ambito della responsabilità extracontrattuale; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 356 e ss., secondo cui la responsabilità precontrattuale ha natura contrattuale; GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, *passim*; LOBUONO, *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive, (vendite stipulate fuori dei locali commerciali nel diritto italiano ed europeo)* (a cura di A. JANNARELLI), Napoli, 1995, p. 140 e ss., afferma che il consumatore, posto nell'impossibilità di recedere, potrà difficilmente far valere un danno in giudizio, in quanto "egli avrà normalmente conseguito il bene o ricevuto il servizio oggetto del contratto. Appare evidente, infatti, che qualora l'operatore commerciale abbia regolarmente adempiuto la prestazione contrattuale ovvero ne abbia regolarmente avviato l'adempimento, la sfera patrimoniale del consumatore non potrà ritenersi pregiudicata dall'avvenuto pagamento, totale o parziale, del corrispettivo contrattuale, dall'assunzione del corrispettivo obbligo. Nella normalità dei casi, quindi, il ricorso all'azione di responsabilità, sia essa di natura contrattuale o precontrattuale, risulterà oggettivamente impraticabile, in considerazione della mancanza di un suo elemento costitutivo".

del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1418 e 1346 cod.civ. ⁶².

La mancata o inesatta comunicazione delle informazioni precontrattuali potrà, altresì, integrare i presupposti del dolo determinante e condurre all'annullamento del contratto, ai sensi dell'art. 1439 cod.civ., qualora si dimostrino gli artifici e raggiri che hanno tratto in errore il consumatore, inducendolo alla stipula del contratto a distanza ⁶³. Tuttavia, parte della dottrina ritiene che l'invalidità del contratto sia un rimedio estremo, forse anche poco utile al consumatore che potrebbe essere interessato alla sopravvivenza del contratto, e pertanto da sostituire con strumenti più idonei ⁶⁴. Pertanto, l'inadempimento degli obblighi informativi verrebbe a

⁶² VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, op. cit., 1998, 395 e ss., la quale, a pag. 378, rileva che l'inadempimento degli obblighi di informazione non può dare luogo al solo rimedio del recesso “*almeno psicologicamente reso più arduo dalla difficoltà (anche solo teorica) di recupero del prezzo*”, tanto più in un sistema “*fondato prevalentemente su transazioni di non notevole entità, per cui la tutela viene azionata con scarsa frequenza proprio per lo squilibrato rapporto tra entità della controversia ed onerosità degli strumenti...Qualsiasi analisi dei repertori di giurisprudenza rileva che, per le questioni su oggettive carenze, ambiguità emergono soltanto nelle ipotesi di clienti particolarmente ostinati che valorizzano la esclusiva questione di principio, disinteressandosi dei costi*”; l'Autore, inoltre, ritiene opportuno “*superare l'angustia della qualificazione degli obblighi informativi come obblighi precontrattuali, anche nel contesto più ampio che tende a minimizzare la contrapposizione della scelta tra natura contrattuale od extracontrattuale degli stessi*” e auspica l'introduzione della sanzione della nullità relativa, quantomeno per le carenze informative incidenti su elementi essenziali del contratto, quali prezzo, bene e garanzie. NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 308 e ss.; GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 602 e ss.; Id., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, 1333 e ss.; A. GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 747 e ss., sostiene, tuttavia, che, con gli obblighi informativi statuiti dal d.lgs. n. 185/1999 abr., si è voluto disciplinare il procedimento di formazione del contratto, piuttosto che il contenuto; di conseguenza, secondo l'Autore, non si applica la nullità di protezione per violazione degli obblighi informativi – in quanto non ricorre una violazione delle regole informative da parte del negozio ma da parte del negoziato – ma il rimedio dell'annullamento per dolo omissivo in violazione di un obbligo legale: infatti, con gli obblighi informativi del d.lgs n. 185/1999, si è disciplinato, non tanto un contenuto minimo del contratto (non, quindi, la struttura del contratto), quanto il procedimento di formazione.

⁶³ Cfr. DE MARZO, *I contratti a distanza*, op. cit., 17 e ss.

⁶⁴ Secondo ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, op. cit., 851, “*l'omissione delle informazioni, o la loro tardività implica la violazione di un obbligo imposto ex lege al fornitore...la violazione dell'obbligo ex lege non può dare luogo a nullità del contratto perché essa non è prevista esplicitamente; la previsione di una ipotesi specifica di nullità (quella prevista nel caso di comunicazioni telefoniche in cui non siano dichiarati, in modo inequivoco, l'identità del fornitore e lo scopo commerciale della telefonata, n.d.r.) implica, ex adverso, la*

incidere esclusivamente sull'efficacia delle condizioni contrattuali che non sono state comunicate dal creditore, o che sono state illustrate in modo errato o incompleto, ferma restando la validità del contratto nel suo complesso.

Va inoltre osservato che il consumatore non ha l'onere di informarsi sulle clausole contrattuali predisposte dal professionista ⁶⁵; di conseguenza, in deroga all'art. 1341, 1° comma, cod.civ., le clausole non conosciute dal consumatore, in tempo utile prima della conclusione del contratto, sono prive di efficacia, benché siano conoscibili usando l'ordinaria diligenza. Peraltro, l'omissione nell'informazione precontrattuale, non viene ad essere sanata qualora le informazioni non comunicate o fornite in modo errato o incompleto siano poi riportate, in modo corretto, nel documento contrattuale ⁶⁶.

3.3.3. L'indagine sul merito creditizio e l'accesso alle banche dati (artt. 8 e 9)

Traendo esempio dalle normative presenti in alcuni Stati membri, la Comunità ha voluto prevedere su scala europea delle norme con cui imporre a banche e finanziarie di agire con prudenza nella concessione di prestiti. Di agire insomma secondo la logica del "buon creditore", e ciò non solo nell'interesse dei consumatori, ma anche in quello delle imprese concorrenti le quali, a causa di nuovi finanziamenti, rischiano di veder diminuire la solvibilità dei loro clienti, qualora tali contratti siano accordati in circo-

validità dei contratti conclusi anche in assenza di informazione. D'altronde, se si applica il recesso dal contratto, questo rimedio presuppone che il contratto sia valido".

⁶⁵ MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, 113 e ss., secondo cui il consumatore non ha, neanche, l'onere di attivarsi per conoscere le clausole che il professionista abbia reso conoscibili; RICCI, *L'informazione del consumatore e l'inefficacia delle clausole occulte*, op. cit., 829 e ss. Al riguardo, si è identificato il diritto all'informazione con il diritto alla conoscenza (e non alla conoscibilità) delle condizioni contrattuali (RICCI, *Commento al Titolo III, Capo I, Sezione II, Contratti a distanza, sub art. 52*, in *Codice del consumo, Commentario*, op. cit., 399; L. ROSSI CARLEO, *Commento al Titolo II, Capo I, Disposizioni generali, sub art. 5*, in *Codice del consumo, Commentario*, op. cit., 125 e ss.).

⁶⁶ G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, op. cit., 1195 e ss., il quale è favorevole alla soluzione dell'inefficacia delle clausole a prescindere dall'affidamento riposto dal consumatore nel contenuto contrattuale difforme dalla reale volontà del professionista.

stanze che mettono a grave rischio la capacità del consumatore di ripagare i debiti assunti.

Innanzitutto la direttiva consacra il principio del “prestito responsabile” che pone a carico finanziatore l'obbligo di valutare il merito creditizio del cliente (consultando le banche dati centralizzate ed esaminando le risposte fornite dal consumatore), di verificare i dati forniti dagli intermediari del credito e di selezionare il tipo di credito da offrire. Non si tratta pertanto di un obbligo volto ad ottenere dei risultati, quale la solvibilità da parte del consumatore, ma di regole di prudenza che richiedono una valutazione empirica dalla capacità di rimborso e della tipologia di credito che meglio risponde alle esigenze del singolo specifico caso. Ciò deve avvenire sia attraverso la consultazione dell'esposizione già accumulata e delle pregresse difficoltà di rimborso del singolo consumatore, sia attraverso un'istruttoria che, anche attraverso modelli di *rating*, consenta di tracciare un profilo meritorio del cliente. Va preso atto che la nuova direttiva impone al finanziatore non solo di limitarsi ad adempiere ad obblighi di informazione, ma anche di fornire ulteriori informazioni affinché il consumatore possa prendere una decisione consapevole.

Parlare della responsabilità del finanziatore nell'erogazione del credito richiama dunque quello che è stato definito il “dilemma” del banchiere, il quale viene a trovarsi nella difficile scelta tra l'acquisizione di un potenziale cliente e il rischio di esporsi ad un'azione di responsabilità. Si possono infatti nutrire dubbi sul fatto che la valutazione da parte del creditore della solvibilità del consumatore possa essere neutra, considerando che egli è parte del contratto e che pertanto persegue gli interessi suoi propri. Ma, essendo in gioco la sua responsabilità contrattuale, egli sarà tenuto anche a una valutazione preventiva e prudenziale, come del resto già accade nel nostro ordinamento ⁶⁷.

⁶⁷ Sul punto si veda E. GRANATA, *Il fenomeno della concessione di credito*, in *Le Società*, 2007, p. 449 dove si evidenzia che la concessione dei crediti è tuttora soggetta ad un sistema di regole volte a garantire la gestione “sana e prudente” e, più in generale, la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario (art. 5 TUB). La Delibera CICR del 1996 e le Istruzioni della Banca d'Italia dettano inoltre specifici principi

Del pari, tale disposizione non solleva il consumatore dall'obbligo di agire con prudenza durante la ricerca di un contratto di credito e di rispettare gli obblighi informativi posti anche a suo carico. Il consumatore, per parte sua, è tenuto a rispondere alle richieste di dati finalizzate a valutare la sua capacità di credito cosicché il finanziatore, basandosi sulle informazioni fornite dal consumatore e sulle pervenute dalle “centrali rischi”, messo in condizione di poter valutare se concedere (o non concedere) il finanziamento ⁶⁸.

Accanto a questa valutazione del merito creditizio, la direttiva, pur abbandonando quell'ulteriore “obbligo di consulenza” che invece la propo-

sull'erogazione del credito, nell'ottica di coniugare la profittabilità dell'impresa con un'assunzione di rischi consapevole e compatibile con le condizioni economico-patrimoniali, nonché con una condotta dell'intermediario improntata a criteri di correttezza. Le banche infatti devono disporre di sistemi che consentano di identificare, misurare e controllare l'esposizione alle singole fattispecie di rischio, nonché di gestire l'esposizione complessiva, anche tenendo conto delle possibili correlazioni esistenti tra i diversi fattori di rischio. In relazione a ciò sono fissati adeguati limiti operativi, monitorati su base continua e sottoposti a periodiche revisioni. In particolare, l'intero processo riguardante il credito (istruttoria, erogazione, monitoraggio delle posizioni, revisione delle linee di credito, interventi in caso di anomalia) deve essere sottoposto periodicamente a verifica. Nella fase istruttoria le banche acquisiscono tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio del consumatore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale ed una corretta remunerazione del rischio assunto. Al fine di valutare, le banche utilizzano, anche nella successiva fase di monitoraggio, le informazioni fornite dalla Centrale dei Rischi. I principi generali che regolano il servizio di centralizzazione dei rischi sono previsti dalla Delibera CICR del 2004, assunta ai sensi dell'art. 53 del TUB, nonché dalle relative Istruzioni di vigilanza in materia. Le banche sono così tenute a comunicare mensilmente alla Centrale dei Rischi la propria esposizione creditizia verso ciascun cliente, qualora la stessa raggiunga o superi i previsti limiti di censimento. Sulla base delle segnalazioni ricevute, la predetta Centrale restituisce con la stessa periodicità un flusso di ritorno personalizzato per ogni intermediario, con il quale viene fornita la posizione globale di rischio nei confronti dell'intero sistema dei singoli clienti segnalati.

⁶⁸ La direttiva non parla più espressamente di “principio del prestito responsabile”, che era stato visto con preoccupazione dal mondo bancario e finanziario, poiché sembrava delineare un assetto contrattuale in cui il finanziatore non potesse più limitarsi a fornire un prodotto al consumatore, ma dovesse fornire un prodotto che fosse anche adeguato alla sua situazione economica: una situazione assimilabile a quella prevista dal Testo unico della finanza per la prestazione dei servizi di investimento (cfr. art. 21 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

Tale modifica registra l'evoluzione in senso riduttivo della proposta di direttiva. Sul punto, G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, Torino, 2002, 249 e ss. rileva come la vaghezza dei termini in cui l'obbligo del prestito responsabile è enunciato possa prestarsi sia a interpretazioni riduttive sia, all'opposto, a controversie strumentali.

sta della Commissione aveva delineato ⁶⁹, mantiene un generico invito agli Stati membri affinché questi ultimi, ex art. 5, 6° comma, garantiscano che il creditore fornisca al consumatore “assistenza e chiarimenti” in modo adeguato e tale da consentirgli una valutazione circa l’attitudine e la capacità del contratto di credito proposto a rispondere alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. Come ciò debba avvenire è lasciato definire agli Stati membri i quali possono adattare le modalità e la portata di tale obbligo, tenendo altresì conto del contesto, del destinatario e del tipo di credito offerto.

In ogni caso, dal combinato disposto delle disposizioni sopra richiamate, vengono ad essere precisati e ampliati i contenuti del principio di trasparenza e della clausola generale di buona fede, specificando i comportamenti che le parti sono tenute ad osservare nella fase delle trattative ⁷⁰. Così facendo si dà alla trasparenza contrattuale un significato che trascende la semplice chiarezza del messaggio e delle condizioni applicabili al rapporto negoziale e che incide profondamente sulla conclusione del contratto perché al principio di autonomia negoziale, secondo cui ogni contraente si raffigura l’interesse suo proprio, affianca un obbligo di tenere in debita considerazione anche l’interesse della controparte contrattuale.

⁶⁹ La direttiva ha invece abbandonato l’elaborazione di uno specifico obbligo di consulenza come era stato tracciato dall’art. 6 della proposta di direttiva del settembre 2002 (COM(2002) 443). Quest’ultimo consisteva nel «*cercare, tra i contratti di credito che essi offrono o per i quali intervengono abitualmente, il tipo e l’importo totale del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore, dei vantaggi e degli svantaggi inerenti al prodotto proposto e della finalità del credito*» (cfr. art. 6, 3° comma).

⁷⁰ Come correttamente evidenziato nel considerando n. 27, nonostante le informazioni precontrattuali fornite, il consumatore può ancora aver bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. Si prescrive pertanto, che «*gli Stati membri dovrebbero far sì che i creditori forniscano tale assistenza sui prodotti creditizi che offrono al consumatore. Ove opportuno, al consumatore dovrebbero essere spiegate in modo personalizzato tanto le pertinenti informazioni precontrattuali quanto le caratteristiche essenziali connesse con i prodotti offerti, affinché egli possa comprenderne i potenziali effetti sulla sua situazione economica. Se del caso, tale dovere di fornire assistenza al consumatore dovrebbe applicarsi anche agli intermediari del credito. Gli Stati membri dovrebbero poter stabilire in quale momento e in quale misura tali spiegazioni debbano essere fornite al consumatore, tenendo conto delle circostanze particolari in cui il credito è offerto, del bisogno di assistenza del consumatore e della natura dei singoli prodotti creditizi offerti*».

3.3.4. Finanziamento errato al consumatore: gli incerti confini del “prestito responsabile” e il suo significato minimo

C'è da chiedersi quali conseguenze possano ricondursi alle ipotesi di mancata assistenza al cliente o di omessa valutazione del merito creditizio. La direttiva, infatti, nulla dice per il caso in cui risultino violati tali obblighi. Di più: c'è da chiedersi se da una valutazione avente esito negativo derivi un vero e proprio divieto a concedere il prestito e in quale responsabilità incorra il finanziatore che ciononostante lo conceda o che addirittura “suggerisca” al consumatore le risposte necessarie per avere un responso favorevole. Poiché tali norme risultano fundamentalmente orientate ad evitare un eccessivo indebitamento, ci si interroga in particolare se la loro violazione possa avere dei riflessi sulla legittimazione stessa del creditore ad ottenere il recupero del somme anticipate al consumatore.

La direttiva non fornisce queste risposte, lasciando agli Stati membri la libertà di definire le opportune sanzioni, le quali dovranno però essere, *ex art. 23*, efficaci, proporzionate e dissuasive.

Volendo in ogni caso cercare una prima soluzione alle questioni appena richiamate, sembra utile comparare il modello sopra delineato con quello già vigente in materia di servizi di investimento, che richiede il rispetto del “principio dell'adeguatezza” fra le operazioni consigliate agli investitori, o effettuate per conto di essi, e il profilo di ciascun cliente (cfr. art. 21, 1° comma, del TUF), salve le diverse disposizioni espressamente impartite dall'investitore. Inoltre, qualora attraverso l'organizzazione interna non sia stato possibile prevenire il rischio di conflitti di interesse, il testo unico della finanza richiede di agire in modo da assicurare ai clienti trasparenza ed equo trattamento ⁷¹. In tale fattispecie, quindi, il legislatore disciplina l'organizzazione, per prevenire il pericolo, impone l'obbligo di

⁷¹ Sullo stesso tenore si attesta, scendendo anche nella normativa dettaglio, il Regolamento CONSOB di attuazione del TUF, concernente la disciplina degli intermediari. L'art. 27, rubricato “Conflitto di interessi”, prescrive, infatti, un obbligo di vigilanza sulle operazioni in conflitto ma le ammette qualora l'investitore sia stato informato sulla loro natura ed estensione e vi abbia acconsentito.

informare, per neutralizzare il medesimo pericolo o trasferirlo sul cliente, impone il risarcimento, se a ciò segue il verificarsi di un danno.

Dunque, la scelta in materia dei servizi di investimento è di dettare una serie di obblighi di condotta a carico del soggetto abilitato senza tuttavia vietare il compimento dell'operazione potenzialmente non adeguata o in conflitto d'interessi ⁷². La *ratio* risiede nella convinzione che l'adozione di un divieto paralizzerebbe, sempre in ambito finanziario, una rilevantissima percentuale di operazioni. Naturalmente, questa scelta comporta un sacrificio degli interessi dei clienti, sui quali viene addossato l'onere di provare il carattere non svantaggioso dell'operazione pur in presenza di situazioni di conflitto di interessi.

Nel settore del credito ai consumatori, sembra che oggi il problema vero non sia quello della poca trasparenza – almeno nel suo dato formale – quanto piuttosto quello del finanziamento eccessivo o dell'eccessiva onerosità delle operazioni di *refinancing*: il pericolo è perciò costituito dal sovra indebitamento. Gli obblighi di assistenza e la valutazione del merito creditizio introducono allora un freno alla libertà negoziale della controparte del consumatore. Essi, infatti, rappresentano regole che si pongono in antinomia rispetto al tradizionale principio, in ambito contrattuale, secondo cui contrattare significa curare, manifestando una corrispondente

⁷² Nelle diverse ipotesi di conflitto di interessi in materia contrattuale, sono stati adottati diversi modelli: quello della prevenzione dell'insorgenza di una situazione di conflitto e quello preventivo della trasparenza in situazione di conflitto; il modello del controllo successivo della rispondenza del risultato all'interesse e quello del divieto. Pertanto, come osservato da D. MAFFEIS, *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito ai consumatori*, in *I Contratti*, 2005, p. 16, il legislatore detta una disciplina che si articola in precetti, dalla cui violazione discende il rimedio impugnatorio e quello risarcitorio azionabili se il soggetto abilitato non informa o se, comunque, privilegia l'interesse in conflitto, così compiendo un'operazione non conforme all'interesse del cliente. Ma nessun rimedio impugnatorio spetta al cliente se, in situazione di conflitto di interessi, vi è stata informazione ed è stato tutelato il suo l'interesse, diversamente da quanto accade al rappresentato nel caso in cui il rappresentante volontario contratti con se stesso (art. 1395 cod.civ.) o nel caso in cui il rappresentante legale contratti in conflitto di interessi (artt. 320, 6° comma, 323, 347, 360, 378, 394, 4° comma, 396, 2° comma, 424 cod.civ.) o quando venga violato un divieto di acquistare (art. 1471 cod.civ.) o un divieto di cessione del credito (art. 1261 cod.civ.). In tutti questi casi si è in presenza di una situazione di conflitto di interessi ed il contratto è vietato e, se concluso, è nullo o annullabile indipendentemente da qualsiasi informativa o dalla circostanza che non sia stato inciso dall'interesse in conflitto.

volontà, l'interesse proprio, a prescindere dalla convenienza economica dell'affare per la controparte⁷³. Peculiare è la circostanza che per operazioni tipiche d'impresa, in quanto tali imprescindibilmente indirizzate al profitto, viene a porsi legislativamente un'articolata serie di rigide previsioni che sembrano rifarsi più propriamente agli obblighi nascenti da una prestazione di natura professionale⁷⁴. Pertanto il modello predisposto dal legislatore comunitario appare finalizzato ad assicurare la fiducia dei risparmiatori, inserendo un correttivo che si spera essere in grado di sopperire all'insufficienza di un mercato essenziale per l'economia⁷⁵.

Tali considerazioni dovrebbero poi condurre, sul piano dei rimedi, non tanto all'accertamento della nullità del contratto concluso in assenza di valutazione e assistenza⁷⁶ quanto alla risoluzione del medesimo per

⁷³ In questo senso ancora D. MAFFEIS, *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito ai consumatori*, in *I Contratti*, 2005, p. 17. Più in generale, L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 19 e R. SACCO, in *Il contratto (a cura di R. SACCO - G. DE NOVA)*, I, Torino, 2004, p. 17.

⁷⁴ Tant'è che, in materia di servizi di investimento, la giurisprudenza di merito ha riconosciuto che l'"obbligo di consulenza" non sarebbe distinto dall'analoga prestazione di consulenza che caratterizza l'attività di qualsivoglia altro professionista (medico, avvocato, notaio) che, ricevuto un incarico, non fornisca al richiedente quelle informazioni grazie alle quali lo stesso può operare una scelta consapevole (cfr. Trib. Taranto n. 2273/2004).

⁷⁵ Costituisce un dato acquisito che scopo della disciplina sia la tutela del mercato, prim'ancora che degli interessi dei singoli risparmiatori: per tutti G. ALPA, *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, I, p. 372; L. ENRIQUES, *Le tecniche di prevenzione del moral hazard risk nella normativa italiana in tema di intermediazione gestoria*, in *Banca impresa soc.*, 1996, p. 316.

⁷⁶ Seppur assunte in un diverso ambito normativo di riferimento, non può non accennarsi alle recenti sentenze n. 26724 e n. 26725 del 19 dicembre 2007 con cui le Sezioni Unite hanno giudicato le conseguenze rimediale della violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario. La Cassazione ha infatti precisato che tali violazioni possono dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di un'espressa previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento potrebbe invece determinare la nullità del contratto a norma dell'art. 1418 cod.civ.

Per un primo commento su tale pronuncia si v. V. Sangiovanni, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *I Contratti*, 2008, 221 e ss.; A.

inadempimento del finanziatore, con conseguente risarcimento del danno. La pretesa avrebbe quindi il fine non di invalidare il contratto (con conseguente restituzione dell'indebitato) ma di far valere il danno derivante da un contratto, in sé lecito e valido, ma concluso senza i necessari presupposti o a seguito di comportamenti scorretti. Pertanto, a meno di non voler considerare il principio sopra citato solo una statuizione di principio, priva di contenuto precettivo, il consumatore che ottenga un finanziamento eccessivo potrebbe far valere contro il finanziatore una responsabilità risarcitoria, a titolo di compensazione, con la quale (oltre a contestare commissioni ed interessi eventualmente applicati in modo scorretto) paralizzare in tutto o in parte la domanda di restituzione del capitale ricevuto mediante una contrapposta pretesa risarcitoria ⁷⁷.

3.3.5. Contenuto e forma del contratto di credito (artt. 10, 11 e 12)

Ferme tutte le riserve precedentemente espresse circa le scelte effettuate con riferimento alla disciplina sulle informazioni precontrattuali, la diret-

Gentili, Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite, in *I Contratti*, 2008, IV p. 393. Per i precedenti di legittimità v. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, ivi, 2006, I, 897 e ss.; in *Giur. it.*, 2006, 1602 e ss., con nota di G. Sicchiero, Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento; e in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss, con nota di V. Roppo-G. Afferni, Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale. In dottrina, inoltre, si v. A.A. Dolmetta, La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari, in *I Contratti*, 2008, p. 80 e ss.; M. Ticozzi, Violazione di obblighi informativi e sanzioni, ivi, 2007, 363 e ss.; F. Greco, Profili del contratto del consumatore, Napoli, 2005, 8 e ss.; G. Muccioli, Intermediazione finanziaria e strumenti di tutela degli investitori, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 1254; D. Maffei, Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 575 e ss. Per la giurisprudenza di merito v. da ultimo Trib. Torre Annunziata, 27 giugno 2007, in questa Rivista, 2008, p. 5 e ss., con nota di V. Sangiovanni, (e ivi precedenti). Sulla giurisprudenza di merito v. anche V. Roppo, La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali), in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 e ss.; S. Rizzini Bisinelli, Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica (Commento a Trib. Ferrara, 25 febbraio 2005), in *Società*, 2006, 203 e ss.; E.M. Negro, Regole di condotta degli intermediari finanziari: gli obblighi di informazione, in *Giur. comm.*, 2005, II, 489 e ss.; M. Dellacasa, Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1241 e ss.

⁷⁷ Così L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Le Società*, 2007, p. 395.

tiva contiene anche importanti previsioni relative al contratto di credito e, in particolare, al suo contenuto e alla sua forma.

Quanto al contenuto, esso viene dettagliatamente preso in esame dall'art. 10, 2° comma. La norma rappresenta in buona parte una ripetizione degli elementi già indicati per la fase informativa precontrattuale, essendo prevista la specificazione dei seguenti elementi: (a) il tipo di credito; (b) l'identità e l'indirizzo geografico delle parti del contratto, nonché, se del caso, l'identità e l'indirizzo geografico dell'intermediario del credito; (c) la durata del contratto di credito; (d) l'importo totale del credito e le condizioni di prelievo; (e) in caso di credito sotto forma di dilazione di pagamento per una merce o un servizio specifici o di contratti di credito collegati, tale merce o servizio e il relativo prezzo in contanti; (f) il tasso debitore, le condizioni che ne disciplinano l'applicazione e, se disponibile, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso debitore iniziale, nonché i periodi, le condizioni e le procedure di modifica del tasso debitore⁷⁸; (g) il TAEG e l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare, calcolati al momento della conclusione del contratto di credito⁷⁹; (h) l'importo, il numero e la periodicità dei pagamenti che il consumatore deve effettuare e, se del caso, l'ordine della distribuzione dei pagamenti ai vari saldi restanti dovuti ai diversi tassi debitori ai fini del rimborso; (i) in caso di ammortamento del capitale di un contratto di credito a durata fissa il diritto del consumatore di ricevere, su richiesta e senza spese, in qualsiasi momento dell'intera durata del contratto di credito, un estratto sotto forma di tabella di ammortamento; (j) se il pagamento riguarda spese e interessi senza ammortamento del capitale, un estratto dei periodi e delle condizioni di pagamento dell'interesse debitore e delle spese ricorrenti e non ricorrenti correlate; (k) se del caso, le spese di gestione di uno o più conti su cui sono registrati le operazioni di pagamento e i prelievi, a meno che l'apertura del conto sia facoltativa, le spese relative all'utilizzazione di

⁷⁸ Qualora si applichino tassi debitori diversi in circostanze diverse, vanno inserite le suddette informazioni in merito a tutti i tassi applicabili.

⁷⁹ Sono indicate tutte le ipotesi utilizzate per il calcolo di tale tasso.

un mezzo di pagamento che permette di effettuare pagamenti e prelievi, eventuali altre spese derivanti dal contratto di credito, nonché le condizioni alle quali tali spese possono essere modificate; (l) il tasso degli interessi in caso di ritardi di pagamento applicabile al momento della conclusione del contratto di credito e le modalità di modifica dello stesso e, se applicabili, le penali per inadempimento; (m) un avvertimento relativo alle conseguenze dei mancati pagamenti; (n) se del caso, l'indicazione delle spese notarili dovute; (o) le garanzie e le assicurazioni richieste, se esistenti; (p) l'esistenza o l'assenza del diritto di recesso e il periodo durante il quale esso può essere esercitato e le altre condizioni per il suo esercizio, comprese le informazioni sull'obbligo del consumatore di rimborsare il capitale prelevato e corrispondere gli interessi conformemente all'art. 14, 3° comma, lett. b., e l'importo giornaliero degli interessi da corrispondere; (q) informazioni concernenti i diritti derivanti dall'articolo 15 nonché le condizioni del loro esercizio; (r) il diritto al rimborso anticipato, la relativa procedura nonché, se del caso, le informazioni sul diritto del creditore a ottenere un indennizzo e le relative modalità di calcolo; (s) la procedura da seguire per l'esercizio del diritto di scioglimento del contratto di credito; (u) se del caso, altre condizioni contrattuali; (v) se del caso, identità e indirizzo della competente autorità di controllo.

Inoltre, particolare risalto è dato alla modalità di composizione delle controversie, tanto che il contratto deve indicare⁸⁰ se il consumatore ha facoltà⁸¹ di proporre reclamo o di ricorrere in via extragiudiziale e le modalità di accesso all'organo predisposto per la risoluzione del conflitto. La previsione e l'indicazione di meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie non è tuttavia delegato alla mera disponibilità delle parti,

⁸⁰ Cfr. art. 10, 2° comma, lett. t).

⁸¹ Sembra sensato interpretare la norma nel senso che la clausola sulla risoluzione alternativa delle controversie deve offrire al consumatore uno strumento ulteriore, probabilmente più rapido ed efficiente, ma non sostitutivo o derogativo della ordinaria competenza della magistratura ordinaria. Il deferimento esclusivo delle controversie ad un organismo stragiudiziale aprirebbe potremmo infatti rappresentare una limitazione dei diritti e delle facoltà riconosciute al consumatore e, in quanto tale, essere oggetto d'indagine circa la sua validità.

posto che il successivo art. 24 della direttiva impone agli Stati membri di provvedere affinché siano predisposte procedure adeguate ed efficaci anche mediante il ricorso a organismi esistenti, e di incoraggiare detti organismi a cooperare anche alla risoluzione di controversie transfrontaliere relative a contratti di credito ⁸².

Rispetto alla proposta di direttiva non è più obbligatorio di per sé, ma lo diviene qualora vi sia un'espressa richiesta in tal senso da parte del consumatore, fornire una tabella di ammortamento. Pur non dovendo essere inclusa nel contratto, il consumatore ha quindi diritto ad ottenere, gratuitamente e in qualsiasi momento dello svolgimento del rapporto, una tabella che sintetizzi: (a) gli importi dovuti nonché i periodi e le condizioni di pagamento di tali importi; (b) la ripartizione di ciascun rimborso periodico per mostrare l'ammortamento del capitale, gli interessi calcolati sulla base del tasso debitore e, se del caso, gli eventuali costi aggiuntivi. Inoltre, qualora il tasso d'interesse applicato sia variabile e/o i costi aggiuntivi possano essere modificati nel corso dello svolgimento del rapporto contrattuale, la tabella di ammortamento deve contenere un'indicazione chiara e concisa del fatto che i dati in essa riportati sono validi solo fino

⁸² Va ricordato che nel nostro ordinamento è già possibile attivare i meccanismi di composizione delle liti di cui si è già detto, ossia l'Ombudsman bancario, oggi inserito nella più ampia cornice del "conciliatore bancario-finanziario", o anche alle Camere di Commercio.

Peraltro, il *favor* legislativo verso le ADR costituisce una priorità politica nella tutela del consumatore (cfr. COM(2002) 208 del 7 maggio 2002: "Strategia della politica dei consumatori 2002-2006"), confermato anche dalla recente direttiva relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (su cui si v. E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. impresa /Europa*, 2005, p. 427) che intende promuovere la diffusione di una cultura della conciliazione, incoraggiare la composizione amichevole delle controversie, favorire l'elaborazione di codici volontari di condotta e la formazione dei conciliatori. Anche nel nostro ordinamento si susseguono iniziative di questo tipo ed è ultimamente allo studio la creazione di appositi organismi conciliativi da inserire nell'ambito dei Consigli dell'ordine degli avvocati.

Per una indagine completa sull'argomento si v. V. ZENO-ZENCOVICH-M.C. PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"?*, in corso di pubblicazione su *Nuova Giur. civ. comm.* dove correttamente si osserva che nel momento in cui si tenta di disegnare un quadro comune di riferimento europeo, appare ovvio che tale azione si muova anche nel senso di un riordino delle affastellate norme procedurali. «*Il diritto dei consumatori, come disciplina settoriale, necessita di essere visto nel suo insieme. Limitarsi al solo aspetto sostanziale non è appagante perché la effettività delle disposizioni di tutela dipende in larga misura dalla idoneità delle procedure a prevenire – dissuadendole – le violazioni*».

alla successiva modifica del tasso debitore o dei costi aggiuntivi conformemente al contratto di credito.

A tal proposito va anche riferito che l'art. 11 della direttiva prescrive, in caso di variazione del tasso d'interesse, che al consumatore venga comunicata la modifica del tasso debitore. Ciò deve avvenire prima dell'entrata in vigore della modifica e con comunicazione scritta su supporto cartaceo o altro supporto durevole. Tuttavia, qualora il tasso applicato sia individuato facendo riferimento ad un indice, le parti possono convenire che l'informazione sulla variazione del tasso possa essere fornita periodicamente se il nuovo tasso di riferimento è anche reso pubblico con mezzi appropriati e l'informazione relativa al nuovo tasso di riferimento è altresì disponibile presso i locali del creditore.

Quanto alla forma prescritta per l'atto, la nuova direttiva presenta delle novità. Infatti, il requisito della forma scritta del contratto di credito, precedentemente accolto dalla direttiva del 1986⁸³, viene oggi inteso come una possibile barriera alla conclusione di operazioni di credito transfrontaliere e, in generale, a tutte quelle concluse tramite mezzi di comunicazione a distanza, internet *in primis*. Pertanto, nel promuovere lo sviluppo del mercato europeo del settore del credito al consumo, la nuova direttiva ha adottato un'impostazione meno rigorosa consentendo che il contratto sia redatto su supporto cartaceo o anche su altro supporto durevole⁸⁴.

Prima di chiarire il senso della nuova formulazione sembra opportuno riferire che l'art. 10 della direttiva, oltre a prevedere la consegna di una copia del contratto a ciascuna delle parti⁸⁵, chiarisce che sono fatte

⁸³ L'art. 4 della direttiva 87/102/CEE prescriveva che il contratto dovesse essere concluso per iscritto.

⁸⁴ Nonostante quella appena descritta fosse la posizione già raggiunta da alcuni Stati membri, come il Regno Unito, altri Stati hanno a lungo ostacolato l'abolizione della forma scritta *tout court*.

Ai sensi dell'art. 3, lett. m), per "supporto durevole" deve intendersi «ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

⁸⁵ Come giustamente osservato (v. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle*

salve le norme nazionali riguardanti la validità della conclusione dei contratti conformi alla normativa comunitaria. L'espressione, di per sé non chiara ⁸⁶, va ricollegata al considerando n. 30 il quale espressamente statuisce che «*la presente direttiva non disciplina gli aspetti del diritto contrattuale relativi alla validità dei contratti di credito. Pertanto, in tale materia gli Stati membri possono mantenere o introdurre norme nazionali conformi al diritto comunitario*» ⁸⁷. È evidente quindi che i contratti di credito dovranno sottostare alle norme nazionali relative alla validità del contratto e che le prescrizioni di forme imposte dalla presente direttiva, seppur non derogabili alla luce del principio della massima armonizzazione, non incidono sulla validità del contratto concluso in contrasto con le medesime. Pertanto, la forma prescritta non può ritenersi prevista *ad substantiam* e la prescrizione comunitaria, a ben vedere, riguarda esclusivamente il supporto su cui viene ad essere impresso il contenuto dell'accordo al fine di consentire al consumatore di conoscere i suoi diritti e obblighi in virtù del contratto di credito.

Ci si deve interrogare se ciò possa rappresentare un indebolimento della tutela offerta alla parte debole. Il formalismo negoziale a lungo sostenuto dal legislatore comunitario sembra assolvere diverse finalità, tra cui principalmente quella di dare certezza scritta al contenuto del negozio, e quindi anche ai diritti riconosciuti in capo al consumatore, e quella di richiamare l'attenzione dello stipulante sulla portata giuridica ed economi-

disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori", in Riv. dir. civ., 2008, III, p. 275) la disposizione è formulata in modo neutro, ma, in realtà, considerato che essa è predisposta nell'interesse del consumatore e che di norma il testo del regolamento negoziale è predisposto unilateralmente dalla banca, sarà il cliente a dover ricevere una copia del contratto.

⁸⁶ In questo senso anche .W. MICKLITZ-N. REICH-P. ROTT, *Understanding EU consumer law*, Anversa, 2009, p. 201.

⁸⁷ Nel prosieguo del considerando viene ulteriormente chiarito e specificato che, per quanto attiene il procedimento di formazione del contratto, «*gli Stati membri possono disciplinare il regime giuridico dell'offerta di concludere il contratto di credito, in particolare per quanto riguarda la data in cui dev'essere concesso e il periodo durante cui il creditore è vincolato. Tale offerta, se è proposta contemporaneamente alle informazioni precontrattuali previste dalla presente direttiva, dovrebbe essere fornita, come qualsiasi informazione aggiuntiva che il creditore desiderasse fornire al consumatore, in un documento distinto che può essere allegato alle "Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori" ».*

ca dell'atto che si intende concludere. *Ratio* della disciplina è quindi di assicurare una maggiore certezza nei rapporti tra il creditore e il consumatore nonché maggiore trasparenza e conoscibilità delle condizioni applicate dal primo nella regolamentazione del rapporto instaurato con il secondo ⁸⁸. In altre parole, occorre chiedersi se la forma scritta sia richiesta dal legislatore comunitario per la validità – e/o la prova – dell'intervenuta accettazione, e quindi della conclusione del contratto, ovvero se possa ritenersi valida anche l'accettazione attraverso comportamento concludente di una proposta formulata per iscritto.

In ogni caso la direttiva impone, anche in questo caso, che il contenuto del contratto venga formulato in modo «*in modo chiaro e conciso*».

⁸⁸ In questo senso v. Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, *passim*; N. IRTI, *Formalismo ed attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 1 e ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, *passim*; M. MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, p. 162 e ss.

3.4. Le norme sostanziali di protezione

3.4.1. Il diritto di recesso (art. 14)

La direttiva 87/102/CEE in materia di credito al consumo, al contrario di altre direttive comunitarie in materia consumeristica, non aveva attribuito al consumatore la facoltà di recedere dal contratto e di esercitare quello che normalmente viene definito il *jus poenitendi*⁸⁹. Molti Stati membri, ma non l'Italia, avevano ugualmente introdotto una previsione in tal senso. La Commissione, nell'adottare il principio della massima armonizzazione ha quindi preferito introdurre una norma sul recesso dal contratto, contenuta all'art. 14 della direttiva 08/48/CE.

Pur condividendo l'introduzione di tale novità, che consente al consumatore di svincolarsi da un impegno finanziario a seguito di una più attenta riflessione sulla convenienza dell'operazione, va notato che i presupposti che hanno giustificato la sua introduzione non sono gli stessi rispetto a quelli rintracciati in altre ipotesi. Il *jus poenitendi* è infatti solitamente ricollegato a situazioni che presentano un c.d. effetto sorpresa a danno del consumatore. Esso è infatti attualmente garantito per quelle vendite, definite "aggressive", in cui il contraente viene indotto a concludere l'accordo senza la necessaria preparazione (vendite fuori dai locali commerciali) oppure nel caso in cui appare necessario, per una corretta scelta economica, un esame del bene su cui non si è avuto un contatto diretto (vendite a distanza). Nell'ipotesi in analisi si tratta invece di una tutela accordata per la natura stessa del contratto concluso, ossia per la sua complessità e la pericolosità in sé, a prescindere, quindi, dalle effettive

⁸⁹ Ovviamente il recesso dal contratto di credito poteva essere esercitato qualora il diritto fosse stato riconosciuto in ragione della particolare modalità di conclusione del negozio, ad esempio nel caso di contratto concluso fuori dai locali commerciali.

modalità di contrattazione ⁹⁰. Si tratta, infatti, di un impegno finanziario prolungato nel tempo i cui contenuti possono risultare di non immediata percezione, nonostante tutte le cautele informative introdotte dal legislatore comunitario, e che presenta il rischio di esporre il consumatore a pericoli di natura economica in assenza di una ponderata decisione. Se ciò è vero, sembra quindi che la *ratio* specifica del diritto di ripensamento riconosciuto al debitore sia simile piuttosto a quella già riconosciuta per i contratti di c.d. multiproprietà. Come per quella fattispecie ⁹¹, la *ratio* deve allora rintracciarsi sia nella complessità delle formule contrattuali utilizzate, spesso laboriose e articolate, sia nella difficoltà di comprendere la portata dell'impegno economico assunto, nei suoi termini quantitativi e temporali così come nella sua possibile modifica *in pejus* nel corso del rapporto.

In virtù dell'art. 14, 1° comma, il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni di calendario per recedere da qualsivoglia contratto di credito, sia esso concluso per un prestito personale o per un prestito finalizzato, sia esso di durata fissa o indeterminata ⁹². L'esercizio di tale facoltà, inoltre, non è subordinato alla sussistenza di alcuna particolare motivazione.

La direttiva si preoccupa tuttavia di evitare che il diritto di recesso qui in esame venga a sovrapporsi con quello già previsto e garantito in favore del consumatore da altre direttive comunitarie. Specificamente si tratta dell'ipotesi di contratti di credito negoziati fuori dai locali commerciali oppure mediante tecniche di comunicazione a distanza, per i quali il

⁹⁰ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, p. 285.

⁹¹ Cfr. M. ERMINI, *Commento all'art. 73 del Codice del Consumo*, in *Codice del Consumo e norme collegate* (a cura di V. Cuffaro), Milano, 2008, p. 443.

⁹² Le uniche fattispecie negoziali che risultano essere state escluse, e che pertanto non consentono al consumatore il diritto di recesso dal contratto, sono i contratti di credito sotto forma di sconfinamento (cfr. art. 2, 4° comma) e quelli sotto forma di concessione di scoperto da rimborsarsi su richiesta del creditore o entro il termine di tre mesi (cfr. art. 2, 3° comma). Per le aperture di credito, infatti, si tiene conto del particolare regime previsto a livello comunitario.

consumatore già oggi potrebbe esercitare il *jus poenitendi* riconosciutogli in virtù delle disposizioni contenute all'art. 5 della direttiva 85/577/CEE e agli artt. 6 e 7 della direttiva 2002/65/CE. Proprio per evitare sovrapposizioni normative, il 5° comma chiarisce che il diritto di recesso di cui all'art. 14 della direttiva in esame trova applicazione esclusiva e, quindi, prevale rispetto alle ipotesi contemplate dalle altre due direttive citate.

Inoltre, poiché la direttiva sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali è stata recentemente oggetto di revisione da parte di una proposta di direttiva ⁹³, finalizzata al riesame dell'*acquis* comunitario in materia di diritti dei consumatori ⁹⁴, opportunamente viene anche in quella sede precisato che le norme sul recesso in esso contenute (cfr. artt. 8-19) non si applicano ai contratti di credito rientranti nel campo di applicazione della direttiva 2008/48/CE ⁹⁵.

Le modalità di esercizio e gli effetti del diritto di recesso sono disciplinati dal 3° e 4° comma dell'art. 14. Per procedere allo scioglimento dell'accordo è infatti richiesto al consumatore di comunicare al creditore, in modo inequivoco, la propria volontà di recedere dal contratto di credito. Tale comunicazione deve essere effettuata tempestivamente, ossia prima della scadenza dei quattordici giorni, e secondo le modalità descritte dallo

⁹³ V. COM(2008) 614 def. dell'8 ottobre 2008.

⁹⁴ La proposta, infatti, ha ad oggetto la modifica: (i) della direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; (ii) della direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, (iii) della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e (iv) della direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. La proposta mira infatti a unificare e coordinare questi quattro corpi normativi in un unico strumento orizzontale atto a disciplinare gli aspetti comuni in modo sistematico, semplificato e aggiornato, a risolvere le incoerenze e a colmare le lacune. Anche in questo caso, dunque, la Commissione abbandona l'approccio dell'armonizzazione minima seguito nelle quattro direttive esistenti e abbraccia un approccio di armonizzazione completa.

⁹⁵ Cfr. art. 20 "Esclusioni relative ai contratti a distanza e ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali". Più in generale, l'art. 3, 2° comma, della proposta di direttiva circoscrive l'ambito d'applicazione della medesima escludendo, salvo alcune eccezioni, i contratti relativi a "servizi finanziari". In tal senso il considerando n. 11 chiarisce che «*la legislazione comunitaria esistente nel campo dei servizi finanziari per i consumatori contiene numerose regole per la tutela dei consumatori. Per questo motivo le disposizioni della presente direttiva coprono i contratti relativi ai servizi finanziari solo nella misura in cui è necessario per colmare le lacune normative*».

stesso creditore all'interno del contratto ⁹⁶. Il termine si intende comunque rispettato se l'invio della comunicazione si verifica prima della sua scadenza, con un mezzo (cartaceo o altro supporto durevole disponibile e accessibile per il creditore) che possa costituire prova conformemente alla legislazione nazionale ⁹⁷. In tal caso il debitore è tenuto senza indugio a restituire al creditore il capitale finanziato e a corrispondere gli interessi dovuti su tale capitale dalla data di prelievo del credito fino alla data di rimborso ⁹⁸, data quest'ultima che non potrà comunque superare il trentesimo giorno successivo all'invio della notifica del recesso al creditore; nessun altro onere può essere addebitato al consumatore se non le «*spese non rimborsabili pagate dal creditore stesso alla pubblica amministrazione*».

Ulteriori e altrettanto importanti effetti sono ricondotti all'esercizio del diritto di recesso in presenza di un contratto accessorio connesso al contratto di credito. L'estinzione del vincolo dovrà infatti intendersi esteso anche a tale contratto accessorio. La norma, necessaria per evitare che permangano vincoli contrattuali strumentali al finanziamento, avvalorata il concetto secondo cui il recesso deve poter essere esercitato in modo libero e incondizionato e non deve presentare dei costi, nemmeno in via indiretta, ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore comunitario.

⁹⁶ Come già visto infatti, l'art. 10, 2° comma, prevede, *inter alia*, alla lett. p) che nel contratto di credito sia indicata, in modo chiaro, «*l'esistenza o l'assenza del diritto di recesso e il periodo durante il quale esso può essere esercitato e le altre condizioni per il suo esercizio, comprese le informazioni sull'obbligo del consumatore di rimborsare il capitale prelevato e corrispondere gli interessi conformemente all'articolo 14, paragrafo 3, lettera b), e l'importo giornaliero degli interessi da corrispondere*».

⁹⁷ In realtà sembra si vogliano accomunare due aspetti, certamente connessi tra loro, ma che si collocano piani differenti. Infatti un conto è richiedere che la volontà di recedere venga ad essere contenuta su un supporto formale (cartaceo o durevole, come potrebbe essere un semplice messaggio di posta elettronica) altro è richiedere che ad esso possa essere riconosciuta dignità di prova. Una lettura più attenta della lett. a) del 3° comma evidenzia peraltro che il supporto scritto o durevole sarebbero richiesti solo nel caso in cui si voglia collegare la tempestività della comunicazione al momento della spedizione della medesima, mentre negli altri casi è richiesto un mezzo che possa costituire una prova sulla base della legislazione nazionale.

⁹⁸ Interessi da calcolarsi sulla base del tasso debitore pattuito che non potrà comunque superare le soglie considerate usuarie dalla legislazione degli Stati membri (cfr. W. MICKLITZ-N. REICH-P. ROTT, *Understanding EU consumer law*, Anversa, 2009, p. 204).

Il periodo di quattordici giorni decorre dalla data di conclusione del contratto di credito oppure, qualora il consumatore non sia stato informato della sua facoltà di recedere, ovvero sia stata violato l'obbligo informativo di cui all'art. 10 della direttiva, dal giorno in cui riceve tale informazione. Nel caso di omessa informazione assistiamo dunque a un *jus poenitendi* che potrebbe estendersi all'infinito, senza termine. Tale previsione recepisce l'interpretazione data in un caso simile dalla Corte di giustizia europea ⁹⁹ e, al contrario, diverge dalla previsione contenuta nel codice del consumo italiano all'art. 65, 3° comma ¹⁰⁰. Piuttosto che chiedersi se un'estensione così indefinita possa ritenersi ragionevole o se il termine previsto dalla normativa italiana sia effettivamente congruo per tutelare il consumatore, va evidenziato come tale recesso interagisce con gli effetti prodotti. Immaginiamo infatti il caso di un consumatore non correttamente edotto dei suoi diritti che receda dal contratto di credito a distanza di diversi anni. Ebbene, egli oltre a dover restituire il capitale (residuo), sarà tenuto a corrispondere anche gli interessi pattuiti e maturati su tale somma giorno per giorno.

Un'esenzione al riconoscimento del *jus poenitendi* è accordata per i contratti conclusi con l'assistenza di un notaio ¹⁰¹, sul quale graverà tuttavia l'obbligo di assicurare che vengano rispettati i diritti di informazione

⁹⁹ Cfr. Corte giustizia europea del 13 dicembre 2001, C-481/99, che in relazione alla normativa tedesca di recepimento della direttiva sulla tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali ha accertato l'inammissibilità della previsione di un termine dalla conclusione del contratto per l'esercizio del diritto di recesso nell'ipotesi di un consumatore non informato («*La direttiva 85/577 osta a che il legislatore nazionale applichi un termine di un anno dalla stipulazione del contratto per l'esercizio del diritto di recesso istituito dall'art. 5 di tale direttiva, qualora il consumatore non abbia beneficiato dell'informazione di cui all'art. 4 della suddetta direttiva*»).

¹⁰⁰ Quest'ultimo, per i contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali senza il rispetto dei relativi obblighi d'informazione, estende il periodo in cui esercitare il recesso da dieci a 60 o 90 giorni. Sul tema v. R. GIAMPETRAGLIA, *Commento all'art. 65*, in *Commentario al Codice del Consumo* (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 469 e R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notariato*, 2007 I, p. 79 e ss.

¹⁰¹ Non è chiaro se il riferimento al notaio vada inteso in senso tecnico e proprio o se invece debba considerarsi esteso anche ad altri soggetti che possono attribuire pubblica fede ad un documento. Nel dubbio, trattandosi di una deroga ad un diritto attribuito al consumatore, sembrerebbe più corretto escluderlo, anche perché si tratta di contratti conclusi «*con l'assistenza*» di un notaio e tale compito non sembra possa ravvisarsi nell'attività posta in essere da altri soggetti.

precontrattuale e contrattuale espressi agli artt. 5 e 10 della direttiva in favore del consumatore. La disposizione sembra porsi sulla scia di quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene non necessaria la specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie contenute in un contratto redatto dal notaio¹⁰² e sul quale tuttavia sono state espresse alcune puntuali critiche in dottrina¹⁰³, ritenendosi che alla mera lettura dell'atto possa ricondursi solo la conoscibilità e non anche la consapevolezza del carattere vessatorio di alcune clausole. Proprio per ovviare al rischio segnalato sembra intervenire l'inciso che salvaguarda la necessaria informativa del consumatore e il cui assolvimento da parte del notaio andrà quindi verificato non in modo formale.

Due ulteriori esenzioni – da ritenersi indirizzate ad oggi soprattutto al legislatore francese – sono previste dal 2° e 7° comma. La prima riguarda solo quegli ordinamenti che, al momento dell'entrata in vigore della direttiva in esame, siano dotati di una norma che vieta, nel caso di contratto di credito collegato, di mettere a disposizione del consumatore la somma mutuata prima dello scadere di un determinato termine temporale. Per tale fattispecie, infatti, è previsto che il periodo di quattordici giorni attribuito al consumatore possa essere ridotto su esplicita richiesta del consumatore. La seconda invece precisa che gli Stati membri sono liberi di prevedere – anche in futuro, non essendoci qui alcun riferimento alla vigenza della normativa al momento di entrata in vigore della direttiva – un periodo di tempo (*c.d. cooling off period*) durante il quale l'esecuzione del contratto non può avere inizio¹⁰⁴.

Alcune ulteriori considerazioni in relazione alla prassi commerciale posta in essere dagli operatori del settore. Come già chiarito, infatti, la

¹⁰² Cfr., *ex multis*, Cass. n. 675/00.

¹⁰³ Si veda S. PATTI, *Della prova documentale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1996, p. 51.

¹⁰⁴ Una simile disposizione è già prevista nel nostro ordinamento dal Testo Unico della finanza, che all'art. 30, 6° comma, subordina l'efficacia dei contratti (o delle proposte contrattuali) di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi (o effettuate) «fuori sede» al decorso di 7 giorni dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro il medesimo termine il cliente può recedere dal contratto.

modulistica predisposta dalle banche e dalle società finanziarie solitamente inverte la posizione giuridica delle due parti e attribuisce al consumatore il ruolo di proponente. Inoltre, nel caso di credito finalizzato, le condizioni generali includono un'autorizzazione preventiva ad erogare la somma richiesta direttamente al fornitore del bene e determinano la conclusione del contratto attraverso un'accettazione tramite inizio dell'esecuzione della prestazione da parte di uno dei due soggetti. Pertanto, la posizione di proponente attribuita al consumatore e il fatto che molto spesso al medesimo non venga comunicata espressamente l'erogazione della somma richiesta, fanno sì che il termine *a quo* da cui computare i giorni per l'esercizio del diritto di recesso potrebbe risultare incerto.

In sede di recepimento potrà quindi essere utile, qualora non si volesse vietare in sé la prassi poc'anzi descritta ¹⁰⁵, specificare che al diritto di recesso va equiparato, e quindi ugualmente riconosciuto in capo al consumatore, il diritto di revoca della proposta, anche qualora questa sia stata dichiarata irrevocabile ¹⁰⁶.

In realtà l'analisi dell'art. 14 della direttiva e della *ratio* ad esso sottesa potrebbero già da sole offrire un paio di soluzioni. Una, di stampo più formale, andrebbe ricercata nella circostanza che il diritto di recesso andrebbe riconosciuto anche nel caso di contratto concluso a seguito di proposta irrevocabile avanzata dal consumatore, posto che la norma attribuisce tale diritto senza specificare le modalità attraverso cui si è pervenuti

¹⁰⁵ Che il creditore abbia bisogno di tempo, prima della conclusione del contratto, per poter valutare il merito di credito del consumatore-proponente ci sembra sensato. Ma il medesimo risultato, senza questa artificiosa inversione dei ruoli, potrebbe essere raggiunto inserendo una condizione sospensiva (potestativa), ossia subordinando la produzione degli effetti del contratto alla positiva verifica della solvibilità del consumatore.

¹⁰⁶ I medesimi timori erano stati espressi, in materia di contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili (c.d. multiproprietà) da quella dottrina che aveva segnalato la mancanza di un'espressa equiparazione nel testo del d.lgs. n. 427/1988 della proposta irrevocabile al contratto. In questa fattispecie i timori di un'elusione della disciplina sono tuttavia stati scongiurati dal rinvio che l'art. 75 cod.cons. fa alla disciplina del recesso per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali la quale, al contrario, all'art. 64 cod.cons. parla di «*contratti e proposte contrattuali*». Cfr M. ERMINI, *Commento all'art. 73 del Codice del Consumo*, in *Codice del Consumo e norme collegate* (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 445 e G. DE NOVA-P.F. GIUGGIOLI-C. LEO, *La multiproprietà. Il D.Lgs. 9 novembre 1998, n. 427*, Milano, 1999, p. 54.

al perfezionamento dell'accordo. Inoltre, tale prerogativa è riconosciuta in favore del consumatore senza che egli vi possa rinunciare e, pertanto, non la si potrebbe escludere per il solo fatto che sia stato il medesimo consumatore ad avanzare una proposta irrevocabile. Un secondo argomento, di natura più sostanziale, condurrebbe invece a sostenere che la legge proibisce o comunque non riconosce efficacia alla dichiarazione di irrevocabilità della proposta. Ciò sembrerebbe confermato dalla *ratio* della norma, sia per dare logicità ed economicità alla precedente ipotesi (attraverso cui si arriverebbe al paradosso secondo cui il consumatore-proponente non potrebbe impedire la conclusione del contratto prima dell'intervenuta accettazione da parte del creditore, ma solo in un momento successivo attraverso l'esercizio del recesso).

È infatti la natura stessa dell'istituto della proposta irrevocabile che non sembra potersi conciliare con la normativa di protezione e ciò va ricondotto alla artificiosa inversione dei ruoli che la prassi contrattuale prevede.

3.4.2. Sospensione e recesso nei contratti a durata indeterminata (art. 13)

Per i soli contratti di credito a durata indeterminata ¹⁰⁷ una specifica regolamentazione dello scioglimento del vincolo contrattuale è prevista in favore di entrambe le parti dall'art. 13 della direttiva.

¹⁰⁷ Per delimitare l'ambito applicativo della norma in esame occorre definire con maggiore esattezza quali possano essere i contratti di credito a durata indeterminata. Certamente non si tratta di contratti solo di durata, perché questi ultimi ben possono avere un termine finale determinato, e quindi andrebbe escluso certamente il mutuo (sulla cui inclusione nella stessa categoria dei contratti di durata sono stati avanzati numerosi dubbi, cfr. nota a p. 138). La lettera dell'articolo in esame condurrebbe, peraltro, a un'applicazione della norma ad una cerchia relativamente ristretta di tipi contrattuali e soprattutto confermerebbe quel principio presente nel nostro ordinamento giuridico, pur in assenza di un'espressa previsione normativa o pattizia, attraverso cui è generalmente riconosciuta la possibilità di sciogliersi da un contratto a tempo indeterminato, stante la necessaria temporaneità dei vincoli obbligatori (depongono in tal senso anche espresse previsioni normative, quali quelle in materia di contratti di società, cfr. art. 2285 cod.civ. e di contratti di somministrazione a tempo indeterminato, cfr. art. 1569 cod.civ.).

Stante la *ratio* della norma, tuttavia, poteva essere meglio considerare quei contratti che prevedono o consentono un'erogazione continuata o periodica di credito, pur se un termine finale sia stato pattuito. Va segnalato tuttavia che le condizioni generali di contratto

Da un lato, infatti, la norma prevede che il consumatore sia libero di recedere dal contratto in modo gratuito ¹⁰⁸ e in qualsiasi momento, senza dover addurre alcuna motivazione ¹⁰⁹. Nell'introdurre una forma di recesso legale del consumatore dal contratto di credito a tempo indeterminato, non si richiede nemmeno che l'esercizio di tale facoltà resti subordinata a

predisposte per i contratti di carta di credito, generalmente prevedono che la carta sia concessa a tempo indeterminato e che l'eventuale data di scadenza stampigliata sulla Carta si intenda inserita solo a scopi di sicurezza, senza pertanto incidere sulla durata a tempo indeterminato del rapporto.

Infine, l'art. 13 non sembra poter precludere la possibilità per i legislatori nazionali di accordare il diritto di recesso anche per contratti a tempo determinato, laddove ricorra una giusta causa (cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, p. 284).

¹⁰⁸ La gratuità del recesso è una sua caratteristica essenziale che rende illecita qualsiasi multa penitenziale o altra clausola che, anche in modo indiretto, possa avere delle conseguenze patrimoniali pregiudizievoli per il consumatore. Vero è che il rapporto contrattuale spesso prevede il pagamento di canoni periodici paganti anticipatamente di cui non viene riconosciuto il rimborso o anche obbligazioni restitutorie ulteriori visto che, nei contratti di carta di credito, il creditore si riserva la proprietà della tessera plastificata.

¹⁰⁹ L'oscura locuzione contenuta nella direttiva e che fa riferimento alla «*procedura tipo di scioglimento del contratto di credito*» non sembra infatti voler indicare altro che il recesso, ossia l'atto unilaterale recettizio che il nostro ordinamento già conosce. Trattasi quindi di un diritto potestativo *ex lege* esercitabile *ad nutum* da parte del consumatore attraverso un semplice atto stragiudiziale. Il riferimento ad una "procedura tipo" lascerebbe tuttavia spazio ad una procedimentalizzazione pattizia dell'esercizio del diritto di recesso che, in assenza di requisiti formali posti dalla legge o, appunto, dalle parti, la giurisprudenza ha invece riconosciuto potersi validamente comunicare anche verbalmente o desumere per fatti concludenti (in dottrina v. anche O. CAGNASSO, *La somministrazione nel sistema dei tipi contrattuali*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di P. RESCIGNO), *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1983, p. 427; *contra* F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, p. 58). Anche la direttiva non pone vincoli di forma alla comunicazione del recesso da parte del consumatore e pertanto deve ritenersi precluso agli Stati membri (e tanto più alle parti) di prescrivere l'adozione di particolari forme per la validità dell'atto. Diverso è il discorso circa i requisiti per la prova della dichiarazione, che invece resta rimessa alle legislazioni nazionali (cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, p. 283) ma che, come detto, la nostra giurisprudenza consente di fornire anche in altro modo.

Attualmente le condizioni generali di contratto di una nota società operante nel settore delle carte di credito prevedono che «*Il Titolare potrà rinunciare alla Carta in qualsiasi momento e senza indicarne il motivo, mediante invio di comunicazione scritta e restituzione della Carta – invalidata mediante taglio in senso verticale – alla [società]. Il Titolare non avrà diritto al rimborso della parte di quota annuale relativa al residuo periodo di validità della Carta e dovrà corrispondere alla [società] l'intero saldo debitore alla data del recesso, ferma ogni obbligazione assunta in dipendenza dell'uso della Carta successivamente al recesso stesso*».

un periodo di preavviso. La disposizione tuttavia consente che tale periodo possa essere riconosciuto dalle parti in via pattizia; pertanto, se previsto tra le norme contrattuali, e sembra difficile che il creditore nel predisporre le condizioni generali di contratto non lo faccia, il recesso produrrà effetto una volta decorso tale preavviso, che comunque non potrà essere superiore ad un mese ¹¹⁰. Resta irrisolto il dubbio – che la direttiva non chiarisce – se sia possibile imporre contrattualmente un periodo di preavviso anche nel caso in cui il consumatore receda per giustificato motivo o se, al contrario, esso possa essere considerato legittimo solo nell'ipotesi di recesso *ad nutum*.

Dall'altro lato è riconosciuta anche al creditore la possibilità di liberarsi dal rapporto contrattuale in essere ma solo se la corrispondente facoltà è stata prevista nel contratto di credito. Si tratta quindi di un diritto potestativo di natura esclusivamente convenzionale che, inoltre, dovrà restare sottoposto a un periodo di preavviso obbligatorio non inferiore a due mesi. In questo caso la validità del recesso è anche subordinata ad un requisito di forma, contrariamente a quanto disposto per il recesso della parte debole, perché la comunicazione dovrà essere inviata al consumatore su supporto cartaceo o altro supporto durevole ¹¹¹. Anche in questa ipotesi non è richiesta una giusta causa ¹¹².

¹¹⁰ Quale conseguenza ricondurre al caso in cui la clausola contrattuale preveda un termine di preavviso maggiore e più gravoso a carico del consumatore? Si potrebbe infatti sostenere che la pattuizione del preavviso resti valida e che solo il termine debba essere ricondotto nei limiti di legge, ossia al mese indicato dall'art. 13, 1° comma, della direttiva. Oppure, in considerazione della violazione *tout cour* si potrebbe sanzionare la clausola nella sua interezza e quindi stabilire che, nel caso in cui il termine di preavviso ecceda il periodo indicato dalla disposizione di legge, nessun preavviso sia dovuto da parte del consumatore. In considerazione della finalità della norma nonché del fatto che la prima interpretazione porrebbe una sanzione così lieve da far rendere conveniente al professionista il tentativo di inserire una clausola *contra legem*, la seconda e più grave sanzione sia da preferirsi.

¹¹¹ Per rendersi conto dell'incidenza che una simile disposizione avrà sui contratti predisposti dalle finanziarie, sembra utile riportare l'attuale formulazione contenuta nelle condizioni generali di contratto di una nota società operante nel settore delle carte di credito: «La [società] potrà sospendere e/o revocare la Carta – nonché i servizi ad essa collegati – in qualsiasi momento e con effetto immediato ai sensi dell'Art. 33 del Codice del Consumo, richiedendo al Titolare di corrispondere alla [società] l'intero saldo debitore [segue una elencazione, a scopo meramente esemplificativo e non limitativo, delle ipotesi in cui può trovare applicazione una simile clausola]. La [società] potrà, inoltre, revocare in qualsiasi momento la concessione della Carta, a sua discrezione e senza necessità di fornire

Volendo trattare unitariamente la posizione del professionista che recede dal contratto di credito, occorre analizzare altresì il 2° comma dell'articolo in esame. Esso, infatti, fa salva l'ipotesi che il creditore, sempre previa apposita clausola contrattuale, possa recedere senza preavviso ¹¹³ qualora sussistano «*motivi oggettivamente giustificati*» ¹¹⁴. In tal caso il creditore può innanzitutto porre termine al diritto del consumatore di effettuare ulteriori prelievi in virtù di un contratto di credito a durata indeterminata ¹¹⁵. Successivamente dovrà informare il consumatore dello scioglimento del contratto e dei relativi motivi con comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole da inviarsi, prima dello scioglimento stesso o, ove ciò non sia stato possibile, immediatamente

motivazioni, mediante comunicazione scritta al Titolare con un preavviso di 30 (trenta) giorni».

¹¹² Va peraltro ricordato che la non necessità di una giusta causa di recesso non esonera le parti dall'osservanza del principio generale di buone fede *ex art. 1375 cod.civ.* (così C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1987, p. 704).

¹¹³ In caso di recesso per giusta causa tipizzato dalle parti del rapporto, la buona fede nell'esecuzione del contratto richiede comunque di accertare non solo la effettiva sussistenza dell'ipotesi contemplata quale giusta causa di recesso *ad nutum* ma anche che il recesso non sia avvenuto con modalità improvvise ed arbitrarie, tali da contrastare una ragionevole aspettativa fondata sul comportamento precedente tenuto dalla banca o sulle relazioni usualmente intrattenute con la medesima (cfr. Cass. del 14 luglio 2000, n. 9321 con nota di A. DI MAJO, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1479)

¹¹⁴ Definire con esattezza i confini di tale locuzione sarà compito dell'interprete, ma si tratterà soprattutto di cause connesse al rischio di rimborso della somma erogata o a sopraggiunti mutamenti di fatto non noti al momento della conclusione dell'affare. Al ricorrere dei necessari presupposti, sarà comunque sempre possibile per il finanziatore chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Allo stato, le condizioni generali di contratto prevedono quali ipotesi non esaustive di recesso per giusta causa del creditore le seguenti circostanze: la comunicazione di dati errati e/o falsi nella proposta contrattuale ovvero l'omessa comunicazione nel corso del rapporto della variazione dei dati forniti; l'insolvenza, la variazione dello stato patrimoniale e/o giuridico del consumatore e il mutamento degli elementi inerenti la meritevolezza del credito; il mancato pagamento delle rate nei termini contrattuali o, in generale, ogni inadempimento da parte del consumatore; il superamento da parte del consumatore del fido concesso; la variazione anormale dei tassi d'interesse e delle condizioni di mercato nonché il mutamento della disciplina civile e fiscale relativa al rapporto in essere.

¹¹⁵ Se i motivi oggettivamente giustificati che consentono la sospensione del rapporto di provvista sono connessi all'inadempimento o alla comprovata insolvenza del creditore, la sospensione del rapporto prevista dalla norma sembra potersi ricollegare, nel primo caso, alla più generale eccezione d'inadempimento di cui all'art. 1460 cod.civ. e, nel secondo, alla sospensione dell'esecuzione prevista dall'art. 1461 cod.civ. per il caso in cui le prestazioni dell'altro contraente siano divenute tali da porre a rischio il conseguimento della controprestazione.

dopo ¹¹⁶. La norma sembra sovrapporre in modo non molto chiaro l'ipotesi di sospensione dell'erogazione del credito e quindi del rapporto di provvista, che potrebbe essere riattivato qualora il consumatore fosse in grado dimostrare la propria solvibilità o di prestare idonee garanzie, da quella di scioglimento vero e proprio del contratto di credito.

Sia che il recesso venga esercitato dal consumatore sia che provenga dal creditore, la norma nulla dice per quanto riguarda gli obblighi restitutori conseguenti all'esercizio del diritto di recesso. Va segnalato, soprattutto, che non è previsto alcun termine specifico entro cui il capitale deve essere rimborsato ¹¹⁷, contrariamente a quanto dettato dall'art. 14 relativo al *jus poenitendi*.

3.4.3. L'adempimento anticipato (art. 16)

L'art. 16 della direttiva attribuisce al consumatore – e anche in questo caso non si tratta di una novità – il diritto ad adempiere in via anticipata. La norma conferma quindi quanto già espresso dalla vigente normativa comunitaria e impedisce che la determinazione di un termine per l'adempimento – fissato, lo si ricorda, anche nell'interesse del creditore – possa precludere al consumatore di estinguere il vincolo contrattuale anzitempo. Tuttavia, mentre la direttiva 87/102/CEE risolveva il problema della quantificazione dell'indennizzo richiedendo solamente che la riduzione del costo del credito fosse «*equa*», la nuova norma detta sul punto una disciplina molto più complessa e minuziosa. Infatti, per evitare il permanere di differenze a livello europeo in merito al diritto all'indennizzo riconosciuto in favore del creditore, il legislatore comunitario ha elencato

¹¹⁶ La norma, in modo abbastanza pleonastico, fa salvo il caso in cui la comunicazione dello scioglimento del contratto non sia vietata da altra normativa comunitaria o sia contraria a obiettivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza.

¹¹⁷ Il nostro ordinamento, per il contratto di apertura di credito bancario, prevede che a seguito del recesso venga immediatamente sospesa l'utilizzazione del credito ma pone un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate (cfr. art. 1845 cod.civ.). Normalmente però il debitore decade dal beneficio del termine qualora venga a trovarsi nella condizione d'insolvenza descritta dall'art. 1186 cod.civ.

in modo molto più dettagliato i limiti e i criteri di determinazione di tale importo. Ciò perché i rapporti stilati nel passato dalla Commissione avevano evidenziato sul punto grandi divergenze tra le legislazioni degli Stati membri ¹¹⁸.

Il 1° comma ribadisce quindi che il consumatore può in qualsiasi momento adempiere in via anticipata, integralmente o anche solo parzialmente, ma non potrà limitarsi a versare una somma corrispondente a quanto ancora dovuto in linea capitale. Tuttavia, non potrà nemmeno essere costretto a pagare anche gli interessi non maturati e le spese che non verranno sopportate dal finanziatore in ragione della minor durata del rapporto. La disposizione in esame gli garantisce il diritto «*ad una riduzione del costo totale del credito*».

Prima di esaminare i criteri indicati per quantificare la somma che il creditore potrà richiedere al consumatore, sembra opportuno segnalare che il 5° ed ultimo comma dell'art. 16, a chiusura del sistema delineato nelle disposizioni che lo precedono, pone un inderogabile principio secondo cui, in nessun caso l'indennizzo può superare «*l'ammontare degli interessi che il consumatore avrebbe pagato durante il periodo che intercorre tra il rimborso anticipato e la data concordata di scioglimento del contratto di credito*». Appare evidente che una simile ipotesi svuoterebbe di significato il riconoscimento della possibilità di adempiere in via anticipata e costituirebbe, di fatto, una preclusione all'esercizio del diritto irrinunciabile riconosciuto in capo alla parte debole nonché un ingiustificato arricchimento per il professionista.

Venendo al 2° comma, esso delimita l'*an* del riconoscimento all'indennizzo per il creditore, ponendo un triplice ordine di requisiti. L'indennizzo, infatti, potrà essere richiesto solo qualora il rimborso anticipato abbia luogo in un periodo nel quale il tasso d'interesse debitore è fisso, per i soli ed eventuali costi «*direttamente collegati al rimborso anticipato del credito*» e sempre che esso sia «*equo e oggettivamente*

¹¹⁸ Cfr. COM (1995) 117.

giustificato». Per la definizione del *quantum* il legislatore comunitario ha cercato di forfetizzare l'importo eventualmente dovuto dal consumatore stabilendo che l'indennizzo non possa superare (a) l'1% dell'importo del credito rimborsato in anticipo, se il periodo che intercorre tra il rimborso anticipato e lo scioglimento previsto dal contratto di credito è superiore a un anno ovvero (b) lo 0,5% se il periodo è inferiore a un anno. È bene precisare che tali percentuali fissano dei tetti inderogabili all'importo che il creditore può richiedere e non operano quindi per determinare in modo automatico tale somma. Sul professionista graverà quindi sempre l'onere di giustificare e quantificare i costi sostenuti e connessi all'anticipato adempimento.

In deroga a quanto sin qui specificato, il 3° comma preclude al finanziatore la possibilità di ricevere un indennizzo (a) qualora il rimborso sia stato effettuato in esecuzione di un contratto d'assicurazione destinato a garantire il rimborso del credito, (b) in caso di contratti di concessione di scoperto o (c) se il rimborso ha luogo in un periodo per il quale il tasso debitore non è fisso ¹¹⁹.

Infine, la direttiva lascia liberi gli Stati membri di adottare o meno alcune importanti opzioni, in parte così tradendo il proprio intento di uniformare le regole relative alla quantificazione dell'indennizzo. È data infatti facoltà di stabilire una soglia – ossia un importo relativo a quanto è stato anticipatamente rimborsato – sotto la quale nessun indennizzo è dovuto da parte del consumatore. Si verrebbe quindi a determinare un ulteriore requisito per la configurabilità del diritto all'indennizzo, da aggiungere a quelli già elencati al 3° comma. Per espressa determinazione contenuta nella direttiva, da intendersi quindi come un vincolo ai fini della massima armonizzazione ¹²⁰, tale soglia non risultare superiore a € 10.000 in dodici mesi.

¹¹⁹ Sotto quest'ultimo aspetto la circostanza era già rilevabile interpretando, a contrario, il 2° comma che appunto limita il diritto all'indennizzo solo nel caso in cui avvenga in un periodo in cui il tasso d'interesse sia fisso.

¹²⁰ Così W. MICKLITZ-N. REICH-P. ROTT, *Understanding EU consumer law*, Anversa, 2009, p. 205.

Gli Stati membri possono inoltre decidere se consentire al creditore il recupero di un indennizzo maggiore a quello che si verrebbe a determinare in virtù delle regole appena esposte qualora sia in grado di dimostrare che la perdita subita a causa del rimborso anticipato supera l'importo determinato ai sensi del 2° comma. È evidente che, in questo caso, sarà onere del finanziatore provare il maggior danno ma anche dimostrare che esso continui ad essere equo ed oggettivamente giustificato.

3.4.4. La cessione a terzi dei diritti o del contratto (art. 17)

L'art. 17 della nuova direttiva conferma la norma, già presente nella direttiva 87/102/CEE, finalizzata ad evitare che la posizione giuridica del consumatore possa essere pregiudicata, o anche solo indebolita, a seguito della cessione a terzi dei diritti spettanti al creditore in virtù del contratto di credito¹²¹. Pertanto, il 1° comma stabilisce che il consumatore, pur nei limiti previsti da ogni singolo ordinamento nazionale, possa sempre opporre al cessionario le medesime eccezioni e difese che aveva diritto a sollevare nei confronti del creditore originario. Ivi inclusa l'eccezione di compensazione¹²².

Fin qui la norma non presenta elementi di novità da un punto di vista sostanziale rispetto a quanto già prescritto dalla direttiva del 1986 e, pertanto, su di essa valgono le considerazioni già svolte a commento

¹²¹ Il considerando n. 41 chiarisce, infatti, che la cessione dei diritti acquisiti dal creditore in forza di un contratto di credito non dovrebbe avere come conseguenza quella di indebolire la posizione del consumatore. Esso, inoltre, fissa il proposito secondo cui «*il consumatore dovrebbe essere adeguatamente informato quando il contratto di credito viene ceduto ad un terzo. Tuttavia, qualora il creditore iniziale, in accordo con il cessionario, continui a gestire il credito nei confronti del consumatore, questo non ha un interesse rilevante a essere informato della cessione*». Ne consegue che, in quest'ultima ipotesi «*sarebbe eccessivo imporre a livello UE l'obbligo di informare il consumatore circa la cessione*».

¹²² Come evidenziato da G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, p. 297, nonostante la versione in lingua italiana parli di «diritto all'indennizzo», il raffronto con il testo predisposto nelle altre lingue allontana qualsiasi dubbio in proposito e chiarisce che il legislatore comunitario intende far riferimento a vera e propria compensazione.

dell'art. 125 del TUB. Il recepimento della disposizione in esame potrebbe semmai offrire l'occasione per chiarire se il rinvio che l'art. 125, 3° comma, del TUB opera all'art. 1248 cod.civ debba intendersi fatto limitatamente al 1° comma o meno.

Vero è che l'art. 17 trova applicazione anche all'ipotesi di cessione a terzi «*del contratto*», ossia rende applicabile la riserva posta favore del consumatore ad una fattispecie che, di contro, non era stata precedentemente contemplata dal legislatore comunitario e nazionale. Le ragioni che giustificavano tale esclusione erano state viste nel necessario consenso che l'istituto richiede, da parte del ceduto, perché la cessione possa validamente concludersi ¹²³, requisito invece non previsto, come noto, nel caso della mera cessione del credito. In pratica si riteneva che dovendo il consumatore acconsentire alla cessione dell'intero contratto, per ciò solo si trovasse in una posizione già adeguatamente tutelata.

L'introduzione della novità appena segnalata non sembra tuttavia superflua per i motivi già esposti in precedenza e correttamente evidenziati da parte della dottrina. Soprattutto se si tiene conto che la prassi contrattuale vede spesso inserite, all'interno delle condizioni di contratto, clausole con cui il consumatore dà il suo consenso preventivo alla cessione dell'intero rapporto negoziale o dei diritti da esso nascenti ¹²⁴.

A ben vedere, quindi, sembra significativo il fatto che il legislatore comunitario consenta oggi al consumatore di avvalersi delle stesse difese che avrebbe potuto avanzare nei confronti del cedente nei confronti del cessionario nel caso di cessione dell'intero rapporto negoziale. La previsione comunitaria, se inserita nel contesto normativo delineato dal codice civile, si presta ad essere interpretata come riserva *ex lege*, e in tal senso inderogabile e indisponibile in quanto posta nell'interesse del consumato-

¹²³ La dottrina dominante e la giurisprudenza ritengono che il negozio di cessione abbia natura trilaterale e si perfezioni con l'incontro delle volontà del cedente, del ceduto e del cessionario (cfr. R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Commentario al codice civile* (a cura di P. SCHLESINGER), Milano, 2004).

¹²⁴ In tal caso il contratto sorge con l'accordo del cedente e del cessionario ma la sua efficacia dello stesso nei confronti del ceduto è subordinata, come nel caso della cessione del credito, alla notifica o all'accettazione della sostituzione (cfr. art. 1407 cod.civ.).

re, di tenere analogo a quella che invece l'art. 1409 cod.civ. consente di prevedere in via convenzionale.

Pertanto, pur dovendosi ritenere vessatorie, ai sensi dell'art. 33, 2° comma, lett. s), cod.cons. quelle clausole con cui il consumatore autorizza preventivamente la cessione del contratto da parte del finanziatore e pur ritenendo che la direttiva avrebbe potuto cogliere l'occasione per affrontare il problema in modo diretto, magari sanzionando tali clausole in modo espresso, non può essere taciuto che la facoltà concessa al consumatore può rivelare una certa utilità e non essere così priva di significato come a volte è stato detto. Semmai si poteva chiedere di più e cercare di inserire una norma che impedisse la liberazione del cedente anche senza un'espressa dichiarazione in proposito da parte del consumatore ¹²⁵.

La cessione del contratto resta comunque problematica per altri aspetti, connessi al fatto che essa presuppone la sussistenza di obbligazioni corrispettive. Se è vero, infatti, che è stata ritenuta possibile anche nel caso di contratti già eseguiti da una sola parte ¹²⁶, la sostituzione del soggetto finanziatore non potrà mai avvenire in modo elusivo rispetto a quelle norme che limitano l'esercizio dell'attività di credito al consumo a quei soggetti sottoposti a particolari requisiti di solidità e a sorveglianza da parte delle autorità creditizie.

A norma dell'art. 17, 2° comma, il consumatore ha altresì diritto ad essere informato dell'avvenuta cessione del credito o del contratto. Anche questa previsione non crea problemi di recepimento, non essendo una

¹²⁵ Cfr. art. 1408 cod.civ.

¹²⁶ Cfr. Cassazione civile, sez. I, del 02 giugno 2000 n. 7319, secondo la quale «caratteristica della cessione del contratto è l'avere ad oggetto la trasmissione di quel complesso di situazioni giuridiche attive e passive che derivano per ciascuna delle parti dalla conclusione del contratto, quindi non solo debiti e crediti, ma anche obblighi strumentali, diritti potestativi, azioni, aspettative, ricollegati dalla volontà delle parti, dalla legge o dagli usi al perfezionamento della fattispecie negoziale; pertanto, l'ambito di applicazione dell'istituto non è circoscritto all'ipotesi di contratti a prestazioni corrispettive non ancora compiutamente eseguite, ma si estende anche ai contratti unilaterali e ai contratti a effetti reali; con riferimento a questi ultimi, la cessione è subordinata al consenso del contraente ceduto anche quando abbia ad oggetto la posizione del venditore e questi abbia già eseguito la propria prestazione, posto che l'adempimento lascia persistere obblighi, la cui permanenza rende la sostituzione di tale soggetto non irrilevante per la tutela degli interessi del compratore».

novità per gli ordinamenti degli Stati membri e quindi anche per l'ordinamento giuridico italiano. Ai sensi dell'art. 1264 cod.civ., l'efficacia della cessione del credito nei confronti del debitore ceduto è, infatti, subordinata alla sua accettazione o all'intervenuta notifica della cessione ¹²⁷; lo stesso avviene, come detto, nell'ipotesi di cessione del contratto preventivamente consentita dal ceduto. La direttiva peraltro non specifica le modalità in cui dovrebbe essere data la comunicazione e gli effetti ad essa riconnessi: restano quindi salve le norme dettate sul punto da ogni singolo ordinamento ¹²⁸.

Inutile sembra altresì la disposizione con cui la direttiva pone una deroga all'obbligo di comunicazione dell'intervenuta cessione. Ciò si verifica qualora, sulla base dell'accordo raggiunto con il cessionario, il creditore originario continui a gestire direttamente il rapporto con il consumatore e si comporti quindi come se nessuna cessione fosse mai avvenuta. Poiché il presupposto applicativo di tale ipotesi è che la cessione non venga esternata e rimanga dunque solo all'interno del rapporto in essere tra cedente e cessionario, la mancata notificazione risulta qui giustificata dalla circostanza che il debitore ceduto potrà comunque eseguire la propria prestazione nei confronti del creditore originario, ossia comportarsi come se nessun mutamento fosse intervenuto rispetto al rapporto iniziale. La fattispecie non sembra dunque sollevare particolari problemi né la disposizione derogatoria essere necessaria a chiarire alcunché. Semmai poteva imporsi la notifica anche in questo caso per consentire al consumatore di opporre (anche) al nuovo creditore le eccezioni relative al loro personale rapporto. Tuttavia una tale prescrizione si rivelerebbe difficilmente coercibile data la natura solo interna dell'accordo e l'ardua conoscibilità dello stesso da parte del consumatore (su cui poi graverebbe un onere probato-

¹²⁷ L'obbligo di comunicazione rappresenta invece una novità per il diritto comunitario posto che esso non era contemplato nella precedente direttiva 87/102/CEE.

¹²⁸ Il considerando n. 42 tuttavia chiarisce che «*gli Stati membri dovrebbero conservare la facoltà di mantenere o introdurre norme nazionali che prevedano forme di comunicazione collettiva, ove ciò sia necessario per fini connessi con l'efficacia di transazioni complesse, quali le cartolarizzazioni o la liquidazione dell'attivo che avvengono nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa di banche*».

rio ancor più insormontabile). Piuttosto sarà nell'interesse del cessionario comunicare la cessione, visto che, in caso di più cessioni dello stesso credito a diversi soggetti, l'art. 1265 cod.civ. privilegia quella che per prima è stata notificata o accettata per iscritto dal debitore.

3.4.5. Contratti di credito collegati (art. 15)

Si tratta di una delle norme più deludenti dell'intera direttiva, sia nella prospettiva della tutela del consumatore sia alla luce del principio adottato dell'armonizzazione massima.

Innanzitutto va chiarito cosa la direttiva intenda per "contratto di credito collegato". A norma dell'art. 3, lett. n., esso è quel contratto che soddisfa entrambi i seguenti requisiti: «(i) *il credito in questione serve esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci specifiche o alla prestazione di servizi specifici; (ii) i due contratti costituiscono oggettivamente un'unica operazione commerciale; si ritiene esistente un'unica operazione commerciale quando il fornitore o il prestatore stesso finanzia il credito al consumo oppure, se il credito è finanziato da un terzo, qualora il creditore ricorra ai servizi del fornitore o del prestatore per la conclusione o la preparazione del contratto di credito o qualora le merci specifiche o la prestazione di servizi specifici siano esplicitamente individuati nel contratto di credito*». È quindi richiesto che il finanziamento sia stato chiesto appositamente per soddisfare una specifica esigenza di consumo e non si tratti, al contrario, di una generica linea di credito che il consumatore gestisce per soddisfare molteplici esigenze ¹²⁹.

¹²⁹ Ci si è chiesti in particolare cosa si debba intendere per merci "specifiche". Sul punto si veda v. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, p. 291 il quale esclude la rintracciabilità di un collegamento qualora il credito sia stato richiesto per soddisfare più finalità concorrenti e che si interroga sulla valenza dell'aggettivo

Va tuttavia ricordato che, alla luce del considerando n. 10, le definizioni contenute nella direttiva fissano la portata dell'armonizzazione ma la direttiva fa tuttavia salva l'applicazione da parte degli Stati membri, conformemente al diritto comunitario, delle sue disposizioni a settori che esulano dall'ambito di applicazione della stessa. Ad esempio «*gli Stati membri potrebbero anche applicare le disposizioni della presente direttiva ai crediti collegati che non rientrano nella definizione di accordo sui contratti di credito collegati contenuta nella*

Sotto questo profilo va rilevato che la circostanza deve emergere in modo obiettivo, ma il bene non deve necessariamente essere individuato in contratto ¹³⁰.

I due contratti devono poi costituire un'unica operazione commerciale, ossia rappresentare una di quelle ipotesi tanto dibattute in cui un'operazione economica trilaterale viene attuata attraverso due distinti rapporti giuridici. La direttiva enuncia dei casi in cui ricorre la citata ipotesi: non è dato capire se le fattispecie descritte siano le uniche in cui è consentito riscontrare l'esistenza di tale rapporto o se invece esse rappresentino solo un'esemplificazione dei casi in cui è possibile accertare il collegamento negoziale.

In primo luogo la ricorrenza degli estremi di "un'unica operazione commerciale" è riferita all'ipotesi in cui sia la stessa persona del creditore a stipulare con il consumatore anche il contratto per la fornitura di beni o servizi. Ad un prima lettura la previsione sembra applicabile solo all'ipotesi di credito concesso sotto forma di dilazione di pagamento, ed essere pertanto superflua trattandosi di un'operazione condotta attraverso un unico contratto, ossia la ben nota compravendita a rate ¹³¹. Infatti, come già visto,

presente direttiva. Pertanto le disposizioni relative ai contratti di credito collegati potrebbero essere applicate ai contratti di credito destinati solo parzialmente a finanziare un contratto riguardante la fornitura di merci o la prestazione di servizi».

¹³⁰ Gli artt. 5 e 10 richiedono che al consumatore vengano date informazioni, in modo chiaro e conciso, circa la merce o il servizio acquistati con il finanziamento in caso di credito sotto forma di dilazione di pagamento e di contratti di credito collegati. Tuttavia, dalla violazione di tali prescrizioni non può discendere anche l'inapplicabilità della norma di cui all'art. 15. A tale conclusione può altresì giungersi in via interpretativa *a contrario* leggendo la previsione secondo cui un'unica operazione commerciale è ravvisabile (anche) nel caso in cui le merci specifiche siano state esplicitamente individuati nel contratto di credito. Infatti se questo fosse un requisito sempre necessario, non si sarebbe dovuta adoperare la congiunzione disgiuntiva "oppure". Va peraltro segnalato che, interpretando la corrispondente disposizione contenuta nella direttiva 87/102/CEE, la Corte di giustizia europea nel caso C-429/05 ha precisato che il diritto del consumatore di procedere contro il creditore in via sussidiaria, non può essere subordinato alla condizione che la previa offerta di credito rechi menzione del bene o della prestazione di servizi finanziati. Per un commento a tale pronuncia si v. G. CARRIERO, *Credito al consumo e inadempimento del venditore*, nota a *CGCE sez. I 4 ottobre 2007 (causa C-429/05)*, in *Foro it.*, 2007, pagg. 590-593.

¹³¹ Se applicabile alla sola forma della dilazione di pagamento, con cui il credito è concesso direttamente dal fornitore al consumatore, la norma in esame avrebbe utilità prossima allo zero perché il finanziamento non costituisce l'oggetto di un autonomo negozio «*ma rientra, invece, tra le clausole, originarie od aggiunte in seguito, del contratto*»

il nostro ordinamento prevede una riserva di attività per il credito al consumo, rendendo possibile il suo esercizio solamente alle banche, agli intermediari finanziari e ai soggetti autorizzati alla vendita nella sola forma della dilazione del pagamento del prezzo ¹³². Pertanto, risulta difficile credere che i primi due soggetti possano rivestire anche la funzione di coloro che forniscono il bene o il servizio finanziato ¹³³. Né certamente potrebbe ravvisarsi identità soggettiva per il solo fatto che finanziatore e fornitore siano soggetti inseriti all'interno dello stesso gruppo societario,

(così P. SANNA, *Considerazioni a margine del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp.civ. prev.*, 2000, I, p. 483; cfr. anche G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 1199).

¹³² Si veda quanto già detto a p. 71.

¹³³ Basti tenere conto che gli intermediari finanziari devono avere come oggetto sociale esclusivo lo svolgimento, nei confronti del pubblico, delle attività finanziarie indicate nell'art. 106, 1° comma, del d.lgs 1° settembre 1993, n. 385 e specificate dal decreto del Ministero del Tesoro del 6 luglio 1994. E precisamente: (a) la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, ivi compreso ogni tipo di finanziamento connesso con operazioni di locazione finanziaria, acquisto di crediti, credito al consumo, credito ipotecario, prestiti su pegno; resta rigorosamente esclusa l'attività di rilascio di garanzie; (b) attività di intermediazione in cambi; (c) attività di prestazione di servizi di pagamento, intesa come incasso e trasferimento di fondi, trasmissione o esecuzione di ordini di pagamento, anche tramite addebiti o accrediti effettuati con qualunque modalità, compensazione di debiti e crediti, emissione o gestione di carte di credito, di debito o di altri mezzi di pagamento, nel rispetto del divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico previsto dall'art. 11 TUB e nel rispetto dell'art. 2, 2° comma, lett. d, del decreto del Ministro del tesoro del 13 maggio 1996; (d) attività di assunzione di partecipazioni, così come intesa all'art. 6 del decreto del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994. Nel modello di oggetto sociale pubblicizzato sul sito della Banca d'Italia è inoltre previsto che l'intermediario finanziario possa inserire l'esercizio di «attività strumentali o connesse a quelle finanziarie svolte quali, tra le prime aventi carattere ausiliario, lo studio, la ricerca e l'analisi in materia economica e finanziaria, la gestione degli immobili ad uso funzionale, la gestione di servizi informatici o di elaborazione dati, la formazione e l'addestramento del personale, l'assistenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, nonché, tra le seconde accessorie allo sviluppo dell'attività esercitata, la prestazione dei servizi di informazione commerciale e la locazione di cassette di sicurezza. La società, per il conseguimento dello scopo sociale, potrà infine acquistare, vendere, permutare, dare e prendere in affitto immobili ad uso funzionale, concedere ipoteche, avalli e fidejussioni, intrattenere rapporti bancari e compiere qualsiasi altra operazione di natura mobiliare ed immobiliare, finanziaria, assicurativa e commerciale, nonché compiere tutto quanto abbia attinenza, anche indiretta con lo scopo sociale e sia comunque ritenuta utile alla realizzazione del medesimo, effettuando di conseguenza tutti gli atti e concludendo tutte le operazioni contrattuali necessarie o utili alla realizzazione dei fini e dell'attività della società». Resta ovviamente e rigorosamente esclusa la raccolta del risparmio presso il pubblico ed ogni altra attività vietata dalla legge.

Non sembra quindi che possa configurarsi il caso di un finanziamento di un contratto concluso dal medesimo intermediario finanziario.

posto che la personalità giuridica di ognuno di essi rimane distinta. Non sembra nemmeno possibile accomunare alla previsione il caso in cui il fornitore del bene faccia da intermediario del creditore, perché si fa riferimento a colui che “finanzia” l’operazione.

Tale ipotesi sembra infatti essere prevista nella successiva espressione, ossia quando l’unicità dell’operazione commerciale è data dal fatto che il credito è finanziato da un terzo e il creditore ricorre ai servizi del fornitore per la conclusione o la preparazione del contratto di credito. Questo, infatti, è il caso in cui il fornitore in virtù del rapporto di convenzione in essere con il finanziatore, si faccia promotore per conto di quest’ultimo della conclusione dei contratti di credito finalizzati all’acquisto delle proprie merci o servizi. Infine, qualora i beni siano esplicitamente individuati nel contratto di credito.

Al ricorrere del collegamento la direttiva riconduce diverse conseguenze, in modo che gli eventi del contratto di fornitura si possano ripercuotere anche sul rapporto relativo al contratto di credito.

Il 1° comma stabilisce infatti che qualora il consumatore si avvalga del diritto di recesso riconosciutogli dal diritto comunitario¹³⁴ con riguardo a un contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi, lo scioglimento del vincolo si estende anche all’eventuale contratto di credito collegato¹³⁵. La nuova norma comunitaria non introduce novità di sorta

¹³⁴ Nonostante il riferimento sia espresso in via generale, esso va riferito alla direttiva 85/577/CEE sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali, visto che analoghe disposizioni erano già presenti nella direttiva 97/7/CE sui contratti stipulati a distanza, in quella 94/47/CE relativa all’acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale e in quella 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Come giustamente evidenziato non rientra nell’ipotesi in esame la risoluzione del contratto prevista dall’art. 3 della direttiva 99/44/CE in caso di difetto di conformità del bene venduto che viene dalla stessa direttiva qualificato con termini inequivocabilmente diversi (cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l’armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti di credito ai consumatori”*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, p. 293). La cennata ipotesi sembra semmai riconducibile al successivo 2° comma dell’art. 15.

¹³⁵ La lettera della norma sembra quindi escludere che un simile effetto possa essere riconosciuto anche quando il recesso sia stato effettuato in virtù della normativa nazionale di uno Stato membro e tantomeno quando lo scioglimento del vincolo sia dipeso da altre cause ed effettuato attraverso istituti di diversa natura. È lo stesso considerando n. 37 a chiarire che « [...] quando esercita il diritto di recesso dal contratto di acquisto, in virtù del diritto

per il nostro ordinamento¹³⁶, considerato che l'art. 67, 6° comma, cod.cons. già disciplina tale ipotesi rendendola applicabile ad entrambi i casi dei contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali. Va inoltre segnalato che anche l'art. 77 cod.cons. prevede la risoluzione di diritto del contratto di credito per il pagamento del prezzo del contratto di multiproprietà nel caso in cui venga esercitato il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 73 cod.cons.¹³⁷.

La direttiva non disciplina l'ipotesi speculare, ossia quella degli effetti del recesso dal contratto di credito sul contratto d'acquisto del bene o servizio¹³⁸

comunitario, il consumatore non dovrebbe più essere vincolato dal contratto di credito collegato. Ciò non dovrebbe incidere, tuttavia, sulla normativa nazionale applicabile ai contratti di credito collegati qualora un contratto di acquisto sia stato annullato o il consumatore abbia esercitato il diritto di recesso in virtù della normativa nazionale. Dovrebbero altresì essere fatti salvi i diritti garantiti ai consumatori da disposizioni nazionali in virtù delle quali né un accordo tra il consumatore e un fornitore di merci o prestatore di servizi né alcun pagamento tra dette persone possono aver luogo fintantoché il consumatore non abbia firmato il contratto di credito per finanziare l'acquisto dei beni o servizi».

¹³⁶ Pur in assenza di una norma di carattere generale che disciplini la sorte del contratto accessorio rispetto alle vicende di quello principale, vi è chi ha ritenuto ricavabile un principio interpretativo globale dall'art. 34, 1° comma, cod.cons. che richiede l'accertamento dell'abusività di una clausola facendo riferimento anche alle clausole contenute in altro contratto collegato o da cui dipende (cfr. R. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 145 e ss.).

¹³⁷ Va ricordato che la disciplina sul credito al consumo non trova applicazione nel caso di contratti finalizzati «*all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o un immobile costruito o progettato*» (cfr. art. 2, 2° comma, lett. b. della direttiva). Fattispecie che non sembra coincidente con l'acquisto di un diritto di godimento ripartito di beni immobili a meno di non voler seguire quelle ricostruzioni dell'istituto della multiproprietà come forma di comunione (cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Multiproprietà e comproprietà*, in *Rivista trim. dir.e proc.civ.*, 1984, p. 23) o di proprietà temporanea (E. CALÒ-T. CORDA, *La multiproprietà*, Roma, 1984, p. 153 (CALÒ 1984)). Sul punto si segnala la decisione del Tribunale di Bergamo, sezione distaccata di Treviglio, che, nell'accertare la nullità di un contratto di finanziamento con il quale era stata acquistata una multiproprietà, con ordinanza del 13 aprile 2008 ha evidentemente ritenuto applicabile la normativa in materia di credito al consumo (la nullità è stata infatti rilevata ex art. 124, 3° comma, del TUB perché «*il contratto in questione non sembra rispettare il requisito della descrizione analitica dei beni il cui acquisto viene finanziato, mancando l'indicazione sia del periodo di tempo durante il quale la multiproprietà è utilizzabile, sia il luogo di ubicazione della stessa*»). Sempre sull'applicabilità della disciplina del credito al consumo v. Tribunale di Bologna del 12 luglio 2000.

¹³⁸ Il Parlamento aveva proposto l'inserimento di una disposizione in proposito (cfr. art. 16, 2° comma, della la risoluzione legislativa P5_TA(2004) 0297 del 20 aprile 2004, in virtù della quale «*se il consumatore ha receduto in modo valido dall'accettazione di un contratto di credito al consumo, egli non è più vincolato neppure alla sua accettazione di un contratto*

Presenta maggiore interesse il 2° comma dell'art. 15, che disciplina il caso dell'inadempimento o inesatto adempimento da parte del fornitore. Esso infatti prevede che «qualora le merci o i servizi oggetto di un contratto di credito collegato non siano forniti o siano forniti soltanto in parte o non siano conformi al contratto per la fornitura degli stessi, il consumatore ha il diritto di agire nei confronti del creditore se ha agito nei confronti del fornitore o prestatore, senza ottenere la soddisfazione che gli spetta ai sensi della legge o in virtù del contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi».

Pur confermando un regime di responsabilità di tipo sussidiario ¹³⁹, scompare quindi il requisito dell'accordo di esclusiva attualmente previsto dall'art. 42 cod.cons. e dalla corrispondente norma della direttiva 87/102/CEE. Esso, infatti, sembra essere stato sostituito da quello dell'unicità dell'operazione economica, rinvenibile secondo i criteri poc'anzi descritti. La direttiva tuttavia lascia liberi gli Stati membri di stabilire in che misura e a quali condizioni il consumatore possa esperire i rimedi che gli spettano per legge o per contratto. Il riferimento va quindi inteso limitatamente al solo requisito della preventiva azione nei confronti del fornitore e non legittimerebbe i legislatori nazionali a introdurre condizioni di natura diversa e ulteriormente limitanti per il consumatore. Sul

relativo alla fornitura di un bene o di un'altra prestazione collegato al predetto contratto di credito al consumo»). L'indicazione non è tuttavia stata recepita dalla Commissione.

¹³⁹ Qualche dubbio sul punto potrebbe sorgere a seguito della diversa locuzione adoperata dal legislatore comunitario. Nelle versioni in lingua italiana, infatti, la direttiva 87/102/CEE subordina la responsabilità del finanziatore al fatto che il consumatore abbia "proceduto" contro il fornitore mentre la nuova direttiva 08/48/CE richiede che egli abbia "agito" nei confronti dello stesso. Si è già visto che all'atto di recepire la precedente direttiva il legislatore nazionale ha richiesto solamente la preventiva messa in mora; ci si interroga se ora l'espressione "azione" richiami la necessaria instaurazione di un procedimento giudiziale.

Il dubbio pare superato analizzando le versioni in lingua inglese di entrambe le direttive, che al contrario non presentano differenze sul punto e adoperano la stessa espressione, ossia «*the consumer shall have the right to pursue remedies against the creditor if the consumer has pursued his remedies against the supplier but has failed to obtain the satisfaction to which he is entitled according to the law or the contract for the supply of goods or services*». Pertanto, deve ritenersi conforme al diritto comunitario che la legislazione italiana mantenga l'attuale presupposto della preventiva messa in mora. Né il principio della massima armonizzazione può imporre un arretramento della tutela consumeristica attualmente prevista. Ciò pare oltretutto avvalorato dal successivo 3° comma dell'art. 15 che addirittura fa salvi i regimi di responsabilità solidale previsti da alcuni Stati membri.

punto, l'attuale requisito previsto dalla normativa italiana, consistente nella preventiva messa in mora del fornitore, pur non consentendo la configurazione di una responsabilità di tipo solidale non sembra nemmeno eccessivamente lesivo delle prerogative del consumatore, che con un atto di natura stragiudiziale e senza dover attendere i tempi biblici di un'azione giudiziaria potrà senza indugio rivalersi anche nei confronti del finanziatore. La direttiva non prevede inoltre che l'azione esperita nei confronti del finanziatore per l'inadempimento del fornitore debba essere limitata all'ammontare del credito effettivamente concesso, ma sembra che tale limite possa essere previsto dai singoli Stati membri quale condizione (o meglio quale soglia massima) della richiesta risarcitoria.

In proposito, occorre individuare quali azioni possano essere utilmente esperite dal consumatore. Ciò perché troppo spesso non è stata data la corretta attenzione all'interesse che quest'ultimo potrebbe avere alla conservazione del rapporto. Accanto alla risoluzione per inadempimento (del fornitore) e alla conseguente domanda risarcitoria, sembra quindi necessario riconoscere al consumatore il diritto a pretendere il corretto adempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto di vendita. Non sembra quindi potersi escludere che il consumatore interessato all'adempimento da parte del fornitore possa utilmente esperire anche l'eccezione d'inadempimento nei confronti del finanziatore. In tal modo il consumatore potrebbe sospendere il pagamento delle rate in attesa che venga posto rimedio ai problemi sorti nel rapporto di compravendita ¹⁴⁰. Del pari, anche l'azione di riduzione del prezzo fondatamente svolta dal consumatore dovrebbe consentire una corrispondente riduzione dell'obbligo restitutorio del capitale erogato dal finanziatore

In ogni caso, il 3° comma fa salve le norme nazionali che prevedono un regime di responsabilità di tipo solidale ¹⁴¹, rendendo ulteriormente

¹⁴⁰ La soluzione tedesca prevede la facoltà per il consumatore di rifiutare l'effettuazione di ulteriori pagamenti al creditore, senza tuttavia consentire il rimborso di quanto risulti essere già stato corrisposto (cfr. BGH, WM 2006, 1066).

¹⁴¹ È quindi fatta salva la disciplina inglese che rende il finanziatore coobbligato solidale rispetto a qualsiasi azione svolta nei confronti del fornitore.

difficile il raggiungimento di una disciplina armonizzata a livello europeo sul punto. Gli ampi margini di discrezionalità concessi dal legislatore comunitario finiranno infatti col riproporre quelle differenze tra le legislazioni degli Stati membri che la direttiva si prefigge di eliminare ¹⁴².

3.4.6. Le disposizioni relative agli intermediari del credito

La figura dell'intermediario di servizi finanziari ha ricevuto molta attenzione negli ultimi anni ¹⁴³ e, nel settore del credito, è allo studio un'apposita direttiva da approvare in futuro per regolare compiutamente la sua posizione ¹⁴⁴. Frattanto la direttiva 08/48/CE ha anticipato i tempi introducendo alcune norme già applicabili a tale soggetto ¹⁴⁵ anche per il caso di contratti di credito al consumo: gli intermediari sono dunque oggi chiamati a rispettare alcuni specifici obblighi normativi che, peraltro, il legislatore comunitario non ha individuato in via esaustiva ¹⁴⁶, lasciando liberi gli Stati membri di introdurre prescrizioni ulteriori.

¹⁴² In questi termini condivisibilmente si esprime G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, p. 295.

¹⁴³ Agli intermediari assicurativi è stata dedicata la direttiva 2002/92/CE (GU L 9 del 15.1.2003); di quelli del settore dei servizi d'investimento si occupa la MiFiD, direttiva 2004/39/CE, che introduce una serie armonizzata e completa di condizioni di funzionamento, applicabili tanto alle imprese di investimento quanto agli istituti di credito, che regolamentano le relazioni con i clienti quando offrono loro servizi di investimento. Si tratta di una serie di regole sulla condotta delle operazioni, sull'esecuzione al meglio e sulla gestione degli ordini dei clienti, nonché di disposizioni sugli incentivi e il conflitto di interesse.

¹⁴⁴ In proposito si v. il Libro Verde della Commissione sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico (COM (2007)226 def.) che ha promesso l'avvio di uno studio sugli intermediari del credito al fine di analizzare il mercato dell'intermediazione creditizia nell'UE, di esaminare il quadro in cui operano gli intermediari e di valutare un eventuale pregiudizio per i consumatori. Sulla base di tale studio, la Commissione stabilirà quindi se sia necessario proporre un quadro giuridico europeo adeguato.

¹⁴⁵ Si veda quanto già detto – cfr. nota a p. 218 – in merito al rischio che il termine "intermediario" possa essere equivocato alla luce della disciplina nazionale.

¹⁴⁶ È il considerando n. 17 a chiarirlo, laddove precisa che «*la presente direttiva disciplina solo taluni obblighi degli intermediari del credito nei confronti dei consumatori*» e che quindi gli Stati membri dovrebbero pertanto conservare la facoltà di mantenere o introdurre obblighi supplementari a carico degli intermediari del credito, incluse le condizioni in base alle quali un intermediario del credito può ricevere compensi da un consumatore che ne ha richiesto i servizi.

Si è già visto che la definizione di intermediario è tracciata in modo sufficientemente ampio. A norma dell'art. 3, lett. f., infatti, potrà essere considerato tale sia la persona fisica sia quella giuridica che, pur non concedendo o impegnandosi a concedere un credito in prima persona, «*nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale*» e «*dietro versamento di un compenso*» pone in essere alcune attività specificamente individuate. Quest'ultime possono consistere (i) nel presentare o nel proporre contratti di credito ai consumatori; (ii) nell'assistere i consumatori svolgendo attività preparatorie alla conclusione di contratti di credito diverse da quelle di cui al punto precedente; oppure (iii) nel concludere contratti di credito con i consumatori in nome e per conto del creditore.

Ricadranno dunque nella figura dell'intermediario ai sensi della direttiva europea i rappresentanti e gli agenti del creditore, nonché coloro che svolgono attività di brokeraggio per uno o più operatori del credito o anche in via del tutto indipendente¹⁴⁷. Devono altresì ritenersi inclusi i fornitori di beni o prestatori di servizi che agiscono in qualità di rappresentanti o promotori di un diverso soggetto che andrà a finanziare i contratti da essi conclusi con i consumatori¹⁴⁸; si è così voluto contemplare anche il caso del venditore, o del prestatore di servizi, che in virtù di un rapporto di convenzione con il creditore offra ai propri clienti la conclusione di un contratto di credito per il finanziamento degli acquisti da lui stesso promossi. Data l'ampiezza della definizione sembra debbano escludersi

¹⁴⁷ Come chiarito nella prima proposta di direttiva (COM(2002) 443 def.) gli avvocati e i notai non rientrano nella figura dell'intermediario, anche se il consumatore chiede loro consiglio circa la portata di un contratto di credito oppure se lo aiutano a formulare o ad autenticare il contratto, a patto che il loro ruolo si limiti alla consulenza giuridica e che non indirizzino la loro clientela a creditori ben determinati.

¹⁴⁸ Nonostante l'art. 7 della direttiva escluda che gli artt. 5 e 6 si applicano anche ai fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio, il riferimento esclusivo a tali norme lascia intendere che le rimanenti disposizioni relative alla figura dell'intermediario saranno ad essi applicabili. E che pertanto, in via generale, anche fornitori di merci o prestatori di servizi possono essere considerati intermediari.

solamente coloro che non offrono la propria intermediazione nel corso dell'attività professionale svolta e coloro che lo fanno gratuitamente.

Gli intermediari vengono sottoposti innanzitutto ai medesimi obblighi informativi di natura precontrattuale previsti a carico del creditore dagli artt. 5, 1° comma, e 6, 1° comma, della direttiva ¹⁴⁹. Pertanto, qualora il contratto di credito venga stipulato grazie all'intervento di questo soggetto terzo, tutte le informazioni enumerate nei diciannove canoni già descritti dovranno ugualmente essere fornite; così come dovrà essere fornita l'assistenza prescritta dall'art. 5, 6° comma. Nonostante la direttiva nulla dica sul punto, deve quindi ritenersi che, così come avviene per il creditore, l'intermediario che si sia reso inadempiente a tali obblighi potrà essere considerato responsabile per i danni causati al consumatore. Non è chiaro tuttavia, nonostante parte della dottrina abbia interpretato la norma in tal modo ¹⁵⁰, se vi possa essere spazio sempre e comunque per un regime di responsabilità cumulativo e solidale tra il creditore e l'intermediario. La natura dei rapporti che legano questi due soggetti può essere infatti di natura diversa, in ragione della presenza o meno del conferimento del potere di rappresentanza o anche solo di un più generico vincolo contrattuale.

Creditore e intermediario potranno essere chiamati a rispondere in solido dell'inadempimento degli obblighi loro imposti dalla normativa comunitaria qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 2049 cod.civ. Infatti, poiché la responsabilità di natura precontrattuale – almeno nel nostro ordinamento – viene inquadrata nell'alveo della responsabilità

¹⁴⁹ Ma v. quanto chiarito alla nota precedente.

¹⁵⁰ W. MICKLITZ-N. REICH-P. ROTT, *Understanding EU consumer law*, Anversa, 2009, p. 211.

extracontrattuale ¹⁵¹, tale norma potrà essere richiamata se non altro in quei casi in cui vi sia un potere di rappresentanza del creditore in capo all'intermediario. La responsabilità dei padroni e dei committenti, infatti, è considerata applicabile dalla giurisprudenza anche al caso in cui sussista non un rapporto di subordinazione, ma anche solo di mandato; tant'è che sussistendo poteri di rappresentanza la Cassazione l'ha riconosciuta applicabile anche all'agente ¹⁵². Di contro, laddove l'intermediario si trovi ad operare in via autonoma, sembra più difficile poter sommare alla sua responsabilità quella del creditore. Tant'è che dagli obblighi informativi sono espressamente esonerati – *ex art. 7 della direttiva* – gli operatori commerciali che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio.

Particolari norme concernenti gli intermediari sono contenute nell'art. 21, che pone degli obblighi di *disclosure* connessi allo specifico

¹⁵¹ Sembra possibile affermarlo anche dopo le recenti e celebri sentenze della Cassazione n. 26725 e 26724 del 2007 che hanno appurato la sussistenza di responsabilità contrattuale in caso di violazione di obblighi informativi riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento attuate in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria. Proprio il rilievo che tali informazioni, precontrattuali rispetto al negozio esecutivo dell'operazione finanziaria, venissero prescritte in esecuzione di un rapporto contrattuale "quadro" qual è quello del contratto di intermediazione consente di ricostruire la vicenda nei termini delineati dal giudice di legittimità. Per un commento a tali sentenze si v. V. Sangiovanni, Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità, in I Contratti, 2008, 221 ss.; A. Gentili, Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite, in I Contratti, 2008, 393 ss.; D. Maffei, Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere, I Contratti, 403 ss.; V. Mariconda, L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione fra norme di comportamento e norme di validità, in Corr. giur., 2008, 230 ss.; F. Galgano, Il contratto di intermediazione finanziaria, davanti alle Sezioni unite della Cassazione, in Contr. e impr., 2008, 1 ss.; F. Sartori, La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725, in Dir. fall., 2008, II, 1 ss.; F. Greco, Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le sezioni unite, in Resp. civ. prev., 2008, II, 556 e ss.; E. Lucchini Guastalla, Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediari finanziari, ibidem, I, 741 ss.; G. Cottino, La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici, in Giur. it., 2008, 347 e ss.; di G. Gobbo, Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale, in Giur. comm., 2008, II, 356 ss.; F. Bruno-A. Rozzi, Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione, ibidem, II, 612 e ss.

¹⁵² Cfr. Cass. 19 dicembre 1995, n. 12945, secondo cui «l'attività dell'agente, che è un mandatario del preponente, costituisce fonte di responsabilità indiretta del mandante, ai sensi dell'art. 2049 c.c., solo quando l'agente si sia avvalso della sua qualità di rappresentante per consumare l'illecito».

ruolo che viene ad assumere l'intermediario medesimo. In realtà la norma è formulata nel senso di imporre agli Stati membri l'attuazione di provvedimenti volti a garantire il raggiungimento di determinati risultati, che sembrano tuttavia essere sufficientemente specificati. È richiesta innanzitutto, affinché il consumatore sia consapevole dei poteri di rappresentanza concessi dal creditore nonché del tipo di rapporto che lega quest'ultimo all'intermediario, l'indicazione di tali circostanze sia nella pubblicità che nei documenti destinati ai consumatori. Il fatto che l'intermediario lavori a titolo esclusivo con uno o più creditori, oppure a titolo di mediatore indipendente, rileva infatti sulle aspettative che il consumatore viene a nutrire nel momento in cui si rivolge a tale soggetto, in ordine alle capacità e ai limiti della consulenza che quell'intermediario saprà fornirgli, nonché della sua capacità di ricerca della migliore offerta presente sul mercato.

Altro aspetto di particolare rilevanza è quello connesso al compenso da versare all'intermediario, di cui il consumatore deve essere informato e che deve essere approvato dal consumatore medesimo con accordo redatto *«su supporto cartaceo o altro supporto durevole prima della conclusione del contratto di credito»*. Nell'assenza di una espressa sanzione per la violazione della norma, si può supporre che l'omissione di tale comunicazione comporti l'impossibilità per l'intermediario di richiedere il pagamento della provvigione per l'opera prestata, sia essa pecuniaria o di altra natura.

Infine, affinché l'interposizione di un mediatore non vanifichi la corrispondenza al vero delle informazioni precontrattuali fornite al consumatore, è fatto obbligo all'intermediario di comunicare al creditore l'importo del suo compenso affinché questo possa essere inserito tra i costi da computare per l'elaborazione del tasso annuo effettivo globale.

3.4.7. Rimedi, sanzioni e risoluzione delle controversie (artt. 22, 23 e 24)

L'art. 22, 2° comma, conferma quanto già è stato in passato espresso in materi di tutela del consumatore, ossia il carattere irrinunciabile dei diritti

e delle prerogative che la direttiva riconosce e garantisce in capo alla parte debole del contratto. Ne consegue che qualsiasi prassi elusiva, attuata anche attraverso l'adozione di particolari tipi o schemi contrattuali, non dovrà consentire che le disposizioni appena descritte possano restare inattuata.

Anche sotto un profilo internazionalprivatistico, il 4° comma richiede agli Stati membri di adottare le disposizioni necessarie affinché i consumatori non siano privati della tutela accordata dalla presente direttiva a seguito della scelta della legge di uno Stato terzo quale legge applicabile al contratto di credito. Sul punto è bene ricordare che la Convenzione di Roma – e in futuro il nuovo Regolamento “Roma I” – già prevede che la scelta ad opera delle parti della legge applicabile non può aver per risultato di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente « (i) se la conclusione del contratto è stata preceduta in tale paese da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuto nello stesso paese gli atti necessari per la conclusione del contratto o (ii) se l'altra parte o il suo rappresentante ha ricevuto l'ordine del consumatore nel paese di residenza o (iii) se il contratto rappresenta una vendita di merci e se il consumatore si è recato dal paese di residenza in un paese straniero e vi ha stipulato l'ordine, a condizione che il viaggio sia stato organizzato dal venditore per incitare il consumatore a concludere una vendita».

Inoltre, si è già detto – e si è già criticato – come la nuova direttiva in materia di credito ai consumatori nel delineare una normativa armonizzata non si occupi dell'aspetto rimediale connesso alla violazione delle norme civilistiche né di quello sanzionatorio di carattere più marcatamente pubblicistico. L'art. 23, infatti, richiede unicamente che le sanzioni siano efficaci, proporzionate e dissuasive. Nel valutare il raggiungimento di tali obiettivi si dovrà quindi guardare allo scopo della norma e all'interesse che essa intendeva proteggere. Scopo della sanzione sarà quindi proteggere

quell'interesse violato e non trovare la soluzione più logica e coerente con l'intero sistema del diritto privato.

Sotto un profilo attuativo delle sanzioni appena descritte, l'art. 24 della direttiva dà particolare rilievo al crescente bisogno di ricorrere alle procedure alternative di risoluzione delle controversie ¹⁵³. Esso pertanto richiede agli Stati membri di provvedere «*affinché siano predisposte procedure adeguate ed efficaci per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo relative a contratti di credito, eventualmente mediante il ricorso a organismi esistenti*». In proposito va ricordata la recente introduzione nel TUB dell'art. 128bis ¹⁵⁴ – che impone alla sola parte professionale di aderire ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie – e nel Codice del Consumo dell'art. 141 ¹⁵⁵ che generalizza la facoltà di ricorso per entrambe le parti del rapporto alle ADR.

¹⁵³ Sulla conciliazione in generale: CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 694; SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 321; TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti d'interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 779; CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 447; C. PUNZI, «*Conciliazione e tentativo di conciliazione*», in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 327; COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 318; CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.* 2003, V, 165.

¹⁵⁴ V. D. MORGANTE, *Commento all'art. 128 bis del TUB*, in *Codice del Consumo e norme collegate* (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 239.

¹⁵⁵ La disposizione conferisce dignità generale ad una procedura fin'ora prevista solo da norme di settore. Tant'è che il perimetro applicativo ricomprende "tutti i rapporti" (ed è stato sostenuto finanche quelli non disciplinati dal Codice del consumo: P. BARTOLOMUCCI, voce «*Conciliazione extragiudiziale*», in *Dig. disc. civ.*, Milano, 2007, 263) e tutte le tipologie di ADR, con espresso riferimento a quelle telematiche che tanto successo stanno riscontrando nei paesi dove sono state sperimentate.

Capitolo IV

Le prospettive

In considerazione delle molteplici problematiche che l'elaborazione della direttiva 08/48/CE ha sollevato e delle difficoltà che allo stesso modo solleverà in sede di recepimento, devono svolgersi alcune considerazioni conclusive, al fine di offrire ulteriori spunti d'indagine anche nell'ottica dei profili di carattere generale che essa ha lasciato irrisolti.

La prima considerazione riguarda proprio uno degli aspetti non toccati – o quantomeno solo parzialmente affrontati – ossia il problema dell'eccessivo indebitamento del consumatore. Il fenomeno, già all'attenzione di studiosi e delle istituzioni, è divenuto sempre più centrale a seguito della recente crisi finanziaria ed economica, che sta mettendo alla luce tutte le debolezze del sistema bancario e, al contempo, le numerose e crescenti difficoltà per i consumatori di rimborsare il credito erogato in loro favore.

Va peraltro segnalato che con un Parere del 2006 il Comitato economico e sociale europeo aveva già suggerito di inserire la questione del sovraindebitamento delle famiglie nel programma d'azione comunitaria in materia di salute e tutela dei consumatori. E qualche anno prima lo stesso Comitato aveva formulato un Parere sul tema del “sovraindebitamento delle famiglie” che, tra le altre cose, raccomandava alla Commissione di *«prestare una particolare attenzione agli effetti che l'adozione di misure in vari settori delle politiche comunitarie, fra cui il credito al consumo e il credito ipotecario, poteva avere sul nascere o sull'aggravarsi del sovra indebitamento delle famiglie»*.

In proposito, nonostante alcune forme d'intervento fossero state predisposte dalla Commissione, il testo della direttiva riduce la loro portata, in quanto sopprime alcuni specifici obblighi informativi precontrattuali, non vincola più la concessione del credito alla necessaria consultazione delle banche dati pertinenti e affievolisce inoltre l'obbligo di consulenza posto a carico del finanziatore. Il tema del sovrindebitamento viene quindi rimandato ai singoli Stati membri, ai quali viene chiesto di adottare le misure appropriate per assicurare il rispetto del c.d. principio del "prestito responsabile".

La mancata previsione di una disciplina sul punto da parte del legislatore comunitario danneggia in particolare il nostro ordinamento nel quale, contrariamente ad altri Stati europei, manca ad oggi di una nozione giuridica di sovrindebitamento e di tutele apposite per prevenirlo ed eventualmente risolverlo.

In linea generale, si può convenire nel senso che il termine identifica ogni situazione di indebitamento insostenibile rispetto al livello del reddito corrente del debitore-consumatore al quale, pertanto, risulta impossibile far fronte all'insieme dei debiti assunti.

Il fenomeno è quindi per sua natura associato ad un eccessivo ricorso al credito al consumo poiché in questa tecnica di finanziamento viene individuata la causa pressoché esclusiva della sovraesposizione debitoria delle famiglie. In realtà, le cause del sovrindebitamento possono essere diverse e ulteriori, sia perché tale patologia riguarda anche finanziamenti concessi in settori differenti, qual è quello dei mutui per la casa, sia perché esso risulta alimentato non solo da un'elevata propensione al consumo e all'indebitamento da parte dei consumatori, ma anche dal verificarsi di situazioni indipendenti dalla volontà dell'individuo o di fattori congiunturali imprevedibili. L'impossibilità di sostenere il peso dei debiti precedentemente assunti infatti può essere causata da eccezionali quanto frequenti vicende della vita, come il licenziamento, il sopraggiungere di situazioni di malattia o di invalidità, la separazione coniugale.

Sembra quindi che la strada per prevenire l'insorgenza di tale situazione di crisi debba passare attraverso una migliore informazione ed educazione dei consumatori sui rischi connessi alle operazioni di credito al consumo e una più attenta erogazione delle somme da parte dei finanziatori (c.d. sovrindebitamento attivo). Allo stesso tempo appare imprescindibile la previsione e l'adozione di cautele utili e necessarie a scongiurare che il verificarsi di situazioni non preventivabili e indipendenti dalla volontà del debitore e del creditore possa mettere in crisi il patrimonio del debitore (c.d. sovrindebitamento passivo).

Accanto a rimedi di natura preventiva andrebbero inoltre predisposti rimedi e modalità di gestione della situazione di indebitamento laddove divenuta, nonostante le predette cautele, insostenibile. Auspicabile quindi sarebbe l'introduzione anche nel nostro ordinamento di un procedimento di esdebitazione civile idoneo a garantire il risanamento della posizione economica del debitore, attraverso la cancellazione dei suoi debiti. La limitazione della responsabilità patrimoniale ai beni di cui il consumatore è titolare al momento della procedura, infatti, fa sì che il debitore possa, all'esito della stessa, riprendere un ruolo economico attivo. Il principio a cui si ispira una disciplina di questo tipo in tema di insolvenza delle persone fisiche – che si concilia con i meccanismi di c.d. *fresh start* introdotti in altri paesi – appare dunque finalizzato a garantire, quale risultato finale, la liberazione del debitore stesso, malgrado il mancato o parziale soddisfacimento dei creditori.

La procedura di esdebitazione porterebbe quindi alla introduzione di un mercato *favor debitoris* nel sistema della responsabilità patrimoniale delineato dal nostro ordinamento. Non va tuttavia taciuta la circostanza che tale meccanismo favorisce e favorirebbe anche gli stessi istituti finanziari in quanto, a fronte della perdita sopportata, essi non vengono privati di quei clienti che altrimenti resterebbero definitivamente estromessi dal mercato del credito. Grazie all'introduzione di una simile procedura,

l'esigenza del buon funzionamento del mercato interno verrebbe quindi a conciliarsi con ragioni di solidarietà sociale e di tutela dei consumatori ¹.

Proprio il richiamo alle esigenze di mercato sollecita tuttavia una seconda considerazione, relativa alla già trattata “armonizzazione completa” che la direttiva si prefigge e al più generale e ampio processo di armonizzazione del diritto contrattuale europeo proposto per mezzo del *Common frame of reference*.

Si è detto infatti che la scelta operata dalla Commissione di introdurre delle norme in materia di credito al consumo da cui gli Stati membri non possono discostarsi è preordinata ad evitare che le differenze legislative possano ostacolare la piena integrazione del mercato su scala europea. Del pari si è già diffusamente osservato – e a tale parte del presente lavoro si rinvia per maggiori approfondimenti – che la presenza di normative tra loro differenziate rappresenta anche un costo per gli operatori professionali e per i consumatori intenzionati a concludere operazioni transfrontaliere.

Tralasciando ora i dubbi che la scelta della massima armonizzazione pone in punto di effettiva tutela del consumatore, bisogna interrogarsi sull'effettiva idoneità di tale iniziativa a colmare le differenze legislative segnalate e quindi a raggiungere lo scopo per cui essa è stata concepita. La massima armonizzazione, infatti, solleva problemi di politica e tecnica

¹ Va evidenziato che in alcune recenti pubblicazioni (cfr. Olha O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, 2007 e C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2008, p. 24 ss., p. 174 ss) è stato sostenuto che la protezione del contraente debole sia l'effetto della applicazione diretta delle norme “costituzionali” che riconoscono e garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali nel caso di contratti conclusi tra privati o tra i privati e la pubblica Amministrazione. a tali osservazioni può tuttavia essere replicato che, se è vero che la “costituzionalizzazione” del diritto privato può condurre ad una applicazione diretta delle disposizioni che hanno questo oggetto, sembra tuttavia altrettanto vero che la protezione del contraente debole obbedisca a politiche del diritto che si preoccupano non tanto – o non solo – di proteggere i diritti fondamentali ma piuttosto di realizzare finalità di ordine sociale. Del resto, l'asimmetria delle posizioni giuridiche delle parti è corretta persino dal codice civile del 1942 che certamente non aveva come riferimento i diritti fondamentali.

normativa, che coinvolgono innanzitutto l'elaborazione di disposizioni che vogliano e possano essere efficacemente recepite in tutti i Paesi membri e da cui possano trarsi interpretazioni ed applicazioni sostanzialmente coincidenti, con particolare riguardo alla previsione di vincolanti controlli ed adeguate ed effettive sanzioni.

La direttiva 08/48/CE sul credito ai consumatori non sembra aver superato tale esame, avendo ignorato del tutto, ad esempio, la necessaria armonizzazione dei rimedi azionabili in caso di violazione delle sue disposizioni. Tali problemi risultano oltretutto acuiti dalle numerose deroghe ed eccezioni in essa previste e grazie alle quali la clausola minima sembra, a tratti, riaffiorare.

Inoltre, è stato accertato che le divergenze normative che maggiormente rappresentano un ostacolo al mercato unico sono quelle derivanti dalla trasposizione nell'ordinamento nazionale delle norme redatte in sede comunitaria. Ciò in quanto nelle esperienze dei singoli paesi sono radicati concetti, nozioni e istituti tra loro differenti che sopravvivono all'armonizzazione e influiscono sulle modalità di recepimento, di interpretazione e di attuazione delle disposizioni comunitarie.

In definitiva, la massima armonizzazione non risolve di per sé tali problematiche che coinvolgono piuttosto aspetti generali del diritto contrattuale.

Le raccomandazioni impartite dagli studi svolti sul tema ² sottolineano quindi la necessità di pervenire ad una definizione comunemente accettata dei principi e dei concetti applicabili, quantomeno nelle materie oggetto di intervento da parte della Comunità. In tal senso va accolto positivamente il tentativo di riorganizzare e razionalizzare in un unico corpo normativo quanto sinora era rimasto affidato a diverse direttive, così determinando incoerenze e problemi di coordinamento ³.

Di più.

² Si v. il già citato rapporto di H. Schulte-Nolke, *EC law compendium, a comparative analysis*, Università di Bielefeld, 2007.

³ In tal senso va intesa la nuova proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (COM(2008) 614 def. dell'8 ottobre 2008).

Il diritto contrattuale europeo deve oggi essere calato in un panorama più ampio che, accanto alle fonti del diritto in senso proprio, annovera anche iniziative, portate avanti grazie al contributo degli studiosi, finalizzate a elaborare un diritto comune dei principi, dei concetti e dei termini astrattamente applicabili in via generalizzata nei rapporti negoziali tra privati⁴. Un ruolo chiave in tal senso va riconosciuto all'iniziativa *Common frame of reference* che presenta un significativo numero di promettenti novità e sulla quale si nutrono molte speranze⁵.

Essa infatti potrà offrire un importante contributo per il miglioramento, il coordinamento e la semplificazione dell'*acquis communautaire*, attuale e futuro, poiché sarà in grado di fornire sia al legislatore comunitario nella redazione di testi normativi sia a quello nazionale nel momento di recepimento, un vocabolario comune attraverso cui sarà possibile garantire un'applicazione uniforme della normativa comunitaria.

In una prospettiva più ampia, il CFR potrà poi «*constituire la base per ulteriori riflessioni su uno strumento opzionale nel campo del diritto contrattuale europeo*»; anzi, il suo contenuto «*dovrebbe di norma fungere da base per lo sviluppo del nuovo strumento opzionale*».

Da qui a un'armonizzazione del diritto europeo dei contratti il percorso è ancora lungo e impervio. Ma è un percorso che è stato ormai avviato.

⁴ Si v. V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *CTorr. giur.*, 2009, p. 267.

⁵ Per una più completa e diffusa trattazione di tale aspetto si v. G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, II, p. 141 e ss.

Bibliografia

- AA.VV. «Codice del Consumo e norme collegate (a cura di V. CUFFARO)», Milano, 2008.
- AA.VV. «Commentario al Codice del consumo (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO)», Napoli, 2005.
- AA.VV. «Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto (a cura di A. MARINI e C. STOLFI)», Napoli, 1992.
- ADILE, B. «L'esperienza dell'autoregolamentazione», in La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1813.
- AKERLOF, G.A. «The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism», 1970, 84 Q.J.Econ., p. 488.
- ALLEGRI, V. «Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell'ottica della tutela del contraente debole», in Banca borsa e tit. cred., 1987, p. 38.
- ALPA, G. - ANDENAS, M. «Fondamenti del Diritto Privato Europeo», Milano, 2005.
- ALPA, G. - BESSONE, M. «Disciplina giuridica delle carte di credito e problemi di controllo del credito al consumo», in Giur. It., 1976, p. 110.
- ALPA, G. - BESSONE, M. «Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo», in Riv. soc., 1975, p. 1361.
- ALPA, G. - BESSONE, M. «Il consumatore e l'Europa», Padova, 1979.
- ALPA, G. - CONTE, G. «Riflessioni sul progetto di common frame of reference e sulla revisione dell'*acquis communautaire*», in Riv. Dir. Civ., 2008, II. p. 141.
- ALPA, G. - PATTI, S. «Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori», in Commentario al codice civile (a cura di P. SCHLESINGER), Milano, 2003.
- ALPA, G. - ROSSI CARLEO, L. (a cura di) «Commentario al Codice del consumo», Napoli, 2005.
- ALPA, G. - ZATTI, P. (a cura di) «Commentario al codice civile. Leggi complementari», Cedam, Padova, 1995.

- ALPA, G. «Ancora sulla nozione di consumatore», in *I Contratti*, 2001, p. 205.
- ALPA, G. «Commento all'art. 121 T.U.», in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 2001, p. 936
- ALPA, G. «Contratti a distanza. Prime considerazioni», in *Contratti*, 1999, 8-9, p. 851.
- ALPA, G. «Gli usi del termine "consumatore" nella giurisprudenza», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 4.
- ALPA, G. «I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana», in *Contratto e Impresa /Europa*, 2006, p. 1.
- ALPA, G. «I principi generali», Milano, 1993.
- ALPA, G. «Il Codice del consumo, Commento», in *I Contratti*, 2005, p. 1047.
- ALPA, G. «Il codice di comportamento del settore bancario».
- ALPA, G. «Il consumatore e l'Europa», Padova, 1979.
- ALPA, G. «Il diritto dei consumatori», Bari, 2006.
- ALPA, G. «Il diritto privato dei consumi», Bologna, 1986.
- ALPA, G. «L'attuazione della direttiva sul credito al consumo», in *Contratto e Impresa*, 1994, p. 6.
- ALPA, G. «La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo», in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 409.
- ALPA, G. «La direttiva sui mercati finanziari e la tutela del risparmiatore», in *I Contratti*, 2004, p. 743.
- ALPA, G. «La legge sui diritti dei consumatori», in *Corr. Giur.*, 1998, IX, p. 997.
- ALPA, G. «La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche», in *I Contratti*, 1996, I, p. 5.
- ALPA, G. «La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore» Relazione al Seminario su "Banche e mercati italiani nella prospettiva internazionale", S. Marco - Perugia, 19 Marzo 2004.
- ALPA, G. «Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari», in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1784.
- ALPA, G. «Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari», in *I Contratti*, 2003, XI, p. 1045.
- ALPA, G. «Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore», in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, p. 372.
- ALPA, G. «Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, II, p. 465.
- ALPA, G. «Status e capacità–la costruzione giuridica delle differenze individuali», Roma-Bari, 1993.

- ALPA, G. «voce Consumatore (tutela del)», II Diritto della Comunità europea, in Enc. giur. Treccani, vol. VIII.
- ALPA, G. «voce Credito al consumo», in Digesto, disc. priv., sez. civ., Torino, 1989, p. 23.
- ALPA, G. La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche, in I Contratti, 1996, I, p. 5.
- AMAGLIANI, Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti, Napoli, 1999.
- ARENA, R.E. «La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. Suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari», in Giur. merito, 1998, p. 156.
- ASTONE, F. sub Art. 1469-bis, comma 2, in Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (a cura di G. ALPA e S. PATTI), Milano, 1997, p. 106.
- ATYIAH, P.S. «Contract and Fair Exchange», in Atiyah, Essays on Contract, Oxford, 1988.
- ATYIAH, P.S. «The Rise and Fall of the Freedom of Contract», Oxford, 1979.
- BARENghi, A. «I contratti per adesione e le clausole vessatorie», in Trattato di diritto privato europeo (a cura di N. LIPARI), Padova, 2003, p. 323.
- BARENghi, A. «La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile», Napoli, 1996.
- BARTOLOMUCCI, P. «voce Conciliazione extragiudiziale», in Dig. disc. civ., Milano, 2007, p. 263.
- BASTIANON, S. «nota a CGCE, 3 luglio 1997, causa C-269/95», in Resp. civ. e prev., 1998, p. 57.
- BEALE, H. «Inequality of Bargaining Power», 1986, 6 OJLS, p. 123.
- BENACCHIO, G. «Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole», Padova, 2004.
- BENATTI, F. «La responsabilità precontrattuale», Milano, 1963.
- BESSONE, M. «Mercato del credito, credito al consumo, tutela del consumatore», in Foro It., 1980, V, c. 80.
- BIANCA, C.M. «Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore», in Le nuove leggi civili comm., 1997, p. 752.
- BIANCA, C.M. «Diritto civile», Milano, 2000.
- BONAZZI, A. «Clausole vessatorie e tutela del consumatore», in Arch. civ., 2000, VI, p. 737.
- BOODMAN, M. «The Myth of Harmonization of Laws», in Am. journ. comp. law, 1991, p. 701.
- BRAUDEL, F. «La struttura del quotidiano», Torino, 1977.

- BRECCIA, U. «Causa», in *Il contratto in generale*, Torino, 1999, p. 155.
- BRECCIA, U. «Le obbligazioni», Milano, 1991.
- BRUNO, F. - ROZZI, A. «Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione», in *Giur. comm.*, 2008, 3, p. 612-625.
- BUONOCORE, V. «Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali», Milano, 2000.
- BUSSOLETTI, M. «Il coordinamento tra trasparenza bancaria e credito al consumo», in *La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI)*, Milano, 1996, p. 1884.
- CACCAVALE, C. «Commento agli artt. 40-43», in *Commentario al Codice del consumo (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO)*, Napoli, 2005, p. 312.
- CAGNASSO, O. «La somministrazione nel sistema dei tipi contrattuali», in *Trattato di diritto privato (a cura di P. RESCIGNO)*, Obbligazioni e contratti, Torino, 1983, p. 427.
- CALÒ, E. - CORDA, T. «La multiproprietà», Roma, 1984.
- CAMPOBASSO, G.F. «Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana», in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, V, p. 562.
- CAPALDO, P. «Capitale proprio e capitale di credito nel finanziamento dell'impresa», Milano, 1967.
- CAPILLI, G. «La nozione di consumatore alla luce dell'orientamento della consulta», in *I Contratti*, 2003, 7, p. 653.
- CAPOBIANCO, E. «Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori», Napoli, 2000.
- CAPOBIANCO, E. «I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*», in *Dir. banca e merc. fin.*, 2002, I, p. 198.
- CAPONI, R. «La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (“Alternative Dispute Resolution”)», in *Foro it.*, 2003, V, p. 165.
- CAPRIGLIONE, F. (A CURA DI) «La disciplina comunitaria del credito al consumo» Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica, n. 15, Roma, 1987, p. 32.
- CAPRIGLIONE, F. «Borsa (mercati di)», in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, p. 182.
- CARBONE, P. «La trasparenza bancaria e la tutela del risparmiatore», in *Corr. giur.*, 1992, p. 479.
- CARBONE, V. «Si riduce il divario tra direttiva comunitaria e normativa italiana sulla tutela del consumatore», in *Corr. giur.*, 2000, 4, p. 428.
- CARDILLO, M. «L'uso delle “carte di credito” nelle operazioni di credito al consumo», in *La disciplina comunitaria del credito al consumo (a cura di F. CAPRIGLIONE)*, Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica, 15, Roma, 1987, p. 61.

- CARFI, V. «Commento all'art. 127 del TUB», in Codice del Consumo e norme collegate (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 822.
- CARRIERO, A.M. - CASTALDI, G. «Le direttive comunitarie sul credito al consumo», in La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1795.
- CARRIERO, G. «Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo», Torino, 2007.
- CARRIERO, G. «Commento all'art. 124 T.U.», in Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 2001, p. 953.
- CARRIERO, G. «Credito al consumo e inadempimento del venditore, nota a CGCE sez. I 4 ottobre 2007 (causa C-429/05)», in Foro it., 2007, p. 590-593.
- CARRIERO, G. «Il credito al consumo», Banca d'Italia, Quaderni di ricerca, Roma, 1998, p. 48.
- CARRIERO, G. «In tema di determinazione del tasso dell'interesse ultralegale attraverso il rinvio alle condizioni praticate usualmente dalle banche sulla piazza», in Mondo Banc., 1989, p. 53.
- CARRIERO, G. «Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole», in Foro It., 1992, V, p. 359.
- CARRIERO, G. «Trasparenza delle condizioni contrattuali», in Dir. banca e merc. fin., 2003, p. 3.
- CARRIERO, G. «Verso una nuova direttiva sul credito ai consumatori», in www.ambientediritto.it, 2004.
- CASERTA, I. «nota a Cass. 25 luglio 2001, n. 10127», in I Contratti, 2002, p. 338.
- CASSESE, S. La nuova costituzione economica. Bari, 2001.
- CASTRONOVO, C. - MAZZAMUTO, S. (a cura di) «Manuale di diritto privato europeo», Milano, 2007.
- CAVALAGLIO «La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica», Milano, 2006.
- CENDON, P. «Le clausole vessatorie e i contratti aventi ad oggetto le prestazioni di servizi finanziari», in I Contratti in generale, Torino, 2001.
- CERULLI IRELLI, V., «La vigilanza "regolamentare" », in La nuova disciplina dell'impresa bancaria (a cura di U. MORERA e A. NUZZO), Milano, 1996, p. 48.
- CHEREDNYCHENKO, O.O. «Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions», Utrecht, 2007.
- CHIARLONI, «La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute», in Riv. dir. proc., 1996, 694.

- CHIARLONI, «Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale», in Riv. trim. dir. proc. civ., 2000, p. 447.
- CIAN, G. «Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori», in Studium iuris, 1996, p. 414.
- CLARIZIA, R. «Il cliente della banca: fattispecie e tipologie. Disciplina generale in favore», in La nuova disciplina dell'impresa bancaria (a cura di U. MORERA e A. NUZZO), Milano, 1996, p. 131.
- CLARIZIA, R. «La cessione del contratto», in Commentario al codice civile (a cura di P. SCHLESINGER), Milano, 2004
- CLAROTTI, P., in «La concorrenza bancaria, Atti del convegno di Ferrara del 12-13 ottobre 1984» (a cura di L.C. UBERTAZZI), Milano, 1985, p. 338.
- COMOGLIO, L.P. «Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali», in Riv. dir. proc., 2000, p. 318.
- CONLISK, J. «Why bounded rationality?», in Journal of Economic Literature 34, 1996, p. 669.
- CONTI, R. «Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione», in Corr. giur., 2001, p. 522.
- CONTI, R. «nota a CGCE, 20 gennaio 2005, causa C-464/01», in Corr. giur., 2005, p. 1381.
- COPPOTELLI, P. «Le norme sui contratti», in La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1869.
- COREA, U. «Ancora in tema di nozione di “consumatore” e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore», in Giust. civ., 2000, p. 2117.
- COREA, U. «nota a CGCE, 3 luglio 1997, causa C-269/95», in Giust. civ., 1999, I, p. 13.
- COSTA, A. «La riforma della disciplina sul credito ai consumatori», in I Contratti, 2005, VII, p. 721.
- COSTABILE M. - RICOTTA F., «Strategie di marketing del consumatore. Proposizioni di ricerca sul fabbisogno di consumer protection», in Micro & Macro Marketing, 2003, p. 401.
- COTTINO, G. «La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici», in Giur. it., 2008, p. 347.
- CRESCIMANNO V., «I «contratti conclusi con i consumatori nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo», in Europa e dir. priv., 2005, p. 1150.
- CRESCIMANNO, V. «nota a CGCE, 20 gennaio 2005, causa C-464/01», in Europa e dir. priv., 2005, p. 1135.
- CRISCUOLO, L. «L'esercizio abusivo di attività finanziaria: profili giuridici e strumenti di contrasto», in Cass. pen., 1996, IV, p. 1334.

- CUFFARO, V. (a cura di) «Codice del Consumo e norme collegate», Milano, 2008.
- CUFFARO, V. «voce Responsabilità precontrattuale», in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988.
- CUSIMANO, G. – VASSALLO, E. «Credito al consumo: l'esperienza italiana nell'ultimo decennio», in 'Rivista bancaria', 2001.
- D'AMBROSIO, «Commento all'art. 127», in Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1994, p. 634.
- D'AMICO, «Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto», in Riv. dir. civ., 2002, p. 41.
- D'ANGELO, A. «Contratto e operazione economica», Torino, 1992.
- DE CRISTOFARO, G. «Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore» Studium Iuris, 1999: 1199.
- DE CRISTOFARO, G. «Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore, in Studium Iuris, 1999, p. 1199).
- DE CRISTOFARO, G. «Il «Codice del consumo»: un'occasione perduta?» Studium juris, 2005, p. 1137.
- DE CRISTOFARO, G. «Il Consenso del consumatore alla cessione del contratto», in Riv. dir. civ., 1998, II, p. 578.
- DE CRISTOFARO, G. «La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti di credito ai consumatori” », in Riv. dir. civ., 2008, III, p. 267.
- DE LORENZI, «Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico», in Riv. dir. comm., 1999, p. 586.
- DE MARZO, «I contratti a distanza», Milano, 1999.
- DE NOVA, G. - GIUGGIOLI, P.F. - LEO, C. «La multiproprietà. Il D.Lgs. 9 novembre 1998, n. 427», Milano, 1999.
- DE NOVA, G. «Disposizioni varie», in La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1861
- DE NOVA, G. «Il tipo contrattuale», Padova, 1974.
- DE NOVA, G. «L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo», in Riv. trim. dir. proc. civ, 1992, p. 905.
- DE NOVA, G. «Nozione e riserva di attività», in La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1860.
- DE POLI, M., «Gli effetti sul contratto di credito al consumo del recesso da un contratto concluso a distanza o a domicilio», in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, I, p. 15.
- DE POLI, M., «La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti», in Riv. dir. civ., 1994, II, p. 524.

- DELL'AMORE, G. «Il credito al consumo», Milano, 1964.
- DELLACASA, M., «Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile», in *Danno e resp.*, 2005, p. 1241.
- DESARIO, V. «La tutela del consumatore: il ruolo dell'autoregolamentazione», in *Bancaria*, 1996, 3, p. 2.
- DESIDERIO, L. «Banche e società finanziarie nei rapporti di credito al consumo», in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica, 15, Roma, 1987, p. 107.
- DI ANTONIO, M. «Il credito al consumo», Milano, 1994.
- DI DONNA, L. «Obblighi informativi precontrattuali. 1 La tutela del consumatore», 2008, Milano.
- DI GIULIO, M., «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e credito al consumo. Un curioso incidente di percorso», in *Impresa*, 1992, p. 1598.
- DI MAJO, A. «nota a Cass. del 14 luglio 2000, n. 9321», in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1479.
- DI MAJO, A. «Nullità nuove», in *Il contratto in generale* (a cura di M. BESSONE), Torino, 2002, p. 130.
- DI MARZIO F., «Intorno alla nozione di "consumatore" nei contratti», in *Giust. civ.*, 2002, III, p. 688.
- DI MARZIO, F. «Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio, in *Giust. civ.*, 2000, p. 465.
- DI MARZIO, F. «nota a Cass. 25 luglio 2001, n. 10127», in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 685.
- DOLMETTA, A «Due quesiti sull'individuazione della disciplina regolatrice delle operazioni di credito al consumo», in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 159.
- DOLMETTA, A. «Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia», in *Quaderni giuridici della Banca d'Italia*, 1997, 19.
- DOLMETTA, A. «Per l'equilibrio della trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 152/92» *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, p. 391.
- DOLMETTA, A.A. «La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari», in *I Contratti*, 2008, p. 80.
- DOMONT F. – NAERT - P. DEJEMEPPE, «Etude sur le rôle et les activités des intermédiaires de crédit aux consommateurs», 1996.
- DONA, M. «Il codice del consumo: regole e significati», Torino.
- EMONS, W. «Warranties, Moral Hazard, and the Lemons Problem», *Journal of Economic Theory*, 1988, 46 p. 16.

- ENRIQUES, L. «Le tecniche di prevenzione del moral hazard risk nella normativa italiana in tema di intermediazione gestoria» Banca impresa soc., 1996, p. 316.
- EPSTEIN R. A. - BAR-GILL, O. «Consumer contracts: behavioral economics vs. neoclassical economics», in New York University Law and Economics Working Papers, New York, 2007, Paper 91.
- ERMINI, M. «Commento all'art. 73 del Codice del Consumo», in Codice del Consumo e norme collegate (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 443.
- FABII, L. «Ambito di applicazione della direttiva sul credito al consumo», cit., p. 55.
- FARINA, V. «La determinazione giudiziale del credito "bancario" in conto corrente» in Banca borsa e tit. cred., 1999, p. 369.
- FERRANDO, G. «Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti», in Riv. dir. comm., 1991, p. 597.
- FERRARA, C. «Note in tema di vigilanza della Banca d'Italia e tutela del consumatore», in Foro amm. CDS, 2003, VII-VIII, p. 2458.
- FERRARI, F. «Clausola derogativa della competenza, vessatorietà ex art. 1469-bis c.c. e trattativa individuale», in Giudice di pace, 2000, p. 128.
- FERRI, G.B. «Forma e autonomia negoziale», in Quadrimestre 1987, p. 313.
- FERRI, G.B. «Il negozio giuridico fra libertà e norma», Rimini, 1987.
- FILOTTO U. - GIANNASCA, «Credito al consumo: qualità del credito e gestione del rischio», in Banche e banchieri, 1996, p. 241.
- FILOTTO, U. «Mito e realtà del credito al consumo (e qualche ipotesi per il domani)», in Bancaria, 2002, 9, p. 55.
- FIORIO, P. «nota a Cass. 25 luglio 2001, n. 10127», in Giur. it., 2002, p. 543.
- FORTUNATO, S. I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive, in Dir. banc., 1996, I, p. 27.
- FRANZONI, M. (a cura di) «Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali, Milano, 1988.
- FRANZONI, M., Il contratto e i terzi, in I contratti in generale (a cura di E. GABRIELLI), Torino, 2006, p. 1242.
- FRISULLO, A. «Commento all'art. 126», in Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1994, p. 632
- GABRIELLI, E. «Il contratto e l'operazione economica», in Riv. dir. civ., 2003, p. 93.
- GABRIELLI, E. «Sulla nozione di consumatore», in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, p. 1162.
- GAGGERO, P. «A proposito della definizione di "cliente della banca" », in Econ. e dir. terz., 1996, p. 771.

- GAGGERO, P. «Commento all'art. 123», in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1995, p. 566.
- GAGGERO, P. «Commento all'art. 126 del TUB», in *Commentario breve al codice civile* (a cura di G. ALPA e P. ZATTI), Padova, 2000, p. 1917.
- GAGGERO, P. «Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo», in *Contratto e Impresa /Europa*, 1996, p. 622.
- GAGGERO, P. «Disciplina del jus variandi nel Testo unico bancario», in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori* (a cura di C.M. BIANCA e G. ALPA), Padova 1996, p. 417.
- GAGGERO, P. «La modificazione unilaterale dei contratti bancari», Padova, 1999.
- GAGGERO, P. *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Padova, 1995, p. 388.
- GALGANO, F. «Degli effetti del contratto», in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, p. 58.
- GALGANO, F. «Il contratto di intermediazione finanziaria, davanti alle Sezioni unite della Cassazione», in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1.
- GALGANO, F. «Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte», in *Contratto e impresa*, 1997, p. 417.
- GALLO, G. «Commento all'art. 126», in *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (a cura di F. CAPRIGLIONE), Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica, n. 15, Roma, 1987, p. 964.
- GAMBARO, M., «Consumo e difesa dei consumatori. Un'analisi economica», Roma-Bari, 1995.
- GAMBINI, M. «Fondamento e limiti dello ius variandi». Napoli, 2000.
- GARDELLA TEDESCHI, voce "mutuo" in *Digesto, dir. civ.*, vol. IV, Torino, 1994, p. 543
- GATT, L. «Commento all'art. 1469-bis 2° comma – Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista», in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 803.
- GATT, L. «Commento all'art. 1469-bis, 3° comma, n. 17», in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* (a cura di G. ALPA-S. PATTI), Milano, 1997, p. 422.
- GATT, L. «L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie», in *Giust. civ.*, p. 2341.
- GELPI, R.M. - JULIEN LABRUYÈRE, F. «Storia del credito al consumo», Bologna, 1994
- GENTILI, A. «Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite», in *I Contratti*, 2008, IV, p. 393.

- GENTILI, A. «Il Codice del Consumo ed esprit de geometrie» I Contratti, 2006: 159.
- GENTILI, A. «L'inefficacia del contratto telematico», in Riv. dir. civ., 2000, p. 747.
- GENTILI, A. «Le invalidità», in I contratti in generale (a cura di E. GABRIELLI), Torino, 1998, II, p. 1255.
- GENTILI, A. «Nullità, annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)», in I Contratti, 2003, p. 200.
- GERSANI, A. PELUCELLI, A. «Il mercato del credito al consumo», in Banche e Banchieri, 1998, III, p. 261.
- GHIDINI, G. «Introduzione allo studio della pubblicità commerciale», Milano, 1968.
- GIAMPETRAGLIA, R. «Commento all'art. 65», in Commentario al Codice del Consumo (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 469.
- GIAMPETRAGLIA, R. «Il diritto di recesso nel codice del consumo», in Notariato, 2007, I, p. 79.
- GIARDINA, «Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale», Milano, 1993.
- GILMORE, G. «The Death of Contract», Columbus, 1974.
- GIOIA, «Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato», in Corr. giur., 1999, p. 602.
- GIOIA, «Nuove nullità relative a tutela del contraente debole», in Contr. impr., 1999, p. 1333.
- GOBBO, G. «Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale», in Giur. comm., 2008, II, 356.
- GORGONI, M. «Il credito al consumo», Milano, 1994.
- GORGONI, M., «Credito al consumo e leasing traslativo al consumo», in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1992.
- GRANATA, E. «Il credito ai consumatori: tendenze della disciplina comunitaria e impatto sulla normativa italiana», in Bancaria, 2006, 6, p. 43.
- GRANATA, E. «Il fenomeno della concessione di credito» Le Società, 2007, p. 449.
- GRANATA, E. «La proposta di direttiva sul credito al consumo: il punto di vista della banche europee» Bancaria, 2003, IV, p. 46.
- GRANIERI, M. «Brevi note sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza», in Foro it., 2000.
- GRANIERI, M. «Clausole vessatorie tre anni dopo», in Danno e responsabilità, 2000, p. 82.
- GRATANI, A. «nota a CGCE, 3 luglio 1997, causa C-269/95», in Dir. com. scambi internaz., 1997, IV, p. 510.

- GRECO, F. «Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le sezioni unite», in *Resp. civ. prev.*, 2008, II, p. 556.
- GRECO, F. «Profili del contratto del consumatore», Napoli, 2005.
- GRISI, G. «Gli oneri e obblighi di informazione», in *I contratti in generale* (a cura di G. ALPA e M. BESSONE), Aggiornamento, I, Torino, 1999, p. 717.
- GRUNDMANN, «Party Autonomy for the Internal Market – the Role of Information», in *CML Rev.*, 2002, 39.
- GUARINO, A. «nota a Cass. 5 giugno 2007, n. 13083» in *I Contratti*, 2008, III, p. 254.
- GUARINO, G. «L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936», in *Riv. banc.*, 1995, III, p. 20.
- HAYEK, F.A. «Economics and Knowledge», in *Economica*, 1937, 4, p. 33-54.
- HAYEK, F.A. «The Use of Knowledge in Society», in *AER*, 1945, 35, p. 519-30.
- HAYEK, F.A. «Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy», II, *The Mirage of Social Justice*, Chicago, 1976.
- HAYEK, F.A. «The use of knowledge in society», 35 *Am. Econ. Rev.*, 1945, p. 519.
- IACOBELLI, S. - PINELLI, V. «La pubblicità delle condizioni», in *La nuova legge bancaria* (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1828.
- IRTI, N. «Formalismo ed attività giuridica», in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 1.
- IRTI, N. «Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo», Milano, 1985.
- IRTI, N. «Studi sul formalismo negoziale», Padova, 1997.
- JANNARELLI, A. «La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori», in *Trattato di diritto privato europeo* (a cura di N. LIPARI), II, Padova, 2003, p. 489.
- KOROBKIN, ULEN, «Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics», in *Calif. L. Rev.*, 2000, 88.
- KREPS, D.M. «Bounded Rationality», in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (a cura di NEWMAN), I, 1998, p. 168.
- LA ROCCA, D. «Credito al consumo e sistemi di finanziamenti», in *Pol. dir.*, 1980, p. 432.
- LANDO, O. «Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium», in *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile* (a cura di G. ALPA e R. DANOVI), Quaderni Rassegna Forense 11, Milano, 2003, p. 66.
- LEA, M.J. – WELTER, R. - DÜBEL, A. «Study on the mortgage credit in the European Economic Area. Structure of the sector and application of the rules in the directives 87/102 and 90/88».

- LENER, R. «Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (Prime note sul “neoformalismo” negoziale)», in Banca borsa e tit. cred., I, 1990, p. 777.
- LENER, R. «Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario», Milano, 1996.
- LENER, R. «La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori», in. Foro it., 1996, V, p. 145.
- LENER, R. «Trasparenza bancaria e modelli di tutela del cliente nel Testo Unico del credito», in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale (a cura di G. Alpa-M. Bessone), I contratti in generale, II, Torino, 1999, p. 1166.
- LIPARI, N. (a cura di) «Trattato di diritto privato europeo», II, Padova, 2003.
- LIPARI, N. «Fonti del diritto e autonomia privata», in Riv. dir. civ., 2007, I, p. 727.
- LOBUONO, M. «Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore», in Le vendite aggressive (a cura di A. JANNARELLI), Napoli, 1995, p. 140.
- LOBUONO, M., LORIZIO, M., «Credito al consumo e sovrindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici», Torino, 2007.
- MACARIO, F. «Commento all’art.124 T.U.», in Commentario alle Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo (a cura di N. LIPARI), in Nuove leggi civ. comm., 1994, p. 813.
- MACARIO, F. «Commento all’art. 121 T.U.», in Commentario alle Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo (a cura di N. LIPARI), in Nuove leggi civ. comm., 1994, p. 771.
- MACARIO, F. «Note introduttive», in Commentario alle Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo (a cura di N. LIPARI), in Nuove leggi civ. comm., 1994, p. 748.
- MACARIO, F. «Profili generali», in Diritto privato europeo (a cura di N. LIPARI), Padova, 1997, p. 827.
- MACARIO, F., «Forme di tutela del consumatore debitore», in Credito al consumo e sovrindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici (a cura di M. LOBUONO e M. LORIZIO), Torino, 2007.
- MACRÌ, C. «Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al D. Lgs. 15 gennaio 1992, n. 50)», Torino, 1998.
- MAFFEIS, D. «Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469-bis e ss. c.c.», in I Contratti, 2000, p. 448.
- MAFFEIS, D. «Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere», in I Contratti, p. 403.
- MAFFEIS, D. «Forme informative, cura dell’interesse ed organizzazione dell’attività nella prestazione dei servizi di investimento», in Riv. dir. priv., 2005, p. 575.

- MAFFEIS, D. «Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito ai consumatori», in *I Contratti*, 2005, p. 16.
- MAGGIOLO, «Il contratto predisposto», Padova, 1996.
- MAISANO, A «Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto delle banche al diritto bancario», Milano, 1993.
- MAK, C. «Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England», Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2008.
- MANETTI, M. «voce Autorità indipendenti», in *Enc. del dir.*, vol. VIII, Milano.
- MANTOVANI, R. «Il credito al consumo», Milano, 1992.
- MARICONDA, V. «L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione fra norme di comportamento e norme di validità», in *Corr. giur.*, 2008, p. 230.
- MARLETTA, G. «Operazioni bancarie e trasparenza», in *Dir. fall.*, 1995, I, p. 274.
- MARZIO, F. DI. «Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti», in *Giust. civ.*, 2002, III, p. 688.
- MASUCCI, S.T. «Commento all'art. 125, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385», in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 831.
- MAZZAMUTO, S. «Il credito al consumo», in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO), Milano, 2007.
- MAZZAMUTO, S. «L'inefficacia delle clausole abusive», in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 45.
- MAZZONI, C.M. – NIGRO, A. (a cura di) «Credito e moneta», 1982.
- MCCRACKEN, «The history of consumption: a literature review and consumer guide», in *Journal of Consumer Policy*, 10, 1987.
- MCKENDRICK, H. «Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In», in *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practise* (a cura di S. VOGENAUER e S. WEATHERILL), Oxford e Portland, 2006, p. 21.
- MENGONI, L. «Autonomia privata e Costituzione», in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1.
- MENGONI, L. «L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?», in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 520.
- MENGONI, L. «Sulla natura della responsabilità precontrattuale», in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 356.
- MESSINA, M. «“Libertà di forma” e nuove forme negoziali», Torino, 2004.

- MESSINEO, F. «voce Contratto (dir. privato)», in Enc. del dir., vol. IX, Milano, 1961.
- MICKLITZ, H.W. - RADEIDEH, M. «CLAB Europa – The European Database on Unfair Terms in Consumer Contracts», in Journal of Consumer Policy, 2005, 28, p. 325.
- MICKLITZ, H.W. - REICH, N. - ROTT, P. «Understanding EU consumer law», Anversa, 2009.
- MINERVINI, E. «Dei contratti del consumatore in generale», Torino, 2006.
- MINERVINI, E. «La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)», in Banca, borsa e tit. cred., 1997, I, p. 96.
- MINERVINI, E. «Tutela del consumatore e clausole vessatorie», Napoli, 1999, p. 41.
- MONATERI, P.G. «La responsabilità contrattuale e precontrattuale», Torino, 1998.
- MORERA, U. «Sulla nozione di "cliente della banca" », in Vita not., 1995, p. 590.
- MORGANTE, D. «Commento all'art. 125 del TUB», in Codice del Consumo e norme collegate (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 815.
- MORGANTE, D. «Commento all'art. 127 del TUB», in Codice del Consumo e norme collegate (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 829.
- MORGANTE, D. «Commento all'art. 128 bis del TUB», in Codice del Consumo e norme collegate (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 239.
- MUCCIOLI, G. «Intermediazione finanziaria e strumenti di tutela degli investitori», in Nuova giur. civ. comm., 2006, p. 1254.
- NAPOLETANO, G. «Il regime speciale delle aperture di credito in conto corrente», in La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1886.
- NATOLI, U. «L'attuazione del rapporto obbligatorio», in Tratt. dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 14.
- NEGRO, E.M. «Regole di condotta degli intermediari finanziari: gli obblighi di informazione», in Giur. comm., 2005, II, p. 489.
- NIGRO, A. «Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche», in Diritto della banca e del mercato finanziario, 1998, p. 511.
- NIGRO, A. «Interessi ultralegali e condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza», in Dir. banca merc. finanz., 1988, I, p. 528.
- NIGRO, A. «La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive», in Dir. banca merc. finanz., 1992, I, p. 422.
- NIGRO, A. «La nuova normativa sulla trasparenza bancaria», in Dir. della banca e del mercato finanziario, I, 1993, p. 575.

- NUZZO, M. «Commento all'art. 36 "Nullità di protezione" », in Commentario al Codice del Consumo (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 255.
- NUZZO, M. «I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto», in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 308.
- NUZZO, M. «Commento all'art. 36 "Nullità di protezione" », in Commentario al Codice del Consumo (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 255.
- NUZZO, M. «I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto», in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 308.
- ONIDA, P. «Economia d'azienda», Torino, 1977.
- OPPO, G. «I contratti di durata», in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143; *ed ibidem*, 1944, I, p. 18; ora in *Idem*, *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992
- OPPO, G. «L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993», in *Clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori* (a cura di C.M. BIANCA e G. ALPA), Padova, 1994, p. 6.
- OPPO, G. «Presentazione», in *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 15, luglio 1987, p. 12.
- ORESTANO, A. «nota a CGCE, 3 luglio 1997, causa C-269/95», in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 335.
- ORESTANO, A. «Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore», in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 1179.
- PALMIERI, A. «Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale», in *Foro it.*, 2003, p. 337.
- PARDOLESI, R. - PACCES, A. «Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (e alle incongruenze) della nuova disciplina», in *Diritto Privato*, 1996, Padova, 1996, p. 377-426.
- PARDOLESI, R. «Per una nuova sintesi: verso un mercato *consumer oriented*», in *Dir. cons.*, 1997, p. 64.
- PASSAGNOLI, G. «Nullità speciali», Milano, 1995.
- PATTI, S. «Della prova documentale», in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1996.
- PATTI, S. «La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove, a proposito del Trib. Roma, 21 gennaio 2000», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, V, p. 513.
- PATTI, S. «Tolleranza (atti di)», in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 701.
- PERLINGERI, P. «Forma dei negozi e formalismo degli interpreti», Napoli, 1987.
- PIEPOLI, G. «Il credito al consumo», Napoli, 1974.

- PIETRAFORTE, T. «Commento agli artt. 40-42», in Codice del Consumo e norme collegate (a cura di V. CUFFARO), Milano, 2008, p. 239.
- PINELLI, V. «Il Tasso Effettivo Annuo Globale (TAEG): definizione, scopo; metodo di calcolo», in La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996, p. 1867.
- PLAIA, A. «Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità», Foro it. 2003, p. 340.
- PONTOLILLO, V. «Il credito al consumo e le attività parabancarie», in Quaderni di ricerca giuridica, Banca d'Italia, 15, 1987.
- PORZIO, M. «L'accordo interbancario sulla trasparenza», in Dir. banca merc. finanz., 1990, I, p. 374.
- PRINCIGALLI, A. «Il consumatore e l'operatore commerciale», in Le vendite aggressive (a cura di A. JANNARELLI), Napoli, 1995, p. 55.
- PUNZI, «Conciliazione e tentativo di conciliazione», in Enc. dir., Agg., IV, Milano, 2000, 327.
- PUTTI, P.M. «L'invalidità del contratto», in Diritto privato europeo (a cura di N. LIPARI), Padova, 1997, p. 691.
- PUTTI, P.M. «La nullità parziale: diritto interno e comunitario», Napoli, 2002.
- PUTTI, P.M. «voce Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)», in Dig. disc. priv., sez. civ., aggiornamento, Torino, 2000, p. 685.
- RAVAZZONI, A. «La formazione del contratto», Milano, 1966.
- REICH, N. «Competition between Legal Orders: a new Paradigm of EC Law?», in Comm. mark. law rev., 1992, p. 861.
- REICH, N. «Il consumatore come cittadino - Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione Europea», in Nuova giur. civ. comm., II, p. 351.
- REIFNER, U. - DOMONT-NAERT F. - LACOSTE, A.C. «Etude sur le problème de l'usure dans certains états membres de l'espace économique européen», Louvain-la-Neuve, 1997.
- RESCIGNO, P. «“Trasparenza” bancaria e diritto “comune” dei contratti», in Banca borsa, tit. cred., 1990, I, p. 297.
- RICCIO, «La clausola generale di buona fede è dunque un limite generale all'autonomia contrattuale», in Contratto e impresa, 1999, p. 21.
- RINALDI, F. «nota a CGCE, 3 luglio 1997, causa C-269/95» in Nuova giur. civ. comm., 1998, I, p. 344.
- RIZZINI BISINELLI, S. «Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica (Commento a Trib. Ferrara, 25 febbraio 2005)», in Società, 2006, p. 203.
- RODDI, G. «I finanziamenti al consumatore», Milano, 1994.
- RODDI, G. «Il contratto di credito al consumo», in Società e diritto, 1994, 6.

- RODDI, G. «Il contratto di revolving», in *Società e diritto*, 1993, 10.
- RODDI, G. «Il costo del finanziamento al consumo nell'ordinamento italiano», in *Società e diritto*, 1993, 6.
- RODDI, G. «Il credito al consumo: tipologie contrattuali, soggetti, aspetti tributari», Milano, 1999.
- RODDI, G. «Il prestito finalizzato nel credito al consumo», in *Società e diritto*, 1993, 4.
- RODDI, G. «Le società finanziarie», Milano, 1999.
- RODDI, G. «Sul collegamento negoziale nel prestito finalizzato», in *Impresa*, 2002, p. 219.
- RODOTÀ, S. «Codici», Milano, 2002.
- RODOTÀ, S. «Le fonti di integrazione del contratto», Milano, 1969.
- ROMAGNOLI, G. «Clausole vessatorie e contratti d'impresa», Padova, 1997.
- ROPPO, V. - AFFERNI, G. «Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale», in *Danno e resp.*, 2006, p. 25.
- ROPPO, V. «Il contratto», Milano, 2001.
- ROPPO, V. «La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)», in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896.
- ROPPO, V. «Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico», in *Corr. giur.*, 2009, p. 267.
- ROSSI CARLEO, L. «Commento all'art. 4», in *Commentario al Codice del consumo*, (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005.
- ROSSI CARLEO, L. «Commento all'art. 5», in *Commentario al Codice del consumo*, (a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO), Napoli, 2005, p. 125.
- ROSSI CARLEO, L. «Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo», in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349.
- ROSSI CARLEO, L. «La codificazione di settore: il codice del consumo», in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 879.
- ROSSI CARLEO, L., «Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato?», in *Rass. di dir. civ.*, 1992, p. 751.
- ROSSI CARLEO, L., «Il Diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici», in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 129.
- ROTT, P. «Maximum Harmonisation and Mutual Recognition versus Consumer Protection: The Example of Linked Credit Agreements in EC Consumer Credit Law» *European Legal Forum*, 2006, II-III, p. I-65.
- ROVELLI, «La responsabilità precontrattuale», in *Tratt. dir. priv. diretto da Bessone*, XIII, II, Torino, 2000, p. 201.

- RUFFOLO, U. (a cura di) «Clausole vessatorie e abusive. Gli artt. 1469 bis e ss. e i contratti», Milano, 1997.
- SACCO, R. «Il contratto», Torino, 2004, p. 17.
- SACCO, R. «La conclusione dell'accordo», in I contratti in generale (a cura di E. GABRIELLI), Torino, 2002.
- SALVADORI, F. La nozione di consumatore in relazione agli acquisti a scopi promiscui, in I Contratti, 2008, 8-9, p. 845.
- SANGIOVANNI, V. «Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità», in I Contratti, 2008, p. 221.
- SANNA, P. «Considerazioni a margine del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza», in Resp. civ. prev., 2000, I, p. 483.
- SANNIA, M. «Commento all'art. 1469 bis comma 2», in Clausole vessatorie e contratto del consumatore (a cura di E. CESARO), Padova, 1998, p. 81.
- SANTONI, G. «Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006», in Banca, borsa e tit. cred., 2007, 1, p. 258.
- SANTONOCITO, G. «Gli intermediari interessati», in La nuova legge bancaria (a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI), Milano, 1996.
- SANTORO PASSARELLI, G. «Dottrine generali del diritto civile», Napoli, 1981.
- SANTORO PASSARELLI, G. «Multiproprietà e comproprietà», in Rivista trim. dir. e proc. civ., 1984, p. 23.
- SARTORI, F. «La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725», in Dir. fall., 2008, II, p. 1.
- SCALISI, V. «L'invalidità e l'inefficacia», in Manuale di diritto privato europeo (a cura di S. MAZZAMUTO), Milano, 2007, p. 476.
- SCHULTE-NOLKE, H. «EC law compendium, a comparative analysis», Università di Bielefeld, 2007.
- SCOGNAMIGLIO, R. «Dei contratti in generale, Artt. 1321-1352», in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 1970.
- SECKELMANN, R. «Methods of calculation, in the European economic area, of the annual percentage rate of charge», final report 31 october 1995.
- SICCHIERO, G. «Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento», in Giur. it., 2006, p.1602.
- SILVESTRI, «Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie», in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, p. 321.
- SIMON, H. «Models of Man», New York, 1957.
- SIMONETTO, «voce Mutuo», (I), in Enc. giur. Treccani, vol. XX, Roma 1990.
- SINESIO, D. «Il credito al consumo (problemi e prospettive nella realtà italiana)», in Studi Senesi, 1980, p. 345.

- SIRENA, P. «Controllo giudiziale e controllo amministrativo dei contratti stipulati dai consumatori», in Banca borsa e tit. cred., 2001, I, p. 469.
- SIRENA, P. «Il jus variandi della banca dopo il c.d. decreto legge sulla competitività», in Banca borsa e tit. cred., 2007, I, p. 276.
- STANGHELLINI, L. «Il credito “irresponsabile” alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela», in Le Società, 2007, p. 395.
- STESURI, A. «I contratti di credito al consumo tra jus variandi e trasparenza», in I Contratti, 2003, III, p. 301-307.
- TAGLIENTI, C. «Cessione del credito e tutela del consumatore», Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica, XV, Roma, 1987, p. 141.
- TARUFFO, M. «Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti d'interesse», in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, p. 779.
- THAL, S.N. «The Inequality of Bargaining Power Doctrine – The Problem of Defining Contractual Unfairness», 1988, 8 OJLS, p. 17.
- TICOZZI, M. «Violazione di obblighi informativi e sanzioni», in Contratti, 2007, 4, p. 363.
- TIDU, A. «Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo» Banca, borsa e titoli di credito, 1992, I, p. 405.
- TIDU, A. «La direttiva comunitaria sul credito al consumo», in Banca, borsa e titoli di credito, 1987, p. 727.
- TRABUCCHI, A. «Il dolo nella teoria dei vizi del volere», Padova, 1937.
- TRIPODI, E.M. - BELLI, C. «Codice del consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206», Rimini, 2006.
- UBERTAZZI, L.C. «Credito bancario al consumo e direttiva CEE: prime riflessioni», in Giur. comm., 1988, II, p. 328.
- VALENTINO, D. «Obblighi di informare, contenuto e forma negoziale», Napoli, 1999
- VALENTINO, D. «Obblighi di informazione e vendite a distanza», in Rass. dir. civ., 1998, p. 381.
- VAN DEN BERGH, R. «Forced Harmonization of Contract Law in Europe: Not to be Continued», in An Academic Green Paper on European Contract Law (a cura di S. GRUNDMANN e J. STUYCK), The Hague, 2002, p. 249.
- VEBLEN, T. «Teoria della classe agiata», Torino, 1949.
- VETTORI, G. «Il contratto e i rimedi», Padova, 2008.
- VEZZANI, P. «La disciplina comunitaria del credito al consumo e la legge italiana. Analogie e divergenze», in Il Risparmio 1994. - ABI, Consumer Credit 2002, Roma, 26 febbraio 2002.
- VILLA, G. «Contratto e violazione di norme imperative», Milano, 1993.

- WAGNER, H. «Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty: The Example of the European Union», in *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives* (a cura di J. SMITS), Groningen, p. 25.
- WILHELMSSON, T. «European Contract Law Harmonization: Aims and Tools», in *Tul. J. Int'l & Comp. Law*, 1993, 1, p. 35.
- WILHELMSSON, T. «Pre-contractual information duties in the acquis communautaire», in *European Review of Contract Law (ERCL)*, 2006, 2, p. 465.
- ZAGREBELSKY, G. «Il diritto mite», Torino, 1993.
- ZENO ZENCOVICH, V. «voce Consumatore (tutela del)», *I Diritto Civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII.
- ZENO-ZENCOVICH, V. - PAGLIETTI, M.C. «Verso un “diritto processuale dei consumatori”?», in corso di pubblicazione su *Nuova Giur. civ. comm.* (2009).
- ZENO-ZENCOVICH, V. «Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)», in *Giur. it.*, 1992, p. 68.
- ZICCARDI, G. «Il “Consumer Credit Act” inglese del 1974: prime impressioni», in *Giur. It.*, 1978, IV, p. 20.

*

Banca d'Italia, *Relazione annuale 2007*.

Rapporto CENSIS del 2007.

Rapporto dell'Osservatorio sul Credito al Dettaglio, realizzato da ASSOFIN, CRIF e Prometeia, e presentato a Milano il 17 gennaio 2008.

ABI, *Consumer Credit 2007*.