



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport

Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"

Dottorato di ricerca in Diritto Privato - XXIV Ciclo - IUS 01

**VERIFICA DEL MERITO CREDITIZIO,
RESPONSABILITÀ DEL FINANZIATORE E
“INDEBITAMENTO INCAUTO”**

Tesi di Dottorato della:

Dott.ssa Maria Margiotta

Tutor:

Ch.ma Prof.ssa Giuseppa Palmeri

Coordinatore:

Ch.ma Prof.ssa Rosalba Alessi

Indice

Introduzione

Capitolo I: **La nuova direttiva sul credito ai consumatori**

1. I contratti di credito ai consumatori: natura e funzione p. 8
2. La direttiva 2008/48/Ce: armonizzazione massima e tutela del mercato p. 18
3. Le novità introdotte dalla nuova disciplina p. 26
4. La fase preliminare alla conclusione del contratto: le informazioni pubblicitarie p. 45
5. Le informazioni precontrattuali “in senso stretto” p. 52

Capitolo II: **Gli obblighi di informazione tra comunicazione standardizzata e prestito responsabile**

1. La standardizzazione dell’informazione precontrattuale p. 58
2. Obbligo di informazione o obbligazione di assistenza/consulenza? p. 61
3. Informazione e valutazione della solvibilità del prestatario: gli interrogativi posti alla Corte di Giustizia dell’Unione europea p. 63
4. Fase precontrattuale e obbligo di verifica del merito creditizio p. 65

Capitolo III: **La verifica del merito creditizio e la responsabilità del finanziatore**

1. La verifica del merito creditizio e la “responsabilizzazione” del finanziatore: il problema dell’inquadramento p. 76
2. L’incerta classificazione dell’art. 124 *bis* tra le regole (prudenziali) cui sono tenuti gli operatori bancari p. 84
3. Il *bonus argentarius* ed il contenimento del rischio di credito: il dibattito sulla concessione abusiva di credito alle imprese p. 94
4. Verifica del merito creditizio e obblighi informativi del finanziatore, tra moduli *standard* e informazioni *personalizzate* p. 102
5. Verifica del merito creditizio e obbligo di assistenza/consulenza p. 110
6. L’accostamento alla disciplina sui servizi di investimento p. 116
7. La responsabilità del finanziatore (e del gestore della banca dati): il dovere di informarsi ed i sistemi di referenza creditizia p. 121

8. Le informazioni false date dal consumatore	p. 129
9. La concessione di credito a soggetti immeritevoli e la responsabilità del finanziatore. Possibili soluzioni	p. 132
10. La responsabilità “da contatto sociale”	p. 143
11. Responsabilità del finanziatore e obbligazione restitutoria del debitore	p. 145
12. Mancato (o negligente) apprezzamento del merito creditizio e squilibrio in danno del consumatore delle condizioni contrattuali: la verifica del merito creditizio nel Consumer Credit Act inglese	p. 151
13. Responsabilità da “contatto sociale” e diritti dei creditori insoddisfatti del prestatario	p. 159

Capitolo IV: La responsabilità del finanziatore alla luce della nuova disciplina sul sovraindebitamento del consumatore introdotta dal d.l. 179 del 2012

1. La normativa introdotta dal d.l. n. 179/2012: nuovi spunti di riflessione	p. 160
2. L'eccessivo indebitamento del debitore non fallibile: il travagliato iter legislativo della legge n. 3/2012	p. 161
3. Il sovraindebitamento e l'accordo di composizione della crisi nella legge n. 3/2012	p. 167
4. Le modifiche introdotte ad opera del d.l. n. 179/2012: uno sguardo d'insieme	p. 174
5. Il piano del consumatore e i presupposti (soggettivi) per la liquidazione del patrimonio e l'esdebitazione	p. 182
6. Il consumatore “meritevole”: la diligenza dall'assunzione del debito all'(in)capacità di farvi fronte	p. 188
7. Il <i>responsibile borrowing</i> : la non colpevolezza e il comportamento secondo buona fede	p. 193
8. La responsabilità del finanziatore alla luce della nuova normativa sul sovraindebitamento del consumatore: lineamenti di una “nuova” indagine	p. 195
9. La responsabilità del finanziatore nella prospettiva concorsuale del sovraindebitamento del consumatore	p. 196
10. La responsabilità del finanziatore in relazione alla condotta del consumatore in sede di assunzione del debito: una questione aperta	p. 202
11. Considerazioni conclusive	p. 209

Introduzione

Oggetto del presente lavoro è la disciplina credito al consumo, come delineata nella direttiva 2008/48/Ce del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea del 23 aprile 2008, che ha abrogato la precedente normativa di cui alla direttiva 87/102/Cee.

In particolare, ci si soffermerà sulla fase preliminare rispetto alla conclusione del contratto di credito, con specifico riguardo agli "obblighi" gravanti sul creditore.

In tale fase, entro una cornice ove si inseriscono flussi informativi che assumono carattere bilaterale – a differenza di quanto previsto nella tradizionale informazione propria della disciplina consumeristica –, il creditore è tenuto, in base al disposto dell'art. 8 della direttiva, alla verifica del merito creditizio, cioè ad un accertamento della solidità patrimoniale dell'aspirante al credito, della sua solvibilità rispetto agli impegni assunti.

Tale attività, come si vedrà, rappresenta un passaggio centrale dell'intera operazione negoziale, ponendosi, da un lato, in stretta relazione con le informazioni precontrattuali e, ancora prima con le regole "prudenziali" che informano l'esercizio dell'attività bancaria; dall'altro lato, la verifica del merito creditizio si proietta in avanti, avendo dei riflessi sulla fase esecutiva del contratto.

L'introduzione di una simile prescrizione costituisce un traguardo da salutare con favore; essa, invero, enuncia espressamente il c.d. principio del prestito responsabile, cioè una regola di comportamento che ciascun creditore deve osservare nell'attività di concessione del credito, volta a far sì che ogni prestito sia preceduto da una (accurata) valutazione delle condizioni patrimoniali del debitore, evitando il rischio della mancata restituzione.

Il profilo di maggiore criticità è che nessuna indicazione si rinviene nella direttiva – né tanto meno nella disciplina interna di attuazione – circa le possibili conseguenze di una concessione di credito non rispettosa del principio suddetto, dunque, posta in essere in violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio, o, in ogni caso, senza tenere conto degli esiti negativi di tale valutazione.

L'interrogativo, di notevole impegno sistematico, è se sia configurabile una responsabilità del finanziatore nell'ipotesi di concessione di credito a soggetti immeritevoli, e quali siano i possibili meccanismi di reazione, con specifico riferimento alle ricadute nella relazione tra le parti.

Per rispondere a tale domanda, è opportuno chiarire l'esatta portata dell'obbligo di verifica del merito creditizio.

Ciò che si cercherà di fare nel presente lavoro, dopo aver passato brevemente in rassegna le novità di maggior rilievo introdotte dalla nuova direttiva del 2008, è inquadrare l'attività di verifica del merito creditizio nell'ambito della conclusione del contratto di credito.

Entro la cornice di un intervento normativo rivolto alla tutela del mercato creditizio e basato sulla tecnica della c.d. armonizzazione massima, ci si soffermerà sulle norme (di origine comunitaria) che si collocano nella fase precedente alla conclusione del contratto; in particolare, si esamineranno le disposizioni sugli obblighi di informazione precontrattuale – nelle tre varianti dell'informazione pubblicitaria, standardizzata e personalizzata – mettendone in risalto le peculiarità rispetto alla configurazione che essi generalmente assumono nell'ambito della disciplina consumeristica, dove non si ravvisa uno scambio, bensì un flusso di informazioni unilaterale, che transita dalla sfera di conoscenza del professionista a quella del consumatore.

In tutti e tre i casi, anche se con differente intensità, si tratta di un'informazione che ha ad oggetto una serie di dati che poi saranno formalizzati nel vero e proprio regolamento negoziale.

Tale attività informativa (oggetto di un vero e proprio obbligo, come meglio si vedrà) sarà tenuta distinta – almeno per quanto riguarda l'informazione precontrattuale “in senso stretto” – rispetto a quella successiva della verifica del merito creditizio, che si colloca a ridosso della conclusione del contratto, essendo finalizzata a calcolare l'effettiva incidenza del debito sul patrimonio del consumatore, la sua capacità di restituire le somme ricevute in prestito.

Si darà conto del particolare atteggiarsi di tale fase precontrattuale, la quale potrà avere (e in molti casi avrà) notevoli riflessi sul piano degli effetti del contratto, sia nella loro forma fisiologica che (e soprattutto) nell'eventuale fase patologica, riflessi dei quali, tuttavia, non si è occupato il legislatore europeo, né quello interno, dovendo

i vuoti normativi ravvisabili – soprattutto in punto di sanzioni – essere colmati sul piano interpretativo.

Come si vedrà, alcuni degli interrogativi ai quali si tenterà di dare risposta sono stati oggetto, di recente, di questioni pregiudiziali proposte alla Corte di Giustizia dell'Unione europea dal Tribunal d'instance d'Orléans.

Dopo una sommaria ricognizione delle regole di matrice comunitaria, si passerà ad analizzare la disciplina italiana di recepimento contenuta nel Testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993), nella versione risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 141/2010, con il quale il legislatore italiano ha recepito la direttiva 2008/48/Ce. Risulterà utile, a questo riguardo, un confronto con le scelte operate in altri ordinamenti: in particolare, qualche riflessione sarà dedicata all'attuazione della direttiva nell'ordinamento inglese, avvenuta con una consistente riforma del Consumer Credit Act del 1974 – ulteriore rispetto a quella già avvenuta nel 2006, prima della stessa direttiva sul credito ai consumatori –.

Proprio con riferimento alla disciplina interna, che rappresenta per molti aspetti una riproduzione di quella comunitaria, si cercherà di risolvere una serie di questioni interpretative, che riguarderanno non soltanto il principio del prestito responsabile nella forma del c.d. *responsible lending*, cioè visto dalla parte del finanziatore, ma terranno conto altresì della condotta del cliente nel momento di assunzione del debito, quindi del c.d. *responsible borrowing*; viene qui in considerazione anche il tema (solo di recente oggetto di attenzione da parte del nostro legislatore) del sovaindebitamento, tema che, come vedremo, pone in evidenza il profilo dell'indebitamento responsabile, questa volta dalla parte del prestatario, e in particolare del consumatore, ma che, d'altra parte, fornisce uno spunto, nei termini che saranno illustrati, per valutare la responsabilità del finanziatore in chiave, per così dire, concorsuale, tenendo conto della complessiva esposizione debitoria del consumatore.

Un'indagine completa dell'obbligo di verifica del merito creditizio impone di esaminare l'art. 124 *bis* Tub nel più ampio contesto delle regole di diligenza qualificata e trasparenza che governano l'attività bancaria, riconducibili all'osservanza di tutti quei principi che generalmente vengono ricompresi in quello di sana e prudente gestione, consacrato all'art. 5 del Testo unico bancario.

Sebbene non possa trascurarsi, avuto riguardo al quadro normativo di riferimento, la *ratio* per così dire pubblicistica delle regole di correttezza che devono informare l'attività di erogazione del credito, si privilegerà qui un differente punto di vista, volto a cogliere le implicazioni più propriamente privatistiche dell'obbligo di verifica del merito creditizio, i riflessi che esso può avere nella singola vicenda contrattuale tra banca e consumatore.

Una volta escluso che l'art. 124 *bis* rappresenti (esclusivamente) una regola prudenziale, espressione del principio di sana e prudente gestione, volta a preservare l'equilibrio e l'efficienza del mercato del credito, si indagherà sulla possibilità di ricorrere alle soluzioni elaborate nell'ambito della concessione (abusiva) di credito all'impresa, che è il terreno nel quale hanno avuto origine le riflessioni concernenti la rilevanza della verifica del merito creditizio.

Sotto questo profilo, si metterà in luce la diversità tra le due forme di credito, diversità che non si limita al destinatario delle somme – in un caso l'impresa e nell'altro il consumatore – ma coinvolge l'intera procedura di erogazione delle medesime; diversità che tuttavia, adottando una differente chiave di lettura – suggerita dalla nuova disciplina sul sovraindebitamento del consumatore – potrebbe in qualche misura essere attenuata, portando a riconsiderare la possibilità di ricorrere alle teorie sviluppate in ordine alla concessione abusiva di credito all'impresa.

Passaggio successivo, sarà quello di soffermarsi sull'operazione negoziale in sé e per sé considerata, prendendo di nuovo le mosse dalla fase precontrattuale; in particolare si tenterà di capire quale sia – ammesso che vi sia – il legame tra gli obblighi di informazione e l'accertamento sulla solvibilità del consumatore; come si vedrà, la conclusione, a nostro avviso preferibile, sarà quella di considerare tali attività come nettamente distinte tra loro, sia sul piano funzionale che su quello dei rimedi.

Una volta chiarito che l'accertamento sulla condizione finanziaria del prestatario che conclude un contratto di credito al fine di soddisfare un bisogno di consumo non può ricondursi a nessuna delle ipotesi prospettate, non integrando né una (mera) regola prudenziale, né (solo) un obbligo informativo, ma concretandosi per certi versi in una vera e propria obbligazione di assistenza/consulenza, ci si soffermerà sulla singola vicenda negoziale; in particolare si analizzerà la condotta tenuta dal finanziatore in sede di erogazione del prestito, delineando i possibili profili di responsabilità e

cercando di individuarne la natura, sì da coglierne le implicazioni nella fase esecutiva del contratto, con specifico riguardo alle ipotesi in cui il debitore (consumatore) non sia in grado di restituire le somme ricevute in prestito. Da un'ottica, dunque, che non consente, se non entro certi limiti, un accostamento al tema della c.d. concessione abusiva di credito, oggetto di attenzione della dottrina, ma nella fattispecie di credito alle imprese.

In tale contesto, si prenderà in considerazione, altresì, il comportamento fraudolento del consumatore, ed in particolare l'ipotesi nella quale la verifica del merito creditizio si basi (esclusivamente) sulle informazioni false fornite dal medesimo; ipotesi nella quale a venire in rilievo non sarà (soltanto) la responsabilità del finanziatore, bensì quella del prestatario.

Si anticipa sin d'ora che, prendendo le distanze da molte delle conclusioni prospettate in dottrina, si tenterà di argomentare come la figura nell'ambito della quale si ritiene – con i dovuti accorgimenti – di ricondurre la condotta del finanziatore che concede credito in violazione dell'obbligo enunciato dall'art. 124 *bis* Tub è la c.d. “responsabilità da contatto sociale”, ossia quella peculiare fattispecie che si caratterizza per la sussistenza di una relazione “qualificata” tra le parti che non si traduce (almeno non immediatamente) nella conclusione di un contratto, e nella quale possono individuarsi delle obbligazioni (di fonte legale) preesistenti rispetto a quelle che trovano la propria fonte nel regolamento negoziale.

Si ricorrerà, dunque, ad una soluzione “privatistica”, diversa ed ulteriore a quella eventualmente percorribile nell'ambito delle regole in tema di vigilanza bancaria.

Sotto altro profilo, si è ritenuto di verificare se ed in che misura il tema dell'adempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio – e dunque dell'obbligo di concessione “prudente” del credito” – debba essere esaminato altresì in rapporto alla condotta del debitore, e alla “accortezza” con la quale a sua volta questi assume la decisione di ricorrere al prestito: con particolare riguardo alle ipotesi in cui egli, pur consapevole della propria condizione di precarietà finanziaria se non della consistente esposizione debitoria già raggiunta, continui a richiedere credito in maniera smisurata, tenendo una condotta per nulla equilibrata e responsabile.

Tale percorso di indagine è suggerito dalla recente normativa in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento, introdotta dal d.l. n. 179/2012, convertito nella legge n. 221/2012 (che ha novellato la legge n. 3 del 28 gennaio

2012). In tale testo normativo, nell'ambito di una procedura "di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti" prevista ad hoc per il debitore consumatore, possono rintracciarsi molteplici richiami al principio del prestito responsabile visto dall'ottica di chi assume il debito.

Sebbene nessuna delle due discipline in questione faccia espresso riferimento all'altra – ad eccezione dell'art 8 della legge n. 3/2012, che al terzo comma menziona, tra gli elementi da indicare nella proposta di accordo (e di piano del consumatore), le limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo –, l'indagine sarà condotta tenendo in considerazione entrambe le normative.

Ma a venire in rilievo qui non sarà la tipica relazione tra verifica sulla meritevolezza finanziaria e sovraindebitamento, che vede nell'accertamento del merito creditizio uno strumento (unicamente) volto a prevenire l'eccessiva esposizione debitoria della persona fisica (*sub specie* consumatore).

La nuova legge sul sovraindebitamento, con particolare riguardo a quelle norme che fanno riferimento alla condotta tenuta dal consumatore nell'assunzione del debito, assurgerà a parametro valutativo della condotta del finanziatore medesimo, utile per verificare gli addebiti a questo ascrivibili in concreto.

La questione della responsabilità del finanziatore che concede credito in maniera disinvolta, sarà dunque esaminata da una differente prospettiva, suggerita dalla recente normativa in materia di sovraindebitamento, così come modificata dal d.l. n. 179/2012 (convertito nella legge n. 221/2012).

L'esame di tale disciplina (nella quale la meritevolezza del consumatore nell'assumere i propri impegni assurge a vera e propria condizione di procedibilità delle procedure di composizione della crisi) consente di adottare un punto di osservazione un po' più ampio, che trascende la singola vicenda contrattuale per investire in qualche misura i debiti gravanti sul consumatore nel loro complesso; in particolare, ci si interrogherà sugli effetti che la condotta (irresponsabile) del finanziatore può avere ove venga presa in considerazione l'intera esposizione debitoria del consumatore.

Due sono i profili che vengono in rilievo; da un lato la circostanza che il legislatore abbia adottato una visione concorsuale dell'indebitamento del consumatore suggerisce di riconsiderare (con le dovute distinzioni) le soluzioni elaborate nell'ambito della concessione abusiva di credito all'impresa, e dunque di interrogarci

sulla configurabilità di una responsabilità del finanziatore nei confronti dei terzi creditori del consumatore. Una simile prospettiva finirebbe per considerare in qualche modo la condotta dell'operatore bancario che concede credito ad un consumatore non solvibile, come una "concausa" dell'inadempimento del debitore medesimo rispetto agli altri impegni finanziari dal medesimo assunti (verosimilmente ancora prima del debito in questione).

Sotto altro profilo, si analizzeranno le implicazioni che la condotta in concreto tenuta dal finanziatore in sede di erogazione del prestito possono avere sulla valutazione del comportamento del consumatore in sede di assunzione dei debiti che lo hanno condotto ad una sovraesposizione.

In particolare, si cercherà di capire se e in che misura la valutazione negativa sul contegno – contrario alla diligenza ed alla buona fede – tenuto dal consumatore (con le pesanti conseguenze in termini di accesso alle procedure di cui alla legge 3/2012) possa essere attenuata in forza dell'apprezzamento (anch'esso negativo) riguardante la condotta negligente e scorretta del finanziatore che ha erogato il credito.

In altri termini, se il consumatore che si veda escluso dai meccanismi di cui alla legge n. 3/2012 (come di recente modificata) per aver colposamente determinato il proprio sovraindebitamento, possa in qualche misura alleggerire la propria situazione di colpevolezza, sostenendo di avere agito nel rispetto della diligenza e della buona fede, imputando (esclusivamente) alla condotta scorretta e negligente del finanziatore l'impossibilità di far fronte alle obbligazioni assunte.

CAPITOLO I

La nuova direttiva sul credito ai consumatori

1. I contratti di credito ai consumatori: natura e funzione

Il credito al consumo¹ rappresenta un'importante forma di finanziamento per gli acquisti di beni durevoli (e non solo²) effettuati da soggetti che per diversi motivi, in genere legati alle ridotte capacità di spesa derivanti dal reddito prodotto, contraggono prestiti nei confronti di banche o altri istituti a ciò autorizzati al fine di soddisfare i propri bisogni di consumo³.

La semplicità della definizione appena fornita – che è quella “tradizionale” – non deve indurre a sottovalutare la complessità del fenomeno; si tratta, al contrario, di una fattispecie che abbraccia molteplici profili di indagine i quali, il più delle volte, pongono questioni di difficile soluzione, portando l'interprete a districarsi in terreni scivolosi e controversi.

¹ In realtà, in seguito all'entrata in vigore della direttiva 2008/48/Ce si parla di credito ai consumatori.

² Oggi, infatti, il fenomeno trova diffusione in molteplici settori, tra questi quello dei contratti di viaggi tutto compreso, fino ad arrivare al pagamento rateizzato di corsi di formazione e post universitari. Vedi Cass., sez. III, 30.03.2011, n. 7233, su www.annamariatanzi.files.wordpress.com, riguardante il finanziamento per la frequenza di un corso volto al conseguimento di economo dietista e di dirigente di comunità.

³ La diffusione del fenomeno va rintracciata nella produzione di massa inaugurata dall'avvento dell'economia industriale, che ha contribuito a determinare il passaggio dalla c.d. “cash and carry society” alla c.d. “credit society”, determinando l'utilizzo di meccanismi negoziali sempre più evoluti. Tale espressione (cash and carry) – il cui significato letterale è “paga e porta” – fu elaborata agli inizi della seconda guerra mondiale in America. Cfr. ex multis, Caterini, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento <<finalizzato>>*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella, Mezzasoma, Napoli, 2010, 37 ss; Imbrenda, *Carte di credito e tutela del consumatore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit, 320 (nota 11), che riporta l'affermazione secondo cui il bene che ha avviato la prima “stagione” del credito al consumo – già dal 1856 – è la macchina da cucire portatile prodotta dalla Singer. In questo senso, l'autrice richiama Alpa, *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, 2' edizione, Padova, 2001, 944 ss.; per una ricostruzione dell'evoluzione del credito al consumo, vedi Sori, *Dal pauperismo al consumismo: la traiettoria storica del credito al consumo*, in *Il credito al consumo*, a cura di Villanacci, Napoli, 2010, 87 ss. (in particolare vedi 93, dove anche quest'autore fa riferimento alla macchina da cucire Singer).

Per prima cosa, è opportuno chiarire in cosa consista, in concreto, il credito ai consumatori, tenendo presente che esso rappresenta uno schema contrattuale peculiare, suscettibile di ricomprendere una serie di figure negoziali, talvolta molto differenti tra loro⁴.

Infatti, esso può configurarsi sia nei c.d. contratti di credito finalizzato – nei quali l'importo erogato viene versato talvolta direttamente dal finanziatore al venditore –, che in quei contratti di credito nei quali lo scopo di consumo non permea “esplicitamente” il congegno negoziale, in quanto il consumatore ottiene semplicemente una somma di denaro da destinare al soddisfacimento delle proprie esigenze non professionali.

Nell'ambito della prima categoria, possono ricomprendersi il mutuo di scopo⁵, la dilazione di pagamento concessa dal venditore del bene⁶, il prestito finalizzato (o contratto di finanziamento)⁷, nonché il contratto di leasing c.d. “al consumo”⁸.

Nell'ambito del credito “non finalizzato”, invece, rientrano, a titolo esemplificativo, il c.d. “prestito personale”⁹ – che rappresenta una delle figure più diffuse –, la “cessione

⁴ Nello stesso senso, Mazzamuto, *Il credito al consumo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo, Mazzamuto, Torino, 2007, vol. II, 959, che parla di “fattispecie negoziali eterogenee che più o meno direttamente approdano al finanziamento del consumatore”.

⁵ Invero, con riguardo a tale figura contrattuale non vi è unanimità di vedute. Sul punto vedi Di Marzio, *Il credito al consumo come mutuo di scopo: c'è il nesso funzionale vendita-finanziamento*, *Diritto e giustizia*, 2004, n. 45, 92 ss. Carriero, *Fattispecie negoziale, ambito di operatività, limiti della disciplina italiana*, in *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, seconda edizione, volume XXXI, 47 ss; entrambi gli autori sembrano favorevoli a ricomprendere il mutuo di scopo nell'ambito del credito al consumo. In senso contrario Villanacci, *Credito al consumo: verso un diritto europeo dei contratti*, *Il credito al consumo*, a cura di Villanacci, cit, 17; Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, *Europa e diritto privato*, 2009, 3, 791.

⁶ Ai sensi dell'art. 3 lett. c) della direttiva tale figura rientra nella definizione di contratto di credito. Vedi anche l'art. 122, comma 5, Tub – nella nuova formulazione introdotta a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 141/2010 –, che ricalca, pur se non letteralmente, il “vecchio” art. 121, comma II, lett. c) – secondo il quale “i venditori di beni e servizi possono concludere contratti di credito nella sola forma della dilazione del prezzo con esclusione del pagamento degli interessi e di altri oneri”.

⁷ A differenza che nell'ipotesi di dilazione di pagamento concessa dal fornitore del bene o del servizio, nella quale l'operazione ha carattere bilaterale, nel contratto di finanziamento le somme sono erogate da una banca o altro istituto a ciò abilitato, che in genere opera in forza di convenzioni con il fornitore.

⁸ Tale figura si caratterizza per il fatto che il finanziatore (concedente) acquista il bene dal fornitore e lo concede in godimento al consumatore, il quale pagherà un canone di locazione; in base al disposto dell'art. 2, lett. d) della direttiva (ma vedi pure l'art. 122, lett. m) Tub), nell'ambito applicativo del credito ai consumatori rientra, *a contrario*, solo il leasing traslativo al consumo, nel quale, dunque, una volta pagati i canoni, la proprietà del bene concesso in godimento viene trasferita al consumatore.

⁹ In forza di tale contratto, il consumatore riceve la disponibilità delle somme erogate, le quali non sono soggette ad alcun vincolo di utilizzo (escludendo chiaramente quello che rientri nell'ambito dell'attività professionale eventualmente svolta). Egli sarà tenuto a restituire l'importo ricevuto, in genere con scadenze mensili comprensive degli interessi.

del quinto dello stipendio”¹⁰, il finanziamento c.d. “revolving” (che avviene a mezzo di carte di credito)¹¹, l’apertura di credito in conto corrente¹², e lo sconfinamento¹³.

La distinzione tra credito finalizzato e credito non finalizzato – che oggi non emerge apertamente dalle disposizioni in materia di credito ai consumatori, ma che è comunemente riconosciuta in dottrina¹⁴ – si rinveniva, invece, nella precedente disciplina contenuta nel Testo Unico Bancario.

Invero, prima che venissero apportate a tale testo normativo le modifiche necessarie al recepimento della direttiva 2008/48/Ce, l’art. 124 recante la disciplina dei contratti di credito distingueva, riprendendo in termini più espliciti una distinzione che in qualche misura sembrava trasparire dalla direttiva 87/102/Cee, il contenuto dei medesimi a seconda che si trattasse di credito non finalizzato (comma II) o di contratti di credito che avessero “ad oggetto l’acquisto di determinati beni e servizi” (comma III), i quali dovevano contenere delle indicazioni aggiuntive rispetto ai primi. A livello europeo, il legislatore non si è preoccupato di tracciare tale distinzione; l’unica spia che ne annunciava l’esistenza era l’art. 8 della direttiva 87/102/Cee che disciplinava l’ipotesi di “crediti concessi per l’acquisizione di beni”.

¹⁰ Attraverso tale meccanismo il consumatore riceve un prestito non finalizzato, che sarà rimborsato attraverso la cessione al finanziatore (da parte del datore di lavoro) di una quota dello stipendio che non può superare il 20% (per l’appunto un quinto del medesimo). Più corretta, dunque, l’espressione di “credito garantito dalla cessione del quinto dello stipendio”, utilizzata da Grippo, Parisi, *Il credito al consumo e le altre forme di prestito personale*, in *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, a cura di Acciari, Bragantini, Braghini, Grippo, Iemma, Zaccagnini, Ipsa, 2012, 135.

Inizialmente il ricorso a questo canale di finanziamento era riservato ai dipendenti pubblici (vedi d.P.R. n. 80/1950); oggi possono ricorrervi anche i prestatori di lavoro alle dipendenze di privati e i pensionati. Sul punto cfr il sito www.bancaditalia.it.

¹¹ Si tratta di una carta di credito che attribuisce al consumatore la disponibilità di una somma di denaro, che potrà spendere senza ricorrere al contante, ma semplicemente utilizzando la carta quale mezzo di pagamento. Tale sistema si caratterizza, rispetto alle “comuni” carte di credito, per il fatto che la restituzione delle somme erogate avviene a mezzo di pagamenti rateali (e in ciò si ravvisa la funzione di finanziamento) che comprendono anche interessi e oneri aggiuntivi.

Per un quadro completo sul finanziamento a mezzo di carte di credito vedi, Imbrenda, *Carte di credito e tutela del consumatore*, cit, 320.

¹² Essa consiste nella messa a disposizione da parte del finanziatore di somme eccedenti il saldo del conto corrente, somme che il consumatore sarà tenuto a restituire – reintegrando i fondi del conto corrente – secondo le scadenze previste e a mezzo di versamenti comprensivi di interessi.

¹³ Tale espressione indica l’utilizzo tacito (senza una preventiva autorizzazione del finanziatore o della banca) da parte del consumatore di somme che eccedono il saldo del conto corrente o l’importo corrispondente all’apertura di credito concessa.

¹⁴ Così 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>>*, *Rivista di diritto civile*, 2008, parte seconda, 265.

Per quanto riguarda la nuova normativa di cui alla direttiva del 2008, invece, segnali analoghi possono rinvenirsi in tutte quelle previsioni che fanno riferimento alla dilazione di pagamento – come l’art. 5 sulle informazioni precontrattuali (lett. e), e l’art. 10 sulle informazioni da inserire nel contratto (lett. e) –, nonché nel considerando 35, in cui si richiamano i contratti di credito in virtù dei quali il consumatore abbia ricevuto merci, come gli acquisti a rate o il leasing, ma soprattutto nelle disposizioni che si occupano del collegamento negoziale.

Tra queste viene in rilievo l’art. 3 della direttiva, che alla lettera n) contiene la definizione di contratto di credito collegato, cioè di un contratto avente ad oggetto l’erogazione di somme destinate unicamente all’acquisto di un bene o di un servizio determinato. In particolare, affinché si configuri tale fattispecie, il legislatore richiede la sussistenza di due condizioni: che il credito serva esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci o alla prestazione di servizi, purchè si tratti di prodotti specifici; che i due contratti costituiscano oggettivamente un’unica operazione commerciale. Quest’ultima è ravvisabile nel caso in cui sia lo stesso fornitore o prestatore a finanziare l’acquisto; oppure (nell’eventualità che il finanziamento sia erogato da un terzo) quando quest’ultimo (creditore) ricorre ai servizi del fornitore/prestatore per la conclusione o preparazione dei contratti di credito o, ancora, qualora le merci o i servizi specifici siano individuati esplicitamente nel contratto di credito. Ai contratti collegati sono dedicati altresì gli artt. 5 e 10 sopra menzionati¹⁵, nonché l’art. 15; da tale ultima norma – la quale disciplina le conseguenze che, rispettivamente, il recesso del consumatore dal contratto di fornitura e l’inadempimento del fornitore, hanno sul contratto di credito – emerge in particolare la finalizzazione del credito all’acquisto di un bene o servizio specifico¹⁶.

D’altra parte, la circostanza che in qualche misura si riconosca la distinzione tra contratti di credito finalizzati e contratti nei quali manca tale funzionalizzazione, potrebbe indurre ad interrogarsi, con riguardo ai primi, sulle conseguenze di un eventuale utilizzo, per così dire, difforme del denaro rispetto a quello pattuito.

¹⁵ La lettera e) di entrambe le disposizioni, rispettivamente in materia di informazioni precontrattuali e contrattuali, include, sia nel caso di dilazione di pagamento per una merce o un servizio specifici che in quello di contratti di credito collegati, la merce o il servizio in questione (insieme al relativo prezzo) tra gli elementi da indicare (ora tra le informazioni prenegoziali ora nel contratto).

¹⁶ Analoghe previsioni si rintracciano nella disciplina di recepimento contenuta nel Testo unico bancario.

Bisogna innanzitutto precisare che vi sono dei casi nei quali, in presenza di un operazione trilaterale, le somme vengono erogate direttamente dal finanziatore al fornitore di beni e servizi, escludendo a priori che possa prospettarsi una situazione del genere.

Dunque, l'unica ipotesi nella quale viene in considerazione l'effettivo utilizzo delle somme erogate è quella in cui sia ravvisabile il collegamento negoziale tra il contratto di credito e quello di scambio, nella quale, appunto, sussiste la diretta ed esclusiva funzionalizzazione delle somme all'acquisto di beni e servizi determinati, secondo le modalità precedentemente accennate.

Ciò è confermato dalle previsioni contenute nell'art. 15 della direttiva, che – come si vedrà – da un lato dispone che il consumatore che abbia esercitato il diritto di recesso da un contratto di fornitura di beni o di prestazione di servizi non sia più vincolato dal contratto di credito (collegato); dall'altro lato si preoccupa di attribuire al consumatore, a fronte dell'inadempimento del fornitore, la facoltà di agire, a certe condizioni, nei confronti del creditore, facendo sì che egli non rimanga vincolato da un contratto di credito che non ha più ragione di essere (visto che non è stato soddisfatto lo scopo di consumo al quale era finalizzato).

A ciò si aggiunga che il considerando 33 della direttiva del 2008 ricomprende, tra i motivi che legittimano il creditore a sospendere il diritto del consumatore di effettuare ulteriori prelievi di somme – fattispecie della quale si dirà in seguito –, l'“uso fraudolento o non autorizzato” del credito”, rimarcando in qualche misura la rilevanza dell'utilizzo delle somme, della loro destinazione per così dire “legittima”.

Ciò sembra trovare conferma nella previsione immediatamente successiva, che lascia impregiudicata la legislazione nazionale relativa al diritto delle parti di risolvere un contratto di credito per inadempimento dello stesso, sì da lasciare aperta la possibilità di prevedere un simile rimedio a presidio del “corretto” uso del credito¹⁷. Ma in realtà nel nostro ordinamento non sembra esserci spazio per un simile controllo da parte del giudice, salvo si tratti di un contratto posto in essere per finalità fraudolente o illecite o, nel quale, in ogni caso, l'uso “fraudolento” si rifletta nell'illiceità di uno degli elementi essenziali del contratto¹⁸.

¹⁷ Sul punto vedi Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 793.

¹⁸ Vedi Carriero, *Fattispecie negoziale, ambito di operatività, limiti della disciplina italiana*, cit, 68.

Nonostante tali enunciazioni siano contenute in un considerando, sembra che il legislatore europeo abbia voluto fissare dei limiti – anche se non esplicitamente enunciati – in ordine all'utilizzo delle somme prese in prestito, limiti che saranno di certo più stringenti nel caso di prestito finalizzato, e che risulteranno, invece, più flessibili nei casi in cui manchi tale diretta funzionalizzazione, nei quali, ad ogni modo, le somme dovranno essere impiegate per fini estranei all'attività professionale eventualmente svolta dal consumatore.

La circostanza che il credito ai consumatori non individui un unico tipo contrattuale, bensì un'operazione economica complessa che può risultare anche dalla combinazione di più negozi, ha portato alcuni autori ad individuare nell'elemento causale il denominatore comune della fattispecie¹⁹.

Più precisamente, è stato sostenuto che la “causa in concreto” del credito al consumo si identifichi con lo scopo di consumo, ma che ciò tendenzialmente valga solo per il credito finalizzato²⁰.

Tale affermazione non può condividersi del tutto.

Invero, considerando la causa del contratto nella sua dimensione più attuale, quale causa concreta che sottende gli interessi specifici che le parti perseguono attraverso il contratto, sembra corretto ritenere che lo scopo di “finanziamento al consumo” (intendendo con tale espressione non tanto, o non necessariamente, il fine di acquisto di beni voluttuari specifici, bensì, in senso più ampio, la realizzazione di bisogni non rientranti nell'attività professionale eventualmente svolta) assurga a fattore ordinante dell'intera operazione economica.

Altrimenti non si giustificerebbe nemmeno la disciplina unitaria consegnataci dal legislatore europeo; e, soprattutto, si correrebbe il rischio di considerare quella di consumatore esclusivamente come una qualifica soggettiva, senza attribuire rilevanza al c.d. scopo di consumo, che, nella più generale categoria dei contratti del consumatore assurge a denominatore comune delle varie fattispecie negoziali, suggerendoci di guardare alle stesse dal punto di vista oggettivo, avuto riguardo alla

¹⁹ Cfr. Carriero, *Fattispecie negoziale, ambito di operatività, limiti della disciplina italiana*, cit. 54 ss.; Villanacci, *Credito al consumo: verso un diritto europeo dei contratti*, cit. 15.

²⁰ Di questo avviso sembra Caterini, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento <<finalizzato>>*, cit. 37 ss.

finalità in concreto perseguita²¹ – finalità che si connota per la sua estraneità rispetto all'attività professionale eventualmente esercitata dal contraente (consumatore) –.

Pertanto, non sembra opportuno tracciare, sotto questo profilo, una distinzione troppo marcata, tra contratti di credito finalizzato e non; al contrario, l'elemento causale deve assurgere a coefficiente unitario per entrambe le "categorie" di negozi nelle quali può manifestarsi il credito al consumo. Ciò non significa che esse vanno assimilate, atteso che – come si è detto – in un caso vi è una diretta destinazione delle somme all'acquisto di un bene o di un servizio determinato, mentre nell'altro (come ad esempio accade nel prestito personale) vi sarà una più generica finalità non professionale.

Va dato conto, poi, dell'opinione secondo cui la finalità di consumo non assurgerebbe a causa del contratto, che si indentificherebbe con una più generica causa di finanziamento²².

Secondo tale ricostruzione, la circostanza che il legislatore europeo abbia utilizzato la funzione quale elemento distintivo della fattispecie credito ai consumatori non consente di individuare nello scopo di consumo un elemento autonomo, idoneo a tracciare una netta linea di demarcazione tra contratti di credito come categoria generale e contratti di credito al consumo, nei quali, dunque la causa concreta (di consumo) ²³ nulla aggiungerebbe a quella, per così dire tradizionale, di finanziamento.

In realtà, come si è detto, questo assunto non si ritiene del tutto condivisibile, soprattutto con riguardo ai contratti di credito finalizzato, nei quali la funzione delle somme è sempre quella di finanziare l'acquisto di un "prodotto di consumo", finalità rispetto alla quale l'elemento causale (sia nella sua dimensione astratta che concreta) non può rimanere indifferente.

Sempre prendendo le mosse dalla causa del contratto (di prestito con fine di consumo), viene in rilievo una peculiare figura negoziale, della quale si è più volte occupata la giurisprudenza, interrogandosi circa la possibilità di ricondurvi il credito al consumo, con specifico riguardo al credito finalizzato.

²¹ Cfr Alessi, *I contratti del consumatore*, in Manuale di diritto privato, a cura di Bessone, Torino, 2009, 575 ss.

²² In questo senso Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 785 ss.

²³ L'autrice (Modica, opera sopra cit, 790) afferma che "il riferimento al <<consumatore>> [...] qualifica anche e soprattutto l'operazione".

Si tratta del mutuo di scopo, un tipo contrattuale che si caratterizza per una precisa ed univoca destinazione delle somme ottenute dal mutuatario, destinazione che aggiungerebbe a quella che è l'obbligazione principale del soggetto che prende denaro in prestito – cioè quella avente ad oggetto la restituzione delle somme, insieme agli interessi – un'ulteriore prestazione a carico di questo; tale prestazione consiste nell'effettivo utilizzo delle somme per la finalità programmata, che entra a far parte del regolamento contrattuale, consentendo di ravvisare un collegamento esplicito tra il contratto di credito e quello di scambio²⁴.

La definizione appena fornita sembra non lasciare dubbi in ordine alla possibilità di annoverare il mutuo di scopo tra gli schemi negoziali a mezzo dei quali può configurarsi il c.d. credito finalizzato per fini di consumo; e così pare orientata gran parte della dottrina che annovera il mutuo di scopo tra i contratti che rientrano nell'ambito applicativo della disciplina sul credito al consumo, ove vi sia una diretta funzionalizzazione del finanziamento all'acquisto di un bene determinato²⁵.

Tale ricostruzione, tuttavia, è stata di recente rivista da una pronuncia della Corte di Cassazione²⁶ (riferita però alla disciplina previgente), che, nell'ipotesi in cui un contratto di finanziamento per l'acquisto di un bene non avvenga nell'ambito di un rapporto di esclusiva tra il finanziatore ed il venditore – come era richiesto nella disciplina precedente affinché il consumatore potesse esperire le tutele contro l'inadempimento del fornitore –, ha escluso l'applicazione delle norme sul credito al consumo. Secondo il Giudice di legittimità, nel caso di specie, andava escluso che si trattasse “di un'ipotesi di credito al consumo, posto che non vi era prova di un accordo che attribuisse al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore”.

²⁴ Vedi Cass., sez. II, 20.01.1994, n. 474, Nuova Giurisprudenza civile commentata, 1995, parte prima, 302 ss, con nota di Ferrando, *Contratti collegati: il caso del credito al consumo*. La decisione, pur non parlando espressamente di credito ai consumatori, in quanto riferita a fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore della disciplina di cui alla legge n. 142/1992, sembra ricondurre tale figura (il mutuo di scopo) al credito finalizzato al consumo. Vedi pure Cass., 23.04.2001, n. 5966, I contratti, 2001, 1126 ss.

²⁵ Cfr decisione Abf, Collegio di Milano, n. 1908 del 10.04.2013, che con riferimento al mutuo di scopo (nella specie si trattava di un contratto di finanziamento per l'acquisto di una linea ADSL) pur escludendola nel caso concreto *ratione temporis*, ritiene pacifico il ricorso alla disciplina sul credito ai consumatori. Vedi Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 792, che non ritiene assimilabili le due figure.

²⁶ Così Cass. civ., sez. III, 19.07.2012, n. 12454, I contratti, 2012, 12, 993 ss, con commento di Caradonna, *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*, secondo cui non può né ricondursi né escludersi a priori la sussunzione del mutuo di scopo nell'ambito del credito al consumo, ma tutto dipende dalle circostanze del caso concreto.

In ogni caso, il principio di diritto enunciato nella suddetta pronuncia – riferito ad una normativa oggi superata – non porta automaticamente ad escludere la possibilità che il credito al consumo si presenti sotto forma di mutuo di scopo (convenzionale), ove sussistano i requisiti di entrambe le fattispecie negoziali; non solo, quindi, la conclusione del contratto per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta, ma altresì la specifica destinazione all'acquisto di un bene determinato.

Un ulteriore profilo da tenere in considerazione per cogliere il significato del prestito al consumo, è la relazione tra credito (al consumo) e risparmio, che può rivelarsi un importante ausilio nel cogliere la funzione del credito ai consumatori.

Se l'art. 47 della Costituzione – assegnando alla Repubblica il compito di incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue forme, nonché quello di disciplinare, coordinare e controllare l'esercizio del credito – rappresenta un primo segnale della correlazione tra l'attività creditizia e il risparmio, più esplicito risulta in proposito il Testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993).

Tale testo normativo, invero, definisce l'attività bancaria come quell'attività (esercitata sotto forma d'impresa) che consiste, per l'appunto, nella raccolta del risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito (art. 10).

La disposizione successiva si preoccupa di spiegare che “è raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma”.

La circostanza che il legislatore nell'art. 10 abbia fatto riferimento in primo luogo alla raccolta del risparmio, lascia intendere che tale attività può considerarsi, se non propedeutica, quanto meno strumentale a quella di esercizio del credito.

Infatti, è proprio grazie alla disponibilità delle somme depositate – a vario titolo – dai propri clienti che le banche e gli altri soggetti abilitati allo svolgimento della funzione bancaria, riescono a soddisfare le richieste di erogazione del credito.

Sotto questo profilo si può dire, dunque, che l'interdipendenza tra risparmio e credito è insita nel sistema bancario, nel quale l'erogazione del credito si regge proprio sulla raccolta delle somme depositate dai risparmiatori, delle quali i soggetti a ciò deputati acquisiscono la disponibilità, procurandosi la liquidità necessaria per soddisfare le domande di credito.

In dottrina il legame tra credito e risparmio, con particolare riguardo al credito ai consumatori, è stato sottolineato da più parti²⁷.

Ed è opportuno rilevare come esso venga in rilievo anche ove si abbia riguardo all'agire del singolo, disancorato dal funzionamento del sistema creditizio.

Invero, le ragioni per le quali un soggetto decide di "mettere da parte" delle somme di denaro, depositandole presso una banca, possono essere le più varie.

Tali somme possono assolvere a finalità assicurative, venendo, quindi, impiegate per far fronte ad eventi improvvisi e imprevedibili, quali ad esempio una malattia o la perdita del lavoro; in maniera analoga, è possibile che le stesse somme ricevano una destinazione "assistenziale", rappresentando una "riserva" ulteriore – rispetto all'eventuale pensione percepita – cui ricorrere una volta cessata l'attività lavorativa; i risparmi possono avere, poi, una destinazione differente, tutte quelle volte nelle quali essi vengano utilizzati per far fronte a spese di importo più o meno consistente che i soggetti affrontino per soddisfare i bisogni più vari. Tra questi, può rientrare la finalità di consumo.

È proprio qui che si può cogliere la stretta connessione tra risparmio e credito, che, con specifico riguardo al credito ai consumatori, ha indotto alcuni autori a parlare di "risparmio differito".

Con tale espressione si fa riferimento alle somme che chi ricorre al credito dovrà accantonare per rimborsare il prestito ottenuto, somme che in effetti assumono le sembianze di risparmi, appunto differiti, nel senso che saranno accumulate per risanare un debito grazie al quale si è soddisfatto un bisogno di consumo, che, altrimenti, avrebbe potuto essere soddisfatto a mezzo del risparmio raccolto.

La configurazione del credito ai consumatori quale "risparmio differito" rimanda dunque, anche nel fenomeno che ci occupa, alle garanzie costituzionali di cui all'art. 47 sopra citato. D'altra parte, la concessione di credito ai consumatori va a collocarsi a pieno titolo nell'ambito dell'attività bancaria e dei principi cui essa deve informarsi; i contratti in questione rientrano tra quelli bancari, e, dunque, si caratterizzano – se vogliamo – per un maggior rigorismo formale, che abbraccia sia la fase dell'informazione che la conclusione del contratto.

²⁷ Cfr. Caterini, *Credito al consumo, <<tutela e incoraggiamento del risparmio>>, sovraindebitamento*, in *Credito al consumo*, a cura di Villanacci, cit, 45 ss.; *Id.*, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza del finanziamento <<finalizzato>>*, cit, 37 ss. Imbrenda, *Carte di credito e tutela del consumatore*, cit, 317 ss.

In questo caso, infatti, il classico paradigma del contratto del consumatore del quale ricorrono le definizioni e la congerie di obblighi pubblicitari, informativi e formali, si arricchisce di ulteriori elementi, ossia le regole proprie del settore bancario, che informano la conclusione e la disciplina di simili contratti²⁸.

Il professionista con il quale il consumatore si confronta e che diverrà il suo partner negoziale è un soggetto qualificato, un soggetto tenuto al rispetto di obblighi più stringenti rispetto a chi contratta *intra pares*, cioè la banca.

2. La direttiva 2008/48/Ce: armonizzazione massima e tutela del mercato

L'evoluzione del credito al consumo si è atteggiata in maniera diversa nei vari ordinamenti europei (e non solo); differenti sono state, invero, le reazioni dei legislatori nazionali rispetto a tale fenomeno, anche in considerazione della diffusione via via registrata nei vari paesi.

Proprio al fine di ordinare un panorama normativo che tutto era fuorché organico, nell'ambito del processo di armonizzazione del diritto europeo dei contratti, si colloca il primo intervento del legislatore europeo, che – avendo, per l'appunto, rilevato le difformità esistenti nei vari paesi europei con riferimento al credito al consumo²⁹ – ha

²⁸ Vedi Macario, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, cit, 71 ss, che definisce le disposizioni sul credito al consumo come “norme speciali di tutela, perché il loro destinatario non è il cliente (della banca) in senso lato, bensì il (solo) cliente-consumatore”.

²⁹ Nei considerando che precedono i 18 articoli di cui si compone la direttiva, il legislatore comunitario rileva l'esistenza di “notevoli divergenze nelle legislazioni degli Stati membri in materia di credito al consumo”, divergenze che possono provocare distorsioni di concorrenza tra creditori nel mercato comune, e che comunque incidono sul volume e sulla natura dei crediti richiesti, ostacolando il funzionamento del mercato comune, ma che determinano, altresì, una tutela “diseguale” dei consumatori.

emanato la direttiva 87/102/Cee³⁰ del 22 dicembre 1986, (successivamente modificata ad opera delle direttive 90/88/Cee e 98/7/Ce³¹).

Con tale atto normativo il Consiglio della Comunità economica europea ha inteso consentire un certo grado di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo (e solo in secondo luogo un certo livello di protezione del consumatore)³².

Tale direttiva si caratterizzava – come tutte le altre emanate dal legislatore europeo prima degli anni 2000³³ – per la c.d. armonizzazione minima, cioè per la possibilità dei legislatori nazionali, in sede di recepimento, di mantenere o adottare disposizioni più severe al fine di garantire una maggiore tutela al consumatore³⁴.

Pur rappresentando l'armonizzazione (anche se nella sua portata "minimale") di tale settore una novità e in qualche misura un traguardo da salutare con favore, non si può certo affermare che la direttiva 87/102/Cee nei suoi 18 articoli garantisse al consumatore una protezione particolarmente intensa³⁵.

³⁰ Direttiva del Consiglio della Comunità Economica Europea del 22 dicembre 1986, "relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo".

Tale direttiva è oggi abrogata a partire dall'entrata in vigore della direttiva 2008/48/Ce, sulla quale ci si soffermerà in seguito.

³¹ Le modifiche apportate dalle due direttive successive hanno riguardato quasi esclusivamente – a parte qualche altro profilo non troppo significativo sul quale ha inciso la direttiva 90/88/Cee – le modalità di calcolo del taeg.

³² Cfr. Mazzamuto, *Il credito al consumo*, cit, 953 ss; per un quadro generale sui contratti del consumatore prima delle recenti modifiche che hanno interessato molteplici figure contrattuali, vedi Alessi, *I contratti del consumatore*, cit, 575 ss.

³³ La tecnica dell'armonizzazione minima caratterizza altresì la direttiva 85/577/Cee "per la tutela dei consumatori in caso di contratti conclusi fuori dei locali commerciali", la direttiva 97/7/Ce "riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza", la direttiva 99/44/Ce "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo".

³⁴ Ciò si evince dal considerando 25 della direttiva, secondo il quale [...] "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"; dello stesso tenore è l'art. 15 della direttiva medesima, ai sensi del quale "la presente direttiva non impedisce agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più rigorose a tutela dei consumatori, fermi restando gli obblighi previsti dal Trattato".

³⁵ Già negli anni successivi all'emanazione del suddetto *corpus* normativo, la Commissione europea ha avviato delle indagini per valutare lo stato della disciplina e l'applicazione della medesima negli Stati membri. Cfr le relazioni elaborate dalla Commissione negli anni 1995, 1996 e 1997 in ordine all'applicazione della direttiva, anche in seguito alle modifiche ad essa apportate dalle due successive 90/88/Cee e 98/7/Ce.

Dalle consultazioni e dagli studi condotti è emerso che si trattava di una direttiva non più idonea a garantire una disciplina omogenea, viste le difformità esistenti nelle varie legislazioni nazionali; pertanto, a partire dal 2001 si è avviato un processo di consultazione con i rappresentanti degli Stati membri, nonché con le parti interessate.

Di certo più elevato – per lo meno sul piano formale – è il livello di tutela garantito al consumatore dalla “nuova” disciplina di matrice europea, consacrata nella direttiva 2008/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, la cui emanazione si è resa necessaria a causa del mutato contesto economico e normativo di riferimento.

Infatti, la continua evoluzione del mercato del credito, la pluralità di modelli contrattuali elaborati e l’ingresso di nuovi mezzi di pagamento, in uno con le consistenti divergenze esistenti tra le discipline degli Stati Membri, hanno sollecitato un nuovo intervento del legislatore europeo.

Dopo un tortuoso iter di approvazione, connotato da incertezze e ripetute modifiche, ha preso forma la direttiva 2008/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, relativa al contratto di credito ai consumatori, che abroga e sostituisce la direttiva 87/102/Cee³⁶.

Già ad un rapido sguardo, il nuovo testo normativo si presenta più consistente e denso di disposizioni, senza considerare che sono ben cinquantuno i considerando che lo precedono, la cui analisi, tra l’altro, si rivela spesso un valido strumento interpretativo nell’esaminare gran parte degli articoli.

Proprio nei considerando viene enunciata la finalità delle disposizioni, che mirano allo “sviluppo di un mercato creditizio più trasparente ed efficiente”, ritenuto essenziale per la promozione delle attività transfrontaliere³⁷.

Si è resa necessaria la creazione di un “corpus normativo moderno” in materia di credito al consumo³⁸, idoneo ad eliminare le disparità tra le legislazioni nazionali, disparità che in alcuni casi comporta(va) distorsioni della concorrenza e che limita(va) il ricorso al credito transfrontaliero³⁹.

Sebbene più di una volta vengano richiamati principi quali la trasparenza⁴⁰, l’informazione e l’educazione dei consumatori⁴¹, la diligenza professionale del

³⁶ Per un *excursus* sull’evoluzione normativa che ha interessato il credito al consumo, dove si mettono in luce le principali problematiche, cfr Macario, *Il percorso dell’armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, cit, 71 ss. Sulla disciplina introdotta dalla nuova direttiva vedi Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 785 ss.

³⁷ Così il considerando 6 della direttiva.

³⁸ In questo senso il considerando 7, nel quale si continua ad utilizzare l’espressione “credito al consumo”, pur essendo la stessa direttiva a recare l’intitolazione di direttiva relativa ai contratti di credito ai consumatori.

³⁹ Questo è ciò che emerge dalla lettura dei considerando 4 e 7.

⁴⁰ Così ad esempio i considerando 19 e 32, nonché il 6 dove, come si è detto, si parla di un mercato creditizio più trasparente.

⁴¹ Cfr considerando 26.

creditore⁴², e nei considerando 8 e 9 si parli espressamente di un livello sufficiente di tutela dei consumatori e dei loro interessi, tali da assicurare la loro fiducia, la base giuridica della direttiva in commento è espressamente individuata nell'art. 95 del Trattato istitutivo della Comunità europea (oggi art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), che riguarda il ravvicinamento delle legislazioni in funzione di regolazione del mercato⁴³.

A differenza della precedente, la direttiva 2008/48/Ce si caratterizza per la tecnica dell'armonizzazione massima o completa; come è spiegato nell'art. 22, "gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse" da quelle della direttiva, nella misura in cui essa contiene disposizioni armonizzate.

Del resto, analogo significato ha l'art. 1, dove, nel definire l'oggetto della disciplina, si annuncia che l'armonizzazione riguarderà "solo taluni aspetti" delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di credito ai consumatori.

Sulla stessa scia si colloca il considerando 9, il quale, dopo aver manifestato la necessità di una "piena armonizzazione", precisa che "tale restrizione" – e cioè l'impossibilità per i legislatori nazionali di modificare le disposizioni oggetto dell'intervento – "dovrebbe essere applicata soltanto nelle materie armonizzate", consentendo al di fuori di tale categoria ai legislatori nazionali di "mantenere o introdurre norme nazionali" (diverse)⁴⁴.

Esempi di materie rispetto alle quali tale "autonomia" degli Stati membri potrebbe esplicarsi sono la responsabilità solidale del venditore o prestatore di servizi e del creditore e, sotto altro versante, l'annullamento del contratto di vendita di merci o di prestazione di servizi qualora il consumatore eserciti il recesso dal contratto di credito.

⁴² Vedi considerando 20.

⁴³ Alcuni studiosi non hanno condiviso tale scelta, criticando la circostanza che l'art. 153 del Trattato istitutivo (oggi art. 169 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) sulla protezione dei consumatori non sia stato neppure menzionato tra i considerando.

In questo senso, De Cristofaro, *La nuova disciplina europea del credito al consumo, La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, Premessa.

⁴⁴ In numerose ipotesi, tuttavia, è la direttiva medesima che consente agli stati di adottare disposizioni diverse – soprattutto per quanto concerne fattispecie da includere o meno nell'ambito applicativo – o di fare salve le disposizioni del diritto interno.

La portata dell'operazione di armonizzazione viene ancora una volta ribadita nel decimo considerando; di conseguenza, "l'obbligo di attuare le disposizioni della (presente) direttiva dovrebbe essere limitato all'ambito di applicazione della stessa".

Tale affermazione sembrerebbe una mera ripetizione di quella già fatta, ma così non è e per rendersene conto basta leggere il rimanente contenuto del considerando 10.

In esso, infatti, subito dopo, si ammette la possibilità per gli Stati membri di applicare, conformemente al diritto comunitario, le disposizioni della direttiva a settori che esulano dall'ambito operativo della stessa, mantenendo o introducendo disposizioni ad essa conformi, ad esempio in materia di contratti di credito per importi inferiori a 200 euro o superiori a 75.000 euro (cifre che, ai sensi dell'art. 2 lett. c rappresentano rispettivamente la somma minima e quella massima al di fuori delle quali un contratto di credito non è soggetto all'applicazione della direttiva).

Concreta applicazione di tale principio si ravvisa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁴⁵, che ha ritenuto ammissibile l'applicabilità della direttiva ai contratti di credito garantiti da ipoteca su beni immobili, formalmente esclusi ai sensi dell'art. 2 lett a (b e c).

La scelta del legislatore comunitario, come sempre accade quando viene adottato lo standard dell'armonizzazione massima, implica due conseguenze. Da un lato, infatti, si verifica una limitazione "al ribasso" delle tutele⁴⁶, visto che ai legislatori interni non è più consentito, con riguardo agli aspetti che ai sensi dell'art. 1 della direttiva sono oggetto dell'intervento di armonizzazione, introdurre misure difformi rispetto a quelle di matrice europea, pur se si tratti di misure idonee a garantire una più intensa tutela del consumatore.

D'altra parte, se la scelta di rimettere ai legislatori nazionali l'individuazione dei rimedi volti a presidiare le regole di matrice comunitaria si configura quale tecnica normativa costante delle direttive, in una disciplina quale quella sul credito ai

⁴⁵ Sentenza del 12.07.2012, resa nella causa C-602/10, consultabile sul sito eur-lex.europa.eu. La Corte europea ha stabilito che la direttiva 2008/48/Ce "non osta a che una misura nazionale volta a trasporre tale direttiva nel diritto interno includa nella sua sfera di applicazione *ratione materiae* contratti di credito che [...] hanno ad oggetto la concessione di un credito garantito da un bene immobile, nonostante siffatti contratti siano espressamente esclusi dall'ambito di applicazione *ratione materiae* di detta direttiva in forza del suo articolo 2, paragrafo 2, lettera a)".

⁴⁶ Cfr Gorgoni, Sui *contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II, Titolo VI Tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, Giurisprudenza di merito, 2011, 2, 323 ss, che parla di "carattere recessivo, o almeno secondario", della tutela del consumatore "rispetto alle istanze di regolamentazione del mercato e di tutela della concorrenza".

consumatori essa forse appare meno giustificata, non tenendo conto della tecnicità e della complessità che caratterizzano il settore bancario.

La disciplina che ci viene consegnata è tutt'altro che esaustiva, atteso che numerosi, come si vedrà, sono i profili che lascia scoperti.

Dopo vent'anni ci si attendeva qualcosa di più, e una simile riflessione non rappresenta che una magra e insoddisfacente consolazione, anche perché ove tali lacune non vengano colmate a livello interno sarà l'interprete (come di fatto è) a dover sciogliere i nodi che verranno (e sono venuti) al pettine.

Di diverso avviso sembra il Parlamento europeo, che, nella risoluzione del 20 novembre 2012 relativa al credito al consumo, ha rilevato che "attualmente non vi sono motivi per una revisione della direttiva, ma invece ci si dovrebbe adoperare affinché essa sia applicata correttamente"⁴⁷.

Prima di passare ad un esame (per quanto rapido) della complessiva disciplina, è opportuno soffermarsi un attimo sulla *ratio* della direttiva, sul suo fondamento normativo, al fine di individuare il bene giuridico alla cui tutela, nell'ambito degli interessi perseguiti dal legislatore comunitario, essa è volta.

Il dibattito si è concentrato sulla tradizionale "divaricazione" tra tutela del mercato e tutela del consumatore, entrambi proclamati – prima nel Trattato istitutivo della Comunità europea (rispettivamente agli artt. 95 e 153) e oggi nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ed in questo agli artt. 114 e 169) – tra gli obiettivi perseguiti dalle istituzioni comunitarie, ma spesso considerati alla stregua di interessi inconciliabili, nel senso che l'uno deve necessariamente abdicare in favore dell'altro.

In dottrina, da più parti si è ravvisata nella "piena realizzazione del mercato interno"⁴⁸ – che, come è stato giustamente osservato, presuppone lo sviluppo delle

⁴⁷ La risoluzione è consultabile sul sito www.europar.europa.eu. Il Parlamento europeo, ritenendo che le problematiche sottese alla disciplina riguardino solamente le concrete modalità applicative, si è limitato ad attribuire alla Commissione il compito di verificare il recepimento della direttiva e insistere sulla sua corretta applicazione da parte degli Stati membri. Tuttavia nella risoluzione vengono segnalati alcuni punti "deboli" della disciplina, tra questi quello delle informazioni precontrattuali.

⁴⁸ Così 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>>*, cit, 258 ss; Gorgoni, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI Tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, cit, 323 ss, secondo cui "gli interessi del mercato, il suo buon funzionamento, non solo colorano di sé la direttiva, conformandone la premessa interpretativa, ma sembrano contribuire ad affermare la tendenza a riconoscere i sintomi di un ordine pubblico finanziario, a sua volta versione più attuale e sofisticata dell'ordine pubblico economico [...] il cui obiettivo è quello di assicurare l'equo funzionamento del

contrattazioni transfrontaliere⁴⁹ – la finalità principale dell'intervento del legislatore europeo sul credito ai consumatori. E del resto questa è la prospettiva che emerge dai considerando della direttiva, nei quali si fa riferimento alle distorsioni della concorrenza e agli ostacoli nel mercato interno provocati dalle divergenti normative esistenti negli Stati membri⁵⁰, nonché alla conseguente opportunità di realizzare un efficiente mercato europeo del credito al consumo – da raggiungere attraverso un “quadro comunitario armonizzato”⁵¹ –.

In realtà, non mancano i riferimenti alla tutela dei consumatori⁵², i quali non possono che essere danneggiati dalle disparità esistenti tra i vari ordinamenti nazionali, vedendo limitate le possibilità di beneficiare della crescente disponibilità di credito transfrontaliero; pertanto (si dice) “è opportuno che il mercato offra un livello di tutela dei consumatori sufficiente, in modo da assicurare la fiducia dei consumatori”.

Rimane da verificare se il legislatore abbia voluto subordinare gli interessi dei consumatori alla competitività del mercato (soluzione che sembra dedursi dal dato normativo), o se possa in qualche modo darsi una lettura diversa del fondamento e della *ratio* della direttiva in commento, che consenta, quanto meno, di considerare sullo stesso piano il funzionamento del mercato interno e la protezione del consumatore, che opererebbero l'uno in funzione dell'altro.

Questa seconda lettura potrebbe ricavarsi dal tenore letterale degli artt. 114 e 169 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Infatti, se è vero che la prima di tali disposizioni – da esaminare in combinato disposto con l'art. 26 (ex art. 14 TCE), – funzionalizza il ravvicinamento delle legislazioni all'instaurazione ed al funzionamento del mercato interno, subito dopo

mercato, proteggendo i soggetti deboli del rapporto”; Carriero, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo, La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, cit, 37 ss; Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit, 197 ss (209).

⁴⁹ Così 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>>*, cit, 258.

⁵⁰ Vedi considerando 4.

⁵¹ Cfr considerando 7.

⁵² Vedi considerando 4 e 8, e, in maniera più incisiva, l'art. 22, dove ben due volte si fa riferimento alla posizione dei consumatori, dapprima in termini di diritti loro spettanti, e dopo, più in generale, alla loro tutela.

(paragrafo 3) essa fa riferimento alla materia della protezione dei consumatori, nella quale ogni iniziativa dovrà basarsi su un livello di protezione elevato⁵³.

Lo stesso art. 169 del TFUE, da parte sua, indica le misure adottate ai sensi dell'art. 114 (dunque nell'ambito del ravvicinamento delle legislazioni) nel quadro della realizzazione del mercato interno, quale strumento per assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori.

Le due disposizioni, dunque, finiscono per intrecciare il ravvicinamento delle legislazioni, il corretto andamento del mercato interno e la tutela dei consumatori in un'unica trama, nella quale – stando alle previsioni del Trattato – è difficile separare uno degli elementi e considerarlo *ex se*.

Tuttavia, come si è detto, leggendo e considerando della direttiva emerge un'idea di supremazia del mercato, che assurge ad obiettivo primario del legislatore, in relazione al quale la tutela dei consumatori diviene un mezzo volto alla realizzazione del fine, un risultato da realizzare in via riflessa.

Ciò emerge anche dal secondo paragrafo dell'art. 27 concernente l'attuazione del testo normativo di origine comunitaria; qui, infatti, si dice che il riesame al quale a partire dal 12 maggio 2013 la Commissione dovrà sottoporre (e ormai ha sottoposto) la disciplina sarà volto sì a valutarne l'adeguatezza, ma “a fronte delle tendenze economiche nella Comunità e della situazione del mercato interessato”; servirà a valutare i risultati che alcune disposizioni avranno (o hanno avuto) “sul mercato interno e (*solo in secondo luogo*) sui consumatori”.

Ed è proprio questa l'interpretazione più aderente, quella che vede nella direttiva 2008/48/Ce l'ennesimo intervento concepito per favorire lo sviluppo del mercato interno, determinando l'incremento della domanda di merci e servizi⁵⁴.

Del resto, oggi è opinione largamente diffusa quella secondo la quale, nonostante le enunciazioni di principio – in forza delle quali la protezione del consumatore rientra a pieno titolo tra quelli che sono gli obiettivi primari del legislatore europeo –, tutta la

⁵³ La Commissione nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di [...] protezione dei consumatori si basa su un livello di protezione elevato [...]. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo.

⁵⁴ Che nel considerando 4 viene considerata quale elemento rispetto al quale la distorsioni della concorrenza e le restrizioni dei prodotti di credito transfrontaliero possono incidere negativamente

legislazione consumeristica sia prioritariamente preordinata all'equilibrio del mercato e alla crescita economica⁵⁵.

3. Le novità introdotte dalla nuova disciplina

Pur non essendo questa la sede per una compiuta analisi delle disposizioni contenute nella direttiva, è opportuno passarne brevemente in rassegna i tratti fondamentali anche al fine di mettere in luce le innovazioni apportate alla disciplina previgente.

Si anticipa sin d'ora che le aspettative riposte nella nuova normativa sono state disattese sotto molteplici punti di vista; tra gli aspetti messi in luce dalla dottrina due sono quelli ai quali più spesso si fa riferimento e in relazione ai quali nulla è stato previsto⁵⁶: il sovraindebitamento del consumatore – sebbene si tratti di una materia rispetto alla quale la maggior parte dei paesi europei (da poco anche l'Italia) hanno una propria disciplina – e i contratti di fideiussione conclusi dal consumatore, rispetto ai quali non si è ancora chiarita l'applicabilità della disciplina sul credito al consumo, esclusa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel vigore della direttiva del 1986⁵⁷.

Ma l'insoddisfazione registrata non si limita ai vuoti normativi, riguardando anche gli ambiti regolati dal legislatore europeo, come la disciplina degli intermediari,

⁵⁵ In questo senso, Caterini, *Politica dei consumi e diritto dei contratti*, Rassegna di diritto civile, 2006, 3, 627 ss; in particolare, viene in rilievo il seguente passaggio: “[...] lo scambio contrattuale trova la sua radice non soltanto nell'interesse degli scambianti ma nell'interesse al corretto ed efficiente funzionamento del mercato. Le discipline eteronome introdotte dal legislatore europeo hanno questo scopo primario. Il contratto, da strumento di affermazione dell'individuo, si trasforma in un sempre più rischioso strumento di compressione dell'interesse individuale; la sintesi degli effetti essenziali del concreto accordo è <<corretta>> dall'ordinamento qualora non contiene quegli elementi di efficienza indispensabili alla sopravvivenza del mercato”, 643. Carriero, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, cit, 39, osserva come “la funzionalizzazione dell'autonomia privata, la strumentalità al circuito dell'economia dei consumi, traspasano in maniera ancora più evidente rispetto al passato dalle stesse tecniche prescelte per il perseguimento dei menzionati obiettivi”.

Un chiaro segnale dell'intreccio tra la tutela dei consumatori e lo sviluppo del mercato si rintraccia altresì in una breve relazione del gennaio 2013 pubblicata dalla Commissione europea, dedicata, appunto, alla protezione dei consumatori, nella quale, tuttavia, non mancano i riferimenti al mercato.

⁵⁶ Così Macario, *Il percorso dell'armonizzazione del credito al consumo: conclusione di un inter ultraventennale?*, cit, 83; Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 787.

⁵⁷ Cfr sentenza del 20.03.2000, resa nella causa C- 208/98, su eur-lex.europa.eu.

incompleta e frammentaria, nonché le prescrizioni da osservare nella fase precontrattuale, che rischiano, addirittura, di essere considerate “eccessive”, per non parlare del collegamento negoziale, del quale, come si vedrà, si fornisce una lettura “unidirezionale”.

La direttiva 2008/48/Ce rispetta il consueto *modus operandi* del legislatore europeo; invero, dopo aver rimarcato all’art. 1 che l’obiettivo è quello dell’armonizzazione “di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo”, chiarisce l’ambito applicativo della disciplina, che è quello dei contratti di credito, per poi passare alle definizioni, anche queste più numerose, e anche dettagliate direi, rispetto alla direttiva 87/102/Cee - .

Le fattispecie alle quali, in base all’art. 2, non si estende la disciplina sono più numerose rispetto a quelle prese in considerazione nella disciplina previgente⁵⁸.

Innanzitutto, si introduce un limite “quantitativo” in forza del quale sono esclusi i contratti di credito per un importo totale inferiore a 200 e superiore a 75.000 euro⁵⁹; tra le fattispecie che esulano dall’ambito applicativo della nuova disciplina, vengono

⁵⁸ Ai sensi dell’art. 2 della direttiva 87/102/Cee esulavano dall’ambito operativo della disciplina i contratti di credito o promessa di credito destinati principalmente all’acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o un immobile costruito o da costruirsi nonché quelli destinati al restauro di un immobile in quanto tale (lett. a); i contratti di locazione che non prevedano il trasferimento della proprietà (alla fine) al locatario (lett. b); i contratti di credito concesso o messo a disposizione senza interessi o altri oneri (lett. c); i contratti di credito in base ai quali non si impone alcun interesse, a condizione che il rimborso avvenga con un unico pagamento (lett. d); il credito concesso da un istituto autorizzato sotto forma di apertura di credito in conto corrente, da distinguere dai conti coperti da una carta di credito (lett. e). Inoltre, il par. 3 della medesima disposizione prevedeva delle ulteriori esenzioni, limitate ad alcuni articoli, per i contratti di credito o di promessa di credito garantiti da ipoteca su proprietà immobiliare, sempre che non fossero già esclusi dall’ambito applicativo ai sensi del par. 1, lett. a (ai quali non si applicavano l’art. 4 e quelli da 6 a 12). Infine il par. 4 disciplinava esclusioni facoltative per i contratti stipulati per atto autentico firmato dinanzi ad un notaio o ad un giudice.

⁵⁹ È opportuno rilevare che il legislatore europeo nel testo (non definitivo) della direttiva “in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali e recante modifiche alla direttiva 2008/48/Ce” [contenuta nel documento P7_TA-PROV(2013)0341, approvato il 10.09.2013 in seguito agli emendamenti presentati dal Parlamento europeo alla Proposta di direttiva “in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali” (COM(2011)0142)], ha ritenuto opportuno eliminare il limite massimo di 75.000 euro con riguardo ai contratti di credito non garantiti il cui obiettivo sia il restauro di un bene residenziale. Nel considerando 18, infatti, si afferma che tali contratti, pur se relativi ad un credito superiore alla soglia suddetta, dovrebbero ricadere nell’ambito applicativo della direttiva sul credito ai consumatori “al fine di assicurare a quei consumatori un livello di protezione equivalente ed evitare ogni lacuna regolamentare tra tale direttiva e la presente direttiva”. Tale modifica è prevista dall’art. 46 del testo in questione, dove si prescrive che all’art. 2 della direttiva 2008/48/Ce venga inserito un paragrafo 2 *bis* del seguente tenore “in deroga al paragrafo 2, lett. c), la presente direttiva si applica ai contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale, con un importo totale del credito superiore a 75.000 EUR”.

È chiaro che, trattandosi di un testo non definitivo, la modifica non è in vigore.

in rilievo i contratti di credito a mezzo dei quali un datore di lavoro, al di fuori della sua attività principale, concede prestiti ai propri dipendenti (e non al pubblico) senza richiedere il pagamento di interessi o comunque a tassi annui effettivi globali inferiori rispetto a quelli di mercato (lett. g); i contratti di credito conclusi con imprese di investimento o enti di credito al fine di finanziare l'acquisto di strumenti finanziari, a condizione che l'impresa o l'ente partecipino all'operazione (lett. h); quelli risultanti da accordo raggiunto in sede giudiziale o davanti ad analogha autorità (lett. i); i contratti relativi alla dilazione di pagamento, senza spese, relativa ad un debito esistente (lett. j); i contratti di credito per la conclusione dei quali il consumatore è tenuto a depositare presso il creditore un bene a titolo di garanzia, purchè la responsabilità del consumatore sia limitata esclusivamente al bene dato in pegno (lett. k); ed, infine, i contratti relativi a prestiti concessi ad un pubblico ristretto, in base a disposizioni di legge con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle di mercato e a tassi di interesse non superiori a quelli prevalenti sul mercato (lett. l).

Per il resto, le fattispecie escluse ricalcano, con qualche minima difformità⁶⁰, quelle già previste dalla precedente direttiva.

Discorso a parte va fatto per la concessione di scoperto in conto corrente, nel caso in cui sia previsto il rimborso a semplice richiesta o dopo soli tre mesi, per la quale sono stati inseriti specifici obblighi informativi (art. 6) e alla quale non si applicano alcune disposizioni tra cui quelle sul diritto di recesso, previsto agli artt. 13 e 14⁶¹, nonché per i contratti di credito sotto forma di sconfinamento, soggetti soltanto all'applicazione di un numero esiguo di disposizioni⁶² ed appositamente disciplinati dall'art. 18⁶³.

⁶⁰ Ad esempio alla locazione al termine della quale non sia previsto il passaggio della proprietà al locatario, si è aggiunto il contratto di leasing (cfr lett. d art. 2 direttiva 2008/48/Ce).

⁶¹ L'art. 2 della direttiva, al par. 3, limita a tali contratti l'applicabilità degli artt. da 1 a 3; 4, par. 1, par. 2, lett. da a) a c), par. 4; da 6 a 9; 10 par. 1, par. 4, par. 5; 12; 15; 17 e da 19 a 32.

⁶² L'art. 2 della direttiva, al par. 4, prevede che ad essi si applichino soltanto gli artt. da 1 a 3, 18, 20 e da 22 a 32.

⁶³ Entrambi tali figure sono puntualmente definite all'art. 3 della direttiva, rispettivamente alla lettera d) ed e); in particolare, la concessione di credito è il contratto di credito espresso in forza del quale il creditore mette a disposizione del consumatore fondi che eccedono il saldo del conto corrente; lo sconfinamento è uno scoperto tacitamente accettato in forza del quale il creditore mette a disposizione del consumatore fondi che eccedono il saldo del conto corrente o la concessione di scoperto convenuta.

Se nessuna differenza significativa può rintracciarsi con riguardo alle consuete definizioni di consumatore e professionista, né nella nozione di contratto di credito o di tasso annuo effettivo globale⁶⁴, si presenta, invece, arricchita quella di costo totale del credito che elenca in modo analitico tutte le voci di spesa in essa ricomprese. Numerose sono, poi, le definizioni introdotte *ex novo* dal legislatore europeo; tra queste, come si avrà modo di vedere, due hanno notevole rilevanza: quella di intermediario del credito (art. 3, lett. f) e quella di contratto di credito collegato (art. 3, lett. n).

A differenza della normativa del 1986⁶⁵, questa volta non mancano le disposizioni relative alle informazioni precontrattuali⁶⁶; l'intero capo II della direttiva è intitolato alle "informazioni e pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito".

Tra queste disposizioni, l'art. 4 in materia di pubblicità, oltre al tasso annuo effettivo globale – richiesto anche dal vecchio art. 3 della direttiva 87/102/Cee – prevede che qualsiasi pubblicità nella quale sia indicato il tasso d'interesse o qualsiasi altro dato numerico relativo al costo del credito per il consumatore deve contenere le c.d. "informazioni di base", da fornire in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo.

La descrizione puntuale delle informazioni che devono risultare nel messaggio pubblicitario e soprattutto la specificità dei relativi dati fanno sì che la pubblicità divenga il primo "stadio" della relazione che si instaura tra consumatore e creditore, rientrando nell'ambito delle informazioni precontrattuali "in senso lato".

⁶⁴ Tale elemento, indicato con l'acronimo taeg, indica il costo totale del credito espresso in percentuale annua.

⁶⁵ Non può farsi a meno di rilevare la mancanza di qualsiasi prescrizione in ordine ai doveri informativi da ottemperare nella fase precontrattuale, contemplando la direttiva esclusivamente una scarsa disposizione in materia di pubblicità, nonché un'altra sulla forma del contratto – da concludere per iscritto con contestuale consegna di una copia al cliente, senza però la previsione di alcuna sanzione nel caso di inosservanza – e sugli elementi essenziali del medesimo; desta stupore, poi, la circostanza che il legislatore comunitario non abbia previsto in favore del consumatore quello "strumento" che quasi sempre si abbina con gli altri tipici meccanismi di tutela, cioè il diritto di recesso.

⁶⁶ In dottrina da più parti si è evidenziata l'inversione di tendenza del legislatore del 2008 con riguardo alle informazioni precontrattuali; *ex multis*, Villanacci, *Credito al consumo: verso un diritto europeo dei contratti*, cit, 39; Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit, 212; Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 811; De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione <<completa>> delle disposizioni concernenti <<taluni aspetti>> dei <<contratti di credito ai consumatori>>*, cit, 270.

Corposa è poi la normativa sulle informazioni precontrattuali, rivolta sia al creditore che all'intermediario del credito, che rappresenta uno dei tratti distintivi della nuova disciplina.

Essa innerva l'intera fase precedente alla conclusione del contratto, nella quale, oltre alla disposizione in materia di informazioni pubblicitarie appena menzionata (art. 4), si ravvisa quella riguardante l'informazione precontrattuale vera e propria (di cui agli artt. 5 e 6, il secondo riferito a contratti determinati); quest'ultima in realtà – come si avrà modo di vedere – si atteggia qui in maniera differente rispetto alla tradizionale informazione che caratterizza la disciplina consumeristica – finendo per assumere altresì la forma di un autentico servizio di assistenza (art. 5, paragrafo 6) –; ma sul punto si tornerà in seguito, visto che la fase antecedente alla formalizzazione del vincolo negoziale è quella su cui si svilupperà gran parte del presente lavoro.

Ci si limita qui a rilevare che si tratta di una disciplina che, specie ove messa in relazione a quella precedente – dove l'unica disposizione ravvisabile era l'art. 3 sulla pubblicità⁶⁷ –, si distingue per il suo carattere fortemente innovativo.

Sempre nell'ambito degli "obblighi precontrattuali" non può che accordarsi portata innovativa alla verifica del merito creditizio – ed al sotteso principio del prestito responsabile –, con riferimento alla quale all'art. 8 il legislatore parla addirittura di obbligo, e sulla quale si avrà modo di soffermarsi in seguito.

La norma, in particolare, dispone che "gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso, fornite dal consumatore stesso, e ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente".

Inoltre, è previsto che qualora le parti decidano di modificare l'importo del credito dopo la conclusione del contratto, gli Stati devono provvedere affinché il creditore aggiorni le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuti il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo del medesimo.

⁶⁷ Tale articolo, fatte salve le disposizioni sulla pubblicità ingannevole, nonché le norme ed i principi applicabili alla pubblicità sleale, prevedeva che "nella pubblicità o nelle offerte esposte negli uffici commerciali e con cui una persona dichiara la propria disponibilità a concedere credito o a farsi intermediaria per la conclusione di contratti di credito e indichi il tasso di interesse o altre cifre riguardanti il costo del credito, deve essere citato anche, espresso in percentuale, il tasso annuo effettivo globale, eventualmente mediante un esempio tipico se non è possibile valersi di altre modalità".

Come si avrà modo di illustrare, tale disposizione, o meglio la duplicazione della medesima adottata dal legislatore italiano nel recepimento della disciplina, hanno innescato un dibattito tuttora non sopito – nonostante siano trascorsi più di due anni dall’emanazione del d.lgs. n. 141 del 2011 – che ha ad oggetto la natura della norma e della prescrizione in essa contenuta e, per l’effetto, il tipo di sanzione che può discendere dalla sua violazione⁶⁸.

Per quanto riguarda la forma del contratto, la situazione è rimasta immutata, nel senso che se prima (direttiva 87/102/Cee) la disciplina richiedeva espressamente la forma scritta, benché sprovvista di sanzione, aggiungendo che il consumatore dovesse ricevere un esemplare del contratto, l’art. 10 della nuova direttiva sembra ricalcare le previsioni precedenti.

Infatti, la previsione secondo la quale “i contratti di credito sono redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole”, pur se ad una prima lettura potrebbe far sorgere dubbi sulla necessità o meno della forma scritta, ad un esame più attento configura un vincolo formale da rispettare per la “corretta” conclusione del contratto di credito ⁶⁹. Tale interpretazione pare corroborata dalla prescrizione immediatamente successiva, ai sensi della quale “tutte le parti ricevono copia del contratto”.

Sebbene la norma faccia riferimento a tutte le parti contrattuali, nessuna incertezza può aversi sul fatto che essa sia rivolta in primo luogo al consumatore, il quale, ricevendo la copia del contratto potrà – nel caso in cui il gap informativo che lo separa dal creditore non sia stato neutralizzato dalle consistenti informazioni ricevute in fase precontrattuale – avere maggiore consapevolezza delle condizioni contrattuali alle quali andrà a vincolarsi⁷⁰.

⁶⁸ Invero, non può non rilevarsi come essa rappresenti a tutti gli effetti un arretramento di tutela rispetto a quanto sul punto prevedeva la Proposta di direttiva (mai approvata) del Parlamento europeo e del Consiglio, “relativa all’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori” (COM(2002) 443 def. — 2002/0222(COD), consultabile su eur-lex.europa.eu), che all’art. 9, rubricato prestito responsabile, metteva in gioco *la responsabilità contrattuale* del finanziatore (cfr sul punto la relazione di accompagnamento).

⁶⁹ Sul punto cfr Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 828 ss.

⁷⁰ In questo senso, 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>>*, cit, 275.

Il legislatore si occupa, poi, di elencare tutte le informazioni che – in modo chiaro e conciso – devono risultare dal contratto, informazioni di certo più cospicue rispetto a quanto richiedeva la precedente disciplina, che faceva riferimento soltanto al tasso annuo effettivo globale (espresso in percentuale) e alle condizioni alle quali questo potesse eventualmente essere modificato.

Invero, l'art. 10 della direttiva contiene un'elencazione precisa ed analitica degli elementi che devono figurare nel contratto, elencazione che forse potrebbe apparire esagerata – arrivando fino alla lettera z dell'alfabeto – ma che si giustifica sulla base della peculiare figura contrattuale cui si riferisce.

Pur non essendo questa la sede per soffermarsi su ognuna delle informazioni da indicare nel testo contrattuale, bisogna rilevare che esse riproducono in gran parte quelle da comunicare nella fase precedente alla conclusione del negozio, rivelandoci che il credito ai consumatori rappresenta un esempio paradigmatico del c.d. neoformalismo di protezione.

Con tale espressione si fa riferimento a quel peculiare atteggiarsi del vincolo formale cui ha dato luogo la diffusione delle nuove forme di negoziazione, e che ha determinato una nuova visione della forma contrattuale; questa, non assolve più la mera funzione di *vestmentum* con l'unico scopo di catturare la solennità dell'atto o di evitare che questo sia colpito da nullità, ma diviene un mezzo di tutela del contraente debole.

La "forma" nella sua versione più nuova, diviene, quindi, forma-informativa, nella fase precedente alla conclusione del contratto, nella quale il soggetto debole (consumatore) viene bersagliato da tutta una serie di comunicazioni relative al bene, prodotto o servizio che potrebbe acquistare, per poi prendere le sembianze della forma-contenuto e dunque riversare tutte quelle informazioni nel vero e proprio contratto.

L'analitica prescrizione da parte del legislatore europeo degli elementi da indicare nel regolamento negoziale – rispetto alla quale non si prevede alcuna sanzione in caso di inosservanza – va tenuta distinta dai requisiti di validità del contratto previsti in ciascuno Stato membro.

Con riguardo a tale aspetto, la nuova disciplina – ponendosi, in realtà, in linea con la gran parte delle normative europee in materia contrattuale – non presenta tratti di novità.

Invero, l'art. 10 (sul contenuto del contratto) si applica "fatte salve le norme nazionali riguardanti la validità della conclusione dei contratti conformi alla normativa comunitaria".

In maniera analoga si esprime il trentesimo considerando, nel quale si chiarisce che la direttiva non disciplina gli aspetti relativi alla validità del contratto, lasciando su tale versante gli Stati membri liberi di mantenere o introdurre norme nazionali conformi al diritto comunitario.

Continuando nella veloce ricognizione delle principali novità apportate dalla direttiva del 2008, centrale è il diritto di recesso, che sembra assumere delle caratteristiche in qualche misura differenti rispetto a quella che è la sua tradizionale fisionomia nel resto della legislazione consumeristica⁷¹.

Si tratta, come è stato osservato⁷², di una facoltà che non fa da *pendant* alla tecnica di contrattazione utilizzata e che, dunque, non è necessariamente volta a tutelare il consenso prestato dal consumatore in seguito ad una decisione non adeguatamente ponderata.

Tali considerazioni dovrebbero forse essere riviste alla luce del considerando 34 della direttiva in cui, nel sancire l'opportunità di un diritto di recesso senza penalità né giustificazioni, si fa riferimento alla direttiva 2002/65/ce in materia di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, dove il meccanismo di scioglimento unilaterale dal contratto non può che trovare la propria *ratio* nella peculiare modalità di negoziazione.

Ma anche volendo inquadrare tale recesso nel tradizionale schema dello *ius poenitendi* consumeristico, tale ricostruzione non si coordinerebbe con l'articolata disciplina sull'informazione/assistenza precontrattuale, che sembra fornire indicazioni di segno totalmente contrario.

⁷¹ La direttiva 87/102/Cee non attribuiva espressamente al consumatore che stipulasse un contratto di credito (o che accettasse una promessa di credito) lo *ius poenitendi*.

Di esso non vi era traccia né nei considerando né nelle disposizioni vere e proprie.

Invero, un riferimento non troppo esplicito – ma comunque apprezzabile, almeno dal punto di vista interpretativo – si rintracciava nell'allegato alla direttiva; qui, nel riportare a titolo esemplificativo alcuni degli elementi da indicare nel contenuto di alcune fattispecie contrattuali (contratti di credito che concernono la fornitura di determinati beni o servizi, contratti di credito operanti mediante carte di credito, contratti di credito operanti sotto forma di crediti allo scoperto permanenti, non altrimenti contemplati dalla direttiva; altri contratti di credito che ricadono sotto la direttiva), il legislatore europeo più volte ha menzionato un "periodo di riflessione", che sembrava alludere al diritto di recesso.

⁷² Vedi Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 842 ss.

Pertanto, si ritiene preferibile la lettura che sgancia il diritto di recesso attribuito al consumatore dalle tecniche di contrattazione utilizzate⁷³, ribattezzandolo piuttosto come uno strumento di tutela del consenso, che trova giustificazione nella complessità dell'operazione, nonché nella "rilevanza ed entità delle conseguenze finanziarie"⁷⁴ che essa potrebbe determinare nella sfera giuridica di chi accede al credito.

Secondo tale prospettiva, il recesso assolverebbe ad una funzione connessa con quella dell'informazione precontrattuale, cioè di mettere al corrente il consumatore/cliente di ogni notizia utile per valutare in maniera consapevole l'operazione che si accinge a concludere; esso, tuttavia, opererebbe in una fase successiva, in tutti quei casi in cui il soggetto, pur informato, non abbia ben chiara la portata dei vincoli e degli obblighi derivanti dal contratto.

Venendo al dato normativo, due sono le disposizioni sulle quali soffermarsi.

In primo luogo, l'art. 14 della direttiva, il quale attribuisce al consumatore un periodo di quattordici giorni di calendario per esercitare il recesso senza penali e senza alcuna giustificazione; tale termine decorre alternativamente dal giorno della conclusione del contratto, oppure dal giorno in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 10, che non disciplina l'informazione precontrattuale bensì il contenuto del contratto.

Quindi, in tale ipotesi, il periodo a partire dal quale esercitare il diritto di recesso, non può che decorrere dal momento in cui il consumatore riceve una copia del contratto⁷⁵.

⁷³ Cfr Gorgoni, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II, Titolo VI Tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, cit, 344.

⁷⁴ In questo senso 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>>*, cit, 285. Ma vedi anche *Id*, *Il recesso del consumatore dal contratto di credito*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo, La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, cit, 119 ss, dove l'autore ha in parte rivisto la posizione illustrata, giustificando il diritto di recesso previsto nella direttiva in base agli obblighi informativi precontrattuali gravanti sul creditore (e sull'intermediario), ma in un'ottica diversa da quella qui adottata. In particolare, la circostanza che le informazioni possano essere date immediatamente prima della conclusione del contratto (visto che l'art. 5 della direttiva si limita a prescrivere che ciò avvenga "in tempo utile"), non consentirebbe ai consumatori di "fondare le proprie scelte sulla conoscenza e valutazione delle informazioni ad essi dovuti *ex lege*".

⁷⁵ Tale lettura, pienamente aderente al dettato normativo, fa sorgere delle perplessità circa la teoria illustrata nella nota precedente, secondo la quale sussisterebbe una connessione tra il diritto di recesso e la disciplina di cui all'art. 5 sulle informazioni precontrattuali. Infatti, il fatto che sia lo stesso art. 14 della direttiva a fare riferimento alle informazioni contenute nel contratto, implicitamente fa sì che il prospettato collegamento tra recesso ed informazione – ammesso che vi sia –, non sarà riferito

Affinché il termine possa considerarsi rispettato e, quindi, il recesso sia efficace, è necessario che il consumatore informi il creditore.

Quanto alle modalità di tale comunicazione, la direttiva prescrive che essa venga inviata al creditore secondo le modalità dal medesimo prescritte ai sensi dell'art. 10 lett. p) – dunque nelle informazioni contenute nel contratto – e, in ogni caso, con un mezzo che possa costituire prova secondo il diritto nazionale; il legislatore europeo parla a tal proposito, a nostro avviso impropriamente, della notifica, la quale, purché trasmessa su supporto cartaceo, dovrà essere inviata prima della scadenza del termine stesso⁷⁶.

Inoltre, il consumatore che si scioglie dal vincolo contrattuale sarà tenuto a restituire il capitale ricevuto e gli interessi dovuti sullo stesso (dal giorno del prelievo a quello della effettiva restituzione che dovrà avvenire non oltre trenta giorni dall'invio della notifica di cui sopra).

In seguito all'esercizio del diritto di recesso dal contratto di credito, poi, il consumatore non sarà più vincolato dai contratti aventi ad oggetto servizi accessori connessi.

Il paragrafo 7, infine, lascia impregiudicata ogni disposizione nazionale relativa al periodo di tempo durante il quale l'esecuzione del contratto non può avere inizio.

Quelle appena descritte sono molte delle previsioni contenute all'art. 14 della direttiva, che disciplina, appunto, il recesso di pentimento per così dire tradizionale che caratterizza quasi tutte le discipline contrattuali consumeristiche⁷⁷ e che si ritiene applicabile sia ai contratti a durata determinata che a quelli a durata indeterminata.

alle informazioni precontrattuali, bensì a quelle che saranno oggetto del contratto (anche se per la gran parte coincidenti con le prime).

⁷⁶ La domanda che sorge spontanea è: perché dopo aver parlato di mezzo (di comunicazione) suscettibile di formare prova legale, il legislatore fa riferimento alla notifica e ad essa soltanto? Opportuna sembra la lettura di De Cristofaro, *Il recesso del consumatore dai contratti di credito*, cit, 133, che parla più in generale di invio del supporto cartaceo o durevole, e quindi della dichiarazione in esso contenuta.

⁷⁷ Vedi De Cristofaro, *Il recesso del consumatore dai contratti di credito*, cit, 119 ss, che qualifica "ordinario" il recesso di cui all'art. 14 e "straordinario" quello di cui all'art. 13 della direttiva. Anche Pagliantini, *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo, La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, cit, 77, definisce "ordinario" il recesso di cui all'art. 13. In entrambi i casi, l'"ordinarietà" sta a significare il fatto che generalmente nei contratti a tempo indeterminato non si può restare vincolati *sine die*. Ma in realtà, anche il recesso ex art. 14 si ritiene applicabile altresì ai contratti a tempo indeterminato, sebbene si tratti di una fattispecie differente rispetto alla facoltà di scioglimento di cui all'art. 13.

A tale disposizione, tuttavia, se ne aggiunge un'altra (l'art. 13) che riguarda esclusivamente i contratti di credito di durata indeterminata; in questi ultimi, salvo che sia stato convenuto un preavviso, il consumatore può avviare "la procedura tipo di scioglimento" (espressione da intendere come diritto di recesso) in ogni momento e gratuitamente.

Ciò che più sorprende è che la medesima facoltà è attribuita al creditore; in tale ipotesi, tuttavia, è necessaria una previsione apposita nel contratto di credito – si delinea, quindi, un'ipotesi di recesso convenzionale – e, in ogni caso, la comunicazione al consumatore deve avvenire con un preavviso di almeno due mesi.

Sempre al creditore è attribuita nei contratti a durata indeterminata una peculiare facoltà; questi, infatti, sussistendo motivi oggettivamente giustificati e in presenza di un'espressa pattuizione negoziale, può "porre termine al diritto del consumatore di effettuare ulteriori prelievi".

Affinché possa valersi di tale prerogativa, il finanziatore dovrà comunicare al consumatore le ragioni dello scioglimento, e dovrà farlo, ove possibile, prima che lo stesso si verifichi, o, in alternativa, subito dopo⁷⁸.

Il legislatore comunitario ha voluto, con riguardo al diritto di recesso, da un lato, distinguere tra contratti a tempo indeterminato e non, diversificando le due discipline; dall'altro lato, ha voluto attribuire anche al creditore (a determinate condizioni) la facoltà di sciogliersi dal vincolo contrattuale, alla quale si affianca la possibilità di sospendere per motivi oggettivamente giustificati le erogazioni (o i prelievi, in base al tipo di credito) da parte del consumatore.

Ciò su cui bisognerebbe interrogarsi è l'esatta portata di tali motivi, cercando di capire se l'espressione voglia alludere alle condizioni patrimoniali del debitore, riecheggiando in qualche modo la previsione del nostro diritto nazionale contenuta nell'art. 1461 c.c..

Ed in effetti in questa direzione sembrerebbe deporre la lettura combinata dell'art. 13 della direttiva con il trentatreesimo considerando, nel quale si afferma che i motivi oggettivamente giustificati che consentono al creditore di sospendere il diritto del consumatore di effettuare ulteriori prelievi "potrebbero includere, per esempio, il

⁷⁸ Si prevede, tuttavia, che tale comunicazione (da dare su supporto cartaceo o comunque durevole) non dovrà essere fornita qualora sia vietata da altra normativa comunitaria o sia contraria a obiettivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza.

sospetto di un uso fraudolento o non autorizzato del credito o l'aumento significativo del rischio che il consumatore non possa rimborsare il credito”.

Oltre al diritto di recesso nelle due forme descritte, il consumatore dispone di un ulteriore strumento che gli consente di “svincolarsi” dal contratto; in questo caso, però, non ci troviamo di fronte al ripensamento rispetto alla convenienza o all'opportunità dell'operazione negoziale, bensì all'ipotesi in cui il soggetto, dopo aver ottenuto il prestito (o comunque il bene finanziato dal creditore), decida di restituire le relative somme non alle scadenze pattuite ma in un'unica soluzione e, soprattutto, prima dello spirare dei termini contrattuali, beneficiando di una riduzione del costo complessivo del credito.

L'istituto in questione è il c.d. rimborso anticipato, già previsto dal legislatore del 1986 come generica facoltà spettante al consumatore⁷⁹, del quale oggi si occupa l'art. 16 della direttiva del 2008.

In particolare, si prevede un vero e proprio diritto del consumatore “di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito”.

L'esercizio di tale facoltà da parte del prestatario determina *ex lege* una “riduzione del costo totale del credito”, sotto forma di interessi e di costi relativi alla restante durata del contratto.

Di tale riduzione, tuttavia, sfuggono i criteri di calcolo, essendo venuto meno il riferimento all'equità presente nella precedente direttiva.

Dell'equità si parla, tuttavia, nell'art. 16 con riguardo all'indennizzo spettante al creditore nell'ipotesi di rimborso anticipato del credito, indennizzo che, oltre ad essere appunto “equo”, dovrà essere “oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato”, sempre che la restituzione avvenga in un periodo per il quale il tasso debitore è fisso.

In realtà tutte le altre previsioni contenute nella disposizione in esame – che pure è rubricata “rimborso anticipato” – sono riferite, esattamente come avviene nel considerando 39, all'indennizzo del finanziatore, in relazione al quale il legislatore comunitario ha voluto consegnarci una regolamentazione oltremodo completa e, a

⁷⁹ In questi termini era formulato l'art. 8 della direttiva 87/102/Cee, che si limitava a prescrivere in tale ipotesi che il consumatore si avvantaggiasse di un'equa riduzione del costo del credito. Per il resto della disciplina, si rinviava alle legislazioni nazionali. Analoga previsione era contenuta nel diciottesimo considerando.

nostro avviso, eccessivamente puntuale su cui non sembra qui opportuno soffermarsi⁸⁰.

Un aspetto certamente significativo della direttiva del 2008 è la disciplina del collegamento negoziale, puntualmente definita dal legislatore nell'art. 3 e successivamente presa in considerazione con riguardo alle ripercussioni che gli inadempimenti del fornitore possono avere sul contratto di credito.

Simili previsioni rappresentano un passo in avanti rispetto alla precedente normativa, che impegnava gli Stati membri a provvedere affinché l'esistenza di un contratto di credito non pregiudicasse 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 venissero forniti o non fossero comunque conformi al contratto di fornitura.

Subito dopo si attribuiva al consumatore una generica "facoltà di procedere" contro il creditore – in seguito all'infruttuoso esperimento dell'azione nei confronti del fornitore – nell'ipotesi di fornitura parziale o di beni non conformi al contratto; tale possibilità era, tuttavia, circoscritta alla sussistenza di un (precedente) accordo in forza del quale i crediti erogati fossero finalizzati esclusivamente all'acquisto dei beni

⁸⁰ Per completezza, ci si limita a riportare quanto previsto nei paragrafi 2 (secondo capoverso), 3, 4 e 5 dell'art. 16, tutti integralmente concernenti l'indennizzo.

"L'indennizzo non può superare 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 ad un anno. Se il periodo non è superiore ad un anno, l'indennizzo non può superare lo 0,5% dell'importo del credito rimborsato in anticipo.

Non può essere preteso nessun indennizzo per il rimborso anticipato:

a) se il rimborso è stato effettuato in esecuzione di un contratto d'assicurazione destinato a garantire il rimborso del credito;

b) in caso di concessione di scoperto;

c) se il rimborso ha luogo in un periodo per il quale il tasso debitore non è fisso.

Gli stati membri possono prevedere che:

a) il creditore possa esigere detto indennizzo soltanto a condizione che l'importo del rimborso anticipato superi la soglia stabilita dalla legislazione nazionale. Tale soglia non supera l'importo di 10.000 EUR in dodici mesi;

b) il creditore può eccezionalmente pretendere un indennizzo maggiore se è in grado di dimostrare che la perdita subita a causa del rimborso anticipato supera l'importo determinato ai sensi del paragrafo 2.

Se l'indennizzo richiesto dal creditore supera la perdita da questi effettivamente subita il consumatore può esigere una corrispondente riduzione.

In tal caso la perdita consiste nella differenza tra il tasso di interesse inizialmente concordato e il tasso di interesse al quale il creditore può prestare la somma rimborsata anticipatamente sul mercato al momento del rimborso anticipato e tiene conto dell'impatto del rimborso anticipato sui costi amministrativi.

L'indennizzo non supera 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".

e dei servizi forniti da quello specifico venditore (accordo che nelle disposizioni italiane di recepimento fu considerato “di esclusiva” dall’art. 125. comma IV Tub, poi confluito nell’art. 42 del Codice del consumo).

La previsione, invero, nulla sembrava aggiungere, in punto di tutele, ai risultati raggiunti sul piano interpretativo dalla dottrina e dalla giurisprudenza prima dell’emanazione della stessa direttiva del 1986, che ricorrendo al meccanismo del collegamento negoziale riuscivano in qualche misura a garantire la posizione del consumatore a fronte degli inadempimenti del fornitore⁸¹.

Il significato della disposizione, che sembrava limitare oltremodo la tutela del consumatore, è stato chiarito dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea, che ha fornito un’interpretazione ampia del dato normativo, rafforzando in qualche modo la posizione del consumatore sul piano dei rimedi esperibili avverso l’inadempimento del fornitore⁸².

Soffermandoci brevemente sulla nuova disciplina in materia di collegamento negoziale, viene in rilievo in primo luogo l’art. 3 della direttiva, che definisce contratto di credito collegato quello che soddisfa le due condizioni seguenti: che il credito in questione serva esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci specifiche o alla prestazione di servizi specifici; che i due contratti costituiscano oggettivamente un’unica operazione commerciale.

⁸¹ Questi, infatti, divenendo oggetto di eccezioni proponibili direttamente al finanziatore, finivano per “paralizzare” gli effetti dell’intera operazione negoziale: il risultato era quello di autorizzare il consumatore a non restituire a questo gli importi erogati.

Tale inosservanza degli impegni assunti si giustificava proprio in forza dell’inadempimento del fornitore, che non eseguendo le proprie obbligazioni contrattuali si rendeva in qualche modo responsabile della mancata realizzazione dello scopo di consumo, ossia del fine ultimo dell’operazione nel suo complesso.

⁸² Il riferimento è alla sentenza del 23.04.2009, resa nella causa C-509/07, su eur-lex.europa.eu, sulla questione pregiudiziale sollevata, con riguardo alla normativa italiana (art. 42 cod. cons), dal Tribunale di Bergamo.

I giudici di Lussemburgo hanno interpretato l’art. 11 della direttiva 87/101/Cee alla luce del ventunesimo considerando (secondo cui il consumatore, almeno nelle circostanze sotto definite, deve godere, nei confronti del creditore, di diritti che si aggiungono ai suoi normali diritti contrattuali nei riguardi di questo e del fornitore di beni e servizi), ritenendo il diritto di procedere come riferito ai diritti aggiuntivi rispetto a quelli già spettanti al consumatore; esso costituisce, dunque, una “protezione supplementare offerta dalla direttiva di cui trattasi al consumatore nei riguardi del creditore, che si aggiunge alle azioni che il consumatore può già esercitare sulla base delle disposizioni nazionali applicabili ad ogni rapporto contrattuale. Conseguentemente, il soddisfacimento delle varie condizioni di cui a tale articolo può essere richiesto solo rispetto ai ricorsi proposti ai sensi di tale protezione supplementare”.

Come osserva pure la Corte di Giustizia, siffatta interpretazione si pone in linea con la tecnica dell’armonizzazione minimale propria della direttiva.

Quest'ultima si ritiene esistente, secondo la medesima disposizione, quando è lo stesso fornitore o prestatore a finanziare il credito al consumo oppure, se il credito è finanziato da un terzo, qualora il creditore ricorre ai servizi del fornitore o del prestatore per la conclusione o la preparazione del contratto di credito o, ancora, qualora le merci specifiche o la prestazione dei servizi specifici siano esplicitamente individuati nel contratto di credito.

Dunque due sono i presupposti affinché possano configurarsi due contratti collegati: la finalizzazione delle somme al consumo (riferita a beni specifici), nonché l'unicità dell'operazione economica, la cui sussistenza è limitata ai casi appena enunciati.

Si anticipa sin d'ora che, nonostante l'estrema chiarezza del legislatore europeo nell'individuare le ipotesi di negozi collegati sembrerebbe preludere ad una disciplina completa e organica, così non è, avendo ancora una volta deluso le aspettative degli studiosi, ai quali ha consegnato un quadro normativo parziale e se vogliamo frammentario.

Invero, anche nella sua nuova versione la disciplina sul collegamento negoziale si presta ad una serie di critiche, poco aggiungendo in punto di tutele.

L'art. 15 della direttiva 2008/48/Ce prende in considerazione al paragrafo primo l'ipotesi in cui il consumatore receda dal contratto di fornitura secondo le norme comunitarie, ipotesi nella quale egli non sarà più vincolato neppure da quello di credito (invero già prevista dalla direttiva sui contratti a distanza⁸³); non vale però – stando al dato normativo – il contrario, visto che la disciplina è unilaterale, non preoccupandosi la direttiva di regolare le conseguenze che un eventuale recesso dal contratto di credito potrebbe avere su quello di fornitura⁸⁴, né, come è stato osservato, di prendere in considerazione cause di scioglimento dal vincolo contrattuale diverse dall'esercizio del recesso⁸⁵.

È il legislatore medesimo che nel trentasettesimo considerando giustifica la previsione in forza del nesso di interdipendenza che esiste tra il contratto di credito e

⁸³ Cfr 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>>*, cit, 293, che osserva come il legislatore italiano abbia poi esteso la previsione ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

⁸⁴ Sul punto vedi Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 796, che parla in proposito di "collegamento asimmetrico".

⁸⁵ Così 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>>*, cit, 294.

quello di acquisto, lasciando impregiudicati subito dopo gli effetti di “altre” disposizioni nazionali che regolano i rapporti tra contratti collegati in determinate ipotesi⁸⁶.

Nel paragrafo 2 ci si occupa ancora una volta dell’inadempimento del fornitore⁸⁷, a fronte del quale la tutela del consumatore (da fare valere nei confronti del creditore, visto il venir meno della “causa del credito”), pur se alleggerita del necessario accordo tra venditore e finanziatore, deve anche qui fare i conti con il preventivo ed infruttuoso esperimento delle azioni spettanti secondo le norme di legge o le previsioni contrattuali nei confronti dello stesso fornitore.

La concreta operatività dei rimedi – verso entrambe le controparti contrattuali del consumatore insoddisfatto – è rimessa alle scelte dei legislatori nazionali, facendo salve le norme interne che prevedano una responsabilità solidale del finanziatore nei confronti del fornitore inadempiente⁸⁸.

Tra le novità introdotte dalla direttiva in commento si registra inoltre la disciplina sugli intermediari del credito, dei quali il legislatore europeo non si era preoccupato nella direttiva precedente, se non nella disposizione con cui prescriveva agli Stati membri di far sì che fossero garantiti autorizzazioni e controlli, prevedendo che quelle persone che “desiderano proporre o farsi intermediarie per la conclusione di contratti di credito” ottengano un’autorizzazione ufficiale e siano soggetti a controlli e ispezioni⁸⁹.

La nuova direttiva, invece, se ne occupa in più di una disposizione, prima fra tutte l’art. 3 nel quale, alla lettera f), ne fornisce una nozione puntuale, identificandoli con quei soggetti – persone fisiche o giuridiche – che, nell’esercizio della propria attività professionale e dietro compenso⁹⁰, presentano o propongono contratti di credito (ai consumatori), assistono i consumatori svolgendo attività preparatorie alla

⁸⁶ In particolare si fa riferimento alle ipotesi in cui il contratto di acquisto venga annullato o il consumatore eserciti il diritto di recesso secondo la normativa nazionale.

⁸⁷ Anche in questo caso configurabile nelle vesti della mancata fornitura, della fornitura parziale o della fornitura di beni non conformi.

⁸⁸ Così il considerando 37.

⁸⁹ Così le lettere a e b dell’art. 12 della direttiva precedente. La figura degli intermediari del credito compariva poi nei considerando (15 e 23) e in un’ulteriore disposizione della direttiva (l’art. 3) dove, lungi da ogni tentativo di sistematicità, il legislatore si limitava a ricordare che la conclusione del contratto di credito ai consumatori poteva avvenire anche a mezzo di tali soggetti.

⁹⁰ La remunerazione può consistere in una somma di denaro o altro vantaggio economico.

conclusione di contratti di credito diverse, oppure concludono contratti in nome e per conto dello stesso creditore⁹¹.

La figura compare in altre previsioni, nelle quali spesso è affiancata al finanziatore quanto agli obblighi da osservare – come ad esempio avviene negli artt. 5 e 6 in materia di informazioni precontrattuali, salva la deroga di cui all’art. 7 riferita ai fornitori di merci e servizi che agiscono in qualità di intermediari del credito a titolo accessorio –; tale parallelismo (tra le regole rivolte al creditore e quelle rivolte all’intermediario) non si ravvisa, tuttavia, nel successivo art. 8 sulla verifica del merito di credito, ma sul punto si tornerà in seguito.

L’art. 21 della direttiva, poi, è interamente dedicato agli obblighi che gravano sugli intermediari – e solo su di loro, non essendoci questa volta interferenze con il creditore –; la norma regola i poteri negoziali spettanti agli intermediari in forza dell’incarico ricevuto dal creditore e il compenso loro spettante.

Entrambi i profili devono essere portati a conoscenza del consumatore; ed in particolare, nei messaggi pubblicitari e nei documenti destinati ai consumatori, dovrà essere specificata l’ampiezza dei poteri dell’intermediario, indicando precisamente se lavori in modo esclusivo con uno o più creditori o a titolo di mediatore indipendente (lett. a); per quanto concerne il compenso, si parla più genericamente di informare il consumatore, ma subito dopo si aggiunge che esso deve formare oggetto di accordo tra il consumatore e l’intermediario medesimo, accordo per il quale si prescrive la forma scritta⁹² e che deve essere in ogni caso precedente alla conclusione del contratto (lett. b). Infine, l’intermediario è tenuto a comunicare al creditore le somme che il consumatore dovrà versare a titolo di compenso, in quanto possano incidere sul calcolo del Tasso annuo effettivo globale (lett. c).

⁹¹ Sulla figura dell’intermediario nella direttiva del 2008, vedi De Poli, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo, La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, cit, 55 ss; *Id.*, *Le regole di comportamento dei creditori nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2009, 1, 33 ss.

⁹² Infatti, si prescrive il supporto cartaceo o altro supporto durevole (art. 21 lett. b).

Il dato più interessante è che il legislatore dopo essersi spinto fino a disciplinare simili aspetti dell'attività degli intermediari del credito, non si preoccupa di individuare le sanzioni che discendono dalla violazione dei relativi obblighi⁹³.

Ad ogni modo, nemmeno la normativa in esame appare esaustiva; essa, al contrario, non può che ritenersi lacunosa (soprattutto in punto di rimedi), limitandosi a regolare profili circoscritti.

Ma ciò non deve sorprendere, visto che è lo stesso legislatore a darci conferma della parzialità della disciplina nel diciassettesimo considerando, nel quale afferma che la direttiva “disciplina solo taluni obblighi degli intermediari del credito nei confronti dei consumatori”, lasciando agli Stati membri – che potranno “mantenere o introdurre obblighi supplementari a carico degli intermediari del credito”⁹⁴ – ogni altra decisione al riguardo.

L'ultimo aspetto sul quale appare opportuno soffermarsi è quello della cessione del (contratto di) credito, di cui si occupa l'art. 17 della direttiva – rubricato “cessione dei diritti” –.

Tale disposizione, a differenza di quella precedente dove si faceva generico riferimento alla cessione dei diritti derivanti dal contratto⁹⁵, contempla sia la cessione del credito, dunque del diritto, spettante al creditore, alla restituzione delle somme date in prestito al consumatore, che la cessione dell'intero contratto, in forza della quale si opera, invece, un vero e proprio trasferimento dell'intera posizione negoziale del finanziatore/creditore.

Ma la nitidezza della previsione non va oltre, limitandosi essa, in entrambe le ipotesi di cessione (del credito o del contratto), ad attribuire al consumatore, nei confronti del cessionario, gli stessi mezzi di tutela che avrebbe potuto azionare rispetto al cedente, cioè il suo precedente creditore “ivi compreso il diritto all'indennizzo ove questo sia ammesso nello Stato membro in questione”.

Il significato del riferimento all'indennizzo non è del tutto chiaro, e di certo più sensato appariva il richiamo fatto nella corrispondente norma della direttiva 87/102/Cee, dove, tra le tutele esperibili dal consumatore “ceduto” – che anche in

⁹³ In questo senso, De Poli, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss; *Id.*, *Le regole di comportamento dei creditori nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 33 ss.

⁹⁴ “Incluse le condizioni in base alle quali un intermediario del credito può ricevere compensi da un consumatore che ne ha richiesto i servizi”.

⁹⁵ Vedi l'art. 9 della direttiva 87/102/Cee nonché il considerando 19 della stessa.

questo caso erano le stesse spettanti verso il contraente/creditore originario – si menzionava l’eccezione di compensazione, qualora ammessa nell’ordinamento considerato⁹⁶.

Ad ogni modo, la *ratio* della disposizione può essere individuata nell’intento di riequilibrare in qualche misura la posizione del consumatore, il quale, come si legge pure nel quarantunesimo considerando, non potrà che risentire negativamente della cessione, risultandone indebolito.

Inoltre, con una previsione innovativa rispetto al passato, si attribuisce al consumatore il diritto di essere informato della cessione, salvo il caso in cui il creditore originario, d’accordo col nuovo creditore, decida di continuare a gestire il diritto di credito vantato (dal cessionario) nei confronti del consumatore; ma su tale accordo niente prevede la direttiva, limitandosi, con una notazione alquanto singolare contenuta nel considerando 41, a ritenere eccessiva in tali circostanze l’imposizione al finanziatore/cedente dell’obbligo di informazione.

La ricognizione svolta, pur se sommaria, consente di farsi un’idea sulla disciplina introdotta nel 2008, ed in particolare di capire se essa sia idonea non tanto a raggiungere gli obiettivi che il legislatore si era prefissato ma, piuttosto, a fornire una tutela adeguata alla posizione del consumatore, che nel caso in questione risulta in una condizione di maggiore svantaggio rispetto a quella nella quale comunemente si trova quale parte di un contratto di scambio con un professionista

Infatti, non si tratta qui del classico caso del contratto concluso tra soggetti dotati di differente forza negoziale a causa del divario informativo che li “separa”, ma di un soggetto che, partendo già da una condizione di inferiorità rispetto alla sua controparte, deve pure confrontarsi con il complesso sistema delle operazioni bancarie.

Ciò che si vuole dire è che i profili rispetto ai quali la direttiva 2008/48/Ce si distingue rispetto alle altre, pure basate sull’armonizzazione massima, non sono molti, ed in ogni caso non colpiscono nel segno.

⁹⁶ Tra l’altro di compensazione oggi parla la normativa sulla cessione del credito (o del contratto) di cui all’art. 125 *septies* Tub, dove, in deroga a quanto previsto dall’art. 1248 c.c., si ammette in ogni caso che il consumatore possa opporre la compensazione al cessionario; ma in tale disposizione non si ravvisa alcun riferimento all’indennizzo ai sensi dell’art. 17 della direttiva.

Non basta bersagliare il consumatore/cliente della banca di informazioni, delle quali possibilmente non coglierà pienamente il significato, per fare in modo che egli acquisisca la consapevolezza delle offerte che si presentano e delle scelte che compie. Neppure la bilateralità dell'informazione, su cui si tornerà tra poco, rappresenta uno scudo sufficiente per la sua posizione giuridica.

4. La fase preliminare alla conclusione del contratto: le informazioni pubblicitarie

Come si è accennato, la direttiva 2008/48/Ce riserva ampio spazio alle informazioni precontrattuali, che finiscono per rappresentare lo strumento che più di ogni altro è volto a tutelare il consumatore medio che richiede un prestito, affinché questi possa esprimere un consenso consapevole.

Il diritto all'informazione rappresenterebbe uno dei pochi "punti di forza" del consumatore (e dell'intera disciplina); ma come si vedrà ciò non è del tutto vero, nella misura in cui la presenza di rigide prescrizioni informative non per forza si traduce in una volontà cosciente e, dunque, in un indebitamento responsabile, che è il nodo centrale su cui si sofferma il presente lavoro.

Ciò per due motivi: il primo è che non tutti i consumatori/clienti della banca saranno in grado di decifrare il coacervo di dati che vengono loro forniti; e non sempre a tale incapacità potrà supplire il servizio di assistenza che, secondo la ricostruzione più accreditata, grava sull'operatore bancario nella fase precedente alla concessione del prestito.

Il secondo motivo è che, ammesso che grazie all'informazione ricevuta il soggetto sia pienamente consapevole delle condizioni contrattuali – con particolare riguardo al costo del credito ed alle obbligazioni restitutorie –, tale consapevolezza a nulla servirà nel caso in cui sopravvengano degli eventi impreveduti che gli impediscano di far fronte agli impegni assunti.

Tuttavia, tali considerazioni si spingono troppo oltre; non è questo il momento per ricollegare all'informazione precontrattuale i possibili effetti che interessano, invece, la fase dell'adempimento del contratto.

Volendo procedere con ordine, prima ancora dell'informazione precontrattuale vera e propria, si colloca la pubblicità, che oggi in effetti assume un ruolo centrale nell'ambito del ricorso al credito, essendo una pratica costante delle banche e non solo dei venditori di beni voluttuari – che nella maggior parte dei casi agiscono in base ad accordi con i finanziatori –, professionisti che offrono i propri servizi e prodotti a mezzo di annunci che assumono le forme più varie.

Numerose sono le ipotesi nelle quali la propensione all'indebitamento dei soggetti riceve l'impulso proprio da tali messaggi pubblicitari, che fanno apparire ogni prestito come il più economico, il più adatto ed il più vantaggioso per l'acquisto del bene tanto desiderato.

Con tali considerazioni, tuttavia, non si intende attribuire alla pubblicità una connotazione negativa, visto che, come è stato giustamente osservato, essa può anche incidere sulla “consapevolezza delle caratteristiche dell'impegno contrattuale che il consumatore va ad assumersi”⁹⁷.

Analizzando la disciplina positiva contenuta nella direttiva del 2008, viene in considerazione l'intero capo II intitolato “informazioni e pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito”.

Per il momento si concentrerà l'attenzione sull'art. 4 in materia di informazioni pubblicitarie.

La disposizione, pur non riguardando le informazioni precontrattuali in senso stretto, ma quelle pubblicitarie, dà il via a quella serie interminabile di dati che vengono comunicati dal creditore al consumatore (che, come si vedrà non esaurisce l'intera fase precedente alla conclusione del contratto, nella quale, talvolta, il flusso informativo si sviluppa nella direzione inversa, andando dal consumatore al creditore).

⁹⁷ In questo senso De Poli, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 60; *Id.*, *Le regole di comportamento dei creditori nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 39.

Secondo una delle ricostruzioni fornite, essa rappresenterebbe “schietta disciplina dell’attività d’impresa, non già del rapporto contrattuale”⁹⁸; tale definizione, pur se per certi versi corretta, non è idonea a descrivere il fenomeno nella sua interezza, in quanto non tiene conto che non si tratta della “classica” pubblicità, il cui unico scopo è la promozione e l’offerta di un prodotto, ma di una vera e propria informazione su aspetti strutturali del contratto⁹⁹.

Inoltre, essa non sembra considerare le ipotesi in cui il messaggio pubblicitario rappresenta la molla che spinge il consumatore ad accedere al mercato del credito, costituendo il primo “contatto” tra il consumatore ed il creditore.

Ad ogni modo, l’art. 4 dispone che “qualsiasi pubblicità relativa a contratti di credito la quale indichi un tasso di interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo totale del credito per il consumatore contiene le informazioni di base di cui al presente articolo”¹⁰⁰.

Da tale previsione si deduce *a contrario* che l’applicazione della norma è limitata alle ipotesi in cui l’annuncio contenga elementi riconducibili al costo (totale) del credito¹⁰¹; in caso contrario, quindi, il contenuto della pubblicità non sarà predeterminato *ex lege*.

Ma in effetti, quest’ultima eventualità appare piuttosto remota, visto che il creditore avrà interesse a far apparire il prestito da lui offerto come quello più conveniente sul mercato, indicando già a partire dai messaggi pubblicitari i costi e tutte le altre spese del credito.

Le informazioni di base – che comprendono un numero di dati sensibilmente maggiore rispetto alla precedente disciplina – devono essere espresse in forma “chiara, concisa e graficamente evidenziata”; di esse dovrà essere fornito un esempio rappresentativo.

⁹⁸ Così De Poli, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss; *Id.*, *Le regole di comportamento dei creditori nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 33 ss; dello stesso avviso, Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 816.

⁹⁹ Cfr Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 815.

¹⁰⁰ Sulla pubblicità vedi pure De Poli, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss; *Id.*, *Le regole di comportamento dei creditori nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 33 ss.

¹⁰¹ Diverso è poi il significato della previsione contenuta nel medesimo art. 4, secondo la quale dal suo ambito applicativo sono escluse le pubblicità per le quali, pur non indicando dati numerici relativi al costo totale del credito, il legislatore interno richiede che venga inserito il taeg.

Ciò significa che per ogni dato riportato nel messaggio pubblicitario il creditore (o chi per lui) deve inserire una “dimostrazione”, un esempio grafico, attraverso il quale il consumatore possa comprenderne pienamente il significato.

Per quanto riguarda le informazioni che dovranno necessariamente comparire nell’annuncio, esse sono quelle relative al tasso debitore, fisso o variabile, (lett. a), all’importo totale del credito (lett. b), al taeg (lett. c)¹⁰²; le restanti “notizie” sono soltanto eventuali.

Il legislatore del 2008, infatti, ha stabilito che elementi quali la durata del contratto (lett. d), nonché l’importo totale da pagare, compreso quello delle rate (lett. f) andranno riportati “se del caso”, addossando la relativa scelta ai legislatori nazionali¹⁰³.

Si prevede poi che, nel caso in cui sia obbligatoria per il consumatore che accede al credito la conclusione di un altro contratto avente ad oggetto un servizio accessorio, con particolare riguardo all’assicurazione, tale obbligo dovrà, qualora il costo di tale servizio non possa essere determinato *ex ante*, risultare in forma chiara, precisa e graficamente evidenziata unitamente al tasso annuo effettivo globale.

La descrizione puntuale delle informazioni che devono risultare nel messaggio pubblicitario e soprattutto la specificità dei relativi dati fanno sì che la pubblicità divenga il primo “stadio” della relazione che si instaura tra consumatore e creditore, rientrando nell’ambito delle informazioni precontrattuali “in senso lato”.

La disposizione non individua chiaramente quali sono i destinatari della prescrizione in materia di pubblicità; mentre, nelle successive norme sulle informazioni “in senso stretto” il legislatore fa riferimento sia al creditore che (se del caso) all’intermediario del credito, qui tace, non menzionando né l’uno né l’altro.

Sotto questo profilo più chiara era la disciplina di cui alla direttiva 87/102/Cee, nella quale l’art. 3 in materia di pubblicità – che, come si è visto, era una delle poche norme dove compariva la figura dell’intermediario – era riferito “a qualunque persona che si dichiarasse disponibile a concedere credito o a farsi intermediaria per la conclusione di un contratto di credito”.

¹⁰² Gli Stati membri potranno ritenere non necessaria l’indicazione del taeg nei contratti di cui all’art. 2 par. 3, cioè quelli di concessione di scoperto da rimborsarsi su richiesta o entro tre mesi.

¹⁰³ Cfr art. 123 Tub.

Il dubbio da sciogliere è se l'art. 4 della direttiva 2008/48/Ce sia da considerare come riferito ad entrambi i soggetti (creditore e intermediario) o soltanto al creditore.

Anche se sarebbe ragionevole pensare che sia quest'ultima la soluzione da seguire, essendo il creditore ad organizzare e gestire i servizi di promozione ed offerta dei prodotti alla generalità degli utenti, forse così non è se si guarda al dato normativo nel suo complesso.

Infatti, come abbiamo visto, l'art. 3 della direttiva, nel definire il mediatore del credito, lo identifica con quel soggetto che, tra le altre cose, si occupa – nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale e dietro compenso – di presentare o proporre contratti di credito. Non sembra opportuno ritenere *a priori* che tale attività sia nettamente distinta da quella pubblicitaria; ad esempio, nel caso di un intermediario che lavori in via esclusiva per un solo creditore, non vi è alcuna ragione per escludere che tra i compiti affidatigli vi sia quello di curare anche la presentazione dei prodotti attraverso gli annunci pubblicitari.

È possibile che la disciplina in esame si debba confrontare con quella più generale contenuta nella direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori; queste, infatti, secondo l'art. 2, lett. d), della medesima, comprendono “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”¹⁰⁴.

Il legislatore europeo di ciò era ben consapevole, avendo previsto che l'art. 4 non pregiudica (anzi lascia impregiudicata) l'applicazione della direttiva menzionata.

Anche se in realtà la prevalenza della direttiva 2005/29/Ce su altre norme comunitarie era già sancita dall'art. 3 della medesima.

Invero, l'informazione pubblicitaria che contenga informazioni false, essendo pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, essendo in ogni caso idonea ad indurlo (o di fatto lo induca) ad assumere una decisione di natura

¹⁰⁴ Sul punto vedi Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 817.

commerciale che altrimenti non avrebbe preso, integrerà gli estremi dell'azione ingannevole, rientrando nell'ambito applicativo della relativa disciplina¹⁰⁵.

La notevole rilevanza assunta dal fenomeno pubblicitario nell'ambito del credito ai consumatori è stata, poi, messa in luce dalle Istituzioni europee che nel settembre 2011 hanno sollecitato un'indagine "a tappeto" (condotta su scala UE, ma ad opera delle competenti autorità nazionali) dei siti web che offrono prodotti di credito al consumo¹⁰⁶.

In concreto, si è cercato di capire se i consumatori, prima di vincolarsi al contratto, ricevano le informazioni prescritte dalla legge e se il consenso dagli stessi manifestato sia effettivamente consapevole.

Il risultato non può certo considerarsi positivo, visto che si è registrata la diffusione di "pubblicità priva delle informazioni standard prescritte, di offerte prive di informazioni essenziali per prendere una decisione, nonché costi presentati in modo fuorviante".

All'attuazione nel nostro ordinamento delle previsioni in materia di pubblicità, il legislatore interno ha provveduto con l'art. 123 Tub, rubricato, appunto, "pubblicità".

La disposizione ricalca quasi testualmente l'art. 4 della direttiva, prescrivendo che, salve le regole contenute nel Codice del consumo relative alle "pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali", gli annunci che riportano il tasso di interesse o altri dati concernenti il costo totale del credito devono indicare le c.d. informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata.

Anche qui compaiono, tra gli elementi da riportare nel messaggio pubblicitario, il tasso di interesse – del quale andrà specificato se fisso o variabile – e le spese comprese nel costo totale del credito (lett. a); l'importo totale del credito (lett. b); il taeg (lett. c).

¹⁰⁵ Tale "interferenza" dell'ambito applicativo del credito ai consumatori con quello della direttiva 2005/29/Ce – anche se non con riferimento alle pratiche pubblicitarie – si è manifestata in una pronuncia resa, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea il 15.03.2012, nella causa C-453/10, consultabile su curia.europa.eu. Il Giudice di Lussemburgo ha stabilito che l'indicazione in un contratto di credito ai consumatori di un taeg non corrispondente a quello reale, bensì inferiore, "costituisce una falsa informazione quanto al costo complessivo del credito e, pertanto, al prezzo ai sensi dell'art. 6 lett. d) della direttiva 2005/29".

Pur se la pronuncia non concerne direttamente il messaggio pubblicitario – il quale non rappresenta che uno dei profili nei quali può manifestarsi una pratica commerciale sleale –, essa è espressione di un più generale principio secondo cui le informazioni ingannevoli contenute in un contratto di credito ai consumatori (o a monte nel messaggio pubblicitario) possono tradursi in una pratica commerciale sleale, determinando l'applicabilità della relativa disciplina (nazionale).

¹⁰⁶ Vedi ec.europa.eu/italia/attualita/primo_piano/salute/osservazione_siti_credito_it.htm.

A questi tre elementi – che nella disposizione di fonte comunitaria sono i soli necessari, essendo gli altri previsti “se del caso” – se ne accompagnano altri, che il nostro legislatore ha ritenuto ugualmente rilevanti, imponendone l’indicazione negli annunci pubblicitari.

Oltre all’esistenza di eventuali servizi accessori il cui acquisto risulti necessario per ottenere il credito (o per ottenerlo alle condizioni pubblicizzate), nel caso in cui i costi ad essi relativi non siano ricompresi nel taeg, né determinabili in anticipo – analogamente a quanto previsto dall’art. 4, paragrafo 3 della direttiva –, nel messaggio pubblicitario devono essere riportati la durata del contratto (se determinata) e l’importo totale dovuto dal consumatore, nonché l’ammontare delle singole rate, se individuabili *ex ante*.

In realtà, rispetto a tali ultime comunicazioni (durata del contratto e importo totale dovuto con specificazione dell’importo di ciascuna rata), il legislatore nazionale non si è sbilanciato più di tanto; in ogni caso, si tratta di dati che per loro natura non sono necessariamente individuabili in anticipo, tanto che il legislatore europeo ne ha prescritto l’inserimento tra le informazioni pubblicitarie solo “*se del caso*”, tenendo conto della circostanza che non necessariamente saranno puntualmente determinati già dalla fase pubblicitaria.

Nessun riferimento contiene l’art. 123 Tub ai crediti sotto forma di dilazione di pagamento (per l’acquisto di una data merce o di un dato servizio), rispetto ai quali, nella corrispondente norma comunitaria, si prevede l’indicazione del prezzo in contanti, nonché degli eventuali pagamenti anticipati.

Come al solito, il legislatore del Testo unico bancario ha rimesso alle fonti secondarie (disposizioni della Banca d’Italia da emanare in conformità alle delibere del Cibr) il compito di precisare “le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione”¹⁰⁷.

Le istruzioni della Banca d’Italia sulla “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” del 29

¹⁰⁷ L’art. 4 del Decreto del Ministero dell’economia e delle finanze del 03.02.2011, rubricato “annunci pubblicitari”, prevede che “la Banca d’Italia precisa le modalità di divulgazione degli annunci pubblicitari relativi ai contratti di credito in conformità dell’art. 123 del TUB e dell’art. 4 della direttiva 2008/48/CE. Agli annunci pubblicitari che non riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito si applica l’art. 7 della delibera del 4 marzo 2003”.

Secondo la disposizione richiamata “gli annunci pubblicitari, comunque effettuati, con cui l’intermediario rende nota la disponibilità di operazioni e servizi, specificano la propria natura di messaggio pubblicitario e indicano che i fogli informativi sono a disposizione della clientela”.

luglio 2009¹⁰⁸, dispongono che “sono considerati annunci pubblicitari, e assoggettati alla relativa disciplina, i documenti che svolgono, per il credito ai consumatori, la funzione – propria dei “fogli informativi” previsti dalla deliberazione del CICR 4 marzo 2003 e dalle sezioni II e VI – di pubblicizzare le condizioni offerte alla generalità della clientela”.

In particolare, il paragrafo 4 della sezione VII di tale documento (dedicata al credito ai consumatori) riprende il contenuto dell’art. 123 Tub, specificando solamente che nessuna voce tra quelle indicate (in forma chiara concisa e graficamente evidenziata e riportando un esempio rappresentativo) “può avere maggiore evidenza del taeg”.

Per quanto riguarda i messaggi pubblicitari che non contengano alcuna indicazione del tasso d’interesse o sul costo totale del credito, si prevede che siano soggetti alla disciplina generale delle operazioni bancarie, rinviando alla sezione II (sulla pubblicità e informazione precontrattuale) paragrafo 5 delle medesime istruzioni di vigilanza¹⁰⁹.

5. Le informazioni precontrattuali “in senso stretto”

Dall’informazione pubblicitaria va tenuta distinta l’informazione “in senso stretto”, avente ad oggetto tutta quella serie di dati che, in base al disposto dell’art. 5 della direttiva, il creditore e, se del caso, l’intermediario del credito devono comunicare al consumatore “in tempo utile prima che egli sia vincolato da un contratto o da un’offerta di credito”.

¹⁰⁸ Tale documento è stato poi integrato da disposizioni successive; tra queste viene qui in rilievo il provvedimento del 09.02.2011 “sul Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori”.

¹⁰⁹ “Gli annunci pubblicitari devono essere chiaramente riconoscibili come tali. In particolare, essi specificano:

- la propria natura di messaggio pubblicitario con finalità promozionale;
- la necessità di fare riferimento, per le condizioni contrattuali, ai fogli informativi, indicando le modalità con cui questi ultimi sono messi a disposizione dei clienti.

Gli annunci pubblicitari relativi a operazioni di finanziamento, nei quali l’intermediario dichiara il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito, indicano — ove previsto — il TAEG, specificandone il periodo minimo di validità.

Rimane fermo quanto previsto dal d.lgs. n. 70/2003, dal d.lgs. n. 196/2003 (c.d. Codice della Privacy) e dal Codice del Consumo”.

È lo stesso legislatore ad annunciare puntualmente la finalità di tali informazioni, ossia quella di consentire al consumatore di raffrontare le varie offerte in modo da prendere una decisione consapevole (letteralmente “*con cognizione di causa*”)¹¹⁰.

Un primo elemento di novità attiene al contenuto delle informazioni: non solo le condizioni del credito offerto da *quel* finanziatore (come nel caso dei contratti professionisti/consumatori con riferimento agli elementi del contratto da comunicare al consumatore prima della conclusione del contratto)¹¹¹, ma elementi ulteriori, che prospettino al consumatore un quadro completo sì da scegliere le condizioni più convenienti.

La seconda novità, rispetto alle tradizionali regole sull’informazione nei contratti del consumatore, è che tali informazioni devono essere date, sulla base delle condizioni di credito offerte dal creditore e, se del caso, *in base alle preferenze espresse e dalle informazioni fornite dal consumatore*.

È evidente che l’informazione, nella disciplina sul credito ai consumatori, viene ad assumere una nuova fisionomia, divenendo oggetto di “scambio” tra le parti; alla consueta serie di dati che il finanziatore dovrà comunicare al consumatore, si aggiungono le preferenze e le informazioni fornite da quest’ultimo.

Di tale inedito atteggiarsi dell’informazione precontrattuale sono espressione sia l’art. 5 che la disposizione di cui all’art. 8 relativa alla verifica del merito creditizio – sulla quale si tornerà successivamente –; esse, invero, denotano che il flusso delle

¹¹⁰ Peculiari sono gli obblighi informativi relativi ai contratti di concessione di scoperto e ad altre specifiche figure contrattuali; di essi si occupa l’art. 6 della direttiva.

¹¹¹ Vedi ad esempio, l’art. 4 della direttiva 2008/122/Ce “sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio”, che all’art. 4 si limita a prevedere per tutte le tipologie contrattuali cui si applica, che in tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un’offerta, l’operatore fornisce al consumatore, in maniera chiara e comprensibile, informazioni accurate e sufficienti, tramite l’apposito formulario informativo; in maniera analoga l’art. 4 della direttiva 90/314/Cee, “concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti <<tutto compreso>>”, si limita a distinguere tra le informazioni c.d. di carattere generale – da fornire prima della conclusione del contratto – concernenti le condizioni applicabili ai cittadini dello Stato membro o degli Stati membri in questione in materia di passaporti e visti, in particolare per quanto riguarda i termini per ottenerli, nonché le informazioni relative alle formalità sanitarie necessarie per effettuare il viaggio ed il soggiorno; e informazioni da fornire in tempo prima dell’inizio del viaggio, concernenti, tra l’altro, orari, località di sosta intermedia e coincidenze, nonché posto assegnato al viaggiatore nel mezzo di trasporto prescelto (i). Si segnala che al momento le istituzioni europee stanno lavorando alla revisione delle disposizioni contenute nella direttiva 90/314/Cee.

Da ultimo, è opportuno fare cenno alla direttiva 2011/83/UE “sui diritti dei consumatori”, che agli artt. 5 e 6 si occupa, rispettivamente, degli obblighi di informazione per contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, e degli obblighi di informazione per i contratti a distanza e per quelli negoziati fuori dai locali commerciali.

informazioni precontrattuali perde qui la sua connotazione tipicamente unilaterale, secondo la quale i dati forniti transitano dalla sfera di conoscenza del professionista a quella del consumatore, per divenire bilaterale. Ma a ben vedere, qui essa sembra veder deperire anche la sua funzione di “comunicazione” in anticipo al consumatore delle condizioni contrattuali, per recuperare in pieno la sua funzione di consentire una rappresentazione compiuta dei *pro* e *contro* dell’operazione da parte del futuro prestatario.

Nonostante si tratti di informazioni che possono anche essere riferite, fin dal primo momento, alla specifica posizione del singolo cliente – stante il disposto della norma –, subito dopo il legislatore precisa che esse sono fornite su supporto cartaceo o altro durevole, attraverso un modulo prestampato.

Anche qui, come nelle recenti modifiche in materia di contratti di vendita di pacchetto turistico e di contratti di multiproprietà, il supporto cartaceo o comunque l’equivalente supporto durevole mediante il quale fornire le informazioni è rappresentato da un formulario, il c.d. modulo relativo alle “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori”, allegato alla direttiva.

Se da un lato tale previsione si traduce in un risparmio – sia in termini di tempo che di denaro – e, sotto altro profilo, garantisce un’effettiva armonizzazione dell’informazione precontrattuale, d’altra parte non può non rilevarsi come la stessa abbia in qualche misura sminuito la portata dei doveri di informazione (quanto meno di quelli per così dire “generali”): riducendo tutto alla consegna di un modulo prestampato, si elimina il carattere “relazionale” specifico dell’informazione, da riferire ed adeguare a *quel* cliente e si fa carico al professionista non di fornire l’informazione con contenuti e modi adeguati al concreto partner ma solo di un obbligo di dare, finendo per identificare la violazione delle prescrizioni sull’informazione con l’inadempimento dell’obbligo (di consegna)¹¹².

Per quanto riguarda il recepimento dell’art. 5 (paragrafo 1) nel nostro ordinamento, viene in rilievo l’art. 124 Tub, dedicato agli obblighi precontrattuali, che come si vedrà, ricalca fedelmente il testo della previsione comunitaria, riducendo l’assolvimento dell’obbligo informativo – che dovrebbe consentire il confronto delle offerte sul mercato, al fine di far assumere al consumatore una decisione informata e

¹¹² Cfr Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, consultabile su www.jus.civile.it [rivista giuridica on line](#).

consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito – alla consegna di un modulo contenente le “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori”.

Tali osservazioni sembrano in qualche misura confermate dalla risoluzione del Parlamento europeo del 20 novembre 2012 prima citata, nella quale al paragrafo 7 sembra mettersi in dubbio l’idoneità del formulario informativo a rappresentare un valido strumento di “tutela” del consumatore.

Invero “si prende atto delle preoccupazioni sollevate in alcuni Stati membri in merito alle modalità con cui le informazioni precontrattuali sono presentate ai consumatori attraverso il modulo <<Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori>>, la cui natura tecnica si ripercuote sulla capacità dei consumatori di capirlo efficacemente”.

Non troppo soddisfacenti le risposte date sul punto dalla Commissione europea, che sostanzialmente ha rimesso il compito di garantire una maggiore chiarezza dei moduli informativi ai legislatori nazionali, i quali dovrebbero occuparsi di potenziare l’educazione dei consumatori¹¹³.

Tornando alla disciplina positiva, le informazioni in questione – che il legislatore si preoccupa di elencare analiticamente una per una – coprono praticamente tutti gli elementi essenziali del contratto, riguardando in particolare il tipo di credito, i dati identificativi (identità ed indirizzo geografico) del creditore e, se del caso, dell’intermediario, nonché l’importo totale del credito (e le relative condizioni di prelievo), il tasso debitore, comprese le condizioni per la sua modifica¹¹⁴, la durata del contratto, l’importo, il numero e la periodicità dei pagamenti per la restituzione delle somme, il tasso annuo effettivo globale e l’importo totale che il consumatore è tenuto a pagare, illustrati mediante un esempio rappresentativo.

¹¹³ Nel follow up elaborato in risposta al compito attribuito dal Parlamento sulla verifica dell’applicazione della direttiva 2008/48/Ce (consultabile in lingua inglese sul sito www.europar.europa.eu), la Commissione si è espressa in questi termini “It is usually the consumer's last occasion to realise all his future obligations to the creditor. The level of technicality of this information follows the level of complexity of the credit products offered on the market. It would be the role of the national regulators to promote simplification of credit products. The efficiency of this information for the consumer cannot go by limiting it, but by better educating the consumers”.

¹¹⁴ In particolare la lett. f) dell’art. 5 della direttiva menziona 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. Qualora si applichino tassi debitori diversi in circostanze diverse, le suddette informazioni in merito a tutti i tassi applicabili.

Il consumatore dovrà poi essere reso edotto in merito ad ogni ulteriore spesa a suo carico, ed in particolare del tasso di interessi applicato per i ritardi nel pagamento e delle eventuali penali per l'inadempimento, nonché più in generale avvertito delle conseguenze dei mancati pagamenti – dunque, già in tale fase, viene in rilievo la possibilità che chi ottiene il credito non sia in grado di adempiere agli obblighi restitutori –.

Ancora, si includono nell'ambito delle informazioni da fornire, quelle relative all'esistenza (o all'assenza) del diritto di recesso, del diritto al rimborso anticipato, quelle riguardanti altresì il diritto del consumatore ad essere informato del risultato della consultazione di una banca dati al fine della valutazione del suo merito creditizio, in conformità all'art. 9 della direttiva.

Quelle sommariamente elencate sono le informazioni che dovranno essere contenute nel formulario; qualora il creditore volesse aggiungerne delle altre, dovrà farlo consegnando un documento distinto, eventualmente allegato al modulo.

Tale duplice connotazione dell'informazione (che, appunto distingue tra quella di base e aggiuntiva) ha ottenuto consensi in dottrina; infatti, si è sostenuto che la consegna del modulo quale condizione sufficiente all'adempimento degli obblighi informativi sia idonea a scongiurare l'eccesso informativo¹¹⁵.

Il vantaggio del (presunto ed auspicabile) contenimento del c.d. "information overload", che la consegna del formulario preconfezionato dovrebbe assicurare, non pare invero adeguato a bilanciare quell'effetto di "spersonalizzazione" che, in relazione alle caratteristiche e competenze del singolo consumatore, conduce inevitabilmente ad una informazione inadeguata ed inidonea al suo scopo.

Tra l'altro, le informazioni aggiuntive non entrano in gioco su richiesta del consumatore – come ci si potrebbe ragionevolmente aspettare – ma, secondo l'art. 5 della direttiva, i documenti diversi dal modulo europeo sulle informazioni di base, contengono "qualsiasi informazione aggiuntiva che il creditore desideri fornire". Analoga espressione si rintraccia nell'art. 124 Tub, che fa generico riferimento a qualsiasi altra informazione aggiuntiva fornita dal finanziatore o dall'intermediario,

¹¹⁵ Secondo Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit, 214, la nuova disciplina andrebbe apprezzata perché scongiura il rischio di "information overload", specialmente ove confrontata con quella contenuta nel Testo unico bancario (vecchia versione); nello stesso senso Pagliantini, *Il contratto di credito al consumo, tra vecchi e nuovi formalismi*, cit, 85 ss.

senza specificare da chi provenga l'iniziativa in ordine a tali dati aggiuntivi (anche se, come si vedrà, nelle disposizioni attuative emanate dalla Banca d'Italia, si fa espressamente riferimento al caso in cui il finanziatore *intenda* fornire "informazioni aggiuntive sul contratto di credito").

Allora, più efficace, quanto meno sul versante della tutela del consumatore non addetto ai lavori, è di certo la prescrizione secondo cui questi potrà richiedere – dovendo essere informato del relativo diritto – che, oltre alle informazioni standard, gli venga consegnata una copia della bozza del contratto, salvo che il creditore, al momento della richiesta, non intenda procedere alla conclusione del contratto; leggendo la bozza forse potrà rendersi conto dell'effettiva portata delle condizioni contrattuali che andrà a sottoscrivere (sentendosi quasi già vincolato alle stesse).

Il nostro legislatore ha dato attuazione a questo profilo della disciplina, prevedendo, sulla scia della previsione comunitaria, il diritto del consumatore di ricevere copia della bozza del contratto di credito, salvo che il finanziatore o l'intermediario, al momento della richiesta, non intenda procedere alla conclusione del contratto (art. 124, comma IV, Tub).

Una disciplina peculiare viene prevista, poi, per alcuni tipi contrattuali, nonché in relazione alle tecniche di negoziazione utilizzate.

Del primo profilo si occupa l'art. 6, la cui rubrica recita "obblighi di informazione precontrattuale relativi ad alcuni contratti di credito sotto forma di concessione di scoperto e ad alcuni contratti di credito specifici"¹¹⁶.

La modalità di conclusione del contratto è presa in considerazione nei paragrafi 2 e 3 dello stesso art. 5, dedicati rispettivamente alle comunicazioni mediante telefonia vocale ed ai contratti conclusi (su richiesta del consumatore) utilizzando un mezzo di comunicazione a distanza¹¹⁷.

¹¹⁶ Tale disposizione è formulata secondo lo schema dell'art. 5; il paragrafo 1, infatti, ricalca esattamente la corrispondente previsione dell'articolo precedente: anche qui si riferisce l'obbligo al creditore e all'intermediario, si parla delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, e la finalità è sempre quella di confrontare le offerte sul mercato e prendere una decisione consapevole. Tuttavia, non è chiara la previsione sulla consegna del modulo. Infatti, mentre nell'art. 5 si dice che le informazioni sono fornite mediante la consegna del modulo; nell'art. 6 si utilizza il verbo potere (le informazioni possono essere fornite mediante la consegna del modulo), ma subito dopo "si considera che il creditore abbia soddisfatto gli obblighi di informazione [...] se ha fornito le <<informazioni europee relative al credito ai consumatori>>". Queste ultime, in ogni caso, si distinguono da quelle di cui all'art. 5 per le peculiarità dei contratti cui si riferiscono (ad esempio non si parla di condizioni di prelievo, né tanto meno si contempla l'ipotesi della dilazione di pagamento).

¹¹⁷ Nel primo caso, si afferma che la descrizione del servizio finanziario, ex art. 3 par. 3, lett. b), secondo trattino della direttiva 2002/65/Ce, deve comprendere almeno alcuni dei dati informativi

CAPITOLO II

Gli obblighi di informazione tra comunicazione standardizzata e prestito responsabile

1. La standardizzazione dell'informazione precontrattuale

Con riguardo alle informazioni precontrattuali delle quali ci siamo occupati fino ad ora, cioè quelle previste nel paragrafo 1 dell'art. 5, viene in rilievo la c.d. standardizzazione dell'informazione¹¹⁸.

I dati comunicati ai consumatori, come abbiamo già sottolineato, divengono seriali, rivolti alla generalità degli utenti, appiattendosi su un concetto "neutrale" di informazione.

Come si è anticipato, ciò in qualche misura sembrerebbe porsi in contrasto con quanto affermato nello stesso testo normativo, dove si ritiene possibile che tali informazioni vengano fornite in base alle preferenze espresse dal consumatore e, in via più generale, alle informazioni che egli abbia a sua volta comunicato al creditore (o all'intermediario).

Dunque, come si può conciliare questa timida personalizzazione dell'informazione con la contestuale standardizzazione della stessa?

Tra l'altro il legislatore è chiaro nel prevedere che il creditore soddisfa gli obblighi informativi nel momento in cui fornisce il modulo relativo alle informazioni europee di base per il credito ai consumatori, non potendo sorgere alcun dubbio in proposito.

elencati nello stesso art. 5. Nell'ipotesi di contratti a distanza, visto che la modalità di negoziazione non consente il preventivo assolvimento degli obblighi informativi, la consegna del modulo avverrà immediatamente dopo la conclusione del contratto.

¹¹⁸ Vedi Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, cit.

E allora, l'unica interpretazione del fenomeno che pare coerente con il dato normativo è che al riferimento alle preferenze ed alle informazioni espresse dal consumatore non può che attribuirsi un valore attenuato, affievolito.

Non si tratterà, in altre parole, di informazioni personalizzate – cosa che rappresenterebbe in qualche misura una riproduzione di quanto previsto al paragrafo 6 della stessa disposizione – bensì di dati generici, che possano permettere di individuare il tipo di credito richiesto da quel soggetto e, quindi, di consegnare a lui il formulario relativo al prodotto che può fare al caso suo, in base, appunto, alle sue preferenze (tale posizione va in parte “rivista” avendo riguardo alla disciplina di recepimento contenuta nell’art. 124 Tub e nelle disposizioni attuative).

Di vere e proprie informazioni personalizzate, invece, si tratta nel paragrafo 6 dell’art. 5 della direttiva, secondo il quale “gli Stati membri provvedono affinché i creditori e, se del caso, gli intermediari del credito forniscano al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite [...], le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento [...]”.

Corrispondentemente, l’art. 124, comma V Tub prevede che “il finanziatore o l’intermediario del credito forniscono al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni ai sensi dei commi I e II (*quelle standardizzate e aggiuntive*), le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento”.

Sembra quasi che si venga a instaurare un vero e proprio dialogo tra chi richiede il finanziamento e chi lo concede, finalizzato ad una ponderata valutazione del contratto proposto, quasi a volerne saggiare l’adeguatezza rispetto al profilo (più che altro finanziario) del cliente.

Molti autori – ed in realtà anche la direttiva medesima – hanno ravvisato in tale previsione un autentico obbligo di assistenza, volto a guidare il consumatore nella scelta del prodotto creditizio più rispondente alle proprie esigenze¹¹⁹.

Si anticipa sin d'ora che proprio tale riferimento all'assistenza ha portato gran parte della dottrina ad associare tale attività informativa all'analisi che caratterizza la vendita di prodotti finanziari; ma di ciò si darà conto in seguito.

Per il momento, ci si occuperà del significato da attribuire a tale disposizione indipendentemente dall'eventuale accostamento con la disciplina sul collocamento dei servizi d'investimento.

A tal fine, è opportuno soffermarsi sul ventisettesimo considerando della direttiva, nel quale sembra essere lo stesso legislatore europeo a porre l'attività informativa contemplata su un piano diverso rispetto a quella regolata nei paragrafi precedenti dell'art. 5.

Infatti, tra le affermazioni di principio contenute nel suddetto considerando, si legge che “nonostante le informazioni precontrattuali che gli devono essere fornite, il consumatore può ancora aver bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, tra quelli proposti, sia il più adatto alle sue esigenze ad alla sua situazione finanziaria”.

Tale servizio di assistenza, sempre stando a quanto affermato nella direttiva, abbraccia sia la spiegazione personalizzata delle pertinenti informazioni precontrattuali quanto le caratteristiche essenziali del prodotto offerto.

Si prospetta, dunque, una seconda fase della relazione tra creditore e finanziatore, una fase successiva, che si colloca più avanti – nell'ambito della relazione precontrattuale – rispetto all'assolvimento degli obblighi informativi di base, ma che può includere anche una più esaustiva e completa spiegazione delle informazioni già fornite, questa volta calibrata sullo specifico profilo finanziario del cliente.

Tale passaggio assume una rilevanza centrale almeno sotto due profili.

Intanto, la circostanza che vengano dati chiarimenti in ordine al coacervo di dati comunicati al consumatore, consente di riconsiderare quanto detto sopra relativamente alla idoneità delle informazioni standardizzate a rappresentare un effettivo strumento di tutela del consenso del consumatore.

¹¹⁹ In questo senso, Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit, 216 ss.

Infatti, questi, proprio grazie alla successiva assistenza garantita dalla direttiva, sarà in grado di decifrare tutta quella serie di dati in suo possesso, altrimenti non del tutto (o affatto) comprensibili.

Sotto altro versante, la previsione di un siffatto intervento del creditore si pone in stretta connessione con l'obbligo di verifica del merito creditizio al medesimo assegnato.

I molteplici richiami fatti nei considerando 26 e 27, nonché nello stesso art. 5, paragrafo 6, alla situazione finanziaria del consumatore ed agli effetti che lo specifico prodotto creditizio può generare, fino a considerare il rischio di un eccessivo indebitamento, sono un chiaro segnale dell'interazione tra questo tipo di informazione e l'accertamento della sostenibilità del debito. Tale profilo, sebbene non del tutto analizzabile in via autonoma, sarà approfondito di seguito tenendo a mente le osservazioni qui svolte.

Tuttavia, è opportuno precisare che il paragrafo 6 dell'art. 5 è chiaro nell'attribuire in ogni caso la scelta finale sul se indebitarsi o meno al consumatore, il quale, nonostante tutte le illustrazioni e spiegazioni fornitegli, dovrà manifestare un consenso che sia consapevole ma assolutamente libero (almeno in astratto).

Un dato che sembra significativo è che la peculiare fisionomia assunta dall'informazione fa sì che essa venga in rilievo non soltanto come *diritto* del consumatore ad essere informato, divenendo, al tempo stesso, un suo *dovere* di informare. Invero, soltanto attraverso le notizie date da colui che richiede il credito, l'altra parte potrà vagliare la rispondenza del prodotto alle esigenze dell'istante, in modo da guidarlo nella scelta.

2. Obbligo di informazione o obbligazione di assistenza/consulenza?

Per quanto riguarda la distinzione, quanto alla funzione, tra l'obbligo di assistenza e le informazioni precontrattuali, in dottrina si è affermato che, mentre queste ultime avrebbero lo scopo di tutelare "la consapevolezza del consenso" del consumatore, esplicando i propri effetti più che altro in termini di correzione (per quanto possibile) del gap informativo che lo "divide" dalla controparte negoziale, in funzione di

indirizzo verso scelte “libere e consapevoli”; diversa sarebbe la funzione riconducibile all’informazione-assistenza.

Quest’ultima non si arresterebbe alla libertà e consapevolezza della scelta, giungendo ad assicurare che egli prenda decisioni “giuste ed adeguate”¹²⁰.

La ricostruzione di certo non può essere contestata.

Dovrà però tenersi conto di quello che può essere il concreto operare di tale disciplina nella pratica; indicazioni in questo senso sembrano ravvisabili nel considerando 27, dove il legislatore europeo attribuisce agli Stati membri la scelta del *preciso* momento in cui fornire le informazioni (visto che l’art. 5, così come il 6, fanno genericamente riferimento al tempo utile prima della conclusione del contratto) e della misura in cui le spiegazioni andranno rese; ma – e questo è il dato più rilevante –, avverte che bisognerà altresì tenere conto delle “particolari circostanze in cui il credito è offerto” a *quel* consumatore, del “bisogno di assistenza” di *quello stesso* consumatore e della natura dei singoli prodotti creditizi *al medesimo* offerti.

In tale ottica non sarà sempre agevole distinguere l’informazione a tutela di un particolare aspetto del consenso da quella (assistenza) che, invece, è volta a tutelarne un altro, e che finirà inevitabilmente per influenzare il consumatore.

In conclusione, il significato che a nostro avviso va attribuito alla previsione contenuta nel paragrafo 6 dell’art. 5 della direttiva è quello di un servizio di assistenza, volto da un lato a chiarire la portata delle informazioni precontrattuali già date ed, al contempo, a valutare l’astratta compatibilità dello specifico prodotto alle caratteristiche della situazione economica del consumatore, compatibilità che andrà approfondita – in modo più concreto – nell’ambito della verifica del merito creditizio, dove la questione si porrà più che altro in termini di solvibilità del consumatore rispetto a *quel* prodotto.

Dall’attenta lettura del quadro normativo sugli obblighi informativi precontrattuali fin qui condotta, emerge una disciplina “fragile”, che nulla ci dice con riguardo alle conseguenze della violazione di norme formulate in maniera tanto analitica (mi riferisco al fiume di dati da indicare nei documenti informativi); come sempre, viene lasciato ai legislatori nazionali il compito di adottare le norme relative alle sanzioni applicabili (in caso di violazione delle corrispondenti disposizioni nazionali), sanzioni

¹²⁰ Così Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit, 218 ss.

che devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive, nonché di adottare tutti i provvedimenti necessari per garantire l'attuazione della direttiva.

Anche in una disciplina complessa come quella sul credito ai consumatori, bisogna fare i conti con il vuoto normativo in punto di rimedi, visto il silenzio del nostro legislatore, il quale non si è preoccupato di predisporre un apparato di regole volte a presidiare gli obblighi precontrattuali introdotti.

Bisognerà capire che tipo di responsabilità sia ascrivibile al creditore inadempiente ai propri obblighi (informativi) e soprattutto se siffatto inadempimento possa avere dei riflessi nella fase successiva del rapporto, con particolare riguardo ai diritti del prestatore in caso di inadempienza (insolvenza) del debitore.

Tale aspetto sarà approfondito nel capitolo in cui ci si occuperà del recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano, nel quale l'alternativa sembra essere quella tra una classica responsabilità precontrattuale e una "responsabilità da contatto sociale".

3. Informazione e valutazione della solvibilità del prestatario: gli interrogativi posti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

Qualche risposta in più si avrà non appena verranno definiti due procedimenti attualmente pendenti dinanzi al Giudice di Lussemburgo, attivati, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dal Tribunal d'instance d'Orléans nel 2013.

E, stando alle questioni sollevate dal giudice francese, le pronunce della Corte di Giustizia potrebbero rivelarsi un vero e proprio traguardo, ponendo finalmente dei punti fermi su aspetti centrali della disciplina in esame.

Per ciò che qui interessa, la domanda pregiudiziale presentata il 30 maggio 2013¹²¹ ha ad oggetto le modalità di adempimento degli obblighi informativi precontrattuali gravanti sul creditore. Il giudice francese chiede alla Corte di Giustizia se un'interpretazione della direttiva del 2008 conforme al diritto dell'Unione europea

¹²¹ La relativa causa è C-298/13; le questioni possono leggersi sulla GUUE del 27.07.2013 consultabile sul sito eur-lex.europa.eu.

possa consentire che tali obblighi si considerino adempiuti con la sola produzione in giudizio del contratto di cui all'art. 10, senza che venga allegato altro documento che dimostri l'osservanza delle disposizioni in materia di informazione precontrattuale; o, in alternativa, se, in assenza della produzione dei documenti forniti dal creditore e di quelle (informazioni) raccolte per valutarne la solvibilità, tale prova non debba considerarsi fornita, senza che il relativo onere probatorio gravi sul consumatore.

Ancora, si domanda se il mancato assolvimento degli obblighi precontrattuali di informazione e di accertamento della solvibilità gravanti sul creditore possa costituire una pratica commerciale sleale. E se, un'interpretazione della normativa sul credito ai consumatori condotta alla luce della direttiva suddetta possa condurre, in caso di inosservanza di tali obblighi, ad impedire al creditore di recuperare le somme non restituite, visto che l'inadempimento del debitore può essere a sua volta conseguenza di quello precedente del creditore (rispetto agli obblighi sullo stesso gravanti).

La successiva questione sollevata dal Tribunal d'instance d'Orléans coglie ancora più nel segno rispetto agli interrogativi prospettati nel presente lavoro.

Infatti, il 12 agosto 2013¹²², tra le domande proposte in via pregiudiziale, oltre a quella concernente l'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi precontrattuali – in relazione al quale si chiede se sia sufficiente la sottoscrizione di una clausola “tipo” da parte del consumatore, con la quale si dà atto dell'adempimento, senza l'esibizione di altri documenti informativi –, il giudice nazionale si pone il problema delle concrete modalità di assolvimento degli obblighi informativi di cui all'art. 5 paragrafo 6.

Con riguardo a questi, sembra interrogarsi sulla relazione, qui pure messa in evidenza, tra l'informazione-assistenza precontrattuale e la situazione finanziaria del consumatore; infatti, chiede al Giudice europeo se tale disposizione (art. 5 paragrafo 6) debba interpretarsi nel senso che “il creditore non può aver dato spiegazioni adeguate al consumatore qualora non abbia preliminarmente verificato la sua situazione finanziaria e le sue esigenze”.

Non è questa la sede per fare osservazioni su tutte le domande alle quali la Corte di Giustizia dell'Unione europea è chiamata a rispondere – anche perché ogni riflessione

¹²² La relativa causa è C-449/13; anche in questo caso le domande pregiudiziali del Tribunal d'instance d'Orléans possono leggersi sulla GUUE del 26.10.2013, consultabile sul sito eur-lex.europa.eu.

è destinata a lasciare il posto alle pronunce che saranno emanate –; ma, in ogni caso, tali procedimenti presentano una notevole rilevanza, visto che le risposte del Giudice europeo potranno avere una forte incidenza nel campo dei contratti di prestito al consumo, con particolare riguardo agli obblighi ai quali è tenuto il creditore nella fase preliminare alla conclusione del contratto.

4. Fase precontrattuale e obbligo di verifica del merito creditizio

Sempre nella fase precedente alla conclusione del contratto di credito si colloca la *verifica del merito creditizio*, ossia quell'attività svolta dal creditore al fine di accertare la situazione finanziaria del debitore, per valutare la sua solvibilità rispetto agli impegni assunti¹²³.

L'introduzione di un obbligo¹²⁴ di verifica del merito creditizio espressamente previsto a livello normativo è una delle novità di maggiore rilievo della nuova disciplina, visto che nulla prevedeva la direttiva 87/102/Cee sul punto.

Tuttavia, la circostanza che verosimilmente in tutti gli ordinamenti europei l'esame preventivo della condizione finanziaria del debitore (consumatore) rappresentasse già una tappa obbligata nella concessione di ogni finanziamento¹²⁵, potrebbe indurci a sminuire la portata della norma, relegandola ad una mera consacrazione di una regola consolidata nella prassi.

¹²³ Sul punto vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 235; Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/Ce*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo, La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, cit, 183 ss; 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>>*, cit, 274.

¹²⁴ In dottrina si è messo in dubbio che debba parlarsi di un vero e proprio obbligo; cfr Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 832; contra Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva, 2008/48/Ce*, cit, 185, che, invece, qualifica la verifica del merito di credito come un obbligo.

¹²⁵ Cfr Brown, *European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a UK perspective?* In *Consumer credit, debt and investment in Europe*, Cambridge (University Press), Edited by Devenney and Mel Kenny, 2012, 56 ss.

Ma così non è, visto che la rilevanza della previsione sta nel fatto che ad essa si deve l'espressa enunciazione del c.d. principio del prestito responsabile¹²⁶, una regola che deve informare la condotta del creditore nella procedura di erogazione del credito, condotta che dovrà uniformarsi al più generale dovere di correttezza, nonché alla diligenza professionale cui è tenuto il finanziatore¹²⁷.

Indicazioni inequivocabili in tal senso si ravvisano nel considerando 26 della direttiva, nel quale il legislatore europeo, oltre a richiamare l'obiettivo di promuovere il ricorso a pratiche responsabili nelle varie fasi del rapporto di credito, afferma l'importanza del non concedere prestiti in maniera irresponsabile.

Tra le misure che a titolo esemplificativo si indicano come idonee a garantire tale finalità vi sono l'informazione e l'educazione del consumatore, nonché gli avvertimenti circa le conseguenze di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento; ancora una volta viene in evidenza la stretta relazione tra l'accertamento della solvibilità del consumatore e l'informazione (soprattutto nella peculiare veste dell'assistenza), tra la fase antecedente alla conclusione del contratto e i possibili risvolti nella fase esecutiva, con particolare riguardo all'inadempimento del debitore.

Ancora, si esortano gli Stati membri a fare sì che i creditori non concedano crediti senza preliminare valutazione del merito creditizio, effettuando la necessaria vigilanza e *determinando le sanzioni da applicare qualora ciò si verificasse*.

Il suggerimento del legislatore comunitario è quello di una verifica individuale del merito creditizio, alla quale dovrebbe, comunque, accompagnarsi un comportamento prudente da parte dei debitori, rispettoso delle obbligazioni contratte. Ma è altresì il suggerimento ad una presa di posizione dei legislatori interni, e delle competenti autorità di vigilanza, circa le conseguenze della concessione "irresponsabile" (o, se si preferisce, con termine più noto, "abusiva") di credito ai consumatori – suggerimento che, come si vedrà, è di fatto rimasto tale, non traducendosi in espressioni normative –.

Con riguardo all'accertamento sulla solvibilità del consumatore, le disposizioni che vengono in rilievo sono gli artt. 8 e 9 dell'atto normativo di fonte comunitaria,

¹²⁶ Vedi Boiti, *Il principio del prestito responsabile del creditore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit, 427 ss.

¹²⁷ Tale aspetto sarà approfondito con riferimento alla disciplina italiana.

rispettivamente sull'obbligo di verifica del merito creditizio e sull'accesso alle banche dati¹²⁸.

Come si è detto, tali disposizioni si pongono in stretta connessione con quelle sull'informazione precontrattuale contenute nello stesso capo II della direttiva, rispetto alle quali è opportuna una lettura unitaria.

Infatti, la verifica del merito di credito rappresenta l'ultimo passaggio della fase precedente alla conclusione del contratto, fase nella quale lo scambio di informazioni tra creditore e debitore diviene più stringente e penetrante, andando ad incidere sull'effettivo raggiungimento dell'accordo.

La prima disposizione prevede testualmente che "gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, contenute consultando una banca dati pertinente".

Si aggiunge, poi, che nel caso in cui le parti convengano di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto, "gli Stati membri provvedono affinché il creditore aggiorni le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuti il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo del credito".

Emerge subito la discrasia terminologica tra la rubrica della disposizione, nella quale si parla di *verifica* e il testo della medesima, dove, invece, si fa riferimento alla *valutazione*.

In dottrina si è spiegata tale difformità nel senso che l'attività di verifica sarebbe attribuita sia al creditore che all'intermediario – nel contesto dell'obbligo di informazione-assistenza descritta al paragrafo 6 dell'art. 5 – mentre la valutazione vera e propria dei dati graverebbe esclusivamente sul creditore, al quale, invero, è rivolta la previsione dell'art. 8.

¹²⁸ In particolare si prevede che, in caso di rifiuto del credito basato sulla consultazione di una banca dati, il consumatore abbia diritto ad essere immediatamente e gratuitamente informato del risultato della consultazione, nonché degli estremi della banca dati in questione. Questa comunicazione, ispirata al principio di trasparenza, viene meno soltanto quando essa sia vietata da un'altra normativa comunitaria o sia comunque contraria agli obiettivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza.

Tale soluzione consentirebbe di giustificare pure il disallineamento, quanto ai destinatari, tra l'attività di informazione precontrattuale e la successiva verifica (*valutazione*) della condizione finanziaria del soggetto.

In realtà a nostro avviso le due espressioni sono sovrapponibili, non potendosi distinguere una preventiva verifica – alla quale potrebbe procedere anche l'intermediario – da una successiva valutazione ad opera del creditore; in tal modo si traccerebbe una distinzione troppo netta tra l'attività di informazione, pur nella veste di informazione-assistenza, e quella che attiene all'esame del merito di credito.

Quanto alle modalità con le quali procedere alla verifica il legislatore ci fornisce delle indicazioni non troppo dettagliate; due sono i parametri su cui essa può basarsi.

Da una parte si fa riferimento alle "informazioni adeguate", espressione che sembra alludere a tutte le notizie relative alla situazione patrimoniale del debitore, all'esposizione debitoria eventualmente accumulata dal medesimo.

Si tratterà, come è stato osservato¹²⁹, di dati storici, riferiti all'indebitamento pregresso del soggetto, attraverso i quali sarà possibile ricostruire il suo profilo debitorio, la sua puntualità nel far fronte agli impegni assunti e, soprattutto, la solvibilità rispetto allo specifico prestito che sta per essergli erogato.

Queste informazioni possono "se del caso" provenire dal consumatore medesimo.

Dunque, se il creditore lo riterrà opportuno, avrà il diritto di rivolgere al futuro debitore tutte le domande utili per fotografare la sua condizione finanziaria.

Qui si ripropone la divaricazione dell'informazione sopra illustrata, che porta a distinguere un diritto ad essere informato ed un dovere di informare – rispettivamente a vantaggio e a carico del consumatore –.

In alternativa alle informazioni ottenute dall'aspirante al credito, il finanziatore potrà, in modo più prudente, consultare una banca dati, cioè un sistema di referenza creditizia nel quale vengono registrati i nomi dei cattivi (e talvolta pure dei buoni) pagatori.

Non è chiaro in che rapporto si pongano tali informazioni rispetto a quelle comunicate dal medesimo soggetto che richiede il credito; più precisamente, nel testo della direttiva si parla di informazioni adeguate sia con riguardo a quelle da

¹²⁹ In questo senso Modica, *Concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, Contatto e impresa, 2012, 2, 493; *Id.*, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 829.

richiedersi al consumatore *se del caso*, sia con riferimento a quelle ottenute, *ove necessario*, ricorrendo ai sistemi di referenza creditizia.

Stando al dettato normativo, non sembra emergere la necessità, per il creditore, di consultare una banca dati, potendo egli in astratto decidere in che modo ottenere le informazioni sulla situazione finanziaria del consumatore.

È chiaro che sarà nel suo interesse consultare un sistema centralizzato, in modo da poter svolgere una valutazione completa, non incorrendo nel rischio della mancata restituzione delle somme.

La questione è stata oggetto di una domanda pregiudiziale rivolta dal Tribunal d'instance d'Orléans alla Corte di Giustizia dell'Unione europea nell'agosto del 2013.

In particolare, il giudice francese ha chiesto se l'art. 8 della direttiva possa essere interpretato nel senso di non consentire che il relativo accertamento sia fondato esclusivamente sulle informazioni fornite dal consumatore, senza che si proceda ad un controllo effettivo basato su altri elementi.

Una simile interpretazione non appare rispondente alla formulazione della norma che non sembra imporre al creditore l'obbligo di procedere alla verifica del merito creditizio attraverso l'esame delle informazioni inserite in una banca dati, prescrivendolo solo ove ciò risulti *necessario*, lasciando, invece, il prestatore libero di svolgere tale attività nel modo che ritiene più opportuno. Anche se, d'altra parte, la consultazione della banca dati non può che risultare proficua per il finanziatore, il quale in tal modo potrà avere un quadro chiaro della situazione economica del consumatore.

Ma è bene non spingersi oltre in simili considerazioni, non potendo far altro che attendere le prese di posizione della Corte di Giustizia.

Sul punto si segnala l'opinione secondo la quale, escluso che quello di cui all'art. 8 della direttiva sia qualificabile come obbligo – espressione che sarebbe rintracciabile solo nel testo della rubrica –, non può pretendersi che la verifica del merito creditizio “debba avvenire previa una necessaria consultazione di una banca dati (prioritaria essendo la valutazione sulla base delle informazioni fornite dal richiedente il credito), ma imponga solo un dovere, in capo al creditore, di controllare diligentemente la qualità dei dati posti a fondamento della propria decisione di rifiutare la domanda di

credito”¹³⁰ (dovere che deve ritenersi sussistente a maggior ragione nel caso in cui il contratto venga invece concluso).

Più aderente ad una responsabilizzazione del finanziatore, sotto questo aspetto, appare il testo (non definitivo) della direttiva “in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica alla direttiva 2008/48/Ce”¹³¹. Qui, invero, dopo aver consentito al creditore di effettuare la verifica del merito creditizio attraverso informazioni ottenute da “pertinenti fonti interne o esterne, incluso il consumatore (comprendendo quelle fornite all’intermediario del credito o al rappresentante designato nel corso della richiesta di credito), si precisa che in ogni caso tali informazioni (presumibilmente non ottenute consultando un sistema di referenza creditizia) vanno opportunamente verificate, anche attingendo, se necessario, a documentazione indipendente verificabile (art. 20, paragrafo 1).

Quanto meno si esorta il creditore a procedere ad una verifica delle informazioni non direttamente ottenute attraverso la consultazione di una banca dati.

Il paragrafo 2 dell’art. 8 della direttiva 2008/48/Ce, poi, si occupa dell’ipotesi in cui le parti siano d’accordo ad aumentare il credito già concesso. In questo caso, il creditore dovrà aggiornare le informazioni in suo possesso e valutare il merito di credito del suo cliente sulla base delle informazioni aggiornate.

La previsione si presenta ambigua sotto più profili, ma ciò che desta maggiore stupore è che – prescrivendo l’aggiornamento dei dati sulla meritevolezza finanziaria del soggetto soltanto quando l’incremento dell’esposizione debitoria superi una certa soglia – il legislatore europeo non abbia fissato alcun criterio per l’individuazione di tale limite, rimettendo, anche questa volta, ogni decisione agli Stati membri.

Si è detto che la verifica del merito creditizio si intreccia con le informazioni precontrattuali, ed in particolare con quella peculiare attività di assistenza individuata nel paragrafo 6 dell’art. 5 della direttiva.

Il richiamo che qui il legislatore fa alla situazione finanziaria del consumatore, spingendosi fino a contemplare la possibilità di un mancato pagamento, potrebbe far

¹³⁰ Così De Poli, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss; *Id.*, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 48.

¹³¹ Come si è detto, la modifica in questione prevede una deroga al disposto dell’art. 2 lett. c) della direttiva 2008/48/Ce, estendendone l’applicabilità anche ai contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale, con un importo totale del credito superiore a 75.000.

pensare che tale momento rappresenti parte integrante della verifica del merito di credito, o meglio, che quest'ultima non costituisca un autonomo passaggio dalla fase preliminare alla conclusione del contratto, rimanendo assorbita dagli obblighi di informazione¹³².

Anche di tale questione ci si occuperà in maniera più approfondita con riferimento alla disciplina italiana di recepimento, distinguendo tra informazioni standardizzate e successiva attività di assistenza.

Basti qui rilevare che il capo II della direttiva non è dedicato esclusivamente alle informazioni, bensì intitolato "informazioni e pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito", dovendosi ritenere che la verifica del merito di credito rientri proprio tra queste pratiche preliminari.

Come si è visto, l'informazione-assistenza contemplata al paragrafo 6 dell'art. 5 della direttiva è finalizzata – attraverso lo scambio di dati tra le future parti contrattuali – ad un apprezzamento dell'"adeguatezza" del contratto proposto (che deve essere *adatto*) rispetto alle esigenze ed alla situazione finanziaria del cliente, affinché la decisione del consumatore di indebitarsi sia consapevole (e responsabile).

L'accertamento della meritevolezza finanziaria si intreccia con la fase dell'informazione-assistenza; una volta riscontrata (nel suo interesse) la capacità restitutoria dell'istante – e dunque la rispondenza del credito alla sua condizione economica –, il creditore potrà accordare il suo benessere alla richiesta di credito, procedendo all'erogazione senza alcuna riserva.

Come abbiamo visto, uno dei sistemi ai quali può ricorrere il creditore per procedere a tale accertamento è la consultazione di una banca dati pertinente.

Tale aspetto è disciplinato dall'art. 9; qui, per prima cosa, il legislatore europeo si occupa dei crediti transfrontalieri – il cui incremento rappresenta uno degli obiettivi essenziali dell'intera direttiva – garantendo che i creditori di ciascuno Stato membro possano accedere alle banche dati utilizzate nei territori degli altri Stati a condizioni non discriminatorie.

Subito dopo, viene sancito il diritto del consumatore, che veda rifiutare la propria richiesta di credito a causa delle informazioni contenute in una banca dati, di essere

¹³² Sul punto cfr Larocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit, 252; Modica, *La concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 501 ss.

informato immediatamente e gratuitamente del risultato della suddetta consultazione, nonché degli estremi della banca dati consultata.

In tal modo viene garantita la trasparenza dell'istruttoria, consentendo al soggetto di verificare le informazioni che lo riguardano, accertandone la rispondenza alla sua reale situazione finanziaria ed eventualmente sperando i rimedi opportuni.

Le problematiche sottese alla consultazione dei sistemi di referenza creditizia saranno affrontate con maggiore attenzione avendo riguardo alla disciplina italiana di recepimento della direttiva contenuta nel Testo unico bancario e nelle relative norme di attuazione, prendendo in considerazione anche alcune pronunce giurisprudenziali.

La sintetica analisi delle disposizioni in commento potrebbe portarci ad individuare nella prevenzione di un eccessivo indebitamento del consumatore la *ratio* della prescrizione sulla verifica del merito creditizio¹³³.

Questa lettura non è l'unica accolta in dottrina; alcuni autori hanno preferito una ricostruzione che, anche questa volta – in piena aderenza con le finalità della direttiva – privilegia il mercato del credito¹³⁴.

La finalità "pubblicistica" – che vede come diretti beneficiari delle previsioni sul merito creditizio gli operatori bancari, al fine di garantire il contenimento del loro rischio di credito – è pienamente aderente allo scopo per così dire primario della direttiva come sopra individuato, ossia lo sviluppo del mercato creditizio; tuttavia, qui è necessario adottare una lettura diversa, che quanto meno consenta di affiancare all'interesse ad una corretta allocazione del denaro da parte degli operatori bancari, quello (meno esplicito) di tutela del consumatore, in qualche misura volto ad evitarne un'eccessiva esposizione debitoria.

Non potrebbe spiegarsi diversamente l'emanazione di una disciplina come quella in commento, nella quale l'intera fase precedente alla conclusione del contratto è volta a compensare l'asimmetria informativa (e non solo) tra quei soggetti che a breve diverranno parti del medesimo contratto.

¹³³ Vedi Modica, *La concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 503; *Id.*, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 829. In questo senso l'Explanatory memorandum alle Regulations del 2010 (che il legislatore inglese ha adottato al fine di attuare la direttiva 2008/48/Ce), emanato dal Department for Business, Innovation & Skills, par. 263, nel quale si legge "consumer over-indebtedness is a serious problem and implementation of article 8 provides an opportunity to strengthen existing provisions on responsible lending in order to reduce the incidence of consumers taking on unsustainable levels of debt".

¹³⁴ Cfr Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/Ce*, cit, 187; Larocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, cit, 243.

Invero, nel presente lavoro ci si occuperà delle conseguenze di natura privatistica sottese alla violazione delle regole introdotte dalla direttiva, con particolare riguardo ad una concessione di credito che avvenga in base ad una verifica del merito creditizio non improntata alla diligenza; tema che non può non svilupparsi entro una cornice che, sia sul piano normativo che su quello pratico, è quella del contratto del consumatore, soggetto debole della negoziazione per eccellenza, la cui debolezza si accentua nel caso di contratti conclusi con soggetti qualificati, come lo sono le banche e gli altri deputati ad erogare credito.

Il punto di osservazione che si adotterà nel presente lavoro, dunque, sarà quello della tutela del soggetto finanziato, delle ricadute delle attività preliminari alla conclusione del contratto nella medesima vicenda contrattuale; l'analisi dei risvolti che tali attività possono avere (e di fatto hanno) nella singola vicenda contrattuale, non ci esimerà dal prendere in considerazione anche il profilo della condotta del consumatore che assume il debito.

Anche rispetto alla violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio e, più in generale, ad una erogazione del credito poco accorta, il legislatore europeo si è ben guardato dal fornire delle soluzioni o suggerimenti in punto di rimedi.

Nessuna traccia si ravvisa nella direttiva sulla configurabilità di una responsabilità del finanziatore in tal senso, né tanto meno sul tipo di rimedi azionabili in questa ipotesi.

Bisogna capire se – come è stato prospettato¹³⁵ – sia configurabile in capo al creditore un dovere (obbligo) di astensione dal concedere credito nel caso di una verifica negativa sulla solvibilità del cliente/consumatore, così presentandosi la verifica del merito creditizio adempimento nell'interesse del prestatario oltre che (come sembrerebbe *prima facie*) del prestatore.

Passaggio successivo è quello di analizzare le ricadute dell'attività preliminare di valutazione del merito creditizio sul contratto, sulla fase esecutiva dello stesso (con particolare riguardo alla possibilità del creditore inadempiente rispetto ai propri obblighi di recuperare le somme), nonché sulla complessiva esposizione debitoria del consumatore.

Ma tali profili saranno esaminati avendo riguardo alla disciplina italiana di riferimento contenuta nel Testo unico bancario.

¹³⁵ Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit, 221.

Si deve però subito segnalare come più efficace in punto di sanzioni, fosse la 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” (non approvata), che all'art. 9 rubricato prestito responsabile, chiamava in causa la responsabilità contrattuale del finanziatore¹³⁶.

Una previsione esplicita circa le conseguenze della verifica si rinveniva anche nella Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio “in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali”¹³⁷, che all'art. 14, par. 2, lett. a) prevedeva che “gli Stati membri devono assicurare che il creditore possa rifiutare il prestito qualora, dalla valutazione del merito di credito del consumatore, dovesse risultare che le prospettive di rimborso del prestito nel corso della durata del contratto di credito sono negative”.

Sebbene tale previsione sia stata eliminata dall'ultima versione (non definitiva), approvata il 10 settembre 2013¹³⁸, della direttiva “in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali (e recante modifiche alla direttiva 2008/48/Ce”¹³⁹) più dettagliate si rivelano le nuove disposizioni.

Ciò vale indubbiamente per quanto riguarda la verifica del merito creditizio del consumatore, la quale oltre ad essere approfondita deve tenere “adeguatamente conto dei fattori pertinenti ai fini della verifica delle prospettive di adempimento” (art. 18 par. 1), nonché essere basata su “informazioni necessarie, sufficienti e proporzionate” (art. 20 par. 1). In ogni caso, il credito potrà essere liquidato al consumatore solo se dai risultati della valutazione emerga che “gli obblighi derivanti

¹³⁶ COM(2002) 443 def. — 2002/0222(COD), sopra cit, consultabile su eur-lex.europa.eu.

L'art. 9 recitava: “quando il creditore conclude un contratto di credito o di fideiussione oppure aumenta l'importo totale del credito o la somma garantita, si ritiene che questi abbia stimato preventivamente, con ogni mezzo a sua disposizione, che il consumatore e, se del caso, il fideiussore, saranno in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto”. Ma nella relazione di accompagnamento alla proposta si faceva espressamente riferimento alla responsabilità contrattuale: “la valutazione da parte del creditore della solvibilità del consumatore non è tuttavia neutra: è in gioco la sua responsabilità contrattuale ed è opportuno precisare a tale riguardo il legame tra la conclusione del contratto di credito e tale valutazione preventiva”.

¹³⁷ COM/2011/142, consultabile su ec.europa.eu.

¹³⁸ Si tratta del testo contenuto nel documento P7_TA-PROV(2013)0341, nel quale sono confluiti gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio “in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali” citata nel testo (COM(2011)0142).

¹³⁹ La modifica in questione prevede una deroga al disposto dell'art. 2 lett. c) della direttiva 2008/48/Ce, estendendone l'applicabilità anche ai contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale, con un importo totale del credito superiore a 75.000. Sul punto si rinvia a quanto già osservato.

dal contratto saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità” previste nello stesso (art. 18 par. 5 lett. a)¹⁴⁰. Ma, sotto altro profilo, si prevede che “nel caso di contratti di credito relativi all'acquisto di un bene immobile esplicitamente non destinato a essere occupato come casa, appartamento o altro luogo di residenza del consumatore o di un familiare del consumatore (contratto per acquisto a fini locativi) [...] la valutazione del merito di credito non dovrebbe comportare il trasferimento al creditore della responsabilità del consumatore di successive inosservanze degli obblighi derivanti dal contratto di credito”. (considerando 56).

Inoltre, si dispone che il consumatore non potrà vedere modificate le condizioni contrattuali in suo danno qualora la conclusione del contratto sia avvenuta in seguito ad una verifica del merito di credito “condotta scorrettamente” (art. 18 par. 4); e si disciplina, altresì, il caso in cui egli abbia fornito informazioni incomplete, ipotesi che non darà diritto al creditore di risolvere il contratto, come invece sarà legittimato a fare nel caso in cui sia comprovato che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire o abbia falsificato le informazioni (art. 20 par. 3).

¹⁴⁰ Ma vedi altresì i principi affermati nei considerando 55-59.

CAPITOLO III

La verifica del merito creditizio e la responsabilità del finanziatore

1. La verifica del merito creditizio e la responsabilizzazione del finanziatore: il problema dell'inquadramento

La direttiva 2008/48/Ce è stata recepita dal nostro legislatore con il d.lgs. n. 141/2010¹⁴¹, che ha modificato gli artt. 121 e ss del d.lgs. n. 385/1998, recante il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia¹⁴².

La disposizione che qui interessa è l'art. 124 *bis* Tub, la cui rubrica testualmente recita "verifica del merito creditizio".

Con tale espressione si fa riferimento alla solvibilità del debitore, da accertare in via preventiva, cioè alla sua capacità di restituire il credito accordatogli; capacità che, come è stato giustamente osservato, va calcolata avendo riguardo al "reddito, al patrimonio aggredibile e alle trascorse vicende restitutorie"¹⁴³.

Si tratta di un accertamento basato principalmente sulla verifica di dati storici, che, come si è rilevato – nonostante il riferimento che il considerando 33 della direttiva faccia all'"uso fraudolento o non autorizzato del credito"¹⁴⁴ – non comprende alcuna

¹⁴¹ In realtà a tale decreto legislativo ne sono seguiti altri due (il n. 218/2010 ed il n. 169/2012) che non hanno apportato modifiche significative alla disciplina, e anzi, per ciò che qui interessa, non hanno introdotto alcuna novità.

Il d.lgs. n. 141/2010 è stato emanato in attuazione dei criteri direttivi dettati dall'art. 33 della legge n. 88/2009 del 07.07.2009, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee – (Legge comunitaria 2008)".

¹⁴² Sui criteri contenuti nella legge di delega (n. 88 del 07.07.2009), vedi De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, I contratti, 2009, 12, 1151 ss.

¹⁴³ Così Modica, *Concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 492 ss.

¹⁴⁴ L'utilizzo fraudolento o non giustificato viene piuttosto indicato dal legislatore europeo come una delle condizioni che – unitamente all'aumento significativo del rischio che il consumatore non possa rimborsare il credito – può giustificare la sospensione del diritto di effettuare ulteriori prelievi (considerando 33). In questo senso l'art. 13 della direttiva che – nei contratti di credito a tempo

verifica circa l'utilizzo delle somme¹⁴⁵; anche perché un simile apprezzamento non sarebbe in linea con i principi che nel nostro ordinamento informano il sindacato giurisdizionale, il quale potrebbe tutt'al più determinare la nullità del contratto per l'illiceità di uno dei suoi elementi essenziali, nonché dei motivi nei casi ammessi dalla legge¹⁴⁶.

Inoltre, secondo parte della dottrina¹⁴⁷, nella valutazione non dovrebbero rilevare le garanzie personali prestate da terzi¹⁴⁸ o le coperture assicurative che garantiscono la restituzione delle somme. L'assunto è discutibile, quanto meno sul piano empirico, visto che viene difficile credere che il finanziatore, una volta accertata la disponibilità finanziaria del garante o la sussistenza di un contratto assicurativo contro il rischio di credito, non ne tenga conto.

Sebbene tale prescrizione rappresenti una novità nel nostro sistema, un precedente può ravvisarsi nella legislazione bancaria del 1936, dove già si faceva riferimento al contenimento del rischio, nonché nelle Disposizioni emanate dalla Banca d'Italia¹⁴⁹.

Di certo, l'art. 124 *bis*, in quanto disposizione rivolta alle banche e agli altri intermediari finanziari autorizzati ai quali è riservato l'esercizio del credito (artt. 10, 106 e 121 Tub¹⁵⁰), rientra nell'ambito di quelle regole che, attraverso il contenimento del rischio (di credito), sono volte a tutelare la solidità patrimoniale di tali soggetti,

indeterminato - consente al creditore, per motivi oggettivamente giustificati, di porre termine al diritto del consumatore di effettuare ulteriori prelievi. Analoga previsione è contenuta nell'art. 125 *quater*, II comma lett. b) Tub, che prevede il diritto di sospendere per una giusta causa l'utilizzo del credito, dandone adeguata comunicazione.

¹⁴⁵ Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/Ce*, cit, 183 ss.

¹⁴⁶ Cfr Carrero, *Fattispecie negoziale, ambito di operatività, limiti della disciplina italiana*, cit, 68.

¹⁴⁷ Cfr Simionato, opera da ultimo cit, 183 ss, secondo cui la garanzia personale prestata da terzi farebbe rientrare (insieme alle ipotesi di cartolarizzazione dei crediti) la fattispecie tra i casi nei quali il finanziatore non ha interesse ad eseguire la valutazione, posto che questa - senza considerare la garanzia - avrebbe esito negativo.

Sul punto vedi pure De Chiara, *Verifica del merito creditizio*, in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Capriglione, Troiano, Sepe, Pellegrini, volume III, Cedam, 2012, 1869 ss.

¹⁴⁸ Cfr De Chiara, *Verifica del merito creditizio*, cit, 1869 ss.

¹⁴⁹ Vedi Circolare n. 229 del 21.04.1999, ancora oggi richiamata nella procedura di erogazione del credito di cui al Provvedimento su "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza nelle relazioni tra intermediario e cliente", par. 4.3.

¹⁵⁰ L'art. 106, comma I, prevede che "l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia".

L'art. 121 definisce il finanziatore come quel soggetto che "essendo abilitato ad erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito".

evitando che essi si trovino in una situazione di eccessiva esposizione creditoria, che può avere riflessi sull'intero sistema bancario.

Del resto, tale finalità di natura pubblicistica è in linea con quelli che sono gli obiettivi della direttiva 2008/48/Ce, tra i quali lo sviluppo del mercato del credito.

Di sicuro dunque, l'art. 124 *bis* Tub appartiene alle regole che disciplinano l'attività bancaria, pur se occorre verificarne l'esatta valenza nel rapporto creditizio.

Venendo al contenuto della disposizione in esame, il comma I prescrive al finanziatore di procedere, prima della conclusione del contratto di credito, alla valutazione del merito creditizio del consumatore, valutazione da effettuare "sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente".

A parte la presenza di un ulteriore comma – il quale, come spesso accade nella legislazione bancaria, affida alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, il compito di dettare le disposizioni attuative – l'art. 124 *bis* Tub è una mera riproduzione della corrispondente disposizione contenuta nella direttiva, se si eccettua il termine "finanziatore" utilizzato in tutto il Testo unico bancario in luogo di quello "creditore" cui ricorre il legislatore europeo.

Valgono qui, dunque, le medesime considerazioni fatte con riguardo all'art. 8 della direttiva, sia in ordine alla presunta distinzione tra verifica e valutazione, sia con riguardo alla attribuzione dell'obbligo di verifica del merito creditizio in capo al solo finanziatore, punto quest'ultimo che non pare possa mettersi in dubbio¹⁵¹.

In particolare, il finanziatore viene definito dall'art. 121 Tub lett. f) come quel soggetto che essendo abilitato ad erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito.

Il riferimento è da intendersi alle banche, visto che l'esercizio del credito è tipica attività bancaria ex art. 10 Tub, nonché agli intermediari finanziari autorizzati all'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma (ex art. 106 Tub), nettamente distinti dagli intermediari del credito, di cui all'art. 121 Tub, lett. h)¹⁵², i quali sono tenuti solamente agli obblighi informativi, nonché a fornire il servizio di assistenza.

¹⁵¹ Cfr Modica, *La concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 492 ss.

¹⁵² Secondo tale disposizione questa categoria comprende gli agenti in attività finanziaria (ex art. 128 *quater* Tub), i mediatori creditizi (ex art. 128 *sexies* Tub) o qualsiasi altro soggetto diverso dal finanziatore, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, svolge, a fronte di un

Come già rilevato a proposito della direttiva, la legge non attribuisce espressamente all'intermediario il "compito" di valutare il merito creditizio (cosa che invece fa con gli obblighi informativi, nell'ottica di una maggiore responsabilizzazione di tutti i soggetti coinvolti nell'erogazione del prestito); l'art. 124 *bis* Tub è riferito solo al finanziatore, e deve ritenersi che sarà sempre questo a valutare la condizione patrimoniale del cliente, nonostante l'intervento dell'intermediario¹⁵³; conferma di tale ricostruzione si rinviene, tra l'altro, nell'art. 125 Tub sulle banche dati, che fa riferimento esclusivamente al finanziatore.

Anche se, come si avrà modo di illustrare, bisogna tenere conto del fatto che, talvolta, la stretta compenetrazione tra l'accertamento della meritevolezza finanziaria e il servizio di assistenza di cui all'art. 124, comma V, Tub, potrà comportare l'utilizzo di informazioni acquisite dall'intermediario del credito.

Altra questione si pone con riguardo all'ipotesi in cui l'acquisto avvenga per mezzo di fornitori di merci e i prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio, i quali sono dispensati dall'osservanza degli obblighi informativi precontrattuali – in base al disposto del comma VI dell'art. 124 nel testo modificato ad opera del d.lgs. n. 169/2012 –; tale previsione, a fronte dell'inequivoco tenore dell'art. 124 *bis* che riserva la valutazione del merito creditizio al finanziatore, sembrerebbe deporre nel senso di esonerare i soggetti contemplati dall'art. 124, comma VI, (anche) da tale attività.

Tuttavia, una simile interpretazione sembra contrastare con il comma VI nella parte in cui dispone che "il finanziatore assicura comunque che il consumatore riceva le informazioni e che i prestatori di merci e i fornitori di servizi rispettino la disciplina *ad essi applicabile* ai sensi del presente capo" (quello sul credito ai consumatori).

Come va inteso tale rinvio alle norme del capo II come regole da osservarsi da parte dei prestatori di merci e fornitori di servizi? Esso sta a significare che tali soggetti, pur non tenuti ad osservare le norme sull'informazione precontrattuale, devono condurre la più complessa indagine sulla solvibilità del soggetto?

compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dal titolo VI *bis*, almeno una delle seguenti attività:

1. presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti;
2. conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore.

¹⁵³ Cfr De Poli, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 34; *Id.*, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss.

La ricostruzione non risponde ad alcuna logica, visto che graverebbe tali soggetti di un'attività successiva e in qualche misura conseguente a quella informativa dalla quale sono esentati.

Quindi, il rinvio deve riferirsi solo a quelle norme che siano per così dire compatibili con le attività svolte da soggetti quali i prestatori di merci e i fornitori di servizi, anche perché il legislatore ha fatto riferimento alla "disciplina ad essi applicabile" – la quale potrebbe intendersi anche avendo riguardo all'art. 125 *novies*, concernente gli intermediari del credito in generale –.

Diversa questione si pone nel caso in cui il contratto di credito sia concluso direttamente dal venditore di beni e servizi, nella sola forma a questi consentita dalla legge, cioè la dilazione del prezzo con esclusione del pagamento degli interessi o altri oneri (ex art. 122, comma V, Tub).

In tal caso non sembra possa parlarsi di verifica del merito creditizio¹⁵⁴.

Quanto alle modalità operative dell'accertamento sulla meritevolezza finanziaria del prestatario, anche in questo caso – come già osservato con riguardo al testo della direttiva – si presenta al finanziatore l'alternativa tra una valutazione basata sulle informazioni adeguate *se del caso* fornite dallo stesso consumatore e, *ove necessario*, la consultazione di una banca dati pertinente, che rappresenta di certo – salvo il caso dell'erroneità delle informazioni nella stessa contenute – una strada più prudente, ma che non deve ritenersi obbligata.

Si condivide, a tale proposito, l'opinione espressa in dottrina (sopra segnalata) secondo la quale non può ritenersi che il finanziatore debba necessariamente ricorrere, nell'effettuare la verifica, ai sistemi di referenza creditizia¹⁵⁵; ricostruzione che suscita, tuttavia, qualche perplessità nel momento in cui arriva fino al punto di considerare "prioritaria la valutazione sulla base delle informazioni fornite dal richiedente il credito".

Dello stesso avviso sembra l'Arbitro Bancario Finanziario, il quale non muove alcuna censura alla condotta dell'intermediario che, non concedendo il credito, individui le

¹⁵⁴ Invero, l'art. 122 comma IV Tub (nella versione risultante in seguito all'art. 1 lett. b) del d.lgs. n. 169/2012) esclude l'applicabilità dell'art. 124 *bis* alle dilazioni del pagamento ed alle altre modalità agevolate di rimborso di un debito preesistente concordate tra le parti a seguito di un inadempimento del consumatore.

¹⁵⁵ In questo senso De Poli, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 48; *Id.*, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss.

motivazioni del diniego “non già nelle risultanze di una banca dati, bensì in valutazioni aventi ad oggetto i dati forniti dallo stesso ricorrente, afferenti come tali, al c.d. merito creditizio e improntate a principi di prudenza”¹⁵⁶.

Più problematico è il caso nel quale il credito venga non negato, bensì concesso sulla base delle informazioni che il finanziatore riceve dal consumatore, atteso che in tale ipotesi la diligenza sottesa a ciascun rapporto obbligatorio – che per l’operatore bancario, stante la natura dell’attività svolta, assurge a diligenza qualificata –, dovrebbe imporgli quanto meno una verifica delle informazioni ottenute, configurandosi “un dovere, in capo al creditore, di controllare diligentemente la qualità dei dati posti a fondamento della propria decisione di rifiutare la domanda di credito”¹⁵⁷.

Maggiori certezze sul punto si avranno non appena la Corte europea di Giustizia definirà una delle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunal d’instance d’Orléans di cui si è detto; in particolare, il Giudice di Lussemburgo dovrà stabilire se l’art. 8 della direttiva possa essere interpretato nel senso di non consentire che il relativo accertamento sia fondato esclusivamente sulle informazioni fornite dal consumatore, senza che si proceda ad un controllo effettivo basato su altri elementi.

Un espresso obbligo di consultazione dei sistemi di referenza creditizia si rinveniva nella proposta di direttiva “relativa all’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori”¹⁵⁸, non approvata, il cui art. 8, prevedeva che “i creditori devono consultare la banca dati centralizzata prima di ogni assunzione d’impegno da parte del consumatore o del fideiussore”.

Per quanto riguarda le notizie ottenute dal richiedente il credito, si pone, poi, il problema della loro veridicità, che chiama in causa l’apprezzamento sulla condotta di un soggetto che pur di accedere al prestito potrebbe essere disposto a fornire al finanziatore informazioni false circa la sua condizione economica.

Tale aspetto sarà esaminato in seguito; ci si limita qui a sottolineare che in simili ipotesi non viene in rilievo la responsabilità del finanziatore che eroga il prestito (o

¹⁵⁶ Così la decisione n. 300 del Collegio di Roma del 02.02.2012.

¹⁵⁷ Cfr De Poli, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 48; *Id.*, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss.

¹⁵⁸ COM(2002) 443 def. — 2002/0222(COD), cit.

almeno non esclusivamente), concentrandosi piuttosto l'attenzione sulla condotta fraudolenta del consumatore; in ogni caso, siffatta circostanza non fa altro che confermare la duplice valenza del principio del prestito responsabile, che non si esaurisce nel c.d. *responsible lending*, assumendo rilevanza pure sotto il profilo del c.d. *responsible borrowing*¹⁵⁹.

La disponibilità del finanziatore nel concedere il credito, dunque, si intreccia con la decisione del consumatore di indebitarsi, dando luogo ad una fattispecie – che specialmente per quanto concerne i risvolti patologici – si presenta densa di aspetti problematici, a fronte dei quali, il quadro normativo di riferimento risulta inadeguato. Il legislatore del Testo unico bancario – deludendo le aspettative di gran parte della dottrina – non ha contemplato la possibilità che il finanziatore disattenda l'obbligo di verifica del merito creditizio, atteso che l'art. 124 *bis* Tub non compare nemmeno tra le disposizioni cui si fa riferimento a proposito delle sanzioni pubblicistiche che presidiano l'attività creditizia.

Analoghe considerazioni valgono ove si abbia riguardo alle regole attuative della disciplina in commento, emanate dapprima con il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 03.02.2011, finalizzato a “promuovere la trasparenza e l'efficienza del mercato del credito ai consumatori, la diffusione di pratiche responsabili nella concessione del credito ed assicurare un elevato grado di tutela dei consumatori”; e poi con il provvedimento del 09.02.2011 della Banca d'Italia integrativo delle istruzioni del 2009 su “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”.

Neanche qui viene data alcuna indicazione sul tipo di responsabilità da attribuire al finanziatore che concede credito in maniera irresponsabile. L'unica indagine che rimane possibile è quella da condurre in via interpretativa.

Tali fonti secondarie, in conformità al dettato della direttiva, configurano espressamente l'attività di verifica del merito creditizio come un obbligo, allineandosi sotto questo profilo all'opinione della dottrina più avveduta¹⁶⁰.

Invero, a tale ricostruzione se ne aggiungono altre; c'è chi discorre di “generici doveri di consulenza”¹⁶¹ inidonei a far fronte alle problematiche ad essi sottese, e, chi, al fine

¹⁵⁹ Vedi Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, Responsabilità civile e previdenza, 2011, 4, 761; Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit, 221.

¹⁶⁰ Così Modica, *La concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 492 ss.

di chiarire la portata e la natura della valutazione di cui ci si occupa, ritiene opportuno¹⁶² mettere l'art. 124 *bis* Tub in relazione con quanto previsto in ordine alla consultazione delle banche dati.

Si parla poi di atto discrezionale, ma non al punto da giustificare scelte immotivate, o, in termini non del tutto chiari – almeno sulla base del testo della legge, nonché delle disposizioni attuative –, di severa analisi dell'affidabilità¹⁶³ di chi voglia ottenere un prestito.

In ogni caso, la posizione che appare preferibile è quella che considera la verifica del merito creditizio come un obbligo, sebbene in termini diversi si sia espresso l'Arbitro Bancario Finanziario¹⁶⁴, che ha parlato di diritto dell'intermediario di effettuare una rigorosa valutazione del merito creditizio del cliente¹⁶⁵ e, analogamente, della verifica sulla solvibilità come "prerogativa dell'istituto erogante"¹⁶⁶.

Resta da chiarire l'esatta natura di siffatto obbligo, cosa che ci si accingerà a fare subito dopo aver completato la veloce indagine sul disposto dell'art. 124 *bis*.

Qualche perplessità, sul piano interpretativo, suscita poi il comma II dell'art. 124 *bis*, che, al pari della direttiva, con una previsione che appare alquanto singolare, dispone "se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito"¹⁶⁷.

Nessuna indicazione si rinviene sui criteri a mezzo dei quali individuare la soglia al di sopra della quale l'aumento deve ritenersi significativo; inoltre, ipotizzando la situazione di un consumatore che ha contratto più debiti con diversi creditori, qualora per ciascun credito gli vengano accordati aumenti non significativi, secondo

¹⁶¹ Così Carriero, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, cit, 47.

¹⁶² In questo senso De Poli, *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss; *Id.*, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 33 ss.

¹⁶³ In questo senso, Mazzeo, *La verifica del merito creditizio*, *Obbligazioni e contratti*, 2010, 12, 860 ss.

¹⁶⁴ Vedi, *ex multis*, Collegio di Roma, decisione n. 289 del 14.01.2013.

¹⁶⁵ In questi termini la relazione dell'Area vigilanza bancaria e finanziaria – Servizio rapporti esterni e affari generali – Divisione rapporti tra intermediari e clienti, sui principi e raccomandazioni contenute nelle decisioni dell'Abf, consultabile sul sito www.arbitrobancariofinanziario.it.

¹⁶⁶ *Ex multis* Collegio di Roma, decisione n. 2159 del 14.10.2011.

¹⁶⁷ Cfr De Chiara, *Verifica del merito creditizio*, cit, 1869 ss.

la norma non sarebbe necessaria una nuova valutazione del merito di credito, potendo ciò a lungo andare determinare un irreversibile indebitamento.

È opportuno, allora, interpretare la disposizione in modo da ritenere doveroso procedere ogni volta ad una nuova valutazione del merito creditizio, sulla base dei dati aggiornati relativi al consumatore.

2. L'incerta classificazione dell'art. 124 bis tra le regole (prudenziali) cui sono tenuti gli operatori bancari

Come si è accennato, l'art. 124 bis Tub sembra trovare *prima facie* la sua naturale collocazione nell'ambito delle norme che disciplinano l'attività bancaria.

Essendo per molti versi peculiare, e caratterizzandosi per numerosi profili di rischio che possono avere riflessi sul sistema economico (anche globale), l'attività creditizia richiede uno standard di diligenza superiore rispetto a quello che informa l'attività contrattuale nella sua forma più semplice – ossia tra privati che agiscono in condizioni di “parità” – e, di conseguenza, oltre ad essere soggetta alla vigilanza di appositi soggetti, deve svolgersi nel rispetto di principi specifici.

Dunque, entrano in gioco regole ulteriori rispetto alla buona fede che governa ogni rapporto contrattuale, nonché alla diligenza sottesa ad ogni rapporto di natura obbligatoria.

L'art. 5 Tub, invero, dispone che nell'esercitare i poteri di vigilanza ad esse attribuiti, le autorità creditizie hanno riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati¹⁶⁸, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia (principi richiamati, confermati ed attuati dalle disposizioni emanate dagli organi di vigilanza); ad esse si affiancano regole quali l'adeguatezza patrimoniale e il contenimento del

¹⁶⁸ Cfr. Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, Banca borsa titoli di credito, I, 2001, 265 ss, secondo il quale “il parametro della sana e prudente gestione costituisce, pertanto, una clausola generale fonte diretta di doveri di comportamento che si affianca alla clausola generale di buona fede la quale governa ogni rapporto obbligatorio”.

rischio, di cui agli artt. 53, 67, 108, 109, e 114 *quaterdecies* Tub¹⁶⁹, che altro non sono che una specificazione dei principi enunciati dall'art. 5.

Tra quelli appena menzionati il principio di sana e prudente gestione viene comunemente identificato come il pilastro, la regola cardine dell'intero ordinamento bancario, che racchiude in sé gli obiettivi di stabilità, efficienza e competitività del sistema finanziario, al punto di condizionare la concessione dell'autorizzazione da parte della Banca d'Italia (art. 14 Tub)¹⁷⁰.

L'attività bancaria – che secondo l'art. 10 Tub consiste nella raccolta del risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito – deve svolgersi nell'osservanza di tali regole, in modo da garantire l'equilibrio del mercato, prevenendo un'esagerata esposizione debitoria degli stessi operatori di settore, che, oltre a determinarne l'esclusione dal medesimo, hanno pesanti ripercussioni sul sistema complessivamente considerato.

La puntualizzazione delle regole che devono essere osservate nell'esercizio dell'attività bancaria è contenuta nelle “Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche” di cui alla circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 della Banca d'Italia (da ultimo aggiornata il 29 maggio 2012).

Esse definiscono i criteri ed i metodi per determinare il patrimonio prudenziale di ciascun soggetto operante nel mercato bancario (e finanziario), cioè i requisiti patrimoniali da rispettare al fine di fronteggiare i diversi profili di rischio cui sono esposte¹⁷¹, prescrivendo che tali dati siano oggetto di informativa nei confronti del pubblico.

Si deve ritenere, comunque, che le esposizioni creditizie al dettaglio, tra le quali rientra il prestito al consumo, rappresentano una piccola parte della complessiva esposizione delle banche¹⁷².

¹⁶⁹ Dal 2014 saranno applicabili i principi di Basilea III; con tale espressione si fa riferimento ad un insieme di regole predisposte dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, volte a rendere più solido il sistema bancario dopo la crisi del 2007.

¹⁷⁰ La sana e prudente gestione innerva l'intera disciplina del Testo unico bancario, essendo un parametro da rispettare in tutte le operazioni poste in essere dalle banche, sia al momento del loro ingresso nel sistema (art. 14) che in generale nello svolgimento della propria attività (cfr artt. 56, in materia di modificazioni statutarie, 57, su fusioni e scissioni, 61 sulle capogruppo).

¹⁷¹ Tra questi il rischio di credito, il rischio di mercato, il rischio di controparte, il rischio operativo (cfr le Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche di cui alla circolare n. 263 del 2006, Cap. I, titolo I, sez. II, 16, consultabili sul sito www.bancaditalia.it).

¹⁷² Cfr le Nuove istruzioni di vigilanza prudenziale per le banche di cui alla circolare n. 263 del 2006, Cap. I, titolo I, sez. II, 59, cit.

Al fine di valutare la diligenza (qualificata) di un operatore del mercato creditizio, quindi, dovrà aversi riguardo al rispetto di tali regole, tra le quali può annoverarsi anche la trasparenza, che, come si vedrà – oltre a venire in rilievo nell’ambito dei rapporti contrattuali con i clienti – assume altresì una valenza più marcatamente “pubblicistica”, nelle vesti di principio generale e di canone di comportamento, assurgendo a direttiva ordinante del mercato.

Si parla in tali casi di informazione-comunicazione, espressione riferita a quei doveri di disclosure che “accompagnano la presenza dell’impresa (nel nostro caso bancaria) sul mercato nell’ambito del più ampio raggio dei controlli esercitati dalle autorità di vigilanza”¹⁷³. Tale “tipo” di informazione viene in rilievo sul piano dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria e la sua violazione non produce conseguenze nella singola vicenda contrattuale.

Proprio per saggiarne la rispondenza ai principi enunciati, l’attività bancaria è soggetta ad un penetrante controllo da parte degli organi di vigilanza¹⁷⁴, controllo che viene attuato già nella fase antecedente all’ingresso nel mercato e che si sostanzia, qualora sia positivamente superato, nella concessione della relativa autorizzazione, ma che non viene meno durante il corso della “vita” del soggetto¹⁷⁵.

Tra le regole volte ad assicurare la sana e prudente gestione bancaria potrebbe ascrivere, in linea con la ratio dell’intera direttiva – che abbiamo visto risiede nell’art.

¹⁷³ Cfr Alessi, *I doveri di informazione*, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo, Mazzamuto, Giuffrè, 2007, 397.

¹⁷⁴ Per motivi di completezza, si segnala che è stata emanata la nuova direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 "sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE".

¹⁷⁵ Deputati alla c.d. attività di controllo nel nostro ordinamento – senza contare le autorità europee – sono, il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio e la Banca d’Italia; tali autorità devono agire in conformità delle direttive del Ministero dell’economia e delle finanze e, talvolta, collaborano con altre autorità di settore quali la Consob, la Covip e l’Isvap, “al fine di agevolare le rispettive funzioni” (cfr art. 7, co. V, Tub).

In particolare, esse si occupano della vigilanza, nelle tre forme della vigilanza informativa, regolamentare ed ispettiva, che consistono rispettivamente nell’invio periodico di segnalazioni e altri dati alla Banca d’Italia (art. 51 Tub), nell’emanazione da parte di quest’ultima degli standard ai quali le banche devono uniformarsi [ai sensi dell’art. 53 Tub, “la Banca d’Italia, in conformità delle deliberazioni del Cicr, emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: a) l’adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni; c) le partecipazioni detenibili; d) il governo societario, l’organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione; d) *bis*) l’informativa da rendere al pubblico sulle materie di cui alle lettere da a) a d)"] e nella possibilità per la medesima autorità di effettuare ispezioni e chiedere l’esibizione di documenti.

L’art. 59 Tub prescrive che l’attività di vigilanza deve svolgersi altresì su base consolidata; di ciò si occupa l’intero capo II del titolo III Tub.

95 del Trattato istitutivo (oggi art. 114 TFUE) – l’art. 124 *bis* Tub sulla verifica del merito creditizio, come norma volta specificamente al contenimento del rischio di credito e, quindi, a salvaguardare l’adeguatezza patrimoniale degli operatori bancari, parametri il cui rispetto garantisce la solidità del mercato del credito.

In sostanza, il fondamento giuridico dell’obbligo di verifica del merito finanziario coinciderebbe con la tutela del mercato creditizio: concedendo prestiti a chi è in grado di restituirli, si garantirebbe una corretta allocazione del denaro bancario.

Tale prospettiva sembra trovare conferma nel dato normativo, sia a livello europeo che interno.

Invero, si è visto come l’intera parte introduttiva della direttiva sia infarcita di continui richiami al mercato e alla sua stabilità, ma tra questi uno in particolare sembrerebbe essere decisivo.

Ci si riferisce al considerando 26, nel quale si afferma che “fatte salve le disposizioni relative al rischio di credito della direttiva 2006/48/Ce del Parlamento europeo [...], i creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori”.

Tale esplicito riferimento del legislatore europeo al rischio di credito sembrerebbe sollecitare un inquadramento della verifica del merito di credito nell’ambito delle c.d. regole prudenziali.

Tuttavia, è facile notare come il richiamo non vada inteso in tal senso, per lo meno non in modo esclusivo. Facendo salve le norme sul contenimento del rischio di credito, la direttiva sembra in realtà delineare il quadro normativo nel quale si inserisce la disciplina sul credito ai consumatori, da leggere alla luce del principio del prestito responsabile; ma si tratta di una cornice generale che lascia impregiudicata la verifica della rilevanza e degli effetti che la vera e propria attività di valutazione può avere sulla *singola* vicenda contrattuale tra consumatore e finanziatore.

Simili considerazioni possono farsi con riguardo all’art. 6 del Decreto del Ministero dell’economia e delle finanze del 03.02.11 (sopra richiamato), secondo il quale, “al fine di evitare comportamenti non prudenti e assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito, i finanziatori assolvono all’obbligo di verificare il merito creditizio del consumatore, previsto dall’art. 124 *bis* Tub, applicando le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati

dagli articoli 53, 67, 108, 109 e 114 *quaterdecies* Tub e dalle relative disposizioni di attuazione”.

Anche in questo caso il richiamo è alle disposizioni che si occupano della vigilanza prudenziale. Ma già guardando alle finalità del decreto in questione, si può osservare come quelle di matrice più propriamente “pubblicistica” vadano coniugate se non specificate di volta in volta con finalità di stampo anche privatistico, tra le quali l’attuazione di una politica rivolta a tutelare i consumatori da un eccessivo indebitamento.

Infatti nella fonte *sub* legislativa non si parla solo di promuovere la trasparenza e l’efficienza del mercato del credito ai consumatori, ma ad esse si affianca la diffusione di pratiche responsabili nella concessione del credito nonché l’obiettivo di assicurare un elevato grado di tutela dei consumatori.

Di certo, l’art. 124 *bis* Tub, in quanto disposizione rivolta alle banche e agli altri intermediari finanziari autorizzati ai quali è riservato l’esercizio del credito (artt. 10, 106 e 121 Tub), rinviene il proprio fondamento nell’ambito di quelle disposizioni che, attraverso il contenimento del rischio (di credito), sono volte a tutelare la solidità patrimoniale di tali soggetti, evitando che essi si trovino in una situazione di eccessiva esposizione creditoria¹⁷⁶, che oltre ad incidere sull’efficienza e sulla stabilità dell’intero sistema economico e finanziario, può avere riflessi sulla generalità dei risparmiatori. Tra l’altro, percorrendo tale strada risulterebbe più agevole la soluzione in ordine alle conseguenze da ascrivere alla violazione dell’obbligo di verifica del merito di credito, che sarebbe sanzionabile sul piano pubblicistico.

Ma tali considerazioni non escludono che, guardando al singolo rapporto di credito, la diligenza “qualificata” richiesta a chi eroga la somma spieghi i suoi effetti sul versante più squisitamente privatistico, abbracciando il principio del prestito responsabile nella sua dimensione concreta.

È necessario, pertanto, adottare una chiave di lettura che consenta di andare oltre la stabilità del sistema bancario, ravvisando nella verifica del merito creditizio un

¹⁷⁶ L’art. 6 del Decreto del Ministero dell’economia e delle finanze mette in relazione la valutazione del merito creditizio con la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, richiamando gli artt. 53, 67, 108, 109 e 114 *quaterdecies* Tub, tutte norme nelle quali figurano elementi quali l’adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio (anche di credito) e i sistemi per la sua rilevazione.

meccanismo volto a selezionare le richieste di credito, (anche) al fine di tutelare il medesimo soggetto finanziato¹⁷⁷.

La centralità assunta dal rispetto delle regole pubblicistiche, volte a salvaguardare l'equilibrio del sistema, nell'esercizio della funzione bancaria, si intreccia con il ruolo altrettanto significativo che in tale settore assume il rapporto con il cliente.

Testimonianza di ciò si ravvisa nelle istruzioni emanate, nell'esercizio della vigilanza regolamentare, dalla Banca d'Italia il 10 luglio del 2007, e dedicate alla "funzione di conformità (*compliance*)"¹⁷⁸, che assurge ad autonoma attività interna delle banche, da affiancare, tra le altre, a quelle di revisione, di controllo del rischio operativo, alla funzione legale¹⁷⁹.

Interessanti sono le enunciazioni per così dire di principio che vengono fatte nella premessa al testo regolamentare; qui quella bancaria viene considerata alla stregua di un'attività "fondata per sua natura sulla fiducia", nella quale il rispetto delle regole e la correttezza negli affari rappresentano elementi centrali; subito dopo, insieme a "valori" quali l'onestà e la correttezza, si pone l'accento sul "rispetto non solo della lettera ma anche dello spirito delle norme".

Ed in effetti questo è l'obiettivo; singolare risulta però la tecnica operativa che, rimettendo integralmente le scelte relative al rischio di conformità ad organi interni, fa sì che si tratti di decisioni difficilmente sindacabili, inserite a pieno titolo nelle *policies* aziendali, salvo ricorrere a più sfuggenti categorie civilistiche come la diligenza o la responsabilità, delle quali, tuttavia, non vi è traccia nelle nove pagine regolamentari in materia di *compliance*¹⁸⁰.

A tale proposito, è opportuno rilevare che si è prospettata una qualificazione dell'art. 124 *bis* come norma "interna" (organizzativa), rivolta soltanto al finanziatore; tale ricostruzione non convince, né ove si abbia riguardo all'attività in senso stretto (richiesta di informazioni, consultazione della banca dati), che comunque "si

¹⁷⁷ In questo senso anche Modica, *Concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 494. Vedi pure Simionato, *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/Ce*, Rivista di diritto bancario (on line), giugno 2010.

¹⁷⁸ Consultabili sul sito www.bancaditalia.it.

¹⁷⁹ Cfr Dolmetta, *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, Banca borsa titoli di credito, 2012, 2, 125 ss, che ha definito la *compliance* come quella attività, funzione "volta a sistemare in via preventiva il rischio di comportamenti dell'impresa non conformi alle norme". Si tratta dell'organizzazione di un sistema idoneo a calcolare e prevenire i rischi derivanti dall'inosservanza di previsioni normative, di legge o regolamentari, che deve essere presente in ciascuna impresa bancaria, in modo da salvaguardarne la reputazione ed i rapporti di fiducia con i clienti.

¹⁸⁰ In questo senso Dolmetta, *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, cit, 125 ss.

manifesta all'esterno", avendo implicazioni anche nei confronti dei terzi (vedi ad esempio l'art. 125 Tub che impone al finanziatore di effettuare delle comunicazioni relative alle segnalazioni o alle banche dati consultate in caso di rifiuto del credito), né in punto di sanzioni (la disposizione non viene nemmeno menzionata tra quelle la cui violazione importa l'irrogazione di sanzioni amministrative, ai sensi dell'art. 144 Tub)¹⁸¹.

D'altra parte, la normativa di settore bancaria non si caratterizza soltanto per la presenza di regole interne – nel senso di norme organizzative –, pur rivolte, per così dire, all'esterno, cioè poste a presidio del mercato; essa presenta altresì tutta una serie di previsioni che regolano l'attività negoziale. Anche sotto tale versante viene in rilievo la diligenza professionale, nonché la trasparenza, la cui valenza non si esaurisce sul terreno esclusivamente pubblicistico.

Di essa, in particolare, si occupa il titolo VI del Testo unico bancario, intitolato appunto alla "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti"¹⁸²; non può essere un caso che il capo II di tale titolo è la *sedes materiae* delle nuove norme sul credito ai consumatori¹⁸³.

Tra gli aspetti presi in considerazione dalle norme del capo I del titolo VI, dedicato a "operazioni e servizi bancari e finanziari", vengono in rilievo la pubblicità (art. 116) che deve contenere una serie di elementi specifici¹⁸⁴; i contratti (art. 117), che vengono disciplinati sia con riguardo alla forma che con riguardo al contenuto¹⁸⁵; i

¹⁸¹ Secondo parte della dottrina, la violazione di norme interne (tipiche della prassi bancaria) non potrebbe avere ripercussioni in termini di invalidità né di responsabilità civile del soggetto bancario. Cfr Gaggero, *Responsabilità della banca*, Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile, quarta edizione, 1998, vol. XVII, 238 ss (che rinvia, tra gli altri, a Salanitro, *Le banche e i contratti bancari*, Tratt. Vassalli, VIII, 3, Torino, 1988); Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 239.

¹⁸² L'attuale disciplina in materia di "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti", mette insieme le disposizioni che già prima della stessa emanazione del medesimo d.lgs. n. 385/1993 erano contenute nella l. n. 154/1992, su "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", nonché – con connotazioni in qualche modo più specifiche – nella l. n. 142/1992, in materia di credito al consumo.

¹⁸³ In seguito al d.lgs. n. 141 del 2010, tali previsioni non sono più automaticamente applicabili ai contratti di credito ai consumatori, essendo il rinvio alle suddette consentito solo nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 115, co. III, Tub).

¹⁸⁴ In particolare l'art. 116 prevede che "le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi". Dopo aver prescritto regole peculiari le operazioni di finanziamento (non al consumo) e per i titoli di stato, al III comma si rimette al Cicc l'individuazione dei servizi da sottoporre a pubblicità, nonché le specifiche modalità con le quali essa deve essere effettuata.

¹⁸⁵ Con riferimento alla forma, l'art. 117 prescrive che essa sia scritta a pena di nullità e che un esemplare del contratto venga consegnato al cliente. Tra i dati che devono risultare dal contratto vi

presupposti (tassativi) sussistendo i quali può aver luogo la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (art. 118)¹⁸⁶; nonché le comunicazioni periodiche alla clientela sullo svolgimento del rapporto (art. 119)¹⁸⁷: tutte previsioni riconducibili al concetto di trasparenza che, dunque, informa la contrattazione bancaria dal momento della pubblicità alla fase esecutiva del contratto.

Ma al di là del dato normativo – nel quale il principio di trasparenza non viene mai enunciato esplicitamente, se non come abbiamo visto nell'intitolazione del titolo VI e poi timidamente richiamato all'art. 127 Tub – bisognerebbe chiarire cosa deve intendersi per trasparenza.

Tale espressione sembra riconducibile al diritto dei clienti (della banca) di essere informati, di conoscere in anticipo le condizioni contrattuali, nonché altri profili del

sono il tasso di interesse, ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito (non ai consumatori), gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. Si prevede poi la nullità delle clausole apposte in violazione del divieto di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo o condizione praticati sul mercato (che si considerano non apposte). Massima espressione del principio di trasparenza è di certo il comma 7 che prevede nel caso di inosservanza degli elementi da indicare nel contratto, nonché nell'ipotesi di violazione del divieto di rinvio agli usi la sostituzione automatica delle clausole nulle o difformi; in particolare le clausole relative al tasso di interesse dovranno indicare il tasso nominale minimo (per le operazioni attive) e quello massimo (per le operazioni passive) dei buoni ordinari del tesoro annuali o titoli similari emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli, quelli emessi nei dodici mesi precedenti allo svolgimento dell'operazione. Gli altri elementi faranno riferimento a prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio reso; in mancanza di pubblicità nulla sarà dovuto.

¹⁸⁶ In particolare, l'art. 118 Tub distingue il regime a seconda che si tratti di contratti a tempo indeterminato o di altri contratti di durata. Nel primo caso la facoltà di modifica unilaterale può riguardare i tassi, i prezzi e le altre condizioni contrattuali; essa, tuttavia, è subordinata ad una precedente clausola contrattuale approvata specificamente dal cliente, nonché alla sussistenza di un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata, invece, simili modifiche possono convenirsi – in presenza di un giustificato motivo – esclusivamente per le clausole non riguardanti i tassi di interesse. Il tratto della disciplina in questione nel quale il principio di trasparenza trova la massima espressione è quello concernente le modalità con le quali le modifiche contrattuali unilaterali devono essere comunicate; il comma II, prescrive a tal fine l'utilizzo in modo evidenziato della formula "Proposta di modifica unilaterale del contratto", da comunicare con un preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Ove quest'ultimo non receda dal contratto entro la data prevista per l'applicazione della modifica indicata, questa si intende accettata.

Le variazioni poste in essere senza l'osservanza delle suddette prescrizioni non sono efficaci, qualora sfavorevoli al cliente. Infine si prevede la possibilità che le modifiche dei tassi di interesse siano adottate in previsione o in conseguenza di scelte di politica monetaria che riguardino sia i tassi debitori che quelli creditori; in tal caso, esse dovranno essere applicate con modalità non pregiudizievoli per il cliente.

Le comunicazioni in questione sono gratuite (vedi art. 127 *bis* Tub).

¹⁸⁷ Il cliente ha diritto, ai sensi dell'art. 119 Tub, di ricevere alla scadenza del contratto e, in ogni caso, almeno una volta l'anno, una comunicazione chiara – su un supporto preventivamente accettato dallo stesso – sullo svolgimento del rapporto. In mancanza di opposizione scritta, ogni documentazione inviata dalla banca si intende approvata trascorsi sessanta giorni dal ricevimento della stessa da parte del cliente.

regolamento negoziale, i quali non potranno variare se non in presenza di precise condizioni previste *ex lege*.

Più in generale, la trasparenza è legata a doppio filo con l'informazione (specie quella precontrattuale), trovando in essa uno dei massimi momenti di espressione.

Ma nulla ci dice in proposito il capo I del titolo VI Tub, dove non vi è traccia delle informazioni precontrattuali, ma solo disposizioni sulla pubblicità, sui contratti e sulle modifiche delle condizioni contrattuali, nelle quali, comunque, in aderenza al *modus procedendi* del legislatore bancario non mancano le decisioni rimesse alla regolamentazione secondaria.

È stato affermato che la trasparenza assurgerebbe qui a “tecnica di negoziazione, [...] garanzia di correttezza e lealtà”¹⁸⁸.

Nell'attività bancaria, il significato ormai consolidato fa riferimento sia ad un'informazione completa e veritiera, sia alla necessità di riequilibrio delle posizioni reciproche delle parti. Le disposizioni della Banca d'Italia sulla “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” rappresentano un chiaro segnale della necessità di elevare lo standard di trasparenza nel settore bancario, prevedendo, pure in questo caso, che gli operatori si dotino di strutture e procedure interne che garantiscano il rispetto della normativa di riferimento (*compliance*)¹⁸⁹.

La trasparenza ha un ruolo centrale anche nella disciplina dei contratti del consumatore; qui viene in rilievo sia nella pubblicità, che nella fase precontrattuale, permeando anche il regolamento negoziale; dunque, quello di credito ai consumatori sarebbe un contratto nel quale il canone della trasparenza risulta in qualche misura potenziato, rispondendo, da un lato, alla necessità di neutralizzare l'asimmetria informativa (e non solo) tra il consumatore e la sua controparte (banca), dall'altro, al fine di rendere accessibile al primo la congerie di dati e di cifre che caratterizzano i contratti di finanziamento.

¹⁸⁸ Cfr Capobianco, Longobucco, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, Contratto e impresa, 2011, 4-5, 1142 ss. Sulla trasparenza vedi altresì Quadri, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2011, 91 ss.

¹⁸⁹ Si è affermato che le Istruzioni di Vigilanza del 2009 sulla trasparenza, successivamente integrate dal provvedimento del 2011 – che ha inserito la sezione VII dedicata al credito ai consumatori – citate nel testo, hanno riunito “in un unico *corpus* organico di norme la disciplina sulla trasparenza a tutela del <<consumatore bancario e/o finanziario>>, ovvero del cliente, secondo la dizione più ampia adottata dalla Banca d'Italia”, così Capobianco Longobucco, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancarie e finanziari*, cit, 1147.

Una volta escluso che la verifica del merito creditizio rientri (esclusivamente) nell'ambito di quelle norme di stampo "pubblicistico" rivolte agli operatori bancari al fine di garantire, attraverso la sana e prudente gestione dell'attività, l'equilibrio e l'efficienza del mercato, bisogna capire se essa possa essere ricompresa nell'ambito delle c.d. regole di trasparenza, che nella singola vicenda negoziale si presentano come obblighi di informazione precontrattuale.

Ma anche in questo caso la risposta sarà negativa, visto che, come si vedrà meglio dopo, l'indagine sulla solvibilità del cliente/consumatore rappresenta un momento distinto da quello informativo, che al più si pone in stretto contatto con quella peculiare variante dell'informazione contemplata al comma V dell'art. 124 Tub, la quale configura, come si vedrà, un vero e proprio servizio di assistenza.

Venendo alla questione della responsabilità derivante dalla violazione delle disposizioni che disciplinano l'attività bancaria, ancora una volta bisogna distinguere il profilo "pubblicistico" da quello privatistico.

Nel primo caso, le violazioni saranno sanzionabili dalle autorità di vigilanza secondo le previsioni contenute nel titolo VIII del Testo unico bancario; in particolare viene in rilievo l'art. 137 comma II che, tuttavia, riguarda una situazione specifica¹⁹⁰, non idonea a ricomprendere ogni ipotesi nella quale possa ravvisarsi l'inosservanza dell'art. 124 *bis* (peraltro non richiamato dalla suddetta disposizione).

Con riguardo al piano "privatistico", almeno per quanto concerne i "rimedi" applicabili, – che è quello che qui interessa –, abbiamo visto che la banca è tenuta all'osservanza di più stringenti canoni di correttezza e diligenza rispetto alle "normali" parti contrattuali, in aderenza alle numerose disposizioni del Testo unico bancario, nonché alle fonti secondarie, che fanno riferimento alla trasparenza, alla correttezza dei rapporti con la clientela, alla professionalità, proporzionalità e adeguatezza.

¹⁹⁰ Il comma II di tale disposizione punisce (con l'arresto o con l'ammenda) chi svolge funzioni di amministrazione o di direzione presso una banca o un intermediario finanziario, nonché i dipendenti di banche o intermediari finanziari, che al fine di concedere o far concedere credito ovvero di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso, consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido.

Tali condotte, tuttavia, non sono richiamate dall'art. 144, che al comma III prevede, inoltre, sanzioni amministrative pecuniarie per chi svolge funzioni di amministrazione o direzione, nonché per i dipendenti che non abbiano osservato gli artt. 123 (sulla pubblicità) e 124 (sull'informazione precontrattuale) Tub.

Sulla base di siffatti obblighi, che graverebbero sugli operatori del mercato bancario in forza del loro *status*, cioè di soggetti qualificati e in quanto tali legittimati allo svolgimento di determinate attività, si è elaborata la c.d. teoria degli “obblighi da *status*”¹⁹¹; secondo siffatta ricostruzione l’appartenenza della banca ad una categoria di soggetti che godono di una determinata posizione (differenziata) sarebbe fonte di obbligazioni ulteriori, la cui violazione si tradurrebbe in una responsabilità ai sensi dell’art. 1218 c.c..

Analogamente, ma facendo leva questa volta sulla funzione integrativa della buona fede, si è ritenuto che le banche sarebbero gravate dai c.d. “obblighi accessori di protezione”, tra cui quello di proteggere la sfera giuridica della controparte (cliente) anche nei termini di preservarne l’integrità patrimoniale.

Entrambe tali teorie saranno illustrate in seguito, quando ci si soffermerà sulle possibili soluzioni da adottare a fronte di una violazione dell’art. 124 *bis* Tub che si traduca nella concessione irresponsabile di credito.

3. Il *bonus argentarius* ed il contenimento del rischio di credito: il dibattito sulla concessione abusiva di credito alle imprese

Come si è accennato, la questione relativa alla verifica del merito creditizio, è tematica della quale ci si è occupati con riferimento al credito d’impresa e, in particolare, nell’indagine sulla responsabilità delle banche (rispetto ai terzi, nonché al patrimonio dell’impresa insolvente) che, erogando credito in modo poco accorto, contribuissero a tenere artificialmente in vita imprese decotte.

Le riflessioni elaborate in tema di concessione del credito alle imprese, se apparentemente potrebbero sembrare un valido supporto nell’analisi relativa alla disciplina del merito creditizio riferita al consumatore, vanno considerate in quello che è lo specifico contesto di riferimento, cioè l’esercizio dell’attività d’impresa, il quale va tenuto nettamente distinto, sotto più profili, dallo scopo di consumo che spinge i soggetti a richiedere un finanziamento.

¹⁹¹ Vedi Cass., sentenza n. 343 del 13.01.1993, su Banca borsa titoli di credito, 1994, parte II, 258 ss.

In primo luogo, bisogna tenere conto delle peculiarità che connotano l'attività di impresa, e che si riflettono anche nel "procedimento" di erogazione del credito, dove l'istruttoria volta a verificare la capacità di restituire le somme prese in prestito abbraccerà soprattutto valutazioni in ordine all'idoneità dei progetti e delle attività da finanziare¹⁹².

Inoltre, non può tacersi che molteplici sono i soggetti rispetto ai quali si riflettono i risultati (positivi o negativi) dell'esercizio di attività di impresa, soggetti che operano sul mercato e per i quali – in base a variabili dimensionali o ad eventuali patti di esclusiva – le conseguenze dell'insolvenza di un'impresa (cliente o fornitrice che sia) possono essere di portata consistente, determinando disastrosi "effetti a catena".

Il c.d. *bonus argentarius* è tenuto a rigide regole di comportamento nell'esercizio dell'erogazione del credito alle imprese.

Il rispetto di tali parametri in concreto è volto ad assicurare che le somme vengano messe a disposizione di soggetti meritevoli; in questo caso, però, il concetto di meritevolezza non attiene solo al profilo restitutorio, che verrà guardato attraverso il filtro dell'utilizzo dei fondi ricevuti.

Più precisamente la banca dovrà accertare, attraverso i piani ed i progetti presentati dall'imprenditore, se quest'ultimo sarà capace di "utilizzare con profitto i finanziamenti ricevuti"¹⁹³.

La verifica del merito creditizio non sarà basata soltanto su dati pregressi relativi alla situazione patrimoniale del richiedente, ma abbraccerà anche e soprattutto gli investimenti futuri alla realizzazione dei quali è mirata la domanda di credito.

Di certo, la banca è a conoscenza del fatto che l'impresa prestataria intrattenga una serie di rapporti contrattuali con soggetti terzi, i quali non potrebbero che risentire degli effetti delle vicende connesse ai contratti di credito.

Le ipotesi più frequenti nella prassi tanto da essere continuamente sottoposte all'attenzione di dottrina e giurisprudenza sono la concessione abusiva di credito e la rottura ingiustificata del credito.

¹⁹² Sul punto vedi Simionato, *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/Ce*, cit; Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit, 764.

¹⁹³ Così Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e il patrimonio del destinatario del credito*, *Le società*, 2007, 4, 465.

La prima fattispecie – che è quella che qui rileva – consiste nell'erogazione di somme di denaro a soggetti che non hanno una situazione patrimoniale tale da consentire la restituzione¹⁹⁴.

Ciò può anche avvenire attraverso modalità non proprio trasparenti (si è parlato di “fido irregolare”¹⁹⁵, con riferimento alle operazioni di finanziamento non sorrette dal normale iter di concessione del credito), e talvolta con la connivenza dei funzionari o dipendenti delle banche (per i quali, dunque, si pone un problema di responsabilità).

Tra l'altro, si è osservato anche come per la banca – il cui credito è nella totalità dei casi assistito da garanzie reali o personali – il recupero delle somme non restituite risulta più “agevole” di quanto non lo sia per i soggetti “terzi” che vengono in contatto con l'impresa insolvente (anche se bisogna tenere in considerazione l'art. 1956 c.c. sulla liberazione del fideiussore nel caso in cui chi concede credito sia a conoscenza delle precarie condizioni patrimoniali del debitore, nonché la circostanza che, una volta accertato il comportamento “fraudolento” di chi eroga il prestito, non sarà possibile, di fronte all'inadempimento del debitore, ricorrere ai rimedi generali di cui agli artt. 1186, 1460, e 1461 c.c.).

Due sono i profili – da tenere distinti – che vengono in rilievo, con riguardo alla responsabilità della banca, nel caso di concessione abusiva del credito all'impresa; uno attiene alla individuazione dei presupposti di una eventuale responsabilità per violazione della diligenza e delle regole che presiedono l'esercizio dell'impresa bancaria, in questo caso con specifico riguardo all'attività di concessione del credito, eventualmente sanzionabile, come abbiamo visto, ad opera delle autorità di vigilanza. Merita di essere ricordata al riguardo la pronuncia n. 343 del 1993¹⁹⁶, nella quale, la Corte di Cassazione, pur essendo la fattispecie concreta molto peculiare e non attenendo direttamente alla concessione dei prestiti¹⁹⁷, ribadisce – nell'ambito di argomentazioni più generali sulla responsabilità della banca – la centralità della correttezza nell'erogazione del credito.

¹⁹⁴ Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 266; *Id.*, *La concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 492 ss.

¹⁹⁵ Così Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit, 285.

¹⁹⁶ Cass., 13.01.1993, n. 343, su Banca borsa titoli di credito, 1994, parte II, 258 ss.

¹⁹⁷ Si trattava, in particolare di assegni che, sebbene privi di copertura, venivano girati all'incasso e sistematicamente trattenuti da una delle banche coinvolte in attesa di tardive affuenze di provvista, senza che di ciò venisse informata la banca girante, e soprattutto non procedendo al protesto ed alla chiusura del conto del traente.

In particolare, si afferma che “il *bonus argentarius* deve [...] in ossequio alle regole dell’ordinamento cui appartiene cercare di impedire con varie misure [...] un evento dannoso [...] probabile altresì prevedibile. La colpa extracontrattuale, dunque, in concreto sostanziandosi nell’omissione della gamma di cautele imposte alle aziende che esercitano il credito è costituita [...] nella violazione dei doveri gravanti sul soggetto <<banca>> a causa del proprio *status*”.

Tale pronuncia rappresenta la prima enunciazione giurisprudenziale della teoria dei c.d. obblighi da *status*, di cui si è fatto cenno, secondo la quale gli operatori bancari sarebbero gravati da obblighi ulteriori, in forza della loro condizione qualificata, dalla quale, appunto, discenderebbe – secondo il Giudice di Legittimità – l’imposizione di “comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, qualora la relazione logica fra le regole generali di condotta imposte ai soggetti di quel sistema e l’attività in concreto svolta dagli stessi, evidenzia quell’assenza di diligenza e di cautele in cui si sostanzia la *culpa in omittendo*”.

Secondo la Corte di Cassazione, simili considerazioni attengono alla “responsabilità che si collega alla parte pubblicistica della disciplina del credito, ed è una responsabilità extracontrattuale” (tuttavia non si esclude la possibilità che a questa si aggiunga una responsabilità contrattuale, qualora ne sussistano i presupposti).

Altro aspetto è quello della rintracciabilità di danni che possono derivare per così dire in concreto dalla concessione abusiva di credito.

La questione si è posta in particolar modo con riferimento ai danni cagionati dalla condotta per nulla prudente della banca ai terzi creditori dell’impresa insolvente.

In dottrina, a tale proposito, si è parlato di danno da ritardo nella dichiarazione di fallimento, di pregiudizio del credito ad opera di terzi.

La giurisprudenza, da parte sua, ha ritenuto ammissibile l’azione nei confronti della banca (secondo le regole della responsabilità extracontrattuale) da parte dei terzi creditori dell’impresa – nell’ambito dei quali poi si può distinguere tra creditori anteriori e posteriori al finanziamento incauto –¹⁹⁸.

In tal modo si riuscirebbe a far valere la responsabilità di chi ha erogato il credito, legittimando l’affidamento di tali soggetti nella solvibilità dell’impresa – in realtà non

¹⁹⁸ Sul punto vedi Falcone, *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2008, 72 ss (91).

più in grado di adempiere le proprie obbligazioni –, facendo sì che essi continuassero ad intrattenere relazioni negoziali con la medesima¹⁹⁹.

Ad ogni modo, è opportuno ricordare che il riconoscimento di tali responsabilità in capo all'impresa bancaria è il risultato di una lunga e complessa evoluzione giurisprudenziale (e dottrinale), che, sulla scia delle aperture verso il riconoscimento della lesione del diritto di credito ad opera di terzi, ha via via consentito l'applicazione di questo principio alla fattispecie di concessione abusiva del credito all'impresa, tutelando la posizione dei terzi che hanno fatto affidamento (incolpevole) sulla solidità patrimoniale dell'impresa.

Diversa ricostruzione del fenomeno, invece, si deve a coloro che hanno sostenuto la natura contrattuale della responsabilità in questione, inquadrando la fattispecie nel mancato rispetto di un obbligo di comportamento²⁰⁰, ricorrendo alla posizione della banca quale soggetto qualificato, facendo leva ora sulla teoria dei c.d. obblighi da *status* ora sugli obblighi di protezione gravanti sulla banca; in realtà tale soluzione è stata giustificata dal gravoso onere probatorio gravante sui terzi ai sensi dell'art. 2043 c.c., in modo da alleggerire le loro allegazioni probatorie nel giudizio risarcitorio.

Tale operazione ermeneutica suscita comunque delle perplessità, anche in considerazione del fatto che essa si fonda sulla generica imposizione alla banca di obblighi di protezione (non solo nei confronti del cliente ma pure) nei confronti dei terzi (creditori dell'impresa finanziata). Soggetti che in realtà non entrano in contatto con la banca e sono anzi solo futuri ed eventuali protagonisti della vicenda. Siffatta ricostruzione pretende invero di configurare quale titolo per una responsabilità contrattuale nei confronti di singoli creditori dell'impresa, una responsabilità da

¹⁹⁹ Vedi *ex multis* Cass. S.U., 28 marzo 2006, n. 7030, Il Corriere Giuridico, 2006, 5, 643, nella quale, tra l'altro, si esclude che l'azione possa essere esercitata, per conto dei creditori, da parte del curatore fallimentare, che rappresenta l'impresa nella procedura, e non la classe creditoria. Tale orientamento sembra da ultimo confermato da due pronunce di legittimità che, escludendo la legittimazione del curatore fallimentare all'azione ex art. 2043 c.c., implicitamente ammettono che la domanda sia proposta dai creditori "in proprio"; in questo senso Cass., 23.07.2010, n. 17284; Cass., 01.06.2010, n. 13413, entrambe su Il fallimento, 2011, 3, 305 ss.

Tra le pronunce di merito, Trib. Messina, 02.09.2008, su Nuova giurisprudenza civile commentata, 2009, parte I, 864; Trib. Monza, 14.02.2002, su Giurisprudenza civile, 2003, parte I, 56, [estratto], che attribuisce il diritto al risarcimento del danno pure ai soci; Trib. Foggia, 12.09.2000, su Diritto della banca e del mercato finanziario, 2002, 1, 260; Trib. Milano, 21.05.2001, su Diritto della banca e del mercato finanziario, 2002, 1, 265.

²⁰⁰ Cfr Anelli, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, Diritto della banca e del mercato finanziario, 1998, 1, 137 ss (145, nota 19).

status, e relativi obblighi di protezione in capo alla banca, che si manifestano semmai genericamente con riguardo al mercato e al comportamenti dei suoi attori.

Diverso profilo concerne la configurabilità di una qualche responsabilità della banca nei confronti dell'impresa alla quale ha concesso incautamente credito (poi fallita)²⁰¹.

Pur se in astratto la condotta della banca in tale ipotesi sembra un elemento determinante rispetto allo stato di insolvenza dell'impresa, non sempre nella pratica si è riusciti a dimostrare il nesso di causalità tra la incauta concessione del credito e l'incapacità dell'azienda prestataria di restituire le somme ricevute²⁰².

Ciò si è tradotto per l'imprenditore nel diniego della possibilità di far valere una responsabilità della banca presentandosi quale di soggetto danneggiato da un finanziamento "sbagliato"²⁰³.

Soprattutto in passato, molti studiosi si sono dimostrati poco inclini nell'ammettere la responsabilità della banca nel caso considerato; questa propensione ad attenuare la responsabilità delle imprese bancarie si giustificava con la natura pubblicistica degli interessi coinvolti, spesso sintetizzati nell'espressione "funzione bancaria"²⁰⁴.

Una lieve inversione di tendenza si ravvisa nella giurisprudenza più recente, che ha parlato, seppure in termini piuttosto generici, di pregiudizio (arrecato appunto dalla concessione di credito) rispetto al patrimonio dell'impresa decotta, avanzando timidamente l'ipotesi di una responsabilità contrattuale della banca, che, tuttavia non è stata affermata esplicitamente²⁰⁵.

²⁰¹ Vedi Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, seconda edizione, 100 ss, che parla in proposito di responsabilità contrattuale (come lesione del diritto di credito di questi, ma in una specifica forma che lo qualifica "con riferimento al rapporto obbligatorio del quale impedisca l'attuazione", 101). Cfr anche Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit, 462 ss, che ritiene configurabile un "danno alla integrità patrimoniale della impresa" (467).

²⁰² Sul punto cfr Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit, 462 ss.

²⁰³ Vedi Stanghellini, *Il credito <<irresponsabile>> alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, Le società, 2007, 4, 395 ss.

²⁰⁴ Cfr. Gaggero, *La responsabilità della banca*, cit, 238 ss, dove si parla di "penetrazione della funzione bancaria nei contratti conclusi dalle banche con i loro clienti" (256); ma nel medesimo scritto si dà poi conto delle trasformazioni che hanno interessato il sistema bancario italiano. Ciò chiaramente non fa venir meno la connotazione per certi versi "pubblicistica" dell'attività bancaria, ma di certo bisogna riconoscere che il sistema attuale si discosta notevolmente da quello esistente sotto il vigore della legge bancaria del 1936, dove la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito venivano espressamente qualificate come servizio pubblico (art. 1).

²⁰⁵ Cfr. Cass., 27.04.2004, n. 4112, su Massimario di Giustizia Civile 2004, dove però la questione non è stata affrontata poiché si trattava di un ricorso per regolamento di competenza; Trib. Messina, 02.09.2008, sopra cit.; nel commento di Puliatti, <<*Abusiva concessione di credito, bancarotta fraudolenta per distrazione e risarcimento dei danni*>>, si afferma che il danno contrattuale nei

Da ultimo, interessante una recente sentenza del Tribunale di Milano²⁰⁶ che dopo un'attenta valutazione delle circostanze del caso concreto e delle ricostruzioni dei fatti così come rappresentati dalle parti – le quali miravano anche a prospettare un'ipotesi di finanziamento fraudolento – nega ogni responsabilità della banca per abusiva concessione di credito.

Secondo il giudice, l'erogazione del prestito in questione era stata preceduta da un'"analitica valutazione del merito creditorio", compiuta con riguardo a tutte le società partecipanti al gruppo del quale faceva parte la diretta beneficiaria delle somme; in particolare "i funzionari addetti hanno attentamente valutato lo stato economico finanziario dell'intero gruppo e le prospettive industriali e commerciali specifiche [...], giungendo a una valutazione moderatamente positiva in termini di ripresa e prospettive future, valutazione che non può considerarsi contraddetta [...] dalla presa d'atto delle perdite di esercizio e delle necessità finanziarie della beneficiaria, considerato come tali aspetti di norma costituiscano uno stato tipico nei soggetti che si accingono a richiedere sul mercato un finanziamento".

Non v'è dubbio che la riflessione intorno alla "concessione abusiva di credito" si rivela assai interessante anche nella fattispecie di cui ci occupiamo. Non può però non rilevarsi come la concessione di credito, nel caso in cui sia destinataria un'impresa, rappresenta una fattispecie da tenere distinta da quella del prestito al consumo; più complessa, infatti, e sotto molti aspetti differente, è l'indagine sulla meritevolezza finanziaria dell'imprenditore; diverse sono le finalità che giustificano la richiesta di credito; diversi i soggetti con i quali la banca si confronta; diversi i rimedi; e diversa la stessa condotta della banca che può definirsi in contrasto con il principio del prestito responsabile.

Tra l'altro, come si è visto, le dinamiche nelle quali si esplica il finanziamento all'impresa non hanno consentito di riconoscere in modo univoco ed esplicito la sussistenza di una responsabilità della banca nei confronti dell'impresa decotta, e "l'abusività" della concessione del credito è stata presa in considerazione quale effetto

confronti dell'impresa non sarebbe una conseguenza immediata e diretta del finanziamento, bensì andrebbe valutato il comportamento degli amministratori della società nella gestione delle somme. Di contrario avviso, Cass., 09.10.2001, n. 12368, secondo cui non potrebbe configurarsi alcun danno per l'impresa che si avvantaggerebbe in oggi caso delle somme erogate. Vedi Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit, 462 ss.

²⁰⁶ Sentenza 29.01.2013, consultabile su www.ilcaso.it.

di un comportamento scorretto e poco diligente della banca particolarmente “dinanzi al mercato”, vale a dire per le conseguenze, in danno degli operatori economici, concretatesi nel far rimanere “artificialmente” in vita, accentuandone l’insolvenza, una impresa già in difficoltà.

Dunque, anche volendo trarre dei suggerimenti dalla figura della concessione di credito all’impresa, la strada non appare risolutiva ai fini della presente indagine, nella quale il primo interrogativo cui fornire risposta è proprio quello relativo al tipo di responsabilità cui dà luogo la condotta, di certo contraria alla diligenza professionale, della banca che elargisce credito a soggetti non meritevoli dal punto di vista finanziario, *nei confronti del finanziato*, innanzitutto.

Una notazione, tuttavia, va fatta subito.

Con riguardo al profilo della responsabilità ascrivibile alla banca nei confronti dei creditori dell’impresa fallita, sembrerebbe che esso non abbia alcuna rilevanza nell’ambito del credito ai consumatori. Ciò forse poteva sostenersi prima dell’emanazione della nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore di cui al d.l. n. 179/2012, convertito nella legge n. 221/2012, che, introducendo una visione per certi versi concorsuale della sofferenza patrimoniale del consumatore, può offrire degli spunti onde estendere la responsabilità della banca alle ipotesi di prestito al consumo e quindi nei confronti dei terzi creditori del consumatore indebitato. E su ciò si avrà modo di tornare²⁰⁷.

²⁰⁷ Per quanto riguarda l’altra fattispecie nella quale viene in considerazione la condotta tenuta dalla banca nei confronti dell’impresa, quella della rottura ingiustificata del credito, essa si configura in tutti quei casi in cui la banca senza un congruo preavviso interrompa l’erogazione del credito, ponendo in essere una condotta non sorretta da giusta causa ed in ogni caso contraria al principio di buona fede (sul punto cfr Anelli, *La responsabilità risarcitoria delle banche per gli illeciti commessi nell’erogazione del credito*, cit, 137 ss).

4. Verifica del merito creditizio e obblighi informativi del finanziatore, tra moduli *standard* e informazioni *personalizzate*

Come si è visto, la decisione di indebitarsi – così come quella del finanziatore professionale di concedere credito – si colloca al termine di un iter prenegoziale talvolta piuttosto complesso, nel corso del quale si assiste ad un vero e proprio scambio di informazioni, scambio che culmina nella “attività finale” – precedente alla conclusione del contratto – della verifica del merito di credito.

Di certo nella disciplina in commento è ravvisabile un diritto (del consumatore) all’informazione; e può ricostruirsi un obbligo generale di informazione come effetto della buona fede, la quale viene in rilievo anche come limite al comportamento sia del debitore che del creditore.

Tali diritti e obblighi il cui contenuto è appunto l’informazione sono un’importante manifestazione della regola di trasparenza che informa l’attività bancaria, intesa quest’ultima nel suo significato che fa riferimento sia ad un’informazione completa e veritiera sia alla necessità di riequilibrio delle posizioni delle parti.

Al fine di chiarire la portata precettiva dell’art. 124 *bis* Tub, è opportuno leggerlo in combinato disposto con le informazioni (obblighi) precontrattuali che connotano il contratto di credito ai consumatori, le quali, differenziandosi rispetto allo schema consumeristico tradizionale, vengono qui ad assumere, come si vedrà, carattere bilaterale.

Bisogna capire se la verifica del merito di credito possa essere compresa nell’ambito dell’informazione precontrattuale, ricorrendo, qualora si conceda credito a soggetti non in grado di restituire le somme, ai medesimi rimedi che si ritiene sanzionino la violazione delle norme sui doveri di informazione.

Chiaramente, l’indagine non prende in considerazione quella “fase” dell’informazione che, come abbiamo visto, regola la presenza dell’impresa sul mercato, bensì l’informazione precontrattuale²⁰⁸, che, a differenza della prima, si riversa tendenzialmente nel contenuto del regolamento contrattuale e che qui viene in rilievo come attività preliminare alla conclusione del contratto di credito.

²⁰⁸ Vedi Alessi, *I doveri di informazione*, cit, 394 ss.

La disposizione che ci interessa è l'art. 124 Tub rubricato "obblighi contrattuali"; essa, innovando rispetto al passato²⁰⁹ e ponendosi sulla scia della corrispondente previsione contenuta nel paragrafo 1 dell'art. 5 della direttiva, impone al finanziatore e all'intermediario di fornire al consumatore, "sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite" dal consumatore stesso, "prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito presenti sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto"²¹⁰.

Tali informazioni devono essere contenute in un supporto cartaceo o altro durevole, e il relativo obbligo, anche nella versione interna della disciplina, si considera adempiuto con la consegna del modulo relativo alle "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori".

Si tratta, dunque, come si è osservato in relazione alla disciplina europea, di un'informazione che presenta i caratteri dell'informazione standardizzata²¹¹, seriale, che avrà gli stessi contenuti per ciascun tipo di credito.

Invero, la circostanza che si faccia riferimento alle preferenze espresse ed alle informazioni fornite dal consumatore, potrebbe essere indice del fatto che sia ravvisabile già in tale fase un'informazione calibrata sulle esigenze del cliente/consumatore (ed in effetti talvolta ciò accade).

Una ricostruzione di questo tipo, può, d'altra parte non sembrare del tutto aderente al dato normativo, che è cristallino nell'affermare che "gli obblighi informativi si considerano assolti attraverso la consegna del modulo", e nello specificare che le preferenze e le notizie comunicate dal consumatore entrano in gioco *se del caso*.

Nel I comma, quindi, non sembrerebbe venire in rilievo quella che abbiamo sopra definito "bilateralità delle informazioni", se non in una forma piuttosto attenuata, nella quale il consumatore si limita ad indirizzare la controparte nella selezione del

²⁰⁹ Anche se la precedente disciplina di cui al Testo unico bancario non si occupava dell'informazione precontrattuale, numerosi oneri informativi in materia di concessione di credito erano previsti già nel Codice di comportamento del settore bancario e finanziario emanato dall'A.B.I. (Circolare A.B.I. Serie legale n. 6/1996 del 22 gennaio 1996).

²¹⁰ Vedi Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit. 218, secondo cui la funzione di tale informazione è, appunto, quella di pervenire alla formazione di un consenso consapevole.

²¹¹ Cfr Alessi, *Gli obblighi di informazione: tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme ed opzionale*, cit.

tipo di prodotto da illustrare, senza andare oltre nel comunicare dati e notizie che eventualmente possono soccorrere in una fase successiva. In realtà, tale attenuazione sembra venir meno – cedendo il passo ad una vera e propria personalizzazione – ove si guardi alle disposizioni attuative contenute nelle Istruzioni della Banca d'Italia relative alla “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, la cui sezione VII come si è detto, è dedicata al credito ai consumatori.

Qui infatti (paragrafo 4.2.1), si afferma che il documento contenente le “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori”, o altro equivalente, – la cui acquisizione da parte del consumatore deve essere attestata per iscritto o su altro supporto durevole – possono contenere alternativamente “le condizioni offerte alla generalità della clientela, se queste non sono personalizzabili” (lett. a) o, nei casi diversi da questi, “le condizioni offerte al singolo consumatore tenendo conto delle informazioni o delle preferenze specifiche eventualmente manifestate” (lett. b)²¹².

Dunque, deve ritenersi che in generale l'informazione di cui al I comma sia contenuta in un formulario, assumendo le vesti di un'informazione standardizzata a tutti gli effetti; tale uniformazione può venire meno nel caso in cui già in questa prima fase di “contatto” con il finanziatore il consumatore manifesti le proprie preferenze o, comunque, comunichi notizie che possano dare luogo ad una personalizzazione dell'informazione²¹³.

Simile interpretazione, tra l'altro, è confermata dal disposto del comma IV dell'art. 124, nel quale si contempla il diritto del consumatore ad ottenere una copia della bozza del contratto che potrebbe concludere. Quale eccezione a tale regola il legislatore ha previsto il caso nel quale il finanziatore (o l'intermediario) non intendano procedere alla conclusione del contratto, previsione che può giustificarsi solo qualora si ritenga che in alcuni casi, già dalla prima fase della negoziazione, possa venire in rilievo un'informazione che si connota per l'essere in qualche misura calibrata sul profilo del singolo cliente. Diversamente la possibilità di “rifiutare” la

²¹² Il formulario consegnato al consumatore sarà diverso a seconda che si tratti della generalità dei contratti di credito, di un'apertura di credito in conto corrente o di una dilazione di pagamento (disciplinate queste ultime al paragrafo 4.2.3 e alle quali non si applica la disciplina sull'assistenza di cui al comma V dell'art. 124 Tub, “specificata” al paragrafo 4.2.2.2 delle stesse Istruzioni).

²¹³ Sul punto vedi Cargniel, De Vellis, *Disciplina del credito ai consumatori: <<nuovi strumenti di trasparenza e forma dei contratti bancari>>*, Responsabilità civile e previdenza, 2012, 1, 312 ss, che distinguono solamente tra un'informazione personalizzata (in ogni caso) e un servizio di assistenza.

richiesta del consumatore di ottenere una copia della bozza del contratto, e la sottostante facoltà di non volerlo concludere, non avrebbero senso e non sarebbero legittime.

Di conseguenza, quelli che potrebbero essere identificati come i vantaggi di un'informazione predeterminata – che consente un risparmio di costi e di tempo, prevenendo secondo alcuni il c.d. *overloading* informativo, e al contempo, almeno sotto questo versante, la (imperfetta) armonizzazione massima, ai quali fa, in ogni caso, da contrappeso un notevole arretramento di tutela per il consumatore il cui unico “diritto” è quello di ricevere un modulo dal contenuto prestabilito – sono destinati a divenire delle variabili, che verrebbero meno ogni qual volta vi siano le condizioni per una “personalizzazione dell'informazione”.

Sebbene la disciplina, nella ricostruzione appena fornita, non appare molto coerente, essa consente, in tutti quei casi nei quali l'informazione divenga personalizzata sin dall'inizio, di superare le perplessità sottese alla standardizzazione dell'informazione. Dubbi sul punto, come si è visto, sono stati avanzati nella risoluzione del Parlamento europeo del 20 novembre 2012, nella quale si è preso atto della preoccupazione registrata negli Stati membri in ordine alla discussa inidoneità del modulo ad assicurare una effettiva informazione del consumatore²¹⁴.

Il legislatore italiano ha garantito, in linea con la previsione comunitaria, al cliente (consumatore) il diritto di ottenere gratuitamente una copia della bozza del contratto; probabilmente si è reso conto che questa può rappresentare una più efficace sintesi delle condizioni contrattuali alle quali – dopo aver passato con esiti positivi l'indagine sulla sua meritevolezza finanziaria – potrebbe decidere di vincolarsi.

Interessanti, sempre con riguardo alla disciplina contenuta nel I comma, le osservazioni fatte in dottrina sul momento nel quale deve avvenire la consegna del modulo²¹⁵. Ricalcando pedissequamente l'art. 5 della direttiva, il d.lgs. n. 385/1993 e la relativa normativa di fonte secondaria si limitano a parlare di un obbligo da

²¹⁴ In questi termini si esprime il paragrafo 7 del documento: “si prende atto delle preoccupazioni sollevate in alcuni Stati membri in merito alle modalità con cui le informazioni precontrattuali sono presentate ai consumatori attraverso il modulo <<Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori>>, la cui natura tecnica si ripercuote sulla capacità dei consumatori di capirlo efficacemente”.

²¹⁵ Cargniel, De Vellis, *Disciplina del credito ai consumatori: <<nuovi strumenti di trasparenza e forma dei contratti bancari>>*, cit, 312 ss.

assolvere prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da una proposta²¹⁶.

A tale proposito si è giustamente affermato che ove ci si chieda quando – rispetto al corso dell'intera istruttoria – si debba procedere alla consegna del modulo informativo, la risposta non potrà mai essere univoca, visto che “la scelta dipenderà necessariamente dalle realtà operative e dalle procedure organizzative adottate per la concessione di credito da ogni singolo istituto di credito”²¹⁷.

Oltre all'informazione base, rappresentata dal formulario europeo, l'art. 124 Tub – come del resto le corrispondenti disposizioni attuative²¹⁸ – contempla altresì la possibilità che il finanziatore o l'intermediario forniscano “qualsiasi informazione aggiuntiva in un documento distinto”.

A differenza che nella direttiva – dove il riferimento a informazioni che il creditore/intermediario desiderasse fornire ha portato a ritenere che tale iniziativa sia tendenzialmente rimessa allo stesso –, qui la previsione presenta un certo grado di indeterminatezza, potendo anche essere interpretata nel senso che le informazioni aggiuntive siano conseguenza di delucidazioni richieste dal consumatore in ordine al credito offerto²¹⁹.

Ma tale indeterminatezza svanisce ove si abbia riguardo alle disposizioni attuative emanate dalla Banca d'Italia, nelle quali si fa espressamente riferimento al caso in cui il finanziatore *intenda* fornire “informazioni aggiuntive sul contratto di credito”.

Quanto alla relazione tra le informazioni delle quali si è riferito – di certo espressione della trasparenza intesa come regola di negoziazione volta a tutelare la controparte, riducendo il gap informativo – e la valutazione del merito creditizio, non sembra che le due figure possano assimilarsi, consentendo di inquadrare l'attività prescritta dall'art. 124 *bis* nell'ambito degli obblighi precontrattuali che si sostanziano nella comunicazione di dati (predeterminati) al consumatore²²⁰.

²¹⁶ Che nelle Istruzioni di Vigilanza richiamate viene definita irrevocabile.

²¹⁷ In questo senso, Carigniel, De Vellis, opera da ultimo cit, 312 ss.

²¹⁸ Questa volta contenute non solo nelle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia richiamate, ma pure nel d. m. n. 117 del 2011, che, con riguardo alle disposizioni di cui al I comma dell'art. 124 Tub, rinvia alle disposizioni attuative della Banca d'Italia.

²¹⁹ Vedi Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit, 785 ss, che – con riferimento alla disciplina contenuta nella direttiva – mette in evidenza la circostanza che le informazioni “ulteriori” rispetto al modulo europeo di base relativo al credito al consumo rappresentano un passaggio meramente eventuale nel quadro della fase precontrattuale.

²²⁰ Cfr Larocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, cit, 247.

Anche se potrebbe obiettarsi che la facoltà – di cui si è detto – del finanziatore (o dell'intermediario) di scegliere, già da tale momento, di non concludere il contratto abbia a che fare con l'indagine sulla meritevolezza finanziaria della controparte.

Ma così non è, atteso che nelle previsioni qui considerate non si fa nessun riferimento espresso alla situazione economica del consumatore, venendo in rilievo esclusivamente (se del caso) le informazioni o le preferenze dallo stesso manifestate; elementi che vanno intesi come riferiti alle sue esigenze e al tipo di contratto che intende concludere, e che difficilmente sembrano riconducibili alla sua condizione finanziaria. Tale ricostruzione, tra l'altro, appare confermata dalle disposizioni attuative che escludono il diritto ad ottenere la copia della bozza del contratto "ove il finanziatore, al momento della richiesta, abbia già comunicato al consumatore la propria intenzione di rifiutare la domanda di credito", collocando la scelta del prestatore di non concludere il contratto in un momento ancora precedente.

Inoltre, una simile considerazione non può giustificare l'assimilazione della verifica del merito creditizio alla prestazione delle informazioni precontrattuali disciplinate nei commi I, II, e III dell'art. 124 Tub, che, almeno nella maggior parte delle ipotesi, finirà per coincidere con la consegna del formulario europeo.

Tra l'altro, come si è detto, diversi sono, oltre alla *ratio* delle due previsioni, i destinatari della disciplina, che in un caso (art. 124) è rivolta sia al finanziatore che all'intermediario, mentre nell'altro (art. 124 *bis*) chiama in causa solamente il primo.

L'obbligo di comunicare al potenziale cliente la congerie di dati dei quali si è detto mira prevalentemente a neutralizzare l'asimmetria informativa ed a consentirgli di prendere una decisione informata e consapevole in ordine al contratto che andrà a concludere.

La finalità dell'accertamento sulla meritevolezza finanziaria – in aderenza al principio del *responsible lending* – invece, è quella di saggiare la rispondenza del prodotto offerto al profilo del singolo cliente, di valutare la sua capacità restitutoria in modo da evitare il rischio di mancata "riconsegna" delle somme; per questo, come si vedrà, esso appare strettamente connesso all'"informazione-assistenza" di cui si occupa il comma V dell'art. 124 Tub.

Dalla conclusione prospettata, che non riconduce la verifica del merito creditizio all'ambito e alla fase della mera prestazione delle informazioni precontrattuali,

conseguire l'impossibilità di applicare alla violazione dell'art. 124 *bis* i rimedi che operano in caso di inosservanza degli obblighi informativi²²¹.

Al riguardo è opportuno precisare che, nel silenzio del legislatore, si pone (anche qui) il problema dei rimedi conseguenti alla violazione delle prescrizioni sull'informazione precontrattuale "in senso stretto".

Due sono le strade percorribili; quella per così dire "classica" della responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c. (applicabile anche nel caso di una condotta contraria a buona fede senza che il difetto di informazione riguardi cause di invalidità ai sensi del 1338 c.c.²²²); con la possibilità di ricorrere all'art. 1440 c.c. qualora ne ricorrano i presupposti, cosa che potrebbe rintracciarsi anche in una rilevante violazione della diligenza cui è tenuta la banca²²³.

L'altra via è quella della responsabilità da inadempimento dell'obbligo di informazione, ove si ritenga che esso si presenti nella disciplina in esame come già interno alla vicenda contrattuale²²⁴, soluzione che qui potrebbe trovare conforto ove si consideri che la violazione si configurerebbe come mancata consegna (a monte) del modulo di cui all'art. 124, comma II Tub; un po' più complessa potrebbe rivelarsi la circostanza in cui il consumatore pur avendo ricevuto il formulario, asserisca l'inadempimento del "successivo" obbligo di assistenza da lui richiesto e mai ricevuto (ove configurabile); in questo caso, il principio di vicinanza della prova presumibilmente condurrebbe a far sì che sia il finanziatore a dover dimostrare di aver osservato il relativo obbligo e, a meno che ciò non sia avvenuto esclusivamente a

²²¹ Cfr Larocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, cit, 252.

²²² Vedi Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, cit, che richiama anche il Draft common frame of reference ed i PDEC (dove si fa riferimento al rimedio risarcitorio precontrattuale), nonché la proposta di regolamento sulla vendita, e la nuova direttiva diritti consumatori, limitatamente a contratti distanza e negoziati fuori locali commerciali.

Castronovo, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, Europa e diritto privato, 2010, 1, 22, 26.

²²³ È tuttavia opportuno precisare che simile ricostruzione non sempre viene ammessa in dottrina; invero, non è detto che la reticenza possa configurare il dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c., atteso che la norma, facendo espressamente riferimento ai raggiri, rimanda ai caratteri propri del dolo. Sul punto cfr Alessi, *I doveri di informazione*, cit, 450, che richiamando i PDEC, identifica la reticenza con la "violazione di un obbligo di rivelazione di determinate informazioni", precisando che tale condotta "rileverà se ed in quanto abbia lo scopo di trarre in inganno"; Castronovo, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit, 4 ss.

²²⁴ Cfr Alessi, *I doveri di informazione*, cit, 399, che fa riferimento ai "rimedi dell'inadempimento ove rintracciabili".

mezzo di chiarimenti dati in forma orale, la prova non dovrebbe essere particolarmente gravosa.

All'interrogativo se la violazione dei doveri di informazione possa avere conseguenze sulla valida conclusione del contratto deve darsi tendenzialmente risposta negativa.

Infatti, escludendo l'ipotesi in cui siano integrati i presupposti per ricorrere all'azione "generale" di annullamento per vizi del consenso (con riferimento al solo caso del dolo e forse dell'errore), difficile appare, nel silenzio della legge, sostenere che possa derivare la nullità del contratto.

Non si tratta di norme imperative riguardanti elementi strutturali del contratto, ma di semplici "regole di comportamento", e la sanzione della nullità non è espressamente disposta²²⁵.

Sebbene molti degli elementi che fanno parte dell'informazione precontrattuale poi confluiscono nel contenuto del regolamento negoziale²²⁶, sarà su questo – ove concluso – che si produrranno le eventuali conseguenze invalidatorie; queste ultime, qualora riguardino la singola clausola e questa non possa essere oggetto di sostituzione automatica, ai sensi dell'art. 125 *bis* comma VII Tub, non si estenderanno all'intero contratto, salvi casi tassativi (mancanza, nel contratto, delle informazioni essenziali sul tipo di contratto, sulle parti dello stesso e sull'importo totale del finanziamento, con le relative condizioni di prelievo e rimborso).

In ogni caso, è ben possibile che dopo aver fornito tali informazioni il finanziatore, infine, concluda il contratto a condizioni diverse (magari anche a seguito della "assistenza/consulenza personalizzata" ed alla verifica del merito di credito); ciò si deduce dalla lettera s) del paragrafo 4.2.2.1 delle Istruzioni della Banca d'Italia, che, in materia di documenti informativi, consente che l'offerta illustrata nelle condizioni precontrattuali sia soggetta ad un limite temporale di validità.

Tornando all'obbligo di verifica del merito creditizio, una volta affermatane l'autonomia (e dunque la non riducibilità ad uno dei profili dell'obbligo di informazione), al fine di chiarirne l'esatta valenza nell'ambito della vicenda contrattuale, è necessario soffermarsi sul comma V dell'art. 124 Tub.

²²⁵ Come invece accade nel caso dell'art. 100 *bis*, comma III, Tuf. Vedi Castronovo, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit, 28, che parla in proposito di "violazione di un obbligo di forma" nel senso di "presupposto inderogabile" rispetto alla successiva stipulazione del contratto [valido].

²²⁶ Cfr Alessi, *I doveri di informazione*, cit, 401, che parla di "contrattualizzazione dell'informazione".

5. Verifica del merito creditizio e obbligo di assistenza/consulenza

Nella norma appena citata, invero, oltre alle informazioni che potremmo definire “essenziali” – e nell’ambito delle quali si è escluso possa annoverarsi l’obbligo di verifica della meritevolezza finanziaria – si prevede la possibilità che il finanziatore o l’intermediario del credito forniscano al consumatore “chiarimenti adeguati in modo che questi possa valutare se il credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dei commi 1 e 2, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento” – espressione quest’ultima che sembrerebbe alludere ad un dovere informativo ulteriore che, appunto, investe gli effetti della mancata restituzione delle somme erogate.

Tale disposizione rileva, quindi, sotto un duplice profilo; innanzitutto, essa ci conferma che anche al consumatore, al quale spetta la scelta definitiva di indebitarsi, è richiesta una condotta diligente ed improntata al principio di correttezza, visto che egli, anche sulla base dei chiarimenti ricevuti, dovrà accertare l’idoneità del finanziamento alla propria condizione economica.

Inoltre, essa impone al finanziatore/intermediario un obbligo ulteriore, che secondo alcuni (letto in combinato disposto col considerando 27 della direttiva²²⁷), configurerebbe un ipotetico servizio di assistenza²²⁸, un obbligo altro rispetto a quelli informativi, i quali tendenzialmente si esauriscono nella consegna del modulo europeo – pur sussistendo la possibilità di un’informazione personalizzata –.

E in effetti questa ricostruzione pare confermata dalla stessa rubrica che non parla di “informazioni precontrattuali”, ma di (veri e propri) obblighi precontrattuali (ciò ha reso possibile l’accostamento con la disciplina dei servizi di investimento sull’adeguatezza dell’operazione, ma sul punto si tonerà in seguito).

²²⁷ Qui si afferma che “nonostante le informazioni precontrattuali che gli devono essere fornite, il consumatore può ancora aver bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, tra quelli proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria”.

²²⁸ Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit, 216.

L'espressione viene utilizzata anche nelle fonti secondarie: sia l'art. 5 del Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sopra citato, che le corrispondenti previsioni della Banca d'Italia qualificano tale attività come "assistenza".

Addirittura – nella disciplina regolamentare – si prescrive di organizzare delle apposite strutture interne all'azienda bancaria formate da personale qualificato²²⁹, le quali si occupino delle domande formulate dal consumatore sulla documentazione precontrattuale, sulle caratteristiche del prodotto, nonché sulle conseguenze che possono derivare dal contratto, non solo in termini di obblighi economici, ma pure di mancato pagamento. Tutto ciò va garantito non soltanto prima della conclusione del contratto ma per tutto il periodo a disposizione del cliente per esercitare il diritto di recesso²³⁰.

Si tratta di un momento che si pone in stretta connessione con l'informazione precontrattuale, rispetto alla quale costituisce una "specificazione", nel senso che i chiarimenti adeguati possono (e verosimilmente questo avviene nella maggior parte dei casi) avere ad oggetto le medesime informazioni già fornite e rispetto alle quali il consumatore nutra dei dubbi o delle incertezze. E tuttavia prestazioni di tale natura, più che esaurirsi nell'ambito dell'informazione precontrattuale in senso stretto, sembrano integrare una vera e propria attività di assistenza e di consulenza, che presenta altresì molteplici punti di contatto con il successivo obbligo di verifica del merito creditizio.

Come è stato osservato, un'informazione personalizzata non può prescindere "dalla compiuta conoscenza della condizione patrimoniale dell'informato"²³¹.

Tale profilo è venuto in rilievo altresì in una delle questioni pregiudiziali formulate dal Tribunale d'instance d'Orléans, che, ha chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, "se l'articolo 5, paragrafo 6, della direttiva 2008/48/CE [...] debba essere interpretato nel senso che il creditore non può aver dato spiegazioni adeguate al consumatore qualora non abbia preliminarmente verificato la sua situazione finanziaria e le sue esigenze"²³².

²²⁹ In particolare nelle Istruzioni di Vigilanza (paragrafo 4.2.2.2) si impone al finanziatore di assicurare che "il personale incaricato di fornire i chiarimenti abbia una adeguata e aggiornata conoscenza dei contratti di credito offerti nonché dei diritti dei consumatori e delle regole previste dal capo II Titolo VI del TU e dalla presente sezione".

²³⁰ Cfr l'art 6 del d. m. citato ed il paragrafo 4.2.2.2 delle Istruzioni di Vigilanza.

²³¹ Così Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 261.

²³² Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta il 12.08.2013 (causa C-449/13), sopra cit.

In questa fase della negoziazione, più che mai si assiste ad uno scambio di notizie tra il consumatore ed il finanziatore, che da parte sua dovrà cercare di fornire tutte le delucidazioni necessarie affinché il primo possa valutare l'impatto del prodotto creditizio offerto sulla propria situazione finanziaria.

Tale attività di assistenza rappresenta un passaggio successivo rispetto all'informazione sopra esaminata; si tratta di un obbligo che si colloca più in prossimità alla conclusione del contratto, che avrà la funzione di agevolare il consumatore nel prendere una decisione consapevole e adatta alle sue esigenze, di "aiutarlo ad effettuare scelte coerenti con la sua situazione finanziaria attuale e prospettica"²³³.

In questo caso, la funzione dell'"informazione" non è solo di "guidare il consenso", ma di farlo affinché il consumatore assuma una decisione adeguata al proprio profilo economico.

Il dubbio da sciogliere è se la verifica del merito creditizio possa essere ricompresa nel servizio di assistenza appena descritto, o comunque rappresentare il secondo passaggio di siffatta attività, affrontando subito dopo la questione relativa ai mezzi di tutela esperibili in caso di inosservanza delle relative prescrizioni.

Tale interrogativo assume una rilevanza centrale ai fini della presente indagine, essendo connesso a doppio filo con la questione della responsabilità ascrivibile al finanziatore che concede credito in violazione dell'art. 124 *bis* Tub.

Per prima cosa, è opportuno soffermarsi sul testo della legge, che, in realtà, ad un primo sguardo, sembrerebbe deporre nel senso di escludere la possibilità di ricondurre l'obbligo di verifica del merito creditizio al servizio di assistenza di cui all'art. 124, comma V, Tub.

Ma non può giungersi ad una simile soluzione soltanto in base a ragioni di ordine logico-sistematico. Vero è che il legislatore ha regolato in due distinte disposizioni prescrizioni che, a nostro avviso, sono entrambe riferite all'obbligo di assistenza/consulenza; vero è, altresì, che si tratta di previsioni che (almeno formalmente) sono rivolte a destinatari diversi (in un caso sia l'intermediario che il finanziatore, nell'altro solamente quest'ultimo); ma, tali argomenti non appaiono significativi al punto da rimuovere i molteplici punti di contatto tra le norme in esame.

²³³ In questo senso De Chiara, *La verifica del merito creditizio*, cit, 1869 ss (1875).

Al fine di risolvere la questione, è opportuno guardare anche alla *ratio* della disciplina.

In un contratto nel quale, prima di formalizzare la conclusione, si assiste ad un vero e proprio scambio di dati tra i futuri contraenti (dati che sia nella veste di chiarimenti ex art. 124, comma V, sia nella veste delle informazioni, ex art. 124 *bis*, devono rispettare il requisito dell'*adeguatezza*); in un contratto la cui fase prenegoziale è interamente orientata a salvaguardare la sfera giuridica del soggetto "debole", anche al fine di prevenirne l'eccessivo indebitamento, non può ritenersi che tra l'attività di assistenza di cui all'art. 124, comma V, Tub e la successiva previsione che obbliga il finanziatore a valutare prima della conclusione del contratto il merito creditizio del consumatore, non vi sia alcun legame.

La circostanza che il legislatore, nel configurare il servizio di assistenza/consulenza in questione, abbia fatto riferimento ad un contratto di credito che sia adatto alle esigenze del consumatore, nonché alla sua situazione finanziaria, ed agli effetti specifici che i prodotti proposti possano avere sul prestatario, incluse le conseguenze del mancato pagamento, induce a ritenere che l'obbligo del finanziatore di fornire chiarimenti adeguati sia strettamente connesso con quello di vagliare la meritevolezza finanziaria del cliente²³⁴.

Infatti, come si è detto, la verifica del merito creditizio ha ad oggetto l'apprezzamento sulla capacità restitutoria del soggetto che riceve il credito, apprezzamento che coinvolge (o può coinvolgere) le informazioni fornite dal consumatore sulla propria condizione economica (indipendentemente dal fatto che tali informazioni siano rese in sede di assistenza o di verifica del merito di credito, le quali sembrano porsi tra loro in rapporto di connessione arrivando talvolta a coincidere – almeno quando sia il finanziatore ad adempiere ai relativi obblighi –).

Non sarebbe coerente con la *ratio* della disciplina sul credito ai consumatori ritenere che un simile passaggio sia del tutto svincolato dall'attività di assistenza/consulenza introdotta dal legislatore.

²³⁴ Cfr relazione Area vigilanza bancaria e finanziaria – Servizio rapporti esterni e affari generali – Divisione rapporti intermediari e clienti, su Principi e raccomandazioni contenuti nelle decisioni dell'Abf, cit; qui, con riguardo alle "procedure di rilascio di carte di credito, e in particolare di quelle del tipo revolving, si raccomanda agli intermediari di adottare forme di assistenza e informazione ai clienti che consentano a questi ultimi di acquisire piena consapevolezza in ordine alle condizioni contrattuali per il rilascio delle carte e per l'esecuzione del rapporto".

Sebbene l'art. 124, comma V, Tub, nel prescrivere al finanziatore (ed all'intermediario) l'obbligo di fornire chiarimenti adeguati, assegni al consumatore la valutazione in ordine all'"adeguatezza" del contratto alle proprie esigenze ed alla propria situazione finanziaria, non avrebbe senso ritenere che tale apprezzamento rappresenti un momento a sé stante, una scelta isolata rispetto alla consulenza prestata dal finanziatore, che si spinge fino a comprendere le conseguenze del mancato pagamento. Non può trascurarsi che sia il legislatore stesso a "richiedere il coinvolgimento attivo del creditore"²³⁵.

Non è pensabile che siffatta attività di assistenza possa avere luogo senza tenere conto di quella che è la condizione economica del consumatore, dunque, in maniera autonoma rispetto all'indagine sulla meritevolezza finanziaria.

A ciò si aggiunga che le Istruzioni di Vigilanza emanate dalla Banca d'Italia, nel paragrafo che si occupa del suddetto servizio di assistenza/consulenza, consentono il ricorso a sistemi di autovalutazione o di simulazione (nella prassi piuttosto diffuso). In particolare si prevede che "per specifici aspetti tecnici il personale incaricato *possa* indirizzare il consumatore verso l'utilizzo di adeguati strumenti di autovalutazione e di modelli di simulazione disponibili su internet" (paragrafo 4.2.2.2, ultimo periodo). Un'eventuale valutazione della propria capacità finanziaria effettuata dal consumatore medesimo (attraverso la quale egli potrà capire – con l'ausilio del finanziatore – se nelle sue condizioni economiche il ricorso al credito si prospetti come una strada in concreto realizzabile) viene, dunque, in rilievo già dalla fase dell'assistenza.

Inoltre, la sezione XI delle suddette disposizioni attuative, relativa ai "requisiti organizzativi", prevede, al paragrafo 2, che gli intermediari devono adottare procedure interne volte ad assicurare, tra l'altro, "la trasparenza e la correttezza nella commercializzazione dei prodotti. In tale ambito le procedure includono almeno accorgimenti atti a far sì che [...] il cliente non sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie. Gli intermediari valutano l'introduzione di strumenti, anche informatici, che consentano di verificare la coerenza tra il profilo del cliente e i prodotti allo stesso offerti" (ii); tuttavia, si specifica che "la previsione non richiede agli intermediari di assicurare assistenza al cliente fino al punto di individuare, in ogni caso, l'offerta più adeguata, bensì di

²³⁵ Così De Chiara, *La verifica del merito creditizio*, cit, 1869.

adottare procedure organizzative che evitino modalità di commercializzazione oggettivamente idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti manifestamente non adatti”.

Le considerazioni svolte, non portano necessariamente ad identificare la verifica del merito creditizio con l'attività di assistenza di cui all'art. 124, comma V, ma di certo mettono in evidenza la stretta relazione che sussiste tra le due prescrizioni, entrambe riconducibili ad obblighi che vanno tenuti distinti da quelli informativi, rispetto ai quali rappresentano un passaggio successivo.

Evidenziano inoltre una necessaria strumentalità tra una compiuta indagine circa la situazione del debitore e la prognosi sulla “sostenibilità” del credito richiesto, da una parte, e l'assistenza volta a guidarne scelte adeguate, dall'altra.

Se si condivide l'opinione che, pur riconoscendo la consegna del modulo informativo quale “fase preliminare”, ritiene che il finanziatore debba comunque tenere conto delle preferenze e fornire chiarimenti (pure se non richiesto), illustrando le caratteristiche e gli svantaggi del contratto di credito, configurando una sorta di consulenza personalizzata²³⁶, dovrà ammettersi che la diligente verifica del merito creditizio sia componente essenziale di tale attività.

Del resto, tale ricostruzione è in linea con i principi espressi dal legislatore comunitario nei considerando della direttiva; in particolare nel ventiseiesimo, in cui, tra l'altro, si afferma che “i creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori”. Ma anche nel considerando ventisette, ai sensi del quale “nonostante le informazioni precontrattuali che gli devono essere fornite, il consumatore può ancora aver bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, tra quelli proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria”.

È chiaro che, ove sia il finanziatore ad assolvere all'obbligo di assistenza di cui al comma V dell'art. 124 Tub, tale attività attrarrà quella successiva di verifica del merito creditizio; considerando, invece, l'ipotesi nella quale le prescrizioni di cui al V comma dell'art. 124 Tub vengano assolte dall'intermediario del credito, mentre

²³⁶ Cfr Minervini, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/Ce*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit, 65, che pur riconoscendo la consegna modulo quale “fase preliminare”, ritiene che il finanziatore debba comunque tenere conto delle preferenze e fornire chiarimenti (pure se non richiesto), illustrando le caratteristiche e gli svantaggi del contratto di credito, configurando una sorta di consulenza personalizzata.

l'accertamento sulla meritevolezza finanziaria sia posto in essere dal finanziatore, le due attività – pur formalmente distinte – saranno in ogni caso strettamente connesse e il prestatore non potrà non tenere conto di quanto avvenuto in sede di assistenza/consulenza, ed in particolare dei dati comunicati dal consumatore²³⁷.

In entrambi i casi si tratta di un'attività necessaria e preliminare alla conclusione del contratto di credito, senza la quale il finanziatore, non essendo a conoscenza dell'effettiva capacità del consumatore di restituire le somme, andrebbe a concludere un contratto rischioso.

Un'attività che si esplica in uno scambio di informazioni e chiarimenti tra il prestatore ed il cliente, rispetto al quale viene a configurarsi – accanto al diritto di ricevere le informazioni adeguate, sotto forma di assistenza/consulenza – un dovere (obbligo) di fornire notizie parimenti adeguate circa la propria situazione finanziaria.

Nel silenzio del legislatore si pone (anche qui) il problema dei rimedi (di stampo privatistico) conseguenti alla violazione degli obblighi precontrattuali, nella veste dell'assistenza/consulenza personalizzata e/o verifica individualizzata del merito creditizio²³⁸.

6. L'accostamento alla disciplina sui servizi di investimento

La circostanza che nell'ambito della disciplina sul credito ai consumatori sia configurabile un vero e proprio obbligo di assistenza (al quale la verifica del merito creditizio appare indissolubilmente legata), ha portato parte della dottrina ad un accostamento della normativa in esame con quella in materia di servizi di investimento²³⁹.

²³⁷ Di diverso avviso è Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 260, che pur sottolineando la necessaria compenetrazione tra l'informazione personalizzata e i dati sulla condizione finanziaria del cliente, ritiene che la verifica del merito creditizio (finalizzata all'informazione di cui all'art. 124, comma V) sia attività che possa essere svolta indifferentemente dall'intermediario o dal finanziatore; mentre, la valutazione del merito creditizio competerebbe esclusivamente al finanziatore.

²³⁸ Con riguardo al profilo "pubblicistico", è opportuno rilevare che l'art. 124 Tub, a differenza della disposizione successiva, figura tra quelle la cui violazione importa l'applicazione di sanzioni ai sensi dell'art. 144 Tub.

²³⁹ Vedi Iemma (a cura di), *I contratti di investimento*, in *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, a cura di Acciari, Bragantini, Braghini, Grippo, Iemma, Zaccagnini,

Invero, le discipline in questione prescrivono ai destinatari (e per ciò che qui interessa al finanziatore) regole c.d. “di comportamento” da osservare nella fase immediatamente precedente alla conclusione del contratto (di credito o di investimento), affinché la concessione dei prestiti (e la vendita di servizi finanziari) avvenga in favore di soggetti che abbiano un profilo “adeguato” al prodotto acquistato.

Viene in rilievo la normativa contenuta nell’art. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998, recante il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (c.d. Tuf), nonché il Regolamento Consob n. 16190 del 2007²⁴⁰, che ha sostituito il precedente Regolamento n. 11522 del 1998, in recepimento della direttiva 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (c.d. Mifid).

In particolare, il titolo II della parte II del libro III del suddetto regolamento dedicato ad adeguatezza, appropriatezza e “mera esecuzione o ricezione di ordini”, contiene tutta una serie di prescrizioni, rivolte agli intermediari, da osservare nella fase precedente al collocamento di servizi d’investimento, nell’ambito dell’attività di consulenza e gestione dei portafogli.

La disciplina è tutta incentrata su specifiche informazioni che i soggetti deputati professionalmente alla commercializzazione di strumenti finanziari devono richiedere all’investitore, in modo da poter compiere una valutazione in ordine al profilo di rischio dello stesso, valutazione volta ad individuare operazioni adeguate.

Tale concetto di adeguatezza richiama quello contemplato dall’art. 124, comma V, e dal successivo art. 124 *bis* Tub, rispettivamente con riferimento ai chiarimenti (resi dal finanziatore) ed alle informazioni (in base alle quali procedere alla verifica del merito creditizio).

L’accostamento, tuttavia, pur se in qualche misura plausibile non deve condurre ad un’assimilazione delle due fattispecie, che vanno tenute distinte sotto più profili²⁴¹.

Vero è, infatti, che nel Testo unico della finanza si tratta dell’adattabilità di prodotti finanziari al patrimonio del cliente, che rappresenta un presupposto essenziale

Ipsa, 2012, Parte III, 305 ss; su tale accostamento cfr Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit, 755 ss.

²⁴⁰ Consultabile sul sito www.consob.it, nel testo risultante in seguito alle modifiche apportate ad opera della delibera n. 18210 del 09.05.2012.

²⁴¹ Sul punto vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 242; *Id.*, *La concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 492 ss.

affinchè l'investitore – con una decisione a lui spettante – possa decidere di procedere ad una determinata operazione; nell'altro caso, l'adeguatezza è parametro che riguarda i chiarimenti (art. 124, comma V) e le informazioni (art 124 *bis*); in entrambi i casi dovrà trattarsi di dati caratterizzati dal requisito dell'adeguatezza, nel senso di essere idonei, ora a guidare il consumatore nell'assumere una decisione informata e consapevole in ordine alla conclusione del contratto di credito, ora a consentire una verifica diligente del merito creditizio – dalle cui risultanze dipenderà in questo caso la definitiva determinazione del finanziatore circa la formalizzazione del contratto –.

Differenti sono i modelli, diverse sono le informazioni fornite dagli intermediari finanziari; negli articoli 27 e ss. del regolamento Consob, molte volte ricorre il termine "rischio", visto che lo scopo della disciplina è di mettere in guardia l'investitore sulla "pericolosità" delle operazioni. Ma si parla anche di "informazioni appropriate affinché essi (*gli investitori*) possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari interessati [...] e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti in modo consapevole".

In maniera non troppo diversa si atteggia l'informazione nel credito ai consumatori, dove pur non ravvisandosi alcun riferimento al "rischio" – se non nei termini in cui si parla di "effetti specifici sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento" –, parimenti viene in rilievo la necessità di "una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito".

Inoltre, nel regolamento Consob del 2007 si parla espressamente di un servizio di consulenza, nonché di una valutazione mirata alla verifica dell'adeguatezza dell'operazione rispetto al profilo del cliente (art. 40, che fissa analiticamente i parametri valutativi), che in alcuni casi diviene verifica dell'appropriatezza (art. 42 relativo alla prestazione dei servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli).

Ma, facendo riferimento alle fonti normative secondarie, nelle quali, come si è detto, si parla espressamente di assistenza (da intendere anche come consulenza relativa al contratto più adatto alle esigenze del consumatore), nonché al considerando 27 della direttiva, tale problema appare superato²⁴². Invero, sia nel Decreto del Ministero

²⁴² Cfr Carriero, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, Europa e diritto privato, 2011, 2, 505 ss.

dell'economia e delle finanze del 03.02.2011 che nelle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia sopra richiamate, riprendendo in realtà le previsioni già contenute nelle disposizioni del Testo unico bancario, si parla, tra l'altro, di informazioni personalizzate ed adeguate alle esigenze del consumatore (art. 1 del d.m.), nonché di servizio di assistenza – analogamente alle previsioni contenute nel considerando 27 sopra menzionato –.

Ad ogni modo, non può farsi a meno di notare²⁴³ come la circostanza che, nell'ambito della disciplina sul credito ai consumatori, l'adeguatezza sia espressamente riferita alle informazioni (e ai chiarimenti), non porta necessariamente ad escludere che il finanziatore, nell'ambito del servizio di assistenza/consulenza configurato, sarà chiamato a valutare l'adeguatezza del contratto di credito alle esigenze ed alla situazione finanziaria del consumatore, o quanto meno a guidarlo in una simile valutazione.

Siffatta esigenza è stata segnalata dalla dottrina, secondo la quale il finanziatore “non può (più) limitarsi a fornire un prodotto al consumatore, ma deve fornire un prodotto che sia adeguato”²⁴⁴.

In realtà il tratto distintivo più significativo della disciplina sui servizi di investimento è, comunque, il divieto esplicito ora contenuto all'art. 39, comma 6 del regolamento Consob del 2007, che – a differenza della disciplina previgente di cui al regolamento n. 11522 del 1998 – vieta all'intermediario di porre in essere operazioni non adeguate al profilo di rischio dell'investitore, senza che questi possa in alcun modo scavalcare la valutazione del professionista, facendo sì che concluda ugualmente l'operazione²⁴⁵.

In particolare, si prevede che “quando gli intermediari che forniscono il servizio di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafogli non ottengono le informazioni (richieste dalla stessa disposizione) si astengono dal prestare i menzionati servizi”.

²⁴³ Cfr Falcone, *Prestito <<responsabile>> e sovraindebitamento del consumatore*, cit, 647 (citato dal medesimo Carriero richiamato nella nota precedente).

²⁴⁴ Così Stanghellini, *Il credito irresponsabile alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit, 395 ss.

²⁴⁵ Nella precedente disciplina, invece, il consenso dell'investitore, reso edotto dei rischi sottesi all'operazione, comunicato a mezzo di ordine dato per iscritto o registrato su nastro magnetico o altro supporto equivalente, era idoneo a superare il giudizio negativo di (non) adeguatezza dell'intermediario; l'art. 29 del precedente regolamento riservava dunque, in ultima istanza, all'investitore la decisione sulla “fattibilità” dell'operazione.

Di un simile obbligo di astensione non vi è alcuna traccia nella disciplina sul credito ai consumatori.

Esso, tuttavia, si è ritenuto implicitamente sussistente in via interpretativa²⁴⁶. Infatti, in base a quanto si è detto finora, non avrebbe senso ritenere che l'obbligo di verifica del merito creditizio non vada inteso, *a contrario*, come un divieto di concedere credito a soggetti che non presentino una solida condizione finanziaria.

Ma in questo caso l'obbligo di astenersi (o divieto di concedere), non conseguirebbe al mancato ottenimento delle informazioni da parte del consumatore, rispetto alle quali il finanziatore ben potrebbe sopperire consultando i dati contenuti nei sistemi di referenza creditizia, ma all'esito negativo dell'accertamento sulla meritevolezza del cliente.

La (nuova) regola in tema di servizi di investimento, allorchè vieta l'operazione non adeguata, e più in generale, l'intera disciplina in materia di servizi finanziari²⁴⁷, segnala come l'informazione, l'assistenza (consulenza) e la verifica di adeguatezza siano poste nell'interesse esclusivo dell'investitore, su cui ricadranno i danni di una operazione rischiosa.

Ma, non può negarsi che anche nel credito ai consumatori l'obbligo di verifica del merito creditizio (e il conseguente divieto ricostruito in via interpretativa di non concedere credito a chi non possa restituirlo) sia una prescrizione che mira a preservare l'interesse del consumatore e non (o almeno non esclusivamente) quello della banca.

²⁴⁶ In questo senso, De Chiara, *Verifica del merito creditizio*, cit, 1873; cfr anche Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 247, che esclude un dovere di astensione; *Id.*, *Concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 499.

²⁴⁷ Vedi *ex multis* gli artt. 5, 6 e 21 Tuf.

7. La responsabilità del finanziatore (e del gestore della banca dati): il dovere di informarsi ed i sistemi di referenza creditizia

La questione concernente la responsabilità del finanziatore per violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio in realtà può prospettarsi da diversi profili e in modo differente.

Per addentrarci nell'indagine, dobbiamo innanzitutto considerare l'ipotesi (contemplata dallo stesso art. 124 *bis* Tub) nella quale questi, nel valutare il merito creditizio del consumatore, ricorra alle informazioni contenute in una banca dati pertinente²⁴⁸, e queste risultino non veritiere.

Di tale aspetto si occupa la disposizione immediatamente successiva (art. 125 Tub), rubricata, appunto, "banche dati".

La previsione in realtà non disciplina le modalità con le quali procedere alla consultazione, ma – dopo aver prescritto ai gestori delle banche dati di consentire, a parità di condizioni, l'accesso alle stesse da parte dei finanziatori degli altri Stati membri – anche qui viene posto in evidenza il diritto del consumatore ad essere informato; questa volta si tratta di un'informazione più cospicua, la quale prende in considerazione molteplici elementi relativi alla registrazione del consumatore nella banca dati, non limitandosi a prevedere il diritto di quest'ultimo (già sancito dalla direttiva) ad essere immediatamente e gratuitamente avvisato nel caso in cui il rifiuto della sua domanda di credito sia fondato sulla consultazione di una banca dati (comma II).

A tale diritto si affianca quello ad essere preventivamente informato dal finanziatore la prima volta che egli proceda ad una segnalazione negativa riguardante la sua posizione finanziaria (comma III).

Verosimilmente, essendo a conoscenza dei dati negativi in ordine alla propria "storia debitoria" riportati nella banca dati, il consumatore potrà acquisire consapevolezza in ordine alla propria incapacità di accedere al credito, e ancora prima capire se sarà in

²⁴⁸ Vedi Frigeni, *Segnalazioni presso le centrali rischi creditizie e tutela dell'interessato: profili evolutivi*, Banca borsa titoli di credito, 2013, 4, 365 ss.

grado di far fronte ai debiti già accordatigli ed eventualmente richiedere la rettifica, qualora si tratti di dati non veritieri.

Tali previsioni sembrano richiamare in qualche modo la nuova disciplina in materia di sovraindebitamento del consumatore introdotta dal d.l. n. 179/2012 (convertito nella l. n. 221/2012), nella quale si fa riferimento alle eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo che devono risultare dalla proposta di piano presentata dal consumatore²⁴⁹, e che presumibilmente derivano dai dati "negativi" contenuti nei sistemi di referenza creditizia.

In entrambi i casi si cerca di mettere in luce la non meritevolezza finanziaria del soggetto, da un lato con una disposizione che è da ritenere nell'interesse del consumatore medesimo, il quale potrà "autoresponsabilizzarsi", evitando di ricorrere al credito in una situazione di precarietà finanziaria.

Nel secondo caso, le limitazioni all'accesso al mercato del credito vengono in rilievo quale condizione di cui tenere conto nel vagliare la "credibilità" del ricorso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, incidendo sulla sua ammissibilità.

Sempre nel contesto dell'art. 125 Tub, significativa è pure la previsione contenuta nel comma V, secondo cui il finanziatore informa il consumatore sugli effetti che le informazioni negative registrate su una banca dati possono avere sulla sua capacità di accedere al credito.

Il riferimento qui sembra alla c.d. "informazione-assistenza" prevista nell'art. 124, comma V, dove, come si è visto, le illustrazioni ed i chiarimenti aggiuntivi forniti dal finanziatore configurano un vero e proprio servizio di assistenza, ulteriore e distinto rispetto agli obblighi informativi.

Il contenuto della disposizione in esame è stato riprodotto quasi testualmente nelle disposizioni di fonte secondaria, sulle quali non è opportuno soffermarsi, visto che non contengono alcuna indicazione ulteriore²⁵⁰.

Le banche dati cui si fa riferimento nell'art. 125 Tub sono i c.d. sistemi di referenza creditizia, uno strumento volto al contenimento del rischio di credito dei soggetti

²⁴⁹ Cfr l'art. 8 della legge n. 3/2012, come da ultimo modificata ad opera del d.l. n. 179/2012.

²⁵⁰ Vedi l'art. 7 del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 03.02.2011, nonché il paragrafo 4.4 delle Disposizioni della Banca d'Italia su "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" (Provvedimento del 9.2.2011 che integra il Provvedimento del 29.7.2009), sopra cit.

abilitati all'esercizio della funzione bancaria, che oggi si pone in perfetta armonia con la centralità assunta dall'informazione nel settore del credito (soprattutto ove si tratti di operazioni nelle quali sia coinvolto un consumatore)²⁵¹.

I principali riferimenti normativi – oltre all'art. 53, comma I lett. b), Tub, concernente il contenimento del rischio – sono contenuti nelle disposizioni di autoregolamentazione bancaria²⁵².

Si tratta di un sistema piuttosto complesso, del quale qui ci si limiterà a tratteggiare le linee fondamentali, concentrando poi l'attenzione sul caso delle segnalazioni illegittime.

Il sistema si articola nella Centrale rischi gestita dalla Banca d'Italia²⁵³, dove gli importi minimi sono quelli uguali o superiori a 30.000 euro²⁵⁴ e nei sistemi di referenza creditizia gestiti da soggetti privati, in cui vengono registrati importi inferiori rispetto a quelli inseriti nella Centrale Rischi “pubblica” e rispetto ai quali l'assunzione degli obblighi tra l'intermediario e il gestore della banca dati avviene in base ad accordi negoziali.

²⁵¹ Tali sistemi trovano il loro referente normativo in alcune disposizioni del Testo unico bancario; tra queste l'art. 51 (in materia di vigilanza informativa).

²⁵² Vedi la delibera del Ccr del 11.07.2012, che ha sostituito la precedente delibera del 29.03.1994, e disciplina il servizio di centralizzazione dei rischi gestito dalla Banca d'Italia; la circolare n. 139 del 1991 della Banca d'Italia (nel testo aggiornato all'aprile 2011); il d.lgs. n. 196/2003, recante il Codice in materia di protezione dei dati personali, ed in particolare gli artt. 7, 11 lett. c), 15, 117; il Codice di deontologia e buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di credito al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti emanato con provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali (n. 8 del 16.11.2004), in attuazione dell'art. 117 d.lgs. n. 196/2003; il provvedimento generale del 31.07.2002 del Garante della Privacy sulle Centrali rischi private.

²⁵³ Inoltre, è bene segnalare che le istruzioni per gli intermediari di cui alla circolare n. 139 (da ultimo aggiornata nel 2011) della Banca d'Italia prevedono che “gli intermediari finanziari per i quali l'attività di credito al consumo rappresentano più del 50 per cento dell'attività di finanziamento sono esonerati dall'obbligo di partecipazione al servizio. Gli intermediari finanziari che si rendono cessionari di crediti al consumo possono chiedere di essere esonerati dall'obbligo di partecipazione al servizio qualora i crediti acquisiti superino la soglia del 50 per cento dell'attività di finanziamento dagli stessi svolta. A tal fine essi devono inoltrare la relativa domanda alla Filiale della Banca d'Italia territorialmente competente” (art. 4).

²⁵⁴ Cfr. Provvedimento della Banca d'Italia del 2011 contenente le Istruzioni per gli intermediari creditizi in materia di Centrale rischi (capitolo II, sez. I, paragrafo 5). Si segnala che fino al 31.12.2008 il limite di censimento era di 75.000 euro; gli importi compresi tra i 35.000 e i 75.000 euro venivano registrati nella Centrale rischi per gli importi contenuti (c.d. Centralina), istituita con delibera del Ccr del 03.05.1999, la quale è stata in seguito soppressa. Bisogna tenere conto, tra l'altro, che le disposizioni sul credito ai consumatori si applicano ai finanziamenti che non superino i 75.000 euro (vedi art. 122, lett. a, Tub).

Diverse sono le modalità di funzionamento, nonché i presupposti per la segnalazione²⁵⁵.

Una delle regole fondamentali del sistema è quella, enunciata dall'art. 125 Tub, in forza della quale il soggetto interessato ha diritto di essere informato delle segnalazioni che lo riguardano²⁵⁶.

Altro principio generale (dapprima affermato in numerose pronunce giurisprudenziali²⁵⁷, nonché nelle decisioni dell'Arbitro bancario finanziario²⁵⁸ ed) oggi espressamente previsto nelle Istruzioni della Banca d'Italia²⁵⁹ è quello secondo cui – con riguardo alle registrazioni nella Centrale Rischi gestita dalla Banca d'Italia – l'appostazione a sofferenza implica una valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente e non può scaturire automaticamente da un mero ritardo di quest'ultimo nel pagamento del debito. La contestazione del credito non è di per sé condizione sufficiente per l'appostazione a sofferenza.

Non sarà, quindi, sufficiente un mero ritardo nel pagamento, ma deve sussistere una “grave (e non transitoria) difficoltà economica”²⁶⁰.

Il profilo che qui interessa è quello relativo alla segnalazione (erronea) contenuta in un sistema di referenza creditizia²⁶¹ che determini il rifiuto della richiesta di credito, ipotesi nella quale si pone un problema di responsabilità sia della banca segnalante (e del gestore della banca dati), sia della banca che utilizza la segnalazione nell'istruttoria relativa al singolo cliente – con riflessi pure sul versante del

²⁵⁵ Vedi la Circolare n. 139 della Banca d'Italia (nella versione aggiornata al 29 aprile 2011). Cfr Liace, *Centrale dei rischi*, Digesto delle discipline privatistiche, Quarta edizione, Sezione Commerciale, Aggiornamento, 2008, 112 ss.

²⁵⁶ Così in origine le prescrizioni generali del Garante della privacy in materia di centrali rischi private; in seguito l'art. 4, co. VII, del Codice di deontologia e buona condotta per i sistemi di informazione creditizia;

²⁵⁷ *Ex multis*, Cass., 24.05.2010, n. 12626, su Danno e responsabilità, 2011, 3, 285; Trib. Milano, 23.09.2009; Trib. Matera, 18.06.2008, entrambe consultabili su www.ilcaso.it.

²⁵⁸ Vedi decisioni del Collegio di Roma, n. 2636 del 30.07.2012; n. 1143 del 13.04.2012.

²⁵⁹ Vedi capitolo II, sez. II par. 1.5.

²⁶⁰ Così Cass., 01.04.2009, n. 7958, su [ww.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che parla anche di una “situazione di oggettiva incapacità finanziaria”. Ma vedi pure Abf, Collegio di Milano, decisione n. 2345 del 28.10.2011, secondo cui “se l'illegittimo trattamento dei dati del cliente agli effetti delle segnalazioni in banche dati di informazioni creditizie è di certo idoneo, in linea generale, a ledere il c.d. diritto alla reputazione di “buon pagatore”, rilevante sui piani professionale e commerciale, la determinazione del *quantum* deve essere compiuta alla luce delle circostanze del caso concreto. Sotto quest'ultimo punto di vista, rileva il Collegio che i pagamenti delle rate di rimborso del finanziamento sono stati eseguiti con ritardo in una pluralità di occasioni. Stante l'abitudine dei ritardi nella regolare esecuzione dei suoi obblighi contrattuali, ritiene il Collegio che il ricorrente non possa invocare alcun pregiudizio alla propria sfera di onorabilità, né alcuna altra lesione di diritti che possa rilevare sotto il profilo del danno morale”.

²⁶¹ Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 285 ss.

trattamento (tutela) dei dati personali nonché sul diritto del soggetto ad essere informato ai sensi del Testo unico bancario nonché del Codice deontologico sui sistemi di referenza creditizia²⁶²–.

Anche per quanto concerne le problematiche sottese alle segnalazioni nei sistemi di informazione creditizia, la concessione del credito alle imprese rappresenta un *prius* dal quale trarre spunti interessanti, visto che le medesime questioni che hanno interessato gli imprenditori in sofferenza si sono poi poste con riferimento ai consumatori.

Più volte la giurisprudenza ha riconosciuto, sulla scia di un orientamento consolidato, il danno alla reputazione economica della società “illegittimamente segnalata”²⁶³.

L’evoluzione normativa che ha interessato il sistema di centralizzazione dei rischi (di credito) se da una parte ha rafforzato la centralità del ruolo (già riconosciuto) che i sistemi di referenza creditizia occupano nell’erogazione del credito²⁶⁴, sotto altro profilo ha in qualche modo determinato un significativo aumento delle regole di comportamento cui sono soggetti gli operatori del mercato creditizio, “*includere quelle derivanti dal principio di buona fede e correttezza in executivis*”²⁶⁵.

È stato giustamente osservato che la questione, in origine limitata al rapporto tra banca e gestore della banca dati, oggi ha assunto contorni più estesi, finendo per avere delle ricadute nel rapporto banca-cliente, nell’ambito del quale – anche in questo caso – potrebbe essere in gioco la responsabilità contrattuale della banca²⁶⁶.

La questione si ripropone, pur con le necessarie differenze, nel caso di credito a non imprenditore.

A tale proposito, interessanti i principi enunciati dalla Corte di Cassazione in una recente pronuncia relativa alla illegittima segnalazione su un sistema di registrazione commerciale delle insolvenze (denominato Crif) della mancata restituzione di somme

²⁶² Cfr artt. 5, comma VI, 9, comma I, 10, comma I.

²⁶³ Cfr Cass., 24.05.2010, n. 12626, cit; Trib. Milano, ord. 21.11.2012, su www.altalex.it; Trib. Milano, 23.09.2009, Trib. Matera, 18.06.2008, entrambe sopra cit (tali pronunce ammettono la tutela ex art. 700 cpc, inibendo di procedere alla segnalazione dello stato di sofferenza di un’impresa). Tra le pronunce più risalenti: Trib. Milano, ord. 19.02.2001, che ha qualificato la responsabilità da illegittime segnalazioni alla Centrale Rischi sia come extracontrattuale (ex art. 2043 c.c.), da far valere nei confronti del gestore della banca dati, che come contrattuale (per violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.), da far valere rispetto a chi effettua la segnalazione.

²⁶⁴ Cfr Frigeni, *Segnalazioni presso le centrali rischi creditizie e tutela dell’interessato: profili evolutivi*, cit, 365 ss.

²⁶⁵ Così testualmente, Frigeni, opera da ultimo cit, 371.

²⁶⁶ Cfr Frigeni, opera sopra cit, 377.

prese a mutuo per fini di consumo (si trattava nello specifico dell'acquisto di un paio di occhiali²⁶⁷).

Nel caso di specie, si è affermato che “la responsabilità dell'istituto di credito mutuante per avere operato una siffatta segnalazione in presenza di un inadempimento che, al momento della segnalazione stessa, si è accertato essere conseguenza di un disguido non imputabile alla debitrice, integra la violazione (non tanto del dovere del *neminem laedere*, quanto) del fondamentale dovere di solidarietà inerente al rapporto contrattuale, in forza del quale ciascun contraente è tenuto a non pregiudicare ingiustificatamente le ragioni dell'altro”.

Dello stesso avviso l'Arbitro bancario finanziario²⁶⁸; tra le decisioni di tale organo, viene in rilievo la n. 2557 del 2011, nella quale si parla di responsabilità “da false o inesatte informazioni”, affermando che “nel caso di erronea segnalazione in una centrale rischi, l'intermediario – attestando la non affidabilità di un soggetto – ne compromette la reputazione di “buon pagatore”, precludendo o rendendo più oneroso l'accesso al credito. Il comportamento dell'intermediario, quindi, da un lato può configurare un illecito extracontrattuale per lesione di un diritto soggettivo perfetto – riconducibile alla categoria dei c.d. diritti della personalità (danno all'immagine, alla riservatezza, alla reputazione, etc.) – e, dall'altro lato, in considerazione del rapporto contrattuale in essere, può integrare la violazione degli obblighi di protezione discendenti dalla clausola di buona fede *in executivis* (tra i quali, è ricompreso quello relativo alla verifica della correttezza delle informazioni rese a terzi)”.

Dunque, qualora, la mancata erogazione del prestito ad un soggetto ritenuto non in grado di farvi fronte dipenda da un'illegittima segnalazione – intrecciandosi con la questione relativa alla tutela dei dati personali nonché con il diritto del soggetto ad essere informato ai sensi del Testo unico bancario e del Codice deontologico sui sistemi di referenza creditizia²⁶⁹–, e l'illegittimità consista nell'attribuzione di un'esposizione debitoria non corrispondente al vero (o perché trattasi di soggetto *in bonis*, o perché il debito ascritto è molto superiore a quello reale), tale da negare la

²⁶⁷ Cass., 27.11.2011, n. 23033, su Dejure banca dati digitale.

²⁶⁸ Vedi decisioni del Collegio di Milano: n. 1452 del 09.05.2012; n. 300 del 16.02.2011; n. 709 dell'08.04.2011; n. 2557 del 25.11.2011; n. 241 del 16.04.2010.

²⁶⁹ Cfr artt. 5, comma VI, 9, comma I, 10, comma I.

concessione del credito, in tale ipotesi – che è la più frequente – potranno applicarsi i principi affermati nelle pronunce sopra esaminate²⁷⁰.

Deve ritenersi pacificamente riconosciuto un diritto “alla reputazione” del soggetto, avente ad oggetto la veridicità delle informazioni relative al proprio merito creditizio, inserite in una banca dati (diritto da far valere in via contrattuale verso il soggetto che effettua la segnalazione e in via aquiliana verso il gestore della banca dati)²⁷¹, unitamente alla rettifica²⁷² dei dati, ai sensi dell’art. 125, comma IV, Tub.

Più complessa è la questione se riguardata dal punto di vista del rapporto creditizio. Qui il problema non è tanto quello di individuare gli effetti pregiudizievoli che derivano dalla segnalazione illegittima – che in generale possono ricondursi alla possibilità di vedere rifiutate le richieste di credito presentate a causa della registrazione tra i “cattivi pagatori”²⁷³ –, ma bisogna interrogarsi sulla configurabilità di una (eventuale) responsabilità della banca che nega il credito in base ad una segnalazione (illegittima) effettuata da altro operatore, non potendosi pretendere che chi consulta un sistema di referenza creditizia sia tenuto, ogni volta, a controllare la veridicità delle informazioni utilizzate.

²⁷⁰ Viceversa, potrebbe ipotizzarsi che al soggetto venga attribuita solo erroneamente una situazione finanziaria solida (nel caso di banche dati positive, nelle quali vengono riportati tutti i dati finanziari di un soggetto), e nonostante ciò, gli venga erogato il credito, le soluzioni – a livello interpretativo –, con riguardo all’erroneità dei dati, potrebbero essere le stesse già viste (riferibili ora al soggetto responsabile della segnalazione ora al gestore della banca dati); ma in questo caso, si dovrebbe pure accertare se la concessione di credito sia avvenuta in violazione del principio del prestito responsabile, con tutte le questioni connesse.

²⁷¹ Il nuovo Codice deontologico – relativo ai soli sistemi di referenza creditizia privati –, richiamando l’art. 2050 c.c., assimila, per quanto concerne la responsabilità da informazioni inesatte, la gestione dei sistemi di centralizzazione dei rischi alle attività pericolose (art. 15); dunque, i gestori potranno fornire la prova liberatoria dimostrando che hanno adottato le cautele necessarie ad evitare il danno; l’unica strada percorribile per il soggetto (persona fisica o giuridica) che veda i propri dati illegittimamente inseriti nella banca dati è rivolgersi alla banca o all’intermediario che ha effettuato la segnalazione.

Vedi Policella, *Il codice deontologico sui sistemi di informazione creditizia*, Danno e responsabilità, 2005, 3, 263 ss.

²⁷² Cfr decisione Abf, Collegio di Napoli, del 18.04.2013 n. 2051, dove viene accolta la richiesta di cancellazione delle segnalazioni nel SIC.

²⁷³ Sul punto vedi le decisioni dell’Arbitro bancario finanziario (Collegio di Milano) nelle quali il rifiuto del credito viene considerato come un possibile effetto delle illegittime segnalazioni nei sistemi di referenza creditizia; in particolare cfr la decisione n. 1452 del 09.05.2012 (dove si dice che “l’iscrizione al Crif ha comportato la difficoltà dell’interessato ad ottenere un nuovo finanziamento”); n. 709 dell’08.04.2011; n. 2557 del 25.11.2011; n. 241 del 16.04.2010. Nell’ultima pronuncia, in particolare, si afferma che “è peraltro evidente che, nel caso di erronea segnalazione in una centrale rischi, la banca – attestando la non affidabilità di un soggetto in realtà meritevole di tutela – ne compromette la reputazione di “buon pagatore”, precludendo o rendendo più oneroso l’accesso al credito”.

A tale proposito, la disciplina del Testo unico bancario sembrerebbe suggerire una soluzione volta a salvaguardare il finanziatore (che non eroga il finanziamento) da una simile responsabilità.

Il fatto che venga prescritto il diritto del consumatore ad essere informato sia nel caso in cui il rifiuto dipenda dalla consultazione di una banca dati, sia quando il finanziatore procede ad una segnalazione negativa sulla sua “reputazione economica”, nonché la previsione secondo cui i finanziatori sono tenuti ad assicurare che le informazioni comunicate alle banche dati siano esatte e aggiornate²⁷⁴, sembrano in qualche modo limitare la questione al rapporto tra chi fa la segnalazione e il soggetto che la “subisce”, escludendo che possa profilarsi un dovere (obbligo) della banca che attinge al sistema di referenza creditizia di controllare la correttezza dell’operato del creditore professionale che ha inserito i dati (erronei) sui quali si è basata l’istruttoria relativa alla richiesta di credito poi negata.

Per quanto riguarda i rimedi esperibili dal soggetto che veda lesa la propria reputazione (finanziaria) a causa delle erronee informazioni inserite in una banca dati, le alternative sono tre; questi potrà ricorrere all’Arbitro bancario finanziario²⁷⁵, visto che il Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi di informazione creditizia oggi è direttamente applicabile da parte di tale organo in virtù del richiamo esplicito contenuto nell’art. 3 - Sez. VI delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari emanate dalla Banca d’Italia²⁷⁶.

Potrà, inoltre, rivolgersi al Garante per la protezione dei dati personali²⁷⁷, o seguire la strada della tutela giurisdizionale.

²⁷⁴ Sull’obbligo di comunicazione, e le relative modalità, vedi Abf, Collegio di Napoli, decisioni del 21.05.2013 n. 2816; del 18.04.2013 n. 2051.

²⁷⁵ Vedi decisioni del Collegio di Napoli del 12.06.2013 n. 3216 e n. 3198.

²⁷⁶ Nello stesso senso l’Abf, Collegio di coordinamento, decisione del 24.09.2012 n. 3089.

²⁷⁷ L’art. 141 del d.lgs. n. 196/2003 prevede tre distinti strumenti: il reclamo, il ricorso e la segnalazione. Numerose sono le pronunce su ricorso che si registrano in materia di credito ai consumatori e in particolare quelle concernenti le illegittime segnalazioni – sia nella Centrale Rischi della Banca d’Italia che in quelle private –; tuttavia, bisogna segnalare che generalmente l’istanza viene rigettata, perché ritenuta inammissibile o infondata, visto che in genere il risultato richiesto dal soggetto “vittima” della (presunta) segnalazione illegittima viene ottenuto in via amministrativa attraverso atti interni della medesima Autorità che prescrive i comportamenti da tenere per rimuovere gli effetti pregiudizievoli delle informazioni illegittime (vedi provved. n. 181 dell’08.04.2013; n. 67 del 23.02.2012; n. 194 del 10.05.2011; n. 239 del 15.06.2011; infine il provv. dell’08.03.2007 in materia di accessi abusivi alla CR della Banca d’Italia; tutti i provvedimenti del Garante sono consultabili sul sito www.garanteprivacy.it).

Da ultimo, è opportuno osservare che la segnalazione nelle centrali rischi oltre che venire in rilievo nella fase di valutazione del merito di credito – e quindi avendo in concreto dei riflessi sulla concessione del prestito –, ha a sua volta rilievo con riguardo all'indebitamento irresponsabile e, ancora prima, all'inadempimento²⁷⁸.

8. Le informazioni false date dal consumatore

Come si è accennato, la verifica del merito creditizio del consumatore, prescritta dall'art. 124 *bis* Tub, deve avvenire sulla base di "informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso, e ove necessario, consultando una banca dati pertinente".

Non sembra che il legislatore abbia attribuito ad alcuna delle modalità attraverso le quali procedere alla valutazione carattere prevalente rispetto all'altra²⁷⁹, lasciando al creditore la scelta sul concreto *modus operandi* dell'accertamento sulla meritevolezza finanziaria. Questi potrà (alternativamente) procedere alla verifica ora richiedendo le relative informazioni al consumatore, ora consultando una banca dati pertinente.

Di certo, in questa seconda ipotesi, la condotta del finanziatore risulterà più prudente, rispettosa del principio del *responsible lending*, riducendo il rischio della mancata restituzione delle somme.

Tuttavia, è ben possibile che il finanziatore decida di concludere il contratto con il consumatore in seguito ad un'indagine del merito creditizio basata esclusivamente sulle informazioni dal medesimo fornite, informazioni che non necessariamente risulteranno veritiere²⁸⁰.

Qui ci si soffermerà proprio sul caso in cui il consumatore, in sede di verifica del suo merito creditizio (nonché durante l'espletamento del servizio di assistenza/consulenza che grava sull'operatore bancario), adotti un comportamento

²⁷⁸ In questo senso Gorgoni, Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori, cit, 755 ss; Mazzeo, La verifica del merito di credito, cit, 860 ss, afferma che "l'iscrizione nelle centrali rischi quali cattivi pagatori è un fatto di per sé in grado di compromettere definitivamente la già precaria situazione di chi era stato costretto a richiedere un finanziamento".

²⁷⁹ Cfr De Poli, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 48; *Id.*, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss.

²⁸⁰ Cfr Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 285.

contrario alle regole della correttezza e non rispettoso della diligenza che dovrebbe accompagnarsi ad una responsabile assunzione delle obbligazioni (*responsible borrowing*)²⁸¹.

Ma si tratterà in questo caso di un comportamento altresì fraudolento, che – avuto riguardo almeno alla disciplina generale del contratto – dovrebbe condurre, sussistendone i presupposti, all’annullamento del contratto per dolo.

Infatti, ove nell’ambito del servizio di assistenza e consulenza e/o della verifica del merito creditizio – che, come si è detto, si pone in stretta connessione con tale attività, talvolta rimanendone assorbita –, i chiarimenti (adeguati) dati dal finanziatore fossero calibrati su dati non corrispondenti alla reale situazione finanziaria del consumatore, si assisterebbe alla conclusione di un contratto non adatto al profilo economico del cliente.

In tale ipotesi, verrebbe in evidenza il comportamento del debitore che, alterando le notizie relative alla propria condizione economica, legittimerebbe l’affidamento del prestatario in ordine alla sua capacità di far fronte agli impegni assunti, inducendolo a fargli credito.

È chiaro che in simili circostanze non ci si trova di fronte ad un consumatore sprovveduto, inconsapevole dell’esposizione debitoria accumulata, che in qualche modo, nel chiedere ancora credito, fa affidamento sul “risponso” che gli darà il finanziatore.

Al contrario, si tratterà di un soggetto pienamente cosciente della propria situazione economica, che, a mezzo di artifici e raggiri, riuscirà ad ottenere il credito richiesto aggravando ulteriormente la propria crisi patrimoniale.

L’ipotesi è in qualche modo considerata dalla legge.

Viene in rilievo l’art. 137, comma I *bis*, Tub, nel quale sembra rientrare la condotta del debitore nell’ipotesi considerata.

Tale previsione punisce²⁸², “(salvo che il fatto costituisca reato più grave) chi, al fine di ottenere concessioni di credito per sé o per le aziende che amministra, o di mutare

²⁸¹ Vedi De Chiara, *La verifica del merito creditizio*, cit, 1869 ss; Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit, 755 ss.

²⁸² In particolare si prevede la reclusione fino ad un anno e la multa fino ad euro 10.000. Nel caso in cui le notizie o i dati falsi siano forniti ad un intermediario finanziario si applica la pena dell’arresto fino ad un anno o dell’ammenda fino ad euro 10.000.

le condizioni alle quali il credito venne prima concesso, fornisce dolosamente ad una banca notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria delle aziende comunque interessate alla concessione del credito”.

Sebbene essa faccia riferimento soltanto a notizie (dolosamente fornite) e a dati falsi riguardanti aziende (interessate alla concessione del credito), deve ritenersi che anche il consumatore possa essere destinatario delle sanzioni ivi previste, atteso che soggetto attivo della condotta è, in base alla disposizione in esame, colui che agisce “al fine di ottenere concessioni di credito per sé”, oltre che per le aziende che amministra²⁸³.

Bisogna chiedersi, tuttavia, se il comportamento fraudolento del consumatore in tale ipotesi, possa ritenersi determinante del consenso del prestatore²⁸⁴, considerato che questi non solo è controparte avveduta e in grado di effettuare autonome verifiche sulla situazione patrimoniale dell’aspirante prestatario, ma vi è altresì obbligato dalla legge.

Pur se non si può imporre al finanziatore l’obbligo di consultare necessariamente un sistema di referenza creditizia, è ragionevole aspettarsi che egli quanto meno provveda a “controllare diligentemente la qualità dei dati” utilizzati nel corso dell’istruttoria, in modo da accertarne la veridicità²⁸⁵.

Solo ove, in seguito ad un simile accertamento (diligentemente eseguito), il debitore continui ad apparire affidabile, non avendo il finanziatore scoperto gli artifici ed i raggiri posti in essere dalla controparte (ipotesi in verità assai poco verosimile), potrebbe riconoscersi al finanziatore la possibilità di esperire l’azione generale di annullamento del contratto per dolo; tutt’al più, trattandosi di dolo incidente, potrebbe ricorrersi all’art. 1440 c.c..

²⁸³ Specularmente, il comma II della medesima disposizione punisce (con l’arresto da sei mesi a tre anni e con l’ammenda fino a euro 10.329), “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi svolge funzioni di amministrazione o di direzione presso una banca o un intermediario finanziario, nonché i dipendenti di banche o intermediari finanziari che, al fine di concedere o far concedere credito ovvero di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso ovvero di evitare la revoca del credito prima concesso, consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido”.

²⁸⁴ Come si avrà modo di vedere il rimedio dell’annullamento è pacificamente ammesso dall’Arbitro bancario finanziario, le cui decisioni, tuttavia, si occupano del caso in cui la relativa domanda sia proposta dal consumatore a fronte del comportamento fraudolento del finanziatore.

²⁸⁵ Così De Poli, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 48; *Id.*, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss.

9. La concessione di credito a soggetti immeritevoli e la responsabilità del finanziatore. Possibili soluzioni

Fino ad ora si è messo in luce come la verifica del merito di credito rappresenti un'attività che la legge pone a carico del finanziatore, attività volta ad accertare la solidità finanziaria di chi presenta la richiesta di accesso al credito, la sua capacità di far fronte agli impegni assunti.

Essa non si colloca nell'ambito dell'informazione precontrattuale; si tratta di un passaggio successivo, che si pone in stretta connessione con l'obbligo di assistenza/consulenza di cui all'art. 124, comma V, Tub – con il quale talvolta finisce per coincidere -. Un'attività che, nell'ambito di un'istruttoria complessa volta ad indirizzare il consumatore all'assunzione di una scelta consapevole, sembra avere – rispetto all'informazione precontrattuale in senso stretto (quella standardizzata) – maggiore incidenza sulla conclusione del contratto, nel senso di operazione propedeutica alla sua formalizzazione.

Un'attività che, dunque, sembra racchiudere in sé un *quid pluris*, il cui significato va messo in relazione con le conseguenze che possono derivare da un indebitamento irresponsabile.

Simili considerazioni, in effetti, valgono anche rispetto al servizio di assistenza/consulenza di cui al comma V dell'art. 124 Tub, (dove, come si è detto, il riferimento alla situazione finanziaria del consumatore, nonché alle conseguenze del mancato pagamento, determinano un intreccio, talvolta indissolubile, con l'accertamento sulla meritevolezza finanziaria del richiedente il credito).

In entrambi i casi ci si trova di fronte ad un'operazione necessaria (un obbligo²⁸⁶ che il finanziatore è tenuto ad osservare in ogni caso) e che, tra l'altro, va a pieno vantaggio della banca, la quale non ha interesse a far credito a soggetti immeritevoli.

Ciò che si tenterà di fare adesso, è individuare quali conseguenze possano ricondursi alla violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio, e in quali casi la condotta del finanziatore che concede credito in modo non accorto possa tradursi in una responsabilità a suo carico.

²⁸⁶ Larocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, cit, 251.

Molti degli interrogativi ai quali si cercherà di fornire risposta sono riassunti nelle ordinanze con le quali il Tribunale d'instance d'Orléans ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali concernenti l'interpretazione della direttiva 2008/48/Ce²⁸⁷.

In particolare, il Tribunale francese ha interpellato il Giudice di Lussemburgo in ordine alle conseguenze derivanti dal mancato assolvimento da parte del creditore dei propri obblighi (precontrattuali di informazione o) di valutazione della solvibilità del consumatore – chiedendo nella specie se tale condotta possa costituire una pratica commerciale sleale (soluzione, come si vedrà, già prospettata in dottrina) –.

In secondo luogo, il Tribunal d'instance d'Orléans ha domandato “se il mancato rispetto degli obblighi (di informazione precontrattuale o) di valutazione della solvibilità del consumatore [...] non consenta al creditore di procedere al recupero delle somme rimaste inascolte nei confronti del debitore, il cui inadempimento può essere conseguenza di quello degli obblighi del creditore”; su tale aspetto ci si soffermerà in seguito.

Sebbene nell'ordinanza di remissione la violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio sia considerata unitamente alla violazione delle prescrizioni sull'informazione precontrattuale, qui si darà conto soltanto della prima questione, atteso che si è escluso che l'accertamento sulla meritevolezza finanziaria del consumatore possa ricomprendersi tra gli obblighi informativi, avvicinandosi piuttosto al servizio di assistenza/consulenza di cui all'art. 124, comma V, Tub.

Come si è accennato, l'indagine sarà condotta sul piano interpretativo, ricorrendo anche alle regole generali che governano il diritto delle obbligazioni, visto che nessuna indicazione ci ha fornito il legislatore a tale riguardo.

Ma, prima di addentrarsi nelle maglie della responsabilità, è opportuno capire quando in concreto si configuri una violazione dell'art. 124 *bis* Tub.

È chiaro che l'accertamento sulla solvibilità del consumatore viene in rilievo in primo luogo con riguardo alla decisione della banca di erogare o meno le somme. Se può ragionevolmente ritenersi che l'istruttoria sulla posizione finanziaria del richiedente sia un elemento che condiziona la scelta (del finanziatore) di concludere il contratto, visto che non ci sarà interesse ad essere creditore di chi non potrà restituire le somme, essa, d'altra parte non arriva a limitare (dal punto di vista giuridico) la libertà

²⁸⁷ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta il 30.05.2013 (causa C-298/13), sopra cit.

negoziale del prestatore, che, ove si trovi di fronte un soggetto “*in bonis*”, sarà pienamente libero di scegliere se concludere il contratto o meno²⁸⁸.

Al riguardo non può farsi a meno di rilevare che la concessione di credito è un’attività discrezionale della banca, che rientra a pieno titolo nelle *policies* aziendali, in ordine alla quale – se svolta nel rispetto della diligenza professionale – non dovrebbe essere ammesso alcun sindacato.

Tale affermazione – condivisa in dottrina²⁸⁹ – si legge anche in numerose decisioni dell’Arbitro bancario finanziario²⁹⁰, nelle quali, tutt’al più, viene riconosciuta la responsabilità precontrattuale della banca nelle ipotesi in cui, a seguito di una istruttoria completa svolta nell’ambito di trattative avanzate che abbiano ingenerato l’affidamento del richiedente all’ottenimento del credito, quest’ultimo venga infine negato.

Ma fin qui la risposta appare in linea sia con il rispetto della discrezionalità della banca (che non può essere obbligata a concedere credito a chiunque lo chieda) sia con le regole in tema di responsabilità precontrattuale, riconoscendosi al consumatore un risarcimento non per il denegato credito ma per l’affidamento deluso, in violazione dei doveri di cui all’art. 1337 c.c..

Diverso è configurare un obbligo di astensione della banca dal concedere credito a soggetti che, in esito all’indagine sulla meritevolezza finanziaria, siano risultati non

²⁸⁸ Vedi Mirone, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, Banca borsa titoli di credito, 2010, 557 ss (592).

Interessanti in proposito le affermazioni contenute nel testo (non definitivo) della direttiva in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (e recante modifica della direttiva 2008/48/Ce), approvato il 10 settembre 2013, sopra cit, dove si afferma che “la decisione del creditore sulla opportunità di concedere credito dovrebbe essere coerente con l’esito della valutazione del merito creditizio”, ma, d’altra parte, si aggiunge che “una valutazione positiva del merito di credito non dovrebbe tradursi nell’obbligo per il creditore di erogare il credito” (considerando 57).

²⁸⁹ Falcone, *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, cit, 82, parla di responsabilità precontrattuale per diniego. Vedi Anelli, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell’erogazione del credito*, cit, 138.

²⁹⁰ In questo senso si è espresso il Collegio di Roma, nelle decisioni n. 437 del 26.05.2010, n. 300 del 02.02.2012, n. 2625 del 30.07.2012, e n. 289 del 14.01.2013.

Più in generale, nelle decisioni suddette, viene ribadita l’assenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un obbligo di concedere credito, rimarcando, tuttavia, come in ogni caso l’erogazione debba avvenire nel rispetto – oltre che degli specifici parametri cui è soggetta l’attività bancaria – dei principi di buona fede e correttezza.

Vedi anche la decisione n. 1577 del 15.05.2012 del Collegio di Napoli, nonché la n. 2159 del 14.10.2011 del Collegio di Roma.

Tale orientamento si può leggere pure nella relazione dell’Area Vigilanza Bancaria e Finanziaria – Servizio Rapporti Esterni e Affari Generali – Divisione rapporti tra intermediari e clienti della Banca d’Italia, che riassume i “Principi e Raccomandazioni contenuti nelle decisioni dell’A.B.F.” (sopra cit).

solvibili. Ed ancora, “ribaltare” sul finanziatore in qualche modo la responsabilità della successiva insolvenza del finanziato.

In dottrina, a tale proposito, si è parlato addirittura di un divieto legale (del finanziatore) di contrarre²⁹¹ ove ravvisi situazioni finanziarie non solide, nell’espletamento dell’obbligo di prestare consulenze (quindi con riferimento all’informazione di cui all’art. 124, comma V, Tub) e di un conseguente divieto implicito di concludere contratti “non sostenibili in relazione alle capacità reddituali del soggetto”, configurando, dunque, un obbligo di astensione in capo alla banca.

Tale ricostruzione appare condivisibile; invero, la circostanza che il legislatore abbia posto, in capo al soggetto nei confronti del quale sia presentata una richiesta di credito, un obbligo di accertare il merito creditizio dell’istante, nel quadro di un più complesso servizio che abbiamo definito di assistenza/consulenza, porta a ritenere la sussistenza di un siffatto divieto (che trova anch’esso la propria fonte nel dettato della legge), avente ad oggetto l’erogazione del credito qualora il risultato della verifica attesti la possibile incapacità di restituire le somme ricevute.

Quindi, l’interrogativo al quale qui si cercherà di fornire una risposta attiene alla responsabilità ascrivibile al finanziatore che si determini a concedere credito ad un soggetto che, in esito all’istruttoria, si riveli incapace di far fronte agli obblighi assunti; condotta questa che si traduce in ultima istanza in una violazione dell’art 124 *bis* Tub.

In generale, è irragionevole pensare che nel caso in cui tale accertamento dia esito negativo, la banca proceda alla conclusione del contratto; e in ogni caso non è questa la sede per occuparsi degli “escamotage” ai quali essa può ricorrere al fine di compensare il rischio della mancata restituzione (come ad esempio l’applicazione di tassi di interesse elevati²⁹² o la previsione di un piano di rimborso non troppo dilatato nel tempo).

Né tanto meno si può imputare al finanziatore, che in seguito ad una regolare verifica del merito di credito si sia determinato nel concedere il prestito ad un soggetto fino a quel momento solvibile, la sopravvenuta impossibilità del debitore di restituire le

²⁹¹ Così Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit, 221.

²⁹² Cfr Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit 252; De Poli, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 48; *Id.*, *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss.

somme, profilo che si intreccia con quello del comportamento tenuto dal debitore nell'assunzione del debito e sul quale ci si soffermerà in seguito.

Dunque, per quanto qui interessa, l'ipotesi in cui può configurarsi una responsabilità della banca per violazione dell'art. 124 *bis* Tub si riduce a tutti quei casi in cui il finanziatore, violando le regole della diligenza professionale e ancora prima il principio di buona fede, si determini a concedere il credito in seguito ad una verifica del merito creditizio che risulti sommaria, incompleta e non attenta, magari basata sulle sole informazioni fornite dal consumatore – eventualità quest'ultima che non sembra si possa escludere stando al testo della legge, che considera la consultazione della banca dati come uno "strumento" cui ricorrere solo *ove necessario*²⁹³, ma che può tradursi in un'inosservanza della diligenza ove chi eroga le somme non proceda ad una verifica di tali dati –; o comunque non tenga in conto (o tenga in scarso conto) le risultanze (negative) della verifica eseguita.

Si è detto che il legislatore non si è occupato dei rimedi cui ricorrere nel caso in cui si conceda credito in violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio nei termini delineati.

Nemmeno nell'ambito della disciplina sulle sanzioni contenuta nel titolo VIII del Testo unico bancario si menziona espressamente l'art. 124 *bis* tra le disposizioni la cui inosservanza comporta conseguenze per così dire pubblicistiche che consistono nell'irrogazione di sanzioni da parte delle autorità di vigilanza – tra le quali, invece, vi è l'art. 124 –²⁹⁴.

L'unica traccia che si ravvisa nel testo normativo è l'art. 137 Tub, rubricato "mendacio e falso interno" che, come si è visto, al II comma, sanziona (con l'arresto o l'ammenda), qualora il fatto non costituisca più grave reato, chi svolge funzioni di amministrazione o di direzione presso una banca o un intermediario finanziario, nonché i dipendenti di banche o intermediari, se al fine di concedere o far concedere credito ovvero di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso, consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi [...] sulla situazione economica,

²⁹³ Come si è visto l'interrogativo in ordine necessità o meno per il finanziatore di ricorrere alla banca dati è oggetto di una delle questioni che il Tribunal d'instance d'Orléans ha posto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

²⁹⁴ Vedi art. 144, comma III, Tub.

patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido²⁹⁵. Ma tale disposizione non riguarda (direttamente) la violazione dell'art. 124 *bis* Tub, o per lo meno i profili che rilevano ai fini della presente indagine.

Sempre sotto il profilo pubblicistico, è possibile, poi, che una condotta come quella qui considerata si traduca in una violazione della diligenza della banca, nel senso di violazione dei principi prudenziali volti al contenimento del rischio di credito²⁹⁶.

Venendo alle conseguenze che sul piano civilistico possono ricondursi alla condotta del finanziatore che eroga credito in maniera poco accorta, senza tenere conto dell'opinione che non ritiene configurabile alcuna responsabilità in capo alla banca che accordi il prestito senza una preventiva verifica circa la solvibilità del soggetto o, comunque, avendo condotto tale verifica in via approssimativa o addirittura proceda in presenza di un riscontro negativo, che denoti la "non meritevolezza finanziaria" (ipotesi nella quale sarebbe ravvisabile esclusivamente una violazione del principio di sana e prudente gestione, sanzionabile dalle autorità di vigilanza)²⁹⁷, si registrano diverse teorie.

Nell'ambito dei rimedi contrattuali "generali", non sembrano esservi difficoltà nell'ammettere il ricorso all'annullamento del contratto per vizio del consenso, in particolare ove ricorrano i presupposti dell'errore e del dolo.

²⁹⁵ In realtà la norma sembrerebbe riferita alla concessione di credito all'impresa (visto che testualmente fa riferimento al notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido); ma, a parte questo, essa nulla ci dice sulle conseguenze privatistiche della concessione irresponsabile del credito. Le condotte qui considerate, tra l'altro, non sono contemplate, come si è detto, dall'art. 144 Tub.

²⁹⁶ Cfr le Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, emanate con la circolare n. 263 del 2006 (come da ultimo aggiornata) della Banca d'Italia; nonché il paragrafo 2 del titolo XI delle Istruzioni di vigilanza sopra citate.

²⁹⁷ Cfr De Poli, *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss; *Id*, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 33 ss; Mirone, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, cit, 592; In forza di tale tesi, potrebbe tutt'al più configurarsi la responsabilità precontrattuale per rottura ingiustificata delle trattative, nel caso in cui il rifiuto del credito sia fondato su informazioni inadeguate - ricostruzione che non appare del tutto chiara, specie in ordine alle informazioni inadeguate che giustificerebbero il rifiuto, sulle quali non è dato sapere da chi sono fornite -.

Invero, ove si trattasse di informazioni fornite dal consumatore sarebbe contraddittorio poi tutelare quest'ultimo con il risarcimento del danno precontrattuale; ove le informazioni fossero quelle attinte da una banca dati, si aprirebbe la questione della responsabilità di chi le ha inserite nel sistema.

Tale soluzione è stata confermata dall'Arbitro bancario finanziario, che ha ammesso in principio l'annullamento di un contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c. nei casi di raggiro o errore ai danni del cliente²⁹⁸.

Ma il ricorso all'azione generale di annullamento del contratto non appare risolutivo nella presente analisi; ove si considerino le peculiarità con cui in concreto può atteggiarsi la valutazione del merito creditizio, e il fatto che possono venire in rilievo comportamenti scorretti della banca, dovrà ammettersi che non sarà facile dimostrare che il finanziatore abbia tenuto un contegno nel quale siano ravvisabili gli artifici e raggiri che la legge richiede affinché possa domandarsi l'annullamento del contratto.

È stato poi sostenuto che la condotta tenuta dal finanziatore in sede di verifica del merito creditizio potrebbe integrare gli estremi di una pratica commerciale scorretta (ingannevole)²⁹⁹.

In realtà neppure tale strada, pur in astratto percorribile, appare efficace ai fini della tutela del consumatore: ravvisando i presupposti applicativi dell'art. 20 cod. cons. (cioè la sussistenza di un comportamento contrario alla diligenza professionale ed idoneo a falsare il comportamento economico del consumatore medio, inducendolo in errore o comunque facendogli prendere una decisione commerciale che non avrebbe preso), non sarebbe garantita una tutela più intensa al consumatore finanziato, se non

²⁹⁸ Vedi Collegio di Milano, decisione n. 1017 del 17.05.2011, nella quale, invero, si trattava di un'ipotesi che ricadeva nell'ambito applicativo del II comma dell'art. 1439 c.c., atteso che i raggiri erano stati posti in essere da un terzo (l'intermediario); ma anche Collegio di Milano, decisione n. 936 del 29.03.2012, che, nel caso di specie, non ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'annullamento del contratto. Secondo il Collegio, che richiama la decisione n. 1017 appena citata, "l'annullamento del contratto *de quo* per dolo ex art. 1439 c.c. postula che sia data prova del raggiro – che, nel caso di trattative precontrattuali, si estrinseca nelle modalità di offerta e presentazione dell'operazione di finanziamento, intenzionalmente poco chiare e fuorvianti, nonché aggressive del promotore – nonché della caduta in errore del cliente [...]. Oppure, qualora si verifichi la domanda di annullamento ex art. 1429 c.c., occorre che sia stata data prova dell'errore della cliente e della sua riconoscibilità da parte della banca".

²⁹⁹ Cfr Consiglio di Stato, sez. VI, 22.06.2011, n. 3763, consultabile su Dejure, banca dati digitale, resa su ricorso in appello avverso una decisione del TAR Lazio, dinanzi al quale era stato impugnato un provvedimento dell'Agcom che aveva accertato e sanzionato pratiche commerciali scorrette relative, tra l'altro, all'offerta di strumenti creditizi; vedi anche 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*, cit, 257 ss; Larocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, cit, 231 ss; contra Mirone, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, cit, 591; sulla possibilità di configurare pratiche commerciali scorrette atipiche, vedi Meli, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel <<macrosettore credito e assicurazioni>>*, Banca borsa titoli di credito, 2011, 334 ss.

quella amministrativa di cui all'art. 27 cod. cons. – che potrebbe affiancarsi ad altro rimedio eventualmente esperibile –.

Tra le teorie elaborate dagli studiosi in ordine all'inosservanza (da intendersi anche come inadeguata diligenza nell'esecuzione) dell'obbligo di verifica del merito creditizio, nessuna prende in considerazione la nullità del contratto³⁰⁰.

In effetti la fattispecie qui esaminata non sembra integrare le ipotesi nelle quali il Giudice di Legittimità ha ritenuto ammissibile il rimedio invalidatorio; invero, qui non si configura né la violazione di una norma imperativa riguardante il contenuto strutturale del contratto, i suoi elementi essenziali, né tanto meno è ravvisabile un'espressa previsione in tal senso³⁰¹.

Interessante sul punto, è una recente sentenza del Tribunale di Cagliari del 21.03.2013³⁰², che si discosta nettamente dai principi affermati dalla Corte di Cassazione. Tale pronuncia, dopo aver affermato, seguendo un ragionamento un po' contorto, che la nullità può essere la conseguenza del mancato assolvimento degli obblighi informativi gravanti sugli intermediari del credito – richiamando impropriamente l'art. 117, comma VIII, Tub, che in realtà attribuisce alla Banca d'Italia la possibilità di prescrivere che alcuni contratti abbiano un contenuto determinato prevedendo la nullità per quelli difformi³⁰³ –, ricorda che essa può derivare dalla violazione di norme imperative e fa rientrare tra queste ultime le “disposizioni in materia di gestione del credito”.

Tesi suggestiva ma in aperto contrasto con le note posizioni della Suprema Corte. Le norme “in materia di gestione del credito”, tra le quali ben potrebbe rientrare l'art. 124 *bis* Tub, ancorché ritenute imperative, contengono pur sempre una regola di comportamento impositiva di un obbligo in capo al finanziatore (quello appunto di

³⁰⁰ Dello stesso avviso sembra essere l'Arbitro Bancario Finanziario (Collegio di Napoli) nella decisione n. 3320 del 10.10.2012, nella quale, pur non facendo espresso riferimento alla nullità, si afferma che “il quadro normativo di riferimento – nello specifico l'art. 124 *bis* del T.u.b., anche se non applicabile *ratione temporis* – in nessun caso può risultare di conforto per soluzioni, quali quelle contenute nella domanda di parte [che, invero, chiedeva impropriamente che venisse dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato] direttamente incidenti sugli effetti di contratti negoziati con genuinità del volere dal cliente, pur quando sovraindebitato”.

³⁰¹ Cfr Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit, 768.

³⁰² Su www.ilcaso.it.

³⁰³ Nella decisione si legge testualmente che “le conseguenze del mancato assolvimento agli obblighi informativi gravanti sugli intermediari del credito sono la nullità del contratto ai sensi dell'art. 117 co. 8 Tub e cioè la nullità testuale per effetto della violazione delle disposizioni della Banca d'Italia per determinati tipi di contratti [...] oltre che la nullità per violazione di norme imperative (disposizioni in materia di gestione del credito)”.

accertare la meritevolezza finanziaria del consumatore e di non concedere il credito in caso di esito negativo dell'indagine), obbligo dalla cui violazione non può in alcun modo conseguire la nullità del contratto.

Priva di fondamento sembra, poi, l'idea – astrattamente ipotizzabile – secondo cui la verifica del merito di credito, in quanto operazione essenziale rispetto al contratto, possa in qualche misura essere ricondotta alla causa dell'operazione. Tale ricostruzione sarebbe ammissibile individuando la causa concreta del contratto nell'aver a disposizione il denaro necessario alla soddisfazione di un bisogno di consumo e ritenendo che lo scopo ultimo perseguito dal consumatore vada a coincidere con quello che è lo schema causale astratto della fattispecie – denominata dal legislatore stesso credito ai consumatori, nonostante nella definizione di cui all'art. 121 Tub non vi sia alcun riferimento alla causa di consumo –.

In quest'ottica, la concessione di credito ad un soggetto immeritevole potrebbe integrare una fattispecie negoziale priva di causa; ciò ancora di più ove si prendesse in considerazione l'art. 1813 c.c. sul contratto di mutuo, che fa rientrare nell'ambito della causa astratta di tale negozio l'obbligazione di restituire il denaro ottenuto.

Ma la tesi appare tanto suggestiva quanto azzardata, sussumendo nella causa del contratto l'adempimento delle obbligazioni che ne derivano.

L'opinione più accreditata è quella secondo cui la condotta della banca potrebbe ritenersi contraria ai doveri di correttezza e buona fede che informano l'intera disciplina dei contratti³⁰⁴.

In quest'ottica, sarebbe configurabile una classica ipotesi di responsabilità risarcitoria ex art. 1337 c.c., pienamente compatibile, secondo una visione generalmente accolta, con un contratto validamente concluso³⁰⁵.

Tale soluzione, peraltro, è stata avallata dall'Arbitro bancario finanziario, che in molte decisioni ha rilevato come l'erogazione del credito – pur non configurandosi mai come un obbligo in capo alla banca – debba avvenire nel rispetto, oltre che degli

³⁰⁴ Cfr Stanghellini, *Il credito <<irresponsabile>> alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit, 402.

³⁰⁵ Cfr Febbrajo, *La <<nuova>> responsabilità precontrattuale*, Rivista di diritto privato, 2011, 2, 195 ss; Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit, 35 ss; *Id.*, *La nuova responsabilità civile*, cit, 190 ss; per altri riferimenti, si rinvia a Cian Trabucchi, Commentario breve al codice civile, decima edizione, Cedam, 1396; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 19.12.2007, nn. 26724 e 26725, entrambe su Danno e responsabilità, 2008, 536 ss.

specifici parametri che informano l'attività bancaria, dei principi di buona fede e correttezza³⁰⁶.

La tesi della responsabilità precontrattuale del finanziatore che concede credito in violazione del disposto dell'art. 124 *bis* Tub, in astratto condivisibile, non tiene conto delle considerazioni sopra svolte in ordine alla verifica del merito creditizio quale passaggio successivo e autonomo rispetto alle informazioni precontrattuali; ricostruzione che ne mette in evidenza il legame con l'obbligo di assistenza/consulenza di cui all'art. 124, comma V, Tub.

Sembra, pertanto, opportuno individuare una soluzione che risulti più adeguata alla fattispecie considerata, coerente con l'inquadramento dell'indagine sulla solvibilità del cliente sopra prospettato.

Interessanti – e sotto certi aspetti più aderenti alla specificità dell'indagine – sono le teorie che attribuiscono rilevanza alla circostanza che la banca, in quanto soggetto appartenente al novero degli operatori legittimati a svolgere le attività di cui all'art. 10 Tub, sarebbe tenuta ai c.d. "obblighi da *status*", ai quali si è accennato sopra³⁰⁷.

Si tratterebbe di obblighi in qualche misura supplementari rispetto a quelli derivanti dal contratto, alla violazione dei quali potrebbe ricollegarsi la responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), ove essa avvenga nell'ambito di un sottostante rapporto contrattuale, ma altresì ravvisabili anche fuori e prima della stipula di un contratto tra le parti ed avente titolo nella obbligazione di protezione che lo *status* comporta.

Si è parlato in proposito di obbligazioni senza prestazione (di fonte atipica), volendo riferirsi all'obbligo sorto in forza dell'affidamento riposto nella posizione che un determinato soggetto ha nel "mercato" (appunto dovuta al suo *status*) e dalla quale deriverebbe un'obbligazione di protezione.

In realtà la teoria non si discosta da quella relativa agli obblighi di protezione e/o accessori di prestazione ³⁰⁸; l'unica distinzione è ravvisabile nella fonte

³⁰⁶ In questo senso si è espresso il Collegio di Roma, nelle decisioni n. 437 del 26.05.2010, n. 300 del 02.02.2012, n. 2625 del 30.07.2012, e n. 289 del 14.01.2013; tale orientamento si può leggere pure nella nota dell'Area Vigilanza Bancaria e Finanziaria – Servizio Rapporti Esterni e Affari Generali – Divisione rapporti tra intermediari e clienti della Banca d'Italia, che riassume i "Principi e Raccomandazioni contenuti nelle decisioni dell'A.B.F.", cit.

Più in generale, nelle decisioni suddette, viene ribadita l'assenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un obbligo di concedere credito, rimarcando, tuttavia, come in ogni caso l'erogazione debba avvenire nel rispetto – oltre che degli specifici parametri cui è soggetta l'attività bancaria – dei principi di buona fede e correttezza.

³⁰⁷ Sul punto cfr. Falcone, *Prestito <<responsabile>> e sovraindebitamento del consumatore*, cit, 648.

³⁰⁸ Vedi Venosta, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, Rivista di diritto civile, 2011, 6, 839 ss.

dell'obbligazione, che se in quest'ipotesi è lo *status* del soggetto banca (sebbene poi in molti casi possano ravvisarsene delle tracce in tutte quelle disposizioni che enunciano regole di comportamento e principi generali cui le banche devono conformarsi, inclusa la clausola generale della buona fede), nell'altra viene individuata attraverso il principio (obbligo) di buona fede contrattuale³⁰⁹.

Tale interpretazione è stata sostenuta anche dalla Corte di Cassazione in due importanti pronunce degli anni novanta, (Cass., 13.01.1993, n. 393 e Cass., 08.01.1997, n. 72³¹⁰).

In particolare, nella prima delle sentenze citate, il Giudice di Legittimità – con argomentazioni poi riprese nella pronuncia successiva – ha individuato “nella violazione dei doveri gravanti sul soggetto banca a causa del proprio *status*” la colpa extracontrattuale, “in concreto sostanziatesi nell’omissione della gamma di cautele imposte alle aziende che esercitano il credito”.

Nel caso del contratto di credito ai consumatori la responsabilità della banca non avrebbe fonte nel contratto di credito non ancora concluso bensì nello *status* e negli obblighi di protezione che ne derivano nella fase precontrattuale “di contatto” con il potenziale cliente.

Invero, si è già osservato che non appare opportuno configurare la verifica del merito creditizio come un obbligo destinato ad esaurire i propri effetti esclusivamente sul versante pubblicistico, atteso che si tratta di un’attività preliminare alla conclusione del contratto che trova la sua fonte nella legge e che sebbene sia espressione dei più generali doveri (obblighi) di comportamento che la banca deve rispettare nell’esercizio della sua attività – dunque connesso all’equilibrio del sistema e al contenimento del rischio di credito – assume una rilevanza diversa e più marcata, andando a incidere sul singolo regolamento contrattuale e sulla complessiva esposizione debitoria del consumatore.

³⁰⁹ Sulla distinzione tra obblighi da *status* e obblighi di protezione che trovano la loro fonte nella buona fede vedi Gaggero, *Responsabilità della banca*, cit, 268. Nega la configurabilità di responsabilità “ulteriori e additive”, quali gli obblighi da *status*, Carriero, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, cit, 505 ss.

³¹⁰ La prima consultabile su Banca borsa titoli di credito 1994, parte II, 258 ss, con nota di Marzona, *Lo status (professionalità e responsabilità) dell’impresa bancaria in una recente sentenza delle Cassazione*; l’altra sulla medesima rivista, 1997, parte II, 653 ss, con nota di Scognamiglio, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*. Nessuna delle pronunce in questione riguarda direttamente l’erogazione del credito, in entrambi i casi – pur se con modalità differenti – si trattava di fattispecie riguardanti l’emissione di assegni privi di provvista.

10. La responsabilità “da contatto sociale”

Fin ora ci si è soffermati sulle varie ricostruzioni proposte in dottrina con riguardo alla responsabilità del finanziatore che concede credito in violazione dell'art. 124 *bis* Tub, tutte incentrate su “rimedi” che non si ritengono invocabili nel caso considerato. La strada che appare percorribile, invece, è quella che ascrive il comportamento del finanziatore che concede credito a chi non possa restituire le somme accordate nell'ambito della responsabilità “da contatto sociale” qualificato.

Tale espressione fa riferimento a quelle condotte che si collocano “a metà strada tra contratto e torto”, ma che in realtà si traducono nella violazione di precisi doveri (obblighi) di comportamento previsti dalla legge³¹¹.

Interrogandosi sulla natura della responsabilità derivante dalla violazione di siffatti doveri, sulla scorta delle elaborazioni in materia di responsabilità precontrattuale, si giunse alla conclusione che “la responsabilità precontrattuale è solo una specie della responsabilità da violazione dell'affidamento”³¹².

È stato rilevato che “il contatto sociale può infatti dar luogo a obblighi tra le parti nella fase che precede la conclusione di un contratto (come nella responsabilità precontrattuale)”, dovendosi, tuttavia “individuare con rigore il criterio per il quale il contatto sociale, di natura non negoziale, appaia talmente significativo, da dar luogo all'obbligazione”³¹³.

In particolare, si è affermato che in tutti quei casi nei quali sia ravvisabile l'inadempimento di un'obbligazione che trovi, ai sensi dell'art. 1173 c.c., la propria fonte in ogni altro atto o fatto idoneo (a produrla) in conformità dell'ordinamento giuridico³¹⁴, viene in rilievo la responsabilità di cui all'art. 1218 c.c., come responsabilità da inadempimento di un obbligo preesistente rispetto al contratto.

³¹¹ Cfr Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit, 177 ss. L'autore, dopo essersi interrogato circa la percorribilità di una terza forma di responsabilità, finisce sostanzialmente per ricondurre alla responsabilità contrattuale quella derivante dalla violazione di obblighi altri rispetto a quelli di fonte strettamente contrattuale.

³¹² Così Castronovo, opera da ultimo cit, 199.

³¹³ In questo senso, Salvi, *La responsabilità civile*, Trattato di diritto privato a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2005, 15.

³¹⁴ Cfr Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit, 1 ss.

Nel caso dell'obbligo di verifica del merito creditizio, la fonte in questione è la legge; dunque, il presupposto da cui si partirà nel sostenere la responsabilità "contrattuale" (*sub specie* di responsabilità da "contatto sociale") del finanziatore che concede credito ad un consumatore finanziariamente immeritevole è che l'art. 124 *bis* pone in capo al creditore un obbligo che si intreccia con quello (di assistenza/consulenza) previsto dall'art. 124, comma V, Tub; tale obbligo consiste nella valutazione della situazione economica del prestatario, strumentale all'obbligo di fornire assistenza.

Invero, trattandosi di un contratto particolarmente complesso – sia per la tecnicità che caratterizza il settore bancario, che per le conseguenze che esso può avere sul patrimonio del debitore – la decisione "finale" del consumatore sarà di certo influenzata dalle valutazioni di un operatore esperto.

È ragionevole pensare che, a fronte della disponibilità della banca nel concedergli il credito, il consumatore farà affidamento sull'esito positivo degli accertamenti compiuti in ordine alla propria posizione finanziaria, manifestando la volontà di concludere il contratto (ciò nel presupposto che il consumatore sia un soggetto che opera nel rispetto del principio di correttezza, al quale non sia imputabile una condotta fraudolenta idonea ad alterare l'esito dell'istruttoria condotta dal finanziatore).

Si tratta, invero, di un obbligo espressamente previsto dalla legge, e che è espressione dello *status* dell'imprenditore bancario, della sua responsabilità sul mercato. Esso trova il proprio fondamento nel più generale principio di responsabilizzazione nell'erogazione del credito; in particolare, in base al considerando ventisei della direttiva, nell'opportunità di "promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito", in modo da non concedere prestiti "in modo irresponsabile o [...] senza preliminare valutazione del merito creditizio".

Molto interessante, sotto questo profilo, è la problematica relativa all'individuazione del cliente e la conseguente legittimazione a rivolgersi all'Arbitro bancario finanziario nel caso sopra ricordato del diniego (ingiustificato) di credito; in effetti se il contratto non viene concluso, il soggetto che vuole far valere la responsabilità precontrattuale della banca potrebbe non avere la legittimazione all'azione.

La soluzione a tale interrogativo³¹⁵ è fornita dalla Banca d'Italia che nelle Istruzioni di Vigilanza del 2009 (integrate nel 2011) sembra accogliere la teoria del c.d. contatto sociale, definendo cliente “qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in contatto con l'intermediario”.

11. Responsabilità del finanziatore e obbligazione restitutoria del debitore

È stato giustamente osservato che *“l'obbligazione ex lege, se tale è veramente, non può dirsi contrattuale. Di natura contrattuale, è però la responsabilità che ne deriva: così come per le obbligazioni nate da contratto, ogni altra obbligazione, quale che ne sia la fonte, dà adito a responsabilità della stessa natura, in quanto identico ne è il fondamento: la violazione dell'obbligo”*³¹⁶.

Seguendo tale ricostruzione, si può affermare – e lo sforzo ermeneutico non è nemmeno troppo impegnativo – che la verifica del merito di credito rappresenti un'obbligazione *ex lege* (dato innegabile visto che essa si colloca nella fase anteriore alla conclusione del contratto pur costituendo una tappa necessaria nella formazione dello stesso), la cui violazione – che appunto si traduce nella concessione di credito a soggetti immeritevoli dovuta ad una prestazione posta in essere dal finanziatore in violazione della diligenza di cui all'art. 1176, II comma c.c. – dia luogo ad un inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c., ed alla conseguente responsabilità del finanziatore nei confronti del prestatario³¹⁷.

³¹⁵ Affrontato da De Carolis, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 70 del 2011.

³¹⁶ Così si è espresso Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit, 38.

³¹⁷ Cfr Gorgoni, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, cit, 323 ss, che, nel sostenere la responsabilità da inadempimento, tenta di pervenire al medesimo risultato richiamando una nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: *Courage c. Crehan* (causa C-453/99), in forza del fatto che anche nel credito ai consumatori si tratterebbe di un contratto la cui conclusione è dipesa dalla debolezza di una delle parti della quale l'altra avrebbe approfittato.

Ove si consideri l'art. 124 *bis* quale fonte di un obbligo (appunto *ex lege*), estrapolandolo per un attimo dal contratto di credito – rispetto al quale la verifica della meritevolezza rappresenta comunque un'operazione essenziale e preliminare –, non sembrerà un'opinione del tutto priva di fondamento quella che ne riconduce la violazione nell'alveo dell'art. 1218 c.c..

In tal modo, tra l'altro, la tutela garantita al consumatore si connota per un maggiore grado di effettività, sia per quanto riguarda le regole in tema di prova che le poste di danno risarcibili.

Sotto il primo profilo, invero, il debitore dovrà limitarsi ad allegare l'inadempimento del finanziatore, senza incorrere nel più gravoso onere probatorio che caratterizza l'art. 2043 c.c. – nell'ambito del quale la giurisprudenza riconduce la violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. –.

Per quanto riguarda il danno risarcibile, la violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. si traduce nel diritto al risarcimento dell'interesse negativo, riferibile al tempo impiegato ed alle spese sostenute nelle trattative, nonché alle occasioni perdute (che possono ben sintetizzarsi nelle due voci del danno emergente e del lucro cessante, ma che derivano esclusivamente dalla lesione dell'affidamento riposto dal soggetto nella correttezza delle trattative e nella successiva conclusione del contratto), senza che venga in rilievo il "vantaggio" che avrebbe conseguito ove il contratto fosse stato concluso³¹⁸ o concluso a condizioni diverse. L'apprezzamento del c.d. interesse positivo, invece, (almeno *sub specie* di conclusione del contratto a condizioni diverse) potrebbe venire in considerazione nel caso di violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio, che si configura quale attività strumentale e propedeutica alla conclusione del contratto³¹⁹.

Ciò non esime, come si è accennato, il finanziatore dall'osservanza, nell'adempimento della suddetta obbligazione, della diligenza qualificata insita nell'esercizio della propria attività.

In realtà tale richiamo non appare giustificato sotto più profili; anzitutto, come si è detto più volte, la banca non porrebbe in essere una condotta razionale (e ragionevole) concedendo credito a chi già *ab initio* non appare solvibile (salvo il caso in cui il rischio dell'inadempimento venga neutralizzato dall'applicazione di condizioni contrattuali gravose per il prestatario); in secondo luogo, va tenuta in considerazione anche la condotta del "soggetto debole"; infine, la sentenza *Courage* riguarda violazioni delle regole poste a tutela della concorrenza.

³¹⁸ Cfr. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit. 30.

³¹⁹ Vedi Castronovo, opera da ultimo cit. 35 ss.

Invero, l'art. 1218 c.c. va letto in combinato disposto con l'art. 1176, II comma, c.c.; in tale prospettiva, il finanziatore assume il ruolo di parte passiva di un rapporto obbligatorio in cui la prestazione è la verifica del merito creditizio, alla quale corrisponde un interesse del creditore (consumatore); interesse che si identifica con una valutazione della sua meritevolezza finanziaria rispondente al parametro della diligenza e che, risulti, quindi, completa e adeguata; in tal modo il consumatore assumerà un debito (in astratto) compatibile con la sua situazione patrimoniale.

Si è detto "in astratto", perché bisogna tenere conto del fatto che l'esito positivo della verifica condotta dal finanziatore³²⁰ – e la conseguente attestazione che in quel momento ci si trovi di fronte ad un soggetto solvibile –, non esclude il sopravvenire di cause che rendano il consumatore inadempiente rispetto alle obbligazioni assunte.

Dunque, qualora ad una verifica del merito di credito non rispettosa della diligenza e della correttezza (e a monte delle regole tecniche dell'attività bancaria) consegua la concessione di credito ad un soggetto che non sarà in grado di restituire le somme ricevute, potrà configurarsi una responsabilità risarcitoria del finanziatore nei confronti del consumatore, ma purché possa ravvisarsi un danno che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., ne sia conseguenza immediata e diretta (e che sia anche prevedibile nel momento in cui il creditore effettua l'accertamento) –.

È opportuno rilevare, tuttavia, che se la soluzione della responsabilità "contrattuale" (sotto forma di responsabilità "da contatto sociale") appare percorribile in astratto, più problematica è la questione della sua concreta operatività; infatti, l'esperibilità, da parte del consumatore, di un'azione volta a far valere la responsabilità del finanziatore che abbia violato l'obbligo di verifica del merito creditizio sarà subordinata alla dimostrazione di aver subito un danno che sia conseguenza immediata e diretta di una simile condotta, danno che, fuori dal caso di dolo del finanziatore, dovrà altresì essere prevedibile, ai sensi dell'art. 1225 c.c..

Sul piano della prevedibilità del danno da parte del finanziatore non sembrano sussistere dubbi, soprattutto in forza della sua posizione "qualificata", che gli impone un'attenta opera di valutazione dei rischi sottesi all'operazione creditizia. Il creditore,

³²⁰ Sul punto cfr il testo (non definitivo) della direttiva "in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (e recante modifica della direttiva 2008/48/Ce)", approvato il 10 settembre 2013, cit, dove si afferma che "la decisione del creditore sulla opportunità di concedere credito dovrebbe essere coerente con l'esito della valutazione del merito creditizio", ma, d'altra parte, si aggiunge che "una valutazione positiva del merito di credito non dovrebbe tradursi nell'obbligo per il creditore di erogare il credito" (considerando 57).

il quale non proceda ad una valutazione della solvibilità rispettosa della diligenza, non potrà non tenere in considerazione la possibilità di un inadempimento del consumatore – ciò vale in particolar modo ove si considerino i continui riferimenti, nelle norme sugli obblighi precontrattuali, alla situazione finanziaria e alle conseguenze dell'inadempimento –.

Quanto al pregiudizio subito dal prestatario, non può escludersene la sussistenza *a priori*; anzi, può ritenersi che l'erogazione del credito si traduca, rispetto al patrimonio del consumatore non solvibile, in una perdita economica corrispondente al danno emergente; ciò appare in qualche misura confermato dalle recenti posizioni della Corte di Cassazione sulla configurabilità di tale danno anche nel caso in cui il soggetto (danneggiato) non abbia ancora compiuto un effettivo esborso, ma si sia obbligato a farlo³²¹ – situazione certamente riferibile al consumatore che, in forza del contratto di credito, sarà tenuto non solo a restituire le somme ricevute, ma a corrispondere gli interessi e pagare gli accessori inclusi nel costo del credito –.

Restando nell'ambito delle conseguenze che la condotta del finanziatore ha nella vicenda contrattuale, ci si potrebbe chiedere – prendendo spunto da una delle questioni pregiudiziali poste dal Tribunal d'instance d'Orléans alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, delle quali si è detto³²² – se ad una valutazione del merito creditizio difforme dallo standard di diligenza richiesto al finanziatore, possano ricondursi effetti “favorevoli” nei confronti del consumatore, o meglio rispetto all'obbligazione restitutoria sullo stesso gravante.

Più precisamente, bisogna capire se il debitore (consumatore) possa essere in qualche modo esonerato dall'obbligo di restituire le somme in conseguenza della

³²¹ Vedi Cass., 10.11.2010, n. 22826 (consultabile su www.atalex.it), secondo cui “non è infine superfluo aggiungere che questa Corte ha già avuto modo di confutare l'assunto secondo cui, laddove, in dipendenza del fatto lesivo, il danneggiato non abbia ancora effettuato alcun esborso, ma sia solo gravato dall'obbligo di effettuarlo, non sia perciò solo enucleabile un danno attuale, suscettibile, in quanto tale, di essere risarcito. Ritiene invero il collegio che la locuzione perdita subita, con la quale l'art. 1223 c.c., individua il danno emergente, non possa essere considerata indicativa dei soli esborsi monetari o di diminuzioni patrimoniali già materialmente intervenuti, perché il *vinculum iuris* in cui si sostanzia l'obbligazione costituisce comunque una posta passiva del patrimonio del danneggiato, patrimonio che, è bene ricordarlo, è l'insieme dei rapporti giuridici, con diretta rilevanza economica, di cui una persona è titolare (confr. Cass. civ. 20 agosto 2009, n. 18515; Cass. civ. 5 luglio 2002, n. 9740).

³²² Abbiamo visto che tra le domande pregiudiziali proposte dal giudice francese alla Corte di Giustizia (nella causa pendente C-298/13) vi è quella riguardante le conseguenze che gli inadempimenti del creditore possono avere sulla “insolvenza” del consumatore.

In particolare si domanda se la direttiva 2008/48/Ce possa condurre a ritenere che “il mancato rispetto degli obblighi di informazione o di valutazione della solvibilità del consumatore [...] non consenta al creditore di procedere al recupero delle somme rimaste inascolte nei confronti del debitore, il cui inadempimento può essere conseguenza di quello degli obblighi del creditore”.

condotta tenuta dal finanziatore, come se il mancato rimborso divenisse quasi una “sanzione” rispetto al comportamento poco avveduto dell’operatore bancario.

In senso contrario sembra orientato il legislatore europeo nel testo (non definitivo) della direttiva sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, approvato il 10 settembre 2013. Qui si legge, nel considerando 56, che, “nel caso di contratti di credito relativi all’acquisto di un bene immobile esplicitamente non destinato a essere occupato come casa, appartamento o altro luogo di residenza del consumatore o di un familiare del consumatore (contratto per acquisto a fini locativi), [...] la valutazione del merito di credito non dovrebbe comportare il trasferimento al creditore della responsabilità del consumatore di successive inosservanze degli obblighi derivanti dal contratto di credito”.

A parte il fatto che nel nostro ordinamento non è riconosciuto un principio generale dal quale ricavare l’inesigibilità della prestazione gravante sul debitore³²³, non è pensabile che l’incapacità del consumatore di far fronte alle proprie obbligazioni sia riconducibile (esclusivamente) alla condotta del finanziatore.

“Solo indirettamente la clausola della buona fede può integrare una causa di esonero del debitore”³²⁴; viene in rilievo il comportamento in concreto tenuto dal consumatore. L’(in)osservanza da parte sua delle regole di correttezza e di diligenza nel momento dell’indebitamento, non può avere alcun riflesso sull’obbligo, derivante dal contratto, di restituire le somme ricevute in prestito³²⁵.

Tra l’altro, quest’ultimo, a fronte della concessione del credito, consegue (almeno in un primo momento) un “vantaggio”, trovandosi nella disponibilità di somme di denaro prima non presenti nel suo patrimonio (somme che avrebbe anche potuto utilizzare per ripianare i debiti pregressi, visto che, come si è visto, nel prestito al

³²³ Sul punto vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 208 ss, che circoscrive l’operatività di un simile principio alle ipotesi tassativamente previste dalla legge. Vedi anche Venuti, *Pagamento mediante versamento su conto bancario e mora debendi nella disciplina in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Europa e diritto privato, 2008, 3, 1029 ss, che, richiamando Mengoni, fa riferimento a “casi eccezionali di inesigibilità della prestazione individuati secondo il principio di buona fede” (1052).

³²⁴ Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, Enciclopedia del diritto, XXXIX, Milano, 1988, 1089.

³²⁵ Sul punto vedi Stanghellini, *Il credito <<irresponsabile>> alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit, 402, secondo il quale “il consumatore che avesse ottenuto credito in modo eccessivo potrebbe far valere contro il finanziatore una responsabilità risarcitoria, a titolo di compensazione, con la quale [...] paralizzare in tutto o in parte la domanda di restituzione del capitale ricevuto mediante una contrapposta pretesa risarcitoria”.

consumo l'impiego delle somme ricevute non viene in rilievo, se non nel caso del credito finalizzato).

In ogni caso, se in via per così dire preventiva il finanziatore (a sua volta responsabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.) potrà avvalersi del rimedio contemplato dall'art. 125 *quater* Tub (art. 13 della direttiva), in materia di sospensione dell'utilizzo del credito per una giusta causa – alla quale, come si è visto, in base al trentatreesimo considerando, è riconducibile l'aumento significativo del rischio che il consumatore non possa rimborsare il credito, dunque, anche l'ipotesi in cui tale rischio si sia materializzato in un vero e proprio inadempimento –; *ex post* egli verosimilmente agirà nei confronti del consumatore inadempiente per ottenere la restituzione delle somme prestate, o in ogni caso intraprenderà una procedura esecutiva (salvo il caso in cui, trattandosi di un soggetto che versi in stato di eccessivo indebitamento, venga attivata la procedura di risanamento e ristrutturazione dei debiti, di recente estesa anche al debitore consumatore).

Qualora il finanziatore agisca in via giudiziale, il consumatore convenuto, richiesto dell'esatto adempimento (o essendo comunque tenuto a restituire le somme ricevute in seguito alla intervenuta risoluzione del contratto dovuta, appunto, all'inadempimento da parte sua dell'obbligo restitutorio) potrà eccepire che la mancata restituzione è dipesa (anche) dalla condotta per nulla diligente del finanziatore; ma sarà compito del giudice ricostruire il tortuoso iter che ha dato luogo alla erogazione del credito e nell'ambito dello stesso le condotte in concreto tenute dalle parti, al fine di valutarne le rispettive responsabilità.

Più convincente è semmai prospettare un diritto al risarcimento del danno in capo al consumatore al quale – invece che negare il prestito in ragione della scarsa solvibilità – sia stato invece erogato credito a condizioni più onerose, prospettategli come le uniche possibili senza adeguata informazione/consulenza volta a fargli prendere consapevolezza della sua già pregiudicata situazione (che *quel* finanziamento ha contribuito ad aggravare). La responsabilità del finanziatore sarebbe evidenziata dunque a partire dalle condizioni contrattuali.

12. Mancato (o negligente) apprezzamento del merito creditizio e squilibrio in danno del consumatore delle condizioni contrattuali: la verifica del merito creditizio nel Consumer Credit Act inglese

Prima di proseguire nell'indagine – rispetto alla quale si adotterà un differente punto di vista, cogliendo gli spunti forniti dalla nuova disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento, di cui al d.l. n. 179/2012 (convertito ad opera della l. n. 221/2012) – ci si soffermerà brevemente sull'attuazione della direttiva 2008/48/Ce nell'ordinamento inglese.

Quest'ultima è avvenuta attraverso un'incisiva modifica del Consumer Credit Act del 1974³²⁶ (che nel corso degli anni era già stato oggetto di numerose riforme, tra le quali quella introdotta con il Consumer Credit Act del 2006).

Nel 2010 sono state emanate le c.d. “Consumer Credit Regulations”, che hanno modificato il Consumer Credit Act del 1974; in particolare, il legislatore inglese ha emanato dei corpi di regole ognuno dei quali si occupa di disciplinare aspetti specifici dei contratti di credito (ai consumatori): The Consumer Credit (EU Directive) Regulations 2010 – Statutory Instrument 2010/1010; The Consumer Credit (Total Charge for Credit) Regulations 2010 – Statutory Instrument 2010/1011; The Consumer Credit (Disclosure of Information) Regulations 2010 – Statutory Instrument 2010/1013; The Consumer Credit (Agreements) Regulations 2010 – Statutory Instrument 2010/1014; The consumer Credit (Amendment) Regulations 2010 – Statutory Instrument 2010/1969 (che hanno eliminato gli errori contenuti nelle Eu Directive, Disclosure of Information e Credit Agreements Regulations); The consumer Credit (Advertisements) Regulations 2010 – Statutory Instrument 2010/1970.

Venendo alla questione che qui interessa, e cioè alla verifica del merito creditizio (assessment of the borrower's creditworthiness) quale obbligo gravante sul

³²⁶ Tale atto normativo rappresenta il risultato del lavoro della Commissione Crowther costituita nel 1968, con l'intento di riformare e modernizzare il tessuto normativo adeguandolo ai mutamenti che avevano riguardato il mercato del credito, nonché di assicurare protezione ai consumatori. Cfr Brown, *European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a UK perspective?*, cit, 56 ss.

finanziatore nella fase precedente la conclusione del contratto di credito, anche nell'ordinamento inglese tale prescrizione ha rappresentato una novità rispetto alla disciplina previgente – unitamente alla previsione relativa ai chiarimenti adeguati, nonché alla consultazione dei sistemi di referenza creditizia³²⁷ –.

Vengono in rilievo le EU Directive Regulations, che hanno modificato il Consumer Credit Act del 1974.

In particolare la Regulation 5 ha introdotto una nuova section 55B nel corpo normativo previgente, che troverà applicazione a tutti i contratti di credito conclusi da un consumatore, eccetto quelli garantiti su beni immobili e i prestiti su pegno.

La disposizione, rubricata assessment of creditworthiness riproduce quasi testualmente l'art. 8 della direttiva:

1. “Before making a regulated consumer credit agreement, other than an excluded agreement, the creditor must undertake an assessment of the creditworthiness of the debtor.

2. Before significantly increasing:

- a) the amount of credit to be provided under a regulated consumer credit agreement, other than an excluded agreement,
- b) or a credit limit for running-account credit under a regulated consumer credit agreement, other than an excluded agreement,

the creditor must undertake an assessment of the debtor's creditworthiness.

3. A creditworthiness assessment must be based on sufficient information obtained from:

- a) the debtor, where appropriate, and
- b) a credit reference agency, where necessary.

4. For the purpose of this section an agreement is an excluded agreement if it is

- a) an agreement secured on land, or
- b) an agreement under which a person takes an article in pawn”.

La previsione ricalca quella di matrice europea, rispetto alla quale si distingue soltanto perché aggiunge, al caso di aumento significativo del credito, anche quello riferito ai “running account credit”, definiti dal legislatore come “a facility under a consumer credit agreement whereby the debtor is enabled to receive from time to

³²⁷ In questo senso, Brown, *European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a Uk perspective?*, cit, 67.

time (whether in his own person, or by another person) from the creditor or a third party cash, goods and services (or any of them) to an amount or value such that, taking into account payments made by or to the credit of the debtor, the credit limit (if any) is not at any time exceeded”³²⁸.

Inoltre, come si è detto, esclude espressamente dal proprio ambito applicativo i contratti garantiti da beni immobili, nonché il credito su pegno.

In ogni caso, è opportuno precisare che la disciplina inglese contenuta nel Consumer Credit Act ha un ambito applicativo più ampio, estendendosi in alcuni casi anche a chi contrae prestiti per fini professionali (per un importo non superiore a 25.000 £)³²⁹; in particolare, la section 8 dell’Act stabilisce che il contratto di credito al consumo è quello concluso “between an individual³³⁰ and any other person (the creditor) by which the creditor provides the debtor (the borrower) with credit of any amount”; ma le EU Directive Regulations (n. 92) hanno modificato la section 16 del Consumer Credit Act, stabilendo che i contratti di credito per un importo superiore a £ 60.260 sono esclusi dall’ambito applicativo della disciplina.

Nelle Guidance Notes sull’attuazione della Direttiva del 2008³³¹, emanate dal Department for Business, Innovation & Skills, si legge che “the implementing

³²⁸ Cfr section 10 del Consumer Credit Act.

³²⁹ Nell’Explanatory memorandum agli statutory instruments emanato dal Department for Business, Innovation & Skills e presentato al Parlamento su ordine di sua Maestà la Regina (laid before Parliament by Command of Her Majesty), si legge “However, certain types of credit agreements are excluded from the scope of the Consumer Credit Directive. It covers a narrower range of agreements than provided for in the CCA 1974. In order to preserve the integrity of the existing UK consumer credit framework and maintain the current consistent approach across the range of credit agreements, the UK has extended the scope of the measures implementing the Directive requirements to all agreements currently covered by the CCA 1974. There are a few exceptions to this. For the most part we are retaining the status quo for agreements secured on land (more specifically to agreements for second charge mortgages) because this area is under review and it was not considered appropriate to make changes before the outcome of the review is known. For other categories of agreement that are not covered by the Directive but are covered by the CCA 1974, we have applied specific *new* requirements of the Directive on a case-by- case basis. For example, in respect of business lending agreements, we are applying all of the main provisions of the Directive on the basis that small business customers need the same kinds of protections as ordinary consumers. On the other hand, we are applying fewer of the Directive’s provisions to agreements where the value of the loan is above £60,260 (the Directive’s upper threshold) on the basis that these will involve loans to more sophisticated consumers who generally do not need the same level of protection”.

Cfr *Brown, European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a Uk perspective?*, cit, 69.

³³⁰ Secondo la section 189 dell’Act “an individual includes a partnership consisting of two or three persons not all of whom are bodies corporate, and an unincorporated bodies which does not consist entirely of bodies corporate and is not a partnership”. Cfr *Brown, European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a Uk perspective?*, cit, 62.

³³¹ Guidance Notes on the regulations implementing the Consumer Credit Directive, consultabili su www.legislation.gov.uk.

regulations apply to all consumer credit agreements regulated under the CCA (other than agreements secured on land), but with modifications for certain types of agreement as noted in the individual chapters. The existing CCA regime is unchanged in relation to agreements secured on land and consumer hire agreements (although creditors may choose to comply with the new requirements in respect of agreements secured on land)".

La scelta del legislatore inglese è stata, dunque, quella di estendere, in alcuni casi, le previsioni di origine comunitaria anche a chi contratta per scopi professionali nella convinzione che "small business customers need the same kinds of protections as ordinary consumers"³³².

La nuova section 55B del Consumer Credit Act non si preoccupa di stabilire le modalità attraverso le quali il creditore deve procedere alla verifica del merito creditizio, né tanto meno cosa debba intendersi con tale espressione³³³.

A tale proposito, le Guidance Notes sopra menzionate, precisano che sarà il creditore a decidere (judge) se le informazioni dovranno provenire dal prestatario o da un sistema di referenza creditizia.

Nell'ordinamento in considerazione, come nel nostro, l'introduzione di un'adeguata verifica sulla meritevolezza finanziaria – come si è accennato – rappresenta una novità rispetto alla legislazione precedente³³⁴.

Si tratta di un accertamento che non va visto nell'esclusivo interesse del creditore, ma deve intendersi anche volto a preservare il prestatario nell'ottica di valutare "the affordability of a loan and the impact it could have on a consumer's financial well-being"³³⁵.

Un accertamento che rappresenta "a general duty for lenders (and, where appropriate, intermediaries) to base their lending decisions on a reasonable assessment of consumers' creditworthiness"³³⁶.

³³² Cfr Explanatory memorandum to the Regulations of 2010, par. 4.3, consultabile su www.legislation.gov.uk.

³³³ Cfr Explanatory memorandum to the Regulations of 2010, par. 261, consultabile su www.legislation.gov.uk.

³³⁴ Cfr Brown, *European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a Uk perspective?*, cit, 67; l'autrice osserva che "effective assessment may depend upon the type of financial accomodation being offered".

³³⁵ Cfr Explanatory memorandum, sopra cit, par. 262.

³³⁶ Così Explanatory memorandum, sopra cit, par. 266.

Anche qui viene in considerazione lo stretto legame che intercorre tra l'obbligo di verifica del merito creditizio e i "chiarimenti adeguati" di cui all'art. 5 paragrafo 6 della direttiva – dei quali si occupa la nuova section 55A del Consumer Credit Act, inserita ad opera delle EU Directive Regulations (n. 3) –: "the requirement for lenders to check consumers' creditworthiness complements the requirement in the Directive for lenders to provide adequate explanations (article 5.6). Among other things, article 5.6 will enable consumers to understand better whether or not they can afford a loan and to borrow responsibly; the requirement to check creditworthiness will help ensure that the lender lends responsibly"³³⁷.

Non è chiara però l'esatta portata delle c.d. "adequate explanations", atteso che, le Guidance Notes alle Regulations del 2010 sopra menzionate, affermano che le disposizioni non attribuiscono al creditore alcuna responsabilità in ordine alla decisione sulla "suitability" (adeguatezza, idoneità) del prodotto, visto che soltanto il prestatario potrà decidere alla luce della piena (detailed) consapevolezza delle circostanze (relative verosimilmente alla propria condizione economica) se un prodotto sia adeguato o meno. Le prescrizioni, dunque, sono unicamente volte a rendere comprensibili gli aspetti illustrati sì da consentire al cliente di assumere una decisione informata³³⁸.

Subito dopo, tuttavia, si prevede che il prestatario non potrà rinunciare al servizio che qui abbiamo definito di assistenza/consulenza e che il creditore non potrà sottrarsi dal relativo "obbligo" nemmeno se richiesto³³⁹.

Quanto ai rimedi applicabili nel caso di violazione delle prescrizioni, nessuna indicazione espressa si rinviene nelle EU Directive Regulations del 2010.

Il silenzio del legislatore si pone in qualche misura in contrasto con la presa di posizione dell'Office of Fair Trading, che nel marzo del 2010 ha elaborato una guida per i creditori dedicata all'"Irresponsible lending"³⁴⁰.

³³⁷ In questo senso Explanatory memorandum, sopra cit, par. 263.

³³⁸ "The requirement does not impose on the creditor responsibility for deciding whether a product is suitable (although neither does it absolve him from any legal requirement not to mis-sell), as only the borrower himself can decide in the light of his own detailed knowledge of the circumstances whether or not a product is suitable. The requirement is therefore to make comprehensible the matters specified to enable the borrower to take an informed decision" (Guidance Notes, cit, par. 8.7, 32).

³³⁹ Guidance Notes, cit, par. 8.9, 32.

³⁴⁰ Consultabile sul sito www.legislation.gov.uk.

In particolare in tale documento, vengono elencate a titolo esemplificativo alcune condotte nelle quali può tradursi il concedere prestiti in modo irresponsabile³⁴¹, condotte che, tuttavia, qui sembrano rilevare soltanto ai fini dell'applicazione di sanzioni per così dire pubblicistiche, da individuare caso per caso, anche in base al tipo di pregiudizio (effettivo o potenziale) subito dal prestatario³⁴². Ma, a differenza che nel nostro ordinamento – nel quale, come si è visto, l'art. 144 Tub non prende in considerazione la violazione dell'art. 124 *bis*, che, in ogni caso, si ritiene rientri tra le previsioni volte ad assicurare il contenimento del rischio (di credito) –, qui la concessione di prestiti in maniera non responsabile rientra a pieno titolo tra le pratiche e le procedure che sono soggette alla vigilanza dell'Office of Fair Trading³⁴³. Per quanto riguarda i rimedi di stampo segnatamente privatistico, non è facile dare una risposta, atteso che si tratta di un ordinamento che presenta notevoli tratti distintivi rispetto al nostro.

Potrebbe soccorrere – ma si tratta di una considerazione personale – la section 140A del Consumer Credit Act, che legittima il debitore a ricorrere al giudice per ottenere il risarcimento del danno (redress) a fronte di un “unfair credit agreement”³⁴⁴.

In particolare si prevede che:

1. “a court may determine that the relationship between a lender and a borrower arising out of a credit agreement [...] is unfair to the borrower because of one or more of the following:
 - a) any of the terms of the credit agreement or a related credit agreement;
 - b) the way in which the lender has exercised or enforced his rights under the credit agreements, or
 - c) any other things done (or not done) by or behalf of the lender either before or

³⁴¹ Nella prefazione si afferma, invero, che “whilst this guidance represents the OFT’s view on irresponsible lending; it is not meant to represent an exhaustive list of behaviours and practices which might constitute irresponsible lending”.

³⁴² Nella section I dove si enunciano gli scopi della Guida, si precisa che l'OFT “is committed to fair effective and proportionate enforcement. In practice this means that where we identify non compliance with the law and/or business failing to have regard to relevant OFT guidance, we will decide on the regulatory response in the light of the facts and circumstances of the individual case. The type of OFT action taken will be guided by the level of actual and potential harm to borrowers and by the scale or frequency of identified misconduct”.

³⁴³ Cfr la section 8 della Guida, dove si legge che “amongst the matters that the OFT is likely to wish to consider are whether the creditor’s practices and procedures: ensure adequate explanations of credit products are provided [...]; are appropriate to assess a prospective borrower’s ability to be able to afford to meet repayments over the life of a credit agreement in a sustainable manner”.

³⁴⁴ Cfr Office of Fair Trading, Unfair Relationship, su www.offt.gov.uk.

after the making of the credit agreement or a released agreement.

2. In deciding whether to make a determination under this section the court shall have regard to all matters it thinks relevant (including matters relating to the creditor and matters relating to the debtor).

3. For the purposes of this section the court shall (except to the extent that it is not appropriate to do so) treat anything done (or not done) by, or on behalf of, or in relation to, an associate or a former associate of the creditor as if done (or not done) by, or on behalf of, or in relation to, the creditor.

4. A determination may be made under this section in relation to a relationship notwithstanding that the relationship may have ended”³⁴⁵.

La disposizione in commento, caratterizzandosi per la sua portata generale, sembra poter trovare applicazione nel caso in cui il creditore, violando la section 55B del Consumer Credit Act (come riformato dalle EU Directive Regulations del 2010) ed il sotteso principio del *responsible lending*³⁴⁶, eroghi credito ad un soggetto che non sia in grado di restituire le somme ricevute.

I provvedimenti che il giudice potrebbe adottare – nell’esercizio di un notevole potere discrezionale³⁴⁷ – sono descritti dalla successiva section 140B.

Il giudice potrebbe liberare il debitore (o un eventuale garante) dal pagamento delle somme dovute o da altri doveri derivanti dal contratto o da accordi collegati³⁴⁸.

Ma ciò che più interessa è che egli potrebbe anche modificare le condizioni contrattuali, magari riducendo il tasso debitore o altre voci connesse al costo del credito (*altering the terms of the agreement or of any related agreement*, section

³⁴⁵ Infine si aggiunge che “an order under section 140B shall not be made in connection with a credit agreement which is an exempt agreement by virtue of section 16(6C)”.

³⁴⁶ Cfr Nield, *Responsible lending and borrowing: whereto low-cost home ownership?*, Legal Studies, vol. 30, n. 4, december 2010, 610 ss.

³⁴⁷ Nella versione “originaria” del Consumer Credit Act del 1974, si prevedevano già le c.d. “extortionate credit provisions”, che con il Consumer Credit Act del 2006 sono state sostituite dal c.d. “unfair credit relationship test”, che sembra attribuire al giudice poteri più penetranti; cfr Brown, *European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a Uk perspective?*, cit, 61.

³⁴⁸ Così le lettere c) ed e) della section 140B, che parlano di “reduce or discharge any sum payable by the debtor or by a surety by virtue of the agreement or any related agreement (lett. c); otherwise set aside (in whole or in part) any duty imposed on the debtor or on a surety by virtue of the agreement or any related agreement” (lett. e). Tra gli altri provvedimenti vi sono: require the creditor, or any associate or former associate of his, to repay (in whole or in part) any sum paid by the debtor or by a surety by virtue of the agreement or any related agreement (whether paid to the creditor, the associate or the former associate or to any other person) (lett. a); require the creditor, or any associate or former associate of his, to do or not to do (or to cease doing) anything specified in the order in connection with the agreement or any related agreement (lett. b).

140B, lett. f).

Dalle disposizioni richiamate emerge un “indebolimento” della “sanctity of contract”, che consente all’organo giurisdizionale una facoltà di esercitare un’ingerenza nell’ambito del regolamento negoziale, modificando le pattuizioni delle parti³⁴⁹.

Tra l’altro, il debitore non sarà gravato da un eccessivo *onus probandi*; dovrà limitarsi ad allegare che la relazione con il creditore è iniqua (unfair), spettando al creditore la prova contraria³⁵⁰.

Il problema non sembrerebbe l’astratta percorribilità della strada dell’“unfair credit relationship”, ma piuttosto la definizione dell’esatto contenuto di quella che altro non è che una clausola generale.

Bisogna chiedersi se, in concreto, la violazione dell’obbligo di verifica del merito creditizio, di cui alla section 55B del Consumer Credit Act, possa integrare un “unfair contract”³⁵¹.

Sebbene non sia questa la sede per approfondire una simile questione, ci si limita qui a dire che non può escludersi che a causa di un’inadeguata verifica del merito di credito le condizioni alle quali il contratto viene concluso siano sfavorevoli per il debitore, o che in ogni caso, ci si trovi di fronte ad un contratto inadeguato rispetto alla situazione economica del medesimo. Sarà il giudice a valutare se il ricorso al rimedio disciplinato dalla section 140A del Consumer Credit Act sia un valido strumento di tutela.

³⁴⁹ Così Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 197 (nota 190), che fa, tuttavia, riferimento alla possibilità per il debitore di ottenere un “time order” per differire il pagamento dei debiti.

³⁵⁰ “If, in any such proceedings, the debtor or a surety alleges that the relationship between the creditor and the debtor is unfair to the debtor, it is for the creditor to prove to the contrary” (section 140B, par. 9).

³⁵¹ Cfr Brown, *European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a Uk perspective?*, cit, 76; che, tra l’altro, evidenzia come “there is, however, no equivalent to the unfair credit relationship test in the Consumer Credit Directive” (74).

13. Responsabilità da “contatto sociale” e diritti dei creditori (insoddisfatti) del prestatario

Le riflessioni svolte fin qui confermano come quello della responsabilità per violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio, affrontato da un'ottica privatistica, si riveli tema affascinante ma sfuggente. Il consumatore cui sia stato concesso incautamente credito difficilmente potrà dar prova di un deterioramento della propria posizione debitoria – verso quel finanziatore – da imputare alla incauta concessione del credito, a meno che la scarsa affidabilità del consumatore non sia stata consapevolmente assunta dal prestatore a presupposto di un contratto per questo a condizioni più sfavorevoli.

Da altro profilo, come venuto in evidenza nel caso della concessione abusiva del credito alle imprese, ci si potrebbe chiedere se una qualche responsabilità non possa addossarsi al finanziatore incauto nei confronti degli altri creditori del consumatore, la cui complessiva esposizione debitoria sia stata aggravata, fino a provocarne l'insolvenza, dall'incauto prestito di *quel* finanziatore.

Verifica che, tradizionalmente accantonata in considerazione della diversa ottica (individuale e non concorsuale) della responsabilità del debitore non imprenditore, sembra oggi tornare di qualche interesse, alla luce della recente introduzione nel nostro ordinamento di procedure volte a risolvere la c.d. crisi da sovraindebitamento, anche del consumatore: fenomeno che prende appunto in considerazione la complessiva (sovra)esposizione debitoria della persona fisica non imprenditore. Prospettiva di indagine nuova e di sicuro interesse ove si affronti il tema del “prestito responsabile”: con cui pertanto occorrerà misurarsi.

CAPITOLO IV

La responsabilità del finanziatore alla luce della nuova disciplina sul sovraindebitamento del consumatore introdotta dal d.l. 179 del 2012

1. La normativa introdotta dal d.l. n. 179/2012: nuovi spunti di riflessione

Fino ad ora ci si è occupati dell'obbligo di verifica del merito creditizio che l'art. 124 *bis* Tub, in recepimento della direttiva 2008/48/Ce sul credito ai consumatori, impone al creditore prima della conclusione di un contratto di credito – salvo il disposto del II comma della medesima disposizione che prescrive lo stesso obbligo nel caso di aumento significativo del credito già concesso –.

Più precisamente, si è escluso che la violazione della suddetta previsione possa avere dei riflessi nella vicenda contrattuale, determinando la caducazione del regolamento negoziale, e si è parimenti escluso che si tratti di un obbligo che trova fonte nel contratto di credito.

Trattandosi di un obbligo che, come si è detto, si situa al di fuori dell'informazione precontrattuale, per collocarsi invece a ridosso della conclusione del contratto – pur non rientrando tra gli obblighi che da esso derivano – l'unica via percorribile è apparsa quella di ascrivere al prestatore una responsabilità “da contatto sociale”, pur con le precisazioni che si sono fatte.

Ma, come si è anticipato, la questione relativa alla responsabilità del finanziatore merita oggi di essere analizzata anche da una prospettiva, per così dire, più ampia che tenga conto delle conseguenze che la condotta di chi concede credito non osservando il principio del prestito responsabile (e a monte le regole di correttezza) può

determinare rispetto alla condizione economica complessiva del consumatore e alla sua insolvenza.

Una simile lettura è suggerita dalla recente normativa in materia di sovraindebitamento, così come modificata dal d.l. n. 179/2012 (convertito nella legge n. 221/2012).

Tale disciplina, oltre a venire in rilievo per i molteplici richiami alla “non colpevolezza” del consumatore nell’assumere il debito – che finisce per assurgere a vera e propria condizione per l’ammissione alla procedura (compresa la possibilità di ricorrere alla liquidazione del patrimonio e beneficiare dell’esdebitazione), nonché per la regolare definizione della medesima – si connota per la nuova dimensione concorsuale assegnata all’esposizione debitoria del consumatore. Per tale motivo, essa consente di interrogarsi sui risvolti che la concessione irresponsabile di credito da parte di *quel* finanziatore può avere ora riguardo ai terzi creditori del consumatore, che vedranno solo parzialmente soddisfatte o del tutto insoddisfatte le proprie pretese nella procedura di cui trattasi, ora rispetto al consumatore medesimo – che si trovi in stato di eccessivo indebitamento – al quale venga precluso l’accesso ai meccanismi disciplinati dalla legge 3 del 2012 (nella versione risultante in seguito alle recenti modifiche), per un indebitamento non diligente o accorto.

Prima di addentrarsi nell’indagine, è necessario esaminare i punti essenziali della disciplina in questione, dando conto del travagliato iter legislativo che l’ha preceduta.

2. L’eccessivo indebitamento del debitore non fallibile: il travagliato iter legislativo della legge n. 3/2012

Fino al 2012 il legislatore italiano non si era preoccupato di dettare una normativa che regolasse quel fenomeno da tanti definito – mutuando un’espressione propria del diritto fallimentare – come “insolvenza del debitore civile”³⁵².

Nel nostro ordinamento, a differenza che in molti altri paesi europei (e non solo), non era ravvisabile una procedura ad hoc rivolta a tutti i soggetti non fallibili, che non

³⁵² Vedi Spagnuolo, *L’insolvenza del consumatore*, Contratto e impresa, 2008, 3, 668 ss.

rientravano nell'ambito applicativo del Regio decreto n. 267 del 1942, sulla disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa (la c.d. legge fallimentare); sul punto si registrava un considerevole vuoto normativo³⁵³.

Prima del recente – e tanto atteso – intervento del legislatore, l'unico strumento del quale ciascun creditore insoddisfatto disponeva al fine di realizzare le proprie pretese era l'esecuzione forzata, non sempre idonea a garantire il recupero delle somme (tanto meno in tempi ragionevoli), e in ogni caso, rimessa al costante impulso del creditore procedente³⁵⁴.

Una precisazione, però, è opportuno fare; essa attiene al significato da attribuire al termine insolvenza – poi divenuto sovraindebitamento – riferito al debitore non imprenditore³⁵⁵. Se nel caso dell'impresa l'insolvenza si delinea in una prospettiva di mercato che ha come punto centrale essenzialmente l'interruzione dell'accesso al credito, l'eccessivo indebitamento dei soggetti non fallibili si identifica con "l'insufficienza patrimoniale"³⁵⁶.

L'inerzia del legislatore è dipesa anche da ragioni "storiche", dalla tradizione culturale del nostro paese, dove – già a partire dal codice di commercio del 1807 – l'unica disciplina positiva sul tema era quella riguardante l'imprenditore commerciale (anche se, come è stato osservato, si trattava di un'inversione di tendenza rispetto alla precedente normativa, nella quale anche per il debitore civile si prevedevano i "rimedi concorsuali"³⁵⁷).

Ma non è questa la sede per approfondire le ragioni sottese all'inattività del legislatore (rispetto alle quali la dottrina ha proposto le spiegazioni più varie); resta il

³⁵³ Vedi Stanghellini, *Il credito <<irresponsabile>> alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit, 394 ss (397).

³⁵⁴ Cfr Galletti, *Insolvenza civile e <<fresh start>>: il problema dei coobbligati*, Analisi giuridica dell'economia, 2004, 2, 391 ss; Castagnola, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, Analisi giuridica dell'economia, 2004, 2, 243 ss; Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 35 ss.

In questo senso Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali, a cura di Bonfatti e Falcone, Atti del convegno di Lanciano - 26 e 27 novembre 2010, Quaderni di giurisprudenza commerciale, 189 ss (200).

³⁵⁵ Comprendendo nella suddetta categoria anche tutti i soggetti che pur esercitando attività commerciale non rientrano nei requisiti dimensionali previsti dalla legge fallimentare.

³⁵⁶ In questo senso Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, cit, 189 ss (200).

³⁵⁷ Così Falcone, *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, cit, 72 ss (75).

fatto che da più parti si segnalava l'opportunità di un intervento normativo, soprattutto dopo le riforme delle procedure concorsuali (di cui alla legge fallimentare) attuate tra il 2005 e il 2007³⁵⁸, delle quali il legislatore non aveva però approfittato per colmare la lacuna³⁵⁹.

La questione ha dato adito ad un dibattito molto acceso, nell'ambito del quale gli studiosi si sono interrogati sull'opportunità di estendere anche al debitore civile un meccanismo di risanamento dei debiti incentrato sulla concorsualità, con la possibilità di avvantaggiarsi di rimedi (come ad esempio l'esdebitazione) che il d.lgs. n. 5/2007 aveva già riservato all'imprenditore fallito (persona fisica)³⁶⁰.

In tale contesto è maturata l'inversione di tendenza che ha dato il via ad una serie di disegni di legge, molti dei quali, tuttavia, destinati a rimanere lettera morta, non essendo confluiti in testi definitivi³⁶¹.

Maggiore fortuna – anche se non abbastanza da giungere subito, per le disposizioni che ci interessano, fino alla promulgazione della legge di conversione – ebbe un disegno di legge presentato dal governo, riversato nel d.l. n. 212 del 22 dicembre 2011; in tale testo normativo (per molti versi riprodotto di precedenti progetti di legge) – almeno nella sua versione originaria – si prevedeva una procedura unitaria finalizzata alla composizione della crisi da sovraindebitamento, della quale avrebbero

³⁵⁸ Invero, tra le proposte normative elaborate in seno ai lavori per la riforma della legge fallimentare, alcune prevedevano anche delle procedure semplificate rivolte al debitore civile; in particolare si fa riferimento ai due progetti di legge delega elaborati dalla "Commissione Trevisanato", istituita presso il Ministero della Giustizia con d. m. 28.11.2001 (approvati l'uno dalla maggioranza e l'altro dalla minoranza dei componenti); nonché al progetto di legge presentato dalla c.d. "Commissione Trevisanato bis", istituita con d. m. 27.02.2004. Cfr Spagnuolo, *L'insolvenza del consumatore*, cit, 679.

³⁵⁹ Cfr Terranova, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario, Terranova, Giuffrè, 2012, 7; Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, *I contratti*, 2012, 4, 229.

³⁶⁰ Vedi Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, cit, 201, 203; *Id.*, *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, cit, 78; Spagnuolo, *L'insolvenza del consumatore*, cit, 681; Marcucci, *Insolvenza del debitore civile e <<fresh start>>. Le ragioni di una regolamentazione*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 2, 221 ss (238); Castagnola, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, cit, 243 ss.

³⁶¹ Tra questi si ricorda la proposta di legge n. 5469 di iniziativa dei deputati d'Agrò e altri, presentata in data 01.12.2004, nonché la n. 412 di iniziativa dei deputati d'Agrò e altri, presentata il 03.05.2006. Sul punto vedi Maimeri, *Il quadro comunitario e le proposte italiane sul sovraindebitamento delle persone fisiche*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 2, 421 ss (426).

potuto beneficiare sia gli imprenditori non fallibili sia le persone fisiche che non esercitano attività d'impresa³⁶².

Tale decreto legge non raggiunse l'obiettivo, atteso che in sede di conversione³⁶³, fu espunta la parte riguardante il tema che ci occupa³⁶⁴, scelta motivata, tra l'altro, dal "fine di restituire pienamente la materia [...] disciplinata all'iniziativa e al dibattito parlamentare"³⁶⁵.

Ciò in quanto, nel contempo, in Parlamento si lavorava al progetto di legge Centaro³⁶⁶, a partire dal quale è stata sviluppata e definitivamente approvata la legge 27 gennaio 2012 n. 3.

Come si legge negli atti parlamentari³⁶⁷, "il decreto-legge (*sopra richiamato*), introducendo l'istituto della composizione delle crisi da sovraindebitamento, ha

³⁶² Per maggiori approfondimenti sul d.l. n. 212/2011 si rinvia a Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (d.l. 212/2011)*, su www.ilcaso.it.

³⁶³ Le restanti norme furono convertite ad opera della legge n. 10/2012; cfr atto n. 3075B, consultabile su www.senato.it.

³⁶⁴ Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 307.

³⁶⁵ In questi termini si è espresso il Sottosegretario al Ministero della Giustizia, Salvatore Mazzamuto (durante la riunione in sede referente della Commissione Giustizia dell'08.02.2012, consultabile sul sito www.senato.it), Auspicando "peraltro che il Parlamento, ove intendesse nuovamente intervenire sulla materia in questione, possa valutare come la disciplina del sovraindebitamento appaia incompleta senza la previsione dell'esdebitazione".

Nella relazione preliminare al successivo d.l. n. 179/2012 (convertito in legge ad opera della l. n. 221/2012), 33, nel ricostruire l'evoluzione normativa dell'intervento sul sovraindebitamento si legge, con riguardo al d.l. n. 212/2011 che "i presupposti di necessità e di urgenza costituzionalmente previsti sono stati ritenuti sussistenti in relazione alla rilevanza sociale della proposta e alla grave crisi economica in atto. I predetti presupposti sono particolarmente apprezzabili in chiave di incentivo allo sviluppo quale supporto alla domanda di consumo" (cfr atto n. 3533 Senato della Repubblica).

³⁶⁶ Dalla relazione della Commissione Giustizia, comunicata alla Presidenza del Senato il 26.03.2009, emerge che nel disegno di legge AS 307 (di iniziativa del senatore Centaro), recante disposizioni in materia di usura, fu, in sede di esame in commissione, assorbito il n. 1056A (di iniziativa del senatore De Lillo), recante norme in materia di lotta all'usura e all'estorsione. Entrambi i testi si occupavano di disciplinare, oltre alla procedura volta ad arginare il sovraindebitamento, le modifiche da apportare alla l. n. 108/1996, nonché alla l. n. 44/1999. La Commissione, sulla base di tali progetti, propose di intitolare il testo "disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento". In ogni caso, la proposta Centaro fu approvata dal Senato della Repubblica in data 01.04.2009; il testo fu in seguito approvato con modifiche alla Camera dei deputati (atto AC 2364) il 26.10.2011, ritornando al Senato per l'approvazione definitiva avvenuta il 03.01.2012.

E' opportuno segnalare che se nell'originario disegno di legge Centaro il meccanismo di ristrutturazione veniva definito come "procedura snella e volta a pervenire, con l'assenso di una entità qualificata di creditori, a un concordato per debiti contratti in vista del soddisfacimento di necessità familiari, allo scopo di evitare inutili collassi economici con la frequente impossibilità di soddisfacimento dei creditori", durante i lavori alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica (come si legge nella relativa relazione) si è proceduto alla integrale sostituzione di "tutte le disposizioni dell'originario disegno di legge relative alla procedura semplificata di concordato", introducendo "il procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento".

³⁶⁷ Cfr Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Dossier di documentazione - Composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile - d.l. 212/2011 (AC 4933), consultabile su documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/D11212.htm#_Toc316576811.

sostanzialmente riproposto parte di un testo, di iniziativa parlamentare, già approvato dal Senato (AS 307, aprile 2009) e poi, con modificazioni, dalla Camera (AC 2364, approvato dalla Commissione Giustizia, in sede legislativa, il 26 ottobre 2011). Il Senato, chiamato ad esaminare il disegno di legge di conversione del decreto-legge, ha proceduto all'approvazione definitiva del d.d.l. S. 307-B, che è stato poi pubblicato come legge 27 gennaio 2012, n. 3, nella Gazzetta Ufficiale del 30 gennaio 2012”.

In sostanza era avvenuta una duplicazione del testo legislativo, elaborato in un caso a mezzo dello strumento della decretazione d'urgenza, nell'altro in Parlamento – con la precisazione che in nessuno di tali corpi di regole si parlava espressamente del sovraindebitamento del consumatore –. La scelta del Senato – in sede di conversione del d.l. n. 212/2011 –, è stata inizialmente volta alla predisposizione di un testo che potesse coordinarsi con quello già emanato, la legge n. 3/2012 (alla quale apportare a sua volta delle modifiche); un testo dedicato esclusivamente al sovraindebitamento del consumatore (AS 3075). Con il risultato di passare da una situazione di perdurante vuoto normativo alla coesistenza di due leggi in materia di sovraindebitamento: una rivolta al consumatore (d.l. n. 212/2011, nella versione modificata), l'altra destinata al debitore (non consumatore), di cui alla legge n. 3 /2012.

In ogni caso, tale progetto, di certo macchinoso – ma che forse ci avrebbe consegnato sin “dall'inizio” una disciplina compiuta sul sovraindebitamento del consumatore – non è stato mai realizzato³⁶⁸.

Il primo testo normativo da cui prendere le mosse, al fine di mettere in luce l'evoluzione della normativa sul sovraindebitamento del debitore non fallibile, è dunque la legge 27 gennaio 2012 n. 3 recante “disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento”.

In particolare, viene in rilievo il capo II della suddetta legge, nel quale viene descritto un meccanismo di ristrutturazione dei debiti volto a porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento di tutti i debitori non soggetti né assoggettabili alle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare (art. 6, che apre il capo II)³⁶⁹.

³⁶⁸ Si segnala che già il 09.03.2012 la legge n. 3/2012 è stata oggetto di modifica da parte di un disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri, ancora oggi in discussione alla Commissione Giustizia del Senato (ddl C5117).

³⁶⁹ In realtà, come è stato osservato, l'art. 1 sembra definire l'ambito applicativo più che altro avendo riguardo alla dimensione oggettiva; invero, in tale previsione si legge lo scopo dell'intera normativa,

Dunque, nonostante negli ultimi anni la questione dell'eccessiva esposizione debitoria fosse prevalentemente connessa alle obbligazioni assunte al fine di soddisfare bisogni di consumo, nessun tipo di distinzione sul punto si ravvisa nel testo della legge n. 3/2012, mancando nella stessa ogni tipo di riferimento al sovraindebitamento del consumatore³⁷⁰. D'altra parte, il comma III dell'art. 8 prescrive – tra gli elementi necessari da indicare nella proposta di accordo – le eventuali limitazioni all'accesso del mercato del credito al consumo, confermando l'applicabilità della disciplina anche ai consumatori.

Si tratta di una normativa di portata generale, suscettibile di trovare applicazione in maniera uniforme nei confronti di tutti i soggetti che – esercitando attività d'impresa – non abbiano i requisiti dimensionali richiesti dall'art. 1 l. fall., ma anche dei professionisti, dei consumatori e degli enti (collettivi) che non esercitino attività commerciale³⁷¹.

Diversa soluzione era stata adottata nel d.l. n. 212/2011 sopra richiamato, nel quale (in seguito all'emendamento approvato dal Senato) si era prevista una procedura ad hoc per il debitore consumatore – che, stante la necessità di coordinarne il contenuto con la legge n. 3 già varata, aveva addirittura finito per costituire il contenuto esclusivo dell'intero testo normativo³⁷²–.

che è quello di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali. Subito dopo il legislatore fornisce la definizione di sovraindebitamento riportata nel testo, adottando ancora una volta una visione che ha riguardo alla situazione in sé e per sé considerata, senza alcun riferimento al soggetto. Ma “è chiaro che non sono le situazioni, bensì i [...] debitori ad essere o non essere assoggettati alle procedure concorsuali”; così Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, cit, 229 ss (231).

³⁷⁰ In questo senso Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, cit, 231.

³⁷¹ Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 330, che correttamente annovera tra i destinatari delle norme contenute agli artt. 6 e ss della legge n. 3/2012 “non solo persone fisiche ma anche enti collettivi; non solo imprenditori sotto soglia ma anche professionisti intellettuali e consumatori; non solo artigiani ma anche, deve ritenersi, imprenditori agricoli”, nonostante l'estensione a questi ultimi degli accordi di ristrutturazione di cui all'art 182 bis l. fall, non rientrando questi ultimi, come l'autrice ha osservato, tra le procedure concorsuali di cui all'art. 1 l. fall. In questo senso pare orientato anche Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, cit, 231.

³⁷² Cfr sezione I, del disegno di legge AC 4933 (contenente le modifiche apportate dal Senato), il cui capo I era dedicato alle “disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento del consumatore”.

Nella scheda di lettura relativa al d.l. 212/2011 del 07.02.2012 (consultabile su http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/D11212.htm#_Toc316576807) si legge “Il capo I del testo trasmesso dal Senato concerne esclusivamente le crisi da sovraindebitamento del consumatore. Il capo I del decreto-legge originario, come pure il capo I della legge n. 3 del 2012, riguardano invece le crisi da sovraindebitamento, senza circoscriverne l'ambito applicativo ai soli consumatori”.

La disciplina che qui si prenderà in considerazione è quella contenuta nella legge n. 3/2012, il cui testo originario, dopo pochi mesi dalla sua entrata in vigore, è stato oggetto di un incisivo intervento di interpolazione ad opera del d.l. n. 179/2012 (convertito nella legge n. 221/2012) che ha innestato sulle disposizioni originarie, di cui al capo II della legge in questione (artt. da 6 a 20), tutta una serie di previsioni nuove; da una parte, è stata modificata la procedura di composizione originariamente ideata (oggi disciplinata nell'attuale paragrafo 2 della sezione I del capo II, artt. 10, 11 e 12), dall'altra, il legislatore ha introdotto due procedimenti alternativi: uno riservato esclusivamente al consumatore, regolato al paragrafo 3 della sezione I del capo II (artt. 12 *bis* e 12 *ter*), l'altro, di generale applicazione, a carattere liquidatorio, del quale si occupa la sezione II del capo II (artt. 14 *ter* e seguenti)³⁷³.

Si delinearanno sommariamente i tratti distintivi della disciplina originaria, per poi soffermarsi sulle modifiche successivamente introdotte, alle quali si deve la procedura ad hoc per porre rimedio al sovraindebitamento del consumatore.

3. Il sovraindebitamento e l'accordo di composizione della crisi nella legge n. 3/2012

Delimitato l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina di cui alla legge n. 3/2012 – rivolta indistintamente a tutti i debitori non fallibili – è opportuno soffermarsi brevemente su quello oggettivo, per chiarire quando un soggetto versi in stato di sovraindebitamento, espressione rispetto alla quale, prima della legge in commento, non vi era una definizione unitaria³⁷⁴; in generale essa veniva riferita al debitore civile insolvente, incapace di rispettare gli impegni assunti a causa dell'incapienza patrimoniale. Si trattava di una situazione che, oltre alle pesanti

³⁷³ Il paragrafo 1 della sezione I (capo II) oggi vigente contiene le disposizioni generali, che, oltre a fornire le definizioni di sovraindebitamento e consumatore, illustrano le finalità della disciplina, i presupposti di ammissibilità, nonché il contenuto dell'accordo e del piano del consumatore, concludendosi con l'art. 9 sul deposito della proposta.

³⁷⁴ Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 11 ss.

conseguenze sul piano sociale³⁷⁵, aveva anche un forte impatto sul mercato, al quale venivano sottratti nuovi acquirenti.

Il legislatore ha superato il problema, fornendo, all'art. 6 della legge n. 3/2012, una definizione puntuale di sovraindebitamento, da intendere come quella "situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni"³⁷⁶.

Una volta inquadrato l'esatto contesto nel quale la disciplina introdotta nel gennaio 2012 opera(va), è opportuno esaminarne il contenuto, anche se in modo sommario; maggiore attenzione si presterà alle modifiche apportate dal d.l. n. 179/2012 (c.d. decreto crescita) già richiamato, sul quale ci si soffermerà in seguito.

Il primo passo della "procedura" è la predisposizione – con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi – di un accordo di ristrutturazione dei debiti da proporre ai creditori, che secondo alcuni, privilegiando una soluzione per così dire negoziata della crisi, può assimilarsi al meccanismo concordatario (di cui agli artt. 160 e ss. l. fall.), secondo altri agli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* l. fall.³⁷⁷.

L'accordo in questione deve basarsi su un piano nel quale prevedere le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti, nonché le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni³⁷⁸.

In ogni caso, il "programma" (piano) elaborato deve assicurare "il regolare pagamento" dei terzi creditori (non partecipanti all'accordo stesso), compreso l'integrale pagamento dei titolari di crediti privilegiati ai quali gli stessi non abbiano

³⁷⁵ Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 7, che parla di "esclusione sociale"; Galletti, *Insolvenza civile e <fresh start>: il problema dei coobbligati*, cit, 394 ss, il quale parla di "squalificazione sociale".

³⁷⁶ In senso critico Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 350.

³⁷⁷ Cfr Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, cit, 229 ss; Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 335 che evidenzia le affinità con il concordato preventivo, di cui agli artt. 160 e ss l. fall; Alecci, *La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2013 n. 3*, Giureta, *Rivista di diritto dell'economia dei trasporti e dell'ambiente*, 2013, XI, 2, che parla – con riferimento alla disciplina oggi superata alla luce del d.l. n. 179/2012 – di "eccessiva *contaminatio* tra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione".

³⁷⁸ Visto che la ristrutturazione dei debiti può avere luogo anche attraverso la "dismissione" dei beni, con la distribuzione del ricavato ai creditori (operazioni eventualmente svolte da un fiduciario nominato *ad hoc*, appunto, al fine di liquidare il patrimonio).

rinunciato, anche parzialmente”, salva la possibilità di prevedere – alle condizioni di cui all’art. 8, comma IV³⁷⁹ – la moratoria (fino ad un anno) per il pagamento dei creditori estranei all’accordo, che pur non partecipandovi potrebbero vedere ritardata la soddisfazione delle proprie pretese³⁸⁰.

La procedura è soggetta altresì a dei presupposti di ammissibilità strettamente riferibili alla “persona” del debitore – quindi non connessi al contenuto del piano come quelli appena elencati –; in particolare, affinché la proposta (di accordo basata sul piano) sia ammissibile, è necessario che il debitore: a) non sia assoggettabile alle procedure previste dall’art. 1 della legge fallimentare; b) non abbia fatto ricorso, nei precedenti tre anni, alla procedura di composizione della crisi.

La versione originaria della disciplina non fa riferimento alla “meritevolezza” del debitore rispetto ai vantaggi conseguibili attraverso la procedura, e dunque ad eventuali restrizioni in ordine all’accesso alla medesima (che, come si vedrà, compaiono nella versione oggi vigente, e ancora prima, in alcune iniziative parlamentari rimaste “in sospeso”).

Quanto alle modalità – da indicare come si è visto nella proposta di accordo – con le quali procedere alla ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei crediti, il legislatore ha lasciato ampio spazio all’autonomia privata³⁸¹, affermando che tali obiettivi possono raggiungersi “attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei redditi futuri” (art. 8, comma I)³⁸².

Come si è accennato, infine, nella proposta devono indicarsi “eventuali limitazioni all’accesso del mercato del credito al consumo, all’utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari”, il che conferma come il consumatore sia in maniera inequivocabile tra i destinatari della disciplina.

³⁷⁹ E cioè qualora il piano risulti idoneo ad assicurare il pagamento alla scadenza del nuovo termine (lett. a); quando l’esecuzione del medesimo sia affidata ad un liquidatore nominato dal giudice su proposta dell’organismo di composizione della crisi (lett. b); quando la moratoria non riguardi il pagamento dei crediti impignorabili (lett. c).

³⁸⁰ Sul punto cfr Quarticelli, *Le prescrizioni contenutistiche dell’accordo rispetto ai terzi*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit, 33 ss.

³⁸¹ Vedi Cerri, *Il contenuto della proposta di accordo*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit, 30, che parla di “atipicità della proposta”.

³⁸² Si è tenuto conto poi della possibilità – per nulla remota – che i beni o i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità del piano; in tal caso è necessario che la proposta di accordo venga sottoscritta da uno o più terzi disposti a conferire, anche in garanzia, redditi o beni idonei ad attuare l’accordo (art. 8, comma II).

Passaggio successivo è il deposito della proposta presso il tribunale del luogo di residenza o sede del debitore; insieme a tale atto, tuttavia, è necessario depositare anche tutta una serie di documenti analiticamente individuati dal legislatore³⁸³.

La disciplina, quindi, impone al debitore di rimodulare gli impegni assunti, prevedendone tempi e modalità di realizzazione, attraverso un piano fattibile, efficace e persuasivo, volto a garantire il recupero delle somme vantate dai creditori rimasti insoddisfatti, ponendo rimedio allo stato di sovraindebitamento.

Riscontrate siffatte caratteristiche³⁸⁴, il giudice consente il proseguimento della procedura, fissando un'udienza che introduce, per così dire, una fase successiva, nell'ambito della quale vengono in rilievo due figure ulteriori: l'organismo di composizione della crisi e i creditori³⁸⁵.

Questi ultimi, una volta ricevuta la comunicazione della proposta (e del decreto del giudice) possono valutarne la convenienza, per poi inoltrare all'organismo suddetto

³⁸³ In particolare, il debitore deve allegare alla proposta "l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, l'elenco dei beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione di fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia, previa indicazione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia" (art. 9, II comma). Per il debitore che svolge attività di impresa – rispetto al quale, come è stato rilevato (cfr Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 331; Di Marzio, *Una procedura per gli accordi di rimedio del sovraindebitamento*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit, 15) la proposta avrebbe un contenuto di certo più articolato – poi, si aggiungono le scritture contabili degli ultimi tre esercizi e una dichiarazione che ne attesta la conformità all'originale (art. 9, III comma).

³⁸⁴ Cfr il provvedimento del Tribunale di Firenze del 27.08.2012, consultabile su www.ilcaso.it, che ha rigettato il ricorso per la mancata indicazione delle scadenze e modalità di pagamento dei creditori, l'omesso deposito delle dichiarazioni dei redditi e dell'attestazione di fattibilità del piano, nonché per la mancata sottoscrizione di cui all'art. 8, comma II.

³⁸⁵ Il giudice dispone adeguate forme di comunicazione ai creditori (nonché di pubblicità) della proposta e del decreto contenente l'avvertimento dei provvedimenti che egli potrebbe adottare ai sensi dell'art. 10, comma III.

Nel corso dell'udienza, in ogni caso, possono essere adottati dei provvedimenti favorevoli per il debitore; invero, ai sensi dell'art. 10, comma III, della legge n. 3/2012, "il giudice, in assenza di iniziative o atti in frode ai creditori, dispone che per non oltre centoventi giorni, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore".

Durante tale periodo, inoltre, le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano.

Il comma V dell'art. 10 limita l'effetto sospensivo delle procedure individuali, precisando che esso può operare una volta soltanto, anche nel caso in cui vengano presentate successive proposte di accordo.

Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 333, che a tal proposito parla di "automatic stay".

Il legislatore precisa che la suddetta sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili.

L'ultimo comma dell'art. 10, considera applicabili, in quanto compatibili, gli artt. 737 e ss cpc; l'eventuale reclamo si propone al tribunale e del collegio non potrà far parte il giudice che ha emesso il provvedimento.

una dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta, nei termini in cui l'abbiano eventualmente modificata.

Affinché l'accordo venga omologato, è necessario che lo stesso sia approvato almeno dal 70 per cento dei creditori (potendo il restante 30 per cento anche rimanere escluso dalla procedura)³⁸⁶.

Il giudice, eseguite le verifiche prescritte dalla legge in ordine al raggiungimento della percentuale indicata nonché all'idoneità dell'accordo ad assicurare il pagamento dei creditori estranei, e risolta ogni altra contestazione, può omologarlo disponendone l'immediata pubblicazione nelle forme di legge³⁸⁷.

La fase esecutiva dell'accordo è rimessa all'organismo di composizione della crisi, al quale l'art. 13 attribuisce il compito di risolvere eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione e vigilare sull'esatto adempimento dello stesso, comunicando ai creditori le eventuali irregolarità.

La disciplina sommariamente descritta, se può guardarsi con favore per la sua portata innovativa – avendo introdotto nel nostro ordinamento una normativa in materia di sovraindebitamento del debitore civile – non è andata esente da critiche.

Da più parti si è sottolineata l'inadeguatezza di una procedura unitaria che coinvolge indistintamente ciascuna categoria di debitori, senza tenere conto delle peculiarità dell'indebitamento dei soggetti esercenti attività d'impresa o comunque attività

³⁸⁶ L'art. 11 contiene altre previsioni sul raggiungimento dell'accordo; in particolare, esso prescrive che l'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso e – salvo sia diversamente stabilito – non dà luogo alla novazione delle obbligazioni. In senso critico Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, cit, 233.

Inoltre, il legislatore precisa che esso è revocato di diritto qualora il debitore non abbia eseguito integralmente (entro novanta giorni dalle scadenze previste) i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, creditori che, sebbene non menzionati nelle disposizioni precedenti, rientrano a pieno titolo tra quelli che possono "partecipare" all'accordo di composizione della crisi.

Una volta raggiunto l'accordo, l'organismo di composizione della crisi trasmette a tutti i creditori una relazione sui consensi espressi, in modo da documentare il rispetto della percentuale richiesta (del settanta per cento dei creditori). Questi potranno sollevare contestazioni nei dieci giorni successivi al ricevimento della relazione; spirato tale termine, l'organismo potrà trasmettere al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché una definitiva attestazione sulla fattibilità del piano.

³⁸⁷ Il comma III dell'art. 12 prevede che dalla data dell'omologazione l'accordo produce, per un periodo non superiore ad un anno, gli effetti di cui all'art. 10, comma III. La norma suscita alcune perplessità ove letta in combinato disposto con la disposizione richiamata, in forza della quale sembrerebbe che tali effetti decorrano già dal momento in cui il provvedimento è adottato (e quindi dall'udienza); mentre l'art. 12 sembra ricondurne l'operatività all'omologazione dell'accordo.

In dottrina sul punto vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 336; Quarticelli, *Le prescrizioni contenutistiche dell'accordo rispetto ai "terzi"*, cit, 35; Vedi Farina, *Il contenuto del decreto e gli effetti protettivi del patrimonio del debitore proponente, Procedimento*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit, 45 ss.

professionali rispetto alla condizione nella quale si trovano coloro che incrementano la propria esposizione debitoria al solo fine di soddisfare bisogni personali (i consumatori)³⁸⁸.

Qualche perplessità ha suscitato inoltre la mancata previsione dell'esdebitazione del debitore rispetto alle obbligazioni non soddisfatte nel corso della procedura³⁸⁹, nonché l'assenza di ogni riferimento alla "meritevolezza" dell'istante tra i requisiti di ammissibilità³⁹⁰, unicamente orientati sull'esclusione dal novero dei soggetti ricompresi nelle procedure fallimentari e sulla mancata attivazione della procedura di composizione nei precedenti tre anni – meritevolezza, che, come si è detto, era invece contemplata nella versione del d.l. n. 212/2012 risultante dalle modifiche apportate dal Senato della Repubblica al testo originario –.

Oltre alla poca chiarezza del legislatore nell'utilizzare (quasi indifferentemente) i termini piano, proposta di accordo e accordo³⁹¹, non può farsi a meno di notare che quello delineato nella legge n. 3/2012 sia un procedimento che poco ha a che vedere con la concorsualità tipica dei rimedi all'insolvenza delle imprese commerciali che rientrano nell'ambito applicativo della legge fallimentare³⁹², un procedimento nel quale prevale, al contrario, la dimensione privatistica, la cui riuscita è interamente subordinata al consenso dei creditori (rappresentanti almeno il 70 per cento dei crediti non soddisfatti).

Un procedimento per nulla organico, in cui compaiono ad intermittenza l'organismo di composizione della crisi e il giudice, chiamati a svolgere compiti ora decisori ora di

³⁸⁸ Vedi Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, cit, 234; l'autore parla, più in generale, di "opera ancora incompiuta" (230); Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 345, che definisce "insoddisfacente" la scelta del legislatore di predisporre una normativa unitaria per tutti i debitori sovraindebitati.

³⁸⁹ Vedi Terranova, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, cit, 8.

³⁹⁰ Tuttavia, deve ritenersi che il giudice (e l'organismo di composizione della crisi ove autorizzato) potessero in qualche misura formulare un simile giudizio, o in ogni caso tenere conto della situazione finanziaria del soggetto. Infatti, l'art. 18 della legge n. 3/2012 (poi soppresso ad opera del d.l. n. 179/2012), consentiva a tali soggetti, nello svolgimento dei compiti e delle attività loro assegnati, l'accesso ai dati contenuti nell'anagrafe tributaria, nei sistemi di informazioni creditizie, nelle centrali rischi e nelle altre banche dati pubbliche, all'unica condizione che fosse garantito il rispetto delle disposizioni sulla tutela dei dati personali. Tra l'altro, si segnala come simile previsione fosse contenuta altresì nel testo del d.l. n. 212/2011, in seguito all'emendamento approvato dal Senato più volte menzionato.

³⁹¹ Cfr Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 336;

³⁹² In questo senso Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 343, che riconduce, mettendone in evidenza le differenze, l'accordo di cui alla legge n. 3/2012 a quello di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis l. fall., che rispetto alle altre procedure tipicamente concorsuali, si caratterizza per una gestione "concordata" della crisi.

controllo, secondo una ripartizione delle funzioni poco chiara³⁹³, inidonea a garantire un andamento unitario della procedura; invero, ad una prima valutazione sulla fattibilità del piano svolta dal giudice, segue una “fase” nella quale tale soggetto è tenuto a relazionarsi con l’organismo, che a sua volta, – avendo ricevuto le (singole) comunicazioni dei creditori aderenti – procede nuovamente ad interpellare questi ultimi in ordine all’accordo raggiunto, per poi trasmettere, in assenza di contestazioni, una definitiva attestazione sulla fattibilità del piano al giudice.

Un procedimento nel quale l’unico riferimento al sovraindebitamento del consumatore, nonostante gli inequivoci segnali del legislatore comunitario del 2008, può scorgersi, come più volte ricordato, nell’indicazione delle limitazioni all’accesso al mercato del credito ai consumatori da inserire nella proposta di accordo.

Di tali fragilità sembra essersi accorto il legislatore, che con il d.l. n. 179/2012 (“c.d. decreto crescita”) convertito con modifiche nella legge n. 221/2012, ha notevolmente modificato la procedura, riprendendo molte delle previsioni già contenute nel d.l. n. 212/2011, il quale, rispetto alla normativa in seguito varata, rappresentava, indipendentemente dalla tecnica legislativa adoperata, un intervento normativo più completo e adeguato alle esigenze manifestate dagli studiosi, tenuto conto anche del quadro normativo di derivazione comunitaria (e delle norme interne contenute nel Testo unico bancario), nonché del contesto economico di riferimento – visto che tra gli obiettivi perseguiti dal legislatore nell’ambito della regolamentazione del sovraindebitamento, vi era quello volto a introdurre misure idonee ad agevolare il reingresso dei soggetti indebitati nel mercato, in modo da incrementare i consumi, dando una spinta al ciclo economico³⁹⁴ –.

³⁹³ Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 343.

³⁹⁴ Cfr Terranova, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d’insieme*, cit, 9.

4. Le modifiche introdotte ad opera del d.l. n. 179/2012: uno sguardo d'insieme

La legge n. 3 del 2012 non ha incontrato il favore degli interpreti, portando il legislatore già dopo pochi mesi dalla sua entrata in vigore a rimeditarne l'intero impianto giungendo alla versione definitivamente consacrata nel decreto legge n. 179/2012 (c.d. "decreto crescita"), poi convertito con modifiche ad opera della legge n. 221/2012³⁹⁵.

Come emerge già dalla nuova rubrica del capo II dedicato ai "procedimenti di composizione della crisi di sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio", in luogo dell'unica procedura di cui alla versione originaria della legge n. 3/2012, il legislatore ha innanzitutto introdotto un meccanismo differenziato per il debitore consumatore, del quale si occupa il paragrafo 3 della sezione I del capo II della legge; in secondo luogo, ha attribuito al debitore (consumatore e non) la possibilità di scegliere tra la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento e la liquidazione del patrimonio, che rappresenta una strada "alternativa alla proposta per la composizione della crisi" (art. 14 *ter*).

Diversa è altresì la definizione di sovraindebitamento; ai sensi dell'art. 6, lett. a), la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni non è più una delle due condizioni (unitamente al perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte) che possono determinare, appunto, l'eccessivo indebitamento. La definitiva incapacità di adempiere regolarmente gli impegni assunti diviene qui – in alternativa alla meno grave difficoltà di adempierle – una delle conseguenze che possono derivare dal suddetto squilibrio³⁹⁶.

Non è più sufficiente, insomma, affinché si abbia un debitore sovraindebitato, il perdurante squilibrio tra obbligazioni e patrimonio rapidamente monetizzabile, ma

³⁹⁵ Sulla nuova disciplina, cfr Alecci, *La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2012 n. 3*, cit, 1 ss; Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, *Il fallimento*, 2012, 11, 1286 ss (commento alle nuove modifiche alla disciplina delle crisi da sovraindebitamento, decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, 1277 ss).

³⁹⁶ Sulla precedente definizione si rinvia a Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 350.

da tale sproporzione dovrà derivare o la rilevante difficoltà di adempiere le obbligazioni o la definitiva incapacità di adempierle con regolarità; sì da mettere in rilievo la relazione di causa ed effetto tra “eccesso” di indebitamento ed *effettiva* incapacità di adempiere le obbligazioni assunte.

Il legislatore ha inciso anche sul profilo soggettivo, estendendo la *procedura* di composizione delle crisi da sovraindebitamento, oltre che al consumatore³⁹⁷, all'imprenditore agricolo (art. 7, comma II *bis*) – che, tuttavia, sembra non poter ricorrere alla liquidazione³⁹⁸ – e alle c.d. start up innovative, anche se costituite in forma societaria (art. 31 d.l. n. 179/2012), le quali per i primi quattro anni dalla loro costituzione saranno escluse dall'applicazione della legge fallimentare.

In seguito all'entrata in vigore della nuova normativa, tre sono dunque le strade percorribili al fine di reagire alla crisi da sovraindebitamento:

- l'accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti, che, sulla base di un piano dal contenuto normativamente determinato, il debitore può proporre ai propri creditori, regolato dal paragrafo 2 della sezione I (capo II)³⁹⁹;
- il piano che (in alternativa all'accordo appena descritto) il consumatore, esclusi gli altri debitori non fallibili, può predisporre (eventualmente con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi), al fine di ottenerne l'omologazione da parte del giudice – disciplinato dal paragrafo 3 della sezione I (capo II) –. Non è un caso che qui, a differenza che nella procedura sopra menzionata (dove si parla di

³⁹⁷ Come si è avuto modo di osservare, il consumatore era pacificamente ricompreso tra i debitori non fallibili cui era rivolta la disciplina previgente.

³⁹⁸ In questo senso relazione preliminare al d.l. n. 179/2012 (convertito ad opera della l. n. 221/2012), 36 (atto n. 3533 Senato della Repubblica, cit).

³⁹⁹ Non è chiaro se tale percorso possa essere battuto anche dal consumatore (quale alternativa al piano a lui esclusivamente riservato); in questo senso sembrerebbe deporre il tenore letterale dell'art. 6, che nell'ambito delle finalità della disciplina, dopo aver parlato dell'accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi, prevede che “con le medesime finalità il consumatore può anche proporre un piano” secondo le previsioni degli artt. 7, comma I, e 8. Ma soprattutto l'art. 7 comma 1 *bis*, dove si prevede espressamente che “fermo il diritto di proporre ai creditori un accordo ai sensi del comma I, il consumatore in stato di sovraindebitamento può proporre [...] un piano contenente le previsioni di cui al comma I”; cfr la Relazione preliminare al d.l. n. 179/2012 (atto n. 3533 Senato della Repubblica, cit), 35, dove sia afferma che “in presenza di masse debitorie composite il debitore potrà accedere alla sola procedura di accordo di composizione della crisi”.

Di contrario avviso sembra Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit, 1287, che parla in questo caso di “debitore diverso dal consumatore”.

Vedi altresì Alecci, *La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2012 n. 3*, cit, 5, secondo il quale solo il consumatore che abbia assunto obbligazioni prevalentemente (e non esclusivamente, come invece richiede l'art. 6) per la soddisfazione di bisogni personali, possa ricorrere alla procedura di composizione prevista per la generalità dei debitori (non consumatori).

accordo), il legislatore abbia utilizzato il termine piano, mettendo in evidenza l'assenza di una manifestazione di volontà da parte dei creditori, che invece rappresenta un requisito essenziale della procedura di composizione della crisi riservato ai debitori "non consumatori".

- la procedura liquidatoria, di cui alla sezione II (capo II) che tutti i debitori (compreso il consumatore ed esclusi gli imprenditori agricoli) possono intraprendere in alternativa alla procedura di composizione disciplinata dalla sezione I, e che, per il debitore persona fisica potrà concludersi – a determinate condizioni – con l'esdebitazione.

Se la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento si connota, come è stato osservato⁴⁰⁰, per una più spiccata natura concorsuale rispetto al meccanismo originario di cui alla legge n. 3/2012, questo non è il solo elemento distintivo della nuova normativa.

Volendo fare una veloce ricognizione della disciplina vigente, almeno nei suoi tratti essenziali, vengono in rilievo innanzitutto i presupposti di ammissibilità.

La proposta di accordo per la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti presentata dal debitore – predisposta anche qui con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi – dovrà essere basata su un piano che, assicurato il regolare pagamento dei crediti impignorabili (e non più dei creditori "non aderenti"⁴⁰¹, compresi quelli privilegiati), preveda – analogamente al vecchio art. 7 – scadenze e modalità di pagamento dei creditori e indichi le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti e le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni⁴⁰².

Una novità è rappresentata dalla possibilità che i creditori il cui diritto sia assistito da pegno, privilegio o ipoteca non siano pagati integralmente; ma in ogni caso, ad essi deve essere garantita la soddisfazione in misura non inferiore al valore realizzabile, in

⁴⁰⁰ In questo senso, Alecci, *La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2012 n. 3*, cit, 10; Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit, 1285.

⁴⁰¹ L'art. 7 della legge n. 3/2012, come si è visto, prescriveva che il piano assicurasse l'integrale pagamento dei "creditori estranei", ossia non aderenti all'accordo, nonché di quelli privilegiati. Cfr Cordopatri, *Presupposti di ammissibilità*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit, 27, che ricomprende in tale categoria (oltre a quelli "non aderenti") anche i creditori dissenzienti; l'autrice precisa, inoltre, che tali creditori andranno soddisfatti "nei termini e nelle modalità (e quindi anche alle rispettive scadenze) previsti nelle singole fonti delle obbligazioni".

⁴⁰² Anche in questo caso, si contempla la possibilità che la ristrutturazione avvenga attraverso la liquidazione dei beni del debitore, consentendo l'affidamento del suo patrimonio ad un gestore (che nella disciplina previgente era definito fiduciario) per la liquidazione, custodia e distribuzione del ricavato ai creditori (art. 7, comma I, ultima parte e art. 13).

ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione – avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni su cui insiste la causa di prelazione, secondo l’attestazione fatta dall’organismo di composizione della crisi, al quale vengono qui assegnate funzioni assimilabili a quelle di uno stimatore –.

La moratoria, prima di applicazione “generalizzata” nei confronti dei creditori privilegiati, oggi è limitata al caso di proposta di accordo con continuazione dell’attività di impresa e di piano del consumatore, salvo il caso in cui si proceda alla liquidazione dei beni o dei diritti su cui insiste la causa di prelazione – dovendo in tale ipotesi i creditori con prelazione essere soddisfatti nella misura sopra indicata – (art. 8, comma IV).

A nessun tipo di riduzione o rimodulazione possono essere soggetti i crediti relativi a tributi costituenti risorse proprie dell’Unione Europea, all’imposta sul valore aggiunto e alle ritenute operate e non versate; per tali crediti potrà prevedersi tuttalpiù la dilazione di pagamento, dovendo, a tutti i costi, essere soddisfatti interamente.

Il comma I *bis*, dell’art. 7, poi, consente al consumatore, fermo restando il suo diritto di proporre ai creditori un accordo nei termini appena illustrati, di proporre, nel caso in cui si tratti di debiti contratti esclusivamente per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, un piano avente il medesimo contenuto dell’accordo, per l’omologazione del quale, tuttavia, non sarà necessario il consenso dei creditori⁴⁰³.

Quanto ai requisiti riferiti al debitore (in genere), il legislatore ha innalzato la soglia di ammissibilità; non sarà più sufficiente, al fine di accedere al procedimento, l’essere uno dei soggetti esclusi dall’ambito applicativo delle “altre” procedure concorsuali (quelle di cui alla legge fallimentare) e il non aver fatto ricorso al meccanismo di composizione della crisi nei precedenti tre anni (che sono diventati cinque).

La proposta deve infatti considerarsi inammissibile anche quando: il debitore abbia subito, per cause a lui imputabili, uno dei procedimenti regolati dagli artt. 14 e 14 *bis* della legge⁴⁰⁴ (verosimilmente riferiti alle eventuali procedure precedentemente

⁴⁰³ Il legislatore, infatti, parla in un caso di omologazione *dell’accordo* (con i creditori), dall’altro di omologazione *del piano*.

⁴⁰⁴ Tali norme disciplinano rispettivamente l’impugnazione (alla quale consegue l’annullamento) e la risoluzione dell’accordo (art. 14), e la revoca e la cessazione degli effetti dell’omologazione del piano del consumatore (art. 14 *bis*). In particolare, comportamenti quali l’aumento o la diminuzione del passivo, posti in essere con dolo o con colpa grave, ovvero la sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell’attivo, o ancora la dolosa simulazione di attività inesistenti possono determinare

attivate), nonché quando abbia fornito documentazione che non consente di ricostruire compiutamente la propria situazione economica e patrimoniale.

Con riguardo al contenuto, la proposta rimane svincolata da modalità di attuazione predeterminate; la nuova formulazione dell'art. 8 della legge n. 3/2012, fa riferimento alla ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei crediti da realizzare attraverso qualsiasi forma anche mediante cessione di crediti futuri – espressione più ampia rispetto a quella della normativa precedente, che limitava il riferimento alla cessione ai redditi futuri –.

Non è venuta meno la necessità di indicare nella proposta (o nel piano) le limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari⁴⁰⁵.

La proposta (di accordo) redatta secondo le modalità esposte dovrà essere depositata presso il tribunale del luogo di residenza o della sede principale del debitore, corredata dai medesimi elementi richiesti dalla precedente normativa⁴⁰⁶.

l'annullamento dell'accordo su istanza di ciascun creditore (art. 14, comma I); inoltre, se il proponente non adempie agli obblighi derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, ciascun creditore può chiedere al tribunale la risoluzione dell'accordo (art. 14, comma II).

Il I comma dell'art. 14 *bis* (in combinato disposto con l'art. 11, comma V) poi prevede delle ipotesi di revoca e di cessazione degli effetti del piano del consumatore; si tratta del caso in cui il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti secondo il piano alle amministrazioni pubbliche, e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. L'accordo è altresì revocato se risultano compiuti durante la procedura atti diretti a frodare le ragioni dei creditori (art. 11, comma V).

Ancora, il comma II dell'art. 14 *bis*, consente al tribunale – su istanza di ogni creditore – di dichiarare cessati gli effetti dell'omologazione del piano in caso di:

- a) aumento o diminuzione del passivo attuati con dolo o con colpa grave, ovvero sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo o, ancora, dolosa simulazione di attività inesistenti;
- b) inadempimento degli obblighi derivanti dal piano, mancata costituzione delle garanzie promesse, o sopravvenuta impossibilità dell'esecuzione anche per ragioni non imputabili al debitore.

⁴⁰⁵ Quasi immutato è rimasto anche il comma II dell'art. 8, relativo alla sottoscrizione dell'accordo da parte di terzi nel caso in cui i beni e i redditi del debitore (anche consumatore) non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo (o piano).

⁴⁰⁶ Si aggiunge, però che l'organismo di composizione della crisi dovrà curare la presentazione della proposta (contenente la ricostruzione della posizione fiscale del debitore, nonché l'indicazione di eventuali contenziosi pendenti) all'agente della riscossione e agli uffici fiscali. Significativa è, poi, la sospensione – a partire dal deposito –, ai soli effetti del concorso, del corso degli interessi convenzionali o legali, salvo si tratti di crediti privilegiati (previsione da coordinare con quelle di cui agli artt. 2749, 2788 e 2855, commi II e III, c.c.).

Da questo momento la scansione del procedimento varia a seconda che si tratti dell'accordo di composizione della crisi – tendenzialmente analoga a quella di cui alla disciplina originaria – o del piano del consumatore.

Qui si darà sommariamente conto delle modifiche che hanno interessato la prima procedura, per poi soffermarsi sul piano del consumatore, che è l'aspetto che più interessa ai fini della presente analisi.

Innanzitutto, nell'ambito del procedimento di composizione della crisi, viene in rilievo il decreto (da comunicare ai creditori e pubblicizzare), con il quale il giudice può adottare provvedimenti limitativi per i creditori aventi titolo o causa anteriore⁴⁰⁷; tali restrizioni, nella nuova versione dell'art. 10, non saranno adottate nel corso dell'udienza ma, in sede cautelare, prima della stessa, attraverso un decreto eventualmente revocabile dal giudice in udienza, qualora accerti atti o iniziative in frode ai creditori⁴⁰⁸.

Importanti novità attengono agli atti di straordinaria amministrazione posti in essere dal debitore nel corso della procedura – prima non contemplati dal legislatore –, che, ove non dotati dell'autorizzazione del giudice, saranno inefficaci nei confronti dei creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità del decreto (art. 10, comma III *bis*).

Inoltre, degna di nota è la previsione contenuta nel comma V dell'art. 10, secondo la quale il decreto “deve intendersi equiparato all'atto di pignoramento”.

Anche con riguardo al raggiungimento dell'accordo, si registrano dei mutamenti. In primo luogo, viene introdotto una sorta di meccanismo assimilabile al silenzio assenso, in forza del quale i creditori che non abbiano fatto pervenire all'organismo di composizione della crisi una dichiarazione che attesti il loro consenso nei dieci giorni precedenti all'udienza, saranno considerati consenzienti⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Questi (analogamente a quanto previsto nel “vecchio” art. 10, comma III) non potranno, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, né ottenere il sequestro conservativo o acquistare diritti di prelazione sui beni del debitore. La differenza tra le due discipline attiene all'elemento temporale; infatti mentre prima simili effetti erano limitati ad un periodo di centoventi giorni (a partire dall'udienza nella quale il provvedimento veniva adottato), adesso, si protraggono fino al momento in cui il provvedimento di omologazione diviene efficace.

L'unica eccezione è quella indicata nel testo: l'accertamento da parte del giudice di atti o iniziative in frode ai creditori, caso nel quale all'udienza disporrà la revoca del decreto.

⁴⁰⁸ Cfr decreto del Tribunale di Lodi emesso in data 01.10.2013, consultabile su www.ilcaso.it.

⁴⁰⁹ Cfr Alecci, *La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2012 n. 3*, cit, 10; Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit, 1287.

Il legislatore ha altresì abbassato dal 70 al 60 per cento la percentuale dei creditori necessari affinché l'accordo venga raggiunto⁴¹⁰.

Formalizzato l'accordo, ove non vi siano contestazioni, l'organismo di composizione della crisi provvederà a trasmettere al giudice tutto il materiale necessario al fine di procedere all'omologazione – che deve intervenire entro sei mesi dalla presentazione della proposta –.

Affinché ciò avvenga, il piano dovrà essere idoneo all'integrale pagamento dei crediti impignorabili, nonché di quelli relativi a tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, all'imposta sul valore aggiunto e alle ritenute operate e non versate; per tali crediti potrà prevedersi tuttalpiù, come si è detto, la dilazione di pagamento, dovendo, in ogni caso, essere soddisfatti interamente.

Più puntuale è, nella nuova disciplina, la descrizione degli effetti dell'accordo (art. 12, comma III), che è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità del decreto di cui all'art. 10, comma II; tale effetto tuttavia viene meno in alcune ipotesi espressamente previste dal legislatore: la risoluzione dell'accordo, il mancato pagamento dei crediti impignorabili, nonché di quelli di cui all'art. 7, comma I, terzo periodo⁴¹¹.

Sempre con riguardo alla fase esecutiva, viene in rilievo l'impossibilità di promuovere l'azione revocatoria fallimentare (ex art. 67 l. fall.) avverso gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato⁴¹².

La mancata esecuzione entro novanta giorni dalle scadenze previste dei pagamenti dovuti secondo il piano alle amministrazioni pubbliche⁴¹³ e agli enti gestori di previdenza e assistenza obbligatorie, che prima veniva sanzionata con la revoca dell'accordo, oggi provoca, invece, la “cessazione di diritto degli effetti dello stesso”;

⁴¹⁰ Non rientrano nel calcolo i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca i quali, in base alla proposta, abbiano diritto all'integrale soddisfazione delle proprie pretese; questi ultimi, tra l'altro, non hanno nemmeno il diritto di pronunciarsi sulla proposta, salvo rinunciare, anche parzialmente, alle proprie garanzie. Nella medesima condizione si trovano il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta (art. 11, comma II).

⁴¹¹ Cioè quelli relativi a tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'imposta sul valore aggiunto e alle ritenute operate e non versate; per tali crediti potrà prevedersi tuttalpiù la dilazione di pagamento, dovendo, in ogni caso, essere soddisfatti interamente.

⁴¹² Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 344, che nell'analisi della disciplina previgente criticava l'assenza di tale previsione.

⁴¹³ Prima, al posto delle amministrazioni pubbliche, si contemplavano le agenzie fiscali. In ogni caso, è da ritenersi che il riferimento sia al pagamento di tributi, o di debiti nei confronti dell'amministrazione statale o locale.

l'accordo è altresì revocato se, nel corso della procedura, risultano compiuti atti diretti a frodare le ragioni dei creditori⁴¹⁴.

Il legislatore si è preoccupato, in un certo senso, di attribuire rilevanza al rispetto da parte del debitore degli impegni assunti in forza dell'accordo (nonché della condotta tenuta durante la procedura), avuto riguardo a determinate tipologie di "irregolarità". Quelle sinteticamente descritte sono le modifiche che hanno interessato l'accordo di composizione della crisi riservato ai debitori in stato di sovraindebitamento, disciplinato dal paragrafo 2, sezione I, capo II della legge n. 3/2012 – rispetto al quale nessun tipo di distinzione è rintracciabile tra i debitori imprenditori e quelli che non lo siano –.

Sebbene la procedura non sia stata stravolta dal punto di vista formale – ma comunque riletta in chiave concorsuale, lasciando meno spazio all'autonomia privata –, significativi mutamenti hanno interessato, come si è cercato di illustrare, la condizione dei creditori e dei diritti loro spettanti, rispetto ai quali l'accordo omologato sarà in ogni caso obbligatorio (compresi quelli estranei), in alcuni casi anche in assenza del loro consenso espresso.

Ci si trova di fronte ad un meccanismo che risulta in qualche misura alleggerito, nell'ambito del quale il raggiungimento dell'accordo è più agevole di quanto non fosse nella vigenza della precedente disciplina, rispetto alla quale si è evidenziato un approccio, per così dire, procedimentalizzato da parte del legislatore⁴¹⁵.

Un meccanismo che sembra avvicinarsi, si è detto, al concordato preventivo regolato dalla legge fallimentare⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Invero non è ben chiara la distinzione tra cessazione di diritto degli effetti dell'accordo e revoca dello stesso – ripresa anche nell'art. 14 *bis* della legge, con riguardo all'accordo ed al piano che siano stati omologati –; è opportuno, in ogni caso, attribuire rilevanza all'effetto conseguente, che sembra il medesimo in entrambe le ipotesi: il venir meno dell'efficacia dell'accordo.

⁴¹⁵ In questo senso Alecci, *La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2012 n. 3*, cit, 3.

⁴¹⁶ Nella relazione preliminare al disegno di legge di conversione del d.l. n. 179 (atto n. 3553 del Senato della Repubblica, cit), con riguardo alle modificazioni introdotte, si parla di una trasformazione della procedura di composizione della crisi in chiave concordataria, "prevedendo cioè che i creditori che non aderiscono alla proposta di accordo non siano definibili quali creditori estranei, come tali titolari del diritto ad essere soddisfatti integralmente, ma siano vincolati all'accordo, sempre che concluso con creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei creditori complessivi".

Sui punti di contatto con la disciplina di cui alla legge fallimentare, vedi Alecci, *La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2012 n. 3*, cit, 1 ss; Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit, 1285.

5. Il piano del consumatore e i presupposti (soggettivi) per la liquidazione del patrimonio e l'esdebitazione

Il c.d. piano del consumatore – che rappresenta una delle più forti innovazioni introdotte dal “decreto crescita” – è riservato al debitore persona fisica che abbia assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (art. 6, II comma, lett. b).

I presupposti di ammissibilità, nonché il contenuto del piano, sono i medesimi che il legislatore richiede per (l'accordo del)la “generalità dei debitori” non fallibili, sopra analizzati.

Tuttavia, dal debitore consumatore si esige qualcosa in più, del quale si rinvergono dei segnali in tutte quelle disposizioni che attribuiscono rilevanza, ai fini del regolare esperimento della procedura in questione, alla “meritevolezza”, al contegno tenuto al momento dell'assunzione del debito, e cioè chiamano in causa il comportamento responsabile e diligente di colui che accede al credito (tra queste l'art. 9, comma III *bis*, l'art. 12 *bis*, comma III, l'art. 14 *ter*, comma III, nonché l'art. 14 *terdecies*, comma II, lett. a).

In particolare, ai sensi dell'art. 9, comma III *bis* (che riproduce le previsioni di cui all'art. 4 del d.l. n. 212/2011, nel testo risultante da un emendamento approvato dal Senato⁴¹⁷) assumono rilievo per la prima volta le cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni (lett. a), le ragioni dell'incapacità di adempiere le obbligazioni assunte (lett. b) e la

⁴¹⁷ Cfr Senato della Repubblica, ddl n. 3075B, nonché Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Dossier di documentazione – Composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile – d.l. 212/2011 (AC 4933), cit.

Ai sensi del comma II della disposizione richiamata, “alla proposta sono allegati l'inventario dei beni del debitore e una relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi che deve contenere:

- a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e del grado di diligenza impiegato dal consumatore nell'assumere le obbligazioni;
- b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte;
- c) il resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi cinque anni;
- d) l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori;
- e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal consumatore a corredo della proposta, nonché sulla concreta fattibilità del piano avuto riguardo anche all'elenco dei beni mobili o immobili che i terzi garanti mettono a disposizione per l'esecuzione del piano di ristrutturazione dei debiti e sulla sua convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria”.

solvibilità del consumatore negli ultimi cinque anni (lett. c). Requisiti che dovranno risultare dalla relazione particolareggiata redatta dall'organismo di composizione della crisi, allegata al piano. A tali informazioni si aggiungono l'indicazione dell'eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori (lett. d), il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata nonché sulla probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria (lett. e).

Passando alla fase successiva al deposito, il giudice prima di procedere a fissare con decreto l'udienza da comunicare ai creditori⁴¹⁸, non deve verificare soltanto che la proposta soddisfi i requisiti di cui agli artt. 7, 8 e 9, ma anche vagliare la condotta tenuta dal consumatore, dovendo accertare l'assenza di atti in frode ai creditori – accertamento che nella procedura “ordinaria” può, solo all'udienza, determinare la revoca del decreto –.

Meno invasivi risultano i provvedimenti limitativi delle azioni esecutive (e di queste soltanto⁴¹⁹) da parte dei creditori; infatti, il giudice con il suddetto decreto “quando, nelle more della convocazione dei creditori, la prosecuzione di specifici procedimenti di esecuzione forzata potrebbe pregiudicare la fattibilità del piano”, potrà unicamente disporre la sospensione degli stessi sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, senza incidere sui procedimenti esecutivi da intraprendere.

Al fine dell'omologazione del piano – che anche qui deve intervenire nel termine di sei mesi dalla presentazione della proposta – è necessario che esso sia idoneo a garantire il pagamento dei crediti impignorabili, nonché di quelli di cui all'art. 7, comma I, terzo periodo⁴²⁰; ma dovrà anche essere fattibile secondo una valutazione che in questo caso non pare essere demandata all'organismo di composizione della crisi, bensì al giudice⁴²¹.

⁴¹⁸ Questa volta entro il termine di trenta giorni (precedenti all'udienza stessa); mentre, nell'accordo di composizione del debitore (non consumatore) i trenta giorni sono riferiti al termine di cui all'art. 11, comma I (quello nel quale i creditori devono fare pervenire le proprie dichiarazioni all'organismo di composizione della crisi – dieci giorni prima dell'udienza –).

⁴¹⁹ Non si considera il sequestro conservativo, né gli atti di acquisto di diritti di prelazione sul patrimonio del debitore.

⁴²⁰ Quelli relativi a tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'imposta sul valore aggiunto e alle ritenute operate e non versate; per tali crediti potrà prevedersi tuttalpiù la dilazione di pagamento, dovendo, in ogni caso, essere soddisfatti interamente.

⁴²¹ Cfr art. 12, comma I e art. 12 *bis*, comma III.

L'aspetto più significativo ed innovativo introdotto dal d.l. n. 179/2012 – che ricalca una delle previsioni già contenute nell'art. 11 *decies* del d.l. n. 212/2011 (nel testo risultante dall'emendamento sopra richiamato)⁴²² – è che, anche in questa sede, assume rilevanza la condotta (responsabile) del consumatore; il giudice non sarà legittimato ad omologare il piano qualora questi abbia “assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere” o abbia “colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali” (art. 12 *bis*, comma III).

Affinché il piano acquisti efficacia “esecutiva” attraverso l'omologazione, non è necessario che intervenga il consenso dei creditori; questi potranno al più avanzare delle contestazioni in ordine all'effettivo ammontare dei crediti (art. 12 *bis*, comma III) o – al pari di ogni altro interessato – mettere in dubbio la convenienza del piano, senza, tuttavia, che ciò debba necessariamente incidere sulla decisione del giudice, il quale procederà in ogni caso all'omologazione se ritiene che il credito (del creditore che ha sollevato contestazioni) possa essere soddisfatto, dall'esecuzione del piano, in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria (art. 12 *bis*, comma IV)⁴²³.

Quanto agli effetti – destinati a venir meno in caso di mancato pagamento dei crediti impignorabili nonché di quelli di cui all'art. 7, comma I, terzo periodo (art. 12 *ter*, comma IV) –, il piano omologato è obbligatorio nei confronti di tutti i creditori anteriori al momento in cui ne è stata eseguita la pubblicità prescritta dall'art. 12 *bis*, comma III (art. 12 *ter*, comma II). Inoltre, dalla data dell'omologazione i creditori con causa o titolo anteriore non potranno iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, o cautelari, né acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore (art. 12 *ter*, comma I).

Come si è anticipato, tra le novità apportate dal d.l. n. 179/2012 vi è l'introduzione della liquidazione del patrimonio, quale procedimento alternativo rispetto alla proposta per la composizione della crisi (o risultante dalla conversione di

⁴²² Cfr Senato della Repubblica, ddl n. 3075B, nonché Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Dossier di documentazione – Composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile – d.l. 212/2011 (AC 4933), cit.

In particolare vedi il comma II dell'art. 5 sul procedimento di omologazione, ai sensi del quale “il giudice quando esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato rispetto alle proprie capacità patrimoniali, omologa il piano”.

Sul punto vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 354.

⁴²³ Cfr Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit, 1286.

quest'ultima ⁴²⁴), alla quale possono fare ricorso tutti i debitori (anche consumatori⁴²⁵), che siano in possesso dei requisiti di ammissibilità richiesti dalla legge⁴²⁶ – salvo, si ritiene, l'imprenditore agricolo –.

La domanda si propone al tribunale competente per territorio⁴²⁷; ad essa devono essere allegati, oltre agli elementi di cui all'art. 9, commi II e III⁴²⁸, l'inventario dei beni del debitore – con la specificazione dello stato di possesso di ciascuno – nonché una relazione particolareggiata redatta dall'organismo di composizione della crisi; quest'ultima, secondo uno schema che richiama l'art. 9, comma III *bis*, relativo al piano del consumatore – esteso qui indistintamente a tutti i debitori persone fisiche –, dovrà contenere (in linea con le previsioni contenute nell'art. 9 del d.l. n. 212/2012 nella versione risultante dell'emendamento già menzionato⁴²⁹): l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere volontariamente le obbligazioni (lett. a); l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte (lett. b); il resoconto della solvibilità del debitore negli ultimi cinque anni (lett c)⁴³⁰.

⁴²⁴ Ai sensi dell'art. 14 *quater* della legge n. 3/2012, il giudice, su istanza del debitore o di uno dei creditori, dispone, con decreto la conversione della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento in quella di liquidazione del patrimonio nell'ipotesi di annullamento dell'accordo o di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore (ai sensi dell'articolo 14 *bis*, comma II, lettera a). La conversione è altresì disposta nei casi di cui agli articoli 11, comma V, e 14 *bis*, comma I, nonché di risoluzione dell'accordo o di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore ai sensi dell'articolo 14 *bis*, comma II, lettera b), ove determinati da cause imputabili al debitore.

⁴²⁵ Cfr Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, cit, 1277 ss. Come si è detto, in base al disposto dell'art. 7, comma II *bis*, sembrerebbero, invece, esclusi da tale procedura gli imprenditori agricoli.

⁴²⁶ A tal fine è necessario che non si trovi nelle condizioni di inammissibilità di cui all'art. 7, comma II, lettere a) e b), quindi, che non sia soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle di cui ci si occupa, e che non abbia fatto ricorso nei precedenti cinque anni ai procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento.

⁴²⁷ Quello del luogo dove ha sede l'impresa o è residente il debitore.

⁴²⁸ Anche alla domanda di liquidazione, quindi, dovranno allegarsi l'elenco dei creditori, con l'indicazione delle somme dovute, di tutti i beni del debitore (ai quali, ai sensi dell'art. 14 *undecies*, si aggiungono anche quelli sopravvenuti) e degli eventuali atti di disposizione degli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia.

⁴²⁹ Cfr Senato della Repubblica, ddl n. 3075B, nonché Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Dossier di documentazione – Composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile – d.l. 212/2011 (AC 4933), cit.

Il comma II della norma richiamata, infatti, con riguardo alla documentazione da allegare alla domanda di liquidazione (del consumatore), rinviava all'art. 4 del medesimo d.l. n. 212/2011.

⁴³⁰ Le lettere a), b), e c), sono espressamente riferite al debitore persona fisica; gli altri elementi che dovranno risultare dalla relazione in questione, invece, vengono in rilievo anche nel caso in cui a ricorrere alla liquidazione sia un imprenditore non fallibile: si tratta dell'indicazione dell'eventuale

La documentazione prodotta, dovrà, a pena di inammissibilità, consentire di ricostruire la situazione economica e patrimoniale del debitore (art. 14 *ter*, comma V). La liquidazione – che non opera rispetto ad alcuni particolari crediti⁴³¹ –, è diretta da un liquidatore appositamente nominato dal giudice.

Anche questa procedura si snoda attraverso una serie di passaggi essenziali, tipici del meccanismo liquidatorio: decreto del giudice – che, oltre ai provvedimenti cautelari limitativi delle azioni esperibili (o perseguibili) da parte dei creditori, potrà contenere ordini di consegna o rilascio dei beni inclusi nella liquidazione⁴³² –; inventario ed elenco dei creditori predisposti dal liquidatore; domande di partecipazione; formazione del passivo; per giungere, infine, alla liquidazione vera e propria. Solo una volta completato l'intero programma di liquidazione la procedura potrà concludersi, in ogni caso mai prima di quattro anni dal deposito della proposta.

Infine, tra le innovazioni più rilevanti della nuova disciplina – di certo tra le più attese – vi è la previsione, a favore del debitore persona fisica (anche consumatore) che abbia fatto ricorso alla procedura liquidatoria, dell'esdebitazione⁴³³, che, in base al disposto dell'art. 14 *terdecies*, determina la liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti.

Affinchè un simile risultato possa concretamente prodursi, tuttavia, il legislatore richiede un comportamento collaborativo del debitore nel corso dell'iter liquidatorio. In particolare, oltre alla soddisfazione parziale dei creditori aventi titolo e causa anteriore all'apertura della procedura, è necessario che il debitore abbia cooperato al regolare ed efficace svolgimento della stessa, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utili, nonchè adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni, senza ritardarne lo svolgimento.

esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori (lett. d) e del giudizio sulla completezza della documentazione depositata (lett e).

⁴³¹ Tra questi i crediti impignorabili, quelli aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli stipendi, le pensioni e in generale le somme derivanti dall'attività svolta dal debitore, nei limiti in cui siano necessarie al mantenimento della famiglia (art. 14 *ter*, comma VI).

⁴³² Salvo il giudice autorizzi il debitore a utilizzarne alcuni (art. 14 *quinqes*, comma II, lett. e).

⁴³³ L'art. 11 *decies* del d.l. n. 212/2011 (ddl n. 3075B del Senato della Repubblica), rientrando tra le disposizioni comuni (riferibili dunque sia al piano del consumatore che alla liquidazione del patrimonio), potrebbe indurre a ritenere che l'esdebitazione fosse un "beneficio" conseguibile dal consumatore in esito ad entrambe le procedure, differenziandosi sotto questo profilo, rispetto alla disciplina oggi vigente. In realtà tale interpretazione sembra smentita dal dato testuale; il comma II della disposizione, infatti, esclude l'esdebitazione quando il sovraindebitamento del debitore (consumatore) che ha fatto ricorso alla procedura di liquidazione è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali. In tal senso Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 354, ma vedi anche 359 ss.

Inoltre, il debitore, nei quattro anni successivi al deposito della domanda, dovrà attivarsi dal punto di vista professionale, svolgendo un'attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato o, in ogni caso, cercando un'occupazione, senza rifiutare proposte di impiego in assenza di un giustificato motivo⁴³⁴.

In piena continuità con la rilevanza attribuita dal legislatore alla condotta tenuta dal debitore al momento dell'assunzione del debito, si prevede altresì che l'esdebitazione è esclusa quando il sovraindebitamento "è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali", ovvero quando "il debitore, nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, ovvero simulazioni di titoli di prelazione, allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri". Identica previsione era contenuta nell'art 11 *decies* del d.l. n. 212/2011⁴³⁵.

L'esdebitazione non opera rispetto a talune tipologie di debiti, elencati tassativamente dal legislatore. Si tratta, in particolare, dei debiti derivanti da obblighi di mantenimento e alimentari; di quelli da risarcimento dei danni da fatto illecito (ex art. 2043 c.c.) e per il pagamento di sanzioni penali e amministrative pecuniarie, non accessorie a debiti estinti; dei debiti fiscali, che – pur avendo causa anteriore al decreto di apertura delle procedure rispettivamente di composizione della crisi e di liquidazione del patrimonio – siano stati accertati in un momento successivo, in forza di elementi sopravvenuti.

La concreta produzione dell'effetto liberatorio deriva da un decreto del giudice – pronunciato su domanda del debitore da presentare entro il termine di un anno dalla chiusura della procedura liquidatoria –; quest'ultimo, sentiti i creditori non integralmente soddisfatti e verificata la sussistenza dei presupposti sopra indicati, dichiara non esigibili i crediti non pagati nel loro intero ammontare.

⁴³⁴ Inoltre è necessario che non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli otto anni precedenti e non sia stato condannato per uno dei reati di cui all'art. 16 della legge.

⁴³⁵ Cfr ddl n. 3075B del Senato della Repubblica, nonché il n. 4933 della Camera dei Deputati, cit.

6. Il consumatore “meritevole”: la diligenza dall’assunzione del debito all’(in)capacità di farvi fronte

Dalla ricognizione svolta emerge come il legislatore abbia, nell’ultima versione della normativa sui procedimenti per la composizione delle crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio consegnataci, finalmente – è il caso di dire – attribuito un ruolo significativo alla meritevolezza del debitore (per ciò che qui interessa consumatore) che ricorre alle procedure.

Infatti, come si è messo in luce, nella disciplina in commento molteplici sono i riferimenti all’accortezza ed in qualche modo alla prudenza del debitore che assume obbligazioni: essi innervano praticamente ogni fase della procedura, fino a condizionare la possibilità di godere dell’esdebitazione.

L’opportunità di accedere ai meccanismi legislativi di soluzione della crisi da sovraindebitamento si lega ad un apprezzamento delle “cause dell’indebitamento”, e dunque non solo dei bisogni, più o meno meritevoli, per cui egli abbia fatto ricorso al credito, ma anche delle “ragioni” che lo hanno condotto ad una situazione di “incapacità di adempiere le obbligazioni assunte”. Tali elementi, unitamente all’indicazione della “diligenza impiegata dal consumatore nell’assumere volontariamente le obbligazioni”, non soltanto dovranno risultare dalla relazione allegata alla proposta di piano presentata dal consumatore (art. 9, comma III *bis*, lett. a), nonché, in alternativa, alla domanda di liquidazione (art. 14 *ter*, comma 3, lett. a), ma essi assumeranno rilevanza centrale sia nel giudizio di omologazione del piano medesimo, che con riguardo al beneficio dell’esdebitazione.

Nel primo caso, infatti, il comportamento “corretto” del consumatore assurge a presupposto imprescindibile dell’intera procedura: il giudice non potrà procedere all’omologazione qualora risulti che egli abbia “assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere” o abbia “colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali” (art. 12 *bis* comma III).

Per altro verso, nell’ambito del procedimento liquidatorio, il beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti

sarà escluso rispetto a quei debitori ai quali sia imputabile il sovraindebitamento per via di un “ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle *proprie* capacità patrimoniali” (art. 14 *terdecies*, comma II, lett. a)⁴³⁶.

Simili richiami, come si è osservato, si rinvenivano anche nel d.l. n. 212/2011, dal quale in sede di conversione, tuttavia, l’intera normativa sul sovraindebitamento era stata espunta⁴³⁷.

In particolare, nella relazione preliminare al d.l. n. 179/2012 – nella quale si ricostruisce l’evoluzione normativa sulla tematica in esame – si afferma che in sede di conversione del disegno di legge (AS 3075) “la Commissione Giustizia del Senato e l’aula successivamente hanno approvato un emendamento governativo strutturato in modo sovrapponibile all’intervento odierno”.

In ogni caso, quello che viene in rilievo è il c.d. principio del *responsible borrowing* sancito – quale regola speculare rispetto al c.d. *responsible lending* – dal legislatore europeo nella direttiva 2008/48/Ce sopra esaminata, principio che va letto proprio alla luce delle norme sul credito ai consumatori e con esse coordinato⁴³⁸.

Nel capo II della legge n. 3/2012 (come da ultimo modificata), relativo ai procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio, tre sono i profili che assumono rilevanza con riguardo alla condotta del prestatario.

In primo luogo, la diligenza impiegata dal consumatore nell’assumere i propri impegni finanziari, e, quindi, nell’esatto momento in cui si indebita; diligenza che, tuttavia, non va vista, secondo il legislatore del “decreto crescita”, esclusivamente nella sua dimensione statica, ma anche in chiave per così dire programmatica, che

⁴³⁶ Tali riferimenti giustificano in un certo senso la soppressione dell’art. 18 della legge n. 3/2012 (testo originario), che, come si è detto, consentiva al giudice e all’organismo di composizione della crisi dal primo autorizzato di consultare le informazioni contenute, tra l’altro, nei sistemi di informazioni creditizie e nelle centrali rischi.

⁴³⁷ Ciò è avvenuto in seguito all’esame del d.l. n. 212/2011 da parte della Commissione Giustizia della Camera, dove si era rappresentata l’“opportunità politica di concludere l’iter di approvazione del disegno di legge Centaro”, invitando, tuttavia, il Governo a tradurre in un (altro) disegno di legge gli interventi correttivi contenuti nel testo originario del d.l. e nei successivi emendamenti. Accogliendo tale suggerimento, il Governo, come si è detto, subito dopo l’approvazione della legge n. 3/2012 ha presentato il disegno di legge AC 5117, attualmente pendente presso la Commissione Giustizia del Senato.

⁴³⁸ Vedi Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit., 222.

tenga conto di quelle che sono le prospettive *ragionevoli* di adempimento rispetto ai debiti contratti⁴³⁹.

In effetti, ciascun debitore verosimilmente, nel momento in cui accede al credito, cerca di pianificare gli effetti che gli obblighi restitutori produrranno sul suo patrimonio – salvi gli eventi improvvisi e imprevedibili, che costituiscono le c.d. cause passive del sovraindebitamento, in ordine alle quali il debitore non ha in alcun modo inciso; proprio questi ultimi forse sono gli *shock* economici cui il legislatore intendeva porre rimedio⁴⁴⁰ –.

Ma la visione prospettica, che guarda al momento dell'adempimento, abbraccia in qualche misura una valutazione preventiva in ordine all'“adeguatezza” del prestito richiesto rispetto alle proprie capacità patrimoniali, con riferimento sia al momento in cui egli assume l'obbligazione, che a quello in cui dovrà restituire le somme. Siffatta considerazione è espressamente confermata dal dato testuale, che richiama le ragioni dell'incapacità e il resoconto della solvibilità del debitore negli ultimi cinque anni (entrambi elementi che devono risultare dalla relazione particolareggiata a cura dell'organismo di composizione della crisi da allegare al piano del consumatore, nonché alla domanda di liquidazione).

Il secondo profilo attiene ad un non accorto, colposo, incremento della propria esposizione debitoria.

È come se la nuova normativa sulla composizione delle crisi e la liquidazione volesse esortare, da parte sua, il debitore a reponsabilizzarsi⁴⁴¹, evitando di accumulare deliberatamente e colposamente una smisurata esposizione debitoria.

⁴³⁹ Tale impostazione prospettica sembra confermata dall'Arbitro bancario finanziario, che ha parlato di “manifesta autoresponsabilità” nel caso di “inversione logica della sequenza [...] tra la stipulazione dell'obbligazione contrattuale da assistere finanziariamente e il reperimento della risorsa finanziaria ad hoc”. Vedi Collegio di Napoli, decisione n. 576 del 27.02.2012; nella specie, tuttavia, si trattava di un contratto di mutuo richiesto al fine di stipulare un contratto definitivo di acquisto immobiliare del quale l'interessata aveva già sottoscritto il relativo preliminare, finanziamento negato dall'intermediario convenuto davanti all'Abf, ma poi ottenuto da altro operatore abilitato (ad un tasso di gran lunga maggiore). Nonostante si trattasse di una fattispecie esclusa dall'ambito applicativo della disciplina sul credito ai consumatori (ai sensi dell'art. 122, comma I, lett. e Tub), nella decisione si fa riferimento all'art. 124 *bis* Tub, quale norma che il finanziatore deve rispettare nell'erogazione del credito.

⁴⁴⁰ Vedi Stanghellini, *Il credito irresponsabile alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit, 394 ss (397).

Non a caso, le cause dell'indebitamento sono più volte richiamate nel testo della legge n. 3/2012, come da ultimo modificato.

⁴⁴¹ Cfr Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dei debiti*, cit, 189 ss, (196) che mette in luce la connessione tra la tematica del prestito responsabile e l'educazione finanziaria.

Sotto altro profilo, rileva poi il contegno tenuto dal debitore durante il corso della procedura⁴⁴², ai fini della regolare definizione del piano o della liquidazione.

Il compimento di atti in frode ai creditori – che di certo rappresenta un chiaro segnale di un comportamento non improntato alla cooperazione – viene preso in considerazione da numerose disposizioni; più precisamente, l'accertamento di siffatte condotte viene in rilievo, con specifico riferimento al consumatore, sia nell'iter di omologazione del piano dal medesimo proposto (art. 12 *bis*, comma I)⁴⁴³, che nella procedura di liquidazione⁴⁴⁴ (art. 14 *quinquies*, comma I⁴⁴⁵) – alla quale, invero, può ricorrere ogni debitore che rientri nell'ambito applicativo della legge, salvo l'imprenditore agricolo –, potendo condurre, inoltre, alla revoca dell'omologazione del piano (art. 14 *bis*, comma I, in combinato disposto con l'art. 11, comma V), nonché precludendo l'esdebitazione (art. 14 *terdecies*, comma II, lett. b).

Non è facile inquadrare con precisione cosa intenda il legislatore facendo riferimento agli “atti in frode ai creditori”; di certo, tra questi rientrano tutti quegli atti c.d. “di straordinaria amministrazione”, ossia gli atti di disposizione posti in essere dal consumatore, in generale diretti a neutralizzare la garanzia patrimoniale dei creditori, come ad esempio atti di acquisto o di assunzione di altri debiti.

In ogni caso, il legislatore ha previsto per i pagamenti e gli atti dispositivi posti in essere in violazione del piano del consumatore il regime dell'inefficacia nei confronti

⁴⁴² Cfr Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 354.

⁴⁴³ Come si è detto, infatti, affinché il giudice possa omologare il piano del consumatore non dovrà limitarsi a verificare la sussistenza dei requisiti di cui agli artt. 7, 8, e 9 della legge in commento, ma anche l'assenza di atti in frode ai creditori. Questi ultimi, nella procedura di composizione della crisi del debitore non consumatore, invece, sembrano venire in rilievo in un momento successivo, cioè all'udienza (art. 10, comma III).

⁴⁴⁴ In entrambe le disposizioni si considera l'assenza di atti in frode ai creditori come uno dei presupposti in presenza dei quali il giudice può dichiarare aperta la procedura (nel caso di piano del consumatore procedendo a fissare l'udienza).

⁴⁴⁵ E indirettamente nell'art. 14 *ter*, III comma, lett. d, che menziona gli atti del debitore impugnati dai creditori, tra gli elementi che devono risultare dalla relazione particolareggiata a cura dell'organismo di composizione della crisi.

È opportuno precisare che, sia nell'ambito della liquidazione che dell'esdebitazione, gli atti in frode ai creditori rilevano sia ove posti in essere nei cinque anni precedenti all'apertura della liquidazione che nel corso della stessa.

Simili comportamenti vengono in considerazione anche nella procedura di composizione della crisi, per così dire, “ordinaria”, potendo determinare la revoca dei provvedimenti favorevoli per il debitore disposti dal giudice in via cautelare (art. 10, comma III), nonché la revoca dell'accordo concluso (art. 11, comma V, da leggere anche in combinato disposto con l'art. 14 *bis*, comma I, nel quale i medesimi comportamenti assumono rilevanza con riguardo alla revoca dell'accordo o piano già omologato).

dei creditori anteriori all'apertura della procedura (art. 13, comma IV)⁴⁴⁶. Deve ritenersi che simili atti – presi in considerazione in seguito all'omologazione del piano⁴⁴⁷ – coincidano con quelli prima definiti come “atti in frode ai creditori”. La diversità riguarda esclusivamente gli effetti che tali atti producono; questi, ove si guardi ai creditori anteriori al decreto, saranno in ogni caso inefficaci; ove si abbia riguardo alla procedura “interamente considerata”, potranno determinare la revoca dell'omologazione del piano (art. 14 *bis*, che richiama l'art. 11, comma V).

Sul punto si ritiene condivisibile l'osservazione – fatta con riferimento alla disciplina previgente ma di certo valida anche in seguito alle novità legislative – secondo la quale alle restrizioni che il giudice può disporre nei confronti dei creditori, quanto alle azioni da essi esperibili (*rectius* proseguibili, nel caso del consumatore), “non si accompagni una parallela limitazione del potere del debitore di compiere atti di disposizione”, in modo da salvaguardare l'integrità del patrimonio del debitore “già dal momento della proposizione della domanda” (o del piano)⁴⁴⁸.

Inoltre, comportamenti quali l'aumento o la diminuzione del passivo, posti in essere con dolo o colpa grave, ovvero la sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo, o ancora la dolosa simulazione di attività inesistenti – che il legislatore distingue rispetto agli atti in frode ai creditori – possono determinare la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore (art. 14 *bis*, comma II, lett. a⁴⁴⁹). Senza contare le disposizioni che prendono in considerazione la fase esecutiva del piano omologato⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Parimenti inefficaci (nei confronti dei creditori anteriori alla pubblicità del decreto), ai sensi dell'art. 10, comma III *bis*, sono, nell'ambito della procedura di composizione di cui al paragrafo II della sezione I, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti dal momento in cui è eseguita la pubblicità del decreto a quello in cui interviene l'omologazione dell'accordo senza l'autorizzazione del giudice.

⁴⁴⁷ In tal senso depone il fatto che la previsione è contenuta nell'art. 13, relativo all'esecuzione del piano (omologato).

⁴⁴⁸ In questo senso Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 333.

⁴⁴⁹ Nell'art. 14 i medesimi comportamenti vengono in rilievo quali motivi idonei a sorreggere l'azione di annullamento dell'accordo di composizione della crisi (per la generalità dei debitori).

⁴⁵⁰ Vedi l'art. 14 *bis*, comma II, lett. b), che, in caso di inadempimento da parte del consumatore agli obblighi derivanti dal piano, di mancata costituzione delle garanzie prestate, nonché della sopravvenuta impossibilità di esecuzione del piano, consente al tribunale – su istanza di ogni creditore – di dichiarare cessati gli effetti del piano. Cfr inoltre l'art. 14, comma II, con riguardo all'accordo di composizione della crisi.

7. Il *responsible borrowing*: la “non colpevolezza” e il comportamento secondo buona fede

Le norme sopra richiamate, a proposito della posizione del consumatore che proponga un piano di ristrutturazione dei debiti o addirittura chieda l'accesso all'esdebitazione, rimandano ad un concetto di *non colpevolezza*, e di *negligenza*.

Tra i due comportamenti presi in considerazione dal legislatore – l'assunzione di obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere e l'aver colposamente determinato il proprio sovraindebitamento (o comunque l'essere quest'ultimo imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali, come afferma l'art. 14 *terdecies* sull'esdebitazione) –, ai fini dell'omologazione del piano del consumatore, non può non ravvisarsi una differenza.

Nel primo caso si fa leva sul ricorso al credito per così dire incauto o scarsamente ponderato, avuto riguardo alla singola obbligazione, assunta “senza la ragionevole prospettiva di poter adempiere”; a venir meno è in tale ipotesi la dimensione prognostica della diligenza, che, come si è visto, dovrebbe indurre il debitore a proiettare l'obbligazione alla fase successiva dell'adempimento.

Nel secondo caso si passa ad una visione d'insieme e dunque ad un ricorso al credito non proporzionato rispetto alle proprie capacità patrimoniali – indipendentemente dall'adempimento della singola obbligazione –, nel quale si sostanzia un comportamento colposo del debitore che attiene, nel tempo, allo scarso controllo della propria solvibilità.

Tale ipotesi sembra delineare una situazione più “grave”, nella quale la colpevolezza del debitore non sta solo nel non aver adottato una visione prospettica rispetto alla possibilità di adempimento della singola obbligazione assunta, bensì nell'aver incrementato la propria esposizione debitoria complessiva senza preoccuparsi delle proprie condizioni patrimoniali, ed anzi mettendo in conto la propria difficoltà o incapacità di “onorare” i propri debiti.

La formula adottata dal legislatore rimanda ad una verifica complessa, che dovrà tenere conto, nello stesso tempo, di entrambi i punti di osservazione, trascorrendo

dalla considerazione della situazione del debitore al momento in cui ha assunto la singola obbligazione ad una valutazione d'insieme che si farà ovviamente più rigorosa ove si considerino i debiti nella loro totalità: l'assunzione di un'obbligazione che sia fuori dalla portata del debitore va a incidere sulla (im)possibilità di adempiere le altre (obbligazioni) dalle quali il debitore medesimo è gravato, traducendosi comunque la sua condotta in una violazione degli artt. 1175, 1176 e 1375 c.c., avuto riguardo ai singoli rapporti obbligatori che egli intrattiene.

Come è stato osservato, "la normativa di correttezza esige un comportamento che non è rapportabile soltanto al parametro della realtà di fatto o di diritto e che si concreta in un accertamento. Entrano in gioco tutti quegli elementi di una condotta giuridica più sostanziale e aderente alle qualità [...] dell'uomo *prudens, peritus, diligens*"⁴⁵¹.

In ogni caso, il riferimento è ad un comportamento (*in*)*colpevole*, cioè al modello di un debitore che agisca in maniera responsabile, e dunque *diligente*. Diligenza da apprezzare nella relazione con ciascun prestatore, e in generale nel ricorso al mercato del credito, che dunque rimanda ad una condotta improntata al principio di buona fede⁴⁵², sì da contrarre prestiti soltanto quando si possa effettivamente farvi fronte, ed evitare in ogni modo un eccessivo indebitamento. Anche perché, come è stato rilevato, "un comportamento negligente è anche scorretto"⁴⁵³.

La centralità assunta dalla buona fede nel settore creditizio è messa in evidenza anche nelle decisioni dell'Arbitro bancario finanziario⁴⁵⁴, che ha ricordato come "i criteri di buona fede e correttezza si concretano in un dovere giuridico *"espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo in definitiva in ogni sua fase (Cass. n. 5348 del 5.3.2009; conformi tra le tante: n. 3462 del 15.2.2007, n. 13208 del 31.5.2010)"*.

⁴⁵¹ Così Romano, *Buona fede* (dir. priv.), Enciclopedia del diritto, anno 1959, vol. V, 691 ss.

⁴⁵² Cfr Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 356, che parla di buona fede, pur se in termini diversi.

⁴⁵³ Così Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile, vol. II, Torino, 1988, 154 ss (170).

⁴⁵⁴ Vedi Collegio di Roma, decisione n. 1434 del 06.12.2010.

8. La responsabilità del finanziatore alla luce della nuova normativa sul sovraindebitamento del consumatore: lineamenti di una “nuova” indagine

In un’analisi volta a ricercare rilevanza ed effetti, nella vicenda creditizia, dell’obbligo di verifica della meritevolezza finanziaria posto a carico del finanziatore, viene tuttavia da chiedersi se e in che misura il “giudizio” sul comportamento del debitore e sul suo ricorso prudente e diligente al credito – così rilevante per l’accesso ai rimedi in tema di sovraindebitamento – possa tenere conto anche, a sua volta, del comportamento del (o dei) finanziatori. In particolare, se e in che misura la concessione “disinvolta” di credito da parte di un finanziatore che non abbia verificato il merito creditizio di chi gli chiedeva il prestito o ne abbia tenuto in scarso conto gli esiti (negativi), intervenga ad escludere o quanto meno ridimensionare la colpa del debitore che ha assunto più debiti di quelli ragionevolmente consentiti dal suo patrimonio e reddito.

Una volta accertata la responsabilità del finanziatore e il suo comportamento per nulla diligente, che si fosse tradotto nella concessione di credito in maniera poco prudente e, in ultima istanza, avesse (almeno) contribuito a provocare il sovraindebitamento del prestatario, alla luce di una lettura combinata della legge in commento con la normativa sul credito ai consumatori, è possibile imputare al finanziatore la causa della esclusione del debitore dai “rimedi” al sovraindebitamento (e a che titolo)? O, almeno, assolvere da un giudizio di colpevolezza il debitore, in qualche modo “rassicurato” dalla condotta del suo finanziatore?

In concreto, il dubbio da sciogliere è se – tralasciando l’ipotesi già considerata nella quale la conclusione del contratto abbia avuto luogo in base alle informazioni false fornite dal consumatore –, la valutazione della condotta del consumatore possa tenere conto anche della eventuale responsabilità ascrivibile al finanziatore: se cioè la colpevolezza del prestatario (inosservanza della diligenza o colposa determinazione del sovraindebitamento) possa in qualche misura risultare attenuata in caso di erogazione del credito posta in essere in violazione dell’art. 124 *bis* Tub.

Da altro profilo, la normativa in tema di sovraindebitamento del consumatore immette il singolo prestito in una dimensione concorsuale, nella quale non viene in considerazione soltanto il singolo rapporto con *quel* finanziatore – sulla cui responsabilità ci siamo interrogati in precedenza – bensì l'intera esposizione debitoria accumulata dal consumatore anche in conseguenza del credito erogato da *quel* finanziatore.

Il problema – di notevole impegno sistematico – si pone dunque sotto due differenti punti di vista, il secondo dei quali, per certi versi, chiama in causa le soluzioni elaborate con riguardo alla concessione abusiva di credito all'impresa; va considerata cioè la posizione del finanziatore rispetto ai terzi creditori del consumatore indebitato, i quali, a causa della sua condotta scorretta, non vedranno soddisfatte o vedranno soddisfatte solo in parte le proprie pretese, trovandosi di fronte un debitore insolvente.

Il primo, che attiene, alla (eventuale) rilevanza del comportamento poco diligente (colposo) del finanziatore (inosservanza dell'obbligo di cui all'art. 124 *bis* Tub) ai fini dell'apprezzamento della diligenza (colpevolezza) del debitore nell'accesso sovradimensionato al credito.

9. La responsabilità del finanziatore nella prospettiva concorsuale del sovraindebitamento del consumatore

L'analisi sulla nuova normativa introdotta dal “decreto crescita” suggerisce un percorso di indagine inedito, che, intanto, tenendo conto della prospettiva concorsuale assunta dall'indebitamento del consumatore, colloca la responsabilità del finanziatore in un contesto più ampio, nell'ambito del quale viene in rilievo la posizione dei terzi, creditori a loro volta del consumatore.

Non può negarsi, infatti, che la condotta tenuta dalla banca in sede di erogazione del credito, oltre a rilevare nel rapporto con il consumatore, è idonea, almeno indirettamente, a ledere la sfera giuridica di tali soggetti.

Essi, proprio a causa del finanziamento “sbagliato”⁴⁵⁵, vedranno ridotte le proprie aspettative in ordine alla restituzione delle somme concesse a credito.

Come si è accennato, la questione rimanda a quella, prima esaminata, della concessione abusiva di credito all’impresa; già in quella sede, si era anticipato come le perplessità circa ogni punto di contatto con la responsabilità del finanziatore nel credito ai consumatori⁴⁵⁶ avrebbero dovuto, in qualche misura, essere riconsiderate alla luce della disciplina introdotta dal “decreto crescita”.

A tal fine, devono richiamarsi le elaborazioni relative alla responsabilità della banca nell’esercizio dell’attività creditizia nei confronti delle imprese.

La circostanza che, in seguito alla nuova normativa sul sovraindebitamento di cui al d.l. n. 179/2012, anche con riguardo all’esposizione debitoria del consumatore possa venire in rilievo una procedura concorsuale di composizione della crisi che – pur differenziandosi da quelle disciplinate dalla legge fallimentare – tenga conto della totalità dei creditori del soggetto che invoca il rimedio, sembra suggerire una considerazione unitaria della responsabilità del finanziatore, sia esso prestatore di finanziamento per consumo sia esso responsabile della concessione di credito ad imprese decotte.

Appare possibile – senza omettere le dovute distinzioni – riproporre le teorie delle quali ci si è occupati nel capitolo precedente rispetto alla responsabilità della banca nei confronti dei terzi, creditori dell’impresa insolvente, che – a causa dell’incauta concessione del prestito – vedono lesa il proprio diritto di credito⁴⁵⁷.

La fattispecie che, con riguardo al credito d’impresa, si è definita come “responsabilità da ritardo nella dichiarazione di fallimento”, facendo riferimento al pregiudizio arrecato dalla condotta imprudente del finanziatore ai creditori dell’impresa in stato di dissesto, sembra rintracciabile anche nella concessione (incauta) di credito al consumo, se vista come responsabilità da concorso nel sovraindebitamento.

⁴⁵⁵ Tale espressione in genere è utilizzata con riferimento alla concessione di credito alle imprese (nell’ambito della quale si parla, invero, del c.d. “finanziamento errato”, che consisterebbe, appunto, nella concessione di credito a soggetti immeritevoli, come ipotesi distinta rispetto a quella del c.d. “finanziamento obliquo”). Sul punto si rinvia a Stanghellini, *Il credito irresponsabile alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit, 395 ss. Secondo l’autore nel caso del finanziamento c.d. “obliquo”, oltre al guadagno connesso al pagamento di interessi e commissioni, il finanziatore perseguirebbe scopi ulteriori (399 ss); vedi anche Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 292 ss; *Id.*, *Concessione <<abusiva>> di credito ai consumatori*, cit, 492 ss.

⁴⁵⁶ Cfr Falcone, *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, cit, 72 ss.

⁴⁵⁷ Vedi Inzitari, *La responsabilità della banca nell’esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit, 265 ss.

Si tratterebbe di applicare i principi enunciati dalla giurisprudenza⁴⁵⁸ – che ha ritenuto ammissibile l'azione da parte dei terzi creditori dell'impresa verso la banca ai sensi dell'art. 2043 c.c. – al caso in cui la lesione sia rivolta ai creditori del consumatore.

Anche qui, in qualche misura, potrebbe invocarsi l'affidamento che i soggetti estranei al rapporto hanno riposto nella stabilità della linea di credito, elemento dal quale desumere la meritevolezza finanziaria del soggetto.

Sul terreno della responsabilità contrattuale, potrebbe riproporsi la via del concorso della banca nell'inadempimento del consumatore verso i propri debitori.

Anche qui viene in rilievo la lesione del diritto di credito, ma in termini diversi rispetto a quanto detto prima e più precisamente – si è osservato – sotto forma di pregiudizio da inquadrare nell'ambito “del rapporto obbligatorio del quale si impedisca l'attuazione”⁴⁵⁹.

Si tratterebbe, in concreto, di imputare, una volta acclarato l'inadempimento del consumatore nei confronti dei creditori insoddisfatti, la mancata restituzione delle somme a questi spettanti non soltanto al comportamento (appunto inadempiente) del consumatore, ma anche al finanziatore che, continuando a fargli credito, ha aggravato la sua esposizione debitoria, contribuendo alla mancata soddisfazione dei creditori e dunque partecipando, sotto il profilo causale, all'inadempimento.

In effetti, almeno in astratto, tale ricostruzione appare preferibile rispetto a quella della responsabilità extracontrattuale della banca nei confronti dei terzi creditori del finanziatore, visto che, come si è rilevato, “la perdita per il terzo creditore, nasce solo con (e a causa del)l'inadempimento del debitore”⁴⁶⁰.

La responsabilità del finanziatore, ad ogni modo, dovrà essere dimostrata dai creditori che intendono farla valere; e vi è chi ha affermato che per questi ultimi non sarà poi così arduo fornire la prova del danno in concreto subito⁴⁶¹.

Simili sviluppi non mancano tuttavia di sollevare talune perplessità.

⁴⁵⁸ Vedi *ex multis* Cass. S.U., 28.03.2006, n. 7030; Cass., 23.07.2010, n. 17284; Cass. 01.06.2010, n. 13413, sopra cit.

Tra le pronunce di merito, Trib. Messina, 02.09.2008; Trib. Monza, 14.02.2002; Trib. Foggia, 12.09.2000; Trib. Milano, 21.05.2001; tutte già cit.

⁴⁵⁹ Vedi Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit, 100 ss, che ha parlato in proposito di responsabilità contrattuale (come lesione del diritto di credito di questi, ma in una specifica forma che lo qualifica “con riferimento al rapporto obbligatorio del quale impedisca l'attuazione”, 101).

⁴⁶⁰ Così Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 297.

⁴⁶¹ In questo senso Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 302.

Si è osservato come occorre distinguere tra creditori anteriori e posteriori rispetto all'erogazione del finanziamento incauto⁴⁶².

Infatti, se rispetto alla posizione dei primi una simile responsabilità del finanziatore può essere ipotizzata, trovando essa giustificazione nella circostanza che quest'ultimo ha di certo aggravato la condizione finanziaria del consumatore, influenzando sull'inadempimento delle obbligazioni assunte in precedenza, qualche perplessità sorge ove si prenda in considerazione il danno subito dai creditori il cui diritto sia sorto successivamente alla erogazione di credito da parte di *quel* finanziatore, ai quali parimenti dovrebbe imputarsi una non diligente concessione di credito.

Invero, se nel caso dell'impresa uno degli elementi sui quali si è fondata la responsabilità della banca è proprio quello di avere dissimulato la solidità patrimoniale dell'azienda decotta, legittimando l'affidamento anche dei creditori posteriori nel concedere altri prestiti (e, più in generale, nell'intrattenere relazioni negoziali), non è assolutamente detto che tale schema possa valere anche per il consumatore.

Anzi, dal punto di osservazione prescelto – l'obbligo di verifica del merito creditizio – ogni prestatore successivo dovrebbe essere più avveduto.

Alla questione qui affrontata è stata data tradizionalmente risposta negativa, atteso che, almeno nella prospettiva tradizionale, ciascun creditore è chiamato ad un apprezzamento della solvibilità del proprio debitore in modo per così dire "individualizzato", riferito cioè alla capienza del relativo patrimonio (e alle previsioni di incremento: così l'art. 2740 c.c. che fa riferimento ai beni futuri) come verificabile al momento della nascita dell'obbligazione, ma non ad una complessiva esposizione debitoria del soggetto in sé "non tracciabile".

Da questo profilo, già la (possibilità di) verifica del merito creditizio consentirebbe un approccio differente al tema.

Invero, in dottrina si è segnalato come la valutazione del merito creditizio di cui all'art. 124 *bis* Tub, in qualche modo "apre ad una considerazione complessiva della solvibilità e della consistenza patrimoniale del debitore collocandosi quale primo tassello di un recupero della prospettiva della concorsualità dell'eventuale crisi"⁴⁶³ –

⁴⁶² Sulla distinzione, Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit, 298; Anelli, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, cit, 154.

⁴⁶³ Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 303.

dunque, indipendentemente da ogni ulteriore riflessione suggerita dalla legge n. 3/2012 (come modificata dal “decreto crescita”) in ordine alla visione unitaria dell’esposizione debitoria raggiunta.

Non può negarsi che il finanziatore che concede “l’ultimo prestito”, quello che preannuncia il dissesto finanziario del consumatore, è ben cosciente del fatto che probabilmente in tal modo ridurrà le possibilità dei creditori precedenti di soddisfare le loro pretese.

L’obiezione che potrebbe sollevarsi rispetto alla ricorrenza di una simile ipotesi, è che l’erogazione di tale prestito sarebbe contraria al suo interesse – ossia al concedere finanziamenti a soggetti che possano restituirli – ma non potrebbe escludersi che egli tenga conto a proprio vantaggio di tale rischio ad esempio mediante un prestito con un tasso di interesse più elevato (e solo per questo più remunerativo) o che preveda tempi di rimborso più brevi rispetto a quelli dei debiti già contratti dal consumatore⁴⁶⁴.

La difficoltà a spingere oltre il parallelismo, fino a ipotizzare nel caso del consumatore ciò che (in verità non sempre in modo lineare) si è prospettato per la concessione abusiva di credito all’impresa, risiede tuttavia a nostro avviso ancora una volta nella considerazione della differente posizione del consumatore sul mercato.

La concessione abusiva o incauta di credito contribuisce a far permanere sul mercato un soggetto – l’impresa – che, in quanto tale e finché “viva”, non può che continuare a contrarre obbligazioni e, proprio in quanto “viva”, si rappresenterà agli altri operatori come potenzialmente idonea a conseguire profitti e dunque solvibile.

Viceversa, la circostanza che il consumatore continui a contrarre obbligazioni e ad ottenere prestiti non è in nessuna misura “conseguenza” del credito anteriormente ricevuto.

A tale proposito, l’Arbitro bancario finanziario ha affermato che “è fuori dall’essere controvertibile che l’anomalia della concessione di credito, quasi pregiudizialmente, non possa apprezzarsi con riferimento a coloro che sono divenuti titolari di crediti anteriormente ad altri, trattandosi di soggetti che eventualmente vengono a risentire

⁴⁶⁴ Cfr Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 252; De Poli, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit, 48; *Id.*, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit, 55 ss. Vedi anche Arbitro bancario finanziario, Collegio di Napoli, decisione n. 576 del 27.02.2012, cit.

dell'aggravamento del passivo che si determina nel patrimonio dell'obbligato per via della ulteriore concessione di credito del medesimo fatta a terzi"⁴⁶⁵.

Riguardo ai creditori anteriori, difficilmente tuttavia la natura di soggetto "qualificato" della banca potrebbe indurre a ritenere che in capo all'ultimo prestatore, pur se tanto consapevole della precaria condizione del suo interlocutore da attrezzarsi con condizioni che in qualche misura compensino il rischio, gravi un obbligo di "protezione" verso gli eventuali precedenti creditori.

Vero è tuttavia che, una volta che il consumatore presenti la proposta di piano (e questo venga poi omologato) o attivi il meccanismo liquidatorio, tutti i creditori – anteriori o posteriori (se vi sono) e soprattutto il finanziatore che ha aggravato la condizione economica facendo credito in maniera irresponsabile – avranno (eguale) diritto di recuperare le somme non restituite⁴⁶⁶.

Le previsioni normative sembrano, infatti, orientate a garantire la parità dei creditori (nei confronti dei quali il piano omologato sarà obbligatorio senza necessità del loro consenso).

I pagamenti e gli atti dispositivi posti in essere in violazione del piano del consumatore sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità del piano omologato⁴⁶⁷ (art. 13, comma IV); inoltre, si dispone che i crediti sorti in occasione o in funzione di uno dei procedimenti disciplinati sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri (con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti)⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Vedi Arbitro bancario finanziario, Collegio di Napoli, decisione n. 3220 del 10.10.2012; in particolare, la decisione è stata pronunciata a fronte del ricorso presentato da un soggetto che "lamenta la superficialità e lacunosità dell'istruttoria delle (molteplici) domande di credito, comportamento ritenuto illegittimo, che sarebbe in qualche modo all'origine dello stato di sovraindebitamento nel quale versa".

⁴⁶⁶ Vedi Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, 368 ss.

⁴⁶⁷ Il comma IV della disposizione richiama, oltre alla pubblicità di cui all'art. 12 *bis*, comma III (relativa al piano), quella di cui all'art. 10, comma II, riferita al decreto pronunciato dal giudice nella procedura di composizione per i debitori non consumatori.

⁴⁶⁸ Così il comma IV *bis* dell'art. 13 della legge n. 3/2012 (come modificata ad opera del d.l. n. 179/2012), sull'esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore, ai sensi del quale "i crediti sorti in occasione o in funzione di uno dei procedimenti di cui alla presente sezione sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione di beni oggetto di pegno e ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti"; analoga previsione contiene il II comma dell'art. 14 *duodecies* che fa riferimento alla liquidazione, nonché ai procedimenti di cui alla precedente sezione (accordo e piano di composizione della crisi).

In definitiva, i meccanismi disegnati dal legislatore del 2012, visti nell'ottica del finanziatore che abbia concesso credito in maniera irresponsabile, finiscono in qualche modo per rafforzare la posizione di quest'ultimo rispetto a quella degli altri creditori del consumatore, che hanno agito, invece, nel rispetto delle regole e le cui pretese sono rimaste insoddisfatte, anche in quelle ipotesi nelle quali egli sia il solo soggetto al quale possa imputarsi l'eccessivo indebitamento.

La nuova dimensione "concorsuale" introdotta dalla procedura di intervento nella crisi di sovraindebitamento del consumatore può semmai suggerire, allora, altre risposte al problema qui affrontato. Come ad esempio l'opportunità di introdurre "regole della gestione del concorso che tengano conto delle condotte dei creditori, specie di quelle tenute in sede di erogazione del credito", auspicando in qualche modo il "superamento del dogma della parità formale" dei creditori⁴⁶⁹.

10. La responsabilità del finanziatore in relazione alla condotta del consumatore in sede di assunzione del debito: una questione aperta

Nelle pagine che precedono si è cercato di illustrare come l'entrata in vigore della nuova disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento abbia suggerito nuovi spunti di riflessione in ordine alla concessione non responsabile di credito ai consumatori.

Infatti, la circostanza che anche per il consumatore si profili una soluzione concorsuale della crisi, ha consentito di riflettere su una possibile responsabilità del finanziatore nei confronti dei creditori del debitore (consumatore) insolvente.

Ma, come si è preannunciato, questo non è l'unico interrogativo al quale le regole di recente introdotte danno adito.

Infatti, alla luce della legge n. 3/2012 – nella versione introdotta a seguito delle modifiche di cui al d.l. n. 179/2012, convertito ad opera della legge n. 221/2012 – la responsabilità del finanziatore (ancora una volta) nei confronti del consumatore indebitato potrebbe assumere una diversa rilevanza.

⁴⁶⁹ Così Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit, 368 ss.

Non a caso ci si è soffermati su tutte quelle previsioni della suddetta normativa che mettono in risalto la condotta tenuta dal prestatario (consumatore) al momento dell'assunzione del debito, condotta che – come si è rilevato – deve, al fine di consentirgli di accedere alle procedure e di ritornare ad avere un ruolo attivo nel mercato (c.d. *fresh start*)⁴⁷⁰, essere improntata al rispetto della diligenza.

Un simile rigore nei confronti del consumatore appare ragionevole; esso si giustifica anche in forza della serietà della procedura, che altrimenti assurgerebbe a mera scappatoia rivolta (indistintamente) a tutti i soggetti che hanno accumulato una consistente esposizione debitoria, finendo quasi per incoraggiare l'assunzione di obblighi in maniera irresponsabile⁴⁷¹.

Il problema, tuttavia, sta nel fatto che non è semplice capire quando il debitore abbia agito nell'osservanza del c.d. *responsible borrowing*⁴⁷².

Di certo ciò deve escludersi ogni volta che egli abbia tenuto comportamenti menzogneri sorretti da intenti fraudolenti, come nel caso in cui abbia fornito false informazioni al finanziatore circa la sua situazione finanziaria, inducendolo a concedergli delle somme in prestito ed avendo, nello stesso tempo, la piena consapevolezza che non sarà in grado di restituirle.

Ma le situazioni più problematiche sono quelle per così dire *border line*, nelle quali non è facile stabilire con chiarezza se il finanziamento incauto possa in qualche modo imputarsi, oltre che al consumatore, anche alla condotta dell'operatore bancario che non abbia verificato il merito creditizio o abbia sottovalutato una verifica di esito negativo.

Verosimilmente, il debitore “medio” ha (o per lo meno dovrebbe avere) cognizione delle proprie condizioni finanziarie; di conseguenza è ragionevole aspettarsi che agisca in maniera responsabile e corretta, evitando di ricorrere al credito ove ritenga, anche in base ad una valutazione prospettica, che non potrà onorare gli impegni assunti.

⁴⁷⁰ Cfr Galletti, *Insolvenza civile e <<fresh start>> il problema dei coobbligati*, cit, 391 ss (394); Marcucci, *Insolvenza del debitore civile e <<fresh start>>. Le ragioni di una regolamentazione*, cit, 221 ss (233).

⁴⁷¹ Vedi Falcone, *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, cit, 72 ss (96).

⁴⁷² Cfr Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit, 755 ss (761).

Dall'altro lato, come si è detto, anche da parte del finanziatore l'ordinamento pretende una condotta responsabile e diligente nell'erogazione del credito, condotta che sia altresì rispettosa del più generale parametro della buona fede, soprattutto nel momento in cui procede a valutare il merito creditizio dell'aspirante al credito (c.d. *responsible lending*)⁴⁷³.

Sul punto, l'Arbitro bancario finanziario, con riferimento alla "norma primaria" di cui all'art. 124 *bis* Tub e alla relativa disciplina di attuazione, ha affermato che la determinazione in ordine alla concessione del credito deve seguire "all'esito di un'adeguata valutazione del merito creditizio"⁴⁷⁴.

Il rispetto di tali regole si traduce, quindi, nell'erogazione del credito a soggetti meritevoli, che vantino una situazione economica solida, e siano, dunque, in grado di garantire la restituzione delle somme.

Se simili considerazioni possono apparire superflue e ripetitive di concetti già espressi, in realtà così non è, atteso che esse sono necessarie per introdurre l'interrogativo al quale si tenterà di dare una risposta: può il consumatore addossare al finanziatore la "responsabilità" del suo mancato accesso alle procedure di composizione della crisi disciplinate dalla legge 3/2012 (come da ultimo modificata)? In altre parole, il consumatore, che si veda negata l'omologazione del piano – o a monte l'ammissione alla procedura⁴⁷⁵ – perché (secondo il giudice) ha assunto, ai sensi dell'art. 12 *bis* della suddetta legge, obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero ha colposamente determinato il proprio sovraindebitamento, può chiamare in causa il finanziatore o più finanziatori, che ad esempio abbiano lasciato aperta una linea di credito (conto corrente con scopertura o carta di credito) imputando a questi l'impossibilità di porre rimedio alla propria condizione debitoria?

⁴⁷³ Vedi Gorgoni, opera da ultimo cit, 764 ss; Larocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, cit, 259.

⁴⁷⁴ Cfr Arbitro Bancario finanziario, Collegio di Napoli, decisione n. 576 del 27.02.2012, cit.

⁴⁷⁵ Invero, la circostanza che l'art. 9, comma III *bis* della legge, dispone che tra le notizie che devono risultare dalla relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi, vi siano, tra l'altro, le cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni, nonché le ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere, lascia intendere che il giudice sarà tenuto a valutare anche simili elementi prima di formulare una decisione in ordine all'ammissibilità della proposta. Identiche considerazioni valgono per l'apertura della liquidazione, visto che l'art. 14 *ter* ricalca – quanto al contenuto della relazione a cura dell'organismo di composizione della crisi – le previsioni appena richiamate.

Lo stesso interrogativo si pone anche con riguardo all'impossibilità di accedere alla liquidazione disciplinata dalla sezione II del capo II della legge in esame; anzi, in questa ipotesi, la questione è ancora più pressante visto che in esito alla procedura liquidatoria il consumatore potrà beneficiare dell'esdebitazione, ossia, ai sensi dell'art. 14 *terdecies*, della liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti.

La situazione alla quale ci si riferisce è quella in cui viene a trovarsi il consumatore escluso dai rimedi contemplati dalla legge n. 3/2012 (nell'ultima versione risultante dalle modifiche di cui al d.l. n. 179/2012) in forza del comportamento tenuto in sede di assunzione del debito.

Non si ipotizza che questi, essendo convinto dell'integrità della propria condotta e ritenendo, invece, che il suo indebitamento sia dipeso dall'"imprudenza" del finanziatore, possa in qualche modo "capovolgere" la situazione attribuendo a quest'ultimo la responsabilità del diniego dell'accesso alle procedure (e a monte dell'eccessivo indebitamento).

In altra – e più ridimensionata versione – l'interrogativo potrebbe essere così posto: il debitore che abbia assunto obbligazioni per le quali avrebbe dovuto prevedere una impossibilità o difficoltà di adempimento, può invocare, a conferma della propria non colpevolezza (*rectius* buona fede), la circostanza di essere stato indotto ad una diversa e più ottimistica previsione, dal fatto che il suo finanziatore gli abbia concesso il credito, così implicitamente valutando positivamente il suo merito creditizio?

L'argomento – sul quale non si registrano opinioni in dottrina – è piuttosto complesso.

In ultima analisi dovrebbe verificarsi se il consumatore in questione, in realtà, abbia tenuto una condotta rispettosa della diligenza e della buona fede, essendo, al contrario, la sua crisi finanziaria dovuta al comportamento scorretto del finanziatore in sede di verifica del merito creditizio.

Prima di soffermarsi sul punto, è opportuno riprendere la distinzione prima tracciata tra i due profili che vengono in rilievo nella legge n. 3/2012 (nella versione risultante dalle modifiche apportate ad opera del d.l. n. 179/2012), ossia da un lato la diligenza nell'assunzione del singolo debito, dall'altro la (non) colpevolezza nell'aver determinato il sovraindebitamento.

Come si è detto, nel primo caso – quello dell’assunzione delle obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere –, si ha riguardo allo specifico debito che il consumatore contrae in maniera irresponsabile e non diligente, senza procedere ad una valutazione dell’impegno in chiave programmatica, che tenga conto dell’impossibilità di adempierlo in un momento successivo (impossibilità che, tuttavia, sembra essere già sussistente sin dalla nascita del rapporto obbligatorio, non configurandosi un’ipotesi di responsabilità sopravvenuta). Ma potrebbe trattarsi, in ogni caso, di condotte “isolate”, non necessariamente ripetute nel tempo, la cui rilevanza, ove messe in relazione con il contegno concretamente tenuto dal finanziatore, potrebbe risultare in qualche modo attenuata; salvo il caso in cui appaia una “manifesta autoresponsabilità” del debitore⁴⁷⁶.

Nell’ipotesi di colposa determinazione del proprio sovraindebitamento⁴⁷⁷ a venire in rilievo è l’esposizione debitoria complessiva accumulata dal debitore.

Prendendo in considerazione l’assunzione della singola obbligazione e dunque il comportamento (diligente o meno) del singolo prestatore, ci si potrebbe chiedere se l’incauta concessione di credito, posta in essere in violazione dell’art. 124 *bis* Tub, possa arrivare ad escludere la negligenza del consumatore.

Da questo profilo si rivela irrilevante la scelta in ordine all’inquadramento dell’obbligo di verifica del merito creditizio. Sia che l’inosservanza dell’art. 124 *bis* Tub si ascriva tra le violazioni dei doveri di informazione, sia che la si ascriva, come abbiamo ritenuto, alla diversa categoria della responsabilità “da contatto sociale”, le perplessità non mutano, perché dal profilo ora considerato si tratterebbe comunque di spingere la responsabilità del prestatore *oltre* il piano del rapporto di credito, fino a ricomprendere le conseguenze di uno smisurato accesso al credito del consumatore in sede di apprezzamento sulla crisi da sovraindebitamento.

Vero è che, ove si ritenesse di inquadrare l’obbligo a carico del prestatore di verifica del merito creditizio come un obbligo di assistenza e di consulenza⁴⁷⁸, in forza del

⁴⁷⁶ Cfr Arbitro bancario finanziario, Collegio di Napoli, decisione n. 576 del 27.02.2012, cit, che parla di “manifesta autoresponsabilità dell’istante nel dare causa alla situazione [...] ivi inclusa l’inversione logica della sequenza, procurata dalla ricorrente, tra la stipulazione dell’obbligazione contrattuale da assistere finanziariamente e il reperimento della risorsa finanziaria ad hoc”.

⁴⁷⁷ Espressione che rimanda a quella di cui all’art. 14 *terdecies* in materia di esdebitazione, in cui testualmente si fa riferimento ad un sovraindebitamento imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali.

⁴⁷⁸ Cfr relazione Area vigilanza bancaria e finanziaria – Servizio rapporti esterni e affari generali – Divisione rapporti intermediari e clienti, su Principi e raccomandazioni contenuti nelle decisioni

quale il finanziatore (banca) deve consigliare al cliente (consumatore) il prodotto di credito più “adeguato” alle sue capacità patrimoniali, e dunque guidarlo nella scelta, non potrebbe non venire in rilievo la condotta tenuta dal prestatore, da apprezzare secondo il parametro della diligenza qualificata, professionale.

Tuttavia, riteniamo, le conseguenze di siffatta condotta non potrebbero che essere valutate solo nell’ambito del rapporto creditizio intercorrente tra le parti.

All’interno di tale vicenda – come si è messo sopra in evidenza – il debitore potrà dolersi (vantando pretese risarcitorie) di una operazione creditizia per lui più svantaggiosa di quanto non gli apparisse e gli fosse stata prospettata in sede precontrattuale, avuto riguardo alle condizioni concretamente applicate. Ma non certo della concessione in sé del finanziamento, sì da fare ricadere sul prestatore le conseguenze della sua insolvenza.

Sul punto, e in tema di “conseguenze del cosiddetto credito irresponsabile” pur interne al rapporto obbligatorio, sembra netta la posizione dell’Arbitro bancario finanziario⁴⁷⁹.

Il caso considerato riguardava una ricorrente che, a fronte di un “quadro reddituale di scarsissima rilevanza”, aveva contratto numerosi finanziamenti⁴⁸⁰.

Questa, in particolare, nel ricorso, volto ad ottenere il risarcimento del danno, “lamenta(va) la superficialità e lacunosità dell’istruttoria delle (molteplici) domande di credito, comportamento (ritenuto) illegittimo che sarebbe (*stato*) in qualche modo all’origine dello stato di sovraindebitamento nel quale versa(va)”.

Il Collegio ha rigettato la domanda, affermando che il quadro normativo di riferimento (art. 124 *bis* Tub), sebbene non applicabile *ratione temporis*, “in nessun caso può risultare di conforto per soluzioni [...] direttamente incidenti sugli effetti di *contratti negoziati con genuinità del volere dal cliente, pur quando sovraindebitato*”⁴⁸¹.

dell’Abf, cit; qui, con riguardo alle “procedure di rilascio di carte di credito, e in particolare di quelle del tipo revolving, si raccomanda agli intermediari di adottare forme di assistenza e informazione ai clienti che consentono a questi ultimi di acquisire piena consapevolezza in ordine alle condizioni contrattuali per il rilascio delle carte e per l’esecuzione del rapporto”.

⁴⁷⁹ Collegio di Napoli, decisione n. 3220 del 10.10.2012.

⁴⁸⁰ Per una complessiva esposizione debitoria pari a 50.000 euro, senza contare un contratto di cessione del quinto della pensione.

⁴⁸¹ Ha aggiunto, richiamando la giurisprudenza di merito in materia di concessione abusiva di credito alle imprese, che “è fuori dell’essere controvertibile che l’anomalia nella concessione del credito, quasi pregiudizialmente, non possa apprezzarsi con riferimento a coloro che sono “divenuti titolari di crediti” anteriormente ad altri, trattandosi di soggetti che eventualmente “vengono a risentire

Considerazione ancor più rilevante ove ci si sposti sul diverso piano del giudizio sul comportamento del debitore sovraindebitato, ove ancor più la posizione (e la responsabilità eventuale) del prestatore appare ininfluenta. Il debitore non potrà invocare una propria diligenza (e buona fede) per il solo fatto che la banca gli abbia concesso credito malgrado la sua esposizione debitoria eccessiva; come se l'erogazione del credito fosse una inequivocabile attestazione della sua solidità finanziaria.

Il consumatore non può non avere consapevolezza della propria esposizione debitoria, atteso che la bilateralità del principio del prestito responsabile fa sorgere anche in capo a quest'ultimo il dovere (obbligo) di comportarsi in modo diligente e prudente nell'assunzione delle obbligazioni.

Del resto, è ragionevole ritenere che un debitore in stato di crisi finanziaria non riesca facilmente ad ottenere un prestito; verosimilmente prima di ottenere l'ultimo finanziamento (a condizioni meno convenienti), avrà presentato la richiesta di credito a diversi soggetti, i quali avranno rigettato l'istanza e, nel caso in cui il rifiuto sia basato sui dati contenuti in un sistema di referenza creditizia, avrà di certo ricevuto la relativa comunicazione, in base alle prescrizioni dell'art. 125 Tub (e delle relative disposizioni secondarie)⁴⁸².

Tra l'altro, come si è visto, tale norma impone al finanziatore che proceda per la prima volta ad inserire i dati relativi alla condizione economica di un soggetto nelle "centrali rischi" di darne notizia all'interessato.

Ipotizzando l'adempimento da parte della banca di simili prescrizioni, non è pensabile che il consumatore – il quale finalmente, dopo una serie di rifiuti, riesca ad ottenere il credito da parte di un finanziatore meno diligente – non abbia contezza del fatto che la valutazione del proprio merito creditizio sia tutt'altro che positiva⁴⁸³.

A diversa conclusione non sembra potersi giungere, a maggior ragione, anche nel caso in cui la verifica del merito creditizio sia stata integralmente basata sulle informazioni

dell'aggravamento del passivo" che si determina nel patrimonio dell'obbligato per via della ulteriore concessione di credito al medesimo fatta da terzi".

⁴⁸² Vedi Arbitro bancario finanziario, collegio di Roma, decisione n. 300 del 02.02.2012.

⁴⁸³ Cfr Arbitro bancario finanziario, collegio di Napoli, decisione n. 576 del 27.02.2012, cit, dove si legge, con riguardo al contenuto del ricorso presentato, <<l'informazione relativa alla mancata concessione del prestito [...] è una "segnalazione pregiudizievole" che [...] ha impedito, durante il periodo della segnalazione, in un momento in cui aveva urgenza di rivolgersi ad altra banca, "di poter interpellare altri istituti di credito, per la richiesta di un nuovo mutuo". Conseguentemente "dopo il rifiuto" ha dovuto rivolgersi ad altro intermediario che le ha concesso il mutuo "ma a tassi maggiori quasi il doppio">>.

ottenute dal consumatore; allorché dunque la banca, ponendo in essere una condotta contraria alla diligenza si determini nel concedere credito, senza verificare le notizie ricevute, procedendo in ultima istanza all'erogazione del prestito ad un soggetto che in realtà non è solvibile.

In questo caso, di certo il finanziatore non avrà adottato la diligenza che ci si potrebbe ragionevolmente aspettare e che la legge prescrive, ma non per questo il debitore potrà assumere di non essere stato consapevole della propria esposizione debitoria presentando la banca come l'unico soggetto responsabile dell'incauta concessione del credito.

11. Considerazioni conclusive

Anche da questo profilo la risposta all'interrogativo che ci siamo posti sembra dover essere decisamente negativa.

Va tuttavia considerato che nelle procedure disciplinate dalla legge n. 3/2012 (come da ultimo modificata), il ruolo del giudice si connota per gli ampi margini di discrezionalità, tanto più quando si tratti di formulare il giudizio di meritevolezza di cui ci occupiamo.

In astratto, non potrebbe escludersi che il debitore, al fine di dimostrare la propria diligenza (*rectius* buona fede) possa addurre, in sede di ammissione alla procedura, che la banca non gli abbia dato alcuna delucidazione in ordine alla propria adeguatezza patrimoniale, o, addirittura, gli abbia rappresentato, anche con un comportamento tollerante nel tempo, un'adeguatezza della quale egli in realtà non disponeva. E che il giudice – attraverso un accurato esame dei documenti redatti nel corso dell'istruttoria preliminare all'erogazione del prestito – si convinca della “non colpevolezza” del consumatore, addossando al finanziatore la responsabilità dell'incauta concessione del credito. Ma difficile appare ipotizzare che siffatto giudizio – al più riferibile ad una singola operazione – possa condizionare in un senso o nell'altro la complessiva valutazione della posizione del sovraindebitato. È assai poco probabile che chi abbia accresciuto la propria posizione debitoria, pregiudicando una

situazione via via compromessa, possa farne carico all'ultimo (o agli ultimi) finanziatori (in qualche modo comunque incauti).

E tuttavia, di fronte ad un contesto di complessivo c.d. "sovraindebitamento passivo", una singola incauta assunzione di obbligazione, per negligenza del prestatore, potrà non inficiare il giudizio di "meritevolezza" del consumatore.

Tali considerazioni, mentre confermano come l'ambito di rilevanza della verifica del merito creditizio rimanga abbastanza circoscritto ove si abbia riguardo alla fruibilità dei rimedi di stampo privatistico, evidenziano una volta di più la valenza pubblicistica dell'obbligo posto a carico del finanziatore, chiamato a farsi strumento di regolazione del mercato del credito anche in vista di contenerne fenomeni patologici come le crisi da sovraindebitamento. E per questo, obbligo forse destinato ad incidere, seppur nei termini problematici sopra indicati, anche in sede di verifica ed applicazione giudiziale dei meccanismi di soluzione di tali crisi e di tecniche di *fresh start*.

Bibliografia

Alecci, La nuova disciplina in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento: modifiche alla legge 27 gennaio 2013 n. 3, *Giureta, Rivista di diritto dell'economia dei trasporti e dell'ambiente*, 2013, XI.

Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, su *Jus civile*, rivista giuridica on line.

Alessi, *I contratti del consumatore*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Giappichelli, 2009, 575 ss.

Alessi, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, a cura di Castronovo, Mazzamuto, Giuffrè, 2007, 391 ss.

Anelli, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1998, 1, 137 ss.

Antonucci, *Credito al consumo e zone limitrofe una scheda di lettura del d. legis. n. 141 del 2010*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, II, 301 ss.

Berti de Marinis, *Formalismo nel credito al consumo*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella, Mezzasoma, Napoli, 2010, 167 ss.

Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. II, Torino, 1988, 154 ss.

Boiti, *Il principio del prestito responsabile del creditore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella, Mezzasoma, Napoli, 2010, 425 ss.

Brown, *European regulation of consumer credit: enhancing consumer confidence and protection from a UK perspective?*, in *Consumer credit, debt and Investment in Europe*, Cambridge, University press, 2012, 56 ss.

Capobianco, Longobucco, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, *Contratto e impresa*, 2011, 4-5, 1142 ss.

Caradonna, *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*, commento a Cass. civ., sez. III, 19.07.2012, n. 12454, *I contratti*, 2012, 12, 993 ss.

Cargniel, De Vellis, *Disciplina del contratto di credito ai consumatori: nuovi <<strumenti di trasparenza>> e forma dei contratti bancari*, Responsabilità civile e previdenza, 2012, 1, 312 ss.

Carriero, *Obblighi precontrattuali – art. 124*, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Capriglione, Troiano, Sepe, Pellegrini, Cedam, 2012, vol. 3, 1859 ss.

Carriero, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore del settore bancario*, Europa e diritto privato, 2011, 2, 516 ss.

Carriero, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, 37 ss.

Carriero, *Fattispecie negoziale, ambito di operatività, limiti della disciplina italiana*, in *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, seconda edizione, volume XXXI, 47 ss.

Castagnola, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 2, 243 ss.

Castronovo, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, Europa e diritto privato, 2010, 1, 1 ss.

Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, seconda edizione.

Caterini, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento finalizzato*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella, Mezzasoma, Napoli, 2010, 27 ss.

Caterini, *Credito al consumo, <<tutela e incoraggiamento del risparmio>>, sovraindebitamento*, in *Credito al consumo*, a cura di Villanacci, Napoli, 2010, 45 ss.

Caterini, *Politica dei consumi e diritto dei contratti. Il paradigma del principio generale di sicurezza*, *Rassegna di diritto civile*, 2003, 6, 627 ss.

Cavazzoni, *Fattori influenti sul ricorso al credito al consumo*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella, Mezzasoma, Napoli, 2010, 127 ss.

Cerri, *Il contenuto della proposta di accordo*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario, Terranova, Giuffrè, 2012, 30 ss.

De Carolis, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 70 del 2011.

De Chiara, *La verifica del merito creditizio – art. 124 bis*, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Capriglione, Troiano, Sepe, Pellegrini, Cedam, 2012, vol. 3, 1869 ss.

De Cristofaro, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in I contratti, 2010, 1, 1041 ss.

De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, I contratti, 2009, 12, 1151 ss.

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>>*, Rivista di diritto civile, 2008, parte II, 257 ss.

De Poli, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, Diritto della banca e del mercato finanziario, 2009, 1, 33 ss.

De Poli, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, 55 ss.

Desario, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, Banca borsa titoli di credito, 2011, I, 492 ss.

Di Majo, *Delle obbligazioni in generale, art. 1175*, Commentario del codice civile Scialoja-Branca, libro quarto – delle obbligazioni, Bologna, Roma, 1988, 305 ss.

Di Marzio, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento*, in Composizione della crisi da sovraindebitamento, a cura di Di Marzio, Macario, Terranova, Giuffrè, 2012, 11 ss.

Di Marzio, *Il credito al consumo come mutuo di scopo: c'è il nesso funzionale vendita-finanziamento*, Diritto e giustizia, 2004, n. 45, 92 ss.

Dolmetta, *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, Banca borsa titoli di credito, 2012, 2, 125 ss.

Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, in La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali, a cura di Bonfatti e Falcone, Atti del Convegno di Lanciano, 26 e 27 novembre 2010, Quaderni di giurisprudenza commerciale, 189 ss.

Falcone, *Prestito <<responsabile>> e sovraindebitamento del consumatore*, Diritto fallimentare e delle società commerciali, 2010, 5, 642 ss.

Falcone, *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, Diritto fallimentare e delle società commerciali, 2008, 72 ss.

Farina, *Il contenuto del decreto e gli effetti protettivi del patrimonio del debitore proponente, Procedimento*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario, Terranova, Giuffrè, 2012, 45 ss.

Febbrajo, *La nuova responsabilità precontrattuale*, *Rivista di diritto privato*, 2011, 2, 195 ss..

Febbrajo, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella, Mezzasoma, Napoli, 2010, 197 ss.

Ferrando, *Contratti collegati: il caso del credito al consumo*, nota a Cass., sez. II, 20.01.1994, n. 474, *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 1995, parte prima, 302 ss.

Ferri, *La diligenza del banchiere*, *Banca borsa titoli di credito*, 1958, parte prima, 1 ss.

Frigeni, *Segnalazioni presso le centrali rischi creditizie e tutela dell'interessato: profili evolutivi*, *Banca borsa titoli di credito*, 2013, 4, 365 ss.

Galletti, *Insolvenza civile e <<fresh start>>: il problema dei coobbligati*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 2, 391 ss.

Gaggero, *Responsabilità della banca*, *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, quarta edizione, 1998, vol. XVII, 238 ss.

Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 4, 755 ss.

Gorgoni, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, *Giurisprudenza di merito*, 2011, 2, 323 ss.

Granata, *Il fenomeno della concessione di credito*, *Le società*, 2007, 4, 449 ss.

Grippo, Parisi, *Il credito al consumo e le altre forme di prestito personale*, in *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, a cura di Acciari, Bragantini, Braghini, Grippo, Iemma, Zaccagnini, Ipsoa, 2012, 131 ss.

Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, *Il fallimento*, 2012, 11, 1286 ss (commento alle nuove modifiche alla disciplina delle crisi da sovraindebitamento, decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, 1277 ss).

Iemma (a cura di), *I contratti di investimento*, in *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, a cura di Acciari, Bragantini, Braghini, Grippo, Iemma, Zaccagnini, Ipsoa, 2012, Parte III, 305 ss.

Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e il patrimonio del destinatario del credito*, Le società, 2007, 4, 465 ss.

Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, Banca borsa titoli di credito, 2001, I, 265 ss.

Larocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella, Mezzasoma, Napoli, 2010, 231 ss.

Liace, *Centrale dei rischi*, Digesto delle discipline privatistiche, quarta edizione, Sezione Commerciale, Aggiornamento, 2008, 112 ss.

Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, I contratti, 2012, 4, 229 ss.

Macario, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in "La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori", a cura di De Cristofaro, Torino, 2009; *Ibid.*, *Rivista di diritto privato*, 2009, 4, 71 ss.

Maimeri, *Il quadro comunitario e le proposte italiane sul sovraindebitamento delle persone fisiche*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 2, 421 ss.

Marcucci, *Insolvenza del debitore civile e <<fresh start>>. Le ragioni di una regolamentazione*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 2, 221 ss.

Marzona, *Lo status (professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione*, nota a Cass., 13.01.1993, n. 343, su *Banca borsa titoli di credito*, 1994, parte seconda, 266 ss.

Maugeri, *Cenni su alcuni profili della riforma del t.u.b. in materia di <<credito ai consumatori>>*, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, parte seconda, 463 ss.

Mazzamuto, *Il credito al consumo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo, Mazzamuto, vol. II, Torino, 2007, 953 ss.

Mazzeo, *La verifica del merito creditizio*, *Obbligazioni e contratti*, 2010, 12, 860 ss.

Meli, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel <<macrosettore credito e assicurazioni>>*, *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 334 ss.

Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 ss.

Minervini, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di Rizzo, Caterini, Di Nella, Mezzasoma, Napoli, 2010, 57 ss.

Mirone, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, Banca borsa titoli di credito, 2010, 557 ss.

Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012.

Modica, *Concessione <abusiva> di credito ai consumatori*, *Contratto e impresa*, 2012, 2, 492 ss.

Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, *Europa e diritto privato*, 2009, 3, 828.

Nield, *Responsible lending and borrowing: whereto low-cost home ownership?*, *Legal Studies*, vol. 30, n. 4, december 2010, 610 ss.

Policella, *Il Codice deontologico sui sistemi di informazione creditizia*, *Danno e responsabilità*, 2005, 3, 263 ss.

Quadri, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, II, 90 ss.

Quarticelli, *Le prescrizioni contenutistiche dell'accordo rispetto ai "terzi"*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario, Terranova, Giuffrè, 2012, 33 ss.

Romano, *Buona fede (dir. priv.)*, *Enciclopedia del diritto*, anno 1959, vol. V, 691 ss.

Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *Rivista di diritto privato*, 2001, 4, 769 ss.

Ruperto, *L'«arbitro bancario finanziario»*, *Banca borsa titoli di credito*, 2010, 325 ss.

Sartori, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, *Rivista di diritto privato*, 2009, 3, 93 ss.

Scognamiglio, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, nota a Cass., 08.01.1997, n. 72, su *Banca borsa titoli di credito*, 1997, parte seconda, 655 ss.

Simionato, *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, su www.dirittobancario.it/rivista, giugno 2010.

Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori a il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, 183 ss.

Sori, *Dal pauperismo al consumismo: la traiettoria storica del credito al consumo*, in *Credito al consumo*, a cura di Villanacci, Napoli, 2010, 87 ss.

Spagnuolo, *L'insolvenza del consumatore*, *Contratto e impresa*, 2008, 3, 668 ss.

Stanghellini, *Il credito <<irresponsabile>> alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, *Le società*, 2007, 4, 395 ss.

Terranova, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario, Terranova, Giuffrè, 2012, 7 ss.

Trovato, *Illegittima segnalazione alla Centrale Rischio e prova del danno alla reputazione economica*, commento a Cass. 24 maggio 2010 n. 12626, *Danno e responsabilità*, 2011, 3, 285 ss.

Urbani, *La vigilanza sui soggetti esercenti il credito ai consumatori*, *Banca borsa titoli di credito*, 2012, 4, 442 ss.

Venosta, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, *Rivista di diritto civile*, 2011, 6, 839 ss.

Venuti, *Pagamento mediante versamento su conto bancario e mora debendi nella disciplina in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Europa e diritto privato*, 2008, 3, 1029 ss.

Villanacci, *Credito al consumo: verso un diritto europeo dei contratti*, in *Credito al consumo*, a cura di Villanacci, Napoli, 2010, 7 ss.