

IL CREDITO AI CONSUMATORI
A SEGUITO DEL D. LGS. 13/8/2010 n. 141

Capitolo I

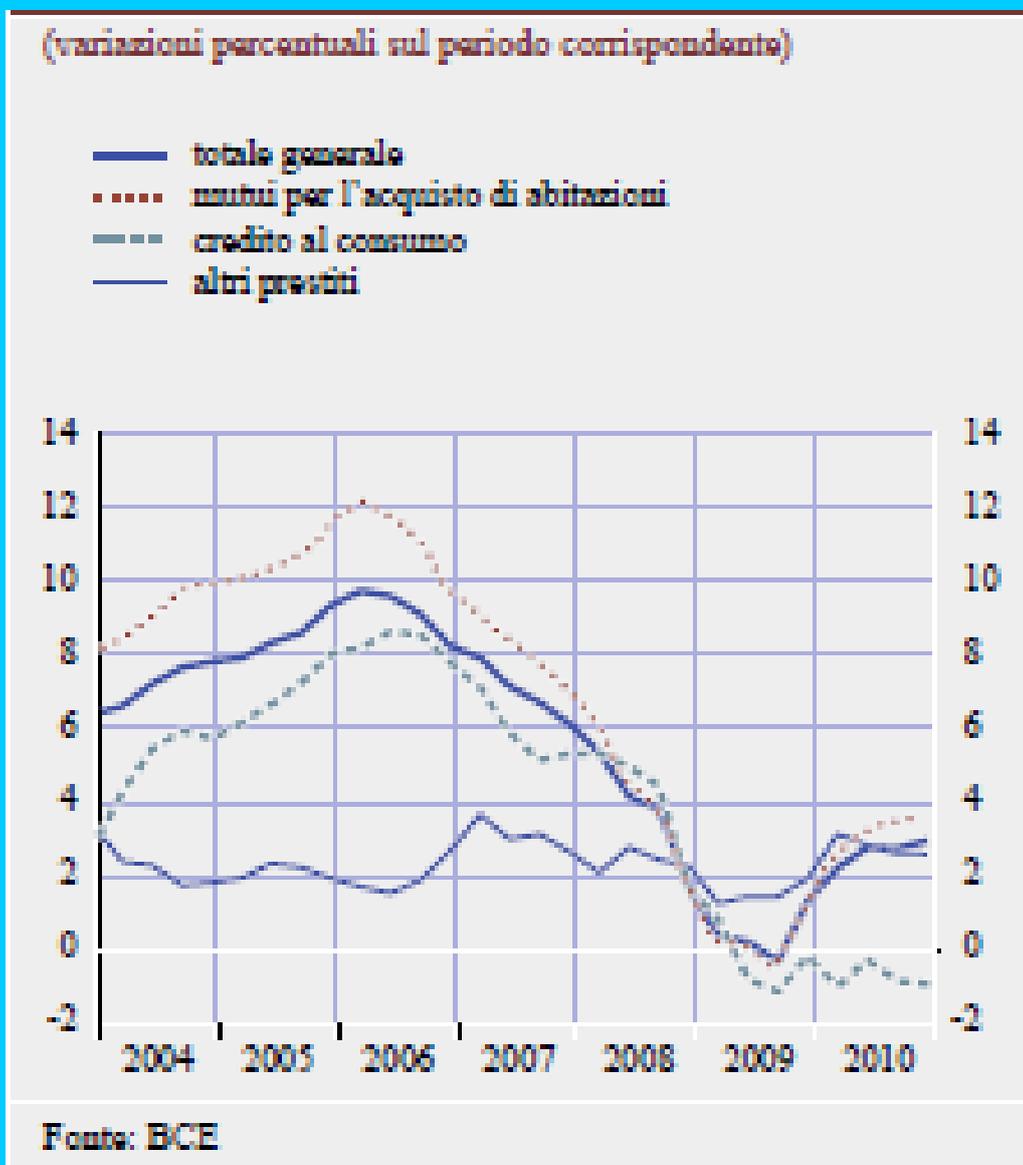
IL CREDITO AL CONSUMO DAL PUNTO DI VISTA SOCIO-ECONOMICO

1.Premessa

A partire dagli anni '80 in Europa, e in Italia dagli anni '90, le congiunture economiche, la crescente difficoltà all'accumulazione del risparmio, la contrazione degli scambi di ricchezza intergenerazionali e dei circuiti informali di credito, l'informazione sempre più "diffusa" e la più agevole accessibilità al credito conseguente all'aumento di concorrenza tra gli operatori finanziari, che ha ampliato i canali distributivi e il ventaglio dei prodotti disponibili, hanno reso il ricorso al credito al consumo un'abitudine diffusa di molte famiglie (tra l'altro appartenenti a segmenti di mercato tradizionalmente esclusi) che se ne avvalgono per acquisti sempre meno rilevanti e per beni di importo contenuto.

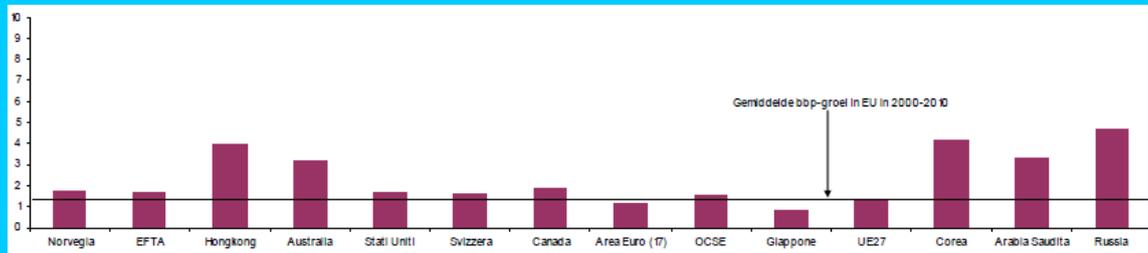
Nel 2005, ad esempio, l'ammontare medio delle erogazioni si è collocato (fatta esclusione delle carte di credito, la cui analisi riduce ulteriormente la media) attorno ai seimila euro, cifra modesta, se raffrontata ai valori ben più alti dei mutui, che rende necessarie snellezza e rapidità nell'erogazione del credito.

Le statistiche, infatti, rivelano come in tutta Europa il volume del credito al consumo sia aumentato notevolmente con un ritmo di espansione annuo che ha raggiunto anche il + 8,5% circa nel 2007 e che soltanto nel 2009 e 2010 ha subito flessioni giungendo addirittura allo +0,5% e +1% quando la crisi si è manifestata in Europa in tutta la sua virulenza.



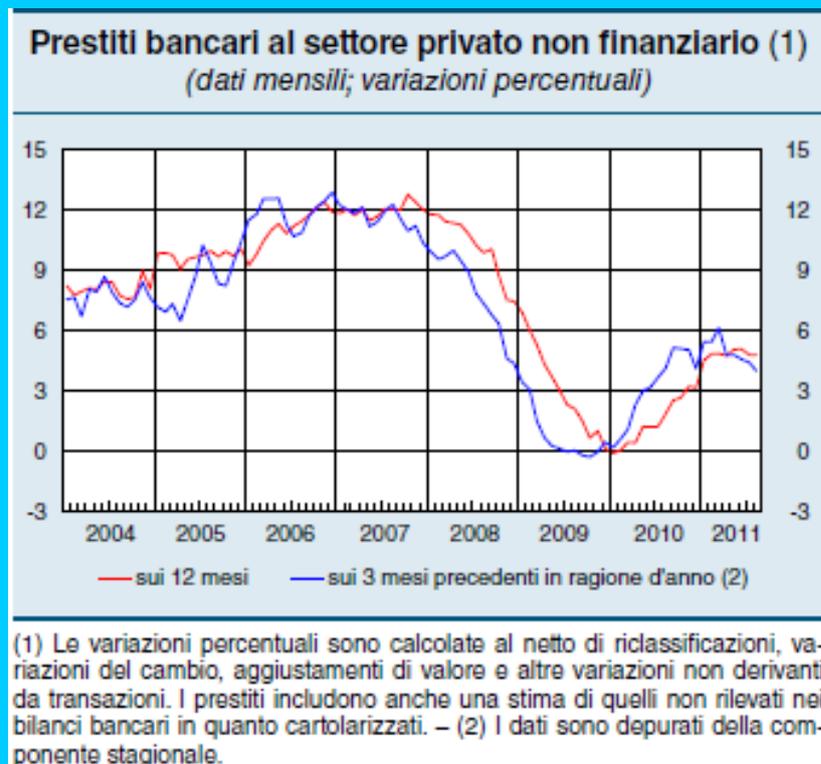
Ciò a fronte di una crescita media annua del PIL sia nell'area Euro a 17 sia nell'UE a 27 intorno all'1% nel periodo 2000-2010:

Crescita economica media nel periodo 2000-2010



Fonte: Commissione Europea

Anche in Italia il credito al consumo registrava notevoli aumenti, ed infatti il ritmo d'espansione annuo si assestava nel 2007 al +12%, mentre negli anni successivi subiva una notevole flessione per effetto della crisi internazionale.



Fonte: Banca d'Italia

Non solo la domanda è aumentata, ma anche l'offerta vi si è adeguata: sono di fatto aumentati gli erogatori di fondi, in particolare gli intermediari finanziari, e gli strumenti da loro messi a disposizione dei clienti. Nel complesso si evidenzia che l'andamento del credito al consumo manifesta, a differenza di altri Paesi, un profilo di carattere anticiclico (si può ipotizzare che se non fosse aumentata la propensione all'uso del credito al consumo, la spesa dei consumatori, alle condizioni attuali, sarebbe diminuita molto di più).

La manualistica macroeconomica ha iniziato a vedere il credito al consumo come motore della ricchezza rovesciando il rapporto causa-effetto tra reddito e consumo: adesso, è il consumo a creare reddito, attraverso l'effetto-ricchezza (ad. esempio l'aumento del valore degli immobili); ciò a differenza della tradizione keynesiana, che considerava il consumo un aggregato passivo che segue il reddito e scarsamente capace di variazioni autonome.

Vista la esponenziale domanda di credito e il notevole impatto sociale di tale richiesta bisogna ora interrogarsi sulle ragioni che influenzano il fenomeno. Infatti, se da un lato si può interpretarne la diffusione come un nuovo atteggiamento finanziario delle famiglie, che ora sanno meglio programmare i propri consumi e, quindi, aumentare il proprio benessere allocando meglio, secondo scelte razionali, il reddito disponibile in un lasso temporale più ampio; dall'altro non mancano visioni pessimiste e/o allarmiste del fenomeno che ritengono l'aumento della domanda di credito come sintomo di un

crescente impoverimento delle famiglie e di una riduzione del reddito reale.

Si condividono tali preoccupazioni, anche perché non può non rilevarsi come l'accelerazione dei consumi sia ormai un indotto del sistema mediatico pubblicitario, tale da ingenerare esigenze e bisogni di beni non più essenziali ma voluttuari, peraltro su categorie sociali già povere che avrebbero ben altre necessità.

Tuttavia, pur nell'adesione di fondo ad una prospettiva a favore del consumatore (quale soggetto debole e sprovveduto del sistema), si deve sfuggire alla tentazione di voler andare al di là delle norme, al fine di garantire ad ogni costo una tutela al consumatore; occorre evitare, come consigliava all'indomani della prima direttiva 87/102/CEE autorevole dottrina¹, ogni semplicismo nella distribuzione della tutela: infatti, a fronte dell'interesse del consumatore (e del fornitore) vi è l'interesse dell'intermediario creditizio professionale, esso stesso meritevole di tutela anche in una valutazione di ordine generale.

2. Le determinanti del credito al consumo

Questo paragrafo si occupa d'individuare, senza pretesa d'eshaustività, le determinanti della domanda e dell'offerta di credito, fondata, secondo le teorie economiche prevalenti, su un comune

¹ OPPO, *Presentazione*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Roma, 1987, 16.

denominatore: la razionalità economica degli individui che cercano di aumentare il proprio benessere attuale smussando e spalmando il profilo intertemporale dei consumi su un arco temporale più o meno ampio (teoria del *consumption smoothing*²).

a) *La teoria del consumo basata sulle aspettative*

L'approccio al tema del credito al consumo implica, infatti, una prospettiva d'analisi diversa rispetto a quella tradizionale di tipo keynesiano, in cui il consumo e il risparmio dipendono semplicemente dal reddito disponibile corrente, e più vicina invece alla teoria del consumo basata sulle aspettative, elaborata nel 1954 da Modigliani e Brumberg con il nome di "*teoria del ciclo vitale*"³ e nel 1957 da Friedman con il nome di "*teoria del reddito permanente*"⁴.

Tali modelli sono ancora oggi gli schemi di riferimento utilizzati dalla teoria economica per spiegare le scelte di consumo, risparmio e indebitamento degli individui, basate sulle aspettative del consumatore durante l'intero arco della sua vita. Ricchezza, reddito disponibile e reddito futuro sono quindi le uniche variabili prese in considerazione per massimizzare la propria utilità rappresentata dai consumi attuali e futuri, e gli individui sono soggetti ad un unico vincolo intertemporale di bilancio *lungo una vita*: in un dato anno essi possono decidere se consumare più del proprio reddito, intaccando in

² Friedman, Milton, "A Theory of the Consumption Function." Princeton N. J.: Princeton University Press, 1956.

³ Modigliani F. – Brumberg R., Utility analysis and the consumption function: an interpretation of cross-section data, in K. Kurihana (edited by), PostKeynesian economics, Rutgers University Press, New Brunswick, 1954

⁴ Friedman M. The permanent income hypothesis: comment, in American Economic Review, 1957, 48

tutto o in parte la ricchezza, magari indebitandosi, a condizione che ciò non avvenga indefinitamente e che entro il termine della propria vita essi saldino i debiti contratti (vincolo di bilancio intertemporale).

Alla base di tale teoria vi è la convinzione che i soggetti pianifichino le proprie spese in relazione alle risorse che si aspettano di ottenere durante l'intero arco della loro vita, confidando nel fatto che il reddito da lavoro è più basso nei primi anni lavorativi e invece tende ad aumentare in prossimità del pensionamento.

Secondo questo modello i soggetti economici compiono scelte razionali e, attraverso l'indebitamento, uniformano i consumi nel tempo e quindi si garantiscono un maggior benessere economico.

Secondo questi modelli di riferimento, la domanda e l'offerta di credito al consumo sono determinate da fattori individuali e da fattori istituzionali.

Le verifiche empiriche della teoria, condotte da numerosi economisti⁵, hanno reso necessari un'integrazione o completamento della teoria del consumo secondo due costatazioni:

- esistono variabili individuali e istituzionali che influenzano la domanda di credito, ma anche l'offerta;
- esistono vincoli che limitano l'offerta di credito.

⁵ Ando A- Modigliani F., Test of the life-cycle hypothesis of savings: comments and suggestions, *Bulletin of the Oxford Institute of Statistics*, Vol. 19, 1957; Modigliani F. – Jappelli T. Pagano M., The impact of fiscal policy and inflation on National saving: the Italian case; *Banca nazionale del lavoro, Quarterly review*. N. 153, 1985; Deaton. A, *Understanding consumption*, Oxford university Press, Oxford, 1992

Si tratta, in buona sostanza, di ulteriori elementi in grado di influenzare la domanda e l'offerta di credito a prescindere dal reddito disponibile e da quello che ci si aspetta di ottenere.

Le variabili individuali influenzano il comportamento del singolo individuo e del suo nucleo familiare e sono di natura socio-demografica (ad es. età, composizione della famiglia, livello d'istruzione) ed economica (*status* lavorativo, tipologia d'impiego, etc.). I fattori istituzionali, invece, riguardano le caratteristiche del contesto istituzionale nel quale gli individui operano (efficienza o meno del sistema giudiziario, la condivisione delle informazioni tra intermediari, i circuiti informali del credito).

Per quel che riguarda la capacità d'influenzare la *domanda di credito*, tra le variabili individuali le più rilevanti sono quelle di natura socio-demografica, e sono principalmente l'età, il livello d'istruzione e la numerosità del nucleo familiare.

I giovani, che non hanno reddito o hanno un reddito modesto, hanno una domanda di credito più elevata e fanno affidamento su di un reddito futuro che dovrebbe essere in grado di coprire le spese e, quindi, in futuro, la loro domanda di credito si ridurrà drasticamente, mentre l'età non sembra influenzare l'ammontare del credito richiesto.

Il livello d'istruzione più alto, poi, rende probabili (o quanto meno aspettati) redditi futuri più elevati e ciò influenza positivamente la domanda di credito. In particolare, l'ammontare del debito è più elevato per i lavoratori autonomi probabilmente perché i lavoratori

autonomi ricorrono al credito al consumo anche per finanziare la propria attività professionale.

Infine, una famiglia più numerosa e con figli in età scolare o prescolare presenta una maggiore propensione all'indebitamento, seppur la presenza di figli, in alcuni casi, potrebbe invece spingere verso una maggiore propensione al risparmio in vista di un trasferimento di ricchezza intergenerazionale.

Infine, tra le variabili socio-demografiche va menzionata l'incertezza circa l'ammontare e la variabilità del reddito futuro (ad es. lavoratori a tempo determinato), che in genere impone la necessità di detenere liquidità a fini precauzionali, riducendo la domanda di credito, incrementando la propensione al risparmio.

Le verifiche empiriche hanno pure condizionato le variabili economiche tradizionali, gravitanti intorno al binario reddito-ricchezza. Queste ultime danno per scontato che individui con livelli elevati di reddito e ricchezza, hanno una scarsa propensione all'indebitamento in quanto il reddito disponibile è già sufficiente a soddisfare i bisogni. Di converso, livelli medi di ricchezza comportano una positiva propensione all'indebitamento specie in ragione dell'innalzamento del tenore di vita. Tuttavia, s'è visto che a parità di redditi, la propensione all'indebitamento è più alta in quanti hanno un posto di lavoro indeterminato, mentre i c.d. precari, che vedono incerti i propri redditi futuri, tendono ad accumulare liquidità a fini precauzionali.

La domanda di credito è influenzata oltre che dai fattori individuali sopra esaminati, anche da quelli istituzionali, che sarebbero quelle variabili la cui maggiore o minore presenza è in grado da un lato di sanzionare la condotta dei prenditori di fondi che va sotto il nome “d’insolvenza strategica”⁶, dall’altro di prevenire il comportamento opportunistico di alcuni consistente nella decisione d’indebitarsi non per insufficienza reddituale, ma per consapevolezza delle difficoltà istituzionali nel recuperare il credito.

Essi sono: il grado di condivisione delle informazioni finanziarie, l’efficienza della giustizia nel perseguire i soggetti insolventi, la dimensione del mercato informale del credito.

Se un individuo ha già ottenuto credito da due istituti, ne potrebbe facilmente ottenere un altro se lo chiedesse, moltiplicando così il rischio di diventare insolvente nei confronti di uno o più creditori. Un sistema invece di condivisione delle informazioni circa i soggetti che accedono abitualmente al credito, circa il loro grado di solvenza, ridurrebbe l’imprudenza dei soggetti nel domandare ulteriori finanziamenti, ben sapendo che ogni ente finanziatore è in grado di conoscere *ex ante* la sua esposizione debitoria complessiva e la sua serietà nel restituire le somme.

Se i costi per perseguire un soggetto insolvente sono eccessivi ed i tempi lunghi, sarà probabile vedere crescere i casi di ritardato pagamento o anche di inadempimento; se l’individuo sa che può facilmente sottrarsi alla giustizia, sarà spinto ad assecondare

⁶ Gropp – Scholz – White, Personal Bankruptcy and credit supply and demand, in Quarterly journal

maggiormente il desiderio di benefici immediati e ciò lo indurrà a chiedere prestiti senza temere la futura insolvenza.

Le famiglie che sanno di poter contare, in caso di situazioni critiche, sul sostegno finanziario di parenti e amici, guardano con meno preoccupazione ad un'eventuale loro esclusione dal mercato formale del credito, e ciò importa una maggiore inclinazione a ricorrere al credito.

Per quanto riguarda, invece, *l'offerta di credito* vediamo ora se e come tali variabili, introdotte dalle verifiche empiriche, riescono ad influenzare anche il lato dell'offerta del credito.

Tra i fattori individuali, la presenza di livelli di reddito e ricchezza elevati, di condizioni lavorative stabili e diffuse influenzano positivamente l'offerta di credito. Per quanto concerne invece i fattori istituzionali, l'offerta del credito è influenzata per lo più da due degli elementi sopra considerati: l'efficienza della giustizia e l'esistenza di modi di condivisione delle informazioni. Circa il primo, appare evidente che un efficiente sistema giudiziario, in grado di perseguire, a costi contenuti e in tempi brevi, un soggetto insolvente, consente agli intermediari finanziari di erogare credito più facilmente visto che potrà recuperarlo in breve tempo ed a costi contenuti; circa il secondo, la presenza di meccanismi di condivisione delle informazioni consente agli intermediari finanziari di conoscere preventivamente il profilo di rischio dell'operazione e della solvibilità del cliente, riducendo così le asimmetrie informative.

Con quest'ultima espressione, diversamente da quella analoga caratterizzante in genere tutti i contratti finanziari e quelli di credito dei consumatori, si intende, nell'ambito della nostra indagine, la circostanza che i prenditori di fondi dispongono di maggiori informazioni rispetto alla banca sulla probabilità della loro insolvenza, determinando così due conseguenze: l'*adverse selection* o selezione avversa, che consiste nell'applicazione da parte dei finanziatori di tassi di interesse indifferenziati non parametrati alla solvibilità dei debitori. Essi, infatti, incorporano la stima della rischiosità media dei debitori e, pertanto, hanno come effetto quello di disincentivare i debitori più solvibili a richiedere credito. Viceversa i clienti disponibili a pagare tassi d'interesse più elevati sono presumibilmente quelli a maggior rischio, dal momento che la facilità con cui accettano i tassi alti è indicativa di una cattiva disposizione a restituire il denaro; il *moral hazard* o azzardo morale, invece, attiene ad una fase successiva a quella d'erogazione del credito, ed implica che il soggetto che ha avuto prestiti a tassi elevati tenderà ad intraprendere progetti più rischiosi e ad assumere comportamenti fraudolenti nei confronti del creditore.

Anche per superare questi problemi, gli operatori finanziari si avvalgono di procedure di *screening* e *monitoring* del profilo di rischio di ciascun prenditore; nel credito al consumo, poi, visto che si tratta di importi contenuti, i finanziamenti vengono trattati *in pooling*, cioè con l'utilizzo di procedure automatizzate, che valutano il rischio di un'operazione di finanziamento attribuendo al cliente un merito

creditizio o *credit scoring*, molto simile ai *rating* presenti a livello internazionale, sulla base del quale concedono o meno un prestito.

b) La teoria comportamentale

Oltre a queste variabili individuali e istituzionali introdotte dalle verifiche empiriche e indagini statistiche, più recenti studi, cosiddetti della *teoria comportamentale*⁷, hanno dimostrato che in alcuni casi la domanda di credito presenta andamenti anomali, non spiegabili alla luce di queste sole variabili. Sono stati, cioè, osservati dei comportamenti che sembrano non rispondere a scelte razionali e che quindi allontanano la domanda di credito dal modello classico del ciclo vitale.

Nell'ambito dell'economia comportamentale è stato infatti rilevato come alcuni comportamenti sono influenzati da variabili psicologiche in grado di indirizzare l'agire individuale in direzioni che divergono dal modello classico del ciclo vitale e che appaiono poco razionali (ovviamente non nel senso comune del termine, ma dal punto di vista economico in relazione alle loro utilità).

Le scelte individuali vanno così ad arricchirsi di componenti psicologiche, come le inclinazioni personali, gli errori di previsione e la scarsa lungimiranza, in base alle quali raggiungono o meno l'utilità attesa.

⁷ Jappelli, The life-cycle hypothesis, fiscal policy and social security, CSEF – Centre for studies in economics and finance, working paper, n 40, 2005; Brown – Taylor – Wheatley Price, Debt and distress: evaluating the psychological cost of credit, in Journal of economic psychology, n. 26, 2005

La letteratura individua principalmente tre fattori psicologici che spingono l'agente economico in senso non razionale: l'eccessiva fiducia, l'euristica della disponibilità, lo sconto iperbolico.

Il primo attiene alla componente eccessivamente ottimistica di alcuni soggetti circa la possibilità d'incappare in eventi avversi della vita (ad es. malattie, perdita del lavoro o altro), nell'illusione di saper sempre gestire le proprie decisioni di spesa e di indebitamento e di non poter essere colpiti da eventi in grado di creare tensione finanziaria. Questa variabile psicologica, dunque, comporta una sovrastima della capacità di gestire le proprie risorse finanziarie.

L'euristica della disponibilità attiene alla valutazione dei fatti passati in ragione di quanto i medesimi ci sono disponibili, ci tornano in mente, vengono da noi ricordati. La vividezza e la frequenza del ricordo di un fatto negativo induce ad evitare di farlo riaccadere; al contrario se un episodio di crisi finanziaria è lontano nel tempo, è accaduto poche volte, ed è stato poco significativo, l'individuo sarà più propenso ad effettuare scelte di indebitamento, piuttosto che di risparmio, perché pensa che sia improbabile e difficile (così come è lontano il ricordo) un suo verificarsi. L'euristica della disponibilità mostra quindi, in genere, la sottostima del rischio di sovraindebitamento.

Infine, lo sconto iperbolico attiene alla componente materialistica dell'uomo, tale che è importante soddisfare immediatamente il proprio desiderio e, se sostenerne oggi il costo è troppo pesante, lo si rinvia più in là nel tempo. Parimenti può

accadere nello sconto praticato in caso di credito: si preferisce avere oggi il pagamento di un credito anche se dimezzato, piuttosto che aspettarne domani la realizzazione dell'intero, con gli interessi. I costi e i benefici immediati hanno un peso maggiore rispetto a quelli futuri. È questo l'aspetto psicologico su cui si basano le carte revolving (in espansione esponenziale rispetto alle varie forme di credito al consumo): di fronte alla scelta se comprare a credito o rinunciare all'acquisto, l'uomo poco lungimirante e scarsamente capace di valutare le conseguenze dell'indebitamento sul proprio reddito, tenderà a scegliere per l'acquisto immediato a credito. Lo sconto iperbolico causa quindi una sottostima delle conseguenze future di decisioni di indebitamento.

L'effetto di quest'ultima attitudine psicologica, tra l'altro, è acuito dalle caratteristiche del contesto sociale cui l'individuo appartiene, contesto per la verità sempre più standardizzato e globalizzato.

Il sistema mediatico e culturale ha, infatti, creato dei bisogni diversi da quelli tradizionalmente definiti come primari, che fanno leva sulla c.d. *social comparison* (comparazione sociale) tale che l'individuo è indotto a valutare le proprie opinioni ed i propri desideri non in sé, ma attraverso la comparazione con gli altri.

Vien fuori il cosiddetto *standard package*, ossia una sorta di pacchetto di beni e servizi imposto culturalmente, che viene desiderato più per fronteggiare la mancanza di stima in sé stessi che non per un reale bisogno di quei beni e servizi.

Infatti, nella società consumistica l'uomo avverte il bisogno di possedere non solo quanto gli è necessario per vivere, ma anche ciò che gli serve per apparire una persona di successo, di potere, di prestigio, raggiungendo così una soddisfazione personale nel caso in cui non si abbiano altre doti per raggiungerla. Se la soddisfazione personale deriva dai consumi effettuati in relazione allo *status* degli altri individui, e se la nostra società è improntata ad un consumismo sempre più sfrenato, ciò stesso spiega come questa variabile psicologica sia in grado di indirizzare l'uomo verso scelte di indebitamento che non sempre possono essere soddisfatte, specie se l'individuo ha un reddito inferiore rispetto al gruppo sociale di appartenenza.

Tra l'altro gli studi condotti nell'ambito dell'economia comportamentale hanno evidenziato che gli interessati non ammettono di non aver saputo valutare l'impatto di un finanziamento sul proprio reddito, piuttosto ascrivono le proprie crisi finanziarie ad agenti esterni come congiunture economiche negative, malattie e divorzi che hanno variato il reddito iniziale, ben più florido, su cui si fondavano le scelte di indebitamento.

Degno di considerazione è anche lo studio fatto da alcuni economisti volto a dimostrare che quand'anche gli individui siano stati edotti dei rischi finanziari connessi a certi comportamenti, sono stati tuttavia incapaci di beneficiare di queste informazioni⁸.

⁸ Kilborn J. Behavioural economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for cause and reevaluating solutions, in *Bankruptcy Development Journal*, Vol 22, 2005; Watson J. The relationship of materialism to spending tendencies, saving and debt, in *Journal of*

L'impulso a compiere un determinato atto di disposizione del patrimonio era comunque più forte della consapevolezza di un alto rischio di dissesto economico.

3. Il sovraindebitamento

Secondo la definizione contenuta nella legge n. 3 del 27.1.2012 (che entrerà in vigore il 29.2.2012) s'intende per "sovraindebitamento" una 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 (formula quest'ultima mutuata dalla definizione di insolvenza contenuta nell'art. 5 della Legge Fallimentare).

Tale definizione però necessita di ulteriori approfondimenti:

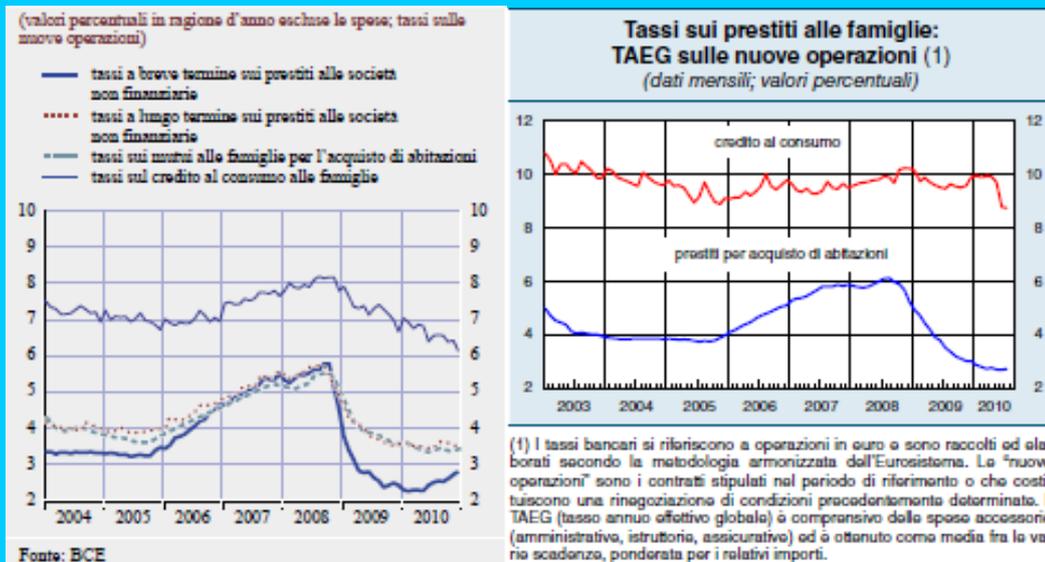
- Il grado di sovraindebitamento
- Le tipologie di sovraindebitamento in relazione alle cause che lo hanno determinato.

Il grado di sovraindebitamento individua la soglia oltre la quale si verifica il passaggio da un debito normale ad uno eccessivo.

Per quel che riguarda l'oggetto del presente studio, si rileva che i tassi di interesse dei prestiti al consumo alle famiglie sono sempre stati di gran lunga i più alti tra tutti i tipi di prestiti, con tassi oscillanti

Economic Psychology, n. 24, 2003; Lea S., Webley P., Walker C., Psychological factors in consumer debt: money management, economic socialization and credit use, in Journal of Economic Psychology, n. 16, 1995.

tra il 6% e l'8% al netto delle spese per pratica e istruttoria in Europa (secondo dati BCE) e tra l'8% e l'11% in Italia comprensivi però di oneri accessori (secondo dati Banca d'Italia)⁹.



L'elevato tasso di interesse pone, quindi, maggiori problemi di sovraindebitamento e conseguente default strategico per moral hazard per il credito al consumo rispetto ad altri tipi di finanziamento.

Inoltre, con riferimento al secondo aspetto, e cioè alle tipologie di sovraindebitamento a partire dalle cause che lo hanno determinato, si può distinguere tra sovraindebitamento attivo, cioè causato dall'individuo, o dal prestito irresponsabile, o da pratiche commerciali scorrette, e sovraindebitamento passivo, cioè per il verificarsi di fattori esterni e non prevedibili, estranei a qualsiasi volontà¹⁰.

⁹ Gli ISC (Indici Sintetici di Costo) in Europa e in Italia sono comunque pressoché equivalenti.

¹⁰ In questa prospettiva, J. Pulgar Ezquerra, El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores, in M. Cuenca Casas – J.L. Colino Mediavilla (coordinato da), Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, Cizur menor, 2009

Per quanto diffuso e considerevole, il fenomeno del sovraindebitamento in Italia ha avuto risposta legislativa soltanto di recente, nel gennaio 2012, ed infatti le procedure concorsuali prima previste avevano come prerequisito la qualità imprenditoriale del soggetto interessato. Ne discendeva che l'unico modo di fronteggiarlo era di carattere preventivo, ed in tal senso l'iniziativa della "verifica del merito creditizio" di cui all'ultima direttiva 2008/48/Ce ha rappresentato senz'altro un importante passo in avanti nel contrasto del fenomeno, che, tuttavia, non poteva prescindere da una disciplina legislativa di tipo risolutivo, finalmente arrivata.

Infatti, nella nostra esperienza il fenomeno del sovraindebitamento era stato esaminato solo di sfuggita, in occasione del credito al consumo e con la nuova disciplina dell'attività bancaria, oppure nell'ambito dei progetti di riforma della disciplina dell'usura, ma non quale oggetto di intervento legislativo *ad hoc*.

L'attenzione dei commentatori italiani era stata, allora, riservata all'esperienza francese, ove dagli studi sarebbero emerse nel 1991 circa duecentomila persone o famiglie sovraindebitate.

Da qui l'approvazione, su iniziativa di M.me Veronique Neiertz, segretario di Stato dei consumi, di un provvedimento "*rivolto a prevenire e a disciplinare le difficoltà collegate al sovraindebitamento dei privati e delle famiglie*" (l. n. 89-1010 del 31.11.1989 decr. N. 90-175 del 21.2.1990 che ne costituisce il regolamento esecutivo).

In estrema sintesi, il provvedimento francese prevede una procedura di ripianamento e di risanamento della situazione debitoria,

che si articola in due fasi, una amichevole, cioè convenzionale e concordata, a istanza del debitore, l'altra giudiziale, con cui si possono assumere provvedimenti per protrarre la scadenza dei rimborsi, consolidare i debiti, ridurre gli interessi, etc.

Le finalità sociali sono evidenti: da un lato si rende meno gravosa la situazione del debitore e della sua famiglia senza pregiudizio eccessivo dei creditori; dall'altro, si vuole prevenire il fenomeno per il futuro facendo in modo che i nomi dei debitori coinvolti divengano conosciuti da parte di istituti di credito e di finanziamento. Pur tuttavia l'ingresso nelle cosiddette black lists non è affatto automatico, prevedendo l'intervento legislativo anche una valutazione delle cause che hanno condotto al dissesto economico, sé cioè la crisi finanziaria è dipesa da ragioni imputabili al debitore (leggerezza nel contrarre debiti, insipienza, raggiri), o meno (impedimenti, malattie, perdita del lavoro, etc.).

Per quanto riguarda l'Italia, quindi, il fenomeno è stato disciplinato legislativamente con un ritardo ultraventennale rispetto alla Francia.

La legge "Centaro", approvata definitivamente dal Senato il 17.1.2012, promulgata il 27.1.2012, e pubblicata nella gazzetta ufficiale al n. 24 il 30 gennaio 2012, che entrerà in vigore il 29.2.2012, prevede, infatti, una normativa specifica in tema di *"usura ed estorsione, nonché di composizione delle crisi di sovraindebitamento"*.

Il legislatore, prendendo atto che spesso situazioni di sovraindebitamento fisiologico si trasformano in situazioni patologiche di difficile naturale risoluzione, sulla scia dei vicini ordinamenti europei, s'è finalmente occupato del problema prevedendo una procedura per il trattamento del sovraindebitamento, introducendo una soluzione strutturale, e non più d'emergenza, al problema, richiesta a gran voce sia dai rappresentati dei creditori che spesso si trovano impelagati in procedure lunghe, costose e magari infruttuose per il recupero dei finanziamenti, sia dai consumatori, che una volta trovatisi in una situazione di tale difficoltà preferiscono un percorso alternativo, più snello e di durata contenuta che eviti la loro esclusione sociale e costi ancora più ingenti.

Le situazioni di sovraindebitamento possono superarsi così attraverso un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano¹¹ che assicuri il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo stesso, compreso l'integrale pagamento dei titolari di crediti privilegiati ai quali gli stessi non abbiano rinunciato anche parzialmente. L'accordo prevede la ristrutturazione dei debiti del soggetto sovraindebitato e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, tra le quali anche la cessione di redditi futuri.

Elemento interessante da notare nella proposta è il fatto che non viene richiamata la natura dei soggetti creditori, ma si fa riferimento soltanto a “una situazione di perdurante squilibrio economico”,

¹¹ Fortemente critico circa la modalità operativa del meccanismo affidato ad una pianificazione (termine strettamente connesso a logiche di tipo imprenditoriale) è Di Marzio, Sulla Composizione negoziale delle crisi da sovraindebitamento, in Europa e Diritto Privato, n. 3, 2011, p. 663

considerando tra questi quindi anche soggetti diversi dalle banche e dagli altri operatori del sistema finanziario.

Presupposti fondamentali per l'ammissibilità della proposta di ristrutturazione sono a) che il debitore non sia assoggettabile alle procedure fallimentari (quindi la procedura sarà fruibile non solo del debitore civile, ma anche dall'imprenditore non esposto a procedure concorsuali)¹² e b) che non abbia, nei tre anni precedenti, già usufruito della procedura.

La proposta di accordo, cui va allegato l'elenco di tutti i creditori e delle somme dovute, deve essere avanzata al tribunale di residenza del creditore.

Essa, se fondata su beni o redditi insufficienti a garantire la fattibilità del piano, deve essere sottoscritta da terzi garanti. Può poi prevedere limitazioni per il debitore per il futuro accesso al mercato del credito al consumo, ed agli altri strumenti di pagamento elettronico o di tipo creditizio e finanziario. Può ancora prevedere una moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei al piano purché ricorrano determinate condizioni elencate al comma 4 dell'art. 8.

Il giudice, verificata l'esistenza dei requisiti di ammissibilità della proposta di accordo, fissa immediatamente l'udienza, nella quale disporrà la sospensione di azioni esecutive individuali o sequestri conservativi in corso, per un periodo non superiore a 120 giorni (la

¹² Critico anche su questo profilo Di Marzio, *Ib.*, p. 660 ss, secondo cui tale assimilazione è foriera di non pochi equivoci e nodi problematici

sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili).

La proposta di accordo verrà approvata se otterrà il voto favorevole dell'70% dei crediti.

Accanto al debitore proponente, vi sono “organismi di risoluzione della crisi” (tali organismi possono essere costituiti dagli enti pubblici e iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia; sono iscritti di diritto gli organismi di conciliazione costituiti presso le Camere di Commercio, il segretariato sociale, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti e dei notai) dotati di garanzie di professionalità e indipendenza che hanno il compito di partecipare alle diverse fasi della procedura, raccogliendo i consensi relativi all'approvazione della proposta, redigendo conseguentemente una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento delle percentuali richieste dalla legge, e trasmettendola successivamente al giudice dell'accordo, unitamente alle contestazioni ricevute e ad un'attestazione di fattibilità del piano.

Il giudice, a questo punto, se non vi sono ragioni ostantive (connesse ad eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo ed alla verifica dell'esatto adempimento dello stesso), omologa l'accordo e ne dispone l'immediata pubblicazione.

L'accordo, dato significativo in ordine alla tematica che si andrà a trattare, può inoltre prevedere a carico del debitore limitazioni nell'accesso a diverse forme di finanziamento.

Capitolo II
LA DISCIPLINA DEL CREDITO AL CONSUMO
IN GENERALE

1. L'evoluzione del quadro normativo

Il credito al consumo ha ricevuto una autonoma disciplina nel 1992 con la Legge n. 142 del 19.2.92 con cui sono state recepite in Italia le direttive 87/101/Cee (del Consiglio 22 dicembre 1986) e 90/88/Cee (del Consiglio 22 febbraio 1990).

Gli altri ordinamenti europei, almeno quelli con cui è normalmente condotta l'analisi giuscomparatistica, caratterizzati da identiche formulazioni letterali (ad esempio: *consumer credit*, *credit a la consommation*, *Verbrauchercredit*, e così via), l'hanno disciplinato con un più o meno consistente anticipo: il "*Consumer Credit Act*" inglese è del 1974, la "*Loi Scrivener*" francese è del 10 gennaio 1978, poi assorbita, nel 1993 dal più pretenzioso "*Code de la consommation*", mentre in Germania la c.d. "*Abzahlungsgesetz*", letteralmente legge sul pagamento rateale, risale addirittura al 1894.

Nel nostro ordinamento, invece, la spinta – non naturale, ma derivante esclusivamente dal dovere di adempiere agli obblighi di appartenenza alla Comunità – a legiferare in questa materia è venuta da Bruxelles, alla stregua della normativa comunitaria "consumeristica", la quale, proprio con le regole sul credito al consumo, ha iniziato ad assumere consistenza.

All'interno delle direttive 87/102/Cee e 90/88/Cee, dopo le rituali disposizioni definitorie, secondo una tecnica legislativa innovativa (art. 1, direttiva 87/102) che contagiava di lì a poco non solo il nostro legislatore, ma anche le prassi negoziali degli operatori giuridici, figuravano regole piuttosto dettagliate su: tasso annuo effettivo globale (TAEG) (art. 1 bis, cui vanno aggiunti gli allegati esemplificativi dei relativi calcoli); esenzioni (art. 2); pubblicità (art. 3); forma di anticipi su conto corrente (art. 6); recupero del bene (art. 7); facoltà di adempimento anticipato da parte del consumatore (art. 8); cessione del credito o del contratto a terzi (art. 9); pagamento o garanzia a mezzo titoli cambiari (art. 10); diritti del consumatore nei confronti, rispettivamente, del fornitore e del creditore (art. 11); autorizzazione e controlli sull'attività di concessione del credito o di intermediazione (art. 12); trattazione di reclami e assistenza dei consumatori (art. 12); misure contro l'elusione normativa (art. 14). Temi eterogeni e vari, come si vede, difficili da disciplinare all'interno di un contesto civilistico tradizionale quale quello italiano degli anni '90, in cui la scissione tra contenuto dell'atto (e del contratto) e disciplina dell'attività (intesa come sequenza di comportamenti da tenere nella fase di formazione del contratto) era assolutamente netta e pacifica, se non altro sul piano legislativo.

Fu così che giunse il riconoscimento formale del credito al consumo in termini legislativi con la L. 19 febbraio 1992, n. 142 - Legge Comunitaria per il 1991 - (artt. 18-24), che recepiva (anche) le menzionate direttive comunitarie; di lì a poco detti articoli venivano

trasfusi nel D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (d'ora in poi TUB – testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), emanato dal Governo in virtù della delega contenuta nell'art. 25 della citata legge comunitaria, e veniva così ufficializzato nel nostro ordinamento l'ingresso della completa disciplina del credito al consumo, cercando di attribuirle una collocazione che aspirava (ed aspira tutt'oggi) ad avere carattere sistematico, poiché le relative norme venivano collocate a fianco delle nuove disposizioni generali in tema di contratti bancari (Titolo VI del TUB).

Ciò che caratterizza questo primo adeguamento normativo è che le regole sul credito al consumo sono essenzialmente considerate e ricondotte nell'ambito normativo in cui campeggia il concetto di “trasparenza”, secondo la definizione coniata dalla dottrina e ripresa poi dal legislatore nella prospettiva, evidentemente, di una più efficace tutela del cliente (indipendentemente dalla veste di consumatore ovvero di imprenditore).

Nel sistema dei contratti relativi alle operazioni creditizie, le regole legislative sul credito al consumo costituivano, nondimeno, norme “speciali” di tutela, poiché il loro destinatario non era il cliente (della banca) in senso lato, bensì il (solo) cliente-consumatore. La scelta in tal senso era resa esplicita dal legislatore sin dalla disposizione di apertura del Capo II del titolo VI del TUB, ove viene fissata la nozione giuridica dell'operazione (con riferimento alla concessione nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di

altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (consumatore)” (v. vecchio art. 121 TUB.).

Poco tempo dopo, la normativa del TUB è stata integrata dalla delibera del Comitato del credito del 4 marzo 2003, resa ai sensi dell'art. 116 TUB, con la quale sono state introdotte modifiche soprattutto in punto di pubblicità preventiva rispetto alla conclusione del contratto.

Un paio d'anni dopo ancora, la disciplina del credito al consumo s'arricchiva di alcuni articoli, collocati in quella che avrebbe dovuto esser la sua naturale *sedes materie*: il D.Lgs. 6.9.2005, n. 206, meglio noto col nome di “Codice del Consumo”.

Con grande delusione della maggior parte della dottrina italiana, che vedeva nel codice il luogo istituzionalmente e logicamente deputato ad assorbire tutta la disciplina in materia, la novità legislativa presentava solo quattro disposizioni relative al credito al consumo: artt. 40 e 41 (ove erano trasposti, rispettivamente, gli artt. 1 e 2 - relativi alle competenze del CICR in ordine al TAEG ed alla pubblicità - del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 63 che aveva dato attuazione alla direttiva Cee 98/7/Ce.); art. 42, ove erano trasposte le disposizioni dei commi 4° e 5° dell'art. 125 TUB disciplinanti l'ipotesi dell'inadempimento del fornitore; art. 43, che rinviava al detto Testo unico “*per la restante disciplina del credito al consumo*”, appunto rimasta in quella sede.

Nell'anno 2008, la materia del credito al consumo registra un significativo intervento dell'Unione Europea che con la direttiva 2008/48/CE interviene sul tema attraverso una filosofia diversa e, per certi aspetti opposta, a quella delle precedenti direttive, ma su ciò si tornerà a suo tempo (infra par. 3).

Nel corso del 2009 la disciplina del credito al consumo ha visto il provvedimento della Banca d'Italia 29.7.2009, in vigore dal 1.1.2010, che, unitamente alle altre fonti, è servita a disciplinare la materia fino alla vigenza dell'attuale D. Lgs. N. 141/2010.

2. La disciplina italiana di recepimento della prima Direttiva.

Indicate le fonti normative anteriori all'ultimo D.Lgs. 13 agosto 2010 n. 141, è ora il caso di analizzarne portata e contenuti, anche per cogliere meglio, nei capitoli successivi, il senso della riforma ed il peso (reale o fittizio) delle novità introdotte dall'ultimo decreto legislativo che ha recepito la direttiva 2008/48/Ce.

Se si guarda alle norme contenute nel TUB, prima delle recenti modifiche, ci si accorge di talune peculiarità.

Innanzitutto la disciplina dei contratti di credito al consumo era collocata nella più ampia cornice del Titolo VI TUB, dedicato alla "trasparenza delle condizioni contrattuali", di guisa che veniva tra l'altro assoggettata alle norme dettate per le operazioni e servizi bancari e finanziari in virtù dell'espressa previsione del 3° co. dell'art.

115: *“Le disposizioni del presente capo (Operazioni e servizi bancari e finanziari) si applicano alle operazioni previste dal capo II (Credito al consumo) del presente titolo per gli aspetti non diversamente disciplinati”*.

Nell’articolo d’esordio del capo II, cioè il 121, si registrava un approccio a carattere definitorio, con cui si cercava d’individuare contemporaneamente gli elementi qualificanti la fattispecie, sia da un punto di vista oggettivo che da quello soggettivo.

Nel primo senso, il credito al consumo viene definito come *“concessione, nell’esercizio di un’attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria”*.

L’espressione “attività commerciale o professionale” voleva intendere tutte le attività imprenditoriali di concessione del credito, indicate in via esemplificativa subito dopo, come dilazione di pagamento, prestito, o analoga facilitazione finanziaria, dovendosi includere nel termine “analoga” tutte le ipotesi atipiche¹³.

E’ evidente che la difficoltà di coniare un nuovo “tipo” di contratto, nel senso tradizionale del termine, aveva indotto il legislatore a indicare alcune fattispecie già note, la prima delle quali – concessione del credito “sotto forma di dilazione di pagamento” – faceva capo all’ipotesi sempre più frequente e, comunque, più tradizionale del fenomeno, tanto da figurare già nella disciplina codicistica della vendita a rate con riserva della proprietà.

Con una struttura negoziale descrittivamente definibile come “triangolare”, le parti però potevano dar vita ad una seconda ipotesi di concessione del credito nella forma più propriamente definibile “di finanziamento”.

Ulteriori manifestazioni del credito al consumo erano poi riconducibili al mutuo di scopo¹⁴.

Oltre ai finanziamenti finalizzati (tra i quali spiccava l’acquisto di autoveicoli, per la sua frequenza e per i problemi interpretativi cui ha dato luogo) si inclusero nell’ambito del credito al consumo anche le convenzioni per l’utilizzazione della carta di credito o ancora i prestiti concessi da finanziarie a fronte della cessione del quinto dello stipendio.

Per quel che riguarda, invece, il profilo soggettivo, il legislatore aveva utilizzato la formula, in seguito standardizzatasi nelle diverse discipline di attuazione delle direttive comunitarie rivolte alla tutela del consumatore, come “*persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale*” (con una delimitazione che aveva sollevato perplessità già in sede di prime considerazioni sulla direttiva 87/102/Cee, quando la dottrina più attenta non aveva mancato di far notare che non vi sarebbe stata alcuna valida ragione di discriminare, escludendolo dalla tutela, l’ente agente per scopi estranei

¹³ Carriero, Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole, in Foro It., 1992, p. 360

¹⁴ Fattispecie giuridica che trae origine dall’incentivazione finanziaria realizzata in un certo periodo della nostra storia economica dalle istituzioni pubbliche mediante concessione di credito al fine del perseguimento e della realizzazione di uno specifico risultato riflettente anche l’interesse pubblico e consistente nella concessione del credito per l’acquisto di determinati beni o per la fornitura di determinati servizi a condizione che a beneficiarne fosse un consumatore.

all'attività imprenditoriale o professionale)¹⁵. Quanto invece agli “scopi estranei”, la formula usata dal legislatore non era molto felice, posto che avrebbe potuto essere difficile, in concreto, stabilire con certezza se la persona fisica avesse agito per scopi non riconducibili alla sua attività professionale o imprenditoriale. Il legislatore non richiedeva poi che l'estraneità degli scopi venisse esplicitata in forma scritta, sicché l'estraneità doveva desumersi in via interpretativa, quante volte il testo contrattuale non contenesse una dichiarazione esplicita in tal senso del consumatore – senza trascurare che, in punto di fatto, il contratto veniva normalmente formalizzato attraverso l'adesione a moduli e formulari predisposti unilateralmente dal finanziatore -, rimanendo aperta la questione se potesse operare, in caso di dubbio, una sorta di presunzione di estraneità (dello scopo del credito) rispetto all'attività professionale, nonché se potesse ammettersi, in via estensiva, applicazione della disciplina in esame nelle ipotesi di concessione di credito per scopi promiscui (e la risposta positiva è apparsa, per entrambe le questioni, maggiormente in linea con la *ratio legis*).

La norma di carattere definitorio valeva anche a delimitare il campo dei soggetti ammessi ad esercitare l'attività di concessione del credito, e cioè: a) alle banche, b) agli intermediari finanziari, c) ai soggetti autorizzati alla vendita di beni o di servizi nel territorio della Repubblica, nella sola forma di dilazione di pagamento del prezzo

¹⁵ Oppo, La direttiva comunitaria sul credito al consumo, in Riv. Dir. Civ. 1987, II, p. 12;
Buonocore, La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle “clausole abusive nei contratti stipulati

(sull'attività di credito svolta da questi ultimi soggetti il controllo, con diritto ad acquisire informazioni, atti e documenti -v. art. 128, co. 1°- veniva esercitato, a differenza che nei confronti degli altri due soggetti -per i quali era stabilita la competenza della Banca d'Italia , comma 1- e l'UIC, comma 2 - , dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, che aveva facoltà anche d'irrogare le sanzioni previste dagli artt. 144, co. 3° e 4° e 145, co. 3° TUB).

Una volta offerta la nozione di credito al consumo, e indicati i soggetti dal lato attivo e passivo del rapporto di credito, il legislatore completava la descrizione dell'ambito di applicazione della disciplina in negativo, riproducendo sostanzialmente le disposizioni della direttiva comunitaria relative alle ipotesi escluse. Fra le fattispecie previste nella direttiva 87/102/Cee, ne venivano selezionate sei. In particolare, venivano esclusi i finanziamenti di importo rispettivamente inferiore e superiore ai limiti minimi e massimi relativi alla somma concessa a credito, stabiliti dal CICR e i contratti di somministrazione stipulati in forma scritta e consegnati "contestualmente" – s'intende alla conclusione del contratto – in copia al consumatore. Indipendentemente dall'importo del credito concesso, erano esclusi anche i finanziamenti rimborsabili in un'unica soluzione entro diciotto mesi, con il solo eventuale addebito di oneri, purchè non calcolati in forma di interessi, e previsti contrattualmente nel loro ammontare; difficilmente distinguibile dalla precedente, la successiva esenzione riguarda le concessioni di credito prive

con i consumatori" e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria,

“direttamente o indirettamente” di corrispettivo di interessi o di altri oneri “a qualsiasi titolo”, ad esclusione del rimborso delle spese vive e documentate; con alcune precisazioni, di carattere terminologico e con il necessario adattamento alla disciplina interna, vengono esentate le concessioni di credito destinate all’acquisto o conservazione di un diritto di proprietà su un terreno ovvero su un immobile edificato o anche da edificare; l’esenzione si estende all’esecuzione di opere di restauro o di miglioramento; l’esclusione dei contratti di locazione rispecchia poi, ancora una volta, il dettato della direttiva, anche se l’espressione cui ricorre il legislatore nazionale è decisamente più rigorosa e precisa di quella adoperata in sede comunitaria.

Con le successive disposizioni degli artt. 122 (TAEG) e 123 (PUBBLICITA’) il legislatore si occupava poi del costo del finanziamento, indicato con l’acronimo di “TAEG”, procedendo a stabilire le modalità del suo calcolo, nonché assoggettandolo ad un particolare regime di pubblicità.

Esordiva anche in tale articolo con una definizione preliminare, secondo cui il TAEG rappresenta *“il costo totale del credito a carico del consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso”* (art. 122, co. 1°). La finalità era quella, evidentemente, di offrire al consumatore, sin dall’inizio, il quadro chiaro e, per quanto possibile, completo del costo del finanziamento, sicché la trasparenza del tasso d’interesse diveniva, in tal modo, una caratteristica fondamentale del contratto di finanziamento.

in Banca, Borsa e titoli di credito, 1994, I, p. 453

Nella lettera della norma il TAEG comprendeva “gli interessi e tutti gli oneri da sostenere per utilizzare il credito”, e appariva coerente con il sistema la previsione della’art. 122 co. 3°, secondo cui anche la partecipazione di un intermediario nella contrattazione doveva essere considerata nell’effettivo impatto economico-finanziario dei contratti di credito al consumo, cioè nel costo del finanziamento. Nel calcolo del TAEG si faceva riferimento ad una tecnica di attualizzazione su base annua delle somme che il consumatore avrebbe ricevuto in prestito, rispetto a tutte le somme che lo stesso consumatore avrebbe dovuto pagare (restituzioni del capitale, interessi e altri oneri).

Il TAEG era anche al centro della disciplina della “pubblicità” di cui all’art. 123. La disposizione rinvia, innanzitutto, al precedente art. 116, dettato in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali nelle operazioni e nei servizi bancari e finanziari, che prescriveva la pubblicizzazione delle condizioni fondamentali del contratto in “ciascun locale aperto al pubblico” senza che ciò implicasse, evidentemente, alcuna manifestazione di offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. (v. ultimo comma art. 116 TUB).

Dovevano indicare il TAEG ed il relativo periodo di validità anche le offerte “effettuate con qualsiasi mezzo”, affinché il consumatore disponesse, già nella fase dell’informazione a carattere pubblicitario, almeno degli elementi fondamentali per valutare la convenienza dell’operazione finanziaria da intraprendere. La pubblicità costituiva un onere per il finanziatore nei confronti del

consumatore, mentre assurgeva ad obbligo in senso proprio soltanto nella diversa prospettiva della valutazione dell'attività creditizia, soggetta ai controlli e alle sanzioni di cui all'art. 128¹⁶.

Nel caso di violazioni connesse al contenuto delle informazioni relative al credito erano previste sanzioni (sia a livello amministrativo che civilistico): in caso d'inosservanza del comma 4, art. 117 (mancata indicazione in contratto del tasso d'interesse, prezzi, condizioni ed interessi di mora) o di nullità ex comma 6 art. 117 (clausole di rinvio agli usi circa tassi, prezzi e condizioni o nel caso di clausole imponenti tassi, prezzi e condizioni maggiori di quelli pubblicizzati), la conseguenza era quella dettata dall'art. 117, 7° comma, lett. b) TUB, secondo cui venivano applicati gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; ed in mancanza di pubblicità, nulla era dovuto.

Dal punto di vista amministrativo, invece, l'art. 144. comma 3, prevedeva una modica sanzione amministrativa pecuniaria, per l'inosservanza delle disposizioni contenute agli artt. 116 e 123 TUB nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni amministrative o di direzione ed anche nei confronti dei dipendenti e dei soggetti che si interpongono nell'attività di credito al consumo (v. in tal senso il rinvio che l'art. 43 Cod. Cons. faceva agli articoli 144 e 145 TUB per l'applicazione delle relative sanzioni). Ben più grave era la sanzione nel caso di ripetute violazioni delle disposizioni concernenti gli

¹⁶ Majello, sub art. 116, in F.Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M.Porzio, V. Santoro (a cura

obblighi di pubblicità: l'art. 128, comma 2 TUB attribuiva al Ministero del Tesoro (ora dell'economia e delle Finanze) su proposta della Banca d'Italia, la facoltà di disporre la sospensione dell'attività anche di singole sedi secondarie per un periodo non superiore a trenta giorni.

L'art. 124, intitolato ai "Contratti", era rivolto alle regole strutturali dei contratti relativi al credito al consumo, mediante prescrizioni d'ordine formale (relative a forma e formazione del contratto e, pertanto, riferibili alla generale tematica della trasparenza) e sostanziale (quali quelle relative alla determinazione legale del contenuto e al divieto del rinvio agli usi), da intendere e applicare in stretta correlazione.

In linea con la tendenza "neoformalistica", anche nel credito al consumo era stata imposta la redazione per iscritto del contratto, affiancata dalla singolare prescrizione relativa alla consegna di un esemplare del contratto al consumatore. La soluzione adottata dal legislatore italiano aveva suscitato una certa sorpresa e determinato non poche difficoltà sul piano della ricostruzione sistematica, apparendo peraltro diversa rispetto alle modalità scelte da altri ordinamenti, come ad esempio in Francia, ove gli obblighi (e gli oneri) di tipo formale e procedimentale (con riferimento alla valida formazione del contratto, definitivamente vincolante per il consumatore) erano riferiti non già al contratto, bensì alla offerta preliminare (la c.d. "*offre préalable*", che il consumatore avrebbe

di), Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Bologna, 2003, p. 1921

potuto valutare prima che il contratto si concludesse e che venisse effettuato qualsiasi esborso di denaro).

Ad ogni modo la sanzione per l'inosservanza della forma scritta discendeva dall'art. 117, e consisteva nella nullità del contratto, che poteva essere fatta valere dal cliente (e cioè dal consumatore) – comma 2, art. 127 -.

La rimanente parte dell'art. 124 si occupava della determinazione del “contenuto minimo” (del contratto), contemplando l'indicazione delle informazioni minime che il finanziatore doveva fornire al potenziale debitore per iscritto, inserendole con chiarezza e comprensibilità nel testo contrattuale¹⁷.

La disciplina della concessione di credito caratterizzata dal mero finanziamento si distingueva, a questo fine, da quella relativa al credito avente ad oggetto “l'acquisto di determinati beni o servizi”, poiché, in quest'ultimo caso, doveva risultare – si trattava sempre di requisiti della fattispecie, dettati a pena di nullità del contratto (v. comma 3 art. 124) - la descrizione dei beni, il prezzo dell'eventuale acquisto in contanti e “le condizioni per il trasferimento del diritto di proprietà”; ancora una volta a tutela della trasparenza, la disposizione intendeva garantire il diritto del consumatore ad essere informato (esattamente su “cosa e “come” stava negoziando).

¹⁷ Si tratta delle lettera dalla a) alla g) indicate dal 2° comma dell'art. 124, e relative a: a) l'ammontare e le modalità del finanziamento; b) il numero, gli importi e la scadenza delle singole rate; c) il TAEG; d) il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato; e) l'importo e la causale degli oneri che sono esclusi dal calcolo del TAEG. Nei casi in cui non sia possibile indicare esattamente tali oneri, deve esserne fornita una stima realistica; oltre essi, nulla è dovuto dal consumatore; f) le eventuali garanzie richieste; g) le eventuali coperture assicurative richieste al consumatore e non incluse nel calcolo del TAEG.

Sempre all'insegna della trasparenza (delle condizioni contrattuali) e della conseguente tutela risolta tutta sul piano formale, ossia nella già ricordata prospettiva del neoformalismo, nell'intento di suggellare la protezione del consumatore contro esposizioni economiche impreviste (comunque non immediatamente e precisamente desumibili dalle clausole contrattuali) e riprendendo la dizione dell'art.124, comma 2, lett. e) – *“oltre essi, nulla è dovuto dal consumatore”* -, l'art. 124, comma 4 stabiliva, poi, in modo perentorio, che *“nessuna somma può essere richiesta o addebitata al consumatore se non sulla base di espresse previsioni contrattuali”*. Era evidente che se, per un verso, la disposizione poteva apparire insignificante, per altro verso non si manifestava certo come tutela forte per il consumatore, il quale in molti casi era di fatto incapace di esaminare e valutare le clausole contrattuali, specie con riferimento a quelle immediatamente attinenti all'incidenza economica del finanziamento.

Il completamento della disciplina relativa al contenuto del contratto avveniva, infine, con la previsione di cui all'art. 124, comma 5, rientrante nella categoria dell'integrazione del contratto e della sostituzione automatica di clausole (era così disposta, per le ipotesi di assenza o nullità di talune clausole contrattuali, una forma di inserzione o sostituzione secondo criteri prestabiliti: il TAEG sarebbe equivalso al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e

delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto; la scadenza del credito sarebbe invece stata di trenta mesi).

Qualora, invece, le condizioni contrattuali non avessero coinciso con quelle pubblicizzate la sanzione derivava dal combinato disposto degli artt. 115 co. 3 (secondo cui le disposizioni del Capo I si applicano alle operazioni di credito al consumo “per gli aspetti non diversamente disciplinati”) e 117 co. 6 secondo cui “*sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati*”.

Ulteriori regole relative agli effetti dell’operazione, norme intese a regolare conflitti di interesse successivi alla valida conclusione del contratto, erano state inserite, invero un po’ alla rinfusa, nell’art. 125, che non riusciva così ad ottenere un’intitolazione meno generica della rubrica, riferita a “disposizioni varie a tutela dei consumatori”.

La prima di tale disposizioni era intesa a rafforzare la tutela dell’acquirente/consumatore, procedendo di pari passo con la rilevanza giuridica del collegamento fra i contratti (pur non dichiarato espressamente dal legislatore) e con l’individuazione della funzione sostanziale di pagamento del prezzo attribuita all’obbligazione principale del debitore (insieme a quella giuridico-formale di rimborso del finanziamento). Si spiegava agevolmente, così, la scelta legislativa nel senso dell’applicabilità dell’art. 1525 c.c. al credito al consumo,

scelta che in verità risolveva una delle più risalenti e controverse questioni che la dottrina aveva esaminato allorché il credito al consumo era ben lontano dalla sua regolamentazione legislativa, con la precisazione, però, che l'applicazione dell'art. 1525 sarebbe stata ammessa nelle operazioni caratterizzate dalla concessione di un diritto reale di garanzia sul bene acquistato col denaro ricevuto in prestito¹⁸.

In sostanza, malgrado gli auspici della dottrina nel senso dell'estensione del perimetro applicativo della norma anche al credito al consumo, l'art. 1525 c.c. veniva limitato alle sole fattispecie di acquisto dei beni mobili registrati e, in particolare, dell'autoveicolo assistito dall'ipoteca iscritta dal concedente il credito, a garanzia del rimborso del prestito.

Medesima volontà di risolvere altra dibattuta questione, il Legislatore non dimostrava con riferimento alla questione relativa all'applicabilità del successivo art. 1526 c.c., terreno di scontro, in passato, di differenti opinioni espresse in dottrina e in giurisprudenza con riferimento al leasing. In questo caso non si può non constatare il deplorabile silenzio del legislatore, che aveva preferito lasciare aperte le diverse opzioni interpretative; cosa che, in realtà, ha ripetuto anche con la novella del 2010 e di cui si parlerà nell'ultimo capitolo, nel paragrafo relativo all'inadempimento.

Discostandosi ancora una volta dalla disciplina generale (espressa questa volta dall'art.1816 c.c., nella parte in cui prevede che il termine di rimborso del mutuo oneroso si presume a favore di

¹⁸ Piepoli, *Il credito al consumo*, Jovene, Napoli, 1976, p. 38

entrambe le parti), il legislatore sanciva la spettanza della facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto senza penalità unicamente al consumatore, senza possibilità di patto contrario (art. 125, comma 2°), con norma dunque non dispositiva.

La sorte della cessione dei crediti nascenti dal contratto di credito al consumo costituiva invece materia dell'art.125, comma 3°, ove si stabiliva che la cessione non impedisse al consumatore di opporre al cessionario “tutte” le eccezioni che avrebbe potuto far valere nei confronti del cedente, con l'estensione della facoltà del consumatore anche nell'ipotesi in cui il debitore ceduto non avrebbe potuto contrastare la richiesta di pagamento da parte del cessionario (come ad esempio, nel caso dell'eccezione di compensazione di cui all'art. 1248 c.c., opportunamente richiamato dalla disposizione).

Il legislatore lasciava in ombra l'aspetto apparentemente più rilevante della vicenda, omettendo di indicare le eccezioni che il consumatore “poteva far valere nei confronti del cedente” (ovvero del finanziatore). La deroga ai principi generali in tema di opponibilità delle eccezioni, in particolare per quel che concerne l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative all'inadempimento del fornitore, rimaneva, in tal modo subordinata alla risposta al quesito fondamentale relativo all'esistenza ed agli effetti giuridici del collegamento negoziale, che appariva piuttosto materia del successivo comma. In considerazione del carattere della disposizione, dichiaratamente protettiva della posizione del consumatore, doveva

ritenersi che eventuali patti di preventiva rinuncia ad avvalersi del regime di favore previsto dal legislatore fossero nulli.

Non può in conclusione non affrontarsi il problema del rapporto tra l'inadempimento del fornitore e la responsabilità del finanziatore e del terzo avente causa, giacché è uno dei profili su cui la novella ha inciso maggiormente.

La via prescelta all'epoca del Testo Unico dal legislatore italiano lasciava perplessi (sia alla stregua della direttiva comunitaria, sia alla luce della corrispondente disciplina vigente in altri sistemi giuridici affini al nostro) ed in effetti la disposizione fu molto criticata, non comprendendosi l'esigenza di subordinare l'esercizio del diritto del consumatore al rispetto dei due requisiti: a) infruttuosa costituzione in mora del fornitore di beni e servizi, con tutto quanto ne consegue in ordine all'interpretazione dell'espressione "costituzione in mora", dovendola riferire alla variegata tipologia dell'inadempimento del fornitore (ed anche in considerazione delle diverse fattispecie concrete di fornitura di beni e di servizi) almeno per poter decidere della congruità dei termini concessi dal consumatore per l'adempimento; b) esistenza di un accordo "che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore".

Al di là delle considerazioni relative all'opportunità di prevedere un siffatto meccanismo di sussidiarietà della responsabilità del finanziatore, fu il secondo requisito a suscitare i più consistenti dubbi sull'efficacia della tutela disposta dal legislatore. Risultava

agevole, infatti, l'elusione della responsabilità (solidale o sussidiaria che sia) del finanziatore e del fornitore di beni e servizi, e, comunque, la tutela che il legislatore aveva voluto disporre in favore del consumatore sembrava affievolirsi notevolmente in considerazione della sostanziale impossibilità per quest'ultimo (giuridicamente indifferente rispetto alla vicenda) di venire a conoscenza degli eventuali accordi di esclusiva tra finanziatore e fornitore.

Accanto alle considerazioni critiche sulla formulazione della norma, sembrava comunque rimanere impregiudicata la facoltà del consumatore di opporre al finanziatore l'eccezione d'inadempimento del fornitore ai sensi e per gli effetti dell'art. 1460 c.c. (e quindi con il limite della buona fede previsto dal secondo comma)¹⁹.

¹⁹ De Nova, *Il credito al consumo*, in *I nuovi contratti*, Torino, 1994, p. 1882

CAPITOLO III

Il credito al consumo dopo la Direttiva 2008/48/Ce

1. Le finalità della seconda direttiva

La direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 torna, dopo oltre vent'anni dalla prima, a disciplinare il credito al consumo.

Le ragioni che hanno indotto gli organi comunitari ad esitare una direttiva sostitutiva di quella precedente possono scindersi in due ordini: il primo è collegato all'evoluzione stessa del mercato del credito, insieme alla diffusione di forme sempre più innovative di finanziamenti, spesso accordate secondo tecniche di comunicazione a distanza, che ha reso superato ed inadeguato il precedente apparato regolamentare (cfr. in tal senso il 5° considerando della nuova direttiva).

In questo senso, il non indifferente lasso di tempo intercorso tra la seconda e la prima direttiva ha fatto credere (o sperare) ai più che le novità apportate sarebbero state consistenti, avendo potuto il legislatore europeo far tesoro, nel corso del ventennio, di molti aspetti prima ignoti e delle soluzioni che giudici europei, nonché legislatori, giudici e studiosi delle varie nazioni avevano dato alle criticità applicative ricollegabili alla precedente direttiva.

Il secondo (probabilmente quello prevalente) è, invece, collegato alla tenuta ed all'incentivazione del mercato comunitario.

Già dai primi considerando, infatti, emerge che la finalità della direttiva non è tanto quella di superare le criticità emerse a danno dei consumatori, quanto, piuttosto, quella di proteggere il mercato europeo dalle insidie di una disciplina non uniforme nell'ambito del territorio europeo, comportante alcune distorsioni del mercato per effetto di discipline locali disomogenee, tali quindi da attrarre il consumo in uno Stato piuttosto che in un altro, ovvero di frenare il consumo in Paesi diversi da quello di appartenenza.

A tale finalità²⁰ si deve il tratto caratteristico di questa direttiva consistente nel passaggio da un'armonizzazione minima ad un'armonizzazione completa²¹, con ciò intendendosi il passaggio dalla tutela minima della prima direttiva (susceptibile, quindi, d'essere attuata dai legislatori nazionali con disposizioni ancora più favorevoli verso i consumatori, vuoi in fase di recepimento, vuoi per effetto di riforme successive), a quella di una tutela uguale ed omologata (salvo in alcuni spazi lasciati alla libertà e discrezionalità degli Stati) nei vari paesi, propria della seconda direttiva. Afferma il primo comma dell'art. 22 della Direttiva, rubricato "Armonizzazione e obbligatorietà della direttiva": *"Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite"*.

²⁰ V. Considerando 7: "Per facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo è necessario prevedere un quadro comunitario armonizzato in una serie di settori fondamentali".

Appare difficile dire sin d'ora quale sarà la riuscita della scelta operata dagli organi comunitari di configurare la nuova direttiva come provvedimento di armonizzazione completa delle legislazioni nazionali, pur tuttavia, se il buon giorno si vede dal mattino, non sembrano prospettarsi cieli sereni²².

Occorre ora esaminare rapidamente i principali aspetti della nuova direttiva, con particolare attenzione ai tre, fondamentali, sui quali si intenderà concentrare il presente lavoro: natura e portata dei nuovi obblighi informativi, disciplina del recesso e rilevanza del collegamento contrattuale.

La loro esposizione darà occasione di valutare poi il modo in cui lo Stato Italiano li ha recepiti, e di comprendere perché dall'unanime dottrina si sia levato un coro di critiche alla normativa di attuazione.

2. L'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione

In prima battuta si evidenzia che, per quel che concerne la sfera soggettiva, si registra da subito un'apparente novità consistente nell'estensione della definizione di creditore pure alle persone fisiche. La lettera b) dell'art. 3, definisce, infatti, come creditore "*una persona*

²¹ La tecnica di *full harmonization*, indicativa dell'impossibilità per i legislatori degli Stati membri di apportare modifiche anche *in melius* è in realtà non nuova, infatti era stata già inaugurata dalla Dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette.

²² Si veda in tal senso la decisione della Corte di Giustizia UE, sez. I 3 giugno 2010, n. 484/08 in Contratti 2010, pag. 880 ss, con nota di Viglianisi Ferraro, La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita, secondo cui la Corte, malgrado la vigenza della nuova direttiva, continua a ritenere derogabili purchè *in melius* le relative normative nazionali.

fisica o giuridica che concede o s'impegna a concedere un credito nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale”.

Malgrado la formulazione, la portata dell'espressione non potrà che coincidere con quella del precedente art. 121 TUB, atteso che alle persone fisiche è inibita dall'art. 10 TUB l'attività d'intermediazione creditizia, sicché le stesse potranno, ancora una volta, utilizzare soltanto la figura della dilazione di pagamento senza interessi (come già era previsto nella precedente disciplina TUB).

Dal punto di vista oggettivo, invece, le novità rispetto alle previgenti discipline (comunitaria e nazionale) appaiono del tutto marginali.

Ed infatti, oltre alla dichiarata generale applicabilità della disciplina di cui al primo paragrafo dell'art. 2 (costituito solo, ed enfaticamente, da questa frase “*La presente direttiva si applica ai contratti di credito.*”), quasi ad intendere un'avvenuta estensione della disciplina “a tutti i contratti di credito”, la successiva definizione degli stessi (alla lettera c) dell'art. 3²³) appare analoga a quella di cui all'art. 121 TUB, ma anche della direttiva 87/102/CEE, ed anzi, addirittura, viene aumentato il numero delle esenzioni, cioè dei contratti di credito che non soggiacciono alla disciplina del credito al consumo. Si registrano d'altro canto poche modeste novità circa

²³ Art. 3 lett. C Direttiva 48/2008/CE: “*contratto di credito: un contratto in base al quale il creditore concede o s'impegna a concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga, ad eccezione dei contratti relativi alla prestazione continuata di un servizio o alla fornitura di merci dello stesso tipo in base ai quali il*

l'innalzamento delle soglie minime e massime delle somme finanziabili, e circa l'estensione di taluni obblighi informativi a definite fattispecie di contratti esenti, quali quelli posti in essere nella forma di concessione di scoperto di conto corrente, ovvero di sconfinamento.

3. Pubblicità ed informazione

Sul piano contenutistico, la direttiva prevede informazioni pubblicitarie di portata più ampia e più minuziosa di quelle previste dalla previgente disciplina della trasparenza bancaria di cui al TUB, che, come visto sopra, era applicabile anche al credito al consumo per effetto del richiamo che l'art. 123 tub fa dell'art. 116 tub.

La decisione di prevedere che le informazioni pubblicitarie contengano in modo eccessivamente dettagliato dati ed indicazioni relativi alle operazioni non sembra del tutto condivisibile, perché non si comprende a quale fine tale previsione dovrebbe condurre, salvo che non lo si sia fatto per evitare fenomeni di pubblicità ingannevole. In tal caso, pur apprezzando le intenzioni, non può che biasimarsi la scelta in ragione della sua estraneità al tema, che la fa apparire con ogni evidenza come una forzatura. Parte della dottrina parla in merito, e non a torto, di “*rischio di overdose informative*”²⁴. A temperare la

consumatore versa il corrispettivo, per la durata della prestazione o fornitura, mediante pagamenti rateali”

²⁴ Modica L., Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria, in Europa e Diritto Privato, Giuffrè, 2009, Vol. n. 3, p. 787

rigorosità del precetto sulla pubblicità e la prolissità delle informazioni ch'essa deve fornire, pensa l'ultimo periodo del 18° considerando, secondo cui *“gli Stati membri dovrebbero conservare la facoltà di disciplinare gli obblighi di informazione nella legislazione nazionale riguardo agli annunci pubblicitari che non contengono informazioni sul costo del credito.”* Come vedremo nel terzo capitolo, par. 1, tale opportunità è stata colta dal nostro paese, ed in particolare, dalla regolamentazione secondaria della Banca d'Italia.

Di contro, a fronte dell'ampiezza contenutistica delle eventuali pratiche pubblicitarie, l'art. 5, sulle ben più rilevanti *“informazioni precontrattuali”*, obbliga i proponenti a fornire addirittura meno, e meno importanti, indicazioni di quante erano previste dalla previgente disciplina del TUB, con ciò di fatto causando una significativa riduzione del livello di tutela del consumatore italiano per effetto della clausola di armonizzazione completa.

Una significativa novità, forse il maggior elemento di discontinuità rispetto alla precedente, consiste nella regolamentazione della fase precontrattuale nella parte in cui valorizza l'informazione in entrata, vale a dire quella che il consumatore deve fornire al professionista ai fini della valutazione del merito creditizio e della compilazione dei documenti informativi, e sancisce gli obblighi assistenziali del proponente nei confronti del consumatore imponendo di fornirgli *“chiarimenti adeguati”* in ordine alle sue domande, *“eventualmente illustrando le informazioni”* contenute nel documento.

L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore rappresenta la vera novità della direttiva 2008/48/CE, pur tuttavia la sua formulazione è così generica e prevede libertà tali per gli Stati membri, da imporre considerazioni più approfondite soltanto nella parte della tesi che si occupa della sua attuazione in Italia, dipendendo esclusivamente dalla portata delle scelte nazionali che la (in sé commendevole) novità riesca a dare risultati positivi per i consumatori.

La *ratio* del precetto sul merito creditizio si rinviene nel considerando n. 26 secondo cui *“Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio. Tali misure possono includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori e anche avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento. In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminare valutazione del merito creditizio, e gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse. Fatte salve le disposizioni relative al rischio di credito della direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, i creditori dovrebbero avere la responsabilità di*

verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori. A tal fine dovrebbero poter utilizzare le informazioni fornite dal consumatore non soltanto durante la preparazione del contratto di credito in questione, ma anche nell'arco di una relazione commerciale di lunga data. Le autorità degli Stati membri potrebbero inoltre fornire istruzioni e orientamenti appropriati ai creditori e i consumatori, dal canto loro, dovrebbero agire con prudenza e rispettare le loro obbligazioni contrattuali.”

Con queste premesse, l'art. 8 impone agli Stati membri di *“provvedere 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. Gli Stati membri la cui normativa prevede già una valutazione del merito creditizio del consumatore consultando una banca dati pertinente possono mantenere tale obbligo.”*

4. Il recesso

Secondo autorevole dottrina²⁵, *“il reale valore aggiunto differenziale della nuova direttiva rispetto alla pregressa disciplina sembra nella sostanza costituito dalla sola previsione sul diritto di recesso”*.

²⁵ 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 a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, 2009, p. 50

Tale diritto era, infatti, del tutto assente nella direttiva del 1986.

Tuttavia, la sua introduzione, *prima facie* ispirata alla tutela dei consumatori, va, invece, ascritta, con ogni probabilità, alla circostanza che, già da tempo, praticamente tutti gli stati membri avevano introdotto a livello nazionale simile facoltà per il consumatore, con ciò rendendo praticamente obbligata la scelta del legislatore europeo. Si pensi, ad esempio, al Regno Unito con le sue sections 67 ss del Consumer Credit Act inglese del 1974, o all'Irlanda con la section 50 del Consumer Credita Act del 1995, o alla Germania con il § 495 BGB, o alla Francia con gli artt. 311-15 e 311-16 del code de la consommation, o al Belgio con l'art 18 della Loi relative au crédit a la consommation del 1991, o al Portogallo con l'art. 8 del decreto-lei n. 359/91 o, infine, alla Slovenia con l'art 11 della legge sul credito al consumo del 2000

Il diritto di recesso, infatti, è particolarmente rilevante per un consumatore, e la possibilità di esercitarlo o meno ha senz'altro l'attitudine a veicolare le scelte del consumatore verso un Paese che lo contempla, o, viceversa, a disincentivare contrattazioni con Paesi che non lo riconoscono.

In questo senso, se gli organi comunitari avessero optato per il silenzio, trattandosi di un aspetto particolarmente qualificante, avrebbero potuto verificarsi quelle distorsioni del mercato che la direttiva intende contrastare, potendosi di fatto creare normative

nazionali diseguali su profili di rilevante attenzione per il consumatore.

Nel 34° considerando della direttiva si afferma che la previsione del diritto di recesso *“in condizioni simili a quelle previste dalla direttiva 2002/65/Ce”* sarebbe imposta dalla necessità di *“ravvicinare le modalità di esercizio del diritto di recesso in settori analoghi”* (!).

Nella relazione illustrativa della *“proposta di direttiva”* presentata dalla Commissione l’11 settembre 2002, si precisa tuttavia che *“la pausa di riflessione e la facoltà di ripensamento sono tradizioni ben consolidate grazie alle quali il consumatore può liberarsi da un impegno sconsiderato e tornare su di una decisione presa in circostanze nelle quali le pressioni esercitate dal venditore hanno avuto la meglio sul consenso libero e informato del consumatore.”*

Il diritto del consumatore di sciogliere unilateralmente il rapporto instaurato attraverso la stipulazione del contratto di credito viene fatto oggetto di due separate previsioni normative, a seconda che inerisca a contratti di durata indeterminata, ovvero che comporti un *“diritto d’uscita”* iniziale riconosciuto in tutti i tipi di contratto (a prescindere, quindi dalla loro durata, e con alcune limitate eccezioni).

Del primo si occupa l’art. 13 della direttiva, il cui primo comma sancisce che *“Il consumatore può avviare gratuitamente la procedura tipo di scioglimento del contratto di credito a durata indeterminata in qualsiasi momento, a meno che le parti non abbiano*

convenuto un preavviso. Tale preavviso non può essere superiore ad un mese.

Se convenuto nel contratto di credito, il creditore può avviare la procedura tipo di scioglimento del contratto di credito a durata indeterminata con un preavviso di almeno due mesi comunicato al consumatore su supporto cartaceo o altro supporto durevole.”

Del secondo caso, invece, si occupa l’art. 14, il cui primo comma sancisce che *“Il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni di calendario per recedere dal contratto di credito senza dare alcuna motivazione.*

Tale periodo di recesso ha inizio:

- a) il giorno della conclusione del contratto di credito; oppure*
- b) il giorno in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'articolo 10, se tale giorno è posteriore a quello indicato nella lettera a) del presente comma.”*

Quest’ultimo, quindi, si applica a tutti i contratti di credito, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, con espressa esclusione, però, di quelli “sotto forma di sconfinamento” (art. 2 par. 4) e di quelli aventi ad oggetto la concessione di uno scoperto da rimborsarsi a richiesta entro tre mesi (art. 2 parr. 3 e 4).

Come anticipato, tale tematica sarà approfondita nel quinto capitolo della tesi, relativo al modo in cui tali strumenti sono stati regolati nella normativa di recepimento nel nostro ordinamento.

In questa parte è dato solo esporre sinteticamente alcuni profili: innanzitutto si rileva che il secondo tipo di recesso, qualificato

dalla dottrina come “straordinario” (a differenza del primo qualificato come “ordinario”) risponde al medesimo istituto già attribuito ai consumatori in altre direttive CE²⁶.

Si nota da subito che la direttiva non spiega se un diritto di recesso ordinario sussista anche in ordine ai contratti di credito a tempo determinato, rimanendo la relativa questione di competenza degli Stati membri che sono pertanto liberi di prevedere o meno un simile diritto anche per tale tipo di contratti.

Come visto dalla lettura dell'articolo 14, il termine decadenziale entro cui esercitare il diritto di recesso (sotto forma di *ius poenitendi*) è di quattordici giorni, che decorrono dalla data della stipulazione del contratto ovvero dalla data in cui il consumatore “riceve le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 10”, se posteriore a quella della stipula. Quindi, almeno in via di principio, in caso di omessa comunicazione delle condizioni ed informazioni contrattuali, il termine per l'esercizio del diritto si protrae senza alcuna scadenza, e quindi indefinitamente.

Tale scelta richiama la direttiva 2002/65/Ce (v. il suo art. 6, par. 1) in materia di contratti aventi ad oggetto servizi finanziari a distanza (che prevede la protrazione indefinita del termine fino all'adempimento dei doveri d'informazione), mentre si distingue, invece, dalla direttiva 97/7/Ce (v. il suo art. 6 par. 1), relativa ai

²⁶ Vedi gli artt. 5 e 7 della direttiva 85/77/Cee sui contratti dei consumatori negoziati fuori dai locali commerciali; l'art. 5 della direttiva 94/47/Ce sui contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili; l'art. 6 della direttiva 97/7/Ce relativi ai contratti a distanza dei consumatori; l'art. 6 della direttiva 2002/65/Ce relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori.

contratti a distanza per la fornitura di beni mobili e la prestazione di servizi e dalla direttiva 2008/122/Ce (v. il suo art. 6 par. 3) sulla tutela dei consumatori per alcuni dei contratti di multiproprietà, dei contratti per le vacanze di lungo termine, e dei contratti di rivendita e scambio, ove, invece, è comunque fissato un termine decadenziale per l'esercizio del diritto quand'anche gli obblighi informativi non siano stati adempiuti.

Circa le modalità di esercizio, la direttiva prevede che il recesso possa essere esercitato *ad nutum*, senza necessità d'indicare le ragioni per cui ci si intende avvalere del diritto; non è prescritta una forma specifica, limitandosi a disporre il rispetto delle eventuali istruzioni fornite dal contratto di credito, sancendo in particolare l'utilizzo di *“qualsiasi mezzo che possa costituire prova conformemente alla legislazione nazionale”* e che l'invio della dichiarazione avvenga prima della scadenza del termine, non occorrendo che entro il termine la dichiarazione sia anche pervenuta al creditore.

Guardando, infine, alle conseguenze dell'esercizio del diritto di recesso, si rileva che la direttiva lascia libertà agli Stati membri di prevedere che l'esecuzione del contratto di credito rimanga sospesa, posteriormente alla stipulazione, fino alla decorrenza del termine utile per l'esercizio del diritto di recesso. E' comunque disposto che, nel caso in cui lo Stato non dovesse prevedere la sospensione, l'obbligazione restitutoria del consumatore va limitata al solo capitale riscosso oltre gli interessi su di esso maturati; si esclude quindi

qualsiasi ulteriore obbligazione a carico del consumatore a titolo di indennizzo, penale, risarcimento o corrispettivo (con la sola esclusione delle spese vive per il costo di atti discendenti dalla Pubblica Amministrazione).

5. Il collegamento negoziale

La nuova direttiva fornisce all'art. 3 lett. n) una definizione di contratto di credito collegato affidandola a due condizioni: 1) che il credito serva esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci specifiche o alla prestazione di servizi specifici; 2) che i due contratti costituiscano oggettivamente un'unica operazione commerciale; si ritiene esistente un'unica operazione commerciale quando il fornitore o il prestatore stesso finanzia il credito al consumo oppure, se il credito è finanziato da un terzo, qualora il creditore ricorra ai servizi del fornitore o del prestatore per la conclusione o la preparazione del contratto di credito o qualora le merci specifiche o la prestazione di servizi specifici siano esplicitamente individuati nel contratto di credito.

La disciplina del collegamento si rinviene poi nell'art. 15 a mente del quale *“Il consumatore che abbia esercitato un diritto di recesso basato sulla normativa comunitaria riguardo a un contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi non è più vincolato da un eventuale contratto di credito collegato.*

Qualora le merci o i servizi oggetto di un contratto di credito collegato non siano forniti o siano forniti soltanto in parte o non siano conformi al contratto per la fornitura degli stessi, il consumatore ha il diritto di agire nei confronti del creditore se ha agito nei confronti del fornitore o prestatore, senza ottenere la soddisfazione che gli spetta ai sensi della legge o in virtù del contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi. Gli Stati membri stabiliscono in che misura e a quali condizioni possono essere esperiti tali rimedi.

Il presente articolo si applica fatte salve le norme nazionali secondo cui, se il consumatore ha ottenuto il finanziamento per l'acquisto delle merci o dei servizi tramite un contratto di credito, il creditore risponde in solido con il fornitore di merci o il prestatore di servizi qualora il consumatore faccia valere una pretesa nei confronti di quest'ultimo.”

Il legislatore europeo ha cioè provveduto a disciplinare gli effetti del collegamento contrattuale in ordine a due limitati profili normativamente determinati, quali il recesso dal contratto di fornitura (nei casi in cui è consentito) e l'inadempimento del fornitore.

Come si evince dall'articolo, il collegamento rileva solo in una direzione, dal contratto di fornitura a quello di credito: sono, infatti, solo i vizi del cosa venduta (o del servizio reso) o l'inadempimento del fornitore a comportare la caducazione del contratto di credito collegato. Nulla afferma la direttiva nel senso inverso.

Così, infatti, si esprime il 37° considerando: *“Nel caso dei contratti di credito collegati esiste una relazione d'interdipendenza tra l'acquisto di merci o servizi e il contratto di credito concluso a tal fine. Pertanto, quando esercita il diritto di recesso dal contratto di acquisto, in virtù del diritto comunitario, il consumatore non dovrebbe più essere vincolato dal contratto di credito collegato.”*

Viceversa, la direttiva, che comunque è consapevole del problema (v. i considerando 35 e 38), ritiene espressamente che *“dovrebbe farsi salva qualsiasi regolamentazione degli Stati membri su questioni relative alla restituzione delle merci o ogni altra questione correlata”* (cons. 35) e che debbono essere gli Stati membri a *“stabilire in quale misura e a quali condizioni il consumatore debba agire contro il fornitore o prestatore, in particolare esperendo un'azione giudiziaria nei loro confronti prima di poter agire contro il creditore. La presente direttiva non dovrebbe privare i consumatori dei diritti conferiti loro dalle disposizioni nazionali che prevedono la responsabilità solidale del venditore o prestatore di servizi e del creditore.”* (cons. 38).

Per le molteplici questioni dottrinali e giurisprudenziali relative al collegamento contrattuale, si rinvia al capitolo cinque, relativo al recepimento da parte dello Stato Italiano della figura dei contratti collegati. Si anticipa sin d'ora che il legislatore nazionale non ha aderito alla elastica formulazione europea di *“operazione commerciale unitaria”*, intendendo viceversa il collegamento in senso restrittivo e affidandolo esclusivamente a due criteri rigidi e precisi.

6. Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141

Con il Decreto Legislativo 13 agosto 2010, n. 141 è stata data attuazione alla Direttiva europea 2008/48/CE del 23 aprile 2008.

Il provvedimento è stato emanato in esecuzione della Legge delega 7 luglio 2009, n. 88 («legge comunitaria 2008»), che, nella sua originaria formulazione, annoverava fra i principi e i criteri direttivi ai quali il Governo avrebbe dovuto attenersi *«nella predisposizione dei decreti legislativi per l'attuazione della direttiva 2008/48/CE (...) che provvederanno ad apportare al t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia (...) le necessarie modifiche e integrazioni»*, i seguenti principi e criteri direttivi, fissati nell'art. 33, lett. a–f :

“a) estendere, in tutto o in parte, gli strumenti di protezione del contraente debole previsti in attuazione della direttiva 2008/48/CE ad altre tipologie di finanziamento a favore dei consumatori, «qualora ricorrano analoghe esigenze di tutela alla luce delle caratteristiche ovvero delle finalità del finanziamento»;

b) rafforzare ed estendere i poteri amministrativi inibitori e l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dal t.u. per contrastare le violazioni delle disposizioni del Titolo VI di tale t.u., anche se concernenti rapporti diversi dal credito al consumo, al fine di assicurare un'adeguata reazione a fronte dei comportamenti scorretti a danno della clientela;

c) coordinare, al fine di evitare sovrapposizioni normative, il Titolo VI del t.u. bancario con le altre disposizioni aventi ad oggetto operazioni e servizi rientranti nell'ambito di operatività del suddetto Titolo VI e contenute in una serie di provvedimenti di rango legislativo esterni al t.u. (e con esso non raccordati) adottati negli ultimi anni (5), estendendo anche a tali disposizioni i meccanismi di controllo e di tutela del cliente previsti dal citato Titolo VI;

d) «rimodulare» la disciplina delle attività e dei soggetti operanti nel settore finanziario di cui al titolo V e all'art. 155 del t.u., sulla base di un insieme di criteri analiticamente formulati;

e) rivedere – secondo criteri dettati ad hoc - la disciplina dei mediatori creditizi di cui alla l. 7 marzo 1996, n. 108, e la disciplina degli agenti in attività finanziaria di cui al d.lgs. 25 settembre 1999, n. 374, trasponendola nel t.u. bancario:

f) coordinare il t.u. bancario e «le altre disposizioni legislative aventi come oggetto la tutela del consumatore», definendo le informazioni che devono essere fornite al cliente nella fase precontrattuale e le modalità di illustrazione delle stesse e imponendo, in caso di offerta congiunta di più prodotti, l'obbligo di specificare se sia obbligatorio o facoltativo acquistarli tutti contemporaneamente.»

A rigore, nel predisporre il Decreto delegativo il Governo avrebbe dovuto attenersi anche all'art. 13 della successiva legge comunitaria 2009 (l. 4 giugno 2010, n. 96) che ha modificato il citato art. 33 della «legge comunitaria 2008», introducendo quattro ulteriori previsioni (inserite nelle lett. d-bis/d-quinquies).

Probabilmente al fine di rispettare il termine di adeguamento fissato dall'art. 27 della direttiva europea²⁷, il Governo ha deciso di approvare il decreto legislativo attuativo della delega conferita dal citato art. 33 senza rispettare ed introdurre nessuno dei criteri e principi direttivi formulati nelle lett. d-bis/d-quinquies di tale ultima disposizione.

Appare curioso che, nonostante ciò, il termine imposto dall'U.E. non è stato comunque rispettato; quindi il Governo s'è dimostrato doppiamente inadempiente: rispetto all'Unione Europea perché non ne ha saputo rispettare le scadenze; rispetto al Parlamento perché non ha rispettato i criteri e principi di cui alla legge comunitaria 2009.

Sotto quest'ultimo profilo il Governo sarà costretto ad adottare ulteriori decreti legislativi al fine di attuare i principi delle lettere d-bis/d-quinquies dell'art. 33 (come introdotti dalla Legge comunitaria 2009).

Il d.lgs. n. 141 del 2010 apporta svariate innovazioni non soltanto al TUB, ma anche ad altri provvedimenti normativi vigenti nel nostro ordinamento (codice del consumo, t.u. in materia di intermediazione finanziaria, legge sulle cartolarizzazioni dei crediti, decreto cd. antiriciclaggio, etc.).

Il provvedimento si suddivide, infatti, in 5 Titoli:

²⁷ “1. Gli Stati membri adottano e pubblicano anteriormente al 12 maggio 2010 le disposizioni necessarie per conformarsi alla presente direttiva. Essi ne informano immediatamente la Commissione. Essi applicano queste disposizioni a decorrere dal 12 maggio 2010.” – ndr il 12 Maggio è stato poi prorogato al 11 giugno 2010 da una Rettifica pubblicata in G.U.U.E. n. L 207 dell'11 agosto 2009, 14 -)

Il Titolo I, dedicato ai contratti di credito ai consumatori e al recepimento della direttiva 2008/48/CE, ospita così sia la disposizione che sostituisce integralmente i contenuti del Capo II del Titolo VI del t.u. bancario (art. 1), sia le disposizioni che apportano al codice del consumo le innovazioni ritenute necessarie (e sufficienti) per adeguarlo a tali innovazioni e meglio coordinarlo con il t.u. bancario (artt. 2 e 3).

Il Titolo II, rubricato «Coordinamento del Titolo VI del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, con altre disposizioni legislative in tema di trasparenza», reca in primo luogo la disposizione (art. 4) che sostituisce integralmente l'intitolazione (comma 1), il Capo I (comma 2) e il Capo III (comma 3) del Titolo VI del t.u. bancario, e sostituisce altresì (comma 4) l'art. 144 del citato testo unico (dedicato alle sanzioni amministrative pecuniarie); inoltre, esso contiene la disposizione (art. 5) che introduce nel t.u. bancario un nuovo art. 40-bis, recante la disciplina della cancellazione delle ipoteche, oltre ad una serie di prescrizioni inerenti all'entrata in vigore di tali nuove disposizioni (art. 6).

Il Titolo III, recante la «revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario», sostituisce integralmente il Titolo V («Soggetti operanti nel settore finanziario») del t.u. bancario (art. 7), apporta una serie di ulteriori modificazioni al citato t.u., e in particolare al suo Titolo VII, dedicato alle sanzioni (art. 8), e introduce alcune innovazioni in altri provvedimenti fra i quali la l. 30 aprile 1999, n. 130, in materia di cartolarizzazione dei crediti, ed il t.u. in

materia di intermediazione finanziaria (art. 9), per poi dettare disposizioni transitorie e finali (art. 10).

Il Titolo IV contiene la nuova disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, destinata a sostituire la disciplina degli agenti in attività finanziaria di cui all'art. 3 d.lgs. 25 settembre 1999, n. 374 (ora abrogato) e la disciplina dei mediatori creditizi di cui ai commi 1-8 dell'art. 16 l. 7 marzo 1996, n. 108 e all'art. 17 l. 28 dicembre 2005, n. 262 (ora abrogati): a tal fine viene introdotto nel t.u. bancario (art. 11) un nuovo Titolo VI-bis dedicato appunto ad agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi (artt. 128quater-128quater decies), vengono dettate (artt. 12-24) le relative disposizioni di attuazione e viene inserita (art. 25) nel Titolo VIII del t.u. un'apposita nuova norma sanzionatoria (art. 140-bis). Il Titolo V, infine, reca una serie di disposizioni finali, fra le quali meritano di essere segnalati l'art. 27 (che apporta alcune modificazioni al d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario per scopi di riciclaggio) e l'art. 28, dedicato alle abrogazioni.

Dei summenzionati titoli, l'attenzione del presente studio sarà rivolta esclusivamente al primo nella parte in cui modifica la disciplina del credito al consumo.

In forza dei commi 2 e 3 dell'art. 3, (come modificato dall'art. 2 del D.Lgs. 14.12.2010 n. 218) *“2. Le autorità creditizie adottano le disposizioni di attuazione del presente titolo entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.*

3. I finanziatori e gli intermediari del credito si adeguano alle disposizioni del presente Titolo entro novanta giorni dall'entrata in vigore delle disposizioni indicate al comma 2; fino alla scadenza di tale termine continuano ad applicarsi, nei rapporti con i finanziatori e gli intermediari del credito, le pertinenti disposizioni del Titolo VI e l'articolo 144 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, vigenti alla data del 4 settembre 2010, e le relative disposizioni di attuazione emanate dalle Autorità creditizie.».

Per effetto della modifica del Dicembre 2010, la disposizione risulta finalmente di più facile interpretazione. E' stata, infatti, introdotta la seconda parte del comma 3 che comincia con "*fino alla scadenza di tale termine ...*" la quale ha il merito di avere individuato con certezza il termine a partire dal quale la nuova normativa può considerarsi a tutti gli effetti vincolante. Di converso, è esplicitato che fino a quel momento rimane sostanzialmente vigente la vecchia normativa rappresentata dal Titolo VI del TUB.

E' stato osservato²⁸ che il meccanismo introdotto ha l'effetto di ritardare ancor più il recepimento da parte dello Stato Italiano della direttiva 2008/48/CE, il cui termine ultimo era stato indicato nell'11.6.2010, ed invece, per effetto della modalità d'attuazione, è sostanzialmente giunto (ed entrato pienamente in vigore) soltanto verso la metà del 2011.

²⁸ De Cristofaro, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario, in Contratti, 2010.

Altro problema segnalato da parte della dottrina²⁹ discenderebbe dalla mancata previsione dell'impatto della disciplina sui contratti di durata, stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore, ed i cui effetti non si sono esauriti.

Nel silenzio del nostro legislatore, il riferimento è invero all'art. 30 della Direttiva, che ne esclude l'applicazione “*ai contratti di credito in corso alla data di entrata in vigore delle misure nazionali di attuazione*”, se non per taluni limitati aspetti (informazioni, diritto di recesso dai contratti di durata, cessione di diritti e sconfinamento).

Andando più propriamente ai contenuti, si rammenta che la disciplina consumeristica è sempre stata suddivisa in due distinti provvedimenti: da un lato si rinveniva l'ampio e imponente codice del consumo; dall'altro le norme sul credito al consumo, quest'ultime collocate in due distinti provvedimenti: all'interno del Cod. Cons. (art 40-43) ed all'interno del testo unico bancario (Capo II e Capo III del Titolo VI).

La suddivisione tra disciplina consumeristica generale (raccolta nel Codice del consumo) e quella speciale di credito al consumo (quasi interamente collocata all'interno del TUB) è sempre apparsa forzata ed innaturale, e da più parti si reclamava la *reductio ad unum* del sistema consumeristico.

Oltre ciò, ancora più illogica era l'ulteriore suddivisione e smembramento della disciplina del credito al consumo tra norme inserite nel TUB e norme inserite nel cod. cons..

²⁹ De Cristofaro, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u.

Con il decreto legislativo in commento s'è posto rimedio soltanto alla seconda incongruenza, procedendo alla riunificazione della sola disciplina del credito al consumo, che è rimasta però collocata all'interno del TUB, e non interamente trasposta all'interno del Cod. Consumo, con ciò deludendo le aspettative della maggior parte della dottrina italiana.

Sul punto, però, occorre fare un'opportuna distinzione: la scelta di portare la disciplina del credito al consumo in seno al Codice del Consumo è senza ombra di dubbio da preferire in linea teorica ed astratta, nella misura in cui occupandosi entrambi gli apparati normativi di disciplinare l'attività negoziale del consumatore (sia pure sotto profili diversi) hanno motivo di stare sotto lo stesso ombrello.

In tal senso, la collocazione delle norme sul credito al consumo all'interno del codice del consumo, avrebbe avuto l'effetto di completare la disciplina consumeristica in un unico testo, e, soprattutto, di rendere il consumatore medio ancora più consapevole dei propri diritti e delle proprie tutele, potendo confidare in un unico ampio codice a sua difesa, di più facile consultazione ed intellegibilità. Su questa linea, infatti, si sono già orientati altri Paesi europei, come ad esempio la Francia, i quali, nel settore consumeristico, vantano una maggiore esperienza, e sarebbe stato bene emularli se non altro su questo limitato profilo.

bancario, in Contratti, 2010

Da questo punto di vista è corretto quanto rilevato da autorevole dottrina³⁰ secondo cui *“la scelta si pone infatti in palese contraddizione con la decisione stessa di creare un «codice» del consumo, che per essere autenticamente tale dovrebbe a rigore essere completo e contenere pertanto (almeno) tutte le disposizioni vigenti nel nostro ordinamento il cui ambito di applicazione, sotto il profilo soggettivo, sia circoscritto a (categorie più o meno ampie di) contratti conclusi da “consumatori” con “professionisti”. Non a caso il code de la consommation francese, al quale il nostro legislatore si è dichiaratamente ispirato nel concepire e realizzare il d.lgs. n. 206 del 2005, contiene al proprio interno - e segnatamente nei Capitoli I e III del Titolo I del Libro III (artt. L 311-1 – L 311-52 e artt. L 313-1 – 313-17), recentemente riformati dalla Loi n° 2010-737 del 1° luglio 2010, che ha dato attuazione in Francia alla direttiva 2008/48/CE - la disciplina del crédit a la consommation!”*

Nello stesso senso, secondo altra dottrina, *“nel codice del consumo si fissano principi e regole generali di un certo rilievo e l’interpretazione sistematica delle disposizioni ivi inserite con riferimento a specifiche operazioni economiche trova proprio in quei principi ed in quelle regole il collante che consente alla disciplina del consumatore, dopo la breve stagione dell’impianto nel codice civile, di trovare una sua sistematicità”*³¹.

³⁰ De Cristofalo, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario, in Contratti, 2010

³¹ Macario, Testo unico bancario Commentario, Giuffrè 2010, pag. 1025.

Tuttavia al di là delle valutazioni ideologiche, non può non farsi i conti con portata e tenore delle norme, e non può e non deve esprimersi una preferenza a prescindere dal modo in cui le stesse sono state concepite e sviluppate dal legislatore. In sostanza, la preferenza per la collocazione in questo o quel provvedimento di legge non può essere pregiudiziale ed aprioristica, ma deve tenere conto del *leit motiv* (condiviso o meno che sia) che sembra caratterizzare la nuova disciplina del credito al consumo.

Infatti, quest'ultima sembra essere tutta incentrata sull'apparato sanzionatorio amministrativo³² (si pensi che le sanzioni inerenti la pubblicità e la fase precontrattuale sono esclusivamente di tipo amministrativo, e non civilistico) e, pertanto, alla luce dei fatti, l'inserimento all'interno del TUB è non solo più corretto, ma addirittura da preferire. La disciplina del credito al consumo di fatto gravita (come si vedrà in prosieguo) tutta intorno agli obblighi del creditore, la cui eventuale violazione, salvo isolate eccezioni che registrano tutele civilistiche, comporta sanzioni di tipo pubblicistico.

In questo senso, può senz'altro invocarsi in maniera speculare il medesimo ragionamento della dottrina (sopra trascritto), e cioè *“Nel TUB si fissano principi e regole generali di un certo rilievo e l'interpretazione sistematica delle disposizioni ivi inserite con riferimento a specifiche operazioni economiche trova proprio in quei*

³² In linea da questo punto di vista con quasi tutti i provvedimenti comunitari in materia. V. in tal senso Alessi, in Castronovo, Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo, I doveri d'informazione*, Cap. XIII, Milano 2007, p. 394 ss

principi ed in quelle regole il collante che consente alla disciplina del credito al consumo di trovare una sua sistematicità”.

Alla luce di quanto appena detto, sembra dunque condivisibile la posizione di quella dottrina che ritiene preferibile la collocazione della disciplina nell’ambito del TUB “*sia per motivazioni di ordine culturale (tra le quali segnatamente la sollecitazione della autorità di supervisione settoriale a perseguire anche finalità di tutela del consumatore – risparmiatore, obiettivo che forma ora – dopo la crisi finanziaria – uno specifico orientamento di policy legislativa maturato oltreoceano) sia per il valore aggiunto rinveniente, per il consumatore, dalla possibilità di godere del maggiore enforcement rappresentato dai controlli di vigilanza sul rispetto della relativa disciplina, che non sostituiscono ma si sommano ai consueti rimedi in sede contenziosa*”³³.

Il novellato Capo II del Titolo VI del TUB esordisce con un articolo introduttivo a carattere definitorio che, tra le prime, fornisce la definizione di «contratto di credito» (art. 121 lett. c TUB) come “*il contratto con cui un «finanziatore» concede o s’impegna a concedere ad un «consumatore» un credito «sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria»*”.

Segue alla lettera f) quella di finanziatore, indicato come il “*soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito*” (art. 121 lett. f TUB.): si tratta, in sostanza, degli

intermediari finanziari autorizzati dalla Banca d'Italia e iscritti nell'elenco tenuto a cura di quest'ultima, a norma del novellato art. 106 TUB, nonché (ma solo per la concessione gratuita di dilazioni di pagamento del corrispettivo di beni o servizi – art. 122, comma 5 TUB) dei venditori (professionali) di beni e servizi.

Circa la definizione di consumatore, essa è rimasta invariata, per come standardizzatasi nelle diverse discipline d'attuazione delle direttive europee rivolte alla tutela del consumatore, e cioè “*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*” (art. 12 lett. b TUB) e non ha, purtroppo, recepito le critiche formulate dalla dottrina sia in ordine alle limitazioni soggettive (connesse ad esempio all'esclusione dalla tutela dell'ente agente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, quali, ad esempio, le associazioni a scopo di volontariato o senza fini di lucro), sia in ordine agli “scopi estranei”, formula che rende difficile, in concreto, stabilire se una persona fisica abbia agito per scopi riconducibili o meno alla sua attività professionale o imprenditoriale³⁴.

La disciplina del credito al consumo risente di un approccio “transtipico” che è caratteristico del legislatore comunitario in materia di contratti: essa cioè si rivolge ad una vasta categoria di operazioni negoziali, comprensiva di una pluralità di differenti tipologie di contratti e pattuizioni (mutui, aperture di credito, leasing finanziario,

³³CARRIERO, Commentario del Testo Unico Bancario (Addenda di aggiornamento ai d.lgs 141/2010 e 218/2010), Milano, 2011, pag. 94-95

etc.) il cui comune denominatore è rappresentato dalla funzione: quella appunto di finanziare.

Così, la categoria negoziale si definisce ed individua non già mediante un approccio tipologico, bensì con riguardo esclusivo alla funzione³⁵.

Si tratta sostanzialmente dell'influenza del diritto privato europeo che sembra sfuggire alle propensioni tipologiche³⁶ ed è invece caratterizzato da una "perdita di fattispecie"³⁷, consentendo alle normative speciali ampi raggi d'azione protettiva, riconducendo al credito al consumo molteplici contratti in cui, in un modo o in un altro, la funzione finale è quella di finanziare.

Oltre a ciò, a farsi notare è anche il passaggio dalla formula "credito al consumo" a "credito ai consumatori" che implica un approccio diverso gravitante intorno alla qualifica soggettiva di una delle parti, che non alla destinazione del finanziamento.

Tuttavia, nell'ampia definizione di contratto di credito al consumo, il legislatore s'è preoccupato di escludere alcune tipologie, e cioè:

³⁴ Sulle ragioni alla base della scelta della direttiva cfr Cosma-Cotterli: La direttiva sul credito ai consumatori: alcune implicazioni giuridiche ed economiche, in Banca impr. soc., 2008, 299-300

³⁵ MODICA L., Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria, in Europa e Diritto Privato, Giuffrè, 2009, Vol. n. 3, pag. 789.

³⁶ A. Plaia, I tipi contrattuali. Introduzione, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, pag. 860

³⁷ Così G. De Nova, *I singoli contratti: dal codice civile alla disciplina attuale in Nuovi contratti a cura di ID.*, Utet, Torino 1994, II ed., 22

- i finanziamenti di importo inferiore ai 200 o superiore ai 75.000 euro (lett. a)³⁸, i finanziamenti a titolo gratuito o quasi-gratuito (lett. c e d), i mutui concessi per finanziare l'acquisto di beni immobili (lett. e), i contratti di credito assistiti da garanzia ipotecaria, purché di durata ultraquinquennale (lett. g), le dilazioni concesse gratuitamente per il pagamento di debiti preesistenti (lett. i), i contratti con i quali viene concesso un finanziamento garantito da pegno, purché l'ammontare del finanziamento accordato non sia superiore al valore del bene gravato dalla garanzia (lett. l).
- i contratti con i quali viene concesso credito nella forma di uno sconfinamento del conto corrente che sono assoggettati in via esclusiva alla statuizione dell'art. 125-octies (cfr. lett. o art 122 TUB.)
- vi sono infine le esclusioni di cui ai commi 2-4 dell'art. 122 TUB. che sanciscono la non applicabilità di alcuni articoli del Capo II laddove si verificano determinati presupposti.

Il D.lgs. in commento s'è in realtà limitato a recepire pedissequamente le esclusioni indicate dalla direttiva europea del 2008, la quale aveva arricchito la precedente di poche ulteriori previsioni:

³⁸ Sul punto si evidenzia l'osservazione di quella dottrina secondo cui l'elemento di ordine quantitativo del finanziamento introdurrebbe una discutibile distinzione tra consumatore e privato i cui risvolti sono difficili da identificare (Clarizia, La nozione di consumatore nel codice del consumo e con riguardo ai contratti di credito al consumo, in *Dir. Internet*, 2006, pag. 354)

- quelle relative ai contratti di credito assistiti da garanzie immobiliari o finalizzati all'acquisto o conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su un immobile costruito o progettato (tale limitazione, in verità, era già presente nel TUB del 1993);
- l'innalzamento del credito massimo finanziabile da 20.000 € a 75.000 €;
- i contratti di locazione e leasing qualora non prevedano obbligo di acquisto dell'oggetto del contratto né in virtù del contratto, né di altri contratti distinti
- i contratti aventi ad oggetto una concessione di scoperto rimborsabile entro un mese
- i contratti che non importino il pagamento di interessi o altre spese e quelli per i quali il credito deve essere rimborsato entro tre mesi e che comportano solo spese di entità trascurabile
- iniziative di microcredito ai sensi dell'articolo 111 e altri contratti di credito individuati con legge relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, 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 prevalenti sul mercato e a tassi d'interesse non superiori a quelli prevalenti sul mercato;

- i contratti di credito relativi alla dilazione, senza spese, del pagamento di un debito esistente

Circa la pubblicità, diversamente che nella precedente versione, che, come visto sopra, si limitava a richiamare le disposizioni inerenti la pubblicità nelle operazioni e servizi bancari come disciplinata dal previgente art. 116 TUB, il nuovo TUB dedica una disciplina dei contenuti e delle caratteristiche dei messaggi pubblicitari relativi alle operazioni di credito al consumo autonoma rispetto a quella dell'art. 116, disciplina che, come si vedrà in prosieguo, è stata regolamentata, per effetto della delega contenuta all'ultimo comma dell'art. 123, dalla Banca d'Italia e dal CICR (ma tali profili saranno esaminati nel cap. V).

Circa gli obblighi precontrattuali, di cui agli artt. 124 e 124-bis TUB, anche se pure questo profilo sarà trattato compiutamente di seguito, può semplicemente anticiparsi che si tratta di: obblighi volti a “*consentire al consumatore una decisione informata e consapevole*” rispetto al contratto che sta per porre in essere attraverso informazioni fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, la cui omissione, se rilevante, determina l'applicazione di una sanzione amministrativa da € 5160 ad € 64.555 a carico dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti (art. 124 commi 1 e 2); obblighi volti ad una valutazione da parte del finanziatore del merito creditizio del consumatore (art. 124 bis); e obblighi per i quali il finanziatore deve fornire al consumatore “*chiarimenti adeguati*”, eventualmente illustrando le informazioni

indicate nei documenti informativi, anche spiegando le conseguenze del mancato pagamento (art. 124 comma 5).

Non può non rilevarsi, in questa breve disamina preliminare, che mentre gli obblighi informativi sono posti a carico sia dei «finanziatori» che degli «intermediari del credito» (e cioè gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi e gli altri soggetti individuati dalla lett. *h* dell'art. 121 t.u. bancario) e sono assistiti da una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 144 comma 3), l'obbligo di verifica del merito creditizio è posto almeno in via espressa soltanto a carico dei finanziatori (e non degli intermediari del credito) e soprattutto è sprovvisto di sanzione pubblicistica, non essendo l'art. 124-*bis* annoverato fra le disposizioni la cui inosservanza può condurre all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti del responsabile.

Agli articoli sugli obblighi precontrattuali seguono diverse disposizioni (su forma e contenuto dei contratti, su recesso, sul collegamento contrattuale) che formeranno oggetto dei prossimi capitoli; mette conto in questa breve disamina evidenziare l'importanza dell'art. 127 rubricato “regole generali”, disposizione introduttiva del capo III.

Detto articolo prevede che le disposizioni dell'intero Titolo VI (quindi quelle sul credito al consumo, ma anche quelle relative alle operazioni e servizi bancari) possono essere derogate pattiziamente soltanto in senso favorevole al cliente/consumatore (art. 127 comma 3, t.u.), con ciò in realtà confermando quanto disposto al comma 1 del

vecchio art. 127, con la conseguenza che eventuali clausole che dovessero prevedere deroghe in senso sfavorevole al consumatore debbono ritenersi colpite (ancorché il comma 3 dell'art. 127 t.u. bancario non lo preveda espressamente, e quindi ancorché non possa parlarsi di una vera e propria nullità testuale) da nullità virtuale.

La disposizione generale dedicata alle nullità negoziali previste dal titolo VI (nel vecchio TUB contenuta nel comma 2 dell'art. 127, ed ora collocata al comma 4 del medesimo articolo) è stata prelevata dalla già nota espressione utilizzata nel comma 3 dell'art. 36 cod. cons. (dedicato alla nullità di protezione delle clausole vessatorie verso i consumatori), con una differenziazione derivante dal diverso ambito d'interesse (così, nel Cod. Cons. *“le nullità ... operano soltanto a vantaggio del consumatore”*, mentre nel TUB *“le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente – ndr sinonimo di consumatore - e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice.”* in ragione della comunanza di disciplina tra servizi bancari e credito al consumo).

Ad ogni modo, come si evince dalla formulazione, è stata introdotta la novità della rilevabilità d'ufficio da parte del giudice. Essa non veniva contemplata dal previgente comma 2 dell'art. 127 TUB: era così dibattuto in dottrina³⁹ se la lacuna si potesse o meno colmare in via interpretativa.

D'altronde la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, relativamente alla precedente Direttiva 87/102/CE, aveva già

affermato che le norme interne di attuazione dell'art. 11 della direttiva 87/102/CE possono e debbono essere applicate d'ufficio dall'autorità giudiziaria, poiché volte a anche a proteggere i consumatori che ottengono crediti al consumo⁴⁰.

Giova, infine, rilevare che circa la menzionata “derogabilità soltanto in senso favorevole al cliente”, di cui al comma 3 dell'art. 127 TUB, essa non rappresenta una fedele trasposizione di quanto previsto dalla recente direttiva europea. Al contrario sembra in linea solo con la precedente Direttiva 87/102/CEE che, all'art. 14 si limitava a prescrivere agli Stati membri di provvedere «*affinché i contratti di credito non derogino, a detrimento del consumatore, alle disposizioni del diritto nazionale che danno esecuzione o che corrispondono alla presente direttiva*». Viceversa, l'art. 22 della direttiva 2008/48/CE avrebbe imposto agli Stati membri di provvedere affinché i consumatori «non potessero rinunciare» ai diritti che ad essi vengono conferiti dalle disposizioni nazionali di attuazione della stessa.

Il legislatore italiano non avrebbe pertanto dovuto limitarsi ad assoggettare i contratti di credito al consumo al precetto generale dettato dal comma 3 dell'art. 127 t.u. bancario, ma avrebbe dovuto aggiungere un precetto che sancisse - analogamente a quanto fa la prima proposizione del comma 1 dell'art. 143 cod. cons. - che i diritti

³⁹ De Poli, in De Cristofaro-Zaccaria, Commentario breve al diritto dei consumatori, Padova 2010, 1457 ss.

⁴⁰ Cfr CGCE 4.10.2007 causa 429/05, Rampion in Foro It. 2007, IV, 589, con nota di Carriero.

attribuiti al consumatore dalle disposizioni del Capo II del Titolo VI del t.u. bancario sono «irrinunciabili».

La previsione dell'irrinunciabilità dei diritti (peraltro imposta dalla direttiva europea) *“intesa come indisponibilità dell'interesse protetto, rappresenta l'indice ermeneutico della imperatività delle norme di protezione (...) è, quindi, un principio regolativo del mercato”*⁴¹.

Il principio di irrinunciabilità comporta, *“innanzitutto l'inammissibilità di qualsivoglia atto unilaterale, clausola o pattuizione che neghi preventivamente in toto uno dei diritti riconosciuti escludendo che, al verificarsi dei presupposti di fatto cui ne è ancorata l'insorgenza da parte delle disposizioni che lo contemplano – esso nasca in capo al consumatore.*

*Comporta altresì l'inammissibilità di qualsivoglia atto meramente abdicativo, posteriore all'insorgenza ex lege di uno di tali diritti in capo al consumatore, attraverso il quale quest'ultimo manifesti la volontà di rinunciare puramente e semplicemente al diritto di cui sia (già) divenuto titolare”*⁴².

E' invece dubbio se l'irrinunciabilità implichi anche l'assoluta indisponibilità dei diritti in questione, la quale comporterebbe l'inammissibilità di qualsiasi negozio con il quale, dopo essere

⁴¹ Barba, in Cuffaro, Codice del consumo, Milano, 2006, 554

⁴² De Cristofaro, Zaccaria, Commentario breve al diritto dei consumatori, Cedam 2010, pag. 997

divenuto titolare *ex lege*, il consumatore disponga del diritto con un negozio transattivo stipulato con il professionista⁴³.

Ed infatti mentre per la sanzione di nullità si conviene che è ammissibile che il consumatore, una volta divenutone titolare (quindi non anticipatamente), disponga, in via transattiva, del diritto attribuitogli dalle norme⁴⁴, se è sancita l'irrinunciabilità non dovrebbe trovare spazio una disposizione transattiva del diritto, anche se successiva. D'altronde, non si comprende in quale modo il professionista possa essere pregiudicato dall'obbligo inderogabile di

⁴³ In senso affermativo v. A. Barba, Comm. CBB, p. 727 e Albanese, in Codice Iperestuale del Consumo (a cura di Franzoni), sub art. 143, Torino, 2008, pag. 691 – In senso contrario, altra dottrina ritiene che simile interpretazione porterebbe ad una limitazione eccessiva ed irragionevole degli spazi concessi all'autonomia privata e soprattutto finirebbe per precludere quasi del tutto la possibilità di ricorrere ai meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle liti, che la legge riserva alle sole controversie inerenti a diritti disponibili. Altra autorevole dottrina condiziona l'ammissibilità di transazioni su diritti irrinunciabili alle condizioni che il consumatore sia debitamente informato dei diritti che il cod. cons. gli attribuisce e addivenga alla stipulazione del relativo negozio sulla base di una decisione autonoma e libera e non di una unilaterale imposizione del professionista (V. S. Monticelli, L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del Consumo e la nullità dei patti, in Contratti, 2007, pp. 697 ss; Pagliantini, Autonomia Privata e divieto di convalida del contratto nullo, Torino, 2007, pp. 163 ss; Girolami, Le invalidità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa, Padova, 2008, pp. 380 ss.

⁴⁴ In questo senso la giurisprudenza è pacifica: cfr. Cass. 29.4.1991 n. 4709: *“La sanzione di nullità prevista dall'art. 79, l. 27 luglio 1978, n. 392 si riferisce alle pattuizioni che preventivamente tendono a limitare i diritti attribuiti al conduttore dalle disposizioni inderogabili della legge sull'equo canone e non esclude, quindi, la facoltà del conduttore di rinunciare a questi diritti dopo che essi sono sorti; conseguentemente, è valida la rinuncia del conduttore di immobile destinato per uso non abitativo al diritto di rinnovazione, alla prima scadenza, previsto dall'art. 28 l. sull'equo canone, ove sia stata compiuta dal conduttore successivamente alla stipulazione del contratto”*. Secondo Cass. civ. Sez. III, 31/01/2006, n. 2148: *“La sanzione di nullità prevista dall'art. 79 della legge n. 392 del 1978 per le pattuizioni dirette a limitare la durata legale del contratto di locazione, o ad attribuire al locatore un canone maggiore di quello dovuto o altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della legge sull'equo canone, si riferisce solo alle clausole del contratto di locazione e non può essere estesa, pertanto, agli accordi transattivi conclusi dal conduttore, che già si trovi nel possesso del bene, per regolare gli effetti di fatti verificatisi nel corso del rapporto e che, perciò, incidono su situazioni giuridiche patrimoniali già sorte e disponibili. (Sulla base di questo principio, la Corte ha confermato la validità della transazione della lite pendente relativa ad un rapporto locativo esistente ritenendo irrilevante la simultanea costituzione, con altra scrittura privata, di un nuovo rapporto locativo regolato dalle disposizioni della legge n. 392 del 1978)”*. Nello stesso senso V. anche Cass. Civ. 9.11.2006 n. 23910.

rispettare i diritti irrinunciabili del consumatore, né si comprende perché mai il consumatore dovrebbe avere la necessità di condurre in giudizio il professionista nel caso del mancato rispetto di un diritto irrinunciabile, se non in quanto sia stato gravemente leso nelle sue prerogative che fondavano le basi proprio su quel diritto.

Nel caso del credito al consumo, infatti, non essendo stata disposta l'irrinunciabilità dei diritti, ma la sola inderogabilità *in pejus* delle clausole negoziali rispetto alle disposizioni normative, sussiste il serio rischio che, all'indomani della pattuizione, il professionista sottoponga al consumatore dei documenti di rinuncia ai diritti, che, se sottoscritti, sarebbero assolutamente legittimi in quanto posti in essere successivamente alla stipulazione del contratto di credito.

CAPITOLO IV GLI OBBLIGHI INFORMATIVI

1. Informazione e pubblicità

Come visto sopra, nella precedente versione il TUB si occupava dei profili connessi all'informazione del consumatore all'art. 123, rubricato "pubblicità", il quale sostanzialmente richiamava l'art. 116 dettato all'interno del Capo I in materia di Operazioni e servizi bancari e finanziari.

Di questa disciplina poco o nulla è rimasto nella novella.

Il D. Lgs. in commento nel modificare l'art. 123 TUB, rimuove qualsiasi richiamo dell'art. 116, dettando così una disciplina autonoma rispetto a quella generale delle operazioni e servizi bancari e finanziari.

Per comprenderne l'attuale contenuto, però, occorre prendere le mosse dal considerando n. 18 della direttiva recepita: *“I consumatori dovrebbero essere protetti contro le pratiche sleali o ingannevoli, in particolare per quanto riguarda la divulgazione di informazioni da parte del creditore, in linea con la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).* Tuttavia, la presente direttiva dovrebbe

contenere disposizioni specifiche sulla pubblicità relativa ai contratti di credito e su alcune informazioni di base da fornire ai consumatori per metterli in grado, in particolare, di paragonare le varie offerte. Tali informazioni dovrebbero essere fornite in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata mediante un esempio rappresentativo. Inoltre, gli Stati membri dovrebbero conservare la facoltà di disciplinare gli obblighi di informazione nella legislazione nazionale riguardo agli annunci pubblicitari che non contengono informazioni sul costo del credito.”

Come emerge dalle intenzioni del legislatore europeo, occorre tutelare il consumatore sotto un duplice punto di vista: contro le pratiche commerciali scorrette, e contro l'insufficienza o l'ingannevolezza delle informazioni.

Per raggiungere tale doppio obiettivo con l'art. 123 TUB il legislatore domestico da un lato richiama per intero la disciplina del codice del consumo parte II titolo III relativa, appunto, alle pratiche commerciali scorrette ed ingannevoli; dall'altro riporta quasi testualmente il contenuto dell'art. 4 della direttiva, sancendo che *“gli annunci pubblicitari che riportano il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo:*

- a) il tasso d'interesse, specificando se fisso o variabile, e le spese comprese nel costo totale del credito;*
- b) l'importo totale del credito;*

c) il TAEG;

d) l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni pubblicizzate, qualora i costi relativi a tali servizi non siano inclusi nel TAEG in quanto non determinabili in anticipo;

e) la durata del contratto, se determinata;

f) se determinabile in anticipo, l'importo totale dovuto dal consumatore, nonché l'ammontare delle singole rate.”, demandando alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, le caratteristiche di contenuti ed informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione.

La Banca d'Italia, col provvedimento 9.2.2011 in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari – correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, si è limitata sul punto a stabilire che, *“rientrano nella nozione di annuncio pubblicitario tutti i messaggi, in qualsiasi forma diffusi, aventi natura promozionale, e ogni altra documentazione non personalizzata avente la funzione di rendere note le condizioni dell'offerta alla potenziale clientela”* e ad aggiungere che *“nel testo o nella presentazione degli annunci pubblicitari nessuna voce, tra quelle elencate, può avere maggiore evidenza del TAEG”*.

Come appendice del medesimo paragrafo 4.1. stabilisce infine che *“Agli annunci pubblicitari che NON riportano il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito si applica la sezione II,*

paragrafo 5; il riferimento ai fogli informativi deve essere inteso ai documenti previsti dal paragrafo 4.2.”

In sostanza, ove vengano posti in essere annunci pubblicitari non vertenti su singole offerte o proposte di credito, e quindi non indicanti il tasso d'interesse o i costi di una specifica operazione, è consentito che il contenuto degli stessi sia meno rigido e formale, pur tuttavia s'impone che siano chiaramente riconoscibili come tali e che specifichino :

— *“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.”* La parola fogli informativi, come indicato nel paragrafo 4.1, va intesa come documenti informativi di cui al successivo punto 4.2.2.1, paragrafo che elenca numerose informazioni, che poi sono le medesime da fornire in fase precontrattuale al consumatore mediante la consegna del modulo SECCI (su cui v. infra).

Con queste ultime norme, la Banca d'Italia ha colto l'occasione fornita dall'ultimo periodo del 18° considerando della Direttiva europea che lasciava liberi gli Stati membri nella disciplina dei messaggi pubblicitari che non avessero informazioni sul costo del credito, ed ha così alleggerito gli oneri informativi consentendo agli istituti di credito, e limitatamente ad alcuni tipi di messaggi, di effettuare pubblicità in linea con i tempi.

V'è da rilevare, infine, che la violazione di tali doveri non soggiace ad alcuna sanzione di tipo civilistico⁴⁵, ed infatti le eventuali omissioni delle indicazioni in pubblicità comportano esclusivamente una sanzione pecuniaria di tipo amministrativo a carico dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti, e solo nel caso in cui assuma carattere rilevante (V. comma 3, art. 144 tub).

2. Gli obblighi di informazione precontrattuale

Immediatamente dopo aver disciplinato la pubblicità, il TUB si occupa all'art. 124 degli obblighi precontrattuali, gravanti sostanzialmente esclusivamente sul proponente, volti da un lato a rendere la volontà del consumatore il più consapevole possibile, dall'altro a rendere l'attività di concessione di credito ben più responsabile.

Per quel che riguarda la prima finalità, l'articolo in commento (che è piuttosto corposo e dettagliato) cerca di raggiungere il risultato secondo due percorsi: uno in uscita e uno in entrata, con annessa un'attività di assistenza rispetto ai dubbi ed alle istanze espressi dal consumatore.

Circa le informazioni in uscita si tratta di doveri a carico del creditore volti a consentire al consumatore *“il confronto delle diverse*

⁴⁵ Per un'ampia disamina del problema rimediabile civilistico in ordine alla violazione dei doveri informativi nei contratti con i consumatori V. Alessi, in Castronovo, Mazzamuto (a cura di), Manuale di diritto privato europeo, I doveri d'informazione, Cap. XIII, Milano 2007, p. 399 ss.

offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito” (1° Comma, art. 124).

E’ stato osservato che “nell’ambito della contrattazione veloce e generalmente standardizzata, in cui comunque i termini economici e normativi dello scambio sono decisi dal professionista, il diritto comunitario assegna all’informazione la funzione di sopperire all’assenza di trattative e di preservare, fin dove possibile, la formazione di un consenso pieno del consumatore, in quanto informato e ponderato”⁴⁶.

Tuttavia, il recepimento della direttiva sul punto non è stato adeguato, specie per aver espunto dal testo europeo la locuzione “*in tempo utile*” cui era sostanzialmente affidata la sequenza temporale delle fasi negoziali. A mente della direttiva, infatti, è previsto che le informazioni siano fornite al consumatore “*in tempo utile prima che egli sia vincolato da un contratto o da un’offerta di credito*” (Art. 5). In maniera ancora più esplicita sulla parentesi temporale che deve intercorrere tra la comunicazione delle informazioni precontrattuali e la stipula del contratto, il considerando 19 afferma che “*affinché i consumatori possano prendere le loro decisioni con piena cognizione di causa, è opportuno che ricevano informazioni adeguate, che il consumatore possa portare con sé ed esaminare, prima della conclusione del contratto di credito, circa le condizioni e il costo del credito e le loro obbligazioni*”. E’ evidente che in assenza di tale

pausa temporale, di fatto stralciata dal legislatore domestico, le informazioni precontrattuali potrebbero diventare un tutt'uno col contratto, perdendo di fatto la stessa ragion d'essere.

Il secondo comma riprende quasi alla lettera l'art. 5 della direttiva europea, stabilendo che le informazioni devono essere *“fornite dal finanziatore o dall'intermediario del credito su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori”. Gli obblighi informativi di cui al comma 1 si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo.”*

Il modulo in questione, noto in ambiente europeo con l'acronimo “SECCI” (*Standard European Consumer Credit Information*), costituisce l'allegato II della Direttiva 2008/48/CE, la quale ha, quindi, meritoriamente voluto standardizzare il contenuto delle informazioni da fornire al consumatore⁴⁷, secondo uno schema semplice, intuitivo, universale ed “inalterabile” da informazioni aggiuntive (cfr. ultimo periodo del comma 1 dell'art. 5 Direttiva 2008/48/CE, ripreso dal comma 2 dell'art. 125 TUB secondo cui: *“Il finanziatore o l'intermediario forniscono qualsiasi informazione aggiuntiva in un documento distinto, che può essere allegato al modulo”*).

⁴⁶ V. Alessi, in Castronovo, Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo, I doveri d'informazione*, Cap. XIII, Milano 2007, p. 416

⁴⁷ Contraria Gorgoni secondo cui tale modalità operativa finisce col mortificare la concorrenza tra i diversi operatori, di fatto resi fungibili, con l'ulteriore conseguenza di rappresentare un *favor* per il prestatore di servizi che è messo nella condizione di invocare la ritualità della propria condotta iterativa del modello legale, andando così esente da responsabilità (in , Spigolature su luci (poche)

Per effetto della regolamentazione ad opera della Banca d'Italia (col già citato provvedimento 9.2.2011), l'avvenuta acquisizione del modulo da parte del consumatore deve risultare da atto scritto, rendendo quindi impossibile la prova per testimoni.

Malgrado tante attenzioni, non emergono, però, adeguate soluzioni sul piano sanzionatorio nel caso di violazioni, quanto meno dal punto di vista civilistico la cui unica previsione è relativa all'ipotesi della diversità (non voluta dal consumatore) tra contenuti precontrattuali e contrattuali, ipotesi disciplinata dai commi 6 e 7 dell'art. 125-bis tub (su cui v. infra) che sanciscono la nullità delle clausole contenenti costi non inclusi o inclusi in modo non corretto nel modello SECCI precontrattuale e la sostituzione automatica delle clausole con le previsioni di legge.

Può invece ritenersi che l'unica conseguenza delle violazioni precontrattuali è di tipo amministrativo, e consiste nella medesima sanzione prevista per le violazioni pubblicitarie, e cioè una sanzione pecuniaria di tipo amministrativo a carico dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti, e solo nel caso in cui la violazione assuma carattere rilevante (V. comma 3, art. 144 tub). *Rebus sic stantibus*, si comprende e giustifica (come illustrato nella disamina del Decreto in generale) la scelta di collocare la nuova disciplina del credito al consumo nel TUB senza introitarla nel codice del consumo: i profili pubblicitari della disciplina sono molto più rilevanti di quelli privatistici.

e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori, in Responsabilità

Il sistema informativo in genere risulta quindi ben più fragile e meno protettivo verso il consumatore di quanto sembri ad una lettura sommaria, essendo in buona sostanza demandato all'attività di controllo della Banca d'Italia, e neanche in minima parte ad una speciale tutela privatistica.

Per una completa valutazione della fase precontrattuale giova, comunque, fare riferimento anche alla fase genetica del contratto; è stato infatti osservato che nel diritto comunitario in generale si palesano regole deputate ad assicurare il trascorrere dell'oggetto dell'informazione nel contenuto del contratto⁴⁸.

Ed, infatti, anche in questa fase sono previsti analoghi requisiti contenutistico-informativi, la cui violazione determina, a seconda dei casi, la nullità di singole clausole ovvero quella dell'intero contratto.

Circa i primi, ci si riferisce ai commi 6 e 7 dell'art. 125-*bis* del TUB secondo cui *“Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.*

Nei casi di assenza o di nullità delle relative clausole contrattuali:

a) il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi

civile e previdenza, n. 4 del 2011, pag. 767)

precedenti la conclusione del contratto. Nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese;

b) la durata del credito è di trentasei mesi.

La nullità che ne consegue è di tipo parziale, e comporta come conseguenza l'applicazione di parametri legali (comma 7) di determinazione del TAEG (lett. a), oltre, nel caso di assenza della clausola relativa alla durata del finanziamento, la fissazione *ex lege* di tale durata in trentasei mesi (lett. b).

Quanto ai secondi requisiti, la cui violazione importa la nullità dell'intero contratto, si fa riferimento a due ipotesi considerate particolarmente gravi, in quanto suscettibili di ledere l'informazione e la piena consapevolezza del consumatore:

- la prima è disciplinata dall'art. art. 125-bis, comma 1, TUB che prevede, con statuizione innovativa, che i contratti di credito debbono essere redatti *ad substantiam actus* su supporto cartaceo ovvero «su altro *supporto durevole* che «soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge» ed impone che una copia del contratto venga consegnata ai clienti⁴⁹.

⁴⁸ De Nova, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in RTDPC, 1993, I, P.705 ss.

⁴⁹ Sul punto è opportunamente intervenuta la Banca d'Italia chiarendo esplicitamente non solo il significato del supporto durevole, e cioè che «*ai sensi dei commi 1-bis e 2 dell'articolo 20 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità. Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71 del medesimo decreto legislativo, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, soddisfa comunque il requisito della forma scritta*», ma spiegando altresì la modalità dell'eventuale (non obbligatoria!) consegna la quale, quando ha ad oggetto una copia cartacea, è attestata mediante apposita

Come preannunciato, la mancata osservanza dei descritti requisiti formali determina la nullità (integrale) del contratto (art. 117 comma 3 t.u. bancario, richiamato espressamente dal comma 2 dell'art. 125-*bis*). Aggiunge poi il provvedimento della Banca d'Italia (ma tale conseguenza si desumeva comunque dalla previsione generale del TUB al comma 5 dell'art.127) che tale nullità può essere fatta valere solo dal consumatore.

- La seconda nullità si ha invece quando manchino nel testo contrattuale riprodotto nel documento cartaceo o informatico sottoscritto dalle parti, le «informazioni essenziali» indicate dal comma 1 dell'articolo su a) il tipo di contratto, b) l'identità delle parti; c) l'importo totale del finanziamento e le condizioni di prelievo e di rimborso (v. comma 8 dell'art. 125-*bis*), mentre, come visto sopra, la sola mancanza dell'indicazione del TAEG o della «durata del credito» non conduce alla nullità del negozio poiché la relativa lacuna viene colmata *ex lege* attraverso i parametri di cui al comma 7 dell'art. 125-*bis*.

Occorre, di conseguenza, individuare quali siano queste “informazioni essenziali” la cui mancanza determina nullità dell'intero contratto.

Il già citato comma 1, oltre a prescrivere l'obbligo della forma scritta, dispone che i contratti di credito devono contenere in modo chiaro e conciso le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia.

sottoscrizione del consumatore, ulteriore rispetto alla firma del contratto, apposta sull'esemplare

Quest'ultima ha specificato tali informazioni in maniera analitica e dettagliata al paragrafo 4.2.1 del provvedimento 9.2.2011, facendole praticamente coincidere con quelle relative alle informazioni precontrattuali fornite tramite modulo SECCI.

Ora, siccome è obbligo dei finanziatori fornire già queste informazioni in fase precontrattuale (come disposto dall'art. 124 TUB), pena l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 144 TUB, la Banca d'Italia precisa che, qualora siano state fornite in fase precontrattuale, le informazioni contrattuali possono *“reputarsi in ogni caso chiare e concise quando il contratto fa rinvio ad esse, che vengono allegare al contratto e ne costituiscono il frontespizio”*.

Alla luce di quanto sopra può giungersi alle seguenti conclusioni:

- 1) Se il finanziatore ha fornito in fase precontrattuale, tramite modello SECCI, le *“informazioni europee di base relative al credito ai consumatori”*, il contratto di credito che non contenga le indicazioni della Banca d'Italia non andrà incontro alla declaratoria di nullità solo ove richiami le informazioni precontrattuali, le alleggi al contratto e le adotti come frontespizio;
- 2) Se, viceversa, il finanziatore non ha fornito le informazioni europee di base prima che il consumatore si obbligasse, sarà costretto, a pena di nullità, ad indicare in contratto tutti i contenuti previsti dal paragrafo 5.2.1 del provvedimento Banca

del contratto conservato dal finanziatore, impedendo così anche qui una prova di tipo testimoniale.

d'Italia del 9.2.2011, oltre ad essere esposto per l'omissione precontrattuale alle sanzioni di legge.

Tali sanzioni, irrogate dalla Banca d'Italia, possono consistere, nel caso di irregolarità, in incisive misure inibitorie quali quelle elencate nelle lettere a)-d) dell'art. 128 ter; oppure, in caso di rilevante inosservanza di regole dettate in materie di pubblicità ed informazione precontrattuale (art. 116, 123 e 124 TUB.), nella sanzione amministrativa da € 5.160 a 64.555; del pari, le violazioni di altre disposizioni in materia di inserimento di clausole nulle o comunque vietate, o nella frapposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di recesso, espongono all'irrogazione di sanzioni amministrative da € 5160 ad 64555, sempre se dotate di carattere rilevante ((art. 144 commi 3 e 3-bis).

Le nullità sopra esposte poi (che, come già illustrato al Cap. 2, sono rilevabili d'ufficio dall'autorità giudiziaria e suscettibili di operare soltanto a vantaggio del consumatore - comma 5 dell'art. 127 -) sono soggette allo speciale regime normativo previsto per le obbligazioni restitutorie gravanti sul consumatore ai sensi del comma 9 dell'art. 125-*bis* t.u. bancario. Detto articolo vieta che il consumatore (che abbia già riscosso il finanziamento) restituisca al finanziatore una somma di ammontare superiore a quello delle somme «effettivamente utilizzate», ed inoltre attribuisce allo stesso la facoltà di adempiere all'obbligazione restitutoria a rate - con la stessa periodicità prevista nel contratto ovvero, in mancanza di pattuizioni in proposito, in trentasei rate mensili.

Si tratta di una previsione chiaramente a tutela del consumatore, il quale, nel caso abbia già utilizzato le somme per un determinato acquisto, può non essere in condizioni di restituirle immediatamente ed in unica soluzione, e, pertanto, gli si attribuisce la facoltà di restituirle secondo le rate previste in contratto (e quindi da lui stesso stabilite) o, in caso di omessa indicazione del numero delle rate in contratto, in trentasei rate mensili (termine quindi fissato dalla legge e ritenuto congruo ai fini di qualsivoglia obbligazione restitutoria, specie se limitata alla sola sorte capitale).

Circa invece l'ammontare delle somme da restituire si tratta di un'ipotesi d'indebito oggettivo ex art. 2036 c.c. ed emerge nella disposizione di cui al comma 9 la scelta di qualificare *ex lege*, secondo una presunzione *iuris et de iure*, la percezione del denaro da parte del consumatore come avvenuta in buona fede, dal momento che non può in alcun modo pretendersi dallo stesso né frutti ed interessi, né alcun'altra spesa. La nullità del contratto, infatti, è dipesa da omissioni o vizi di forma imputabili esclusivamente al finanziatore, e pertanto lo si sanziona con queste due previsioni che, unitamente considerate, rappresentano un forte incentivo per il creditore a rispettare le prescrizioni di legge, e per il consumatore a valutare, anche *ex post*, la correttezza dell'operato del finanziatore, potendo in caso di errori di quest'ultimo rimborsare le somme percepite come si trattasse di un finanziamento particolarmente vantaggioso: alle rate mensili convenute in contratto e senza interessi o spese di sorta.

In ultimo non può non farsi riferimento agli obblighi di assistenza al consumatore⁵⁰, nella volontà del legislatore, tesi a scongiurare il rischio che lo stesso contragga debiti non proporzionati alla sua capacità di rimborso. Ai sensi dell'articolo 124, comma 5, del TUB il finanziatore è tenuto, infatti, a fornire al consumatore “chiarimenti adeguati”, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle proprie esigenze e alla propria situazione finanziaria, eventualmente illustrandogli le informazioni precontrattuali che devono essere fornite, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere su di lui, incluse le conseguenze del mancato pagamento.

Di tale profilo ci si occuperà in chiave problematica al paragrafo successivo. Qui basta mettere in luce che la regolamentazione secondaria, effettuata dalla Banca d'Italia, ha inteso valorizzare il profilo della semplicità con cui i consumatori possono avere assistenza, sia in termini di possibilità d'incontro fisico con gli addetti, sia nel senso della semplicità con cui le informazioni devono essere loro esposte, anche attraverso personale preparato ed aggiornato sui tipi di contratti di credito e della normativa di settore.⁵¹

⁵⁰ Così è propriamente rubricato il parag. 4.2.2.2 del Provvedimento Banca d'Italia 9.2.2011

⁵¹Parag. 4.2.2.2 del Provvedimento Banca d'Italia 9.2.2011

3. La verifica del merito creditizio e i “chiarimenti” adeguati

La vera novità del d.lgs in commento è rappresentata dall’obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore di cui all’art. 124–bis TUB (frutto del recepimento degli artt. 8 e 9 della direttiva europea) che impone al soggetto erogatore di acquisire tutta una serie di informazioni dal consumatore e sul consumatore, anche, ove necessario, attraverso la consultazione di una banca dati.

I dichiarati scopi delle previsioni sono indirizzati in due sensi: da un lato si vuole prevenire il sovraindebitamento del consumatore, definito dagli economisti come quella situazione in cui la contrazione di debiti è tale che il livello dei flussi di pagamenti necessari per rimborsi ed interessi risulta sovradimensionata rispetto al reddito corrente e ad altre risorse eventualmente derivanti dalla liquidazione di attività reali e finanziarie⁵²; dall’altro si punta alla incentivazione del “credito responsabile” (*responsible lending*) già codificato in varie norme in vigore nel nostro ordinamento (non strettamente connesse al credito al consumo quali, per esempio, la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, quella relativa alla pubblicità ingannevole, quella in materia delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari.)

⁵² G. Gloukoviezoff, *From Financial Exclusion to Overindebtedness: : The paradox of Difficulties for People on Low Income? New frontiers in banking services. Emerging needs and tailored products for untapped markets*, a cura di L. Anderloni, M. D. Braga, E. Carlucci (Berlino 2006), pag. 213

Si tratta del secondo percorso tracciato dalla direttiva per la fase precontrattuale, che, ad esordio del precedente paragrafo, s'è definito come "in entrata", ed a cui è affidato sostanzialmente il compito di far acquisire a consumatore e creditore maggiore responsabilità rispettivamente nell'assumere il debito e nell'erogare il credito.

La finalità è senz'altro commendevole, resta, però, da vedere la sua concreta incidenza, la quale non può che dipendere dall'attuazione della disciplina ad opera del legislatore domestico. La direttiva europea, infatti, come visto sopra, ha sul punto lasciato libertà agli ordinamenti nazionali.

Prima di addentrarsi nell'esame della normativa nazionale, giova ricordare che l'obbligo di valutare il merito creditizio, da sempre presente nell'ambito della disciplina regolamentare sulla vigilanza prudenziale, è stato introdotto, prima ancora della direttiva 48/2008/CE, da Capital Requirements Directive (direttiva 48/2006/CE, modificata da ultimo dalla direttiva 2008/24/CE, già recepita dalla legislazione nazionale) con la finalità di determinare un livello di capitale degli intermediari che risulti adeguato al rischio complessivo da questi assunto.

Occorre ora valutare il senso dell'espressione "merito creditizio" all'interno del nostro ordinamento. Esso conosce già tale espressione seppur riferita all'imprenditore. Ci si chiede se rispetto al consumatore debba intendersi nello stesso modo, o in senso diverso.

Con riguardo all'imprenditore il merito creditizio importa una valutazione di ciò che l'imprenditore intende fare con il credito concesso. Sussistono, in merito, finalità anche pubblicistiche di allocare correttamente le risorse, anche al fine della miglior tutela del mercato che premia (e deve premiare) gli imprenditori più meritevoli.

Con riguardo al consumatore, tale analisi non può essere condotta per svariati ordini di ragioni: in primo luogo perché appare praticamente impossibile per le richieste di credito non finalizzate all'acquisto di beni di consumo ed in secondo luogo perché *“dare credito al consumatore significa già premiare il consumo ... Anche nell'ipotesi in cui il credito concesso venga impiegato per ripianare altri finanziamenti in essere o debiti pregressi il mercato dei consumi ne trae un beneficio, si premia infatti quel particolare mercato che è il mercato del credito e si consente che un consumatore venga riacquistato al mercato e possa continuare a consumare”*⁵³; in altri termini nel credito al consumo la destinazione consumeristica è *in re ipsa*, salvo le ipotesi marginali in cui la somma ottenuta viene impiegata in attività illecite e sommerse o per ripianare una pregressa situazione di indebitamento⁵⁴.

In sostanza, il merito creditizio riferito al consumatore è cosa affatto diversa da quello dell'imprenditore, valutandosi nel primo solo e soltanto la sua attitudine a restituire il credito, nel secondo la sua attitudine a fare profitto.

⁵³ A. Simionato, Prime note in tema di valutazione in La nuova disciplina europea del credito al consumo a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009 pag. 184

L'indagine ha proiezioni diametralmente opposte: nel caso del consumatore deve guardare al suo passato (*“the best predictor of future behavior is past behavior”*), giacché solo il passato è in grado far prevedere la serietà e la responsabilità di un soggetto, non potendosi peraltro entrare nel merito degli acquisti dei beni di consumo (voluttuari o indispensabili che siano); nel caso dell'imprenditore l'indagine è più che altro rivolta al futuro dovendo prevedere la riuscita di un'attività imprenditoriale o la sua tenuta, sulla base del *business plan* che lo stesso imprenditore fornirà.

Di questa sostanziale diversità sembra aver tenuto conto il legislatore comunitario quando, nel 26° considerando della direttiva, afferma che i creditori *“dovrebbero poter utilizzare le informazioni fornite dal consumatore non soltanto durante la preparazione del contratto di credito in questione, ma anche nell'arco di una relazione commerciale di lunga durata”*.

A dispetto delle indicazioni comunitarie, nonché delle ovvie superiori considerazioni, il nostro ordinamento ha trattato il merito creditizio del consumatore alla stessa stregua di quello dell'imprenditore.

L'art. 6 del decreto del ministero dell'economia e delle finanze 3 febbraio 2011 stabilisce che *“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 del TUB,*

⁵⁴ Marilena Gorgoni, Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei

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 del TUB e dalle relative disposizioni di attuazione”.

La Banca d'Italia, cui sono state demandate le disposizioni attuative della verifica del merito creditizio, ha stabilito (par. 4.3 Provvedimento 9.2.2011) le modalità operative distinguendole e richiamando discipline diverse a seconda della natura giuridica del soggetto erogatore:

“In attuazione dell’articolo 6 del decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 3 febbraio 2011, le banche assolvono all’obbligo previsto dall’articolo 124-bis del T.U. applicando le disposizioni relative alla valutazione del merito creditizio previste dalla Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999 (Istruzioni di vigilanza per le banche), titolo IV, capitolo 11, sezione II, paragrafo 2.1.

Per le banche che adottano il metodo IRB si applicano altresì le previsioni contenute nel titolo II, capitolo I, parte seconda, della Circolare della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006 (Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche).

Per quanto concerne i finanziatori disciplinati dal titolo V del T.U., nelle more dell’adozione della disciplina prevista ai sensi

contratti di credito dei consumatori, in Responsabilità civile e previdenza, n. 4 del 2011, p. 764

dell'articolo 108, comma 1, del T.U., come sostituito dal decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, e successive modificazioni:

- *gli intermediari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'articolo 107 del T.U. applicano la Circolare della Banca d'Italia n. 216 del 5 agosto 1996 (Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari Finanziari iscritti nell'«Elenco Speciale»), parte prima, capitolo VI, sezione III, paragrafi 1 e 3. Gli intermediari che adottano il metodo IRB applicano altresì le previsioni contenute nella Parte Prima, Capitolo V, sezione III, paragrafo 3.3 della medesima Circolare;*
- *gli intermediari iscritti nel solo elenco generale previsto dall'articolo 106 del T.U. applicano la Circolare della Banca d'Italia n. 216 del 5 agosto 1996, parte prima, capitolo VI, sezione III, paragrafo 1, in quanto compatibile con la loro natura e limitatamente alle disposizioni concernenti le fasi di istruttoria ed erogazione del finanziamento.*

Gli istituti di pagamento applicano il provvedimento della Banca d'Italia del 15 febbraio 2010 (“Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento”), capitolo VI, allegato A, paragrafo 3.

I finanziatori di Stati dell'Unione Europea diversi dall'Italia ai quali non si applicano le disposizioni sopra indicate svolgono la valutazione del merito di credito ai sensi dell'articolo 124-bis del T.U. conformemente alla disciplina del paese di appartenenza.”

Come emerge dalle norme appena indicate, la Banca d'Italia ha richiamato per ogni soggetto erogatore una disciplina *ad hoc*, che, tuttavia, è la medesima disciplina prevista per i finanziamenti a favore delle imprese, il cui comune denominatore è scongiurare il rischio di mercato al fine di garantire la stabilità e la solidità del sistema bancario.

Si legge nel paragrafo 2.1, sezione II, titolo IV della Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999 (Istruzioni di vigilanza per le banche), richiamata nel 2° comma del paragrafo 4.3, *“Nella fase istruttoria, le banche acquisiscono tutta la documentazione necessaria per effettuare una adeguata valutazione del merito creditizio del prestatore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; essa deve inoltre permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prestatore, anche alla luce del complesso delle relazioni con lo stesso intrattenute. Nel caso di affidamenti ad imprese, ad esempio, sono acquisiti i bilanci (anche consolidati, se disponibili) nonché ogni altra informazione utile per valutare la situazione attuale e prospettica dell'azienda. Al fine di conoscere la valutazione degli affidati da parte del sistema bancario le banche utilizzano, anche nella successiva fase di monitoraggio, le informazioni fornite dalla Centrale dei Rischi.”*

Dalle disposizioni appena richiamate, incluso il decreto del ministero dell'economia, emerge ancora una volta che della finalità

indicata dall'Unione Europea di rendere il consumatore più consapevole e proteggerlo dal rischio del sovraindebitamento, non v'è nella legislazione italiana alcuna traccia. L'unica preoccupazione del nostro legislatore è introdurre nel sistema del credito al consumo le medesime precauzioni adottate nel mondo del credito d'impresa circa la tenuta del sistema finanziario e bancario. Solo così si spiega l'assoggettamento dei finanziatori ai penetranti controlli e prescrizioni di cui alle circolari della banca d'Italia in materia di vigilanza delle banche e degli intermediari finanziari.

Una questione che, però, ha interessato la dottrina sin dalla fase preparatoria della nuova direttiva europea è relativa al peso e alla portata che avrebbe avuto la verifica ad opera del creditore nei rapporti contrattuali.

La prima versione della proposta di direttiva presentata dalla Commissione Europea (COM/2002/0443 def. - COD 2002/0222 - Pubblicata sulla G.U.CE n. C 331 E del 31/12/2002) affermava che *“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”* (Art. 9 Proposta). Mentre la relazione di accompagnamento, nel commentare detto articolo, giungeva a sancire senza mezzi termini che l'attività prodromica svolta dal creditore avesse vera e propria natura 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” – relazione d’accompagnamento art. 9 -).

Nella successiva versione della proposta del 2005, gli obblighi d’informativa del creditore degradavano dalla evidenziata natura contrattuale a quella (evidentemente più corretta) di precontrattuale, mentre l’intero articolo 9 veniva cassato.

Nella versione definitiva della Direttiva viene meno qualsiasi riferimento alla responsabilità precontrattuale, ed il principio di prestito responsabile diviene un semplice criterio guida interpretativo cui gli Stati membri hanno il dovere di adeguarsi anche in un’ottica di solidità del sistema finanziario comunitario.

La dottrina italiana s’è così chiesta se dalla versione definitiva, come anche dalle norme attuative domestiche, possa comunque ricavarsi l’applicabilità analogica di criteri e responsabilità che sovrintendono al sistema dei servizi finanziari, dai cui testi normativi sembra essere stata prelevata parte delle espressioni e delle aggettivazioni.

E’ stato, infatti, immediatamente rilevato dagli studiosi l’utilizzo significativo (e non isolato) dell’aggettivo “adeguato”⁵⁵ proprio nella disciplina degli obblighi precontrattuali ed informativi,

⁵⁵ L’aggettivo “adeguato” campeggia sia nella direttiva, che nel D.Lgs. in commento: nella direttiva si ritrova nel considerando 27 il cui primo periodo afferma “*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. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero far sì che i*

così agevolando un inevitabile (ma forse equivoco) slittamento dei significati verso discipline ultronee.

Senonché, al di là della suggestiva coincidenza degli aggettivi con quelli utilizzati nel sistema dei servizi finanziari, emerge con ogni evidenza che gli stessi sono riferibili a sostantivi e concetti affatto diversi, e ciò basterebbe ad escludere qualsivoglia accostamento.

Come rilevato immediatamente dopo la pubblicazione del D.Lgs dalla dottrina, nel credito al consumo “*non è il prodotto finanziario a dover essere adeguato rispetto alle esigenze del consumatore: sono piuttosto le informazioni sulla base delle quali l’intermediario del credito si dispone a concedere credito a dover essere “adeguate”*”⁵⁶.

La distanza rispetto alle discipline che sovrintendono ai servizi finanziari (e cioè il D.lgs. 164 del 2007 ed il Regolamento Consob n. 16190 del 29.10.2007) è evidente nella misura in cui queste ultime, attraverso il principio del *Know your customer rule* e della *suitability rule*, rimettono all’operatore finanziario l’intera valutazione dell’adeguatezza dell’operazione rispetto al cliente, mentre nel credito

creditori forniscano tale assistenza.”; nel D.Lgs. figura proprio nei due articoli relativi agli obblighi informativi e precontrattuali del creditore, sancendo 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 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”(v. art. 124 co. 5 che riprende alla lettera l’art. 5 par. 6 della Direttiva) e che “prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente.” (art. 124bis co. 1).

⁵⁶ G. Falcone, *Prestito responsabile e sovraindebitamento del consumatore*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010 n. 5, p. 647

al consumo sono solo le informazioni che l'operatore deve ricevere dal (e sul) consumatore, o deve fornirgli in caso di sua richiesta, a dover essere adeguate, mentre la valutazione dell'operazione di credito vera e propria è rimessa solo ed esclusivamente al consumatore medesimo.

In altri termini, nelle prime l'investitore si affida alla valutazione dell'operatore finanziario, la cui attività è considerata dalla giurisprudenza⁵⁷ alla stregua della diligenza professionale ex art. 1176 co. 2 c.c., ed in particolare di quella del *bonus argentarius*, che lo obbliga al rispetto del complesso di regole tecniche nella scelta da operare a favore del cliente; nel credito al consumo, invece, fermo restando che nel reperimento delle informazioni e nella fornitura dei chiarimenti il creditore debba sempre rispettare il canone professionale della diligenza⁵⁸, la scelta, e quindi le conseguenze di essa, non possono che ricadere sul soggetto che l'ha effettuata, che, si ripete, è solo il consumatore.

Se proprio dovesse farsi un parallelismo con il settore dei servizi finanziari, la nuova disciplina della fase informativa del credito al consumo potrebbe al più accostarsi all'art. 43 Reg. Consob 16190/2007 disciplinante le operazioni che vanno sotto il nome di "mera esecuzione di ordini" (*execution only*), in cui il livello di

⁵⁷ Ex plurimis, Trib. Rimini 7.12.2006

⁵⁸ V. in questo senso A.M. Tarantola, *Profili della regolazione e valori della cooperazione*, Bari, 18.2.2011, 10 del dattiloscritto rinvenibile sul sito web della Banca d'Italia, che ribadisce che: "non è sufficiente mettere le informazioni a disposizione del cliente; è necessario che siano scritte in modo chiaro, presentate in maniera fruibile, rese confrontabili con quelle fornite dagli altri intermediari, in modo da consentire al cliente di scegliere con facilità tra i prodotti che il mercato offre".

protezione dell'investitore è minimo proprio in ragione del fatto che si tratta di prodotti non complessi che vengono erogati su richiesta stessa del cliente. Caratteristiche quest'ultime la cui affinità con il credito al consumo vale ad ipotizzarne una qualche sovrapposibilità.

Non può comunque non rilevarsi che, a prescindere dalla intensità delle conseguenze dei doveri informativi, la modalità in cui le informazioni vanno presentate e fornite dagli intermediari determina senz'altro una nuova prospettiva ed il passaggio ad una nuova era in cui l'informazione assume essa stessa a vero e proprio servizio accessorio o addirittura determinante del prodotto offerto⁵⁹.

Oltre ciò non dovrebbe andarsi: *“assolto l'onere di acquisire informazioni per la valutazione del merito creditizio, e aver fornito adeguate informazioni al consumatore in ordine alle conseguenze del suo indebitamento, il consumatore non potrà dolersi dell'indebitamento raggiunto attraverso l'erogazione del credito. Opinare diversamente equivarrebbe sostanzialmente a minare l'imprenditorialità del carattere dell'attività bancaria, aprendo un varco consistente nella sindacabilità delle scelte della banca nella concessione del credito⁶⁰”*.

A questa osservazione si ricollega una riflessione circa quelle posizioni che affermano sussistere un vero e proprio obbligo del finanziatore di concedere prestito a fronte di informazioni positive. Ad avviso di chi scrive, non esiste e non può esistere alcuna doverosità di

⁵⁹ In questo senso cfr. Carriero, La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2011, p. 518

finanziamento per molteplici ordini di ragioni, prima fra tutte la soggezione dei contratti bancari e finanziari in genere ad un giudizio sulle qualità personali del contraente (c.d. contratti *intuitus personae*); in secondo luogo, l'attività bancaria e finanziaria in genere è attività imprenditoriale, soggetta peraltro a rischi significativi, che gode in ragione di ciò di ampi margini di discrezionalità e libertà operativa.

Non può conseguentemente parlarsi di obbligo di concedere un prestito (salvo l'ipotesi remota, e si spera solo ipotetica, che il rifiuto dipenda da ragioni di carattere discriminatorio, tali da rendere illecito il rifiuto con le conseguenze rimediali e risarcitorie previste dalle leggi speciali).

Tuttavia, la libertà dei creditori non si spinge fino al punto di essere incondizionata e di poter recedere *ex abrupto* da eventuali trattative in assenza di giustificati motivi. In questo senso, si ritiene di riconoscere una tutela di tipo risarcitorio ex art. 1337 C.C. a quel soggetto che abbia subito danni dal ritiro ingiustificato del creditore dalle trattative se caratterizzate da serietà.

Ove, invece, la verifica del merito creditizio si concluda negativamente, ma il credito venga ugualmente concesso, non si pone un problema significativo, nel senso che, malgrado la possibile sconvenienza dell'operazione, il creditore è libero se accordare o meno il credito; si tratta di una normale attività d'impresa, come tale esposta a dei rischi, né, secondo la dottrina, "*appare configurarsi in casi del genere un caso di "pratica commerciale scorretta", nemmeno*

⁶⁰ G. Falcone, Prestito responsabile e sovraindebitamento del consumatore, in *Il diritto fallimentare*

*quando venga accertata l'attitudine del comportamento del creditore a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore" art. 20 cod. cons. e ciò perché nessuno potrà conoscere la capacità di rimborso del consumatore meglio dello stesso*⁶¹. Secondo autorevole dottrina, il terreno su cui cercare il rimedio dovrà tener conto della natura della relazione, per questo è esclusa unanimemente la possibilità di invocare la responsabilità per concessione abusiva del credito⁶².

Dal punto di vista civilistico, sono due le tesi sulle quali val la pena di meditare⁶³: quella che dalla violazione della regola di condotta fa scaturire l'invalidità del contratto; quella che cerca la soluzione sul piano della responsabilità. Secondo la prima, il finanziatore che, violando l'obbligo, stipula un contratto di finanziamento col consumatore immeritevole, sarà esposto alla declaratoria di nullità del contratto perché posto in essere in violazione di una norma imperativa. Tuttavia, non c'è nessuna norma che imponga al creditore di non finanziare il consumatore incapace di restituire la somma

e delle società commerciali, 2010 n. 5, p. 648

⁶¹ Matteo De Poli, *Gli obblighi gravanti sui creditori*, in De Cristofaro (a cura di) *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Giappichelli, 2009, p. 70

⁶² Cfr Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 4 del 2011, pag. 768, la quale richiama Di Marzo secondo cui *"per quanto controversa, l'ipotesi della concessione abusiva del credito ricorre ove venga concesso credito ad un'impresa immeritevole, generando nei terzi una falsa rappresentazione della situazione finanziaria del sovvenuto. Perché si configuri una pretesa risarcitoria occorrono la violazione del principio della sana e prudente gestione nel merito creditizio, l'insolvenza dell'impresa finanziata (i quali integrano, insieme, il carattere di abusività del finanziamento), la meritevolezza di tutela dell'interesse leso, limitato dal rilievo della autoreponsabilità del terzo danneggiato: Di Marzo, Sulla fattispecie "concessione abusiva del credito", in Banca, Borsa, tit. cred. 2009, 382 ss"*

⁶³ Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 4 del 2011, pag. 768

(mentre nella disciplina degli intermediari tale divieto è previsto da una norma contenuta in una fonte secondaria: art. 29, comma 1, Reg. Consob. N. 11522/1998). L'assenza di una norma esplicita non costituisce, però, un ostacolo insormontabile, posto che il nostro sistema conosce le nullità virtuali, oltre quelle testuali⁶⁴. Per la seconda tesi, accolta in maniera poco chiara dalle Sezioni Unite⁶⁵, le conseguenze della violazione dell'obbligo ricadrebbero sul piano della responsabilità per inadempimento: per di più, posto che il danneggiato è il soggetto debole per definizione, potrebbe giungersi al medesimo risultato sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha sanzionato con la responsabilità risarcitoria il contraente forte che approfitti della debolezza altrui per stipulare un contratto che non si sarebbe dovuto stipulare⁶⁶.

Degne di considerazione, infine, sono le disposizioni (in realtà non nuove, in quanto già presenti nel Codice deontologico sui sistemi d'informazione creditizia) previste dall'art. 125.

Il 2° comma (traslato, peraltro dal 2° comma dell'art. 9 della Direttiva) stabilisce che *“se il rifiuto della domanda di credito si basa sulle informazioni presenti in una banca dati, il finanziatore informa il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati”*; ciò al

⁶⁴ Per un'analisi delle nullità virtuali in materia d'intermediazione finanziaria cfr. F. Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano 2010, p. 102 ss

⁶⁵ Cass. Civ. Sez. Un. 19.12.2007 n. 26724, in *Foro It*, 2008, I, 784, con nota di Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario e le Sezioni Unite*

⁶⁶ Il caso è quello deciso da Corte di Giust. CE, 20.9.2001, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*, in *Racc.*, I-6297, parr. 23,29.

fine di consentire al consumatore di tutelarsi nel caso d'erronea iscrizione, come peraltro previsto dalla legge sulla privacy relativamente al diritto di verifica della correttezza dei propri dati con cancellazione di quelli non veritieri, o di ottenerne "l'oblio" attraverso il ripianamento della situazione debitoria.

Ben più interessante è invece il 3° comma, che non trova equivalente nella direttiva, ma che sembra aver fatto tesoro della decisione dell'Autorità Garante della Privacy del 31.1.2.2002, ove, appunto, s'impose agli istituti finanziari (che, a loro volta, recepirono l'indicazione nel codice deontologico menzionato) di inviare agli interessati un preavviso prima di effettuare la segnalazione alle banche dati. Finalmente, e quanto meno per i consumatori, tale adempimento è sancito dalla legge⁶⁷.

In conclusione del capitolo, si sottolinea quindi che, per effetto dell'assenza di espresse sanzioni civilistiche in merito ad alcuni aspetti degli obblighi informativi e di assistenza, le conseguenze della condotta del creditore inadempiente non possono che ricavarsi dai principi di diritto comune, sintetizzabili come appresso:

- nel caso di omissione d'informazioni, l'unica sanzione è amministrativa, mentre dal punto di vista civilistico non sembra potersi invocare alcuno strumento idoneo a sanzionare tale condotta omissiva, probabilmente per

⁶⁷ Comma 3 art. 125 TUB: *"I finanziatori informano preventivamente il consumatore la prima volta che segnalano a una banca dati le informazioni negative previste dalla relativa disciplina ..."*

l'assenza di potenzialità pregiudizievole, quanto meno in punto di danno subito dal consumatore

- Nel caso dei chiarimenti (a questo punto “inadeguati), occorre distinguere tra il caso che il contratto di credito si sia perfezionato o meno. Se non si è perfezionato potrebbe invocarsi la responsabilità precontrattuale per il danno subito dal consumatore a causa della falsità, inesattezza o carenza delle informazioni ricevute, nel caso, ad esempio, in cui abbiano fatto perdere un affare più vantaggioso, secondo criteri per certi aspetti simili a quelli conseguenti alla nota responsabilità da prospetto⁶⁸.
- Nel caso, invece, che il contratto di credito sia stato concluso, le omissioni o informazioni inadeguate potrebbero rilevare ai fini dell'annullabilità del contratto per vizi della volontà. Ed, infatti, secondo autorevole dottrina “*non sembra poter essere messo in dubbio, invero, che nella fattispecie di cui ci si occupa* (NdR, ma il ragionamento vale anche per la nuova disciplina del credito al consumo), *l'informazione carente, inesatta, infedele, vizia o quanto*

⁶⁸ V. in merito Bianca, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 618; Ferrarini, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986, 94; contra, Alpa, *Prospetto informativo. Orientamenti della dottrina*, in RCDP, 1988, 370; v. anche sul punto Portale, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in BBTC, 1982, I, 21; Tonello, *La tutela del risparmiatore nella distribuzione dei valori mobiliari*, Città di Castello, 1990, 202.

Per responsabilità da prospetto si intendono “*i rimedi, a tutela dei beneficiari, per la violazione di doveri d'informazione che, per il contenuto non immediatamente identificabile con le condizioni contrattuali, per la relativa distanza (della loro predisposizione) rispetto al momento della negoziazione... si connotano essenzialmente quali strumenti di informazione per la generalità dei risparmiatori destinatari dell'offerta al pubblico di valori mobiliari*” Di Majo, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, BBTC, 1993, I, pag. 297

meno distorce la scelta contrattuale del risparmiatore. Ma l'investitore italiano (NdR, ed anche il consumatore), per giovare dell'annullamento dovrebbe a questo punto imbracciarsi nella non facile prova di ricondurre entro i presupposti del dolo o dell'errore essenziale quello che sovente è un erroneo apprezzamento delle convenienze e dei rischi dell'investimento ... Il che basta a spiegare la scarsa fortuna incontrata dalla tesi dell'annullabilità, pure affacciata nella giurisprudenza italiana ma anche la cautela con cui s'è mosso su questo territorio il diritto comunitario⁶⁹.

- Per completezza deve anche darsi conto delle conseguenze che il rifiuto della concessione del credito da parte del finanziatore può avere (nel caso di credito finalizzato) sul contratto d'acquisto (già stipulato) tra venditore e consumatore. Nella prassi accade, infatti, sovente che la sottoscrizione dei due negozi (d'acquisto e di credito) da parte del consumatore sia contestuale, però, mentre il primo è un vero e proprio contratto, il secondo consiste quasi sempre in una mera proposta di contratto al creditore il quale poi inizierà la fase di valutazione del merito creditizio, all'esito della quale accetterà o meno la proposta. Al di là del fatto che simile *modus procedendi* snatura l'intero meccanismo a presidio dell'informazione del consumatore

⁶⁹ V. Alessi, in Castronovo, Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I doveri

(si pensi, se non altro, all'impossibilità per il consumatore d'avere chiarimenti adeguati, non avendo neppure il benché minimo contatto col creditore, che resta di fatto estraneo alla fase di formazione del contratto), deve rilevarsi che non è stato tenuto in alcun conto il senso del considerando 37 della Direttiva europea 48/2008 secondo cui *“dovrebbero altresì essere fatti salvi i diritti garantiti ai consumatori da disposizioni nazionali in virtù delle quali né un accordo tra il consumatore e un fornitore di merci o prestatore di servizi né alcun pagamento tra dette persone possono aver luogo fintantoché il consumatore non abbia firmato il contratto di credito per finanziare l'acquisto dei beni o servizi.”*. La normativa comunitaria è, quindi, consapevole del problema e manifesta la sua preferenza nel senso di evitare che i consumatori restino vincolati al contratto d'acquisto prima della certezza del buon esito del contratto di credito.

Purtroppo, però, per i consumatori italiani, il legislatore domestico non aveva introdotto (e non l'ha fatto neanche in questa nuova occasione) alcuna previsione di questo tipo in favore del consumatore, sicchè nel caso si realizzi simile evento, le conseguenze non possono che derivare dalle regole di diritto comune (in caso d'accordo potrebbe verificarsi lo scioglimento del contratto per mutuo dissenso; oppure se il compratore ne ha la disponibilità, potrebbe

d'informazione, Cap. XIII, Milano 2007, p. 444

procedere al pagamento in unica soluzione). Diverso, invece, è il caso (su cui bisogna spendere qualche parola in più) che il compratore, a fronte del rifiuto del finanziamento, non possa o non voglia comprare più il bene, ed il venditore non intenda rinunciare a tale affare. In quest'ultima ipotesi chi scrive ritiene che il consumatore possa invocare la figura della condizione sospensiva e della presupposizione a seconda che il contratto d'acquisto contenga o meno un esplicito riferimento alla modalità di pagamento. Nel primo caso l'indicazione in contratto della modalità di pagamento a mezzo credito al consumo (la cui pratica d'avvio è peraltro normalmente curata dal rivenditore stesso) potrebbe integrare gli estremi di una vera e propria condizione sospensiva cui è subordinata la produzione degli effetti del contratto d'acquisto. Nel secondo caso, qualora, cioè, non emerga nel contesto dell'atto alcun riferimento al necessario finanziamento, il consumatore potrebbe invocare l'istituto della presupposizione che, alla luce degli ultimi sviluppi giurisprudenziali, si spinge a considerare nullo un contratto quando la situazione di fatto che le parti implicitamente ponevano a fondamento dell'accordo risulti insussistente; ovvero a concedere la risoluzione del contratto quando un certo evento, al quale le parti pacificamente, sebbene

tacitamente, condizionavano l'efficacia del negozio, diventi irrealizzabile⁷⁰.

⁷⁰ Secondo Trib. Padova, Sez. II, 08/03/2011: “*Ai fini della configurabilità della presupposizione, occorre che il mancato avveramento della pretesa condizione implicita sia dipeso da un fatto obiettivo ed incontrovertibilmente non riferibile alla volontà delle parti. Deve, dunque, escludersi se il mancato avveramento sia riconducibile ad azioni od omissioni delle parti, atte a determinare l'avveramento della predetta condizione.*”

CAPITOLO 5

IL RECESSO

1. Il recesso in generale

Il recesso disciplinato dal d.lgs 141/2010 richiede una preliminare digressione sull'istituto medesimo, considerato che a seconda delle ipotesi (recesso nei contratti di credito a tempo indeterminato e recesso iniziale in tutti i tipi di contratti di credito) v'è un suo diverso configurarsi.

In realtà la diversità discende direttamente dalla direttiva europea, la quale scinde la categoria del recesso in due ambiti, parlando (come visto nel capitolo II) da un lato di “procedura tipo di scioglimento” nell'ipotesi di contratti di credito a tempo indeterminato, e dall'altro di un generale diritto di recesso iniziale attribuito al consumatore per qualsiasi contratto di credito (salvo due eccezioni) ed a prescindere dalla durata di quest'ultimo.

Il nostro ordinamento conosce – fuori dal campo dei contratti consumatore/professionista – solo la prima fattispecie; il termine “recesso” risulta tuttavia adottato anche in presenza del (diverso) strumento di “uscita” dal contratto, entro un breve lasso di tempo, del consumatore dal contratto col professionista (c.d. recesso di pentimento).

E' opportuno, pertanto, fare una breve panoramica generale sull'istituto come configurato all'interno del nostro ordinamento.

Il recesso è disciplinato dall'art. 1373 c.c. che rappresenta un'eccezione al principio dell'irrevocabilità-irretrattabilità del vincolo contrattuale di cui all'art. 1372 c.c. secondo cui "*il contratto - che ha forza di legge tra le parti - non può essere sciolto che per mutuo consenso o per le cause ammesse dalla legge*".

Come affermato dalla giurisprudenza, il recesso rappresenta attuazione del principio di buona fede nei contratti, sancito dagli artt. 1377 c.c., 1366 c.c. e 1375 c.c.⁷¹.

Il recesso può essere di due tipi: convenzionale⁷² e legale⁷³ a seconda che sia stabilito dalle parti o dalla legge.

La dottrina individua due sottocategorie di recesso legale a seconda della funzione che l'istituto persegue: si parla di recesso determinativo (o ordinario) per i rapporti contrattuali di durata indeterminata per i quali né la legge né l'autonomia contrattuale hanno

⁷¹ Cass. Civ. 16.10.2003 n. 15482; Cass. Civ. Sez. Un. 15.11.2007 n. 23726; Cass. Civ. 18.9.2009 n. 20106

⁷² L'art. 1373 c.c. prevede due ipotesi diverse di recesso convenzionale, in cui, cioè, ad una delle parti è data facoltà di sciogliersi dal vincolo contrattuale: la prima relativa ai contratti ad esecuzione istantanea, la seconda per quelli ad esecuzione continuata o periodica. Nel primo caso il recesso è esercitabile fino a quando il contratto non abbia avuto principio di esecuzione, mentre nella seconda ipotesi in qualunque momento, ma non ha effetto per le prestazioni già eseguite.

⁷³ Per quanto riguarda il recesso legale, esso muove dallo sfavore che il legislatore nutre nei confronti dei rapporti contrattuali perpetui, con cui le parti disporrebbero, con un unico atto, di tutta la loro libertà futura, rendendo impossibile un uso più proficuo delle risorse impegnate (F.Galgano, *Il contratto*, Padova, 2007, 472). In un primo senso, quindi, il recesso legale rappresenta un correttivo per i contratti che possono avere durata indeterminata, concedendo il diritto anche ad una sola parte di sciogliersi dal vincolo contrattuale. In altre ipotesi, il recesso legale è statuito al fine di tutelare l'interesse delle parti a seguito di modifiche oggettive sopravvenute al contratto posteriormente alla sua conclusione, proteggendo il contraente debole di fronte a particolari forme contrattuali (vendita, somministrazione, locazione, affitto, appalto, lavoro, etc.)

stabilito scadenza o termine finale; si parla, invece, di recesso straordinario nel caso in cui il suo esercizio vale a riportare in equilibrio il contratto.

Il recesso straordinario a sua volta può ulteriormente suddividersi in recesso impugnatorio⁷⁴ e recesso di pentimento⁷⁵.

Negli ultimi tempi, sulla spinta dell'uso che del rimedio fanno le norme provenienti dalle direttive comunitarie, il recesso di pentimento, noto con l'espressione di *ius poenitendi* è andato assumendo una caratterizzazione nuova: esso è diventato uno strumento di riequilibrio di una disparità di posizione tra i contraenti e, più specificamente, un mezzo di tutela avverso l'incidenza di fattori che in vario modo ostacolano l'espressione di un consenso realmente libero e consapevole da parte di uno di essi. Fattori che possono compendiarsi nella cd. asimmetria informativa e in talune tecniche di

⁷⁴ Il recesso impugnatorio, o recesso di autotutela, può essere esercitato, anche se il contratto ha già avuto un principio di esecuzione, dalla parte che, a seguito di una modifica importante e significativa delle condizioni contrattuali, non ha più interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale. Questo recesso è quindi un mezzo d'impugnazione del contratto consentito in presenza di suoi vizi originari o sopravvenuti e non sulla base della volontà unilaterale di una delle parti. Esempi di questo tipo di recesso sono dati dagli artt. 1893 e 1897 C.C. che attribuiscono all'assicuratore il potere di recedere dal contratto, rispettivamente, per dichiarazioni inesatte o reticenze dell'assicurato, e per mutamenti che comportano una diminuzione del rischio.

⁷⁵ Per recesso di pentimento, definito anche come *ius poenitendi* o diritto di ripensamento, può intendersi, in generale, il diritto di pentirsi di una manifestazione di volontà negoziale esprimendo una volontà di segno opposto, atta a togliere effetto alla precedente dichiarazione.

Lo *ius poenitendi* può essere tanto convenzionale che legale. Il primo rientra nell'ipotesi dell'art. 1373 c.c. ed inerisce alla possibilità che i contraenti possano convenire di derogare il regime generale del mutuo dissenso, attribuendo ad uno solo di essi o ad entrambi il potere di sciogliersi dal contratto con dichiarazione unilaterale.

Lo *ius poenitendi* legale si ritrova, invece, nel codice civile negli artt. 1671 c.c. (recesso del committente dell'appalto), 2227 c.c. (recesso del cliente dal contratto d'opera), 1723 c.c., 1725 c.c., 1726 c.c. e 1727 c.c. (recesso del mandante e del mandatario nel contratto di appalto), 2237 c.c. (recesso del cliente dal contratto con il professionista intellettuale) e risponde all'esigenza di tutelare in determinati fattispecie contrattuali quello che appare come il contraente più debole.

marketing e di approccio con il cliente aggressive o comunque insidiose poste in essere dalle imprese.

In questo senso, all'interno del Codice del consumo, che ha di fatto trasposto al suo interno le norme di recepimento di direttive comunitarie, si è inteso attribuire al contraente debole la disponibilità di un periodo di riflessione (*spatium deliberandi*) durante il quale può comprendere e valutare meglio i termini dell'operazione prima di vincolarsi definitivamente.

Tale facoltà riguarda, in generale, i contratti conclusi fuori dai locali commerciali (artt. 45-46 Cod. Cons.), i contratti a distanza (artt. 50-67 Cod. Cons.), i contratti di multiproprietà (artt. 69-81 Cod. Cons.).

Nei primi, si ritiene che l'integrità del consenso può essere pregiudicata dall'effetto sorpresa: il consumatore non si trova in condizione di poter riflettere opportunamente sulla scelta se concludere o meno un contratto. La proposta viene effettuata in luogo diverso dai locali destinati all'attività d'impresa, con mezzi o tecniche particolari che comportano il rischio di indurre il consumatore a concludere un contratto che non avrebbe concluso, o avrebbe concluso a condizioni diverse. Il consumatore viene di fatto preso alla sprovvista e privato della possibilità di comparare l'oggetto e le condizioni del contratto con altre analoghe offerte presenti sul mercato.

Nei secondi, l'elemento distintivo è l'assenza della presenza fisica e simultanea dei contraenti, conseguenza delle tecniche moderne

di comunicazione a distanza. L'esigenza di tutela del consumatore sorge in relazione alla tendenziale limitazione delle informazioni relative al regolamento contrattuale predisposto dalla controparte e alle caratteristiche del bene o del servizio che l'acquirente non ha la possibilità di verificare preventivamente, essendo la sua conoscenza limitata alle raffigurazioni offerte attraverso il mezzo di comunicazione a distanza (Tv, internet, telefono, fax, etc). Nel caso, invece, dei contratti a distanza di servizi finanziari si rinviene la ratio giustificatrice oltre che nell'assenza della presenza fisica simultanea dei contraenti, anche nel carattere particolarmente tecnico del servizio che richiede competenze professionali adeguate, mentre il consumatore spesso non dispone di strumenti idonei ad effettuare un'immediata valutazione sulla convenienza del contratto.

Nei terzi si ritiene che il diritto di ripensamento trovi giustificazione oltre che nella generale esigenza di protezione del contraente debole, molto spesso preda di vendite aggressive e poco chiare, concedendogli un lasso di tempo per riflettere, senza condizionamento di sorta, sulla possibilità di portare a termine l'operazione ⁷⁶, anche nella complessità degli schemi giuridici e delle formule contrattuali usate⁷⁷ e nella difficoltà che l'uomo comune potrebbe trovarsi ad incontrare nel comprendere esattamente la natura del diritto che acquista, nel cogliere quella separazione fra titolarità del diritto e godimento del bene, che caratterizza gli acquisti in

⁷⁶ Marasco, Multiproprietà, in Ce I, 2000, 1068

⁷⁷ cfr., Leo, in De Nova, Giuggioli, Leo, La multiproprietà, Milano, 1999, 45

multiproprietà, nella quale il secondo aspetto risulta nettamente prevalente rispetto al primo⁷⁸

2. Il recesso nel contratto di credito al consumo a tempo indeterminato

Il recesso nel credito ai consumatori, come modificato dal d.lgs 141/2010, assume i tratti del recesso ordinario relativamente ai contratti di credito a tempo indeterminato, e del recesso straordinario di pentimento in ordine a tutti i contratti di credito (fatte alcune limitate eccezioni, su cui v. *infra*).

Sulla falsariga dell'art. 13 della direttiva europea (che parla di “procedura tipo di scioglimento del contratto di credito a durata indeterminata”) il novellato art. 125 quater comma 1 TUB conferisce al consumatore il diritto di recedere (*ad nutum*), senza penalità e senza spese, dal contratto di credito. Eventuali pattuizioni in merito possono soltanto statuire la doverosità di un preavviso che, comunque, non può essere stabilito in un periodo superiore ad un mese.

Il secondo comma si occupa del finanziatore cui non riconosce *ex lege* il medesimo diritto di recedere liberamente dal contratto. Tuttavia consente la possibilità (che a questo punto diverrà clausola di stile nei contratti di credito) che al finanziatore venga convenzionalmente attribuito un diritto di recesso e/o di sospensione dell'utilizzo del credito da parte del consumatore:

⁷⁸ Ermini, in Cuffaro (a cura di), I contratti di multiproprietà, Milano, 2003, 411

- circa il diritto di recesso la norma nazionale (adeguandosi letteralmente a quella europea) non impone alcun vincolo al suo esercizio, ove previsto, sicché esso potrà essere esercitato *ad libitum* anche dal finanziatore, con non indifferenti conseguenze sulla sfera giuridica del consumatore; l'unico temperamento è dato dalla necessità di un preavviso non inferiore a due mesi.
- circa il diritto di sospensione, esso viene subordinato alla ricorrenza di giusta causa, indicata in via esemplificativa dal 33° considerando della direttiva europea come il sospetto di un uso fraudolento o non autorizzato del credito o l'aumento significativo del rischio che il consumatore non possa rimborsare il credito. In ogni caso la giusta causa può intendersi nel medesimo senso di cui all'art. 1845 c.c., che la dottrina ha riferito all'aggravamento delle condizioni economiche dell'accreditato, divenute tali da porre in pericolo il credito, sia a comportamenti dello stesso - quali l'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto, il mancato impiego della somma per i fini convenuti, l'aver fornito alla banca informazioni inesatte sulla propria situazione finanziaria - sia, infine, a circostanze oggettive relative all'accreditante, come disposizioni dell'autorità di vigilanza che rendano necessaria la restrizione o la

sospensione del fido⁷⁹. La giurisprudenza, dal canto suo, in fattispecie simili segnala l'opportunità di valutare la condotta della banca alla stregua del canone di buona fede, considerando pertanto illegittima la sua condotta quando esercitata in modo del tutto arbitrario ed imprevisto, contro la ragionevole aspettativa dell'accreditato di poter disporre della somma messa a disposizione per il tempo previsto⁸⁰.

Per quel che riguarda i contratti di credito a tempo determinato, si registra il silenzio da parte del legislatore, e quindi non può che sussistere solo un diritto di recesso straordinario di tipo impugnatorio disciplinato secondo le norme generali: il recesso rappresenta il mezzo d'impugnazione conseguente a modificazioni significative delle condizioni contrattuali.

3. Il recesso iniziale

Di gran lunga più importante è, però, il diritto di recesso quale *ius poenitendi* attribuito ai consumatori dall'art. 125 ter TUB e consistente nel diritto riconosciuto al consumatore di svincolarsi dal contratto entro un determinato periodo di tempo iniziale.

Appare modellato sul diritto di recesso nei contratti a distanza di servizi finanziari (art. 67 Cod. Cons.) di cui concede il medesimo termine di quattordici giorni. D'altronde la stessa direttiva europea

⁷⁹ Colombo, L'estinzione dell'apertura di credito, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, II, Milano, 1978, 525 ss.

⁸⁰ C. 9321/2000; C. 15066/2000; C. 4538/1997; contra, T. Roma, 4.12.1989

prescriveva la necessità che il rimedio in questione fosse “*senza penali e senza obbligo di giustificazione in condizioni simili a quelle previste dalla direttiva 2002/65/ CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.*”

Si applica a tutti i contratti di credito, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, con alcune limitate eccezioni: contratti di credito sotto forma di sconfinamento (art. 122 lett. o)), aperture di credito regolate in conto corrente, qualora il rimborso delle somme prelevate debba avvenire su richiesta della banca ovvero entro tre mesi dal prelievo (art. 122 comma 4), contratti di locazione finanziaria (leasing) che, anche sulla base di accordi separati, non comportano l’obbligo di acquisto della cosa locata da parte del consumatore (art. 122 comma 3).

A norma del quinto ed ultimo comma dell’art. 125 ter TUB, ai contratti di credito al consumo “*non si applicano gli articoli 64, 65, 66, 67-duodecies e 67-terdecies del Codice del consumo*”, relativi al diritto di recesso nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, e nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

L’espressione, di per sé ambigua, sembra potersi interpretare nel senso che modalità e termini del recesso dal contratto di credito sono, e sono soltanto, quelli sanciti dal TUB, ed il consumatore non può mescolare le tutele, recedendo dal contratto di credito secondo le modalità di recesso statuite dal codice del consumo, né, viceversa, gli

si possono chiedere formalità di recesso connesse al tipo di contratto principale da lui posto in essere. In sostanza, stando alla lettera della norma, il consumatore, se intende liberarsi tanto dal contratto di fornitura quanto da quello di credito, deve procedere al recesso secondo le modalità disciplinate dal codice del consumo, il che implicherà il recesso automatico dal contratto di credito ex art. 67, 6° comma; se al contrario intende recedere soltanto dal contratto di credito dovrà farlo esclusivamente secondo la disciplina prevista dal TUB.

Sul punto, peraltro, potranno insorgere non pochi problemi applicativi, allorquando il consumatore ritenga che, col recesso dal solo contratto di credito, si sia liberato anche da quello di fornitura.

Ed in effetti l'ultimo comma dell'art. 125 è ambiguo ed equivoco, pur tuttavia non può farsi dire alle norme più di ciò che esse dicono: ed un'interpretazione che estende automaticamente il recesso dal contratto di credito a quello di fornitura, oltre a non trovare rispondenza in alcuna norma, è senz'altro contraria al principio consensualistico, e determina aprioristicamente la volontà del consumatore in un senso che il consumatore non ha espresso.

Se il consumatore manifesta l'intenzione di recedere dal contratto di credito, non significa che intenda porre nel nulla l'acquisto effettuato, ma soltanto che voglia tirarsi indietro in ordine al negozio di finanziamento perché non lo reputa, ad una più attenta indagine, vantaggioso o comunque meno vantaggioso di altre offerte del mercato.

Diverso è il caso inverso del recesso dai contratti del codice del consumo appena menzionati, che implicherà necessariamente (per effetto di un collegamento negoziale di tipo legale) il venire meno del contratto di credito collegato per effetto del comma 6° dell'art. 67 cod. consumo, come novellato dal D.Lgs in commento.

A norma del 1° comma dell'art. 125 ter, il consumatore ha l'onere di esercitare il diritto di recesso entro il termine decadenziale di quattordici giorni, decorrenti dalla data di stipulazione del contratto ovvero dal momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni di cui all'art. 125 bis, comma 1.

Il termine durante il quale può essere esercitato il diritto di recesso decorre, quindi, o dal momento della stipula del contratto, oppure dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 125-bis, se tale data è successiva a quella della conclusione del contratto. Pertanto, in questa seconda ipotesi, ossia quando il creditore non adempie al suo obbligo (privo di sanzione) di fornire al consumatore le comunicazioni viste nei capitoli precedenti, il termine per l'esercizio del recesso non decorre.

Finché il fornitore non ha pienamente adempiuto al suo obbligo informativo contrattuale, i termini dati al consumatore per recedere dal rapporto non iniziano a decorrere. Solo quando l'utente ha piena e completa cognizione dell'operazione, il che può avvenire anche dopo la conclusione del contratto, ha quattordici giorni di tempo per porlo nel nulla e rivolgersi, se vuole, nuovamente al mercato.

Sotto quest'ultimo aspetto, il diritto di pentimento soddisfa l'esigenza generale alla celerità delle contrattazioni, anche se, non essendo previsti limiti al perdurare dello slittamento, esso potrebbe protrarsi indefinitamente.

Quanto alle modalità di comunicazione del recesso, esse devono essere previste in contratto, ma la loro scelta non è libera, ma vincolata alle possibilità offerte dal comma 2 art. 64 cod. cons.: il contratto di credito può, cioè, prevedere o l'invio tramite raccomandata, o l'invio con mezzi alternativi (telegramma, telex, posta elettronica e fax) purché seguiti da raccomandata di conferma da inviarsi entro le quarantotto successive⁸¹.

Ad ogni modo, la norma prevede espressamente che a rilevare sia esclusivamente il momento dell'invio (c.d. "principio di spedizione"), individuato nella consegna all'ufficio postale entro i termini previsti dal codice o dal contratto se maggiori.

⁸¹ Su queste basi ci si chiede cosa accada nel caso in cui il professionista neghi l'invio della comunicazione con mezzi alternativi, e la raccomandata di conferma risulti inviata successivamente allo scadere dei 14 giorni, cioè il quindicesimo o il sedicesimo giorno.

A norma dell'art. 2712 c.c. (in cui si fanno rientrare il telefax e la posta elettronica,) le riproduzioni di questo tipo "*formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime.*"

La dottrina ritiene che la riproduzione meccanica disconosciuta deve essere sottoposta alla stessa disciplina della scrittura privata disconosciuta, e quindi anche ad essa deve essere negata qualsiasi efficacia probatoria (Montesano, Sul documento informatico come rappresentazione meccanica della prova civile, in DII, 1987, 8).

La giurisprudenza di legittimità ha in merito un orientamento pacifico secondo cui "*Il "disconoscimento" del fax fa perdere alle riproduzioni meccaniche la qualità di prova riducendola ad essere valutata tamquam non esset*" (Cass. civ., Sez. III, 03/03/2010, n. 5080; Cass. civ., Sez. lavoro, 20/03/2009, n. 6911; Cass. civ., Sez. III, 24/11/2005, n. 24814).

Ci si chiede, pertanto, come s'atteggeranno i giudici di fronte a simili fattispecie. Tra l'altro risulta singolare che il legislatore abbia previsto un meccanismo simile, laddove la direttiva europea (art. 14 par. 3 lett. a) prescriveva l'utilizzazione di qualsiasi "*mezzo che possa costituire prova conformemente alla legislazione nazionale*". Al contrario, invece, il legislatore ha scelto una modalità che non rappresenta prova (o comunque non sempre) rispetto alla legge nazionale.

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che per sede del professionista si intende «*un luogo idoneo a consentire la ricezione della comunicazione al fine della più agevole cognizione del relativo contenuto, senza, peraltro, un inutile aggravamento degli oneri a carico del dichiarante. Deve, perciò, trattarsi di un recapito che, in ragione di un collegamento ordinario o di una normale frequenza o per una preventiva indicazione o pattuizione, rientri nella sfera di dominio e di controllo del destinatario*»⁸².

Il diritto di recesso determina la risoluzione del contratto, e quindi lo scioglimento del rapporto, con l'effetto obbligatorio di restituire quanto eventualmente percepito in dipendenza di esso (sul punto vedi infra paragrafo 7).

4. Derogabilità del regime legale

Circa la derogabilità del regime legale, l'art. 125 bis non contiene in sé alcuna specifica sanzione di nullità di eventuali patti contrari, né contempla alcuna ipotesi di irrinunciabilità al diritto di recesso. Neanche le disposizioni attuative della Banca d'Italia sul punto hanno introdotto alcuna novità.

Tuttavia, la nullità dei patti contrari si evince dall'art. 127 comma 5, dettato per l'intero titolo VI, e, quindi, non solo in materia di credito al consumo. Recita il comma: “*Le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente*”.

⁸² C., 9.9.1978, n. 4083

Può, e deve, quindi, configurarsi la nullità virtuale delle clausole che limitassero o escludessero il diritto di recesso, derogando di fatto *in pejus* per il consumatore la disciplina legislativa, nullità assoggettata al regime previsto dal successivo comma 4° del medesimo articolo: “*Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice.*”

Circa l’approssimazione del legislatore nazionale nel recepimento del comma 2 art. 22 Direttiva 2008, secondo cui “*gli stati membri debbono provvedere affinché i consumatori non possano rinunciare ai diritti loro conferiti dalle disposizioni della legge nazionale, che danno esecuzione o che corrispondono alla presente direttiva*”, ci si è già pronunciati sopra, al Cap. II ultimo paragrafo.

5. Natura giuridica e finalità del rimedio

Tra le principali tipologie funzionali del recesso elaborate dalla dottrina, quella più frequentemente invocata con riguardo al nuovo rimedio fa riferimento al c.d. recesso di pentimento, presente in tutte le precedenti direttive comunitarie e nelle relative disposizioni attuative domestiche.⁸³ Sarebbero ravvisabili elementi essenziali

⁸³ Gli inquadramenti proposti in dottrina gravitano intorno a due teorie generali: quella sostanziale e quella procedimentale. Per la prima il rimedio interverrebbe su di una fattispecie contrattuale già perfezionata, che l’esercizio del rimedio rimetterebbe successivamente in discussione; più in particolare esso si attergerebbe secondo una peculiare tipologia di recesso (c.d. di pentimento) in conformità ai corrispondenti caratteri di libertà e gratuità che ne costituiscono lo speciale statuto.

comuni concernenti sia il profilo funzionale e sia il relativo trattamento, in particolare per quanto attiene all'esercizio *ad libitum* e all'esenzione da conseguenze patrimoniali pregiudizievoli⁸⁴.

La principale e notevole differenza sta nella previsione di una sospensione degli effetti che, presente nel codice del consumo (cfr. comma 4° art. 67 duodecies), è stata eliminata (malgrado la direttiva europea lasciasse margini di libertà sul punto) nella normativa del

Per quella procedimentale il meccanismo diventerebbe parte integrante del perfezionamento del contratto stesso; il rimedio interverrebbe prima che la fattispecie contrattuale sia compiutamente realizzata e sarebbe, pertanto, da collocare nella fase di formazione del contratto di cui segnerebbe un'importante sequenza, che precede e dalla quale dipende l'effettivo realizzarsi o completarsi del perfezionamento del contratto. La prospettiva sostanziale, rispetto a quella procedimentale, assume un impianto tendenzialmente meno dirompente rispetto alla sistematica contrattuale tradizionale e, perciò, sull'assetto delle posizioni delle parti contraenti. Il rimedio, infatti, interverrebbe *ex post* sulla vicenda contrattuale, integrando una causa risolutiva.

La prospettiva procedimentale, di contro offre una tutela marcatamente preventiva e, rispetto alle finalità di tutela sottese al rimedio, certamente più incisiva, che si pone in termini decisamente innovativi rispetto agli assetti contrattuali bilanciati del codice civile. Il rimedio opererebbe *ex ante*, prima della conclusione del contratto, segnando una fondamentale sequenza della fase formativa. Il positivo superamento di questa sequenza, oltre che della più ampia fase formativa, è necessario per la positiva conclusione del contratto.

*“Al recesso o al suo mancato esercizio va riconosciuta natura procedimentale ... La mera congruenza formale degli atti procedimentali vale, dunque, solo a predisporre un contenuto programmatico per il consumatore, la cui vincolatività dipende in realtà dal mancato esercizio del diritto di recesso ... Il procedimento può dirsi concluso solo con lo spirare dei termini, che corrisponde ad un contegno meramente omissivo del consumatore, dal quale è oggettivamente desunto il valore impegnativo della manifestazione negoziale.”*⁸³.

L'orientamento sostanziale riconduce, quindi, il rimedio alla nota figura generale del recesso dal contratto, valorizzando, in particolare, l'argomento lessicale che è d'immediata percezione.

Nella legislazione nazionale, infatti, s'è sempre utilizzato l'espressione “diritto di recesso” per denominare il rimedio in tutte le sue previsioni normative, da quelle più risalenti e settoriali, a quelle più recenti e generali, comprese le stesse codificazioni.

⁸³

⁸⁴ La ricostruzione come recesso di pentimento, benchè prevalente e ormai consolidata, è stata criticata dai sostenitori della teoria procedimentale per diversi ordini di ragioni, tra cui, molto sinteticamente, l'incongruenza connessa alla possibilità di esercitare il recesso anche relativamente alle proposte contrattuali (v. art. 64, comma 1, cod. cons.) – il che si tradurrebbe nell'incompatibilità del rimedio in questione con il recesso in senso tecnico -, e nell'impossibilità di spiegare in maniera convincente la sospensione degli effetti (cfr. comma 4° art. 67 duodecies) Il diritto di recesso di cui al d.lgs in commento è diverso da quello previsto in seno al codice del consumo (art 67 duodecies).

credito al consumo, rimettendo così alla libertà delle parti la scelta di dare o meno corso all'esecuzione.

La scelta del legislatore può essere giustificata da esigenze di carattere sistematico più rispondenti alle tradizionali categorie dogmatiche del diritto positivo italiano.

Può anche darsi che la sospensione degli effetti spingesse troppo fortemente verso una ricostruzione procedimentalistica del contratto del consumatore, ricostruzione che, sebbene compatibile ed anzi tipica nella sistematica comunitaria, crea, ed ha creato, non poche perplessità nella ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza nazionali⁸⁵.

Ad ogni modo, per quel che riguarda il credito al consumo, non v'è alcuna paralisi degli effetti, con la conseguenza che il contratto è valido ed efficace, ma il consumatore è facultato di risolverlo sulla base di una sua manifestazione di volontà.

Il consumatore gode, quindi, di un diritto potestativo capace di dare luogo alla risoluzione del contratto di credito posto in essere.

Che sia una risoluzione si evince anche dalla lettera b) del comma 2 dell'art. 125 quater, che disciplina le conseguenze dell'esercizio del diritto di recesso. Tali conseguenze sono le stesse che tipicamente conseguono ad una pronuncia di risoluzione di un

⁸⁵ Ed invero, proprio la circostanza che gli effetti del contratto restassero sospesi ha rappresentato uno dei principali motivi di critica alla teoria sostanziale del diritto di recesso da parte dei sostenitori della teoria procedimentale. I sostenitori della teoria sostanziale non potevano, infatti, prendere altra strada che quella di qualificare la parentesi improduttiva di effetti come una condizione sospensiva negativa, al verificarsi della quale il contratto poteva considerarsi perfezionato. Diventava così ragionevole la critica dei procedimentalisti che la teoria sostanziale finiva col degradare in quella procedimentale.

contratto ai sensi dell'art. 1458 c.c.: l'obbligo di restituire le prestazioni ricevute.

Si è discusso della *ratio* del diritto di recesso nel caso dei contratti di credito al consumatore.

A differenza che nei casi disciplinati nel codice del consumo, ove la *ratio* (come visto *supra*) è connessa alle circostanze di luogo e di tempo in cui è avvenuto lo scambio dei consensi, o al particolare contenuto del contratto, per il credito al consumo la *ratio* giustificatrice sembrerebbe essere connessa all'intrinseca complessità che caratterizza le operazioni di credito.

A favore di questa tesi si evidenzia il dato che nella Direttiva 2008/48/CE emerge chiaramente la volontà di collegare il diritto di recesso a quello analogo presente nei contratti a distanza dei servizi finanziari⁸⁶ con ciò implicitamente evocandone anche la medesima *ratio* giustificatrice.

Senonché, il diritto di recesso viene inserito all'interno della Direttiva già nella sua prima proposta dell'11 settembre 2002 ove, invece, la *ratio* sembrerebbe discendere da altre valutazioni: *“la pausa di riflessione e la facoltà di ripensamento sono tradizioni ben consolidate grazie alle quali il consumatore può liberarsi da un impegno sconsiderato e tornare su di una decisione presa in*

⁸⁶ V. il 34° considerando della Direttiva 2008/48/CE *“Per ravvicinare le modalità di esercizio del diritto di recesso in settori analoghi è necessario prevedere un diritto di recesso senza penali e senza obbligo di giustificazione in condizioni simili a quelle previste dalla direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”*

circostanze nelle quali le pressioni esercitate dal venditore hanno avuto la meglio sul consenso libero e informato del consumatore”⁸⁷.

Al di là della suggestiva, ma forzata immagine dell’abile venditore, non può non condividersi il senso della prima parte della considerazione, laddove parla della possibilità che il consumatore assuma impegni sconsiderati. In tal senso, l’originaria preoccupazione del legislatore comunitario di tutelare il consumatore sprovveduto ed impulsivo, ha segnato ed impresso al diritto di recesso di cui alla normativa una *ratio* ben più nobile di quella connessa alla complessità delle operazioni di credito. L’attribuzione, quindi, d’un diritto di ripensamento idoneo a neutralizzare gli slanci consumeristici, vale se non altro a percorrere una delle finalità della direttiva: la prevenzione del sovraindebitamento dei consumatori.

In sostanza, ad avviso di chi scrive, il diritto di recesso nei contratti di credito al consumo sembra ricollegarsi alle misure di contenimento del sovraindebitamento, di cui rappresenta l’altra faccia della medaglia, quella a disposizione del consumatore.

Tali misure quindi si configurano e sviluppano sia *ex latere creditoris*, sia *ex latere debitoris*. Le prime gravitano intorno agli obblighi d’informazione e di verifica del merito creditizio a carico dei creditori; le seconde gravitano intorno ai rimedi concessi al consumatore al fine di neutralizzare gli effetti di scelte poco ponderate.

⁸⁷ COM 2002 443 DEF. PAG. 17

Senz'altro degna di massima considerazione è la posizione di autorevole dottrina che ricollega, invece, il diritto di recesso in questione agli obblighi d'informazione precontrattuale a carico dell'operatore professionale. In questo modo, l'attribuzione dello *ius poenitendi* potenzia le finalità informative, considerate dal legislatore particolarmente importanti ai fini della piena consapevolezza del consumatore. Così gli si concede *“la possibilità di sottrarsi senza conseguenze pregiudizievoli al vincolo giuridico ... entro un termine congruo (fissato in 14 giorni): termine entro il quale, verosimilmente, il consumatore ha la possibilità di valutare con ponderazione i contenuti delle informazioni ricevute e conseguentemente decidere in modo consapevole e razionale se rimanere vincolato all'accordo concluso con il creditore ovvero sottrarsi ad esso attraverso l'esercizio dello ius poenitendi. Non a caso, il termine in questione non inizia a decorrere se non dal giorno (eventualmente successivo a quello della stipulazione del contratto) in cui l'obbligazione informativa precontrattuale può considerarsi esattamente adempiuta”*⁸⁸.

Ci si permette, però, sommessamente di dissentire: infatti i quattordici giorni di cui all'art. 125-ter decorrono o dal giorno della conclusione del contratto (nell'ipotesi in cui contestualmente alla conclusione sia consegnata al consumatore una copia dello stesso) o dal giorno in cui vengano fornite le informazioni di cui all'art. 125-bis comma 1.

⁸⁸ G. De Cristofaro, Il recesso del consumatore dal contratto di credito in La nuova disciplina europea del credito al

L'articolo in commento richiama, quindi, il primo comma dell'art. 125-bis, che si occupa delle informazioni "contrattuali", e non contiene, viceversa, alcun richiamo all'art. 124 relativo alle informazioni precontrattuali.

Parimenti la direttiva europea 2008/48/CE nel disporre i quattordici giorni per il recesso, li fa decorrere anch'essa (v. l'art. 14) dalle condizioni e informazioni contrattuali stabiliti all'art. 10, e non da quelle precontrattuali.

Discende da ciò la seguente necessaria conseguenza: il diritto di recesso è svincolato dalle informazioni precontrattuali la cui eventuale violazione, come visto al Cap. II, dà luogo esclusivamente a sanzioni amministrative a carico dei finanziatori. Al contrario il diritto di recesso è intimamente connesso alla nascita del rapporto contrattuale vero e proprio, di cui l'aspetto contenutistico-informativo rappresenta un requisito *ad substantiam actus*. Il diritto di recesso, quindi, essendo collegato alla potenzialità depauperativa del contratto posto in essere, rappresenta un rimedio attribuito al consumatore per porre nel nulla un'operazione economica che può avere serie conseguenze sul suo patrimonio.

La comunicazione delle informazioni contrattuali da parte del creditore può verificarsi, secondo il legislatore, in due modalità che diano, comunque, certezza del ricevimento da parte del consumatore: o al momento della stipula, mediante la consegna di copia del contratto "*attestata mediante apposita sottoscrizione del consumatore,*

ulteriore rispetto alla firma del contratto, apposta sull'esemplare del contratto conservato dal finanziatore” o successivamente, con prova della ricezione a carico del creditore, mediante invio non della copia del contratto, ma soltanto dei suoi contenuti essenziali, suscettibili quindi di essere elencati in un documento diverso dalla forma libera (quindi, in teoria, non rispondente neppure al modulo SECCI).

Accadrà, così, raramente che il creditore fornisca al consumatore una copia del contratto di credito, potendo il consumatore, nel caso si accorgesse di suoi vizi od omissioni, ottenerne la declaratoria di nullità, con conseguente accesso alla favorevole previsione di cui all'art. 125bis, comma 9 (restituzione senza interessi ed alle rate previste in contratto, o, in assenza d'indicazione, in trentasei mesi).

Ben più frequentemente il creditore (ammesso che lo faccia) fornirà le informazioni e le condizioni contrattuali secondo documenti personalizzati e sintetici, al solo fine di far decorrere il termine per il recesso.

Se il recesso fosse ricollegato alla piena informazione del consumatore, il termine per esercitarlo dovrebbe a rigore decorrere dal momento in cui ottiene le informazioni precontrattuali a mezzo il modello SECCI, giacché tale documento contempla già tutte le informazioni e condizioni previste dalla norma.

Invece, sembra potersi affermare che il recesso è collegato esclusivamente all'assunzione dell'impegno economico, in cui rileva

anche il momento contenutistico-informativo come segmento di un modo comunitario di dar vita ai contratti.

V'è pure chi ritiene che nel credito al consumo il diritto di recesso si va sganciando dal momento informativo, per assumere un ruolo autonomo, legato, oltre che alla natura complessa dell'oggetto del contratto, proprio alla qualità soggettiva delle parti.⁸⁹

6. Effetti e conseguenze restitutorie del recesso

Le conseguenze restitutorie del diritto di recesso sorgono, ovviamente, soltanto nell'ipotesi che il contratto di finanziamento abbia già avuto esecuzione, in tutto o in parte (v. lett. B art. 125 ter), essendo rimesso all'autonomia delle parti un accordo in tal senso.

La scelta operata dal Legislatore (sia quello comunitario che quello nazionale) è nel senso di trovare un equilibrio tra le posizioni del consumatore (il quale non può essere esposto a conseguenze eccessivamente onerose) e quelle del finanziatore che non può, nella sua attività d'impresa, sopportare esborsi di denaro continui senza il ristoro di almeno gli interessi.

Ed infatti dall'esercizio del diritto di recesso sorge in capo al consumatore l'obbligo di restituire le somme eventualmente percepite oltre gli interessi dalla data del prelievo al tasso previsto in contratto.

Di tale obbligazione viene anche fissato *ex lege* il termine iniziale a favore del consumatore, e quindi la restituzione può essere

pretesa a partire dal trentesimo giorno successivo al recesso comunicato.

Si tratta, è bene chiarirlo, di una conseguenza meramente obbligatoria del recesso, ed infatti la restituzione o meno delle somme non riverbera alcuna conseguenza sulla fisiologica risoluzione del contratto.

A rendere svantaggiosa per il consumatore l'intempestiva restituzione delle somme è, tuttavia, sufficiente la produzione degli interessi al tasso previsto in contratto, o a quello maggiore moratorio nel caso in cui, superati i trenta giorni, vi sia formale costituzione in mora del consumatore da parte del finanziatore.

Quella della restituzione della sorte capitale oltre gli interessi convenzionali è, unitamente all'obbligo di rimborsare anche eventuali spese affrontate dal finanziatore nei confronti della P.A., nell'ipotesi in cui siano state necessarie, l'unica conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso.

Parte della dottrina ritiene simili conseguenze eccessivamente onerose per il consumatore, soprattutto nella parte in cui non distingue tra l'ipotesi in cui sia stata tempestiva o meno, da parte del finanziatore, la piena informazione contrattuale.

In sostanza non si comprende perché debba gravare sul consumatore un'attività omissiva ed irregolare del finanziatore, il quale, appunto, omette di consegnare, ad esempio, una copia del

⁸⁹ L. Modica, Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria, in Europa e diritto privato, Giuffrè, Milano, n. 3 del 2009

contratto in fase di conclusione dello stesso, e continua a protrarre tale omissione a tempo indeterminato.

Si condivide la critica, ed anzi, sommessamente, la si amplia, essendo il combinato disposto delle norme foriero di gravi lesioni per il consumatore, come appresso può dimostrarsi: l'obbligo di consegna di una copia del contratto al consumatore, pur essendo menzionato sia nel TUB che nel provvedimento della Banca d'Italia (e prima ancora nell'art. 10 della Direttiva Europea 2008/48), non è da nessuna parte previsto a pena di nullità. Anzi, è contemplata dalle norme la possibilità che la consegna avvenga in un secondo momento, con ciò, quindi, ammettendosene la liceità.

Ora, nell'ipotesi in cui decorra un gran lasso di tempo dalla conclusione del contratto alla consegna dello stesso al consumatore, quest'ultimo, ove intenda recedere dal contratto, sarà costretto a pagare ingenti interessi che le somme avranno prodotto, specie se si considera che il tasso convenzionale sarà comunque elevato.

Ma v'è di più, di questo passo, quale interesse ha il finanziatore a fornire la copia del contratto? La mancata consegna, infatti, non importa nullità, e il decorrere del tempo è comunque a suo favore giacchè le somme erogate producono comunque gli interessi convenzionali: il finanziatore sarà indotto a non consegnare copia del contratto al consumatore.

Come è evidente, si tratta di sfasature che avrebbero potuto essere facilmente previste e risolte, distinguendo, come ha rilevato la citata dottrina, tra l'ipotesi della consegna tempestiva del contratto al

consumatore, e quella della non tempestiva consegna del contratto, i cui effetti negativi avrebbero dovuto ricadere in capo al finanziatore medesimo, quanto meno nel senso che le somme non avrebbero dovuto produrre interessi, o comunque produrli solo dal momento della consegna del contratto, e non come sembrerebbe dalle norme, sin dal tempo del prelievo delle stesse.

7. Il collegamento tra il recesso dal finanziamento e il recesso dall'acquisto (rinvio)

Il tema sarà affrontato nell'ultimo capitolo, paragrafo 5, sub. 1, in considerazione delle influenze che ha sullo stesso la disciplina del collegamento negoziale

CAPITOLO VI

IL COLLEGAMENTO CONTRATTUALE

1. Evoluzione dell'istituto in dottrina e giurisprudenza

Prima di affrontare le novità normative introdotte dal d.lgs 48/2010 che ha recepito la direttiva comunitaria, disciplinando anche la problematica del collegamento dei contratti, è opportuno chiarire i termini generali del collegamento negoziale, come sviluppato nella dottrina e nella giurisprudenza italiane in più di cinquant'anni.

La riflessione sul problema del collegamento negoziale prende le mosse, sotto l'influsso di quella straniera, ed, in particolare di quella tedesca, verso gli anni '30, nel periodo tra le due guerre, in epoca, quindi, antecedente all'entrata in vigore del Codice civile del 1942, allorquando si assiste al fiorire di nuovi schemi contrattuali rispondenti alle nuove esigenze del traffico, che non si lasciano più incanalare all'interno di una tipizzazione che stava divenendo insoddisfacente e che si stava allontanando dalle possibilità offerte dai tipi contrattuali nominati e tipizzati nel codice civile; in particolare, inizia a riscontrarsi con frequenza il coordinamento di più contratti in vista di un unico fine economico.

Il primo studio organico della materia si deve ad uno scritto del 1937⁹⁰, in cui Giorgianni fissava gli elementi necessari perché vi fosse collegamento in senso tecnico, delineandone altresì, pur se con approccio ancora assai teorico, gli effetti. Quanto agli elementi del collegamento, l'Autore per primo affermava: *“due nuovi motivi debbono, a nostro avviso, aggiungersi alla struttura tipica dei negozi: un elemento obiettivo, che attiene alla funzione che essi esplicano in concreto, e cioè uno stretto nesso economico o teleologico tra di essi; e un elemento subiettivo, che consiste non semplicemente nella coscienza, da parte dei partecipanti ai diversi negozi, di tale nesso, ma in un particolare animus, e cioè nell'intenzione di coordinare i vari negozi verso uno scopo comune”*⁹¹. In relazione agli effetti, egli intuiva che *“se passiamo alle conseguenze pratiche che esso ha, possiamo subito affermare che essi sono della massima importanza”*. Prosegue affermando che *“la più notevole consiste in questo, che la nullità di uno dei negozi reagirà certamente sull'altro”*⁹²; e ancora ne deriverà *“nel caso di inadempimento delle obbligazioni di uno solo dei più negozi collegati, l'ammissibilità della risoluzione anche degli altri, o della exceptio inadimpleti contractus rispetto alle obbligazioni degli altri”*⁹³.

⁹⁰ GIORGIANNI, Negozi giuridici collegati, in Rivista Italiana per le scienze giuridiche, 1937, 275

⁹¹ GIORGIANNI, Ibidem, Pag. 330

⁹² GIORGIANNI, Ibidem, Pag. 349

⁹³ GIORGIANNI, Ibidem, Pag. 350

La dottrina successiva⁹⁴ allo scritto appena citato non si preoccupava di sviluppare le problematiche relative alle conseguenze pratiche del collegamento lasciate necessariamente aperte dalla prospettiva squisitamente teorica offerta dal Giorgianni e preferiva operare prevalentemente con il metodo classificatorio.

L'interruzione di questa tendenza è stata individuata in un importante contributo del 1960⁹⁵, che, se da un lato predispone una delle più complete classificazioni nell'ambito della categoria del collegamento negoziale, dall'altro pone in evidenza le grosse disomogeneità afferenti alle varie ipotesi di collegamento, proponendo così un allargamento della prospettiva che ha contribuito a concentrare l'attenzione degli studi successivi sull'unica forma di collegamento negoziale cui veniva riconosciuta rilevanza giuridica, cioè quella del collegamento funzionale volontario, che si verifica quando più negozi – pur non avvinti da un nesso logicamente o giuridicamente necessitato – vengono posti in essere dalle parti al fine di realizzare un'operazione economica strutturalmente complessa, ma funzionalmente unitaria.

Nonostante le evoluzioni maturate nel corso dei decenni, tutt'oggi la struttura del collegamento negoziale è caratterizzata da un elemento oggettivo che unifica l'operazione economica, cioè lo

⁹⁴ VENDITTI, Appunti in tema di negozi collegati, in *Giust. civ.*, 1954, I, 259; DI SABATO, Unità e pluralità di negozi (contributo alla teoria del collegamento negoziale), in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 412

⁹⁵ SCOGNAMIGLIO, voce Collegamento Negoziale, in *Enc. dir.*, 1960, 378

scopo pratico unitario, e da un elemento soggettivo, dato dall'intenzione delle parti di attuare quello scopo⁹⁶.

A questa impostazione si attiene anche la giurisprudenza, con una definizione che si ripete, senza variazioni apprezzabili, ormai da diversi anni e che individua il collegamento negoziale ogni volta che *“le parti, nell’esercizio della loro autonomia negoziale danno vita, contestualmente o no, a distinti contratti i quali, caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa e conservando l’individualità propria di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti, vengono tuttavia concepiti e voluti come funzionalmente e teleologicamente collegati tra di loro e posti in rapporto di reciproca dipendenza, cosicché le vicende dell’uno debbono ripercuotersi sull’altro condizionandone la validità e l’efficacia”*⁹⁷.

Diverse sono le problematiche emerse nel corso di tale evoluzione che hanno impegnato gli studiosi. Non ci si può, qui, che limitare a riassumerne alcune tra le principali.

Innanzitutto si segnala come la dottrina ha da sempre evidenziato che i problemi più rilevanti per l’interprete insorgono

⁹⁶ Richiamano tutt’oggi, anche letteralmente, le parole del Giorgianni, tra i tanti: FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. impr.*, 2000, 129; COLOMBO, *cit.*, 245.

⁹⁷ Massima ricorrente. Tra le tante: Cass. 28/7/2004, n. 14244 in *Giur. it.*, 2005, 1825; Cass. 19/12/2003, n. 19556, in *Foro it.*, 2004, I, 718; Cass. civ. Sez. Unite, 14-06-1990, n. 5777; Cass. 15/12/1984, n. 6586, in *Rep. Foro it.*, 1984, 91; Cass. 17/11/1983, n. 6868 in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1460; Cass. 23/6/1982, n. 3827 in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass. 15/2/1980, n. 1126, in *Mass. Giur. it.*, 1980; Cass. 12/2/1980, n. 1007, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1537; Cass. 7/4/1979, n. 1993, in *Mass. Foro it.*, 1980; Cass. 10/3/1978, n. 1211 in *Mass. Foro it.*, 1978.

quando il nesso tra i contratti è stabilito dalla volontà delle parti in vista del perseguimento di un fine economico unitario ⁹⁸.

Come è noto, infatti, il collegamento negoziale è stato oggetto di numerose classificazioni e, in particolare, si distingue tra i casi in cui il nesso sia istituito dalla natura dei contratti o dalla legge (collegamento “necessario” o “tipico”, in cui un negozio obiettivamente e necessariamente presuppone l’esistenza dell’altro al fine di spiegare gli effetti suoi propri) ⁹⁹, ovvero risulti dall’autonomia delle parti (collegamento “volontario” o “atipico”, in cui la connessione tra i negozi non è in alcun modo necessitata, essendo essi del tutto distinti e apparentemente indipendenti) ¹⁰⁰, ed

⁹⁸ FERRANDO, I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative, in Contr. impr., 2000, 130; GIORGIANNI, Negozi giuridici collegati, cit., 347; OPPO, I contratti parasociali, Milano, 1942, 27; CHINÈ, Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità, in Giust. civ., 1996, 1096: “da una lettura dei repertori è comunque possibile trarre la fondata convinzione che l’attenzione delle corti sia quasi sempre accentrata su una delle forme in cui il collegamento tra contratti può in concreto manifestarsi e cioè sul c.d. collegamento volontario, la cui caratteristica principale è di creare, al di fuori di imposizioni normative, un vincolo di reciproca dipendenza raffigurato dal diffuso brocardo simul stabunt, simul cadent”.

La dottrina più recente, peraltro, cosciente dell’estrema eterogeneità delle ipotesi riconducibili al collegamento negoziale, afferma che non di un’unica categoria di collegamento bisogna parlare, bensì di una pluralità di collegamenti negoziali, salvo poi porre al centro della propria analisi il solo collegamento funzionale volontario. Sull’impossibilità di individuare un’unica categoria: COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, 31; FERRANDO, *I contratti collegati*, in N.G.C.C., II, 1986, II, 256; LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 3.

⁹⁹ In merito si è osservato che anche nel collegamento necessario la volontà delle parti non è irrilevante, perché è pur sempre ad esse che compete la scelta se compiere o meno una data operazione negoziale: LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 6; SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento Negoziale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 378.

Che poi, continua LENER G., “il carattere necessitato del vincolo (in quanto, per dir così, “strutturale”) renda superflua l’indagine in ordine alla sussistenza di tale volontà, non significa affatto che l’autonomia privata resti esclusa dal campo in esame”.

¹⁰⁰ Sulla distinzione tra collegamento necessario e volontario, considerata, forse, la più significativa, si soffermano ampiamente anche i contributi più recenti (mentre le altre numerose classificazioni proposte dalla dottrina degli anni ’50 sono ormai riconosciute superflue, meramente descrittive e “insufficienti a sciogliere i reali nodi del tema” (VETTORI (a cura di), *Regolamento*, in ROPPO, *Trattato del contratto*, Milano, 2006, 180).

è altresì noto che si ha collegamento in senso tecnico solo in quest'ultima ipotesi.

Prima di procedere oltre, un breve cenno merita, attesa la rilevanza che quanto si sta per dire potrà avere nell'approfondimento del tema del credito al consumo, l'osservazione svolta da un autore che isola, all'interno della categoria del collegamento necessario come appena definita, l'operazione in cui il nesso tra negozi è posto direttamente dal legislatore (individuando la sottocategoria del collegamento "legale"), *"vuoi sul piano genetico: contratto preliminare – contratto definitivo; vuoi sul piano funzionale: si pensi al credito al consumo"*. *"A fortiori - prosegue l'autore - in siffatte ipotesi si può parlare di collegamento necessario, anzi, in esse davvero deve dirsi che la volontà delle parti è irrilevante, ma risulta difficilmente contestabile la diversità delle questioni che vi si presentano"*.¹⁰¹

Si veda, ad es., RESCIGNO – GABRIELLI E. (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, Torino, 2006, 640: "rispetto a quella tra collegamento tipico e atipico, la distinzione tra collegamento necessario e collegamento per volontà delle parti presenta il pregio – ci pare – di meglio aprire la strada alla percezione della varietà degli interessi sottesi"; e, forse anche meglio, VETTORI (a cura di), *Regolamento*, cit., 181: "Invero, l'unica partizione cui può essere riconosciuta una effettiva corrispondenza alle differenti articolazioni del fenomeno studiato è quella tra collegamento necessario e collegamento volontario ... Infatti, un problema di autonoma rilevanza dell'attività dei privati che coordinano o raccordano in vario modo singoli schemi negoziali, disegnando, a tale stregua, un'operazione complessa, potrà porsi soltanto laddove il collegamento sia frutto dell'iniziativa negoziale degli autori della regola; ma non anche quando, già sulla valutazione fattane dall'ordinamento, l'un negozio si ponga, nei confronti dell'altro, come presupposto della sua validità o efficacia".

¹⁰¹ Lener cita a sua volta Di Sabato e Orlando Cascio e Argiroffi, i quali hanno fatto rilevare che, nell'ipotesi del collegamento ope legis, si pone piuttosto un problema di interpretazione della legge, che non della volontà delle parti.

In senso conforme alcuni autori hanno fatto rilevare che, nell'ipotesi del collegamento *ope legis*, si pone piuttosto un problema di interpretazione della legge, che non della volontà delle parti.

Ad ogni modo, la conclusione dell'autore è che *“ove la disciplina di legge non sia esaustiva, anche il collegamento legale porrà un problema di effetti: più in specie, di quali ulteriori effetti derivino dal nesso tra i negozi”*¹⁰²: *“è il caso del credito al consumo, dal momento che l'art. 125, comma 4, d.lgs. 1993 n. 365 (ndr: quello ormai abrogato), regola soltanto uno dei problemi che sorgono dal collegamento tra finanziamento e vendita, vale a dire l'opponibilità al finanziatore, da parte del consumatore, delle eccezioni nascenti dal contratto di compravendita, non facendosi parola, ad esempio, della possibile ripercussione sul primo contratto della caducazione del secondo.”*

I medesimi problemi si ripropongono in ordine all'ultima disciplina interna del credito al consumo, oggetto del presente studio, in cui, come rilevato dalla dottrina, *“Nulla invece si prevede in merito alle ripercussioni che, sul contratto di credito ad esso “collegato”, potrebbe avere la caducazione o la risoluzione del contratto (avente ad oggetto la fornitura del bene o del servizio) per cause diverse dall'esercizio dello ius poenitendi contemplato dall'art. 64 cod. cons. Del pari, l'art. 125-quinquies t.u. bancario omette di definire le conseguenze che, per il contratto avente ad oggetto la fornitura del*

¹⁰² LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 7, intuisce che tale conclusione si attaglia proprio al caso del credito al consumo.

*bene o del servizio “specifico”, potrebbero derivare dal recesso dal contratto di credito ad esso “collegato” esercitato dal consumatore a norma dell’art. 125-ter t.u. bancario o da eventuali diverse vicende caducatorie/risolutorie del relativo rapporto contrattuale.”*¹⁰³

D'altronde, a ben vedere, la stessa direttiva europea 2008/48 taceva tali circostanze, limitandosi nell'art. 15 a disciplinare, nel primo comma, le conseguenze sul contratto di credito del recesso da parte del consumatore dal contratto di fornitura/prestazione di beni/servizi, e, nel secondo comma, le modalità rimediali attribuite al consumatore di fronte all'inadempimento totale o parziale del fornitore/prestator di merci/servizi.

Tuttavia, al di là della scarna regolamentazione degli effetti, la direttiva ha adottato una definizione ampia ed elastica del collegamento contrattuale, sì da poter abbracciare una molteplicità di fattispecie.

Si definisce, infatti, il contratto di credito collegato (art. 3 lett. n) come quello che soddisfa due condizioni: a) il credito in questione serve esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci specifiche o alla prestazione di servizi specifici; b) i due contratti costituiscono oggettivamente “un'unica operazione commerciale”.

Tale ultima dizione è derivata dalla legislazione tedesca (laddove si parla invece, con formula ancora più ampia, di “unità economica”) che introdusse il requisito della “*wirtschaftliche Einheit*”

¹⁰³ De Cristofalo, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario, Ipsosa, 2011

con il § 9 del *Verbrauchercredigesetz* del 1990 e lo trasfusa poi nella nuova formulazione del § 358 BGB.

Sul piano degli effetti, la direttiva li disciplina e dirige soltanto in una direzione: dal contratto di fornitura a quello di credito. Ed, infatti, il recesso del consumatore da un contratto di fornitura (laddove consentito) lo svincola anche dal contratto di credito (ma non viceversa); l'inadempimento del fornitore/prestatore di beni/servizi comporta la caducazione del contratto di credito (ma non viceversa).

Al contrario, se si fa il raffronto con i principali sistemi di diritto codificato, nel collegamento fra più negozi la conseguenza principale è quella della caducazione di un contratto per i vizi che affliggono l'altro (sempre secondo l'espressione comune in giurisprudenza "*simul stabunt simul cadent*"), senza che possa di norma individuarsi una fattispecie principale ed una secondaria. Il collegamento negoziale è di norma bilaterale.

La specificità del collegamento legale di cui alla direttiva è, quindi, di non essere derogabile, e di crearsi indipendentemente dalla volontà delle parti, allorquando si realizzino determinati presupposti: se essi si verificano il collegamento è instaurato obiettivamente dalla norma.

“La differenza tra questo modello di collegamento e quello isolato comunemente dalla giurisprudenza dei vari Stati Membri a partire dalle proprie legislazioni civili consiste in ciò: nella direttiva il collegamento non è indotto dalle caratteristiche proprie dei contratti coinvolti, ma è creato dalla norma come strumento

indefettibile di tutela di una parte verso l'altra. Per questo il collegamento legale è di norma unilaterale. Il collegamento giurisprudenziale (NDR: giacchè è sempre al giudice che si demanda la valutazione, secondo criteri molto ampi e diversi, dell'esistenza o meno di un collegamento) si fonda e si giustifica sulla struttura della relazione che si può ricostruire tra i tipi entro cui si può analizzare l'operazione economica voluta in concreto dalle parti. Ciò comporta che, di norma, il collegamento possa essere visto operare da un contratto all'altro e viceversa. ... Volendo ridurre il tutto in una formula, possiamo dire che il modello di collegamento della direttiva non è uno strumento d'interpretazione della volontà delle parti, ma la sua qualificazione imperativa”¹⁰⁴.

In questo senso, buona parte della dottrina ritiene che solo dove il collegamento sia frutto dell'autonomia privata – e quindi sia classificato come “volontario” – può porsi un problema di apprezzamento delle conseguenze e degli effetti che il carattere unitario dell'operazione economica determina sui soggetti; mentre in caso di collegamento necessario è la legge (o la natura dei contratti che crea tra loro un rapporto necessitato) a stabilire che un contratto si pone come presupposto di validità ed efficacia dell'altro; sulla base di tali premesse, tale dottrina conclude, perciò, che i

¹⁰⁴ Volante, I contratti collegati nella direttiva 2008/48/CE in La nuova disciplina europea del credito al consumo a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009 pag. 149

problemi di interferenze reciproche vadano risolti mediante l'interpretazione della norma di legge¹⁰⁵.

Gli sviluppi più recenti della giurisprudenza tendono, però, ad utilizzare la categoria del collegamento non solo in relazione al profilo delle patologie negoziali, in applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*, ma anche ai momenti squisitamente fisiologici della qualificazione giuridica, dell'interpretazione e della individuazione della disciplina applicabile¹⁰⁶, valorizzando quindi l'unitarietà di funzione espressa dall'operazione complessiva¹⁰⁷. Le corti così iniziano ad accertare se la volontà delle parti sia volta a porre i due contratti, sotto l'aspetto funzionale e teleologico, in rapporto di interdipendenza per il conseguimento di un risultato pratico unitario e, in caso positivo, accertano l'intenzione

¹⁰⁵ Al collegamento negoziale "funzionale" si contrappone, come è noto, quello "genetico", in forza del quale un negozio esercita influenza non sul funzionamento dell'altro, ma sulla sua formazione. È ormai affermazione diffusa quella per cui "il collegamento genetico costituisce fenomeno a sé, in quanto, una volta sorto il secondo contratto, il primo cessa di influenzarlo; sì che vero e proprio collegamento è, in definitiva, il solo collegamento funzionale" (MESSINEO, voce *Contratto Collegato*, in *Enc. dir.*, 1962, 51). In effetti è stata da tempo sottolineata l'inutilità pratica della distinzione, se non altro perché, appunto, nel collegamento genetico una volta sorto il secondo negozio il primo cessa di esperire l'influenza originaria, sicché i due negozi vivono di vita propria (LENER G., cit., 15; CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, 1097). Su questa (oltre che, in genere, sulle varie classificazioni proposte dalla dottrina più risalente) si soffermano ampiamente anche: GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 367; SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento Negoziale*, in *Enc. dir.*, 1960, 378; CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Comm.del cod.civ.*, dir. da Schlesinger, Milano, 1991, 87.

¹⁰⁶ COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit. 23, che cita e descrive come emblematiche di questo indirizzo due sentenze della Suprema Corte – Cass. 2/7/1981, n. 4291, in *Foro it.*, 1982, I, 467 e Cass. 17/11/1983, n. 6864, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1459, con nota di CIRILLO – pronunciate su casi identici.

¹⁰⁷ In dottrina qualche attento autore ha sottolineato il rischio insito in questa tendenza, dato dal fatto che l'unità di funzione potrebbe indurre l'interprete a negare la pluralità strutturale o, comunque, a marginalizzarne l'importanza; rischio che, limitando l'estensione dell'operare del collegamento alla trasmissione delle patologie negoziali, verrebbe meno perché la regola *simul stabunt simul cadent* è applicabile solo se si ravvisa nella fattispecie la presenza di più negozi strutturalmente distinti: COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., 26.

delle parti al fine, ad es., della qualificazione dei rapporti, o di creare un assetto economico globale e inscindibile ¹⁰⁸, o di perseguire una finalità ulteriore, diversa dalla semplice somma degli effetti tipici dei due contratti ¹⁰⁹.

2. Applicazione del principio “*simul stabunt simul cadent*”

Come visto sopra, è affermazione ricorrente anche in giurisprudenza quella secondo cui il collegamento funzionale dà luogo ad una situazione di reciproca dipendenza delle sorti di un contratto da quelle dell'altro di modo che la validità, l'efficacia e l'esecuzione dell'uno determinano quella dell'altro, sintetizzata nel noto brocardo *simul stabunt simul cadent* ¹¹⁰.

Su questo metodo, però, una parte autorevole della dottrina esprime da tempo forti perplessità nel ritenere tale principio idoneo a rappresentare efficacemente la generalità dei casi che vorrebbe descrivere, sostenendone l'inadeguatezza al fine di disciplinare i problemi della patologia dei negozi collegati ¹¹¹, e comunque

¹⁰⁸ Cass. 18/1/1988, n. 321, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1214

¹⁰⁹ Cass. 20/11/1992, n. 12401, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2759 con nota di BATTAGLIA.

¹¹⁰ Per completezza si rileva, come correttamente osserva LENER G., *cit.*, 37, che affrontando un caso di collegamento negoziale “l'interprete può imbattersi nelle seguenti questioni: “trasmissione” dei vizi (o ... incidenza della caducazione di un negozio sugli altri collegati); qualificazione (del complesso dei negozi, unitariamente riguardato, ovvero del singolo negozio); mera modificazione della disciplina di un negozio collegato”. Nell'affrontare sinteticamente alcuni profili della rilevanza del collegamento negoziale in generale, ci si soffermerà solo sulla prima delle questioni elencate, non solo perché di preminente rilievo, ma perché utile alla soluzione delle questioni già poste con riferimento al credito al consumo e alle lacune della sua disciplina positiva.

¹¹¹ CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 401; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 333; SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, 191.

evidenziando che il brocardo viene sovente utilizzato dai giudici, come risulta dalla lettura di molte massime, in modo tratuzio e apodittico senza che sia dato coglierne l'effettiva portata ¹¹².

Si osserva, infatti, che tanto è difficile inquadrare il collegamento negoziale in un'unica categoria – come si è evidenziato prima – così è altrettanto difficile poterne descrivere in via generale gli effetti; il reale problema essendo, invece, quello di valutare piuttosto “di volta in volta, in concreto, quali conseguenze derivino da tale relazione” ¹¹³.

Pur trovandosi d'accordo chi scrive con le osservazioni appena richiamate, si ritiene che potrà comunque essere utile ricordare brevemente, nell'ambito del presente lavoro, le modalità operative principali tradizionalmente connesse alla regola *simul stabunt simul cadent*.

In generale, nei casi in cui trova applicazione la teoria del collegamento negoziale, si afferma tradizionalmente che le regole della invalidità, della inefficacia, della risoluzione per inadempimento, del recesso, ecc., si applicano anche all'operazione economica considerata unitariamente, in considerazione dell'unità funzionale della stessa come realizzata dalle parti ¹¹⁴.

¹¹² FERRANDO, *I contratti collegati*, in ALPA – BESSONE, *cit.*, 616; LENER G., *cit.*, 46

¹¹³ FERRANDO, *I contratti collegati*, in N.G.C.C., II, 1986, II, 275; ID., *I contratti collegati*, in ALPA – BESSONE, *cit.*, 572 e di nuovo recentemente: ID., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, *cit.*, 233 e ID., *I contratti collegati*, in ALPA – BESSONE, appendice di aggiornamento 1991-1998, Torino, 1999, 1914.

¹¹⁴ Cass. 18/1/1988, n. 321: “nell'ipotesi di contratti collegati ... la funzione economica che le parti intendono perseguire viene attuata attraverso i più negozi collegati, cosicché rimanendo inattuato uno di essi, viene meno la funzione dell'altro”.

Si sviluppa qui di seguito un breve tentativo di analisi di alcune ipotesi di trasmissione delle patologie da un contratto all'altro, al primo collegato, come emerse dalla casistica giurisprudenziale, allo scopo di poterne trarre alcuni spunti per la soluzione dello specifico caso che ci interessa.

Partendo dall'ipotesi del recesso¹¹⁵, questa, come ogni altra vicenda che investe la vita e lo svolgimento di uno dei contratti, è destinata a ripercuotersi sull'altro e, dunque, sull'intera catena contrattuale.

Nella prassi, una volta individuato un collegamento negoziale, occorre stabilire se una parte possa esercitare il recesso con riferimento a uno solo dei contratti, onde verificare la compatibilità di tale scelta con la disciplina data pattiziamente all'operazione negoziale considerata nel suo complesso. In alcuni casi, infatti, tale possibilità è stata negata alla parte, avendo i giudici ritenuto inammissibile la pretesa di un soggetto di poter recedere da uno soltanto dei contratti collegati, lasciando in vita l'altro¹¹⁶.

È inoltre affermazione ricorrente¹¹⁷ quella secondo cui le regole sulla risoluzione del contratto si applicano anche alle fattispecie risultanti da più contratti collegati. Le fattispecie cui va generalmente

¹¹⁵ Sull'istituto in generale, tra i numerosi contributi: GABRIELLI G. – PADOVINI F., *Recesso (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, 27

¹¹⁶ Cass. 14/6/1990, n. 5777, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 452: “il collegamento funzionale tra il contratto di appalto e quello di compravendita con cui è stata acquisita proprietà esclusiva delle varie parti d'immobile ad opera dei singoli condomini ... giustifica la esclusione della facoltà del singolo condomino di sciogliere unilateralmente il rapporto stesso”.

¹¹⁷ In tal senso già CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1971, 326; GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 350; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1998

il riferimento sono quelle dell'inadempimento che si verifica nell'ambito di uno dei due contratti; ma si può ritenere che esso possa valere in ogni ipotesi di risoluzione, indipendentemente dalla causa che l'abbia determinata.

Ciò significa, pertanto, che la risoluzione per inadempimento dell'un contratto determina la risoluzione anche dell'altro, al primo collegato ¹¹⁸.

L'inadempimento che legittima la richiesta di risoluzione del contratto deve essere esaminato alla luce dell'intera operazione economica. In particolare, lo stesso giudizio sulla gravità dell'inadempimento va condotto tenendo conto delle prestazioni nascenti dalla fattispecie complessiva e non di quelle risultanti da ciascun contratto singolarmente considerato, di talché il contratto collegato potrà subire la medesima sorte (risoluzione) dell'altro qualora l'inadempimento che ha afflitto l'altro contratto faccia venir meno il rapporto funzionale, l'equilibrio sinallagmatico, tra le reciproche attribuzioni oggetto dell'unico scopo pratico perseguito con l'operazione posta in essere ¹¹⁹.

Nel valutare l'ipotesi di risoluzione di un contratto collegato occorre, pertanto, prestare attenzione alla verifica delle condizioni di impiego della regola che estende la risoluzione anche al contratto collegato, senza limitarsi a ritenere sufficiente il riscontro

¹¹⁸ Cass. 26/9/1977, n. 4081, in *Mass. Giur. it.*, 1977; Cass. 21/10/1983, n. 6193, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1310; Cass. 28/6/2001, n. 8844, in *Giur. it.*, 2002, 1618.

¹¹⁹ Cass. 21/10/1983, n. 6193, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1121, con nota di MONTICELLI, *Indivisibilità oggettiva della prestazione*; Cass. 26/10/1985, n. 5277, in *Mass. Giur. it.*, 1985.

dell'esistenza di un nesso di collegamento funzionale tra i contratti¹²⁰, ma compiendo un'indagine che ponga all'attenzione dell'interprete la funzione unica perseguita dalle parti e l'equilibrio globale dell'operazione necessario al suo perseguimento.

Naturalmente, le osservazioni appena svolte risultano ancor più rilevanti qualora tra i contratti collegati non vi sia identità soggettiva tra le parti, perchè in tal caso le verifiche da compiere sulle circostanze concrete – al fine di individuare l'unitarietà della funzione perseguita nell'ambito di un disegno per tutti unitario – meritano maggiore attenzione; di certo non deve ritenersi sufficiente applicare in modo automatico e acritico la regola *simul stabunt simul cadent*¹²¹.

Vi è poi la questione, relativa all'eccezione di inadempimento. La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità¹²², così come la

¹²⁰ Procedimento che, peraltro, si rinviene in numerose sentenze: Cass. 26/9/1977, n. 4081; Cass. 28/6/2001, n. 8844, in *Giur. it.*, 2002, 1618.

¹²¹ In alcuni casi, ad esempio, è stato ritenuto necessario (ma anche sufficiente...) che l'esistenza del nesso obiettivo tra i contratti fosse noto al terzo contraente; altre volte, invece, ciò non è bastato.

¹²² Cass. 11/3/1981, n. 1389 in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 378: "il vincolo di corrispettività tra due o più prestazioni, che è l'ineliminabile presupposto su cui si fonda la deducibilità dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., può sussistere anche rispetto a prestazioni scaturenti da contratti strutturalmente autonomi, purché questi siano stati posti dalle parti in un rapporto di collegamento funzionale tale da dare un assetto unitario all'affare"; Cass. 19/4/1979, n. 2204, in *Rep. Giur. it.*, 1979, 492; Cass. 17/10/1995, n. 10820, in *Mass. Giur. it.*, 1995.

Il principio venne affermato già nel 1955 con la sentenza Cass. 21/6/1955, n. 1912, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1823, con riguardo a un caso di locazione di un impianto di registrazione sonora legato a un altro di licenza per la produzione, con tale impianto, delle madri sonore, in cui la corte osservava che "il collegamento di due o più negozi intimamente connessi esige che il comportamento delle parti sia valutato nel suo complesso e che le clausole di un negozio siano interpretate per mezzo di quelle dell'altro, giacché l'adempimento delle obbligazioni portate da uno dei negozi non può non riflettersi sull'adempimento di quelle portate dagli altri, onde l'*exceptio inadimpleti contractus* trova applicazione anche in caso di obbligazioni portate da negozi diversi".

dottrina ¹²³, anche la più risalente ¹²⁴, è sempre stata concorde nel ritenere che l'eccezione di inadempimento sia opponibile nell'ambito non solo di un singolo contratto, ma anche di più contratti collegati.

Con la precisazione, la stessa già segnalata per il caso della risoluzione, che al fine di riconoscere tale strumento in capo a tutte le parti dei diversi contratti collegati è necessario accertare il vincolo di corrispettività tra tutte le prestazioni caratterizzanti l'operazione economica unitaria, pur se nascenti da contratti differenti¹²⁵. Pertanto l'eccezione è opponibile in quanto le reciproche inadempienze, seppure riferibili a diversi contratti, vanno considerate o per la loro natura o perché così hanno voluto le parti, reciprocamente condizionate ad una valutazione unitaria o complessiva dell'operazione economica finale.

Veniamo infine all'ipotesi di nullità; dottrina ¹²⁶ e giurisprudenza pervengono unanimemente alla conclusione che un negozio collegato possa venir influenzato anche nella sua validità dalle vicende che inficiano l'altro negozio.

¹²³ BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 481; CIRILLO, *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento* in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 380.

¹²⁴ GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 350; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1971, 327.

¹²⁵ Cass. 19/4/1979, n. 2204, in *Rep. Giur. it.*, 1979, 492: "l'*exceptio inadimpleti contractus* non è opponibile se non in quanto sussista un rapporto di corrispettività tra la prestazione che si assume non adempiuta e quella di cui si pretende di rifiutare l'adempimento: ne consegue che nell'ipotesi di più negozi essa non è opponibile allorché le reciproche inadempienze si riferiscano a rapporti distinti e autonomi, o comunque tali da non poter essere considerati in modo autonomo, oppure come reciprocamente condizionati".

¹²⁶ SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., 197; CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, cit., 415; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1998

In particolare al collegamento negoziale si ritiene applicabile la disposizione di cui all'art. 1419 c.c., secondo cui la nullità parziale di un contratto o la nullità delle singole clausole importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte del suo contenuto che è colpita da nullità.

Ove, dunque, la nullità colpisca uno dei contratti collegati si tratta di stabilire, proprio come nel caso della nullità parziale, se i contraenti avrebbero o meno concluso l'operazione economica complessiva; si tratta di un accertamento insito nell'essenza stessa del collegamento, e si sostanzia nella ricerca dell'interdipendenza funzionale tra i due negozi, tale per cui l'inutilità dell'uno deriva dall'invalidità dell'altro, senza il quale non può stare.

3. L'operazione economica

Si è più volte fatto riferimento sopra all'attenzione che l'interprete deve prestare all'operazione complessivamente considerata, agli equilibri globali dell'affare posto in essere mediante la connessione tra negozi.

Non pare fuor di luogo introdurre, incidentalmente e per completezza, alcune brevi riflessioni sulla recente tendenza di una parte della dottrina ad individuare nella "operazione economica" una nuova categoria giuridicamente rilevante.

Ciò perché, come vedremo meglio in seguito, tale ricostruzione è stata consacrata a livello europeo dalla Direttiva 2008/48/CE, anche se, in fase di recepimento, il legislatore nazionale l'ha espunta, optando per una formulazione più restrittiva e schematica.

Tale recente impostazione riconduce il collegamento negoziale entro l'ambito della c.d. "operazione economica", categoria concettuale identificata come "*sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano*"¹²⁷.

L'esigenza alla base della nuova¹²⁸ categoria è simile a quella che ha spinto ad approfondire la teorica del collegamento negoziale: come il singolo contratto non sempre esaurisce "l'affare" divisato dalle parti, così esso può rappresentare soltanto una porzione di quell'affare, ove l'assetto di interessi complessivo sia consegnato ad una pluralità di contratti tra loro collegati.

In entrambi i casi (contratto-operazione e collegamento-operazione) si avverte la necessità di non restare ancorati ai limiti, spesso angusti, del tipo legale. L'operazione economica, per la sua

¹²⁷ GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 93; ID., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 719; D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, in ALPA - BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, Appendice di aggiornamento, I, Torino, 1999, 257; ID., *Operazione economica e strumenti negoziali*, in ALPA - BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, Appendice di aggiornamento, I, Torino, 1999, 291.

maggior elasticità rispetto al tipo, viene pertanto considerata strumento concettuale utile al fine di dare adeguato spazio agli interessi concretamente perseguiti dalle parti, che altrimenti rischiano di venire soffocati dalla rigidità dello schema del tipo ¹²⁹.

La dottrina favorevole all'accoglimento della categoria pone in evidenza come i due concetti di contratto e di operazione non siano in posizione antagonista, poiché esprimono entrambi l'atto di autonomia privata, pur se da due differenti prospettive, che comunque rinvergono il loro punto di congiunzione nell'unità del negozio.

L'operazione può pertanto avere una struttura semplice ovvero complessa, quando si compone di una pluralità, di un collegamento o di un gruppo di atti o negozi.

Naturalmente, il problema di fondo che incontra l'operazione economica come categoria giuridica è quello di superare il dubbio se il rapporto tra contratto e operazione economica sia solo nominalistico, descrittivo, ovvero assuma rilevanza ordinante anche in termini applicativi ¹³⁰.

Tale dubbio, anche a parere di chi scrive, non è superato, pur se taluno osserva che l'operazione economica ha ricevuto pieno riconoscimento come categoria giuridica ordinante con

¹²⁸ Si precisa che in realtà non si tratta di "nuova" categoria, in quanto essa era stata diffusamente analizzata in dottrina già dagli anni sessanta (FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 251)

¹²⁹ LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, 182.

¹³⁰ GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*

l'introduzione dell'art. 1469 *ter*, 1° comma c.c., oggi trasfuso nell'art. 34 Cod. Cons. 1° comma ¹³¹.

Abbraccia senza remore tale impostazione il Lodo Gazzoni 2/3/1996305 in cui, testualmente, si afferma che *“ricostruendo la fattispecie in termini di operazione economica unitaria, seppur composta da una pluralità di negozi tra loro collegati, l'accordo di collegamento fa sì che le distinte cause negoziali siano preordinate nell'intenzione delle parti alla realizzazione di uno scopo pratico unitario. Tale accordo non dà vita peraltro ad una fattispecie, per così dire, sopranegoziale ... In tal modo i negozi collegati esprimono isolatamente considerati, una frazione dell'intento unitario, individuabile nella sua interezza solo a seguito di una valutazione globale dei negozi stessi, l'uno in relazione dell'altro. Ecco perché essi si trovano in un rapporto tale per cui la validità ed efficacia dell'uno influenza la validità ed efficacia dell'altro ... E' pertanto all'operazione che deve aversi riguardo quando si tratta di stabilire la sorte dei contratti collegati, cosicché essa acquista autonoma rilevanza giuridica e come tale va, infatti, valutata in chiave di liceità e meritevolezza dell'interesse ai sensi dell'art. 1322 c.c. Non potrebbe altrimenti comprendersi il motivo per il quale un contratto dovrebbe essere risolto sol perché altro contratto del tutto autonomo casualmente e strutturalmente risulta, sul piano genetico o funzionale, viziato”*¹³².

¹³¹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 802.

¹³² In *Riv. arbitr.*, 1996, 353

È dunque tramite la riconduzione all'unità derivante dall'operazione negoziale che si giustifica il modo di essere e di operare del collegamento negoziale. E da qui si giunge a ritenere che il principio *simul stabunt simul cadent* non significa che la risoluzione di un negozio comporti la risoluzione dell'altro se non in via strumentale al fine di porre nel nulla l'unitaria operazione economica¹³³.

4. Il primo collegamento negoziale nel credito al consumo

Completata, seppur in maniera estremamente sintetica, l'esposizione delle problematiche dogmatiche connesse al tema del collegamento contrattuale in generale, è ora il caso di volgere lo sguardo ai profili normativi del credito al consumo.

In Italia la categoria del collegamento negoziale si afferma, come detto, grazie all'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza; negli ultimi tempi, tuttavia, essa era già giunta ad essere oggetto di considerazione, di riconoscimento giuridico, da parte del legislatore, attraverso previsioni normative con cui l'ordinamento individuava l'autonoma fattispecie di collegamento, distinta dalle singole fattispecie contrattuali, conferendo rilevanza giuridica e normativa all'interdipendenza di negozi in quanto tale, al fine di connettervi determinate conseguenze giuridiche.

¹³³ GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*

Il primo esempio di riconoscimento legislativo del collegamento contrattuale è stato da molti ¹³⁴ ravvisato nella previgente disciplina del credito al consumo (segnatamente negli artt. 18-24 della l. 19.2.1992, n. 142, poi trasfusi negli artt. 121-126 del TUB) che, seppure in termini tutto sommato attenuati, tendeva a valorizzare il collegamento che sussiste fra il contratto di acquisto e quello di finanziamento¹³⁵.

Per vero, già prima dell'intervento del legislatore, la giurisprudenza aveva riconosciuto il carattere unitario di tale operazione economica, stabilendo che nel caso di mancata consegna del bene dovesse cadere l'intera operazione e che il finanziatore fosse tenuto a richiedere la restituzione della somma mutuata non all'acquirente ma al venditore, unico beneficiario economico effettivo del finanziamento¹³⁶.

Successivamente il codice del consumo disciplinò espressamente i rapporti tra i soggetti che intervengono nell'operazione: in particolare l'art. 42 cod. cons. – oggi abrogato dal D.Lgs in commento – mirò a ricomporre ad unità l'operazione

¹³⁴ Il fatto che la disciplina del credito al consumo sia la prima forma di riconoscimento legislativo del collegamento negoziale è sempre stato sostenuto da Gilda Ferrando, la quale infatti precisa che “fino ad ora oggetto di elaborazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, il collegamento tra contratti giunge ad essere oggetto di considerazione, di riconoscimento normativo, da parte del legislatore. La disciplina del credito al consumo (artt. 18-24 della l. 19.2.1992, n. 142) poi ricompresa nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia (artt. 121-126 d.lgs. 385/93) disciplina infatti i riflessi che l'inadempimento del fornitore determina sul contratto di finanziamento, con ciò dando espressa rilevanza al carattere unitario dell'operazione economica che si articola nella conclusione dei distinti contratti di vendita e di mutuo” (FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *N.G.C.C.*, 1997, 233; ID., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. impr.*, 2000, 137).

¹³⁵ COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, 20.

¹³⁶ Cfr. Cassazione n. 474 del 20/1/1994; App. Milano 3/7/1991, in *Giur. Merito*, 1993, I, 1016, con nota di CRICENTI

complessiva formalmente strutturata in due contratti autonomi e distinti.

Altro esempio di riconoscimento legislativo del collegamento negoziale fu ravvisato nella disciplina degli acquisti immobiliari in “multiproprietà”¹³⁷, per i quali l’art. 77 cod. cons. prevedeva (e prevede tutt’oggi) che se l’acquirente avesse esercitato il diritto di recesso dal contratto di acquisto di un diritto di godimento ripartito di beni immobili, anche il contratto di concessione del credito stipulato per il pagamento del prezzo si sarebbe risolto di diritto.

Come si vede, un tipico effetto del collegamento negoziale, la risoluzione del contratto di credito a seguito della risoluzione di quello cui risulta collegato funzionalmente, in questo caso è espressamente previsto dalla norma. Anzi, la norma prevede come conseguenza “diretta” la risoluzione di diritto del contratto di credito collegato; il collegamento ha, qui, una connotazione molto più significativa rispetto alla fattispecie del credito al consumo, in cui, come abbiamo visto, la risoluzione non è altro che un effetto “indiretto” della norma dell’art. 42 cod. cons. che conferisce soltanto il diritto del consumatore di agire contro il finanziatore.

Lo stesso meccanismo di risoluzione di diritto del contratto di credito era previsto dalla previgente disciplina sui contratti a distanza e sui contratti stipulati fuori dai locali commerciali: l’art. 67 cod. cons. (che conteneva disposizioni comuni

¹³⁷ Come è noto, anche tale disciplina è ora transitata, integralmente e senza modifiche, nel codice del consumo, agli artt. da 69 a 81; il precedente d.l. 9/11/1998, n. 427, che per primo l’ha introdotta, risulta pertanto abrogato.

ai due tipi) stabiliva infatti che, qualora il prezzo di un bene o di un servizio fosse interamente o parzialmente coperto da un credito concesso al consumatore dal professionista ovvero da terzi in base ad un accordo (anche qui non si precisava “di esclusiva”) tra questi e il professionista, il contratto di credito si intendeva risolto di diritto, senza alcuna penalità, nel caso in cui il consumatore avesse esercitato il diritto di recesso conformemente alle disposizioni dell’articolo.

In assoluto più dirompente, sul piano che ora stiamo trattando, è stata l’introduzione nel tessuto normativo vigente dell’art. 1469 *ter*, primo comma, c.c. (introdotto con l. 52/1996 e ora trasfuso nell’art. 34 cod. cons.), in base al quale “*la vessatorietà di una clausola è valutata ... facendo riferimento alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende*”¹³⁸.

Il passaggio fu molto significativo, sia perché, per la prima volta il termine “collegato” faceva capolino su dei testi normativi, sia perché prevedeva che l’interpretazione complessiva del contratto dovesse abbracciare l’intera catena dei contratti ad esso collegati, fornendo la base normativa per un’interpretazione unitaria dei negozi collegati: dinanzi a contratti tra i quali veniva accertato un collegamento, l’interprete poteva e doveva procedere ad una valutazione d’insieme e, in particolare, il “significativo squilibrio” di

¹³⁸ FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. impr.*, 2000, 140;

una clausola doveva essere valutato avuto riguardo all'operazione complessiva¹³⁹.

La novità risultò viepiù significativa, inoltre, perchè si trattava di una norma che non trovava corrispondente nel testo della direttiva comunitaria 93/13 del 5/4/1993, in cui si parlava di contratto "dipendente" e non collegato¹⁴⁰, e la cui rilevanza non è sfuggita a quanti hanno ravvisato addirittura la possibilità che essa potesse essere applicata anche al di fuori dell'ambito soggettivo della disciplina dei contratti dei consumatori, e quindi in generale per valutare la vessatorietà delle clausole contrattuali¹⁴¹.

In forza dell'art. 34 cod. cons., dunque, si può fondatamente ritenere, insieme ad autorevole dottrina, che *“la categoria del collegamento negoziale si sia tramutata da categoria esclusivamente dottrinal-giurisprudenziale in vera e propria categoria normativa, sia pure limitatamente ad uno*

¹³⁹ LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 145; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1998

¹⁴⁰ FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *N.G.C.C.*, 1997, 233; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 272, il quale espone anche una breve descrizione delle normative di attuazione di alcuni altri Stati membri.

¹⁴¹ FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, cit., 140; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., 166; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., 54. Di contrario avviso è COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 267, il quale acutamente osserva: "l'eccessiva enfaticizzazione del ruolo rivestito dalla esplicita previsione normativa della rilevanza del collegamento tra contratti può nascondere diverse insidie per la categoria di cui ci stiamo occupando: ricollegarne infatti la rilevanza ad una specifica norma di legge, e non ad un principio fondante del sistema, quale quello dell'autonomia privata, potrebbe significarne il confinamento entro i più o meno angusti limiti fissati nella norma stessa ... l'art. 1469 ter, primo comma, non può configurarsi come il fondamento della rilevanza del collegamento tra contratti, ma rappresenta invece il semplice recepimento, da parte del legislatore, di un principio che la dottrina e la giurisprudenza da tempo avevano provveduto a trarre dal sistema".

*specifico settore (ma di grandissima importanza) del diritto dei contratti”*¹⁴².

Inoltre, considerato il tipo di rilevanza che viene attribuito al collegamento negoziale dalla norma in questione, si può evidenziare come il legislatore abbia pienamente recepito gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali da tempo dominanti inclini ad assegnare alla categoria una valenza non limitata agli aspetti puramente patologici degli atti di autonomia – in applicazione del principio *simul stabunt simul cadent* – ma estesa anche a quelli più squisitamente fisiologici, e segnatamente a quello relativo al profilo dell’interpretazione¹⁴³.

5. Il collegamento contrattuale nel D.Lgs. 141/2010

Sulla scia di quest’ultima considerazione, si pone il riconoscimento normativo del collegamento dei contratti come effettuato dal d.lgs. 141/2010.

Tuttavia, nel recepire la direttiva europea sul punto, l’approccio del legislatore italiano è molto più timido e restrittivo, definendo come contratto di credito collegato quello che è “*finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici se ricorre almeno una delle seguenti condizioni:*

¹⁴² COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*,

¹⁴³ COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*,

1) *il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito;*

2) *il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito;”.*

L’opzione è più restrittiva perché, come emerge dal raffronto tra le due definizioni, in quella italiana viene espunto qualsiasi riferimento all’*“unica - sinonimo di unitaria - operazione commerciale”*, individuata, invece, dal legislatore comunitario.

Dall’altro lato, la restrittività della definizione italiana emerge anche dal fatto che essa fissa come esclusivo requisito (la condizione 1) ciò che la direttiva europea aveva indicato quale mero indice presuntivo dell’esistenza di un collegamento, il cui accertamento, anche in assenza della fattispecie tipizzata, poteva comunque dare risultati positivi nel caso si fosse realizzata in altro modo un’unica operazione commerciale.

Il legislatore europeo aveva cioè individuato e tipizzato delle figure sintomatiche del collegamento negoziale, ma aveva volutamente lasciato aperta la possibilità che oltre a dette figure se ne ravvisassero delle altre nel caso in cui realizzassero la medesima operazione commerciale.

Per dirla con le parole di recente dottrina *“nell’ottica della direttiva la circostanza che nessuna delle due condizioni individuate nei nn. 1 e 2 della lett. d. dell’art. 121 TUB ricorra nel caso concreto, di per sé sola, non dovrebbe precludere in modo assoluto la*

possibilità di ritenere comunque sussistente un collegamento negoziale, laddove altri indici ed elementi oggettivi della fattispecie consentano ed impongano di ravvisare nei due contratti “una operazione commerciale oggettivamente unica”¹⁴⁴.

Ciò posto, occorre valutare come il d.lgs disciplini le varie ipotesi di patologia dei contratti previste dalla legge e se, e come, possano individuarsi delle discipline extralegali per i casi non espressamente disciplinati.

Si procederà dapprima secondo le ipotesi normativamente previste (recesso del consumatore ed inadempimento del fornitore), per volgersi poi a quelle (parimenti importanti) dell’inadempimento del consumatore, della risoluzione per motivi diversi dall’inadempimento e della nullità.

6. Il collegamento tra il recesso dal finanziamento e il recesso dall’acquisto

Per quel che riguarda il recesso, a cui è interamente dedicato il V capitolo, si analizza in questa parte il limitato aspetto del collegamento negoziale, vale a dire le conseguenze o meno che il

¹⁴⁴ De Cristofaro, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del T.U. bancario, cit.

recesso dal finanziamento ex art. 125 ter avrebbe sul contratto di fornitura/prestazione di merci/servizi.

S'è già anticipato che, ove il consumatore goda di un diritto di recesso tanto dal contratto d'acquisto (e cioè nei casi contemplati dal codice del consumo: contratti fuori dei locali commerciali e contratti a distanza, contratto di multiproprietà) che dal contratto di credito (nelle ipotesi previste dal Decreto in commento), il recesso effettuato nei confronti del contratto principale implica, per effetto dell'art. 67 comma 6° cod. cons., l'automatica risoluzione di diritto del collegato contratto di credito.

In senso inverso, invece, il recesso dal contratto di credito non si estende affatto al contratto di fornitura di beni o servizi eventualmente concluso, che resta valido ed efficace *inter partes*.

Allo stesso modo, se invece il consumatore ha posto in essere un contratto di fornitura di beni in cui non è dato alcun diritto di recesso perché, ad esempio, avvenuto presso i locali del venditore, come nel caso di acquisto di un'autovettura presso la concessionaria, il consumatore può solo recedere dal contratto di credito, ma tale recesso non si estenderà al contratto d'acquisto che resterà valido ed efficace tra le parti.

In casi del genere può anzi affermarsi che il diritto di recesso, tanto sbandierato dalle finanziarie e dai rivenditori, sia un falso diritto, concernendo soltanto il contratto di credito e non estendosi al contratto di fornitura. Si presuppone, tra l'altro, che il più delle volte chi ricorre al credito al consumo non ha la liquidità sufficiente per

comprare in contanti il bene, quindi, una volta effettuato l'acquisto, l'eventuale esercizio del diritto di recesso dal contratto di credito, lungi dal liberare il consumatore da un impegno sconsiderato, avrà anzi l'effetto di aggravarne le condizioni economiche di debito non potendo beneficiare del pagamento rateale ed essendo al contrario tenuto nei confronti del rivenditore ad un pagamento in unica soluzione.

7. L inadempimento del fornitore

Altra ipotesi da valutare è connessa all'inadempimento del fornitore al fine di individuare le sue conseguenze sugli altri contratti collegati. L'ipotesi è stata fatta oggetto di modifica legislativa ad opera del d.lgs in commento che ha introdotto l'art. 125 quinquies, rubricato, appunto, "inadempimento del fornitore": *"Nei contratti di credito collegati, in caso di inadempimento da parte del fornitore dei beni o dei servizi il consumatore, dopo aver inutilmente effettuato la costituzione in mora del fornitore, ha diritto alla risoluzione del contratto di credito, se con riferimento al contratto di fornitura di beni o servizi ricorrono le condizioni di cui all'articolo 1455 del codice civile"*, vale a dire se l'inadempimento non è di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte.

La norma appena indicata è stata finalmente introdotta dall'ordinamento italiano per la duplice spinta della direttiva europea e della giurisprudenza nazionale e comunitaria. Prima, infatti, tutela

simile era accordata al consumatore solo nel caso in cui sussistesse un accordo che attribuisse al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore.¹⁴⁵

Per quel che riguarda la direttiva europea, il 38° considerando prevede che *“A determinate condizioni, il consumatore dovrebbe poter agire nei confronti del creditore in caso di problemi con il contratto d'acquisto. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero stabilire in quale misura e a quali condizioni il consumatore debba agire contro il fornitore o prestatore, in particolare esperendo un'azione giudiziaria nei loro confronti prima di poter agire contro il creditore.”*

Successivamente il secondo comma dell'art. 15, rubricato *“contratti di credito collegati”*, dispone appunto che *“Qualora le merci o i servizi oggetto di un contratto di credito collegato non siano forniti o siano forniti soltanto in parte o non siano conformi al contratto per la fornitura degli stessi, il consumatore ha il diritto di agire nei confronti del creditore se ha agito nei confronti del fornitore o prestatore, senza ottenere la soddisfazione che gli spetta ai sensi della legge o in virtù del contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi. Gli Stati membri stabiliscono in che misura e a quali condizioni possono essere esperiti tali rimedi.”*

¹⁴⁵ Il previgente art. 125 (Disposizioni varie a tutela dei consumatori) comma 4 del TUB disponeva: *“Nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore.”*

Come emerge dalla norma l'Europa ha finalmente superato il precetto della precedente direttiva CEE/87/102 che, all'art. 11 par. 2, richiedeva, al fine di poter agire contro il finanziatore, l'esistenza (la cui prova era a carico del consumatore) di un accordo di esclusiva tra fornitore e finanziatore per la concessione del credito ai consumatori. La regola, che era stata recepita nell'oggi abrogato art. 42 cod. consumo, era stata peraltro già fatta oggetto di censure da parte della Corte di Giustizia la quale aveva così statuito: *“occorre risolvere la questione sollevata dichiarando che l'art. 11, n. 2, della direttiva 87/102 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella della causa principale, l'esistenza di un accordo tra il creditore ed il fornitore, sulla base del quale un credito è concesso ai clienti di detto fornitore esclusivamente da quel creditore, non è un presupposto necessario del diritto per tali clienti di procedere contro il creditore in caso di inadempimento delle obbligazioni che incombono al fornitore al fine di ottenere la risoluzione del contratto di credito e la conseguente restituzione delle somme corrisposte al finanziatore”*¹⁴⁶.

Da canto suo, la giurisprudenza italiana aveva già rilevato la difficoltà, se non l'impossibilità, per il consumatore di provare l'esistenza di un accordo di esclusiva, nonché la possibilità di configurare il collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento ed il contratto di vendita anche in assenza di un accordo che attribuiva

¹⁴⁶ Corte Eur. Giust. 23.4.2009, proc. C- 509/07

al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito al cliente del fornitore¹⁴⁷.

Con le parole della Corte di Cassazione: *“per stabilire se ricorra un collegamento negoziale, trattandosi di materia in cui è sovrana l'autonomia privata ... il collegamento deve dipendere dalla genesi stessa del rapporto, dalla circostanza cioè che uno dei due negozi trovi la propria causa nell'altro, dall'intento specifico e particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica. Soltanto se la volontà di collegamento si è obiettivata nel contenuto dei diversi negozi, si può ritenere che entrambi o uno di essi, secondo la reale intenzione dei contraenti, siano destinati a subire le ripercussioni delle vicende dell'altro”*¹⁴⁸.

Per altro verso, l'opzione di subordinare l'azione verso il finanziatore alla sola messa in mora del fornitore (apparentemente favorevole per il consumatore) rischia di creare non pochi problemi applicativi, ed infatti il 38° considerando della direttiva europea invitava gli Stati membri a consentire l'azione verso il finanziatore solo dopo che avesse esperito l'azione giudiziaria verso il fornitore, di guisa che entrambi i giudizi avrebbero comportato la risoluzione tanto del contratto d'acquisto quanto del contratto di finanziamento.

Quali sono, infatti, natura ed effetto dell'atto di costituzione in mora come concepito dal novellato art. 125 quinquies TUB? Stando alla lettera della norma, sembrerebbe rispondere al classico invito ad

¹⁴⁷ Trib. Torino, 15/04/2003 Movimento consumatori C. Finconsumo s.p.a. in Giur. It., 2003, 2335

eseguire la prestazione. Ma che significato va attribuito all'avverbio "inutilmente"? Quanto tempo deve aspettare il consumatore dopo la costituzione in mora perché possa ritenersi che la stessa sia stata vana e possa procedersi all'azione di risoluzione verso il finanziatore? Basti pensare al mercato automobilistico (ove più frequentemente si verificano gli intoppi) in cui il venditore riesce a consegnare la macchina dopo tempi lunghi, e non sempre per sua colpa.

Ed inoltre, il semplice invito ad eseguire la prestazione (se non contenuto in una formale diffida ad adempiere) non implica di per sé la risoluzione del contratto d'acquisto. Quindi, cosa accade se, successivamente all'azione di risoluzione del contratto di credito, il fornitore si dichiara pronto ad effettuare la propria prestazione o agisca in via monitoria contro il cliente per il pagamento del prezzo?

Simili domande, in assenza di opportune previsioni normative, possono trovare soluzione esclusivamente nella teoria del collegamento negoziale con la conseguenza che risolto il contratto di credito viene travolto anche il contratto di fornitura ad esso collegato, e, comunque, deve ritenersi che, una volta avviata da parte del consumatore l'azione di risoluzione del contratto di credito, giochi anche a carico del collegato contratto di fornitura, la massima del brocardo "*electa una via non datur recursus ad alteram*", tale che può e deve considerarsi automaticamente risolto anche il secondo.

Ci si limita sommessamente a rilevare, come fatto poco sopra, che i delicati problemi appena esaminati avrebbero potuto evitarsi

¹⁴⁸ Cass. Civ. 8-7-2004 n. 12567

prescrivendo in luogo della costituzione in mora, una formale diffida ad adempiere ai sensi e per gli effetti dell'art. 1454 c.c., con termine stabilito per legge, che avrebbe comportato la risoluzione di diritto del contratto di fornitura.

Nel rapporto di fornitura in cui si innesta un'eventuale operazione di credito al consumo trova applicazione relativamente al primo la disciplina speciale sulla vendita di beni di consumo (attesa la configurazione soggettiva dell'acquirente, consumatore, e del fornitore, professionista), che si rinviene negli articoli da 128 a 135 del codice del consumo¹⁴⁹ in cui sono stati trasfusi gli articoli da 1519 *bis* a 1519 *nonies* del codice civile, ivi introdotti dall'art. 1 del d.lgs. 2/2/2002 n. 24 recante attuazione della direttiva 1999/44/CE¹⁵⁰.

Come è ora specificato dall'art. 128 cod. cons., tale disciplina non si riferisce solo al contratto tipico di compravendita, ma a tutti i contratti “comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo”, cioè a tutti i contratti a titolo oneroso con i quali un professionista si impegna a procurare al consumatore la disponibilità materiale e giuridica di un bene di consumo¹⁵¹. Essa pertanto è sempre

¹⁴⁹ Alcuni tra i primi commenti degli articoli da 128 a 135 del codice del consumo si trovano in: VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 863; CUFFARO, *Codice del consumo*, Milano, 2006, 458; STANZIONE – SCIANCALEPORE, *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006, 943; DI GIACOMINO RUSSO, *Sub artt. 128-135*, in AA.VV., *Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, 857.

¹⁵⁰ Per un attento esame della direttiva 1999/44/CE: DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Milano, 2000; ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 99/44/CE su “taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *Studium iuris*, 2000, 266.

¹⁵¹ DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, 983; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, in *Studium iuris*, 2002, p. 1178; CIATTI, *L'ambito di applicazione*, in BIN –

applicabile al contratto che, nell'ambito dell'operazione di credito al consumo, si definisce generalmente – non a caso – di “fornitura”.

La tutela predisposta dal *corpus* normativo appena citato, come disciplinata dall'art. 130 cod. cons., si articola in quattro distinti “diritti”, da intendersi più propriamente come rimedi (individuati secondo una gerarchizzazione interna¹⁵²), previsti per il caso in cui il bene consegnato al consumatore presenti un “difetto di conformità”¹⁵³ ed esercitabili nei confronti del fornitore: il diritto alla sostituzione del

LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in F. GALGANO (diretto da) Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Padova, 2003, p. 125.

¹⁵² G. PISCIOTTA, in R.ALESSI (a cura di) *La vendita di beni di consumo*, 2005, Milano, P. 105

¹⁵³ Sul concetto di “difetto di conformità” di cui all'art. 129 cod. cons. e, in particolare, sul fatto che non vi è più alcuna differenza di disciplina a seconda della tipologia di vizio o difetto riscontrato sul bene essendo la “conformità” un'unica fattispecie onnicomprensiva: VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 887; CUFFARO, *Codice del consumo*, Milano, 2006, 463; STANZIONE – SCIANCALEPORE, *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006, 967; DI GIACOMINO RUSSO, *Sub artt. 128-135*, in AA.VV., *Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, 866. Prima dell'entrata in vigore del cod. cons: DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, cit., 1013; ID., *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, in *Studium iuris*, 2002, 1180; CALVO, *Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519 ter c.c.*, in BIN – LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in F. GALGANO (diretto da) Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Padova, 2003, 135. Ancora prima dell'attuazione della direttiva 99/44 notava AMADIO *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 869: “la nozione di conformità opera come criterio sintetico del risultato traslativo, atto a verificare, nel bene venduto, tanto le eventuali imperfezioni e difetti inerenti al processo produttivo, quanto gli indici di appartenenza alla specie o al genere, quanto ancora l'idoneità ad assolvere la propria funzione economico sociale”.

Per l'ipotesi dell'*aliud pro alio*, parte della dottrina ha messo in dubbio che essa si presti ad essere ricompresa nella categoria del difetto di conformità, ritenendola piuttosto un caso di inadempimento dell'obbligazione di consegna in senso proprio, al quale il consumatore può reagire solo utilizzando i rimedi “tradizionali” di cui all'art. 1453 c.c.; si orientano in tal senso, tra gli altri: BIANCA, *Postilla (a S. Patti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 630; GAZZELLA, *L'aliud pro alio*, in BIN – LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., 287; LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003, 313; GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2003, 667. Contra: DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, 1016; PATTI, in PATTI (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004, 76.

bene, alla sua riparazione, alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto. Essi sono comunemente ricondotti alle due note categorie di rimedi: quelli “ripristinatori” della riparazione e della sostituzione, e quelli “tradizionali” della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto, aventi carattere subordinato e sussidiario rispetto ai primi ¹⁵⁴.

Ad essi si affianca, secondo le regole generali, il diritto ad ottenere il risarcimento degli eventuali danni cagionati dal difetto di conformità del bene di consumo; infatti, pur se né la direttiva 1999/44/CE né la normativa di attuazione abbiano contemplato il risarcimento dei danni quale forma di ulteriore tutela del consumatore si ritiene, come è noto, e nonostante l’ampio dibattito sviluppatosi sul tema ¹⁵⁵, che quest’ultimo possa avanzare – anche in via autonoma –

¹⁵⁴ Ampia è la bibliografia su tali rimedi. Per limitarsi ad alcuni tra i contributi più recenti, relativi all’art. 130 cod. cons., tra gli altri: ALPA – ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo*, Napoli, 2005; VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 922; CUFFARO, *Codice del consumo*, Milano, 2006, 469; STANZIONE – SCIANCALEPORE, *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006, 977; DI GIACOMINO RUSSO, *Sub artt. 128-135*, in AA.VV., *Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, 870; STRUKUL, *La vendita di beni di consumo fra dottrine e applicazioni giurisprudenziali*, in *Contratti*, 2007, 808. Ampiamente anche DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, 2005, 1037; LUMINOSO, *La responsabilità del venditore e i rimedi del compratore*, in BIN – LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., 351.

¹⁵⁵ Si è ampiamente dibattuto, in particolare, sul titolo in forza del quale è ammissibile il risarcimento, in particolare sulla possibilità – ammessa da ampia e autorevole dottrina – di invocare la tutela risarcitoria direttamente per violazione dell’obbligo di consegnare beni conformi al contratto, considerando la difformità del bene alla stregua di un inadempimento del venditore, legittimante l’azione a norma dell’art. 1218 c.c. e dunque al di fuori dal concetto di garanzia; si è inoltre dibattuto sulle condizioni di esercizio della relativa azione, cioè se essa debba essere esercitata autonomamente e negli ordinari termini di prescrizione ovvero se sia necessario rispettare comunque l’ordine gerarchico previsto dall’art. 130 nonché i limiti temporali di cui all’art. 132. Contrario Mazzamuto secondo cui “*il compratore potrà domandare il risarcimento del danno (sub specie di danno emergente e non certo di lucro cessante) solo all’epilogo della fase rimediabile allorchè l’inadempimento si è definitivizzato e si è quindi radicata la responsabilità del venditore*”, in R.ALESSI (a cura di) *La vendita di beni di consumo*, 2005,

pretese risarcitorie nei confronti del professionista¹⁵⁶, in forza del principio espresso dal primo comma dell'art. 135 cod. cons., in base al quale le disposizioni del capo relativo alla vendita dei beni di consumo “*non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico*”.

Nei confronti del finanziatore la tutela del consumatore sembrerebbe pacifica per il caso del grave inadempimento (ad es. mancata consegna del bene) del fornitore, nel senso che tale circostanza, normativamente prevista, dà diritto al consumatore, previa costituzione in mora del fornitore (sul punto v. supra), alla risoluzione del contratto di credito collegato, con diritto di ripetizione delle rate già pagate, nonché di ogni altro onere eventualmente applicato. Tuttavia, anche tale fattispecie è foriera di dubbi interpretativi, sia in ordine alla natura giuridica di tale diritto, sia nella parte in cui non contempla la possibilità per il consumatore di paralizzare le pretese del finanziatore sollevando eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c..

Milano, Pag. 401. Per una sintesi del noto dibattito, tra gli altri: VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 1038.

¹⁵⁶ G. PISCIOTTA, in R.ALESSI (a cura di) *La vendita di beni di consumo*, 2005, Milano, Pagg. 108 ss.; ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 9/44/CE su "taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"*, cit., 266; DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 12; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, cit., 1326; FADDA, *Il risarcimento dei danni*, in BIN – LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., 439; CUFFARO, *Codice del consumo*, cit., 477; DI GIACOMINO RUSSO, *Sub artt. 128-135*, in AA.VV., *Codice del Consumo*, cit., 898. Critico sulla scelta del legislatore comunitario di non prendere posizione sul problema: CIAN G., *Presentazione del Convegno*, in *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente dei beni di consumo*, *Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi*, Padova, 14-15 settembre 2001, Padova, 2002, 13.

Circa il primo aspetto, chi scrive ritiene trattarsi di un ordinario diritto potestativo alla risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. da attuare in via giudiziale solo ove il finanziatore non voglia riconoscerlo in via stragiudiziale. Autorevoli autori¹⁵⁷ sarebbero propensi, invece, a qualificarlo come un diritto di recesso in senso proprio; tuttavia, tale possibilità sembra smentita, oltre che dal tenore letterale del rimedio, che di risoluzione vera e propria parla, anche dalla circostanza che è pur sempre connesso ad un inadempimento negoziale, seppur di un contratto collegato.

Circa il secondo aspetto ci si chiede se, nella pendenza della costituzione in mora del fornitore, il consumatore potrà sospendere il pagamento nei confronti del finanziatore e comunque avvalersi dell'eccezione d'inadempimento. Ad avviso di chi scrive, la risposta è positiva, discendendo dalla logica giuridica che se il consumatore può, dopo avere costituito in mora il fornitore, agire per la risoluzione del contratto di credito, con possibilità di ripetere le somme indebitamente già versate, allo stesso modo deve essergli consentito di non versare delle somme che avrebbe diritto di ripetere successivamente in quanto intimamente connesse all'inadempimento del fornitore. Se cioè l'inadempimento del fornitore implica il diritto del consumatore di ottenere la risoluzione del contratto di credito (con diritto alla ripetizione delle somme indebitamente versate), non può che riconoscerglisi, in via d'eccezione, il potere di paralizzare la pretesa del finanziatore nel caso dell'inadempimento del fornitore.

¹⁵⁷ De Cristofalo, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u.

Tuttavia occorre mettere in guardia dai rischi che simile condotta può comportare. Quando, infatti, si parla di eccezione d'inadempimento, la si può intendere in senso processuale ed in senso sostanziale.

Dalla prima discende che la prevista titolarità dell'azione di risoluzione verso il finanziatore comporta verosimilmente la possibilità per il consumatore, se convenuto in giudizio dal finanziatore per l'adempimento dell'obbligo di restituzione della somma mutuata, di far valere i medesimi fatti che fondano quell'azione anche in via di "eccezione".

Dal punto di vista sostanziale, deve ritenersi che l'eccezione d'inadempimento implichi il diritto del consumatore di autosospendere il pagamento delle rate in considerazione dell'inadempimento del fornitore. Tuttavia, il consumatore dovrebbe sincerarsi che l'inadempimento del fornitore abbia i caratteri della definitività, perché, nel caso di un semplice ritardo (che rientri negli incerti limiti temporali di tolleranza di cui all'avverbio "inutilmente" contenuto nel comma primo dell'art. 125 quiquies), sia pure fronteggiato dal consumatore con la costituzione in mora, il mancato pagamento delle rate potrebbe avere conseguenze gravi nei rapporti col finanziatore, sia in termini di interessi moratori, sia per il diritto di quest'ultimo di chiedere la risoluzione del contratto di finanziamento con la conseguente decadenza dal beneficio del termine. In sostanza, la portata dell'eccezione d'inadempimento, e del conseguente

bancario, in Contratti, 2010

principio *inadimplenti non est adimplendum*, risulta fortemente mitigata nell'operazione di credito al consumo finalizzato.

Ci si chiede, poi, quali tutele abbia il consumatore verso il finanziatore nel caso di adempimento inesatto, perché parziale o per inesattezze qualitative o quantitative, tali comunque da non assumere il carattere della gravità, vertendosi in quest'ultima ipotesi in condizioni analoghe a quelle considerate poco sopra. Su questo punto, però, occorre intendersi, perché, come visto sopra, il consumatore può azionare una serie di rimedi nei confronti del fornitore direttamente, con la conseguenza che se il fornitore si adopera per correggere le proprie mancanze, il problema può ritenersi fisiologicamente interno al rapporto consumatore-fornitore, ed alla loro dialettica. In casi del genere, chi scrive non ritiene applicabile né il rimedio della risoluzione del contratto di credito (per l'insussistenza di alcun grave inadempimento, che la norma sembrerebbe richiedere come presupposto), né la possibilità per il consumatore di avvalersi dell'eccezione d'inadempimento, la quale, anche se in via generale è consentita per le ipotesi di adempimenti parziali o inesatti, risulta, come detto sopra, mitigata nel caso di operazione di credito al consumo finalizzato.

Infine, pur in mancanza di osservazioni della dottrina, come pure di precedenti giurisprudenziali, si deve sicuramente escludere che il consumatore possa rivolgersi al finanziatore al fine di ottenere la riparazione o la sostituzione del bene difforme.

Invece, a seguito dell'esperimento, con esito positivo, dell'azione di riduzione del prezzo nei confronti del fornitore, allora sembra di poter individuare una connessa azione nei confronti del finanziatore, connessione derivante, appunto, dal collegamento dei contratti: egli avrà la possibilità di richiedere una riduzione del rimborso complessivamente dovutogli. Ma si tratta di ipotesi solo qui teorizzate, non avallate – per quanto consta – da precedenti giurisprudenziali.

8. Inadempimento del consumatore e contratto collegato

Se è inadempiente il consumatore, cioè, nel caso in cui il consumatore non paghi, o non riesca a pagare, alle scadenze previste, le rate del finanziamento, accade qualcosa al contratto d'acquisto e che tutele ha il consumatore?

Più in particolare ci si chiede se siano applicabili al credito al consumo le norme contenute negli artt. 1525 e 1526 c.c. in tema di vendita con riserva della proprietà, specie a seguito del d.lgs. in commento che ha implicitamente abrogato l'art. 125 TUB. che recitava: *“Le norme dettate dall'articolo 1525 del codice civile si applicano anche a tutti i contratti di credito al consumo a fronte dei quali sia stato concesso un diritto reale di garanzia sul bene acquistato con il denaro ricevuto in prestito.”*

In sostanza, per effetto dell'intervento del terzo finanziatore in un rapporto originariamente bilaterale, strutturato sul modello della

vendita a rate, la disciplina dell'inadempimento del compratore verrebbe modificata *in pejus* in considerazione della tendenza del finanziatore a “frantumare” l'operazione, e a rimarcare l'autonomia e l'indipendenza dei due distinti contratti – quello di compravendita e quello di credito – mediante la previsione di clausole risolutive espresse per il caso di mancato pagamento di una sola rata del prezzo, aggirando proprio la disciplina garantista della vendita a rate con riserva della proprietà come risultante dagli artt. 1525 e 1526 c.c..¹⁵⁸

Ci si chiede inoltre se, in caso di mancata applicabilità analogica delle menzionate norme, il contratto di finanziamento resterebbe assoggettato alle regole generali di cui agli artt. 1819 e 1820 c.c., e quindi il consumatore sarebbe esposto alla risoluzione del contratto di finanziamento anche a seguito dell'inadempimento di una sola rata (o degli interessi) con conseguente condanna alla restituzione immediata dell'intera somma ottenuta a credito per la perdita del beneficio del termine.

Al fine di superare tale evidente iniquità, sin dall'entrata in vigore della legge 142/1992 sul credito al consumo la prevalente dottrina ha, con diversi argomenti, avallato la tesi dell'estensibilità dell'art. 1525 c.c. al credito al consumo in generale, anche qualora il

¹⁵⁸ L'art. 1525 c.c. prevede, imperativamente, che il mancato pagamento di una sola rata non dà luogo alla risoluzione del contratto (se la rata non supera l'ottava parte del prezzo) e inoltre, sempre in deroga alle regole generali, che il compratore non decade dal beneficio del termine relativamente alle rate successive.

L'art. 1526 c.c. invece, con riguardo agli effetti della risoluzione del contratto di vendita con riserva della proprietà, stabilisce che qualora essa dipenda dall'inadempimento del

bene acquistato grazie alla somma ricevuta a credito non fosse assistito da garanzia reale ¹⁵⁹.

Tuttavia, pur nella tentazione di offrire la più ampia tutela al consumatore, non può applicarsi in via analogica l'art. 1525 c.c. poiché disciplina un'ipotesi del tutto diversa, implicando, nel caso del grave inadempimento dell'acquirente, una conseguenza particolarmente grave: la risoluzione del contratto d'acquisto con il conseguente obbligo di riconsegnare il bene. Nel caso del credito al consumo, il contratto d'acquisto è, e resta, del tutto insensibile alle vicende tra consumatore e finanziatore. Quest'ultimo, infatti, ha scelto e ritenuto vantaggioso concedere quel finanziamento, ed ora accetta i rischi connessi all'inadempimento del consumatore. Il rapporto tra consumatore e finanziatore, una volta perfezionatosi ed avviatosi il contratto, sfugge alle influenze del contratto d'acquisto (salvo quelle normativamente previste), e si configura come un ordinario contratto di credito, soggetto come tale alle regole sue proprie. Quanti ritengono possa applicarsi in via analogica l'art. 1525 c.c. sono consapevoli dell'equivoco che ciò potrebbe rappresentare e tengono a

compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno.

¹⁵⁹ GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994, 127 che argomenta sostenendo che “è pacifico che, se il legislatore ha inteso contemperare la disciplina della vendita a rate con quella speciale prevista per gli autoveicoli, a maggior ragione non può aver voluto che le operazioni di credito al consumo aventi ad oggetto beni e servizi determinati fossero soggette ad una ratio diversa. Ciò che discende de plano da elementari valutazioni di buon senso”. Ma, anche prima dell'emanazione della disciplina positiva sul credito al consumo: FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 609; e prima ancora: PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976, 69.

precisare che la risoluzione colpirebbe soltanto il contratto di finanziamento, e non quello di compravendita¹⁶⁰.

La più immediata conseguenza all'inapplicabilità analogica dell'art. 1525 c.c., come anticipato sopra, sarebbe la consequenziale applicabilità degli artt. 1819 e 1820 c.c., che consentono che il mancato pagamento di una sola rata implichi la risoluzione del contratto di finanziamento.

Tuttavia, occorre non dimenticare che si è pur sempre nell'ambito del diritto dei consumatori, e, pertanto, possono e debbono trovare applicazione quelle norme del codice del consumo che impongono la declaratoria di nullità delle clausole che si presentino come vessatorie, in quanto determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Per questa strada, il consumatore potrebbe opporsi all'eventuale decreto ingiuntivo o all'azione avversi, affermando l'insussistenza della risoluzione contrattuale ed, al contrario, la pendenza e la vigenza *inter partes* del contratto di finanziamento (e quindi la facoltà di pagamento rateale) previa declaratoria di nullità delle clausole vessatorie che importano la risoluzione e la decadenza dal beneficio del termine per il mancato pagamento di una o poche più rate; al fine di qualificare come non grave il suo inadempimento, potrebbe avvalersi del parametro di riferimento normativo dell'art. 1525 c.c. che, in un'ipotesi molto affine, considera sostanzialmente

¹⁶⁰ Carriero in Capriglione, Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia,

grave il mancato pagamento di una quota solo quando supera l'ottava parte del prezzo complessivo.

Oltre a ciò, secondo autorevole dottrina, potrebbe anche esperire domanda riconvenzionale per ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. nel caso di clausole contrattuali particolarmente inique (che prevedano ad esempio, il diritto del finanziatore a trattenere le rate già riscosse e, in più, quello alla differenza tra il valore attuale del bene e l'ammontare complessivo del finanziamento) ¹⁶¹.

Anche all'applicabilità analogica dell'art 1526 c.c. ci si sente di dare risposta negativa, a differenza di parte della dottrina ¹⁶²secondo cui il procedimento di estensione analogica della norma dell'art. 1526 c.c. al credito al consumo possa ben giustificarsi nell'identità di *ratio* della disciplina dei due istituti: quella, cioè, della protezione del contraente debole, individuato nella parte acquirente sia nella vendita a rate con riserva della proprietà sia nel credito al consumo finalizzato. L'argomentazione appena esposta si giustificherebbe, ulteriormente, nel fatto che essa combacia con le ragioni e le affermazioni poste a sostegno della giurisprudenza della Suprema Corte a sezioni unite del 7 gennaio 1993 n. 65, nella parte in cui afferma l'applicabilità dell'art. 1526 c.c. al leasing cosiddetto traslativo. ¹⁶³

II, 108; Ferrando, Rivista Diritto Commerciale, 91, I, 611

¹⁶¹ CARRIERO, *ivi*, 108

¹⁶² MACARIO, Il credito al consumo, in E. GABRIELLI – MINERVINI (a cura di), I contratti dei consumatori, Torino, 2005, 647

¹⁶³ La risoluzione della locazione finanziaria, per inadempimento dell'utilizzatore, non si estende alle prestazioni già eseguite, in base alle previsioni dell'articolo 1458, comma 1, del c.c. in tema di contratti a esecuzione continuata e periodica ove si tratti di leasing cosiddetto di godimento, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto (con conseguenziale marginalità dell'eventuale

A sommo avviso di chi scrive, non vi sono i presupposti per l'applicazione analogica dell'articolo 1526 cc. giacché, come già precisato in ordine all'inapplicabilità dell'art. 1525 c.c., la fattispecie del credito al consumo, è affatto diversa.

Il contratto d'acquisto è perfezionato ed estraneo ai rapporti tra consumatore e finanziatore, e, pertanto, la fattispecie ha presupposti diversi da quelli di cui all'art. 1526 c.c. ove il compratore in caso di inadempimento deve restituire il bene, e proprio in virtù di questa circostanza si spiega il suo diritto a ripetere le rate già pagate: è venuta meno la causa dei suoi pagamenti. Nel caso del credito al consumo, il contratto d'acquisto è salvo, e l'unica cosa che rileva è un rapporto tra finanziatore e consumatore che soggiace, in caso di patologie, alla disciplina del credito al consumo, come risultante, in assenza di indicazioni normative specifiche all'interno del TUB, dai principi generali del codice civile e da quelli speciali del codice del consumo.

Certamente il consumatore potrà invocare, come precisato sopra, la vessatorietà delle clausole particolarmente inique, ma non ci si può spingere a ritenere applicabile il disposto dell'art. 1526 c.c. comportante il diritto di ripetere le rate versate in considerazione del fatto che il consumatore non è tenuto a restituire il bene acquistato.

opzione), e dietro canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi. La risoluzione medesima, invece, si sottrae a dette previsioni, e resta soggetta all'applicazione in via analogica delle disposizioni fissate dall'articolo 1526 del c.c. con riguardo alla vendita con riserva della proprietà, ove si tratti di leasing cosiddetto traslativo, pattuito con riferimento a beni atti a conservare a quella scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione, e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto (rispetto a cui la concessione in godimento assume funzione strumentale), Cass. civ. Sez. Unite, 07/01/1993, n. 65.

9. Sulla risoluzione per ragione diversa dall'inadempimento

La risoluzione per ragione diversa dall'inadempimento (ad esempio, per impossibilità sopravvenuta; difficilmente, invece, potrà verificarsi un'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta) non comporta considerazioni diverse rispetto a quella derivante da inadempimento contrattuale. Devesi sempre svolgere un'indagine sull'intera operazione economica. Anche qui non basta la mera esistenza di un nesso di collegamento funzionale tra i contratti¹⁶⁴, ma occorre compiere un'indagine volta ad accertare la funzione unica perseguita dalle parti e l'equilibrio globale dell'operazione.

Ciò posto non può non concludersi che all'impossibilità sopravvenuta del contratto di fornitura (in realtà l'unica ipotesi degna di considerazione, dovendo le altre parti effettuare pagamenti in denaro – *genus nunquam perit* -) potrà verosimilmente applicarsi in via analogica la disciplina dell'inadempimento del fornitore di cui s'è trattato sopra.

10. La nullità

Come visto più in generale, dottrina¹⁶⁵ e giurisprudenza¹⁶⁶ pervengono unanimemente alla conclusione che un negozio collegato

¹⁶⁴ Procedimento che, peraltro, si rinviene in numerose sentenze: Cass. 26/9/1977, n. 4081; Cass. 28/6/2001, n. 8844, in *Giur. it.*, 2002, 1618.

¹⁶⁵ SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., 197; CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, cit., 415; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1998, 75.

possa venir influenzato anche nella sua validità dalle vicende che inficiano l'altro negozio, ritenendo applicabile la disposizione di cui all'art. 1419 c.c. che richiede di valutare se i contraenti avrebbero o meno concluso l'operazione economica complessiva; si tratta di un accertamento insito nell'essenza stessa del collegamento, e si sostanzia nella ricerca dell'interdipendenza funzionale tra i due negozi, tale per cui l'inutilità dell'uno deriva dall'invalidità dell'altro, senza il quale non può stare¹⁶⁷.

Nell'ipotesi del credito al consumo, la nullità del contratto d'acquisto (specie se finalizzato) si riverbera senz'altro su quello di credito, facendo venire meno la causa stessa del secondo¹⁶⁸.

Specularmente, la nullità del contratto di credito dovrebbe a rigore comportare la nullità del contratto d'acquisto perché si presume che il consumatore si sia determinato all'acquisto solo in quanto facultato di pagare ratealmente. Tuttavia, non ci si sente di dare al quesito una risposta univoca, potendo, dal globale contegno delle parti, dedursi che per il consumatore il pagamento rateale rappresentava soltanto uno dei modi di pagamento del bene,

¹⁶⁶ Cass. 12/12/1995, n. 12733, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2697; Cass. 18/1/1988, n. 321, cit.; Cass. 30/5/1987, n. 4822, in *Giur. civ.*, 1987, I, 2883; Cass. 12/2/1980, n. 1007, in *Mass. Giur. it.*, 1980.

¹⁶⁷ RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 42

¹⁶⁸ V. in particolare Trib. Firenze 30.5.2007, in *Contratti* 2008, 261, che sancita la nullità del contratto principale e riscontrato un collegamento non occasionale con il contratto di finanziamento – desumibile dall'intento specifico di coordinare i due negozi – estende al contratto di finanziamento gli effetti della declaratoria di nullità della vendita, per mancanza di causa del primo, prevedendo altresì l'obbligo di richiedere la restituzione della somma non al mutuante bensì al venditore che non ha più titolo per trattenerla. Nella fattispecie peraltro l'autonomia tra i due negozi, suffragata dalla clausola d'inopponibilità al mutuatario delle eccezioni relative al contratto di vendita, è stata privata di fondamento con la declaratoria di nullità della clausola in quanto abusiva.

pagamento per cui emerge comunque la disponibilità ad effettuarlo secondo modalità diverse ed anche in unica soluzione.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, in Codice Iperestuale del Consumo (a cura di Franzoni), sub art. 143, Torino, 2008
- ALESSI, in Castronovo, Mazzamuto (a cura di), Manuale di diritto privato europeo, I doveri d'informazione, Cap. XIII, Milano 2007
- ALPA, Prospetto informativo. Orientamenti della dottrina, in RCDP, 1988,
- ALPA – ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo*, Napoli, 2005
- AMADIO Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche, in Riv. dir. civ., 2001, I
- ANDO A. - MODIGLIANI F., Test of the life-cycle hypothesis of savings: comments and suggestions, Bulletin of the Oxford Institute of Statistics, Vol. 19, 1957
- BARBA, Comm. CBB
- BARBA, in Cuffaro, Codice del consumo, Milano, 2006
- BIANCA, Diritto civile, V, Milano, 1994
- BIANCA, Diritto civile, III, Il contratto, Milano, 2000
- BIANCA, Postilla (a S. Patti), in Riv. dir. civ., 2002, II
- BROWN – TAYLOR – WHEATLEY PRICE, Debt and distress: evaluating the psychological cost of credit, in Journal of economic psychology, n. 26, 2005
- BUONOCORE, La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle “clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori” e la

disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria, in Banca, Borsa e titoli di credito, 1994, I

CALVO, *Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519 ter c.c.*, in BIN-LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in F. GALGANO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966

CARRIERO, *Commentario del Testo Unico Bancario (Addenda di aggiornamento ai d.lgs 141/2010 e 218/2010)*, Milano, 2011

CARRIERO, *Commentario breve al consumo*; Ferrando R., *D. Comm.* 91, I

CARRIERO in Capriglione, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II

CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro It.*, 1992

CARRIERO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in De Cristofaro (a cura di) *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Giappichelli, 2009.

CARRIERO, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2011.

CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II

CHINÈ, Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità, in Giust. civ., 1996.

CIAN G., *Presentazione del Convegno*, in *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente dei beni di consumo*, Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi, Padova, 14-15 settembre 2001, Padova, 2002, 13.

CIATTI, *L'ambito di applicazione*, in BIN – LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in F. GALGANO (diretto da) Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Padova, 2003

CIRILLO, Negozi collegati ed eccezione di inadempimento in Giur. it., 1982, I.

CLARIZIA, La cessione del contratto, , in Comm.del cod.civ., dir. da Schlesinger, Milano, 1991

CLARIZIA, La nozione di consumatore nel codice del consumo e con riguardo ai contratti di credito al consumo, in Dir. Internet, 2006

COLOMBO, L'estinzione dell'apertura di credito, in Le operazioni bancarie, a cura di Portale, II, Milano, 1978.

COLOMBO, Operazioni economiche e collegamento negoziale, Padova, 1999.

COSMA-COTTERLI: La direttiva sul credito ai consumatori: alcune implicazioni giuridiche ed economiche, in Banca impr. soc., 2008

CUBEDDU M.G., in S. Patti (a cura di), Codice civile tedesco – Bürgerliches Gesetzbuch, Milano, 2005

CUFFARO, Codice del consumo, Milano, 2006

D'ANGELO, Contratto e operazione economica, in ALPA-BESSONE (a cura di), I contratti in generale, Appendice di aggiornamento, I, Torino, 1999; ID., Operazione economica e strumenti negoziali, in ALPA – BESSONE.

D'ANGELO, *Operazione economica e strumenti negoziali*, in ALPA - BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, Appendice di aggiornamento, I, Torino, 1999

DE CRISTOFARO, Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore, Milano, 2000

DE CRISTOFARO, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario, in *Contratti*, 2010

DE CRISTOFARO, Il recesso del consumatore dal contratto di credito in *La nuova disciplina europea del credito al consumo* (a cura di Giovanni De Cristofaro,) Giappichelli, Torino, 2009.

DE CRISTOFARO, Zaccaria, Commentario breve al diritto dei consumatori, Cedam 2010.

DE CRISTOFARO, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario, IPSOA, 2011.

DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. GABRIELLI – MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005

DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, in *Studium iuris*, 2002, p. 1178

DE NOVA, Il credito al consumo, in *I nuovi contratti*, Torino, 1994.

DE NOVA, I singoli contratti: dal codice civile alla disciplina attuale in Nuovi contratti a cura di ID. , Utet, Torino 1994, II ed.

DE NOVA, Informazione e contratto: il regolamento contrattuale, in RTDPC, 1993, I

DE POLI, in De Cristofaro-Zaccaria, Commentario breve al diritto dei consumatori, Padova 2010.

DI GIACOMINO RUSSO, Sub artt. 128-135, in AA.VV., Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Milano, 2006

DI MARZIO, *Sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”* , in *Banca, Borsa, tit. cred.* 2009

DI MARZIO, Sulla Composizione negoziale delle crisi da sovraindebitamento, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2011

DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2002

DI MAJO, La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare, BBTC, 1993, I

DI NANNI, Collegamento negoziale e funzione complessa, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I.

DI SABATO, Unità e pluralità di negozi (contributo alla teoria del collegamento negoziale), in *Riv. dir. civ.* 1959, I.

DEATON. A, *Understanding consumption*, Oxford university Press, Oxford, 1992

ERMINI, in Cuffaro (a cura di), *I contratti di multiproprietà*, Milano, 2003.

- FADDA, *Il risarcimento dei danni*, in BIN – LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo* in F. GALGANO (diretto da) Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Padova, 2003
- FALCONE, *Prestito responsabile e sovraindebitamento del consumatore*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 5, 2010
- FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991.
- FERRANDO, *Rivista Diritto Commerciale*, 91, I
- FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. impr.*, 2000.
- FERRANDO, *I contratti collegati*, in *N.G.C.C.*, II, 1986, II.
- FERRANDO, *I contratti collegati*, in ALPA – BESSONE no citato pag 147 e ID., *I contratti collegati*, in ALPA – BESSONE, appendice di aggiornamento 1991-1998, Torino, 1999
- FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *N.G.C.C.*, 1997
- FERRANDO, *Rivista Diritto Commerciale*, 91, I
- FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FRIEDMAN M. *The permanent income hypothesis: comment*, in *American Economic Review*, 1957, 48

FRIEDMAN, MILTON, "A Theory of the Consumption Function." Princeton N. J.: Princeton University Press, 1956.

GABRIELLI G. – PADOVINI F., Recesso (diritto privato), in Enc. dir., Milano, 1988, vol. XXXIX.

GABRIELLI E., Il contratto e l'operazione economica, in Riv. dir. civ., 2003;

GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in Riv. dir. civ., 1997

GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in Riv. it. dir. pen., 2003, GALGANO, Il contratto, Padova, 2007.

GASPERONI, Collegamento e connessione tra negozi, in Riv. dir. comm., 1955, I.

GAZZELLA, *L'aliud pro alio*, in BIN – LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo* in F. GALGANO (diretto da) Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Padova, 2003

GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 2004.

GENTILI, L'inefficacia delle clausole abusive, in Riv. dir. civ., 1997.

GIORGIANNI, Negozi giuridici collegati, in Rivista Italiana per le scienze giuridiche, 1937.

GIROLAMI, Le invalidità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa, Padova, 2008

GLOUKOVIEZOFF, From Financial Exclusion to Overindebtedness: The paradox of Difficulties for People on Low Income? New frontiers

in banking services. Emerging needs and tailored products for untapped markets, a cura di L. Anderloni, M. D. Braga, E. Carlucci (Berlino 2006).

GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994

GORGONI, Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 4 del 2011

GRECO F., *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano 2010

GROPP – SCHOLZ – WHITE, Personal Bankruptcy and credit supply and demand, in *Quarterly journal of economics*, 112, 1997

JAPPELLI, The life-cycle hypothesis, fiscal policy and social security, CSEF – Centre for studies in economics and finance, working paper, n 40, 2005

KILBORN J. Behavioural economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for cause and reevaluating solutions, in *Bankruptcy Development Journal*, Vol 22, 2005

LEA S., WEBLEY P., WALKER C., Psychological factors in consumer debt: money management, economic socialization and credit use, in *Journal of Economic Psychology*, n. 16, 1995.

LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.

LENER, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, in *Foro it.*, 1996, V

LEO, in De Nova, Giuggioli, Leo, *La multiproprietà*, Milano, 1999.

LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003

LUMINOSO, *La responsabilità del venditore e i rimedi del compratore*, in BIN – LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in F. GALGANO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003

MACARIO, *Testo unico bancario Commentario*, Giuffrè 2010.

MACARIO, *Il credito al consumo*, in E. GABRIELLI – MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005

MAJELLO, sub art. 116, in F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. PORZIO, in V. Santoro (a cura di), *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003.

MARASCO, *Multiproprietà*, in Ce I, 2000.

MESSINEO, voce *Contratto Collegato*, in *Enc. dir.*, 1962.

MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e Diritto Privato*, Giuffrè, 2009, Vol. n. 3.

MODIGLIANI F. – BRUMBERG R., *Utility analysis and the consumption function: an interpretation of cross-section data*, in K. Kurihana (edited by), *PostKeynesian economics*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1954

MODIGLIANI F. – JAPPELLI T. - PAGANO M., *The impact of fiscal policy and inflation on National saving: the italian case*; Banca nazionale del lavoro, *Quarterly review*. N. 153, 1985

MONTESANO, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica della prova civile*, in *DII*, 1987.

MONTICELLI, L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del Consumo e la nullità dei patti, in *Contratti*, 2007

OMODEI SALÈ, Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie, Cedam, 2004

OPPO, *Presentazione*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Roma, 1987, 16.

OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942.

OPPO, La direttiva comunitaria sul credito al consumo, in *Riv. Dir. Civ.* 1987, II.

PAGLIANTINI, *Autonomia Privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007

PATTI, in PATTI (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004

PLAIA, *I tipi contrattuali. Introduzione*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007.

PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Jovene, Napoli, 1976.

PISCIOTTA G., in R.ALESSI (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, 2005, Milano

PULGAR EZQUERRA J., El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores, in M. Cuenca Casas – J.L. Colino Mediavilla (coordinato da), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur menor, 2009

RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1998

RESCIGNO – GABRIELLI E. (a cura di), I contratti in generale, in Trattato dei contratti, Torino, 2006.

SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1971.

SCHIZZEROTTO, Il collegamento negoziale, Napoli, 1983.

SCODITTI, nota alla sentenza Cass. Civ. Sez. Un. 19.1.2007 n. 26724, La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario e le Sezioni Unite, in Foro It, 2008, I, 784,

SCOGNAMIGLIO, voce Collegamento Negoziale, in Enc. dir., 1960.

SIMIONATO, Prime note in tema di valutazione in La nuova disciplina europea del credito al consumo a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009 .

STANZIONE – SCIANCALEPORE, Commentario al codice del consumo, Milano, 2006

STRUKUL, *La vendita di beni di consumo fra dottrine e applicazioni giurisprudenziali*, in *Contratti*, 2007

TONELLO, La tutela del risparmiatore nella distribuzione dei valori mobiliari, Città di Castello, 1990

VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Cedam, 2004.

VENDITTI, Appunti in tema di negozi collegati, in Giust. civ., 1954, I.

VETTORI (a cura di), Regolamento, in ROPPO, Trattato del contratto, Milano, 2006.

VETTORI (a cura di), Codice del consumo. Commentario, Padova, 2007

VIGLIANISI FERRARO, nota alla decisione della Corte di Giustizia UE, sez. I, 3 giugno 2010, n. 484/08, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita* in *Contratti*, 2010, pag. 880 ss

VOLANTE, I contratti collegati nella direttiva 2008/48/CE in *La nuova disciplina europea del credito al consumo* a cura di Giovanni De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009

WATSON J. The relationship of materialism to spending tendencies, saving and debt, in *Journal of Economic Psychology*, n. 24, 2003

ZACCARIA, Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 99/44/CE su "taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, in *Studium iuris*, 2000