

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto dei consumatori

IL CREDITO “ASSISTITO”

RELATORE
Chiar.mo Prof.ssa
Maria Pia Pignalosa

CANDIDATA
Laura Fatano
Matr. 110613

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Attilio Zimatore

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

IL CREDITO “ASSISTITO”

INDICE

ABBREVIAZIONI DEI TITOLI DEI PERIODICI GIURIDICI	7
CENNI SUL METODO	8
INTRODUZIONE.....	12
CAPITOLO PRIMO <i>La trasparenza bancaria</i>	14
§1.1 Premesse: il concetto di “trasparenza” e le sue accezioni nel panorama giuridico.....	14
§1.2 Il travagliato percorso della tutela del cliente nei rapporti con la banca: dalle origini del diritto bancario al Testo Unico Bancario (TUB).....	17
§ 1.2.1 Fonti integrative del Testo unico bancario	21
§ 1.2.2 L’influenza della disciplina comunitaria in materia di trasparenza bancaria: la direttiva sui servizi di pagamento	27
§ 1.2.3 (Segue) Il d.lgs. 141/2010: fra la riforma del Titolo VI TUB e l’introduzione della nuova disciplina sul credito ai consumatori.....	31

§ 1.2.4 (Segue) Il credito ai consumatori	33
§ 1.3 Il contenuto degli obblighi di trasparenza	37
§ 1.3.1 Gli obblighi di trasparenza nel momento organizzativo dell'impresa bancaria.....	40
§ 1.4 Ambito di applicazione soggettivo: i destinatari degli obblighi contenuti nel Titolo VI	44
§ 1.4.1 (Segue) I beneficiari della normativa sulla trasparenza bancaria e classificazione della clientela in categorie	46
§ 1.5 Ambito di applicazione oggettivo della normativa sulla trasparenza bancaria: l'interazione TUB e Testo Unico della Finanza (TUF)	49
§ 1.5.1 (Segue) Dalla centralità del Capo I alla tripartizione del sistema della trasparenza bancaria.....	52
§ 1.6 Conclusioni: l'evoluzione del concetto di trasparenza. Dal prodotto "chiaro" alla relazione chiara con il professionista	56

CAPITOLO SECONDO <i>L'obbligo di fornire "chiarimenti adeguati": l'evoluzione degli adempimenti di carattere informativo prima della conclusione di un contratto di credito ai consumatori</i>	62
---	----

§ 2.1 Profili introduttivi. Il credito ai consumatori e l'impegno verso l'educazione finanziaria delle famiglie	62
§ 2.2 Le informazioni al consumatore: gli annunci pubblicitari	71

§ 2.2.1 (Segue) Le “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori” e accenni su i “chiarimenti adeguati”	76
§ 2.2.2 (Segue) La verifica del merito creditizio.....	81
§ 2.3 I “ <i>chiarimenti adeguati</i> ” secondo la lettera del TUB e delle relative disposizioni attuative	85
§ 2.4 I <i>chiarimenti adeguati</i> nei lavori preparatori per l’adozione della nuova disciplina sul credito ai consumatori	89
§ 2.4.1 (Segue) La Proposta del 2005.....	94
§ 2.5 La natura dei “ <i>chiarimenti adeguati</i> ”: fra obbligo informativo rafforzato e obbligo di consulenza	98
§ 2.6 Il paradigma della consulenza: la regola dell’adeguatezza nei servizi di intermediazione mobiliare	103
§ 2.6.1 (Segue) La regola dell’appropriatezza e l’implementazione dell’attività di consulenza secondo la direttiva MiFid II.....	109
§ 2.7 L’estensione del modello di consulenza nel settore del credito ai consumatori. Realtà o illusione?.....	112
§ 2.7.1 (Segue) La consulenza “collaborativa” o dovere di assistenza	116
§ 2.8 Conclusioni: dal dovere di assistenza all’educazione finanziaria del consumatore. Gli strumenti per un efficace superamento dell’asimmetria informativa	121

CAPITOLO TERZO <i>I profili rimediali nelle ipotesi di violazione del dovere precontrattuale di fornire assistenza al consumatore</i>	127
§ 3.1 Introduzione. Le conseguenze per il professionista a seguito della concessione irresponsabile del credito	127
§ 3.2 Il problema dell'adeguatezza delle sanzioni: la lettura fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea	132
§ 3.2.1 (Segue) La portata applicativa dalla sentenza C-565/12	136
§ 3.3 L'apparato rimediale predisposto dall'ordinamento italiano: le misure sanzionatorie e inibitorie	138
§ 3.4 I rimedi invalidanti	144
§ 3.4.1 (Segue) L'ipotesi di invalidità del contratto di credito ai consumatori	148
§ 3.5 Il rimedio risarcitorio.....	155
§ 3.5.1 La responsabilità precontrattuale.....	159
§ 3.6 La responsabilità del finanziatore nell'ipotesi di inadempimento del dovere di assistenza	164
§ 3.6.1 Cenni sull'onere probatorio.....	168
§ 3.7 Cenni conclusivi sugli strumenti di tutela predisposti dal codice del consumo.....	172

CONCLUSIONI 177

BIBLIOGRAFIA 180

ABBREVIAZIONI DEI TITOLI DEI PERIODICI GIURIDICI

BBTC : Banca, borsa e titoli di credito

Contratti : I contratti

Contratto impr : Contratto e impresa

Contratto impr. – E : Contratto e impresa Europa

Dir. banc. merc. fin. : Diritto della banca e del mercato finanziario

Dir. fall. : Diritto fallimentare e delle società commerciali

Eu.DP : Europa e diritto privato

GI : Giurisprudenza italiana

G. mer. : Giurisprudenza di merito

Nuova giur. civ. comm. : Nuova giurisprudenza civile commentata

Resp. civ. prev. : Responsabilità civile e previdenza

Riv. dir. civ. : Rivista di diritto civile

Riv. dir. priv. : Rivista di diritto privato

Riv. dir. proc. : Rivista di diritto processuale

Riv. it. *leasing* : Rivista italiana del *leasing*

Riv. trim. dir. proc. civ. : Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

Studium: Studium Iuris

CENNI SUL METODO

Con l'avvento della direttiva 2008/48/CE, la politica comunitaria – e conseguentemente quelle nazionali – è intervenuta sulla disciplina del credito al consumo al fine di adeguarla all'evoluzione del mercato creditizio e dei meccanismi concorrenziali. Accanto alle esigenze del mercato interno, si è inteso anche garantire livelli più elevati di la tutela del consumatore. Fra le novità introdotte rispetto alla disciplina originaria (87/102/CEE), sono di particolare interesse i più incisivi obblighi informativi a carico del professionista. Obiettivo di questo studio è analizzare com'è cambiata, in fatto ed in diritto, la tutela del consumatore con l'affermazione dei nuovi principi del “*prestito responsabile*” e di adeguatezza¹, finalizzati – secondo gli auspici – a limitare il crescente fenomeno del sovra indebitamento delle famiglie.

Il primo capitolo è volto a fornire un quadro generale sulla disciplina della trasparenza bancaria poiché gli obblighi informativi rientrano fra gli adempimenti a carico degli istituti bancari per garantire la trasparenza e la correttezza delle relazioni con la clientela. Dunque, prima di approfondire la questione di cui si ha riguardo, è opportuno chiarire il contesto in cui essa si inserisce.

Dall'esegesi della parola trasparenza – comunemente riconosciuta come termine poliseno in ambito giuridico – si procede a un excursus della disciplina della trasparenza per comprendere come questa si è evoluta, dalla sua introduzione con il d.lgs. 154/1992 fino alle recenti modifiche su sollecitazione comunitaria. Oggi il *corpus* normativo, racchiuso nel testo unico bancario, è idealmente scisso in tre sottosistemi: due relativi agli specifici settori del credito al consumo e dei servizi di pagamento ed uno di carattere generale che raccoglie tutti gli altri servizi ed operazioni bancarie².

¹ Cfr. *considerando* nr. 26 e 27 dir. 2008/48/CE.

² Con il d.lgs. 141/2010 il legislatore non solo ha provveduto ad attuare il principio di massima armonizzazione comunitaria in materia di credito al consumo ma ha colto l'occasione per apporre alcune modifiche strutturali al TUB. Infatti, proprio con questo d.lgs. il Titolo VI, sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, viene strutturato in tre distinti capi, nei quali gli obblighi di trasparenza vengono differenziati in relazione a

La conclusione a cui si giunge, a seguito di questa breve disamina, è che la disciplina della trasparenza bancaria si è plasmata nel tempo nell'ottica di garantire una maggiore tutela della parte contrattuale che si assume più debole. Dalla trasparenza finalizzata a garantire l'offerta di prodotti "chiari" si è giunti ad un concetto ben più esteso che abbraccia la relazione fra il professionista e la sua clientela.

Il secondo capitolo si analizza in maniera approfondita il contenuto degli obblighi informativi disciplinati nell'ambito del credito al consumo. Le informazioni destinate al consumatore sono veicolate tramite diversi "strumenti": annunci pubblicitari³, il modulo standardizzato "*Informazioni europee di base sul credito al consumo*", l'attività di assistenza alla clientela. A parte gli annunci pubblicitari che rappresentano attività meramente facoltativa, gli altri rientrano fra gli obblighi precontrattuali a carico del professionista. Tuttavia, se con riferimento alle informazioni precontrattuali disciplinate dall'art. 124 co. 1-4 TUB è stata fornita una disciplina alquanto dettagliata, ben più lacunoso è il dettato del co. 5 del medesimo articolo.

Infatti, il legislatore non parla esplicitamente né di assistenza né di consulenza ma più genericamente prevede che il finanziatore o l'intermediario forniscono i "*chiarimenti adeguati*" al consumatore in modo che questi possa valutare se il contatto proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. L'interpretazione di questa perifrasi ha suscitato un acceso dibattito in dottrina, divisa fra chi ritiene che si tratti di un ulteriore obbligo informativo e altri che riconoscono in essa un vero e proprio obbligo di consulenza integrata dall'obbligo di verifica del merito creditizio⁴.

Inoltre, immaginando di accogliere questa seconda tesi, è dubbio se l'obbligo di consulenza previsto in capo al finanziatore per la concessione di un credito al consumatore sia uguale o diverga da quello stesso obbligo previsto in seno al Testo unico in materia di intermediazione finanziaria.

distinte forme contrattuali: trasparenza bancaria in generale, nel credito ai consumatori e nei servizi di pagamento.

³ Cfr. art. 123 TUB.

⁴ La verifica del merito creditizio è un obbligo precontrattuale previsto in capo al finanziatore *ex art. 124-bis TUB*.

In questa analisi non può, infine, mancare di riflettere sull'importante ruolo dell'educazione finanziaria del consumatore per diffondere la pratica responsabile del credito⁵. Attività che dovrebbe essere rimessa non soltanto alle autorità pubbliche ma anche ai singoli operatori del settore.

In conclusione, il terzo capitolo ha ad oggetto le possibili conseguenze a carico degli operatori professionali per la concessione "irresponsabile" del prestito, che inevitabilmente consegue all'inosservanza degli obblighi precontrattuali. Sul punto il legislatore comunitario ha rimesso alla discrezionalità degli Stati Membri la regolamentazione della disciplina⁶.

Dalla prospettiva italiana la disciplina è alquanto lacunosa – se non del tutto assente – per questo appare opportuno parlare più genericamente di conseguenze, al fine di ricomprendere non solo sanzioni pubblicistiche ma anche rimedi civilistici come l'invalidità contratto e il risarcimento del danno.

Non sembra dubbio che la violazione degli obblighi comportamentali per con concessione responsabile del credito possa integrare la fattispecie della pratica commerciale scorretta, più precisamente ingannevole, se "*induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio (...)e, in ogni caso, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di naturale commerciale che non avrebbe mai assunto*"⁷. In quest'ottica potranno essere applicate le misure di prevenzione e repressione della violazione del divieto.

Problema, ancora irrisolto, è la ripercussione di simili violazioni sulla validità del contratto poiché va accertata preliminarmente la natura dell'obbligo imposto agli istituti creditizi, ovvero se si tratta di una regola di comportamento o di validità⁸.

⁵ Le pratiche responsabili del credito includono il *responsible borrowing* e il *responsible lending*. Nello specifico caso dell'educazione finanziaria si intende incentivare il *responsible borrowing*, ossia l'assunzione responsabile del credito da parte del consumatore. Invece l'obbligo di assistenza, insieme alla verifica del merito creditizio, costituiscono forme del cd. *responsible lending* ossia dell'impegno degli operatori professionali a concedere responsabilmente il prestito alla clientela.

⁶ Cfr. art. 23 dir. 2008/48/CE.

⁷ Cit. art. 21 d.lgs. 206/2005 (cd. codice del consumo). Il codice del consumo dedica alle partiche commerciali scorrette gli artt. 20 – 27-*quater*.

⁸ Sul tema si ricordino le sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 19 dicembre 2007 nrr. 26724 – 26725.

Per quanto concerne la tutela risarcitoria, sembra irragionevole escludere la legittimazione del consumatore ad agire per il risarcimento del danno subito a seguito della concessione irresponsabile del credito ma non è ancora del tutto chiaro quale sia la natura della responsabilità che sorge in capo al professionista e, dunque, le conseguenze che ne derivano.

INTRODUZIONE

Da sempre, il settore creditizio – come quello finanziario e assicurativo – si caratterizza per la superiore forza contrattuale degli operatori professionali nei confronti della controparte, che spesso si trova in una posizione di inferiorità a causa della scarsa conoscenza e competenza in un settore così tecnico. Ciò genera per effetto una situazione di “sudditanza psicologica” dell’utente bancario che si affida completamente all’esperienza del professionista per la scelta del contratto da concludere. Il mercato bancario, dunque, si contraddistingue per l’elevato livello di fiducia che connota il rapporto fra il cliente.

Tuttavia, la recente crisi economica e finanziaria ne ha fortemente minato le basi, che il legislatore ha ritenuto di ripristinare tramite interventi volti a dare nuovo valore e importanza alla trasparenza e correttezza dei rapporti⁹. La trasparenza diviene il principio che deve ispirare la prestazione del professionista e l’intera struttura organizzativa de “l’impresa” creditizia, al fine di porre rimedio all’asimmetria informativa che connota la relazione negoziale con il cliente-consumatore. In termini pratici, il concetto di trasparenza si traduce nel dovere di fornire informazioni adeguate e complete, chiare e comprensibili.

Questa rinnovata attenzione per il principio di trasparenza si riflette anche nell’aggiornamento della disciplina del credito al consumo, intervenuto con la direttiva 2008/48/CE. Persino il cambio di denominazione di questa categoria contrattuale è sintomatico dell’atteggiamento più garantista del legislatore nei confronti della parte debole del contratto. Il credito “al consumo” diviene credito “ai consumatori”, conferendo così centralità alla figura del consumatore, attorno al quale viene costruita la nuova disciplina.

La garanzia di un livello di tutela più elevato del consumatore cammina di pari passo con la promozione nel mercato interno di un sistema concorrenziale più

⁹ BRODI E. al riguardo afferma che il “sentimento” della fiducia degli utenti <<crece in misura proporzionale all’aumentare della trasparenza con la quale sono condotti gli scambi>> e una conferma di ciò si rinviene nel caso dei mutui *subprime* che ha dimostrato con chiarezza <<come l’opacità di alcuni strumenti finanziari, dei quali i risparmiatori-acquirenti non riescono a comprendere con esattezza i rischi, sia idonea a compromettere in maniera endemica il funzionamento del sistema economico globale>>, in *Dal dovere di far conoscere al dovere di far <<comprendere>>: l’evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti fra impresa e consumatori*, in BBTC, 2011, fasc. 2, pt. 1, cit. p. 254.

efficiente. Il legislatore, infatti, prende coscienza che una maggiore responsabilizzazione dei soggetti che operano nel mercato creditizio e finanziario non può che produrre effetti positivi per il sistema macro economico.

Viene, quindi, introdotto il nuovo principio del “*prestito responsabile*” che – come la parola stessa suggerisce – intende promuovere pratiche di concessione e assunzione del credito responsabili. A questo fine, il finanziatore è gravato da obblighi informativi più approfonditi che comprendono anche il dovere di assistere il consumatore nella scelta del contratto di credito da sottoscrivere. Il consumatore, dal canto suo, è stimolato ad assumere un ruolo di protagonista attivo nella contrattazione poiché la scelta – e anche la responsabilità – del contratto da concludere spetta a lui, per mezzo degli strumenti che il finanziatore gli ha fornito per compensare il *gap* conoscitivo.

Di qui, la scelta di qualificare il credito ai consumatori come un credito “assistito”. Una scelta tanto rischiosa quanto strategica. Infatti se, *prima facie*, l’aggettivo prescelto richiama un contratto di credito accompagnato da una causa legittima di prelazione, in realtà, esso costituisce un preciso invito a focalizzare l’attenzione sulle nuove forme di tutela del consumatore.

La collaborazione del professionista nell’individuazione del contratto di credito più adeguato alle esigenze e situazione patrimoniale del consumatore è un portato della direttiva 2008/48/CE. Il finanziatore è gravato da un innovativo dovere di comportamento che espressamente lo obbliga a contemperare il proprio interesse di profitto con quello del consumatore a evitare situazioni di sovra indebitamento. Il principio di trasparenza e i doveri di buona fede e correttezza da meri concetti astratti sono tradotti in uno specifico dovere operativo che – con ogni probabilità – ha ricadute in termini di responsabilità del finanziatore.

Infatti, è ragionevole ritenere che, qualora l’interesse del consumatore non trovi soddisfazione e la sua fiducia venga tradita, sia necessario valutare *ex post* l’adeguatezza della prestazione del professionista – e dell’organizzazione bancaria in cui il singolo è inserito – per riscontrare profili di responsabilità.

CAPITOLO PRIMO

“La trasparenza bancaria”

§1.1 Premesse: il concetto di trasparenza e le sue accezioni nel panorama giuridico – § 1.2 Il travagliato percorso della tutela della clientela nei rapporti con la banca: dalle origini del diritto bancario al Testo Unico Bancario (TUB) – § 1.2.1 Fonti integrative del Testo Unico Bancario – § 1.2.2 L’influenza della disciplina comunitaria in materia di trasparenza bancaria: la direttiva sui servizi di pagamento – § 1.2.3 (Segue) Il d.lgs. 141/2010: fra l’introduzione della nuova disciplina sul credito ai consumatori e la riforma del Titolo VI TUB – § 1.2.4 (Segue) Il contratto di credito ai consumatori – § 1.3 Contenuto obblighi trasparenza – § 1.3.1 Gli obblighi di trasparenza nel momento organizzativo dell’impresa bancaria – § 1.4 Ambito di applicazione soggettivo: i destinatari degli obblighi contenuti nel Titolo VI – §1.4.1(Segue) I beneficiari della normativa sulla trasparenza bancaria e classificazione della clientela in categorie – § 1.5 Ambito di applicazione oggettivo della normativa sulla trasparenza bancario: l’interazione TUB e Testo Unico della Finanza (TUF) – § 1.5.1 (Segue) Dalla centralità del Capo I alla tripartizione del sistema della trasparenza bancaria – § 1.6 Conclusioni: l’evoluzione del concetto di trasparenza. Dal prodotto “chiaro” alla relazione chiara con il professionista

§1.1 Premesse: il concetto di “trasparenza” e le sue accezioni nel panorama giuridico

Nel vocabolario della lingua italiana il termine trasparenza, in senso stretto, fa riferimento alla qualità di determinati corpi di lasciar passare la luce e consentire la vista di ciò che è posto al di là di essi¹⁰ ma, a questo significato, se ne associa un altro di tipo figurato. Trasparenza indica anche

¹⁰ SARDON, *Dizionario fondamentale della lingua italiana*, Novara 1982.

la <<chiarezza, facilità di comprensione o di intuizione del senso, del significato anche se non è espresso in modo esplicito>>. ¹¹

Proprio nella sua accezione metaforica, la parola trasparenza trova particolare fortuna nel panorama giuridico <<come se le si riconoscesse la capacità di investire e illuminare settori che sembravano connotati dalla impenetrabilità e dal mistero>>¹². Non è un caso che a partire dagli anni '80 e nel giro di un decennio, ha avuto rapida diffusione in numerosi settori disciplinari del nostro ordinamento: dalla materia societaria a quella bancaria e finanche amministrativa¹³. Stante il suo utilizzo così diffuso, bisogna rifuggire dalla tentazione di considerare la trasparenza come un concetto neutro o con un'accezione meramente sociologica. La sua estensione semantica va controllata di volta in volta, in modo da comprenderne in concreto la sua valenza tecnico giuridica.¹⁴

L'importanza acquisita dalla trasparenza è confermata dalla circostanza che viene classificata da una parte della dottrina come un vero e proprio istituto giuridico e da altra parte come un principio generale del nostro ordinamento.

Non essendo possibile soffermarsi in questa sede sull'analisi precipua delle singole disposizioni di legge che disciplinano la trasparenza, occorrerà sin da subito precisare che l'ambito di interesse di questa trattazione è relativo alla cosiddetta trasparenza bancaria.

Questa locuzione fa riferimento all'insieme di disposizioni che disciplinano il rapporto fra la banca e cliente, finalizzate a garantire la piena consapevolezza di quest'ultimo nella formazione della volontà negoziale tramite un'informazione completa e adeguata. In altre parole, la banca si

¹¹ Enciclopedia Treccani, voce "trasparenza"

¹² RESCIGNO P., <<Trasparenza>> bancaria e diritto <<comune>> dei contratti, in BBTC, 1990, I, p.297

¹³ A conferma del variegato utilizzo della parola in questione, ALPA G. sostiene che <<in modo metaforico fa riferimento ad una qualità,(...), che si contrappone alla "opacità", all'illeggibilità,(...), di (i) un documento, un bilancio, un prospetto, un contratto, una clausola contrattuale,(...); di (ii) un assetto proprietario,(...); di (iii) un'operazione economica; di (iv) un comportamento tenuto da soggetti che rivestono un ruolo particolare, uno status, o sono investiti di un potere(...); di (v) un comportamento tenuto da parti contrattuali nella fase precedente la conclusione di un contratto, nella fase della conclusione o nella fase di esecuzione del contratto, e così via>> in, Bari, 2003, p. 1

¹⁴ ALPA G, *Trasparenza dei contratti bancari*, *ibidem*.

deve far carico di colmare quella asimmetria informativa, tipica dei contratti bancari e finanziari a causa dell'alto livello tecnico dei loro contenuti, rendendo edotto il cliente <<prima che divengano vincolanti le clausole del contratto, i meccanismi matematico-economici ad esso sottostanti, il piano complessivo dei vantaggi e degli svantaggi di cui il contratto, predisposto unilateralmente dall'impresa, si fa espressione>>¹⁵. Ragionando per assurdo, si potrebbe dire che, in mancanza dello specifico dettato normativo in materia di trasparenza bancaria, l'obbligo del professionista (*id est* la banca) di cui sopra potrebbe dedursi dal più generale dovere di buona fede *ex art. 1337 e 1375 c.c.*¹⁶. Si badi che il riferimento all'articolo del codice civile relativo all'esecuzione in buona fede del contratto non è casuale poiché le norme sulla trasparenza bancaria non concernono soltanto la fase delle trattative o del confezionamento del contratto ma anche i momenti successivi alla sua conclusione.

Bisogna però specificare che mentre il dovere di buona fede è comune ad entrambe le parti contrattuali, le regole che da questo principio generale deriverebbero come espressione della trasparenza bancaria graverebbero soltanto sulla banca.

Nella realtà, infatti, la *ratio* delle norme in materia di trasparenza bancaria è di tutelare il cliente, per definizione parte debole del contratto poiché tenuto ad accettare il contenuto unilateralmente predisposto dal professionista¹⁷.

Non va, in fine, dimenticato che la trasparenza bancaria persegue anche un altro e più generale obiettivo ovvero l'incremento della

¹⁵ ALPA G., *La <<trasparenza>> del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in Giur. It., 1992, X, p. 411

¹⁶ Art. 1337 c.c. <<Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede>> e art. 1375 <<Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede>>.

Con l'entrata in vigore della legge 154/1992 "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" CLARIZIA ha osservato che <<nulla innova sostanzialmente rispetto agli obblighi di diligenza e di buona fede che già incombevano sull'intermediario finanziario e bancario verso il cliente>> in *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e obblighi di informazione*, in Riv. it. Leasing, 1992, p. 221.

¹⁷ Con una formula particolarmente efficace RESCIGNO P. parla del <<fenomeno della predisposizione del contenuto contrattuale, che tende a trasformare in unilaterale Diktat l'accordo in cui per antica definizione consiste il contratto>> in "*Trasparenza*" bancaria e diritto "comune" dei contratti, op. cit..

concorrenzialità del mercato creditizio e quindi una maggiore efficienza del settore che di recente ha subito forti ripercussioni a causa della crisi finanziaria.

§1.2 Il travagliato percorso della tutela del cliente nei rapporti con la banca: dalle origini del diritto bancario al Testo Unico Bancario (TUB)

Il diritto bancario si caratterizza, rispetto ad altri settori, per la coesistenza di norme pubblicistiche e privatistiche finalizzate a soddisfare due diversi obiettivi (apparentemente inconciliabili): il funzionamento dei mercati e la tutela del risparmio. Il legislatore ha tentato di ricercare <<un punto di equilibrio fra le esigenze di efficienza e di stabilità del sistema bancario e quelle di tutela della clientela bancaria>>¹⁸.

Infatti, la materia della trasparenza bancaria non ha trovato regolamentazione sin dalle prime leggi bancarie ma un lungo e complesso *iter* normativo ha condotto all'apparato di cui oggi si dispone.

Per una maggiore completezza del quadro evolutivo della disciplina bancaria, è opportuno partire dalle origini di questa attività, sebbene dopo circa un secolo appare nella legislazione il primo riferimento alla trasparenza bancaria.

Nel nostro paese, l'attività bancaria muove i primi passi verso la fine del XIX secolo con il fenomeno del capitalismo industriale poiché le imprese non possono fare a meno del credito bancario per finanziare la produzione delle merci su larga scala. La regolamentazione del settore è lasciata alla prassi e agli usi commerciali poiché all'epoca dell'entrata in vigore del codice del commercio del 1882 l'attività bancaria è ancora agli inizi.

¹⁸ CAMPOBASSO G., *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in BBTC, 1999, cit. p.562.

Fino alle grandi crisi economiche del '900¹⁹, questo settore rimane libero da ingerenze dei pubblici poteri. Infatti, a partire dagli anni '30 iniziano a susseguirsi una serie di leggi che prevedono sempre più ampi controlli pubblicistici del settore, trascurando qualsiasi regola privatistica.

Solo con il codice civile del 1942 viene data per la prima volta una normazione scritta ai contratti bancari ma si tratta di una disciplina alquanto lacunosa²⁰. Essa è priva di un sistema di principi generali valevoli per tutti i contratti e regola soltanto alcuni tipi contrattuali.

La tutela del cliente si ricostruisce tramite un *collage* di norme divise fra la disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti e le norme dettate per i singoli contratti bancari. In un simile apparato, il cliente non riceve una tutela adeguata, anzi la regolazione degli interessi è nettamente sbilanciata a favore delle banche poiché la maggior parte dei profili del rapporto fra banca e cliente è disciplinata da norme derogabili dall'autonomia delle parti. L'esempio tangibile di questo squilibrio fra posizioni contrattuali è la presenza di innumerevoli clausole vessatorie nel contratto e l'unico rimedio è dettato dall'art. 1341 c.c.²¹; disposizione pressoché inadeguata poiché prevede che simili clausole rimangano valide se approvate per iscritto dal contraente. Dunque, per le banche è sufficiente richiedere al cliente di apporre una doppia firma e per il cliente questa <<si risolve in un vuoto rito che non vale certo a scoraggiare il massiccio ricorso a clausole vessatorie o

¹⁹ Nell'esperienza italiana, dalla fine della prima guerra mondiale iniziano i primi interventi pubblici nell'economia fino a diventare inevitabili nel periodo fascista, il cui segnale evidente è il salvataggio di alcuni istituti bancari da parte dello Stato. La prima legge bancaria del 1926 persegue l'obiettivo di risanare il mercato bancario senza stabilire con una funzione di <<polizia del credito>>. Solo con la legge del 1936-1938 sono disciplinati i primi aspetti organizzativi del settore bancario.

²⁰ Si ricordi che al codice civile si affianca un'altra fonte di natura regolamentare: le norme bancarie uniformi (n.u.b.). Si tratta di schemi contrattuali predisposti dall'Associazione Bancaria Italiana che per un certo periodo di tempo sono stati recepiti dalle singole banche in modo pressoché uniforme, al punto da creare una sorta di *standards* nazionali. Non trattandosi di norme vincolanti, hanno perso importanza con la graduale disapplicazione da parte delle banche e quindi non sono state nemmeno più rinnovate.

²¹ Il secondo comma dell'art. 1341 offre alcuni esempi di clausole vessatorie. A favore del contraente che ha predisposto il contratto (a) limitazione della responsabilità; (b) possibilità di recedere dal contratto o (c) di sospendere l'esecuzione del contratto. A carico dell'altro contraente (a) decadenze; (b) limitazione della facoltà di opporre eccezioni; (c) restrizione della libertà contrattuale nei rapporti con i terzi; (d) tacita proroga o rinnovo del contratto; (e) clausole compromissorie o (f) deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

comunque tali da determinare un forte squilibrio a danno del contraente debole, quale tipicamente è il cliente della banca costretto ad aderire, per mancanza di reali alternative, alle condizioni unilateralmente predisposte e in modo uniforme applicate da tutte le banche²²>>.

L'inadeguatezza delle norme contenute nel codice civile emerge negli anni '70 non solo con l'ampliamento della varietà di servizi offerti ma anche grazie alle "denunce" della dottrina. Le soluzioni a questo problema sono individuate da alcuni nel controllo amministrativo preventivo sulle condizioni generali dei contratti, da altri nel controllo di merito successivo sul rispetto dei principi di correttezza e buona fede. Tuttavia, queste non hanno rappresentato modelli convincenti poiché in un caso, il controllo pubblico, secondo l'esperienza già maturata negli anni '30, è più attento all'efficienza del sistema che non alla tutela della clientela; nel caso del controllo di merito successivo, la giurisprudenza non è sembrata incline a sanzionare le clausole vessatorie.

È quindi evidente che soltanto un intervento legislativo sul sistema può introdurre strumenti di tutela della clientela più incisivi, intervento reso ancor più ineludibile dalle prime direttive comunitarie, il cui obiettivo è raggiungere il diritto allo stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel territorio degli Stati membri.

L'avvio della riforma del sistema bancario si fa proprio coincidere con il recepimento della prima direttiva comunitaria di coordinamento delle legislazioni bancarie (77/80/CEE) tramite l'emanazione del d.P.R. 350/1985. L'innovazione più importante è data dall'apertura del mercato bancario a tutti i soggetti che presentano i requisiti previsti dalla legge fra i quali sono elencati anche l'onorabilità e la professionalità. Seguono una serie di interventi normativi che mutano profondamente il quadro istituzionale²³ per adattare il sistema bancario nazionale al nuovo mercato concorrenziale europeo.

²² CAMPOBASSO G., *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, op. cit., cit. p. 569.

²³ Un primo segno evidente della trasformazione del sistema si evince con la modifica della forma giuridica delle banche da fondazione pubblica a società per azioni a controllo

L'abbandono della logica oligopolista per una logica di libera concorrenza, impone anche la revisione delle regole relative alla disciplina dei rapporti con la clientela. Dunque, agli inizi degli anni '90, viene riformata anche la disciplina dei rapporti privati nelle operazioni e servizi bancari e finanziari il cui obiettivo principale è il miglioramento del grado di tutela offerto, fino a quel momento, ai clienti delle banche. Fra gli interventi più importanti si ricordino le leggi: 154/1992 e 142/1992.

La prima contiene le <<*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*>>. Esse ruotano intorno al concetto di una corretta e chiara informazione che deve caratterizzare tutto lo svolgimento del rapporto banca-cliente, dalla pubblicità del prodotto (art. 2) all'esecuzione del contratto (art. 8 comunicazioni periodiche alla clientela). Il sistema di norme è ben articolato poiché alla prescrizione di obblighi si affianca il potere di vigilanza (art. 9 co. 5) del rispetto della normativa stessa, attribuito alla Banca d'Italia, con le relative sanzioni (art. 9).

La legge 142/1992, anche chiamata legge comunitaria per il 1991, contiene le <<*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee*>>. Con tale legge viene data attuazione agli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie relative a diversi profili di disciplina. Fra gli ambiti innovativi di derivazione comunitaria, merita particolare attenzione la disciplina del credito al consumo poiché in essa è prevista una tutela ancor più approfondita del cliente, in ragione della sua qualità di consumatore

Inoltre, con la medesima legge comunitaria, il legislatore conferisce la delega al Governo a provvedere, entro un anno, alla redazione di un testo unico. Infatti, in un quadro così articolato di riforme tanto sul piano

pubblico (legge 218/1990). Tale riforma consente alle banche di acquisire partecipazioni di controllo su società che esercitano attività in settori non bancari come la finanza o il mercato mobiliare, abbandonando l'ottica della "monosettorialità"; si diffondono, così, i gruppi bancari polifunzionali (il termine polifunzionale esalta appunto l'apertura delle banche a nuovi settori). L'ultima tappa dell'evoluzione del sistema bancario è segnata dal d.lgs. 481/1992 che affianca alla figura del gruppo polifunzionale quella della banca universale, consentendo agli enti creditizi di esercitare, oltre a quella bancaria, tutte le altre attività finanziarie. Viene in questo modo superata la distinzione fra istituto di credito e aziende.

pubblicistico che privatistico, è evidente l'esigenza di riordinare e riunire la normativa bancaria in un unico corpo normativo.

La delega è attuata con il d.lgs. 385/1993, il cd. <<*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*>> (TUB). Tutte le norme sin qui richiamate, sono abrogate per espressa previsione dell'art. 161 TUB e il loro contenuto è trasfuso in esso.

In materia di trasparenza bancaria, il TUB dedica un intero titolo, il sesto, alla sua disciplina. Dall'artt. 115 a 120 TUB è confluita la legge 154/1992; gli artt.121 – 126 TUB sono dedicati alla materia del credito al consumo; gli artt.127 – 128 TUB si riferiscono all'attività di vigilanza della Banca d'Italia mentre la disciplina delle sanzioni per inosservanza della normativa è contenuta nel titolo ottavo²⁴.

Le modifiche apportate dalla legge del '92 e dal seguente TUB operano un deciso cambiamento di rotta nell'equilibrio dei rapporti fra banca e cliente fino a quel momento previsto dal codice civile sia per i numerosi obblighi posti a carico delle banche sia per i pochi spazi liberi lasciati all'autonomia contrattuale.

§ 1.2.1 Fonti integrative del Testo unico bancario

Le norme contenute nel TUB lasciano molti spazi in bianco per consentire l'integrazione con fonti di natura secondaria provenienti dalle Autorità creditizie, le quali dispongono anche di poteri regolamentari²⁵.

In materia di trasparenza bancaria, dopo un lungo periodo di attesa, la delega contenuta nel Titolo VI ha trovato esecuzione nel 2003 con l'adozione dei provvedimenti rispettivamente del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) e della Banca d'Italia²⁶. Nonostante il

²⁴ Nota che il riferimento agli articoli del TUB in cui sono trasfuse le norme analizzate, non è aggiornato alle modifiche apportate dopo l'entrata in vigore del TUB.

²⁵ Sulle competenze attribuite alle autorità creditizie cfr. artt. 2 e 4 TUB.

²⁶ La delega è in tema di: pubblicità (artt. 116, co.3, lett. *a*), *b*), *c*) e *d*)), contratti (art. 117 co. 8), modifica delle condizioni contrattuali (art. 118 co. 1) e comunicazioni periodiche alla clientela (art. 119 co.1).

loro carattere regolamentare, le disposizioni contenute in questi provvedimenti, specialmente quelli della Banca d'Italia, hanno la stessa forza vincolante delle norme di rango primario in virtù delle deleghe esplicite contenute nel TUB.

Il CICR il 4 marzo 2003 ha adottato una delibera in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali che, per l'ampio spazio di regolamentazione delegato alla Banca d'Italia, nella sostanza funge da <<battipista²⁷>> al successivo e ben più articolato intervento di quest'ultima Autorità. Peraltro, la stessa tecnica è stata più di recente adottata dal presidente del CICR²⁸, nonché Ministro dell'Economia e Finanze, con il d.m. 3 febbraio 2011, per <<dare attuazione alle nuove previsioni del TUB in materia di credito ai consumatori, in conformità alla direttiva 2008/48/CE, e (...) adeguare la disciplina di trasparenza adottata nel 2003 alle innovazioni intervenute successivamente(...)²⁹>>.

Nella deliberazione del CICR le disposizioni di carattere sostanziale sono ridotte a favore di previsioni più generali che fungono da linee guida per la Banca d'Italia nell'esercizio del suo potere. Innanzitutto si precisa che le informazioni da rendere alla clientela, di qualunque genere esse siano, devono attenersi ai principi di: adeguatezza, chiarezza ed esaustività. È particolarmente incisiva l'importanza attribuita non solo alle modalità con cui le informazioni sono veicolate ma anche alla qualità delle stesse. Inoltre, nell'ottica di garantire *standard* qualitativamente elevati, si specifica la necessità di diversificare le informazioni in relazione allo *status* del cliente.

Da ultimo, la delibera ha reso concreta l'applicazione delle norme contenute nel TUB, privando definitivamente di efficacia la legge 154/1992

²⁷ FARINA V., *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in CI, 2004, fasc. 2, cit. 843.

²⁸ Il provvedimento è stato adottato dal Presidente del CICR mediante un decreto ministeriale in conformità alla procedura d'urgenza per garantire la più celere attuazione della direttiva 2008/48/CE, avuto riguardo già al considerevole ritardo con cui si è mosso il legislatore italiano.

²⁹ Cit. d.m. 3 febbraio 2011 del Ministro dell'Economia e Finanze.

i cui effetti, fino a questo momento, hanno continuato a prodursi in forza del meccanismo di ultrattività previsto nell'art. 161 co.2 TUB³⁰.

Come anticipato prima, all'adozione della delibera del CICR è seguita l'emanazione delle Istruzioni della Banca d'Italia del 25 luglio 2003, il cui scopo è di disciplinare in modo dettagliato e specifico le fattispecie regolate dal TUB e dal suddetto Comitato interministeriale. Occorre precisare che la Banca d'Italia, ha adottato due distinti provvedimenti (cd. "Provvedimento Banche" e "Provvedimento Intermediari") che contengono entrambi disposizioni in materia di trasparenza ma si distinguono per l'ambito di applicazione soggettivo: l'uno riferito alle banche e l'altro agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale, speciale e degli Istituti di Moneta Elettronica. Tuttavia le differenze fra questi due provvedimenti non sono particolarmente significative, eccettuando quelle relative alla natura del soggetto.

A onore del vero i provvedimenti in parola, più che configurarsi come disposizioni attuative di altre norme, sembrano introdurre una regolamentazione completa - delle volte anche autonoma - in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali. Non sono mancate perplessità in merito alla legittimità di questo *modus operandi* che consente ad un Ente, sebbene autorevole, di proporre soluzioni su questioni controverse che attengono al rapporto fra il settore bancario e soggetti ad esso estranei, ovvero i clienti, in relazione ai quali la Banca d'Italia non ha il potere di incidere sulla loro sfera patrimoniale poiché estranei al suo ambito di vigilanza³¹.

³⁰ Cfr. art. 161 co.2 TUB: <<Sono abrogati ma continuano a essere applicati fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati dalle autorità creditizie>>.

³¹ Questa tesi sembra confermata anche dalla natura degli atti che la Banca d'Italia può adottare nell'esercizio del potere di vigilanza. L'art.4 TUB ne distingue due tipologie: regolamenti <<nei casi previsti dalla legge>> e le istruzioni. Questa distinzione induce a concludere che il potere normativo è esercitato per mezzo dei regolamenti, in conformità di quanto previsto nel nostro ordinamento in materia di fonti del diritto. Invece, in tutti gli altri casi la Banca d'Italia emana istruzioni con la finalità di stabilire criteri e principi guida che devono ispirare l'Autorità nell'esercizio di un potere così discrezionale come quello di vigilanza. Quindi solo i regolamenti possono assumere la qualifica di fonti del diritto se tale potere è <<esercitato nei limiti delle rispettive competenze, in conformità delle leggi particolari >> (cfr. art. 3 co.2 disp. att.). Nello specifico, questo potere è stato attribuito alla Banca d'Italia solo in relazione al contenuto di particolari contratti ex art. 117 co. 8

Non è possibile in questa sede soffermarsi sull'analisi dettagliata dei contenuti – peraltro richiamati di volta in volta nell'ambito di specifiche tematiche nel corso della trattazione – ma è interessante soffermarsi su alcune notazioni di metodo relative all'interazione della disciplina della trasparenza con altre norme e principi del nostro ordinamento.

L'intervento di *deregulation* della Banca d'Italia tenta di realizzare una globale e organica revisione della vigente disciplina di trasparenza alla luce dei principi statuiti dal CICR e quelli di buona fede e correttezza nelle relazioni³² - di matrice tipicamente civilistica - al fine di predisporre gli strumenti utili per perseguire il duplice obiettivo di tutela del cliente e promozione della concorrenza nei mercati. Il perseguimento di quest'ultimo obiettivo si riflette nel rapporto di complementarità esistente fra le norme contenute nel provvedimento della Banca d'Italia e quelle che disciplinano la concorrenza nei mercati³³. È per questo motivo che non sempre appare netto il confine fra la sfera di competenza della Banca d'Italia e del Garante della Concorrenza e del Mercato (Consob) per l'esercizio dei rispettivi poteri.

Inoltre, la completezza della disciplina in tema di trasparenza è garantita dalla combinazione delle disposizioni specifiche, dettate per il settore bancario, con quelle <<previste da altri comparti dell'ordinamento in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti nei confronti

TUB. Di conseguenza, solo in questa ipotesi alla Banca d'Italia può legittimamente disciplinare questioni che attengono soggetti diversi da quelli sottoposti alla sua vigilanza. Negli altri casi, i suoi provvedimenti non possono essere considerati fonte del diritto e quindi non possono né generare diritti e obblighi in capo a questi soggetti né avere rilevanza da un punto di vista ermeneutico. FARINA V., *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, op. cit..

³² La correlazione fra le disposizioni sulla trasparenza ed il principio di buona fede e correttezza rimane un caposaldo nell'evoluzione della disciplina tanto che nelle Nuove Istruzioni della Banca d'Italia (successive al provvedimento del 2003) viene aggiunto il riferimento alla correttezza delle relazioni nell'interazione. LUPOI A. in *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, CI, 2009, fasc. 6, cit. p.1245 parla di <<promozione nel titolo>> che <<corrisponde ad uno sforzo teso ad attribuire maggiore sostanza alla "correttezza">>.

³³ Cfr. Sez.1 par. 1.1 "Finalità e ambito di applicazione": <<La disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari persegue l'obiettivo, nel rispetto dell'autonomia negoziale, di rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni, favorendo in tal modo anche la concorrenza nei mercati bancario e finanziario>>.

della clientela³⁴>> come – ad esempio – quelle relative alle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori o le pratiche commerciali scorrette. In fine, anche le regole di autodisciplina e per la risoluzione stragiudiziale delle controversie sono considerate utili per garantire l’efficacia e l’effettività della disciplina nell’ambito della categoria professionale³⁵.

Il Provvedimento della Banca d’Italia ha senza dubbio contribuito a innalzare il livello di trasparenza nei contratti bancari ma ha anche evidenziato alcuni aspetti critici come l’eccesso di informazioni (talvolta duplicate) o la difficile comprensibilità dei documenti.

Dunque, si è resa necessaria, anche sotto la spinta della crisi finanziaria del 2008³⁶, intervenire su alcuni aspetti della disciplina. A seguito di un procedimento di pubblica consultazione, il 29 luglio 2009 vengono pubblicate le Nuove Istruzioni della Banca d’Italia sulla “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni fra intermediari e clienti*”.

Di certo, la novità più evidente – fosse soltanto da un punto di vista grafico – è data dalla riunione della disciplina contenuta nei due provvedimenti in un unico *corpus* organico, senza più distinguere il regime di tutela fra gli utenti dei servizi bancari e quelli dei servizi finanziari.

Le norme in materia di trasparenza bancaria vengono affinate per semplificare gli adempimenti e migliorare, al contempo, la qualità delle informazioni. In questo senso, si comprende la scelta di predisporre una guida che contiene *standard* e criteri di redazione relativi sia alla struttura dei documenti sia alle scelte lessicali, in modo da rendere più concreta

³⁴ Cit. sez.1 par. 1.3 “Principi generali”

³⁵ Cfr. sez. 1 par. 1.5 “Autoregolamentazione” <<Le iniziative di autoregolamentazione degli operatori (codici di condotta, sistemi di composizione stragiudiziale delle controversie, ecc.), soprattutto se intraprese a livello di categoria o concordate con le associazioni rappresentative dell’utenza, possono costituire un utile strumento per accrescere l’efficacia della disciplina, contribuire a definire e a diffondere modelli di comportamento funzionali al miglioramento dei rapporti con la clientela, innalzare il grado di condivisione e di effettività della normativa in materia di trasparenza>>.

³⁶ La crisi finanziaria mondiale e gli episodi dei crack finanziari di grandi gruppi societari italiani come Cirio e Parmalat hanno fatto crollare la fiducia dei risparmiatori nel sistema bancario e finanziario. In una simile situazione, cresce l’attenzione per la disciplina sulla trasparenza bancaria poiché un maggiore livello di trasparenza non solo può riportare la fiducia e l’affidamento nel sistema dei singoli ma contribuisce anche alla ripresa dei meccanismi concorrenziali.

l'applicazione dei principi, da sempre esistenti, per la predisposizioni dei documenti da fornire alla clientela.

Le esigenze di esattezza e comprensibilità delle informazioni non sono sacrificate dalla semplificazione degli adempimenti informativi. Infatti, non solo è introdotto l'obbligo di consegnare la copia della bozza del contratto prima della stipula definitiva, in modo da consentire al cliente di prendere tempo il necessario per comprenderne il contenuto, ma è anche disciplinato un nuovo strumento, il cd. documento di sintesi. Quest'ultimo è allegato al contratto stipulato e consente – come la parola stessa suggerisce – di sintetizzare l'aspetto di maggiore interesse per l'utente ossia le condizioni economiche del prodotto prescelto. Inoltre, la disciplina degli strumenti predisposti per la trasparenza e correttezza dei rapporti è graduata in base alla tipologia di clientela – distinta in consumatori, clienti al dettaglio e imprese – tenendo conto della maggiore o minore esigenza di protezione richiesta dalla specifica condizione sociale.

Quando detto fin ora rappresenta soltanto qualche esempio delle modifiche apportate dalle nuove Istruzioni in materia di trasparenza ma è sufficiente per concludere che l'attività riformatrice della Banca d'Italia si è orientata a correggere gli aspetti della relazione fra banca e utente suscettibili di generare un ingiusto squilibrio delle posizioni, al fine di assicurare una tutela attiva dell'interesse della clientela.

Infine, non è superfluo sottolineare che la natura regolamentare dei provvedimenti sopra citati garantisce una maggiore elasticità della procedura per adattare i contenuti delle norme alle evoluzioni, ormai frequenti, che si registrano in questo settore. Non a caso, l'implementazione della disciplina in tema di trasparenza si registra mediante l'adozione di provvedimenti integrativi da parte della Banca d'Italia che si inseriscono nel sostrato di norme introdotte con le Nuove Istruzioni del 2009³⁷.

³⁷ Si pensi, ad esempio, al provvedimento adottato il 9 febbraio 2011 con il quale si sono apportate le opportune modifiche in materia di trasparenza a seguito del recepimento della direttiva sul credito ai consumatori. Nella nota di accompagnamento, è chiaramente specificato che le norme contenute nel provvedimento integrano e modificano il provvedimento del 29 luglio 2009.

§ 1.2.2 L'influenza della disciplina comunitaria in materia di trasparenza bancaria: la direttiva sui servizi di pagamento

Ulteriori mutamenti della disciplina sulla trasparenza bancaria si registrano per effetto degli obblighi di armonizzazione della normativa nazionale con quella comunitaria.

Fra i numerosi interventi di recepimento della normativa europea, bisogna soffermarsi sui d.lgs. 11/2010 e 141/2010, attuativi rispettivamente delle direttive 2007/64/CE e 2008/48/CE in materia di servizi di pagamento e credito ai consumatori.

Con riferimento ai servizi di pagamento, la direttiva non ne fornisce una definizione e rinvia all'elencazione contenuta in allegato³⁸. In sintesi, si tratta di attività svolte in forma commerciale che consentono il trasferimento di fondi tra soggetti diversi. Infatti, l'evoluzione della tecnica ha consentito di affiancare al classico metodo di pagamento, mediante la *traditio* della moneta, strumenti alternativi come assegni, bonifici, carte di debito e di

³⁸ Cfr. art. 4 co. 1 nr. 3 dir. 2007/64/CE: <<“servizi di pagamento”: le attività commerciali elencate nell'allegato>>.

Allegato dir. 2007/64/CE: <<1) Servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 2) Servizi che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 3) Esecuzione di ordini di pagamento, incluso il trasferimento di fondi, su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utente o presso un altro prestatore di servizi di pagamento: — esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum, — esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi, — esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti; 4) Esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utente di servizi di pagamento: — esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum, — esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi, — esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti; 5) Emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento; 6) Rimessa di denaro; 7) Esecuzione di operazioni di pagamento ove il consenso del pagatore ad eseguire l'operazione di pagamento sia dato mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico e il pagamento sia effettuato all'operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni o digitale o informatica che agisce esclusivamente come intermediario tra l'utente di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi>>

credito, moneta elettronica³⁹ e altri innovativi metodi di pagamento che utilizzano le moderne tecnologie. A tutti questi strumenti di pagamento e ai loro intermediari si rivolge la direttiva 2007/64/CE.

Obiettivo della direttiva è di disciplinare in modo unitario la materia dei servizi di pagamento, promuovendo un corretto meccanismo concorrenziale fra banche e nuovi istituti di pagamento nel mercato europeo e favorendo, al contempo, una maggiore tutela dell'utente⁴⁰.

L'informazione riveste un ruolo centrale nella disciplina. Essa deve essere chiara e di qualità, standardizzata e differenziata in ragione della tipologia di contratto, proporzionata alle esigenze della clientela. Non a caso, le norme in materia di trasparenza⁴¹ si concentrano sull'obbligo di fornire una serie di informazioni importanti prima della conclusione del contratto.

L'informazione in sede precontrattuale è fornita per mezzo del foglio illustrativo⁴² e consente la formazione di un consenso informato. Il legislatore intende mettere il cliente nelle condizioni di scegliere con cognizione di causa⁴³ fra le molteplici offerte presenti sul mercato al fine di

³⁹ La direttiva 2009/110/CE modifica la disciplina relativa all'esercizio e la vigilanza degli istituti di moneta elettronica per affiancarla a quella già esistente per gli istituti di pagamento, introdotti con la direttiva 2007/64/CE, al fine di costituire un regime di vigilanza omogeneo per tutti gli intermediari che operano nel mercato dei servizi di pagamento. Con l'occasione la Banca d'Italia ha adottato il 20 giugno 2012 un provvedimento per aggiornare le disposizioni contenute in quello relativo alla "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari".

⁴⁰ Nel testo della direttiva viene richiamato tanto l'utente quanto il consumatore come soggetto passivo della disciplina. È opportuno precisare che la direttiva non è volta a tutelare la sola figura del consumatore – come definito *ex art. 3 cod. cons. lett. a* – ma alla generalità degli utenti che accedono al mercato dei servizi di pagamento. Non mancano, tuttavia, differenziazioni della disciplina che prevedono livelli maggiori di protezione in ragione della qualità soggettiva del cliente. (In generale sulla graduazione della clientela e dei livelli di protezione vedi *infra §1.4.1*)

⁴¹ Disciplinata nel Titolo III e divisa in tre capi: regole generali, singole operazioni di pagamento e contratti quadro.

⁴² Il foglio illustrativo costituisce, in termini di diritto comune, l'offerta al pubblico effettuata dall'intermediario. Esso è messo a disposizione della clientela presso le sedi in cui è esercitata l'attività ma anche sul sito internet dell'intermediario.

⁴³ Cfr. *considerando* nr. 21 dir. 2007/64/CE: <<La presente direttiva dovrebbe specificare gli obblighi cui dovrebbero essere soggetti i prestatori di servizi di pagamento in materia di fornitura di informazioni agli utenti dei servizi di pagamento; per poter fare scelte con cognizione di causa, spaziando in tutta l'UE, gli utenti dovrebbero infatti ricevere informazioni chiare e di qualità elevata, sui servizi di pagamento. Per assicurare la trasparenza, la presente direttiva dovrebbe fissare i requisiti armonizzati indispensabili per garantire il livello necessario e sufficiente di informazione agli utenti dei servizi di

evitare scelte irrazionali, dannose non solo per il singolo ma per l'efficienza stessa del mercato.

Altro veicolo di informazioni, prima della conclusione del contratto, è il documento di sintesi in cui è riassunto l'esito delle trattative con il singolo cliente e quindi il contenuto del rapporto negoziale che avrà luogo fra le parti⁴⁴. Il predetto documento costituisce la garanzia per il contenuto del contratto da sottoscrivere poiché obbliga l'intermediario a quanto in esso stabilito.

In virtù del principio di armonizzazione massima, il contenuto della direttiva è stato recepito dal d.lgs. 11/2010 che introduce una disciplina tutt'altro che unitaria in materia di servizi di pagamento: alcuni Titoli costituiscono un *corpus* autonomo di norme, altri sono destinati ad essere inseriti *ex novo* nel TUB e gran parte della disciplina di dettaglio è delegata al potere regolamentare della Banca d'Italia⁴⁵.

In particolare, il Titolo IV è riservato alla “*Trasparenza delle condizioni contrattuali ed obblighi informativi*” ed esso, ai sensi dell'art.34, diviene oggetto di un apposito Capo (II-*bis*) nel TUB al fine di sottrarre i servizi di pagamento dalla disciplina generale della trasparenza bancaria.

Una caratteristica delle norme sulla trasparenza dei servizi di pagamento è l'ammissibilità della deroga pattizia nel caso in cui il contraente non sia né un consumatore né una micro-impresa. La dottrina è stata fortemente critica riguardo questa possibilità di modificare il regime di tutela in ragione della qualità soggettiva del contraente poiché è suscettibile di minare all'unitarietà del sistema cui è ispirato l'intervento comunitario. In ogni caso, la *ratio* della previsione si spiega per la natura delle norme

pagamento per quanto riguarda sia il contratto di servizi di pagamento, sia l'operazione di pagamento. Al fine di promuovere il corretto funzionamento del mercato unico dei servizi di pagamento, gli Stati membri dovrebbero poter adottare solo le disposizioni in materia di informazione previste nella presente direttiva>>.

⁴⁴ Da quanto detto, il documento di sintesi sembra differenziarsi dal foglio illustrativo per il contenuto personalizzato. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, gli intermediari utilizzano dei modelli contrattuali standardizzati che non ammettono modifiche, quindi il contenuto del foglio illustrativo e il documento di sintesi tendono a coincidere.

⁴⁵ La Banca d'Italia è intervenuta con il Provvedimento del 15 febbraio 2010 “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento*” e con l'inserimento di una nuova Sezione (Sezione VI) nell'ambito delle “*Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*”.

derogabili, chiaramente finalizzate a riequilibrare il rapporto contrattuale laddove uno dei due contraenti è per natura affetto da <<incompetenza finanziaria⁴⁶>>.

L'effettività degli obblighi di trasparenza è garantito del principio di gratuità dell'informazione disciplinato in modo inequivoco dall'art. 126-ter ai sensi del quale l'intermediario non può accreditare al cliente i costi per l'informativa prevista obbligatoriamente dalla legge. Infatti, la previsione di un costo per godere dell'informativa precontrattuale potrebbe scoraggiare il cliente dall'esercitare il suo diritto e costituirebbe un grave limite per il perseguimento degli elevati livelli di trasparenza cui mirano le leggi comunitarie e interne. Costi aggiuntivi possono essere previsti pattiziamente solo in caso di richiesta di informazioni aggiuntive o di utilizzo di strumenti di trasmissione diversi da quelli ordinari, in ogni caso essi devono essere adeguati e proporzionati alla spesa che l'intermediario deve effettivamente sostenere⁴⁷.

Non essendo possibile procedere ad un'analisi dettagliata, quanto detto fin ora costituisce una breve sintesi delle norme contenute nel Capo II-*bis* in tema di servizi di pagamento. Per concludere è interessante notare che la chiave di lettura della presente disciplina, esattamente come di tutta la materia della trasparenza bancaria, si ritrova nel principio della prevalenza della sostanza sulla forma in virtù del quale gli adempimenti dell'intermediario devono essere calibrati alle effettive esigenze della clientela al fine ultimo di garantire l'efficienza del sistema micro e macro economico⁴⁸.

⁴⁶ NIGRO A, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza: dalla trasparenza alla "consulenza"?*, in Dir. banc. merc. fin., 2011, fasc. 1, cit. p. 13

⁴⁷ Art. 126-ter: <<1) Il prestatore dei servizi di pagamento non può richiedere all'utilizzatore spese inerenti all'informativa resa ai sensi di legge. 2) Il prestatore di servizi di pagamento e l'utilizzatore possono concordare le spese relative a informazioni supplementari o più frequenti, rispetto a quelle rese ai sensi di legge, ovvero quelle relative alla trasmissione con strumenti di comunicazione diversi rispetto a quelli previsti dal contratto quadro. Le spese sono adeguate e conformi ai costi effettivi sostenuti dal prestatore di servizi di pagamento>>.

⁴⁸ PIACENTINI B., *La trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia* 20 giugno 2012, BBTC, 2014, fasc. 3, pt. 1, pp. 349 – 362.

§ 1.2.3 (Segue) Il d.lgs. 141/2010: fra la riforma del Titolo VI TUB e l'introduzione della nuova disciplina sul credito ai consumatori

Merita ancor più attenzione il d.lgs. 141/2010 poiché con esso il legislatore si è apprestato non soltanto a introdurre le modifiche previste dalla direttiva 2008/48/CE in tema di credito ai consumatori ma ha colto anche l'occasione per apportare numerose modifiche al TUB⁴⁹ e, in particolare, al contenuto del Titolo VI. Infatti, quest'ultimo viene integralmente riformato e assume la struttura che oggi si conosce: tre capi con differenziati obblighi di trasparenza in relazione all'operazione economica da svolgere. Non a caso l'art. 115 TUB, come riformulato dal d.lgs.141/2010, prevede un regime di autonomia anche⁵⁰ per le norme sulla trasparenza dei contratti di credito ai consumatori, rendendole indipendenti da quelle per le operazioni e servizi bancari <<a meno che non siano espressamente richiamate>>.

Partendo dall'analisi delle novità apportate alla disciplina generale della trasparenza bancaria, è possibile suddividere gli interventi in due tipologie: modificativi-integrativi della normativa già esistente e additivi⁵¹. Nel primo gruppo, vi rientrano le modifiche dagli artt. 115 a 120 TUB, invece nel secondo gruppo gli artt. 120 *bis* – 120-*quater* TUB⁵². Questi ultimi sono di nuova introduzione ma il loro contenuto non è affatto innovativo poiché in essi sono trasfusi i precetti di norme sparse in testi

⁴⁹ Il d.lgs. 141/2010 interviene anche sul Titolo V relativo agli intermediari finanziari non bancari, sostituendolo integralmente e aggiunge il Titolo VI bis in tema di agenti e mediatori creditizi. Con riferimento alle modifiche apportate al TUB, DE CRISTOFARO G. sottolinea che si tratta di <<innovazioni che non sono in alcun modo imposte né dalla citata direttiva 2008/48/CE né, più in generale, dal diritto UE e che costituiscono pertanto il frutto di scelte spontanee ed autonome del nostro legislatore>> in *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, op. cit., cit. p. 1042.

⁵⁰ Si deve ricordare che un simile intervento è stato già effettuato sull'art.115 TUB dal d.lgs. 11/2010 in materia di servizi di pagamento (vedi *supra* § 1.2.2).

⁵¹ DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, Contratti, 2010, fasc.11, pp. 1041 – 1059.

⁵² Dall'art. 120-*bis* a 120-*quater* TUB sono disciplinati rispettivamente: il diritto del cliente al recesso *ad nutum*, l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari e la surrogazione nei contratti di finanziamento.

normativi diversi dal TUB; in questo modo la normativa è stata riordinata *ratione materiae*. Per quanto riguarda le modifiche apportate agli articoli già esistenti del Capo I si tratta di piccoli interventi di perfezionamento⁵³, fra questi è di particolare rilievo quello relativo all'art.118 TUB laddove introduce ulteriori limiti alla sua portata applicativa (sull'argomento *ex multis* vedi *infra* § 1.3).

Persino il Capo III, relativo ad alcune regole generali – ovvero applicabili a tutti i contratti senza distinzione alcuna – e all'attività di vigilanza delle Autorità creditizie, non è rimasto estraneo all'attività riformatrice del d.lgs. 141/2010. L'innovazione più importante riguarda l'art. 127 TUB: alle finalità cui si devono ispirare la Autorità creditizie nell'esercizio del potere di vigilanza, già indicate nell'art.5 TUB⁵⁴, sono esplicitamente affiancate la <<*trasparenza delle condizioni contrattuali*>> e <<*la correttezza dei rapporti*>>.

Inoltre, è cambiato il regime delle nullità negoziali previste nel Titolo VI: possono essere rilevate anche d'ufficio dal giudice e la legittimazione a farle valere non è più riservata in via esclusiva al cliente ma

⁵³ Per evitare di appesantire la trattazione, ivi l'elencazione delle modifiche apportate a ciascun articolo del TUB affinché il lettore possa comprenderne la portata: (i) nell'art. 115 TUB vengono ridefinite le relazioni fra i capi contenuti nel Titolo VI; (ii) nell'art. 116 TUB è introdotto l'obbligo generale di chiarezza nelle comunicazioni pubblicitarie; (iii) nell'art. 117 TUB è abrogato il co. 5 relativo alle modifiche del contenuto del contratto in senso più sfavorevole al cliente e tale previsione è spostata nella sede più appropriata dell'art.118 relativo allo *ius variandi*; (iv) nell'art. 119 TUB è espressamente prevista la facoltà di utilizzare supporti diversi da quello cartaceo per le comunicazioni periodiche alla clientela, purché il cliente abbia preventivamente accettato il nuovo strumento (si intende promuovere la cd. banca multicanale con l'obiettivo non solo di ridurre i costi di gestione ma anche semplificare i rapporti con la clientela); (v) sempre nell'art. 119 TUB non è più richiesto il requisito della completezza delle informazioni contenute nelle comunicazioni periodiche, la relazione illustrativa spiega che l'eliminazione di tale requisito serve a evitare l'*overflow* di informazioni garantendo così una comunicazione più semplice e chiara; (vi) nell'art. 120 TUB sono riformulati i criteri per determinazione il periodo di tempo necessario per rendere disponibili le somme contenute in assegni bancari o circolari e versate in conto corrente.

⁵⁴ Le altre finalità che deve perseguire il potere di vigilanza *ex art. 5 TUB* sono relative <<*alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.*>>.

è stabilito soltanto che operano a vantaggio del cliente⁵⁵, lasciando aperta la questione in merito alla legittimazione processuale.

Un'ultima norma su cui è opportuno soffermarsi è l'art. 128-ter, introdotto *ex novo*, in cui è attribuito alla Banca d'Italia il potere di disporre misure inibitorie nelle ipotesi di irregolarità riscontrate nell'esercizio dei controlli ad essa deputati⁵⁶.

§ 1.2.4 (Segue) Il credito ai consumatori

Volgendo l'attenzione alle operazioni di credito ai consumatori, la nuova disciplina è il risultato di un processo di sensibilizzazione del legislatore verso forme di tutela del consumatore che garantiscano più adeguate regole di trasparenza e di informazione per un utilizzo consapevole del servizio. L'importanza della normativa è tale da essere considerata la <<seconda "rivoluzione copernicana" nei rapporti banca-cliente, che segue l'introduzione, ormai risalente al settembre 2009, di più stridenti regole di trasparenza del settore che, prima introdotte tramite unicamente attività di normazione secondaria, hanno trovato adeguato spazio all'interno del TUB>>⁵⁷.

Fermo restando che la direttiva si limita a disciplinare soltanto alcuni profili della fattispecie del credito ai consumatori⁵⁸, sono particolarmente

⁵⁵ Cfr. art. 127 co. 4; è evidente che il legislatore nel formulare questa norma si è ispirato alla disciplina delle nullità di protezione previste nel codice del consumo in tema di clausole vessatorie.

⁵⁶ Le misure inibitorie sono elencate nell'art. 128-ter co. 2: <<a) inibire ai soggetti che prestano le operazioni e i servizi disciplinati dal presente titolo la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti; b) inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti disciplinati dal presente titolo; c) disporre in via provvisoria la sospensione, per un periodo non superiore a novanta giorni, delle attività di cui alle lettere a) e b), laddove sussista particolare urgenza; d) pubblicare i provvedimenti di cui al presente articolo nel Bollettino di cui all'articolo 8, comma 1, e disporre altre forme di pubblicazione, eventualmente a cura e spese dell'intermediario>>.

⁵⁷ IURILLI C., *Il credito ai consumatori*, in *La disciplina dei rapporti bancari (normativa, giurisprudenza e prassi)*, a cura di Fabrizio Fiorucci della collana Sapere diritto diretta da Paolo Cendon, Padova, 2012, cit. p. 446.

⁵⁸ In dottrina si avanzano dubbi circa la possibilità di realizzare la piena armonizzazione richiesta dalla direttiva comunitaria poiché la disciplina è considerata parziale e incompleta

approfonditi gli obblighi informativi previsti tanto negli annunci pubblicitari quanto nella fase precontrattuale.

Per comprendere di cosa si tratta è opportuno fare riferimento alla disciplina specifica contenuta nel Capo II del TUB. L'art. 123 TUB rubricato "*Pubblicità*" detta un contenuto standardizzato⁵⁹ per gli annunci pubblicitari e specifica che le cifre relative al costo del credito devono essere fornite in modo chiaro, conciso e graficamente comprensibile e devono essere supportate da un caso concreto. A parte il contenuto già individuato dall'art.123 TUB, è lasciato alla Banca d'Italia il potere di determinare, in conformità con le deliberazioni del CICR, le <<*caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione*⁶⁰>>.

Seguono gli art.124 e 124-bis TUB in cui sono individuati gli obblighi precontrattuali a carico del finanziatore o dell'intermediario. Ai sensi dell'art. 124 TUB, il professionista è tenuto a fornire tutte le informazioni necessarie al consumatore affinché questi possa assumere una decisione informata e consapevole prima di essere vincolato al contratto. Anche in questo caso, ricorre un modulo standardizzato che prende il nome di "*Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori*" la cui consegna determina l'adempimento dell'obbligo informativo in capo al professionista. La conferma che si tratta di un veicolo omogeneo di trasmissione delle informazioni, si rinviene nella facoltà per l'intermediario di fornire informazioni aggiuntive che devono però essere inserite in un documento separato. Stante la difficoltà e l'alto tecnicismo della materia bancaria, il legislatore ha previsto anche l'obbligo di fornire <<*chiarimenti adeguati*>> (art. 124 co.5 TUB) ovvero delle informazioni personalizzate

sia perché si occupa soltanto di alcuni aspetti del contratto di credito al consumo e sia perché le regole introdotte non sono esaustive.

⁵⁹ Gli annunci pubblicitari devono contenere: il tasso d'interesse (compresa l'indicazione se fisso o variabile), l'importo totale del credito con le spese in esso incluse, il tasso effettivo globale annuo (TAEG), eventuali servizi accessori per usufruire del credito se i costi di tali servizi non sono inclusi nel TAEG, la durata del contratto (laddove prevista) e l'importo totale da pagare con l'ammontare della singola rata (cfr. art. 123 co.1 TUB).

⁶⁰ Cit. art. 123 co. 2 TUB.

per consentire al consumatore di valutare l'adeguatezza del credito proposto alle sue esigenze e situazione finanziaria.

Infine, fra gli obblighi precontrattuali, è incluso un adempimento del tutto nuovo ossia la verifica del merito creditizio (art. 124-*bis* TUB) che impone al finanziatore di procedere, prima della conclusione del contratto e ogni qualvolta l'importo del credito viene modificato, alla verifica della sostenibilità delle spese del credito da parte del consumatore sulla base di informazioni da questo fornite o estrapolate da banche dati. In caso di accertamento negativo il finanziatore dovrebbe astenersi dal concedere il credito.

Il contratto concluso deve essere redatto in forma scritta a pena di nullità e una copia deve essere consegnata al cliente, esattamente com'è statuito nella disciplina generale contenuta nel Capo I del medesimo titolo. Il contenuto essenziale del contratto è disciplinato dall'art. 125-*bis*, ai sensi del quale esso deve indicare a pena di nullità: la tipologia di operazione creditizia, le parti, l'importo totale del finanziamento e le condizioni di prelievo e rimborso del denaro. Invece, la mancata o errata indicazione del TAEG comporta la nullità parziale della singola clausola e la sostituzione automatica con i tassi legali.

In merito alla fase esecutiva, il legislatore ha riconosciuto al consumatore il diritto di recedere dal contratto purché tale facoltà sia esercitata entro 14 giorni dalla conclusione dello stesso o dalla data in cui il consumatore riceve una copia in forma scritta o su altro supporto durevole, se tale adempimento non avviene contestualmente alla stipula del contratto⁶¹ (art. 125-*ter*). Lo *ius poenitendi* – come richiama la parola stessa – consente al consumatore di pentirsi della scelta fatta e di sciogliere il vincolo

⁶¹ L'articolo 125-*quater* disciplina la specifica ipotesi del recesso dai contratti a tempo indeterminato. Ferme le disposizioni di cui all'articolo precedente, il recesso può essere effettuato ogni momento senza penalità e senza spese, salva la previsione pattizia di un preavviso non superiore a un mese. In questa tipologia di contratti, il diritto di recesso è riconosciuto anche al finanziatore ma deve essere esercitato con un preavviso di almeno due mesi, da comunicare al consumatore su supporto cartaceo o altro supporto durevole. Il finanziatore ha anche diritto di sospendere l'esecuzione del contratto per giusta causa, dando comunicazione al consumatore su supporto cartaceo in anticipo oppure immediatamente dopo la sospensione.

contrattuale⁶². Esso rappresenta il contrappeso alla velocità degli scambi e alla tecnica di predisposizione unilaterale dei contratti che caratterizza determinati settori.

Per ciò che concerne le modifiche unilaterali al contenuto del contratto di credito, l'art. 125-*bis* opera un espresso rimando alla disciplina generale delle operazioni e servizi bancari e finanziari ossia all'art. 118 TUB (*ex multis* sullo *ius variandi* vedi *infra* § 1.3).

Per concludere merita un accenno la delega, contenuta nel d.lgs. 141/2010, al potere regolamentare della Banca d'Italia affinché provveda, in conformità con le deliberazioni del CICR, a disciplinare i dettagli tecnici della materia. Il provvedimento, adottato il 9 febbraio 2011, introduce la Sezione VII nelle preesistenti Istruzioni della Banca d'Italia sulla <<*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*>>. In sintesi la norme introdotte riguardano: la chiarezza dei costi del finanziamento, gli annunci pubblicitari, i contenuti del foglio informativo europeo, criteri per la valutazione del merito creditizio, la forma ed il contenuto del contratto di finanziamento, e le sanzioni amministrative per la violazione degli obblighi previsti.

⁶² È bene precisare che l'esercizio del diritto di recesso non è del tutto gratuito. Se il contratto ha già trovato esecuzione, il consumatore è tenuto a restituire il capitale, pagare gli interessi che sono maturati fino al momento della restituzione e rimborsare le somme non ripetibili corrisposte dal finanziatore alla pubblica amministrazione. In ogni caso quest'ultimo non può pretendere somme ulteriori rispetto a quelle previste *ex art. 125-ter*.

Il recesso non va confuso con il rimborso anticipato poiché in quest'ultimo caso il rapporto non trova esecuzione diversamente da quanto accade nel primo ma se si confrontano i due istituti, si nota che in entrambi il consumatore è tenuto a restituire la somma oggetto di finanziamento ed è liberato dall'obbligo di corrispondere gli interessi.

Ai sensi dell'art. 125-*sexies*, il rimborso anticipato consente al consumatore di rimborsare anticipatamente, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore, godendo della riduzione del costo totale del credito, pari all'ammontare degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto. In questo caso, <<*il finanziatore ha diritto ad un indennizzo equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito. L'indennizzo non può superare l'1 per cento dell'importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5 per cento del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto*>> (art. 125-*sexies* co. 2).

§ 1.3 Il contenuto degli obblighi di trasparenza

Al di là degli specifici contenuti che gli obblighi di trasparenza possono assumere nell'ambito delle diverse operazioni creditizie, sembra doveroso dare conto di come essi si configurano per la generalità delle <<operazioni e servizi bancari e finanziari>>. La disciplina è contenuta nel Capo I del Titolo VI e le norme sono ordinate secondo la logica dello svolgimento del rapporto: dalla fase precontrattuale fino all'esecuzione del contratto concluso.

Per vero, il legislatore si preoccupa di disciplinare una fase persino anteriore alle trattative ovvero quando il professionista reclamizza i propri prodotti, dunque quando il contratto non è neanche ipotizzabile. La *ratio* è di rendere chiare sin da subito le condizioni economiche⁶³ a cui vengono proposti i contratti del medesimo tipo da parte degli operatori presenti sul mercato, in modo da consentire all'utente di scegliere liberamente fra le offerte disponibili. Gli annunci pubblicitari seguono una disciplina rigorosa e la Banca d'Italia fornisce due diversi modelli per la loro redazione, l'uno per il caso in cui le offerte siano pubblicizzate personalmente allo sportello o fuori dai locali commerciali e l'altro nel caso in cui vengano utilizzati dei mezzi di comunicazione a distanza. Il contenuto del messaggio pubblicitario deve essere veritiero, ciò ha importanti implicazioni sulle sorti dell'eventuale contratto da stipulare. Infatti, nel caso in cui le condizioni economiche in esso previste sono più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate, ne consegue la nullità della clausola che fa riferimento ai

⁶³ Cfr. art. 116 TUB <<Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio (...)>>. Il tasso effettivo globale medio (TEGM) è il costo totale del credito espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito. Tale valore è rilevato trimestralmente dalla Banca d'Italia per conto del Ministro dell'economia e finanze poiché serve a calcolare il limite oltre al quale i tassi praticati dalla banca sono usurari.

costi che il cliente deve sostenere⁶⁴. È strano che il legislatore non abbia preferito prevedere la nullità della clausola ogniqualvolta le condizioni economiche siano semplicemente diverse – e non soltanto più sfavorevoli – rispetto a quelle contenute negli annunci pubblicitari. In questo modo, si sarebbe equamente garantito il perseguimento tanto dell'obiettivo di tutela della clientela quanto quello dell'instaurazione di corretti meccanismi concorrenziali.

Inoltre, gli intermediari finanziari mettono a disposizione i cd. fogli informativi presso i locali aperti al pubblico o mediante le apparecchiature tecnologiche. In questi documenti sono contenute informazioni relative a: l'intermediario, le condizioni e le principali caratteristiche dell'operazione o del servizio offerto e l'intermediario assicura la piena coerenza tra queste informazioni e quelle contenute nell'eventuale contratto. Si tratta di un'informativa di carattere precontrattuale disciplinata direttamente nelle Istruzioni in tema di trasparenza della Banca d'Italia⁶⁵.

Con riferimento alla redazione del contratto, il legislatore italiano richiede il rispetto della forma scritta a pena di nullità ma, a fronte di motivate ragioni tecniche, il CICR può prevedere, per particolari tipologie di operazioni, l'utilizzo di forme differenti. Il contratto deve necessariamente contenere in forma esplicita <<il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora⁶⁶>> e, soltanto in alcuni casi, la

⁶⁴ Cfr. art. 117 TUB co.6 <<Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali (...)che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati>>.

Il legislatore considera altresì nulle e non apposte le clausole che facciano rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche del contratto. Si deve ricordare che a norma dell'art. 127 co. 2 TUB si tratta di una nullità di protezione e cioè opera soltanto a vantaggio dal cliente. Il contenuto della clausola nulla è sostituito di diritto secondo quanto previsto nell'art. 117 TUB co. 7.

⁶⁵ Cfr. Sez. II par.3.

⁶⁶ Cit. art. 117 co. 4 TUB; non mancano critiche sull'attribuzione di un simile potere alla Banca d'Italia. In questo senso MAJELLO U. precisa che alla Banca d'Italia svolge una funzione specificatamente pubblica che mal si concilia con il potere dispositivo, attribuitole per determinare il contenuto normativo dei contratti, che invece è proprio delle leggi di diritto privato, in *Commento all'art.117*, in Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, vol.2, Bologna, 2003.

Banca d'Italia prescrive un <<contenuto tipico determinato⁶⁷>> a pena di nullità.

Particolarmente significativo in materia di trasparenza è lo *ius variandi* ossia la facoltà, riservata alla banca, di apporre unilateralmente modifiche al contenuto del contratto nel corso della sua esecuzione. La disciplina è contenuta nell'art. 118 TUB ed è subito operata una distinzione fra contratti a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato; per i primi tale diritto può essere esercitato con riferimento a qualunque condizione contrattuale invece, per i secondi è limitato alle clausole che non stabiliscono i tassi di interesse⁶⁸. In entrambi i casi, lo *ius variandi* deve essere previsto da un'apposita clausola <<approvata specificatamente>>⁶⁹ dal cliente e il suo esercizio deve essere subordinato all'esistenza di un giustificato motivo. Nel caso in cui la banca intenda esercitare questo diritto, è tenuta a informare il cliente della proposta di modifica per mezzo di una comunicazione scritta (o tramite un altro supporto durevole) con un preavviso di due mesi. Intanto la proposta non ha effetto, fintanto che non viene approvata⁷⁰ dal cliente. Infatti, entro il termine prestabilito il cliente ha diritto di recedere⁷¹ dal contratto, altrimenti la modifica si intende accettata. La violazione della disposizione rende inefficaci le modifiche salvo che non risultino svantaggiose per il cliente.

⁶⁷ Cfr. art. 117 co. 8 TUB.

⁶⁸ Nota che nella Relazione illustrativa del d.lgs 141/2010 si specifica che la previsione dello *ius variandi* può portare soltanto alla modifica di clausole già esistenti e non all'introduzione di nuove.

⁶⁹ Cit. art. 118 TUB co.1.; DE CRISTOFARO G., in *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario* op. cit., si domanda in che modo debba avvenire l'approvazione specifica da parte del cliente: per mezzo di una apposita sottoscrizione ex art. 1341 co.2 c.c. oppure se sia richiesta una trattativa individuale ai sensi dell'art. 34 co. 4 cod. cons. oppure se abbia inteso una fattispecie del tutto nuova. Tale problema interpretativo rimane irrisolto ed è destinato ad essere risolto nei casi in cui il cliente della banca assuma anche la qualità di consumatore.

⁷⁰ Non si tratta di un'accettazione vera e propria. Il contenuto del contratto non è rinegoziato. Nel caso in cui la banca eserciti lo *ius variandi* ad essa riservato, il cliente ha due alternative: mantenere in vita in contratto, accettando tacitamente le modifiche oppure recedere dal contratto perché non ritiene più vantaggiose le nuove condizioni contrattuali.

⁷¹ Il diritto di recedere dal contratto può essere esercitato dal cliente senza spese aggiuntive. La disciplina dello *ius poenitendi* è contenuta nell'art. 120-bis TUB.

L'ultima notazione in tema di adempimenti in esecuzione del rapporto contrattuale è relativa alla comunicazione periodica alla clientela⁷². Nei contratti di durata, la banca si assume l'impegno di inviare, almeno una volta l'anno, una comunicazione scritta al cliente sullo svolgimento del rapporto. Tali norme sono finalizzate a rendere pienamente conoscibili al cliente le condizioni contrattuali in qualunque fase del rapporto con la banca.

Da questa rapida disamina del contenuto del Capo I, si comprende che il principio della trasparenza contrattuale sottende tutta la disciplina dei contratti bancari e, da mero criterio interpretativo per la valutazione della condotta del professionista a fini risarcitori, diviene regola comportamentale che gli operatori del settore sono tenuti a rispettare in qualunque momento della relazione con la clientela. Il legislatore intende promuovere la consapevolezza della parte debole del contratto affinché niente sia fatto a sua insaputa e l'azione della banca nei suoi confronti sia sempre "trasparente".

§ 1.3.1 Gli obblighi di trasparenza nel momento organizzativo dell'impresa bancaria

Le norme sopra analizzate disciplinano gli obblighi che le banche sono tenute ad osservare nelle attività finalizzate alla promozione e alla conclusione del contratto ma non esauriscono il complesso di obblighi, previsti dalla normativa secondaria, per soddisfare le esigenze di trasparenza e correttezza dei rapporti con la clientela⁷³.

La Sezione XI del Provvedimento della Banca d'Italia "*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle*

⁷² Cfr. art. 119 TUB.

⁷³ La stessa Sez. XI nella premessa spiega l'importanza per l'intermediari di adottare <<accorgimenti organizzativi>> con la duplice finalità di assicurare, in ogni fase dell'attività di intermediazione, il <<puntuale rispetto della disciplina sulla trasparenza delle condizioni contrattuali>> e di costituire <<un efficace presidio dei rischi di natura legale e reputazionale connessi ai rapporti con la clientela>>. (cfr. Sez. XI par.1 p.83)

*relazioni tra intermediari e clienti*⁷⁴ disciplina le <<procedure e le iniziative organizzative che gli intermediari debbono porre in essere in relazione all'attività avente a oggetto le operazioni e i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U.>>⁷⁵. Il rispetto dei principi di trasparenza e buona fede si traduce anche in <<comportamenti operosi, i quali richiedono, inevitabilmente, adeguati requisiti organizzativi⁷⁶>>. Le banche sono quindi tenute ad adottare delle procedure interne che consentano l'adempimento degli obblighi previsti nel Titolo VI sia nella strutturazione del prodotto⁷⁷ sia nell'attività di commercializzazione dello stesso alla clientela.

Soffermando l'attenzione sul momento della vendita del prodotto (*i.e.* la conclusione del contratto), non deve mancare, nella struttura organizzativa delle banche, il personale incaricato ad assicurarsi che il cliente non sia indirizzato verso prodotti inadeguati alle sue esigenze finanziarie e abbia correttamente compreso e valutato la documentazione informativa. Si tratta di personale competente e specializzato in materia di diritto bancario e dei consumatori in modo che abbia la preparazione sufficiente per fornire al cliente informazioni adeguate sul prodotto e sui suoi diritti.

La struttura organizzativa – di cui tutte le banche devono dotarsi secondo quanto prescritto dal Provvedimento – deve garantire un servizio rapido ed efficiente al cliente, anche quando si tratta di porre rimedio ad eventuali scorrettezze del professionista. Proprio con riferimento ai disservizi e insoddisfazione della clientela, è opportuno richiamare la disciplina sulla gestione dei reclami e l'adesione ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie⁷⁸.

⁷⁴ La presente e successive citazioni del Provvedimento della Banca d'Italia fanno riferimento a quello pubblicato il 29 luglio 2009 adeguatamente aggiornato con le integrazioni richieste dall'evoluzione della disciplina del settore bancario.

⁷⁵ Cit. Sez. XI par.1.

⁷⁶ QUADRI E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in NGCC, 2011, pt. 2, cit p.100.

⁷⁷ Nella struttura organizzativa della banca, intesa come impresa, non deve mancare un apposito dipartimento che valuti la struttura del prodotto offerto nell'ottica della comprensibilità da parte della clientela. Su questo tema cfr. Sez. XI par.2.

⁷⁸ Il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, di competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), non deve essere confuso con l'Ufficio reclami e

La gestione dei reclami da parte della banca deve seguire una procedura esattamente disciplinata nella stessa Sezione XI (par.3) affinché siano garantite risposte <<*sollecite ed esaustive*⁷⁹>>. Per incentivare il cliente all'utilizzo di questo strumento, la banca deve disporre di un responsabile e/o un ufficio competente per la gestione reclami, indipendente dagli "uffici vendite", e deve garantire la totale gratuità del servizio. Prescindendo da alcuni aspetti organizzativi⁸⁰, anch'essi ispirati al criterio dell'efficienza, il Provvedimento della Banca d'Italia prescrive esattamente il contenuto della risposta a un reclamo: se fondato deve indicare le iniziative che l'intermediario si impegna ad assumere; se è infondato non solo motiva in modo chiaro ed esauriente le ragioni del rigetto ma deve anche prospettare al cliente la possibilità di ricorrere all'Arbitro Bancario Finanziario o ad altre forme di soluzione stragiudiziale delle controversie.

Il principale sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie è disciplinato dall'art. 128-*bis* TUB, norma divenuta operativa soltanto nell'ottobre 2009, a seguito della deliberazione del CICR nr. 275 del 29 agosto 2008 e del provvedimento attuativo della Banca d'Italia "*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*" del 18 giugno 2009⁸¹. La competenza a decidere sul reclamo è attribuita all'Arbitro bancario finanziario (ABF), organismo indipendente ed imparziale, le cui decisioni non hanno la stessa efficacia esecutiva di una sentenza di primo grado ma hanno soltanto un indiretto valore vincolante per le parti coinvolte.

L'adesione all'ABF è condizione necessaria per l'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria poiché è posto a presidio della tutela dei diritti del cliente che derivano dalla disciplina della trasparenza.

l'Ombudsman – Giurì bancario. Per esplicita previsione normativa, contenuta nel "*Regolamento per la trattazione dei reclami e dei ricorsi in materia di servizi e attività di investimento*", la competenza del Giurì bancario è limitata alle controversie che abbiano ad oggetto operazioni e servizi non assoggettati alla disciplina del Titolo VI.

⁷⁹ Cit. sez. XI del Provvedimento in materia di trasparenza par. 3 p. 86.

⁸⁰ Gli aspetti organizzativi sono relative alle modalità di inoltro dei reclami, la formazione del personale preposto a relazionarsi con la clientela e i tempi massimi di risposta

⁸¹ A dispetto di quanto faccia pensare il ritardo con cui l'art. 128-*bis* è divenuto efficace, il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie deriva dalla ben più risalente legge 262/2005 (cd. legge sul risparmio).

I reclami e il ricorso all'ABF sono strumenti strettamente legati poiché mirano al raggiungimento del medesimo obiettivo di trasparenza e correttezza delle relazioni con la clientela; non a caso il ricorso all'ABF è ammesso se preceduto da un reclamo all'intermediario⁸².

Da quanto si evince dallo studio della Sezione VI delle “*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*”, l'Arbitro bancario finanziario non si sostituisce all'intermediario anzi, tutta la procedura prevede una costante interlocuzione fra quest'ultimo e il cliente⁸³. Non a caso – fermo restando la tempestiva comunicazione all'intermediario della proposizione del ricorso – la procedura si interrompe qualora il ricorrente comunichi di aver promosso o aderito a un tentativo di conciliazione o mediazione con la controparte. Invece, il collegio può dichiarare la cessazione della materia del contendere se, prima della decisione del ricorso, le parti raggiungono un accordo oppure la pretesa del ricorrente viene pienamente soddisfatta⁸⁴.

Obiettivo del legislatore e delle Autorità creditizie è di responsabilizzare l'intermediario a predisporre quanto necessario per la corretta osservanza della normativa sulla trasparenza tanto nella fase fisiologica delle relazioni con la clientela quanto in quella patologica. Il perseguimento di tale obiettivo sembra di più probabile realizzazione in considerazione dei controlli periodici⁸⁵ e delle pesanti sanzioni

⁸² Cfr. Sez. VI Provvedimento della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie (...) par. 1. Peraltro, la pregiudizialità del reclamo al ricorso all'ABF ammette un'eccezione nelle ipotesi in cui la controversia è pendente davanti all'autorità giudiziaria ed il giudice abbia rilevato il mancato esperimento della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

⁸³ QUADRI E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, op. cit.

⁸⁴ Cfr. Sez. VI Provvedimento della Banca d'Italia ivi citato <<Il collegio, d'ufficio o su istanza di parte, dichiara l'interruzione del procedimento qualora il ricorrente, in relazione alla medesima controversia, comunichi di aver promosso o di aver aderito a un tentativo di conciliazione o di mediazione ai sensi di norme di legge. Se la conciliazione non riesce, il ricorso può essere riproposto senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario. (...) Se le parti raggiungono un accordo prima della decisione sul ricorso ovvero la pretesa del ricorrente risulta pienamente soddisfatta, il collegio dichiara, anche d'ufficio, la cessazione della materia del contendere>>.

⁸⁵ Le strutture organizzative di cui si devono dotare le banche, in osservanza delle disposizioni della Sez. XI par.1 del provvedimento sulla trasparenza, sono sottoposte a periodiche valutazioni affinché ne venga verificata l'adeguatezza e l'efficacia e sia posto rimedio alle eventuali carenze riscontrate. A tal fine è coinvolta la funzione di conformità o,

amministrative⁸⁶ previste per l'inosservanza delle disposizioni in tema di adeguamento delle strutture organizzative.

§ 1.4 Ambito di applicazione soggettivo: i destinatari degli obblighi contenuti nel Titolo VI

L'ambito di applicazione della normativa in tema di trasparenza bancaria è disciplinato dall'art. 115 TUB sia dal lato soggettivo che oggettivo. I primi due commi del presente articolo statuiscono: <<1) *Le norme del presente capo si applicano alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari. 2) Il Ministro dell'economia e delle finanze può individuare, in considerazione dell'attività svolta, altri soggetti da sottoporre alle norme del presente capo*>>.

In tema di destinatari degli obblighi di trasparenza, è opportuno segnalare che la disciplina non è sempre stata così come oggi è formulata. La legge 154/1992 ha adoperato un criterio misto per individuare i suoi destinatari: un criterio soggettivo per le banche ed uno oggettivo per gli altri intermediari. Le une sono destinatarie della disciplina della trasparenza in quanto tali, indipendentemente dall'attività in concreto svolta, e gli altri sono sottoposti alla medesima disciplina se l'attività esercitata rientra fra quelle elencate nell'allegato della direttiva 646/89/CEE⁸⁷.

quando essa manca, l'*internal audit* che svolgono gli opportuni accertamenti e riferiscono agli organi aziendali con periodicità almeno annuale e, comunque, ogni qual volta siano state accertate gravi carenze (cfr. Sez. XI par.2 pp.85-86).

Per quanto riguarda i controlli dell'ufficio di gestione reclami, questi non sono molto diversi da quanto è previsto nella Sez. XI par. 1. L'ufficio pubblica ogni anno un rendiconto sulla sua attività ed è coinvolta anche la funzione di conformità (o di *compliance*), o in mancanza l'*internal audit*, che riferisce agli organi aziendali sulla situazione complessiva dei reclami ricevuti nonché sull'adeguatezza delle procedure e delle soluzioni organizzative adottate (cfr. Sez. XI par. 3 p. 87).

⁸⁶ Sez. XI par.1 p.82 <<L'inosservanza delle disposizioni della presente sezione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 144, comma 1, del T.U., secondo le procedure di cui all'articolo 145 del medesimo T.U.>>.

⁸⁷ La direttiva 89/646/CEE insieme alla precedente direttiva 77/780/CEE rappresentano i primi passi verso l'armonizzazione del diritto bancario degli Stati membri e la realizzazione di un sistema normativo unitario. Obiettivo delle due direttive è il "*coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio*" al fine di porre le basi per il mutuo riconoscimento

Non si tratta di un metodo sicuro poiché fra le attività contenute nell'elenco figurano anche quelle esercitate dagli intermediari del mercato mobiliare, già assoggettati ad una diversa disciplina. In una simile situazione, i dubbi interpretativi sono molti, non soltanto per le regole di comportamento applicabili ma anche per l'individuazione dell'autorità competente a vigilare sul corretto esercizio dell'attività⁸⁸.

L'adozione del TUB ha consentito di porre rimedio alle incertezze derivanti dalla legge precedente. Infatti, il comma 1 dell'art. 115 TUB sostituisce il criterio misto con l'unitario criterio soggettivo: la disciplina del Titolo VI si applica alle banche e agli intermediari finanziari individuati dal Titolo V⁸⁹. Segue il secondo comma che attribuisce alla Ministro dell'Economia e delle Finanze il potere discrezionale di individuare altri soggetti cui applicare la medesima disciplina. Tale previsione è da considerare una norma di chiusura poiché è finalizzata a coprire eventuali lacune del primo comma, consentendo l'applicazione del Titolo VI anche ad altri soggetti che non siano iscritti all'albo degli intermediari finanziari tenuto presso la Banca d'Italia.

L'indicazione dei soggetti sottoposti alla disciplina della trasparenza bancaria consente anche di stabilire quali siano le attività che ricadono in questo regime di trasparenza (sull'argomento vedi *infra* § 1.5).

degli enti. Il principio adottato è di armonizzazione minima e riguarda le condizioni per l'autorizzazione e l'esercizio dell'attività.

⁸⁸ Il conflitto di competenza si crea fra la Banca d'Italia e la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB). Con riferimento a questi «non precisati limiti di competenza e di intervento» VALENTINO P. così commenta: «Fintanto che tali limiti sono evanescenti a livello di vigilanza dei soggetti operanti nel settore, *nulla quaestio*, nel senso che la funzione di controllo può essere efficacemente gestita anche da più soggetti; pluralità di intervento assolutamente da evitare a livello di regolamentazione, perché sussiste il rischio di costruire sistemi dominati dall'incertezza e palesemente esposti alla elusione delle norme.» in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit. p.893

⁸⁹ Il Titolo V rubricato "Soggetti operanti nel settore finanziario" prevede che anche gli intermediari finanziari siano ammessi ad esercitare l'attività di concessione di finanziamenti purché siano rispettate le previsioni in esso contenute. In sintesi, gli intermediari per esercitare tale attività devono ottenere l'autorizzazione della Banca d'Italia, la cui concessione determina l'iscrizione all'albo degli intermediari finanziari tenuto presso la medesima Autorità creditizia. L'autorizzazione è concessa se i soggetti richiedenti posseggono i requisiti di cui all'art. 107 TUB. L'attività di vigilanza è esercitata dalla Banca d'Italia e questa, in qualsiasi momento, può revocare l'autorizzazione concessa in presenza di una delle ipotesi previste dall'art. 113-ter.

§ 1.4.1 (Segue) I beneficiari della normativa sulla trasparenza bancaria e classificazione della clientela in categorie

Soffermandosi sui soggetti, è interessante individuare anche i beneficiari della disciplina ossia coloro ai quali è garantita tutela.

Sul piano storico, l'esigenza di garantire la trasparenza dei comportamenti della banca è avvertita nell'ottica di tutela del consumatore ma con il tempo il legislatore europeo ha imposto di adottare una visione più ampia di protezione. L'attenzione si sposta dal consumatore alla categoria più ampia del cliente, comprendendo tutti i soggetti che instaurano un rapporto con l'impresa erogatrice di servizi bancari e finanziari⁹⁰. Le Istruzioni della Banca d'Italia definiscono il cliente come *<<qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario>>*⁹¹.

In verità, il confronto fra la generica figura del cliente e quella del consumatore non è venuta meno. Infatti la Banca d'Italia si preoccupa di operare, nelle disposizioni attuative, una classificazione della clientela, dividendola in tre distinte categorie: la clientela in generale, al dettaglio e i consumatori. Avuto già riguardo alla nozione di cliente in generale, la clientela al dettaglio ricomprende un'ampia gamma di soggetti: i consumatori; le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale; gli enti senza finalità di lucro e le micro-imprese⁹². In particolare, la qualifica di consumatore è attribuita alle persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta⁹³.

⁹⁰ QUADRI E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, op. cit.

⁹¹ Cit. Sez. I par.3 p.8.

⁹² Cfr. nota precedente.

⁹³ Cfr. nota precedente.

Fra i clienti al dettaglio sono annoverate anche le micro-imprese⁹⁴ poiché, data la semplice struttura organizzativa, si ritiene non abbiano un elevato livello di competenze finanziarie e siano bisognose di tutela al pari di un consumatore.

Per quanto riguarda la nozione di consumatore, quella fornita dalle Istruzioni della Banca d'Italia non si discosta da quella contenuta nell'art.3 del codice del consumo⁹⁵. Il requisito dell'estraneità del servizio bancario o finanziario richiesto rispetto all'attività svolta professionalmente dal cliente richiama, infatti, il dibattito che, in ambito consumerista, interessa dottrina e giurisprudenza al fine di individuare un criterio che consenta di valutare l'estraneità o meno dello scopo all'attività professionale negli acquisti a scopo cd. promiscuo⁹⁶.

La *ratio* di questa suddivisione risiede nel principio di proporzionalità⁹⁷ in virtù del quale è necessario graduare la tutela avuto

⁹⁴ Su indicazione della Raccomandazione 2003/361 del 6 maggio 2003 “*relativa alla definizione di micro-imprese, piccole e medie imprese*” sono considerate micro-imprese le imprese che occupano un numero massimo di dieci dipendenti e realizzano un fatturato o un totale di bilancio annuo non superiore a due milioni di Euro.

⁹⁵ Infatti, ai sensi dell'art. 3 lett. a) per consumatore o utente si intende <<la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta>>. Per motivi di completezza è opportuno richiamare anche un'altra definizione di consumatore contenuta nell'art. 5 co. 1 cod. cons. <<Fatto salvo quanto disposto nell'art.3, comma1, lettera a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali>>. Si tratta di una nozione più ampia che intende tutelare il consumatore persino nella fase prodromica all'atto di consumo, indipendentemente dalla conclusione o meno del contratto con il professionista.

⁹⁶ Fermo restando che l'estraneità dello scopo fa riferimento all'impossibilità di riscontrare un collegamento negoziale fra la conclusione del contratto e l'esercizio della professione, gli acquisti a scopo cd. promiscuo suscitano dubbi circa l'applicabilità della disciplina consumeristica poiché sono finalizzati a soddisfare tanto bisogni personali quanto quelli della professione. In simili ipotesi è necessario individuare un criterio che consenta, caso per caso, di stabilire quando il contratto sia da ricondurre alla speciale disciplina consumeristica o al diritto comune. La giurisprudenza propende per il criterio della prevalenza per cui bisogna valutare la maggiore prevalenza dello scopo personale o professionale nella finalità del contratto. In dottrina è accolta la teoria, di origine francese, della “competenza rispetto all'atto” che distingue gli atti “della professione” da quelli “relativi alla professione”. Nel primo caso si tratta di atti tramite i quali il soggetto esercita la sua professione mentre nel secondo caso si tratta di atti che, pur essendo compiuti in connessione alla professione, non sono espressione della stessa poiché il soggetto non ha competenza nel settore in cui ha concluso il contratto (CATRICALÀ A. e PIGNALOSA M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013).

⁹⁷ Il principio di proporzionalità è sancito nelle stesse Istruzioni nella Sez. I par. 1.3 p.3 <<Le informazioni previste ai sensi delle presenti disposizioni sono rese alla clientela in modo corretto, chiaro ed esauriente nonché adeguato alla forma di comunicazione

riguardo alle caratteristiche del suo beneficiario. In effetti, la disciplina della trasparenza si diversifica in relazione alla tipologia di cliente ma resta ferma la possibilità per il professionista di applicare la disciplina più favorevole anche alle categorie “superiori”.

È onere del professionista valutare la classe cui appartiene il cliente al fine di applicare lo *standard* di trasparenza più adeguato ma le Istruzioni della Banca d'Italia non stabiliscono le modalità secondo cui vada effettuato un simile adempimento. È semplicemente previsto che la classificazione del cliente debba essere effettuata prima della conclusione del contratto⁹⁸ e che l'attribuzione della categoria può essere modificata soltanto su richiesta del cliente in caso di mutamento dei presupposti.

Non sembra, invece, esistere un diritto del cliente ad essere espressamente informato in merito alla categoria a lui attribuita. Nell'attività di intermediazione mobiliare l'obbligo di individuare la categoria di appartenenza del cliente è seguito dall'onere di darne comunicazione al soggetto interessato, mediante utilizzo di un supporto durevole⁹⁹. Invece nel settore creditizio, il silenzio della Banca d'Italia sul punto lascia supporre che sia sufficiente richiedere al cliente la sottoscrizione dei moduli relativi alla classe di appartenenza perché si ritenga adempiuto l'obbligo di cui sopra¹⁰⁰, sebbene un obbligo informativo potrebbe dedursi dal più generale obbligo di correttezza e buona fede¹⁰¹.

La maggior parte della dottrina giudica la graduazione della logica di protezione del cliente, in base alle caratteristiche soggettive dello stesso giudicata, un cambiamento apprezzabile in tema di trasparenza bancaria. Questo sistema infatti consentirebbe di raggiungere un livello superiore di efficienza ed efficacia, calibrando le norme sull'esigenza di protezione del

utilizzata e alle caratteristiche dei servizi e della clientela. In applicazione del principio di proporzionalità, la disciplina si articola secondo modalità differenziate in relazione alle esigenze delle diverse fasce di clientela e alle caratteristiche dei servizi>>.

⁹⁸ Cfr. Sez. I par. 1.2 p. 3.

⁹⁹ Inoltre, in via interpretativa, si ritiene che la consegna dell'informativa venga consegnata prima della conclusione del contratto al fine di consentire al cliente di esercitare la facoltà attribuitagli di richiedere di essere inserito in una categoria differente.

¹⁰⁰ MARINI C., *La nuova disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in www.dirittobancario.it.

¹⁰¹ CAPOBIANCO E. e LONGOBUCCO F., *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in CI, 2011, fasc. 4 – 5, pp. 1142 – 1181.

singolo cliente. Tuttavia non mancano pareri di segno opposto, preoccupati da un disegno normativo non del tutto chiaro che <<rischia di determinare più complicazioni procedurali che benefici¹⁰²>>.

§ 1.5 Ambito di applicazione oggettivo della normativa sulla trasparenza bancaria: l'interazione TUB e Testo Unico della Finanza (TUF)

Il tema dell'applicazione oggettiva delle norme sulla trasparenza bancaria pone il problema di individuare quali servizi siano da sottoporre alla disciplina del TUB, in considerazione del campo multisetoriale in cui operano le banche e gli intermediari finanziari. La norma di riferimento è la medesima analizzata per l'ambito di applicazione soggettiva ovvero l'art. 115 TUB.

L'interpretazione letterale della norma consentirebbe di includere tutte le attività svolte dalle banche e intermediari finanziari poiché essa non opera alcuna specificazione. Tuttavia questa non sembra la soluzione da adottare, la stessa rubrica del Capo I del Titolo VI richiama soltanto le operazioni ed i servizi bancari e finanziari e la Banca d'Italia provvede a specificare, nelle disposizioni attuative, che le norme sulla trasparenza si applicano soltanto alle operazioni e ai servizi offerti dagli intermediari aventi natura bancaria e finanziaria¹⁰³.

L'attività bancaria è definita dall'art. 10 co. 1 TUB quale attività di raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito¹⁰⁴.

È, invece, più difficile individuare le attività di natura finanziaria poiché la legge non fornisce una definizione e la Relazione di

¹⁰² MIRONE A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in BBTC, 2010, fasc. 5, cit. p. 571.

¹⁰³ Cfr. Sez. I par. 1.1 p. 1.

¹⁰⁴ Seguono co. 2 – 3: <<L'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche. 3) Le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge>>.

accompagnamento al TUB specifica che fra le attività finanziarie vi rientrano quelle ammesse al mutuo riconoscimento *ex art. 1 co. 2 lett.f)* TUB. Pertanto, si ritiene che la normativa del TUB vada applicata a quelle attività di natura finanziaria che coincidono con quelle elencate nell'articolo di cui sopra, purché il loro esercizio non sia riservato dalla legge a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari.

La riserva di legge si giustifica in ragione dell'esistenza di un altro *corpus* normativo dedicato alle attività di intermediazione finanziaria ossia il Testo Unico della Finanza (TUF). Una norma dello stesso TUF, l'art. 23 co. 4¹⁰⁵, stabilisce esplicitamente che per alcuni servizi – come obbligazioni e altri titoli di debito o certificati di deposito – trovano applicazione le norme del Testo unico della finanza, anche se offerti da un istituto bancario.

In linea teorica, la demarcazione dell'ambito di applicazione fra TUB e TUF è precisa ma, nel caso pratico, non è sempre facile applicare la regola poiché esistono i cd. prodotti composti che affiancano altre attività a quelle tipicamente bancarie o finanziarie, ad esempio assicurative o di investimento.

Il Provvedimento della Banca d'Italia individua nella <<*finalità esclusiva o preponderante*>> il criterio in base al quale valutare la natura del prodotto composto e, di conseguenza, la disciplina applicabile. Nel caso in cui la finalità esclusiva o preponderante sia di natura bancaria, si distinguono due ipotesi: 1) se essa rientra fra le operazioni ed i servizi disciplinati dal Titolo VI TUB, si applica all'intero prodotto la normativa contenuta nel TUB; 2) negli altri casi, la disciplina del TUB si applica alla componente del prodotto che ricada fra le operazioni o servizi di cui al Titolo VI. Diversamente, se la finalità esclusiva o preponderante è d'investimento, allora sia al prodotto che alle sue singole componenti si

¹⁰⁵ Art. 23 co. 4 TUF: <<*Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario*>>.

applica la disciplina del TUF¹⁰⁶, salvo non si tratti di un'operazione di credito ai consumatori.

È importante saper individuare la disciplina applicabile a ciascun prodotto finanziario poiché le norme sulla trasparenza “finanziaria” e “bancaria”, per quanto simili, perseguono obiettivi differenti e, conseguentemente, anche gli strumenti predisposti per la tutela della clientela sono diversi.

Ultima notazione, in ambito di applicazione oggettiva della trasparenza bancaria, va effettuata con riferimento all'ultimo comma dell'art. 115 TUB che regola l'interazione fra le norme contenute nei Capi I, II e II-*bis* del Titolo VI.

Nel sistema originario, il rapporto fra le norme speciali e quelle generali in tema di trasparenza non era uniforme per le operazioni di credito al consumo e i servizi di pagamento. Nel primo caso, le norme contenute nel Capo II si ponevano in un rapporto di *genus ad speciem* con quelle del Capo I che si applicava soltanto <<per gli aspetti non diversamente disciplinati>>¹⁰⁷. Invece, nel secondo caso vigeva un sistema di totale autonomia, per cui la trasparenza nei servizi di pagamento era disciplinata in via esclusiva dal Capo ad essa dedicato e le regole generali si applicavano soltanto quando vi era un rimando diretto al loro contenuto.

La modifica apportata dal d.lgs. 141/2010 ha uniformato i meccanismi di interazione, statuendo che, sia i servizi di pagamento sia per il credito ai consumatori, le norme del Capo I si applicano soltanto quando espressamente richiamate.

¹⁰⁶ Cfr. Sez. I par. 1 p.2

¹⁰⁷ Cfr. formulazione originaria dell'art. 115 TUB. Per motivi di sinteticità non si richiama il testo dei primi due commi poiché sono rimasti inalterati mentre è stato modificato il contenuto dei commi 3 e 3 *bis*. In un caso, il d.lgs. 141/2010 ha inciso sulla formulazione mentre nell'altro ne ha abrogato il contenuto. <<3) le disposizioni del presente capo si applicano alle operazioni previste dal capo II del presente titolo per gli aspetti non diversamente disciplinati. 3-bis) le disposizioni del presente capo non si applicano ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis a meno che non siano espressamente richiamate da quest'ultimo>>

§ 1.5.1 (Segue) Dalla centralità del Capo I alla tripartizione del sistema della trasparenza bancaria

Come si è avuto modo di constatare dall'analisi storica della normativa sui contratti bancari, l'introduzione delle norme sulla trasparenza ha rappresentato una grande evoluzione poiché ha posto rimedio alle lacune del codice civile, accogliendo le istanze di protezione della clientela contro il forte potere contrattuale delle banche. Per questo motivo, le norme contenute nel Capo I del Titolo VI sono state elevate a disciplina generale del settore.

Con il tempo, la centralità di queste disposizioni è iniziata a venire meno a causa dell'incremento delle normative in materia bancaria e finanziaria. Si pensi ai servizi di investimento, esclusi dalla sfera di applicazione della trasparenza bancaria perché ricondotti alla disciplina più specifica della cd. trasparenza finanziaria e, più di recente, all'introduzione del Capo II-*bis* che disciplina in modo autonomo e completo la trasparenza dei servizi di pagamento. Anche il recepimento della direttiva 2008/48/CE ha contribuito in tal senso poiché viene nuovamente promossa l'autonomia delle regole di trasparenza per il credito ai consumatori rispetto a quelle contenute nel Capo I.

Il sistema della trasparenza si segmenta in sottosistemi riservati a specifiche categorie di operazioni, più precisamente: operazioni e servizi bancari e finanziari, credito ai consumatori e servizi di pagamento. La suddivisione è suggerita dalla stessa struttura del Titolo VI ed è confermata dalla <<frammentazione sul piano della disciplina regolamentare di applicazione, articolata anch'essa in tre distinti ambiti>>¹⁰⁸. La stessa competenza delle Autorità creditizie a emanare disposizioni attuative non risulta egualmente attribuita dal TUB in tutti i settori. Per le operazioni e

¹⁰⁸ MIRONE A., *Sistemi e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in BBTC, 2014, fasc.4, cit. p. 379. Il riferimento alla fonte regolamentare come "sintomo" della frammentazione della disciplina della trasparenza non è da sottovalutare perché, in questa materia, gran parte della disciplina è demandata a questa fonte, dato lo scarso livello di approfondimento delle norme di rango primario.

servizi bancari e finanziari il TUB spesso rinvia al potere regolamentare del CICR che, a sua volta, delega ai poteri della Banca d'Italia. Invece, per i servizi di pagamento e il credito al consumo la fonte regolamentare primaria è rappresentata dalle sole Istruzioni della Banca d'Italia del 29 luglio 2009¹⁰⁹.

La disciplina del Capo I si <<è trasformata da vera e propria disciplina generale a disciplina di carattere residuale¹¹⁰>>, tenendo conto del fatto che le operazioni escluse dal suo ambito di applicazione sono di ampia diffusione nel mercato bancario e la loro disciplina non ammette modifiche – nemmeno *in melius* – trattandosi di norme di origine comunitaria ispirate al principio di armonizzazione massima.

A questo punto, è interessante presentare qualche esempio per confrontare come una medesima fattispecie viene disciplinata nei tre sottosistemi e verificare se, al di là dell'espresso richiamo delle regole generali, vi sia una sostanziale differenza fra di essi.

Il primo caso è fornito dalle norme in tema di informazione precontrattuale. Gli art. 116 e 126-*quater* TUB la disciplinano soltanto in termini di informazione indifferenziata al pubblico ovvero come annunci pubblicitari, invece il Capo relativo credito al consumo non si limita a quest'aspetto dell'informazione ma si orienta anche verso una sua personalizzazione sul singolo cliente mediante la consegna delle Informazioni Europee di Base con eventuali chiarimenti (artt. 123 – 124 TUB).

Un caso ancora più particolare si presenta per la disciplina della forma del contratto poiché il legislatore comunitario ha previsto una forte riduzione del formalismo negoziale sia per il credito ai consumatori che per

¹⁰⁹ Per avere un esempio tangibile di quanto affermato, si confrontino gli artt. 117 co. 2 e 126-*quinqüies* co. 1. Nei servizi di pagamento i poteri, che nelle operazioni bancarie e finanziarie sono attribuiti al CICR, sono esplicitamente conferiti alla Banca d'Italia. Art.117 co.2: <<Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma>> e art. 126-*quinqüies*: <<Ai contratti quadro si applica l'articolo 117, commi 1, 2, 3, 4, 6 e 7. Il potere previsto dall'articolo 117, comma 2, è esercitato dalla Banca d'Italia>>.

¹¹⁰ Cit. MIRONE A., *Sistemi e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in BBTC, 2014, fasc. 4, cit. p. 380.

i servizi di pagamento¹¹¹ ma di tutt'altro avviso è parso il legislatore nazionale che è rimasto ancorato alla tradizione.

Nei contratti di credito ai consumatori è richiesta la forma scritta *ad substantiam* qualunque sia il <<supporto durevole>>¹¹² che le parti intendano utilizzare ed è richiamata la disciplina contenuta nell'art. 117 TUB¹¹³. Per i servizi di pagamento la forma scritta è richiesta soltanto per i contratti quadro¹¹⁴ e l'art. 126-*quinuies* rimanda anch'esso alla norma del Capo I.

Al di là di quanto richiamato in questa sede, una comparazione più approfondita delle norme del Titolo VI dimostra che gli obiettivi sono comuni e sono volti a garantire la protezione del cliente dalle condotte scorrette della banca, idonee ad influenzare (negativamente) una scelta che per definizione dovrebbe essere libera.

Persino le aree di intervento individuate dal legislatore sono le medesime, ciò che si differenzia – peraltro non sempre – è la <<risposta normativa¹¹⁵>> data in ciascun settore.

Dunque, è opinione condivisa dalla maggior parte della dottrina che, stante il regime di autonomia che governa i tre sottosistemi, non vi sia totale

¹¹¹ Probabilmente nell'ottica di favorire la conclusione di contratti a distanza, in questo senso è particolarmente significativa la previsione della direttiva 2008/48/CE che equipara i contratti telematici, anche se non sottoscritti con il dispositivo della firma digitale, ai contratti conclusi (secondo il metodo tradizionale) in forma scritta.

¹¹² Art. 125-*bis* co. 1: <<I contratti di credito sono redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge e contengono in modo chiaro e conciso le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR. Una copia del contratto è consegnata ai clienti>>.

¹¹³ Art. 125-*bis* co. 2: <<Ai contratti di credito si applicano l'articolo 117 commi 2, 3 e 6, nonché gli articoli 118, 119, comma 4, e 120, comma 2>>. I commi richiamati dispongono rispettivamente: i) il potere del CICR di autorizzare forme diverse da quella scritta per motivate ragioni tecniche; ii) la nullità del contratto nel caso in cui non siano rispettati i requisiti di forma; iii) nullità delle clausole che prevedano condizioni economiche più sfavorevoli di quelle pubblicizzate. (Sul contenuto dell'art. 117 vedi *supra* § 1.3)

¹¹⁴ La definizione di contratto quadro è contenuta nell'art. 4 nr. 12 dir. 2007/64/CE: <<un contratto di servizi di pagamento che disciplina la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuali e successive e che può comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni>>. In altre parole, il contratto quadro consiste nell'attività di contrattazione per la programmazione delle future attività negoziali delle parti. Rispetto alle singole operazioni di pagamento, il contratto quadro si distingue proprio per essere un insieme di operazioni preordinate.

¹¹⁵ MIRONE A., *Sistemi e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, op. cit., cit. p. 383.

incomunicabilità ma sia possibile individuare un “sostrato” di norme comuni che determini un nesso di interdipendenza fra di essi.

Allora, al quesito di cosa abbia spinto il legislatore nazionale a separare i sistemi di trasparenza, la risposta sarebbe da individuare nell’adempimento degli obblighi di armonizzazione massima del diritto interno con quello comunitario che è, per l’appunto, di carattere settoriale. Sarebbe, quindi, stato compito della normativa secondaria coordinare le discipline di settore ed esaltare l’unitarietà dei principi di fondo che governano la trasparenza bancaria.

L’armonizzazione dei tre sottosistemi potrebbe essere realizzata anche per mezzo di strumenti ermeneutici come l’interpretazione analogica o i sillogismi deduttivi e induttivi, che consentano di risolvere eventuali sovrapposizioni di disciplina¹¹⁶.

Nonostante alcuni accenni critici della dottrina, si ritiene che la divisione della disciplina per categorie di operazioni possa produrre effetti positivi per il complessivo sistema della trasparenza poiché consente di graduare la disciplina sulle caratteristiche del servizio, esattamente come richiesto dalle Istruzioni della Banca d’Italia¹¹⁷. Inoltre, lo scetticismo verso la differenziazione dei livelli di tutela sembra non essere giustificabile visti gli effetti positivi della sua sperimentazione in materia di servizi di investimento.

¹¹⁶ MIRONE A. sostiene la possibilità che le lacune contenute nelle discipline speciali del credito ai consumatori e dei servizi di pagamento possano essere colmate attraverso un’applicazione analogica delle norme contenute nel Capo I e che queste ultime possano essere utilizzate come strumento interpretativo delle prime. Inoltre un sillogismo di tipo induttivo (il procedimento logico che dal particolare porta all’universale) potrebbe consentire di ricavare dalle discipline speciali delle regole di valenza generale.

<<La non applicabilità in via diretta delle norme di cui al Capo I alle materie del credito al consumo e dei servizi di pagamento non dovrebbe precludere né l’applicazione in via analogica, ove sussista una lacuna normativa nelle discipline speciali, né la possibilità di utilizzare la disciplina generale in chiave interpretativa di quella speciale. (...). La specialità delle discipline del Capo II e Capo II-*bis* non dovrebbe precludere, a sua volta, la possibilità di rinvenire, all’interno di queste ultime, disposizioni di carattere generale, o che costituiscano espressione di principi normativi di settore, come tali applicabili in via analogica a tutta la materia dei contratti bancari>> MIRONE A., *ibidem*, cit. p.381.

¹¹⁷ Con il medesimo obiettivo di graduare la tutela, la disciplina si articola anche in base alla classificazione della clientela (vedi *supra* § 1.4.1).

Peraltro, tale tendenza potrebbe accentuarsi con il recepimento della direttiva 2014/17/UE in materia di contratti di credito ai consumatori per l'acquisto di beni immobili residenziali.

Non va, tuttavia, dimenticato che il buon funzionamento della disciplina della trasparenza bancaria non può prescindere dall'armonizzazione e coordinamento fra le sotto-categorie che la compongono, al fine di individuare principi e regole che governino il sistema, considerato nel suo complesso¹¹⁸.

§ 1.6 Conclusioni: l'evoluzione del concetto di trasparenza. Dal prodotto “chiaro” alla relazione chiara con il professionista

L'evoluzione delle norme in materia bancaria ha consentito di osservare come il rapporto fra banca e cliente si è evoluto dalle origini fino alle recenti modifiche apportate con il d.lgs.141/2010.

In vero, nella prima legge bancaria del '36-38 la relazione fra banca e cliente è rimasta estranea all'ottica del legislatore. Allo stesso modo il codice civile del 1942 non ha apportato significativi cambiamenti in questo senso, sebbene esso si fondi sui principi della (formale) parità dei contraenti e della contrattazione libera e consapevole dell'accordo negoziale. Piuttosto – alla luce di queste considerazioni – si può affermare che la regolamentazione contenuta nel codice civile ha aggravato la situazione con la previsione, *ex art.1341 c.c.*, della facoltà per le imprese di redigere il contratto in mancanza di una consapevole volontà dell'altro contraente.

La ragione di questo totale disinteresse verso il rapporto fra banca e cliente risiede nel clima culturale del tempo caratterizzato da grande fiducia

¹¹⁸ CIVALE F., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria*, in *La trasparenza bancaria (rapporto banca-cliente e forme di tutela)*, a cura di Fabio Civile della collana *Il diritto privato oggi* a cura di Paolo Cendon, Milano, 2013.

e dal totale affidamento della clientela nelle <<mani dell'*amico* banchiere¹¹⁹>>.

I primi cambiamenti si registrano negli anni '70 per effetto dell'apertura delle famiglie italiane all'attività di borsa, al fine di investire i propri risparmi. Infatti, il concetto di trasparenza e confrontabilità dei prezzi sono già ampiamente diffusi nel mercato mobiliare e hanno un impatto significativo nella psiche del cliente che inizia a preoccuparsi di operare scelte ponderate piuttosto che affidarsi semplicemente all'amico banchiere. A ciò si aggiunge, nel panorama europeo, lo sviluppo della teoria consumerista che ritiene errato l'assunto della parità dei contraenti – su cui si fondano i codici di matrice napoleonica – poiché all'uguaglianza sul piano formale non corrisponde quella sul piano sostanziale. Nella realtà della contrattazione si distinguono due tipologie di contraenti, uno forte e l'altro debole, in ragione del diverso bagaglio di conoscenze che possiedono e proprio gli interventi in materia di trasparenza appaiono lo strumento più utile per ridurre questo *gap* conoscitivo¹²⁰.

Non a caso, le prime riflessioni su questo tema nell'ambito del settore creditizio risalgono agli anni '80 – in concomitanza dell'adozione della prima direttiva in materia di credito ai consumo 87/102/CEE – con due proposte di legge alla Camera, presentate il 2 luglio 1987. Il primo disegno di legge (nr. 467) <<*Norme per assicurare la trasparenza nei rapporti tra banche, istituti e sezioni di credito speciale e la clientela*>> risulta <<più sbrigativo nelle previsioni e fantasioso nei motivi¹²¹>> rispetto al successivo, <<*Norme per la trasparenza nelle operazioni bancarie*>>.

¹¹⁹ PORZIO M., *Relazione tra banca e cliente nella recente evoluzione del diritto bancario*, Atti del convegno “Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?”, Torino, 2011, cit. p. 21.

¹²⁰ PORZIO M., *Relazione tra banca e cliente nella recente evoluzione del diritto bancario*, *ibidem*.

¹²¹ RESCIGNO P., “*Trasparenza*” *bancaria e diritto “comune” dei contratti*, op. cit., cit. p. 298. L'autore richiama alcuni dei motivi riportati nella proposta di legge firmata dall'on. Piro: <<valorizzazione dell'etica e della responsabilità>>, <<diritto alla conoscenza>> e <<nuove regole della libertà per i cittadini>>.

firmato dall'on. Visco e altri, di maggiore completezza e rigore tecnico¹²². Da quest'ultima proposta di legge è derivata l'adozione della legge 154/1992 e simultaneamente la legge 142/1992 sul credito al consumo.

In particolare, le regole sulla trasparenza divengono lo strumento idoneo a bilanciare lo squilibrio delle posizioni contrattuali causato dal fenomeno della contrattazione di massa che si fonda sull'utilizzo di condizioni generali di contratto oppure di moduli e formulari.

A questo proposito, è opportuno sottolineare che l'intervento del legislatore è volto a contrastare l'esercizio di un potere che non è stato acquisito di fatto dalle banche ma che è espressamente previsto dal nostro ordinamento. L'attribuzione di un simile diritto, però, non comporta il suo esercizio in modo incondizionato ma deve essere temperato dal principio costituzionale di solidarietà, volto a evitare che da pretesa legittima si trasformi in abuso¹²³.

¹²² In realtà la presente proposta (nr.520) altro non è che la riproposizione testuale del progetto di legge presentato l'anno prima dall'on. Minervini, rimasto tuttavia irrealizzato a causa della fine anticipata della legislatura.

Si ritiene che il precedente normativo della disciplina sulla trasparenza sia da rintracciare nell'art. 8 (introdotto con un emendamento dello stesso on. Minervini) della legge 64/1986 relativa all'intervento straordinario nel Mezzogiorno. Sebbene non di si parlasse esplicitamente di trasparenza, questo articolo rappresenta il primo tentativo di riequilibrare i poteri contrattuali, incidendo sul contenuto del contratto. Infatti, la norma impone alle aziende e istituti di credito di osservare la parità di trattamento fra i clienti, a parità di requisiti soggettivi, senza discriminazioni in base alla località di provenienza. Si badi che la legge sul Mezzogiorno non intendeva garantire un prezzo uniforme per l'offerta di ciascun prodotto ma il suo obiettivo era di eliminare le discriminazioni legate al territorio che trovavano espressione nella concessione del credito a condizioni economiche più svantaggiose per il Meridione.

¹²³ L'abuso del diritto è un tema di particolare rilevanza nel nostro ordinamento. Esso si concretizza nell'uso del diritto in modo non conforme alla funzione per il quale è stato attribuito. Sull'argomento sono numerose le pronunce della giurisprudenza che definiscono la fattispecie dell'abuso del diritto. È interessante riportare una recente massima di una sentenza della Corte di Cassazione: <<L'abuso del diritto non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti. Ne consegue, pertanto, che, nel contratto di agenzia, l'abuso del diritto è da escludere, allorché il recesso non motivato dal contratto sia consentito dalla legge, la sua comunicazione sia avvenuta secondo buona fede e correttezza e l'avviso ai clienti si prospetti come doveroso>> (Cass. civ. sez. III 10568/2013).

Il contrappeso al potere delle banche di predisporre unilateralmente il contenuto del contratto è individuato nell'obbligo, in capo alle stesse, di rendere pienamente conoscibili le informazioni ritenute fondamentali per la determinazione a contrarre del cliente.

La trasparenza è, quindi, intesa come conoscibilità delle condizioni economiche applicate al contratto. Tuttavia, l'informazione non rappresenta soltanto una forma di tutela del contraente debole ma è anche utile a garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Infatti, l'obbligo di fornire informazioni chiare, *rectius* trasparenti, sul prodotto consente di confrontare le offerte presenti sul mercato e automaticamente determina una naturale selezione degli operatori che riescono a stare "alle regole del gioco" della concorrenza¹²⁴.

Il contenuto dell'atto di autonomia negoziale può essere oggetto di controllo giurisdizionale nell'ipotesi in cui sorga una controversia fra le parti, in merito si legga quanto affermato nella sentenza 20106/2009 dalla Suprema Corte di Cassazione, sez. III, civile: <<L'atto di autonomia privata, anche nel caso in cui consista in un recesso "ad nutum", è sempre soggetto al controllo giurisdizionale. Il giudice, nel controllare e interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare e interpretare l'atto anche in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito contrattuale. Il giudice di merito deve, allora, valutare in termini di conflittualità se il recesso "ad nutum" previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità (buona fede) e per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti (abuso del diritto). L'indicato giudizio deve essere più ampio e rigoroso là dove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti>>.

L'abuso del diritto è criterio di valutazione del corretto esercizio del diritto ma è anche canone integrativo dell'obbligazioni assunte da un soggetto. Si legga la massima della sentenza Cass. civ., sez. III, nr. 17642/2012: <<Il generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è un'espressione, svolge una funzione integrativa dell'obbligazione assunta dal debitore (nella specie, la banca), quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese, avendo ciascuna delle parti contrattuali il dovere di tutelare l'utilità e gli interessi dell'altra, nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio di altri valori.(Principio enunciato con riferimento al comportamento della banca recedente dalla garanzia concessa al cliente che aveva superato il limite dell'affidamento senza dare riscontro alle richieste di rientrare nel saldo debitorio)>>.

¹²⁴ La correlazione sopra individuata può essere resa più chiara riportando l'esempio delle uova marce riportato da NIGRO A. in *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancarie finanziari: note introduttive*, Dir. banc. merc. fin., 1992, fasc. 1, cit. p.422 <<Posso ricordare qui l'espressione molto significativa con la quale si usava sintetizzare, negli Stati Uniti, la filosofia della trasparenza nel mercato mobiliare: "tutti sono liberi di vendere uova marce, purché dichiarino di vendere uova marce". Ebbene, in un sistema che obblighi i venditori di uova a dichiarare se vendono uova marce – e quindi ad essere trasparenti – la funzione o la valenza della trasparenza non si esaurisce nel fatto che il potenziale acquirente ha la possibilità di scegliere consapevolmente se acquistare o no uova marce, ma va oltre. Essa influisce sul piano della stessa vendita di uova, nel senso che, sapendo di dover dichiarare se le uova che vende sono marce ed essendo presumibile che

Il passaggio dagli anni '90 ad oggi determina un cambiamento nella logica del legislatore, più attento ai risultati degli studi di economia comportamentale. Tale disciplina dimostra che le scelte di mercato effettuate dall'utente non sono pienamente razionali ma sono influenzate da diversi fattori.

Da questa nuova prospettiva si inizia a muovere il legislatore comunitario, promuovendo comportamenti leali del professionista, al fine di evitare che la sua condotta falsi o induca in errore il consumatore.

Significativa è l'adozione della direttiva 2005/29/CE <<relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (...)>> e recepita in Italia con il d.lgs. 146/2007. La protezione garantita al consumatore si affina per comprendere fattispecie più ampie rispetto alle pubblicità ingannevoli e comparative e si estende a qualsiasi momento in cui il professionista e il consumatore vengono in contatto.

Il principio di lealtà e correttezza è promosso in tutti i settori del mercato e trova una prima diffusione proprio nell'ambito del diritto bancario e finanziario.

Agli obiettivi già individuati agli arbori della disciplina sulla trasparenza, se ne affianca un altro: è la stessa trasparenza che da semplice strumento si evolve in <<valore-fine>>¹²⁵. Essa è la finalità cui gli operatori del mercato creditizio e di investimento devono mirare a raggiungere per ristabilire la fiducia dei risparmiatori e investitori, fortemente minata a causa della crisi finanziaria globale del 2008.

In quest'ottica, le norme sulla trasparenza bancaria disciplinano il complesso delle relazioni che il professionista instaura con il cliente ovvero definiscono il *modus operandi* delle banche. Il concetto di trasparenza si evolve <<dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere¹²⁶>>.

nessuno, ricevuta quell'informazione, acquisterà uova marce, il venditore sarà con ogni probabilità indotto a vendere uova sane>>.

¹²⁵ <<valore-mezzo>> e <<valore-fine>> sono espressioni usate da MINERVINI E. per valutare la natura della trasparenza nel saggio "La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)" in BBTC, 1997, fasc. 1, pt. 1, cit. p. 101

¹²⁶ BRODI E., *Dal dovere di far conoscere al dovere di far <<comprendere>>: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti fra impresa e consumatori*, in BBTC, 2011, fasc. 2, pt. 1, cit. p. 252.

Il termine *evoluzione*¹²⁷ allude a un mutamento, all'abbandono del significato di trasparenza ritenuto non più adeguato per adottarne uno che risponda alle nuove esigenze della società moderna.

In realtà, non bisogna guardare al cambiamento nell'ottica del superamento della tradizione ma in quella del completamento. Non è più sufficiente prescrivere alle banche il contenuto esatto delle informazioni da fornire al cliente ma è necessario promuovere un più generale obbligo di correttezza nelle relazioni con la clientela.

¹²⁷ Si pensi al significato del termine, <<(in senso figurato) ogni processo di trasformazione, graduale e continuo, per cui una data realtà passa da uno stato all'altro – quest'ultimo inteso generalmente come più perfezionato – attraverso cambiamenti successivi (...)>>, in Enciclopedia Treccani voce: *evoluzione*.

CAPITOLO SECONDO

L’obbligo di fornire “chiarimenti adeguati”: l’evoluzione degli adempimenti di carattere informativo prima della conclusione di un contratto di credito ai consumatori

§ 2.1 Profili introduttivi. Il credito ai consumatori e l’impegno verso l’educazione finanziaria delle famiglie – § 2.2 Le informazioni al consumatore: gli annunci pubblicitari – § 2.2.1 (Segue) Le Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori e accenni su i “chiarimenti adeguati” – § 2.2.2 (Segue) La verifica del merito creditizio – § 2.3 I *chiarimenti adeguati* secondo la lettera del TUB e delle relative disposizioni attuative – § 2.4 I *chiarimenti adeguati* nelle proposte nei lavori preparatori per l’adozione della nuova disciplina del credito ai consumatori – § 2.4.1 (Segue) La proposta del 2005 – § 2.5 La natura dei *chiarimenti adeguati*: fra obbligo informativo rafforzato e obbligo di consulenza – § 2.6 Il paradigma della consulenza: la regola dell’adeguatezza nei servizi di intermediazione mobiliare – § 2.6.1 (Segue) La regola dell’appropriatezza e l’implementazione dell’attività di consulenza secondo la direttiva MiFid II – § 2.7 L’estensione del modello di consulenza nel settore del credito ai consumatori. Realtà o illusione? – § 2.7.1 (Segue) La consulenza “collaborativa” o dovere di assistenza – § 2.8 Conclusioni. Dal dovere di assistenza all’educazione finanziaria del consumatore. Gli strumenti per un efficace superamento dell’asimmetria informativa

§ 2.1 Profili introduttivi. Il credito ai consumatori e l’impegno verso l’educazione finanziaria delle famiglie

L’ampia disamina sul tema della trasparenza bancaria, consente adesso di passare al tema centrale della trattazione relativo allo specifico adempimento di fornire “*chiarimenti adeguati*”, previsto in campo alle banche e agli intermediari finanziari ai sensi dell’art. 124 co. 5 TUB.

Sul punto occorre effettuare alcune precisazioni di carattere preliminare relative al contesto in cui tale disposizione si inserisce.

L'art. 124 TUB, insieme alle altre norme contenute nel Capo II del Titolo VI, disciplina la materia del contratto di credito ai consumatori. È, dunque, necessario affiancare alla prospettiva dei contratti di credito quella più specifica dei contratti conclusi con il consumatore.

A questo proposito, è opportuno fare un accenno alla collocazione della categoria negoziale¹²⁸ del credito al consumo nel Testo unico in materia bancaria e creditizia piuttosto che nel codice del consumo (d.lgs. 206/2005). In origine, la disciplina del credito al consumo¹²⁹ ha trovato collocazione tanto negli artt. 40 – 43 cod. cons. quanto negli artt. 121 – 128-*bis* TUB ma, in occasione del recepimento della direttiva 2008/48/CE, è stata riunita sotto quest'ultimo *corpus* di norme¹³⁰. Non sono mancate

¹²⁸ È opportuno considerare il credito ai consumatori quale “categoria negoziale” piuttosto che come “fattispecie” in ragione dell’approccio che il legislatore comunitario ha scelto per disciplinare la materia. Infatti, l’ambito di applicazione della presente normativa è definito con riferimento alla funzione dell’operazione (approccio cd. transtipico) piuttosto che tramite l’individuazione di una specifica fattispecie, della quale ne vengono descritti gli elementi costitutivi (approccio cd. tipologico). Non a caso, dal combinato disposto degli artt. 121 co.1 lett. c) e 122 co. 1 TUB, emerge che per contratto di credito deve essere inteso un contratto, <<comunque denominato>>, <<con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria>>. Ne risulta una definizione alquanto ampia ed elastica, tale da individuare un’intera categoria negoziale nella quale sono ricomprese una pluralità di fattispecie diverse. In questo senso, MAZZAMUTO S. afferma che l’art. 121 TUB <<non delinea uno schema contrattuale unitario quanto piuttosto una vera e propria causa di credito al consumo, lasciando, pertanto, ampi margini alla possibilità di tradurre tale funzione economica-individuale in forme contrattuali assai diverse fra loro>> in *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, cit. p. 371. MODICA L. invece parla di un <<fenomeno della perdita di fattispecie>> che <<appare invero connotare il diritto privato europeo ben oltre il *corpus* normativo adesso in commento, denunciando una sfuggente propensione tipologica che se un vero consente alla normativa “speciale” un ampio raggio di azione – poiché autorizza a ricondurre alla disciplina del credito al consumo una pluralità di fattispecie negoziali eterogenee che direttamente o indirettamente approdano al finanziamento al consumatore, dall’altro costringe ad un costante attingimento alle discipline interne, che, modellate sul tipo, divengono adattabili all’operazione di credito solo verso l’accurato filtro dell’interpretazione>> in *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in Eur. dir. priv., 2009, fasc. 3, cit. p. 789.

¹²⁹ L’utilizzo dei termine contratto di credito “al consumo” o “ai consumatori” sarà indifferente nel corso della trattazione ma la seconda espressione è più corretta poiché, a seguito dell’adozione del d.lgs. 141/2010, essa sostituisce la prima nelle definizioni di cui all’art. 121 TUB.

¹³⁰ Nella legge delega 88/2009 per il recepimento della direttiva comunitaria, il legislatore ha espresso l’esigenza di riunire le fonti normative relative al credito al consumo senza dare una specifica indicazione al riguardo. Dall’interpretazione dell’art. 33 co. 1 sembra dedursi il *favor* del legislatore verso il TUB poiché espressamente statuisce che tutte le innovazioni

critiche a questa scelta poiché il d.lgs.141/2010 è stato visto come l'occasione – poi sfumata – di abbandonare la struttura normativa binaria e completare l'iniziativa di riunire, sotto un'unica cornice, tutte le disposizioni relative ai contratti conclusi dal consumatore, avviata dal d.lgs. 206/2005¹³¹. Oggi, nel codice del consumo è rimasto soltanto l'art. 43¹³² che opera il rinvio al TUB per la disciplina del credito al consumo e le relative sanzioni.

Dunque, lo specifico ambito d'interesse è il credito al consumo definito dall'art. 121 co. 1 lett. c) TUB come: <<il contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria>>.

La definizione fornita dal glossario della Banca d'Italia consente di cogliere la caratteristica fondamentale di questa fattispecie: <<è il credito concesso alle famiglie per fini personali collegati al consumo di beni e servizi>>¹³³.

Ciò che distingue il contratto di credito al consumo rispetto ad altre forme di finanziamento è la specifica qualifica soggettiva del contraente e, di conseguenza, anche la finalità per cui ne viene richiesta l'erogazione. Uno dei contraenti deve avere la qualifica di consumatore ossia deve agire per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o

dovranno essere introdotte tramite le opportune modifiche e integrazioni dello stesso Testo unico bancario e il governo ha provveduto in tal senso.

¹³¹ In tal senso cfr. DE CRISTOFARO G., *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in IC, 2009, fasc. 12, pp. 1151 – 1157.

Per motivi di completezza è opportuno precisare che in dottrina ci sono anche pareri favorevoli alla collocazione della disciplina del credito ai consumatori nel TUB come CARRIERO G. che <<ritiene preferibile la collocazione di tutta la disciplina sui contratti di credito ai consumatori nell'ambito del testo unico bancario sia per motivazioni di ordine culturale (tra le quali segnatamente la sollecitazione delle autorità di supervisione settoriale a perseguire anche finalità di tutela del consumatore – risparmiatore), sia per il valore aggiunto rinveniente, per il consumatore, dalla possibilità di godere di maggiore *enforcement* rappresentato dai controlli di vigilanza sul rispetto della relativa disciplina, che non sostituiscono ma si sommano ai consueti rimedi in sede contenziosa>> in *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in Eur. dir. priv., 2011, fasc. 2, cit. p. 506.

¹³² Gli artt. 40 – 42 cod. cons. sono stati abrogati. Art. 43 cod. cons.: <<Per la disciplina del credito al consumo si fa rinvio ai capi II e III del titolo VI del citato decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive modificazioni, nonché agli articoli 144 e 145 del medesimo testo unico per l'applicazione delle relative sanzioni>>.

¹³³ IELASI F., voce "credito al consumo", in Dizionario di micro finanza: le voci del micro credito, a cura di Giampiero Pizzo e Giulio Tagliavini, Roma, 2013, cit. p. 551.

professionale eventualmente svolta¹³⁴. Dunque, l'esigenza di denaro liquido deve essere rivolta a soddisfare bisogni della sfera personale, estranei a quella lavorativa – professionale¹³⁵.

Il contratto di credito ai consumatori può essere concluso non soltanto con un finanziatore ossia un soggetto abilitato a erogare professionalmente finanziamenti¹³⁶ ma anche con un intermediario del credito, vale a dire un soggetto che propone i contratti di credito e ne cura l'attività di preparazione del contratto sin dalla presentazione della proposta (se si tratta di un agente in attività finanziaria può anche concludere il contratto stesso)¹³⁷.

Un aspetto interessante della categoria del credito ai consumatori è costituito dalla presenza di un sottoinsieme di contratti definiti collegati che riunisce tutte quelle fattispecie creditizie caratterizzate dalla finalità esclusiva¹³⁸ di finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio. Tuttavia, ai sensi dell'art. 121 lett. d), affinché un contratto di credito possa ottenere una simile denominazione, è necessario che esso sia stato pubblicizzato e/o concluso per il tramite del professionista con cui il consumatore ha concluso il contratto di fornitura oppure che nel contratto di credito siano individuati esplicitamente i beni o servizi da finanziare¹³⁹.

¹³⁴ Sulla nozione di consumatore cfr. *ex multis* § 1.4.

¹³⁵ È opportuno precisare che il ricorrere della qualifica di consumatore non è sempre sufficiente affinché il finanziamento possa rientrare nella specifica categoria di cui si tratta. L'art. 122 TUB individua una serie di fattispecie escluse dall'applicazione della disciplina del credito ai consumatori perché si tratta di operazioni di scarso valore economico (la richiesta di credito al consumo deve avere un importo compreso fra i 200 e i 75.000€) oppure perché già fornite di adeguate tutele per il consumatore.

¹³⁶ Cfr. art. 121 co. 1 lett. f) TUB.

¹³⁷ Cfr. art. 121 co. 1 lett. h) TUB: <<“intermediario del credito” indica gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi o qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dal Titolo VI-bis, almeno una delle seguenti attività: 1) presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti; 2) conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore>>.

¹³⁸ Non si ha un collegamento rilevante per l'applicazione della disciplina della sottocategoria dei contratti collegati quando lo scopo del contratto di credito non consiste soltanto nel finanziamento dell'acquisto di un bene o di un servizio ma concorre insieme ad altri.

¹³⁹ Cfr. art. 121 co.1 lett. d) TUB: <<“contratto di credito collegato” indica un contratto di credito finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un

Dunque, in presenza dei presupposti sopra descritti, si ritiene esistente un collegamento negoziale¹⁴⁰ fra il contratto di credito e quello di fornitura poiché volti a realizzare un'unica operazione economica.

Al ricorrere di questa fattispecie complessa, il legislatore disciplina gli specifici effetti che il collegamento negoziale produce sul contratto di credito nel caso di inadempimento¹⁴¹ del fornitore oppure di esercizio dello

servizio specifici se ricorre almeno una delle seguenti condizioni: 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>>.

¹⁴⁰ I contratti collegati si caratterizzano per l'esistenza di una pluralità coordinata di contratti che, pur conservando la loro autonoma causa, sono finalizzati a realizzare una complessa e unitaria operazione economica. Cfr. Corte Cassazione, sez. II civile, nr. 8844/2001: <<il collegamento contrattuale, che può risultare legislativamente fissato ed è quindi tipico, come accade nella disciplina della sublocazione contenuta nell'art. 1595 c.c., ma può essere anche atipico in quanto espressione dell'autonomia contrattuale indicata nell'art. 1322 c.c., nei suoi aspetti generali non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato a un unico regolamento dei reciproci interessi. Il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato, pertanto, non è dato da elementi formali, quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali (un contratto può essere unico anche se ricavabile da più testi; un unico testo può riunire più contratti) o la mera contestualità delle stipulazioni, ma da quello sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti. Infatti il contratto collegato non è un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti, caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia ecc.) possono ripercuotersi sull'altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco (ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro e non viceversa) e non necessariamente in rapporto di principale e accessorio. (...)>>. Conformi a questo orientamento le più recenti sentenze Trib. Milano, sez. I, nr. 14378/2014, Cass. civ. sez. III 21714/2014.

¹⁴¹ Ai fini di questa trattazione non è necessario dilungarsi sulla disciplina di queste due ipotesi, sarà sufficiente fare qualche accenno qui di seguito.

L'eventuale inesatto o mancato adempimento del fornitore costituisce in capo al consumatore, ex art. 125-*quiquies*, il diritto di richiedere la risoluzione del contratto di credito ma soltanto dopo aver inutilmente costituito in mora il fornitore e purché l'inadempimento di quest'ultimo non sia di scarsa importanza. Il finanziatore è tenuto a rimborsare al consumatore le rate pagate in anticipo e ogni altro onere che è stato applicato. La risoluzione del contratto di credito non comporta l'obbligo del consumatore di rimborsare al finanziatore l'importo che sia stato già versato al fornitore ma, nei confronti di quest'ultimo, il finanziatore ha diritto di esercitare l'azione di ripetizione dell'indebito. Qualora si verifichi l'ipotesi sopra descritta, non è, invece, chiaro quale sia la sorte del contratto di fornitura, ovvero se il consumatore debba richiedere la sua risoluzione contestualmente a quella del contratto di credito, se siano esperibili anche rimedi differenti oppure se la risoluzione del contratto di credito comporta *ipso iure* la caducazione anche del contratto di fornitura ad esso collegato. Sul punto il legislatore non si è espresso. Cfr. DE CRISTOFARO G. e OLIVIERO F., *I contratti di credito ai consumatori*, in Trattato dei contratti di Vincenzo Roppo, vol. V "mercati regolati", Milano, 2014.

ius poenitendi per i contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali¹⁴².

Il riferimento a questa particolare sotto categoria, non ha rilevanza in tema di adempimenti precontrattuali poiché la disciplina contenuta nel Capo II del Titolo VI è relativa al contratto di credito ai consumatori considerati nella loro globalità, indipendentemente dalla specifica fattispecie che trova applicazione in concreto.

Non a caso, l'art.124 TUB estende all'intermediario gli obblighi previsti in capo al finanziatore e il co. 6 prevede un particolare regime qualora ad agire nelle vesti di intermediario del credito siano i fornitori di merci, quale servizio accessorio alla loro attività principale. Questi soggetti non sono tenuti a osservare gli obblighi di informativa precontrattuale. La *ratio* della deroga risiede nell'attività imprenditoriale da loro esercitata, il cui scopo principale non è di certo l'intermediazione creditizia¹⁴³. Per

¹⁴² L'esercizio dello *ius poenitendi* ovvero del diritto unilaterale di recesso (riconosciuto esclusivamente in capo al consumatore) è stato disciplinato dall'art. 67 co. 6 cod. cons. ai sensi del quale <<il contratto di credito collegato ai sensi dell'art.121, comma 1, lett. d), del t.u.b. si intende risolto di diritto, senza alcuna penalità, nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso da un contratto di fornitura di beni o servizi disciplinato dal presente titolo conformemente alle disposizioni di cui alla presente sezione>>. Il presente comma è stato di recente modificato ad opera del d.lgs. 21/2014 che ha recepito la nuova direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (che per l'appunto abroga e sostituisce le precedenti direttive in tema di contratti conclusi dai consumatori a distanza e fuori dai locali commerciali). Adesso, il sesto comma si presenta così formulato: <<qualora il prezzo di un bene o di un servizio, oggetto di un contratto di cui al presente titolo, sia interamente o parzialmente coperto da un credito concesso al consumatore, dal professionista ovvero da terzi in base ad un accordo tra questi e il professionista, il contratto di credito si intende risolto di diritto, senza alcuna penalità, nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso conformemente alle disposizioni di cui alla presente sezione. E' fatto obbligo al professionista di comunicare al terzo concedente il credito l'avvenuto esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore. Le somme eventualmente versate dal terzo che ha concesso il credito a pagamento del bene o del servizio fino al momento in cui ha conoscenza dell'avvenuto esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore sono rimborsate al terzo dal professionista, senza alcuna penalità, fatta salva la corresponsione degli interessi legali maturati>>.

Quale sia la sorte del contratto di credito collegato, nel caso in cui il contratto di fornitura sia caducato o risolto per motivi diversi dall'esercizio dello *ius poenitendi*, non è stato oggetto di disciplina e, allo stesso modo, non è stata disciplinata l'ipotesi inversa, ovverossia quando una qualsiasi vicenda caducatoria o risolutoria (ivi compreso l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore *ex art. 123-ter*) colpisca il contratto di credito. Cfr. DE CRISTOFARO G. e OLIVIERO F., *I contratti di credito ai consumatori*, *ibidem*.

¹⁴³ DE POLI M., *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo (La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano)* a cura di Giovanni De Cristofaro della collana Principi

questo motivo non sembra opportuno accollare loro ulteriori adempimenti informativi, tenuto conto degli obblighi specifici di cui sono destinatari¹⁴⁴. Nonostante ciò, la tutela del consumatore non viene meno poiché è compito del finanziatore assicurarsi che il consumatore riceva le necessarie informazioni precontrattuali¹⁴⁵.

La preoccupazione del legislatore è quella di favorire lo sviluppo di buone pratiche, che rendano il credito più responsabile non soltanto da parte dei fruitori finali del servizio ma anche dei soggetti che in tale mercato operano professionalmente¹⁴⁶.

Il primo approccio per il perseguimento di questo fine si individua proprio nelle innovazioni apportate nell'ambito degli adempimenti precontrattuali, maggiormente garantisti nei confronti del contraente debole. In questo contesto, l'utente – consumatore è un mero destinatario passivo di informazioni sempre più accurate e personalizzate poste a carico del professionista per la tutela degli interessi dei primi.

regole e sistema (Biblioteca di diritto privato) coordinata da R. Calvo, A. Ciatti e G. De Cristofaro, Torino, 2009, cit. p. 66.

¹⁴⁴ Provv. Banca d'Italia sulla trasparenza bancaria Sez. VII par. 4.2.5 : <<Gli intermediari del credito indicano, negli annunci pubblicitari e negli altri documenti destinati ai consumatori, a quale titolo operano, entro quali limiti possono svolgere la propria attività e, in particolare, se siano legati da rapporti contrattuali con uno o più finanziatori oppure agiscono in qualità di mediatori. Nei casi in cui l'intermediario del credito può richiedere al consumatore il pagamento di un compenso per i suoi servizi (mediazione creditizia), ai sensi dell'articolo 125-novies, comma 2, del T.U. il compenso è comunicato al consumatore e costituisce oggetto di accordo su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, prima della conclusione del contratto di credito. I mediatori assolvono a questi obblighi applicando quanto previsto ai sensi della sezione VIII>>.

¹⁴⁵ Cfr. Art. 124 co.6 TUB: <<I fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio non sono tenuti a osservare gli obblighi di informativa precontrattuale previsti dal presente articolo. Il finanziatore assicura che il consumatore riceva comunque le informazioni precontrattuali; assicura inoltre che i fornitori di merci o prestatori di servizi rispettino la disciplina ad essi applicabile ai sensi del presente Capo>>.

¹⁴⁶ A dire il vero, la crisi economica ha ingenerato maggiore responsabilità da parte degli intermediari finanziari, almeno in questo settore, che dimostrano maggiore attenzione nella concessione del credito al consumo alle famiglie. I criteri di selettività per classi di età sono rimasti pressoché invariati e, in generale, sono molto più rigorosi nei confronti della clientela più giovane, caratterizzata da un maggior livello di rischiosità.

Le condizioni di offerta dei prestiti personali, caratterizzati da importi medi e rischiosità più elevate sono divenute più stringenti. Al contrario, le banche e le società finanziarie sono divenute più accomodanti nella concessione di prestiti con rata mensile inferiore ai 100€. Ciò ha contribuito ad accrescere la sostenibilità del debito per scopi di consumo e a migliorare gli indicatori di rischiosità dei prestiti. (CRISTAUDO P., MAGRI S., PICO R. e ZAVALONE M.G., *Il credito al consumo durante la crisi: evidenze dai contratti*, in *Questioni di economia e finanza* nr. 234, Roma, Settembre 2014).

Tuttavia nella moderna società, caratterizzata dalla diffusione del concetto del “fai da te”, questo genere di intervento non risulta più adeguato. Un livello di tutela più elevato, così come auspicato dal *considerando 9* della direttiva 2008/48/CE, può essere efficacemente raggiunto affiancando ai più tradizionali obblighi di condotta degli intermediari, sistematici interventi di educazione finanziaria.

Si colgono, infatti, le prime iniziative di sensibilizzazione delle famiglie verso le tematiche del credito, degli investimenti e dell’indebitamento promosse delle Autorità creditizie e degli operatori professionali¹⁴⁷. Inoltre, la nuova direttiva 2014/17/UE sul contratto di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali dedica un apposito articolo all’educazione finanziaria, disponendo che gli Stati membri debbano adottare misure idonee a favorire l’educazione finanziaria, in special modo, sui temi del sovraindebitamento e della gestione responsabile del debito¹⁴⁸.

Appare quanto mai opportuno coinvolgere attivamente il consumatore, in modo da renderlo fautore consapevole delle proprie scelte finanziarie. Di frequente le famiglie ricorrono al credito al consumo per sostenere acquisti di tipo voluttuario, finalizzati ad aumentare il livello di benessere piuttosto che a soddisfare bisogni primari. Il credito al consumo rappresenta lo strumento per anticipare spese che altrimenti non potrebbero essere soddisfatte con le correnti disponibilità economiche¹⁴⁹ ma, al

¹⁴⁷ Ad esempio, Assofin (associazione che riunisce i principali operatori finanziari che operano nel settore del credito alla famiglia) ha ideato “Monitorata®” uno strumento di educazione finanziaria *online*, gratuito e svincolato da offerte commerciali, con cui il cittadino può effettuare un’analisi della propria condizione finanziaria e giungere alla consapevole autovalutazione della propria solvibilità e della propria capacità di sostenere una situazione debitoria.

¹⁴⁸ La predisposizione di misure idonee a favorire l’educazione finanziaria dei consumatori è lasciata alla discrezionalità degli Stati membri. Tuttavia, la Commissione, ai sensi dell’art. 6 par. 2, pubblica una valutazione degli strumenti di educazione finanziaria messi a disposizione dei consumatori in ciascuno degli Stati membri e <<*individua gli esempi di migliori pratiche che potrebbero essere ulteriormente sviluppate al fine di accrescere la consapevolezza in materia finanziaria dei consumatori*>>.

¹⁴⁹ Negli anni che hanno preceduto l’emersione dei primi effetti della crisi, il credito ha trovato considerevole diffusione nel nostro paese tanto da rappresentare circa un quinto dei finanziamenti delle famiglie italiane. Dalle indagini effettuate ogni due anni dalla Banca d’Italia è emerso che la quota di famiglie che fanno ricorso al credito al consumo è aumentata dal 9% al 13% fra gli anni ’90 e il 2008. Durante la crisi, questa forma di

contempo, potrebbe costituire un rischio – a lungo termine – per la stabilità finanziaria delle famiglie, se non usato con cognizione di causa.

In verità, in tempo di crisi le famiglie italiane hanno dimostrato grande prudenza nell'utilizzo di questo tipo di finanziamento¹⁵⁰, tanto da registrarsi un calo netto della domanda. Di fatti, in Italia il problema del sovra indebitamento è decisamente limitato rispetto agli altri principali Paesi europei¹⁵¹. Nonostante i cauti atteggiamenti assunti sia dalla domanda che dall'offerta, persistono i profili di rischio nel mercato del credito al consumo dovuti a situazioni impreviste, come il venir meno di una fonte di reddito.

Per questo motivo, l'impegno delle banche a una maggiore trasparenza informativa deve essere affiancato a uno di tipo educativo, al fine di rendere i consumatori auto sufficienti nel valutare l'opportunità di

finanziamento sembra aver sostenuto i consumi delle famiglie in Italia o, in ogni caso, ne ha evitato un calo più accentuato. Nella prima fase della crisi (2008-2010), il ricorso al credito al consumo è aumentato da parte delle famiglie con reddito basso. Il credito al consumo è stato usato dalle famiglie appartenenti a questa classe con una quota più elevata rispetto a quella di chi non ha subito significative variazioni del reddito. Infatti le famiglie che hanno subito forti riduzioni del reddito a causa della crisi hanno usato il credito al consumo per evitare una variazione del tenore di vita. In questo modo il calo dei consumi è stato più ridotto rispetto a quello del reddito.

¹⁵⁰ Nel 2013 il ricorso al credito al consumo si è ridotto, soprattutto fra le famiglie più giovani e quelle a basso reddito. Durante la crisi la domanda di credito al consumo si è considerevolmente ridotta: dal 2007 al 2013 il numero di richieste annue è calato del 19% a un livello poco superiore ai 7 milioni. In generale, la domanda di finanziamenti per scopi di consumo si è ridimensionata ma è rimasta alta la richiesta di contratti con un importo ridotto; il paniere degli acquisti ha infatti registrato il calo delle vendite di autovetture ma la persistenza degli acquisti per prodotti di telefonia ed elettronica per i quali sono necessari finanziamenti di minor importo.

La riduzione ha interessato tutte le classi di età, ad eccezione dei più giovani (< 35 anni) per i quali si è osservato un incremento del numero di richieste. Il calo dei contratti stipulati ha riguardato indifferentemente sia i prestiti finalizzati (16%) sia quelli personali (27%). Tra i prestiti personali è aumentata la quota di contratti con durata superiore ai 60 mesi a scapito della durata inferiore al fine di consentire la sostenibilità di questi finanziamenti i cui importi sono rimasti in media elevati.

In sintesi, il mercato del credito al consumo è notevolmente mutato durante gli anni della crisi. Da un lato sono sempre meno i clienti che richiedono finanziamenti di importo medio – alto, di solito nella forma di prestiti personali, la cui durata si è inoltre fortemente allungata per ridurre l'incidenza dell'onere del servizio del debito. Dall'altro è molto cresciuto il peso dei debitori – soprattutto giovani – che hanno ottenuto finanziamenti finalizzati di importo molto modesto, inferiore ai mille euro, la cui scadenza è breve e le rate contenute. (CRISTAUDO P., MAGRI S., PICO R. e ZAVALLONE M.G., *Il credito al consumo durante la crisi: evidenze dai contratti*, op. cit.)

¹⁵¹ La prima indagine armonizzata sui bilanci delle famiglie, effettuata da Banca Centrale Europea, ha dimostrato che l'Italia presenta la quota più bassa di famiglie con qualsiasi forma di indebitamento.

assumere un debito ed, eventualmente, nella scelta dell'offerta più adeguata alle esigenze personali.

§ 2.2 Le informazioni al consumatore: gli annunci pubblicitari

<<L'intensificazione, la specificazione e la vincolatività degli obblighi di informazione, prima, durante e dopo il contratto, rappresentano un *leit motiv* (...) almeno, da quando, per un verso, l'informazione è diventata il bene non materiale di maggiore importanza e valore nelle società evolute e l'elemento in base del quale vengono effettuate tutte le scelte individuali, economiche, politiche e, per altro verso, il mercato non è in grado fisiologicamente di eliminare il *gap* informativo¹⁵²>>.

In verità, già la precedente direttiva 87/102/CE prevedeva qualche riferimento al diritto all'informazione nella fase precontrattuale ma la direttiva 2008/48/CE segna un deciso rafforzamento¹⁵³ della disciplina, dedicando l'intero Capo II alle <<*Informazioni e pratiche preliminari alla conclusione del contratto*>>.

Essa delinea tre livelli di informazione¹⁵⁴ che si distinguono in base allo strumento utilizzato per veicolarle: annunci pubblicitari, “*Informazioni europee di base sul credito al consumo*” e attività di assistenza alla clientela.

Gli annunci pubblicitari in materia di credito ai consumatori sono definiti nel provvedimento della Banca d'Italia come <<*tutti i messaggi, in qualsiasi forma diffusi, aventi natura promozionale, e ogni altra documentazione non personalizzata*>> che hanno la funzione di rendere

¹⁵² GORGONI M., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del d.lgs. n.141 del 2010*, in *Giur. mer.*, 2011, fasc. 2, cit. p. 332.

¹⁵³ L'art. 3 della direttiva 87/102/CE, esattamente riportato dal legislatore italiano nell'art.123 TUB, prevede che gli annunci pubblicitari o qualsiasi altro mezzo con cui vengono effettuate le offerte contenenti il riferimento al tasso di interesse o altre cifre relative al costo del credito, devono indicare il TAEG e il relativo periodo di durata.

¹⁵⁴ MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, *op. cit.*.

note al pubblico della potenziale clientela le caratteristiche dei prodotti offerti sul mercato. Essi svolgono la medesima funzione dei fogli illustrativi, previsti nella disciplina generale della trasparenza, ma a differenza di questi ultimi non è previsto alcun obbligo per il finanziatore di predisporli.

A seguito delle modifiche apportate dalla direttiva 2008/48/CE, la disciplina dei messaggi pubblicitari è arricchita da un contenuto minimo obbligatorio, a dispetto di quella precedente in forza del quale il contenuto essenziale era individuato nell'esclusiva individuazione del TAEG e il suo periodo di validità.

In particolare, il contenuto del messaggio pubblicitario varia in base alla tipologia prescelta, che si distingue in base alla presenza o meno di riferimenti a cifre e costi dell'operazione.

Laddove il messaggio pubblicitario contiene un dato numerico è necessario affiancare altre informazioni che contestualizzino e rendano comprensibile il dato. È espressamente previsto che i contenuti dell'annuncio pubblicitario siano indicati in forma chiara, precisa e graficamente evidenziata e la sua comprensione deve essere agevolata da un esempio rappresentativo. Inoltre, si precisa che nessuna delle voci presenti sul messaggio pubblicitario può avere maggiore evidenza rispetto al TAEG¹⁵⁵. La *ratio* di queste previsioni di carattere stilistico si inseriscono nella logica di trasparenza poiché l'interesse del consumatore medio è quello di conoscere il costo totale del credito ed è per questo motivo che, persino negli annunci pubblicitari, deve essere reso in modo chiaro ed evidente.

¹⁵⁵ È evidente che il legislatore ha sempre dato grande rilevanza al dato costituito dal TAEG poiché è un indicatore sintetico che consente la percezione agevole e immediata dell'impatto economico che potrà avere l'operazione creditizia cui si riferisce. Ai sensi dell'art. 121 lett. m) <<il tasso annuo effettivo globale" o "TAEG" indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito>> e <<nel costo totale del credito sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte>>. L'importanza del TAEG è tale da riflettersi anche sulla validità del contratto nel caso in cui la sua indicazione sia assente o errata.

Con riferimento all'altra tipologia di annuncio, è sufficiente rendere chiara la finalità promozionale e la necessità di fare riferimento alla documentazione precontrattuale per conoscere le condizioni economiche del prodotto, indicando le modalità con cui sono messi a disposizione del pubblico¹⁵⁶.

Una disciplina così puntuale in materia di pubblicità si giustifica con la finalità che il legislatore intende perseguire ossia ridurre il fenomeno delle condotte ingannevoli che impediscono l'effettiva comparazione delle offerte presenti sul mercato. Non a caso – fermo quanto previsto dal TUB – ai messaggi pubblicitari sono applicabili anche le disposizioni contenute nel Codice del consumo relative alle pratiche commerciali scorrette, intese a sanzionare quei comportamenti del professionista che sono contrari alla diligenza professionale e falsano o sono idonei a falsare *<<in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori¹⁵⁷>>*. È lo stesso Provvedimento della Banca d'Italia a operare questa precisazione¹⁵⁸.

In particolare, le pratiche commerciali scorrette si dividono in due categorie: ingannevoli e aggressive. La condotta tenuta dal professionista è considerata aggressiva *ex art. 24 cod. cons.* quando limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore, costringendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso tramite *<<molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento¹⁵⁹>>*.

¹⁵⁶ Cfr. Provvedimento della Banca d'Italia in materia di trasparenza Sez. VII par. 4.1. Bisogna sottolineare che per la disciplina degli annunci pubblicitari senza l'indicazione di cifre, la sezione sul credito ai consumatori rimanda a quella sulle operazioni e servizi in generale ovvero alla Sez. II par.5. Si specifica soltanto che il riferimento al foglio illustrativo deve essere sostituito con *<<l'informativa personalizzata e l'assistenza da rendere alla potenziale clientela nella fase pre-contrattuale>>*.

¹⁵⁷ Cfr. art. 20 co.2 cod. cons..

¹⁵⁸ Cfr. Provvedimento Banca d'Italia sulla trasparenza Sez. VII par. 4.1: *<<resta fermo quanto previsto dalla parte II, titolo III, del Codice del Consumo>>*.

¹⁵⁹ Cfr. art. 24 cod. cons.: *<<E' considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante*

Le pratiche ingannevoli invece si distinguono, a loro volta, in azioni e omissioni, disciplinate rispettivamente dagli artt. 21 e 22 cod. cons.; l'azione del professionista è ingannevole quando <<contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio (...) e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso¹⁶⁰>>. L'omissione è uguale e contraria all'azione ingannevole poiché in questo caso è il silenzio del professionista riguardo informazioni rilevanti che impedisce al consumatore di prendere una decisione consapevole e quindi lo induce, o è idoneo ad indurlo, ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso¹⁶¹.

Nello specifico ambito di cui si tratta, il riferimento è esclusivamente alle pratiche commerciali ingannevoli e l'informazione pubblicitaria, ogniquale volta integri le fattispecie previste dagli artt. 21, 22 e 24 cod. cons.,

molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso>>.

¹⁶⁰ Cit. art. 21 cod. cons.; segue elencazione degli elementi su cui il consumatore può essere indotto in errore a causa di un'azione ingannevole: a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.

¹⁶¹ Cfr. art. 22 cod. cons.: <<E' considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso>>.

diviene oggetto di provvedimenti inibitori e sanzionatori adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato *ex art.27 cod. cons.*¹⁶².

Questi rimedi hanno natura amministrativa e sono applicabili a prescindere dalla conclusione del contratto. Infatti, il messaggio pubblicitario, in ragione della platea indefinita cui si rivolge, è senza dubbio idoneo a ledere l'interesse collettivo alla instaurazione di corrette dinamiche concorrenziali più che gli interessi del singolo consumatore.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, in dottrina è discussa la possibilità di individuare ulteriori rimedi di natura contrattuale, esperibili dal consumatore che si ritenga danneggiato per aver concluso un contratto perché persuaso da un messaggio pubblicitario ingannevole. Le opinioni favorevoli si fondano sul presupposto che il difetto di previsioni legali sul merito, costituisca semplicemente una lacuna nel sistema, da colmare in via interpretativa¹⁶³. Questa ipotesi sarebbe suffragata dall'art. 19 cod. cons. in cui è previsto che l'applicazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette non pregiudica, fra le altre, l'applicazione della delle norme di diritto comune e, in particolar modo, delle norme sulla validità ed efficacia del contratto¹⁶⁴.

Tuttavia, sembra più persuasiva l'opinione di chi sostiene che, al di là dei provvedimenti adottati dall'Antitrust, l'unico meccanismo sanzionatorio attivabile contro l'informazione pubblicitaria ingannevole sia

¹⁶² L'art. 27 cod. cons. disciplina il procedimento amministrativo per l'accertamento della violazione e i provvedimenti che possono essere adottati a seguito di esito positivo. L'Autorità può adottare provvedimenti che formalmente vietino l'ulteriore esercizio della pratica accertata come scorretta e che eliminino gli effetti prodotti fino a quel momento (co.2). Salvo i casi di manifesta scorrettezza e gravità, l'Autorità può richiedere al professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità (co.7). Accanto a questa tipologia di provvedimenti, l'Autorità ne adotta altri di natura sanzionatoria per la condanna al pagamento di una pena pecuniaria da 5.000 € a 5.000.000 €, tenuto conto della gravità e della durata della violazione (co.9). Una pena pecuniaria da 10.000 € a 5.000.000 € è prevista anche in caso di inottemperanza ai provvedimenti inibitori o di rimozione degli effetti e in caso di mancato rispetto degli impegni assunti ai sensi del comma 7. La reiterata inottemperanza può comportare la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni (co.12).

¹⁶³ Sul tema, le soluzioni prospettate sono molteplici, come ad esempio il risarcimento del danno, la nullità di protezione oppure l'annullabilità per reticenza. Cfr. MIRONE A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in AIDA, 2008, fasc.1, pp. 309 – 335.

¹⁶⁴ Cfr. art. 19 co. 2 lett. a).

costituito dalle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza *ex art. 144 TUB*.

La decisione commerciale – cui più volte fa riferimento la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette – non necessariamente deve essere interpretata come determinazione a concludere un contratto. Questo termine può assumere accezioni più late, ad esempio nel caso dei messaggi pubblicitari può essere intesa come decisione di richiedere maggiori informazioni che tuttavia non ha ricadute dirette sull'eventuale stipula del contratto, collocandosi in una fase in cui la conclusione di un contratto non è nemmeno ipotizzabile. Inoltre, le informazioni in esso contenute non si possono considerare determinanti ai fini della formazione della volontà negoziale, considerato che si rivolgono a un pubblico indeterminato e che fra gli obblighi precontrattuali a carico del professionista vi sono una serie di ulteriori informazioni¹⁶⁵.

Tale conclusione, inoltre, sembra essere conforme alla finalità che i messaggi pubblicitari devono perseguire secondo la direttiva 2008/48/CE, che non consiste nel sostenere il consenso del contraente debole bensì nel consentire la comparazione di offerte simili esistenti sul mercato.

§ 2.2.1 (Segue) Le “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori” e accenni su i “chiarimenti adeguati”

In materia di credito ai consumatori, la liberalizzazione della fase relativa agli annunci pubblicitari¹⁶⁶ è compensata da una più rigorosa disciplina degli obblighi di informazione precontrattuale. Oltre tutto, lo scopo della direttiva 2008/48/CE di consentire ai consumatori di assumere

¹⁶⁵ MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, *op. cit.*.

¹⁶⁶ Si ricordi quanto detto *supra* § 2.2 riguardo la non obbligatorietà per i finanziatori di predisporre gli annunci pubblicitari.

<<una decisione con piena cognizione di causa¹⁶⁷>> in merito al rapporto obbligatorio cui vincolarsi, non può essere adeguatamente perseguito con le sole informazioni trasmesse per mezzo dell'attività promozionale. A tal fine è prevista una serie di adempimenti a carico del professionista da eseguire <<in tempo utile prima della conclusione del contratto¹⁶⁸>>.

Il diritto all'informazione diviene <<uno dei pilastri sui quali si fonda la promozione degli interessi dei consumatori e la garanzia di assicurare loro un elevato livello di protezione¹⁶⁹>>.

Infatti, la previsione di una fase preliminare e obbligatoria dedicata allo scambio di informazioni costituisce un momento tipico della disciplina consumerista – si pensi ai contratti per la commercializzazione di servizi finanziari fuori dai locali commerciali o per l'acquisto di pacchetti turistici – ma nei contratti di credito ai consumatori rappresenta un'innovazione apportata dalla direttiva 2008/48/CE¹⁷⁰. Per essere più precisi, <<il vero

¹⁶⁷ Cfr. *considerando* nr. 19 <<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.(...)>>. Si veda anche il *considerando* nr. 24 <<Il consumatore deve essere informato in modo completo prima di concludere il contratto di credito, a prescindere dalla circostanza che un intermediario del credito partecipi o meno alla commercializzazione del credito. Pertanto, in generale, gli obblighi di informazione precontrattuale dovrebbero applicarsi anche agli intermediari del credito. Tuttavia, se i fornitori di merci e i prestatori di servizi svolgono un'attività di intermediazione creditizia in via accessoria, non è opportuno imporre loro per legge un obbligo di fornire l'informazione precontrattuale conformemente alla presente direttiva. (...) In casi del genere si garantisce comunque un livello sufficiente di tutela del consumatore in quanto il creditore ha la responsabilità di assicurare che il consumatore riceva la completa informazione precontrattuale, o dall'intermediario, se il creditore e l'intermediario decidono in tal senso, o in altro modo appropriato>>.

¹⁶⁸ DE POLI M., *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, op. cit., cit. p. 66.

¹⁶⁹ ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in Riv. dir. priv., 2004, fasc. 2, cit. p. 349.

¹⁷⁰ Nella precedente direttiva sul credito al consumo la tutela del consumatore è stata garantita soltanto attraverso la disciplina del TAEG e l'inserimento obbligatorio negli annunci pubblicitari. Cfr. *considerando* nr. 9 dir. 87/102/CE: <<il consumatore deve ricevere adeguate informazioni sulle condizioni e sul costo del credito e sugli obblighi inerenti al credito o, in mancanza di questo, l'importo totale che il consumatore deve pagare per il credito(...)>>. Cfr. anche art. 6 co. 1 della stessa direttiva: << (...) il consumatore deve essere informato al momento o prima della conclusione del contratto: - dell'eventuale massimale del credito; - del tasso di interesse annuo e degli oneri applicabili dal momento della conclusione del contratto e delle condizioni a cui essi potranno essere modificati; - delle modalità secondo cui è ammessa la risoluzione del contratto. Queste informazioni devono essere confermate per iscritto>>.

profilo innovativo delle disposizioni comunitarie in materia attiene non tanto all'obbligatorietà delle informazioni prodromiche (...) ma alla scissione temporale tra informazione e contratto. In altri termini, da "un'informazione mediante il testo contrattuale" si passa all'informazione "in funzione" del testo contrattuale, personalizzata, completa perché a contenuto minimo uniformato, e dunque efficace strumento di confronto o anche di integrazione in caso di difformità delle clausole contrattuali¹⁷¹>>. Infatti, gli obblighi di informazione precontrattuale, introdotti da questa direttiva, possono essere riassunti in due fasi successive¹⁷²: la consegna del modulo informativo e la prestazione di <<chiarimenti adeguati¹⁷³>>. Nello stesso modo provvede il legislatore italiano in virtù del principio di armonizzazione massima¹⁷⁴, riformulando *ex novo* l'art. 124 TUB¹⁷⁵.

In realtà, già allora il legislatore italiano ha operato un'integrazione di questa disposizione così scarna, prevendendo l'estensione degli obblighi di trasparenza informativa per le operazioni in genere (art. 116 TUB) alla specifica fattispecie dei contratti di credito al consumo.

FEBBRAJO T., *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Dir. 2008/48/CE*, in *Giur. it.*, 2010, fasc. 1, pp. 223 – 232.

¹⁷¹ PIGNATARO G., *Il credito al consumo*, in *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone, Musio, in *Trattato di diritto privato* a cura di Bessone, Torino, 2009, XXX, cit. p. 252 citato in FEBBRAJO T., *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Dir. 2008/48/CE*, op. cit., cit. p. 226 nota 27.

¹⁷² CARGNIEL E. e DE VELLIS G., *Disciplina del credito ai consumatori: nuovi "strumenti di trasparenza" e forma dei contratti bancari*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, fasc. 1, pp. 312 – 341.

¹⁷³ Espressione utilizzata dal legislatore comunitario nella direttiva 2008/48/CE art. 5 co.6 ed esattamente ripresa dal legislatore nazionale nell'art. 124 co. 5 TUB.

¹⁷⁴ Questa precisazione è importante poiché le cd. direttive di prima generazione, invece, hanno perseguito un livello minimo di armonizzazione che consentiva agli Stati membri di adottare disposizioni diverse da quelle contenute nella direttiva di riferimento purché fosse rispettato il livello minimo di tutela previsto dall'Unione Europea. Di conseguenza, uno stesso settore poteva essere regolato in modo più o meno rigoroso in ciascuno degli Stati membri, conformemente alla loro politica interna. Questa tecnica ha comportato distorsioni della concorrenza soprattutto nel mercato del credito, limitando il ricorso al credito transfrontaliero. Per questo motivo, le recenti direttive in materia di contratti dei consumatori adottano il principio di armonizzazione massima in forza del quale non è concesso agli Stati membri dettare disposizioni diverse da quelle comunitarie, neanche più rigorose.

¹⁷⁵ Per le disposizioni di dettaglio, l'art. 124 co. 7 TUB delega al potere regolamentare della Banca d'Italia: <<La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, detta disposizioni di attuazione del presente articolo, con riferimento a: a) il contenuto, i criteri di redazione, le modalità di messa a disposizione delle informazioni precontrattuali; b) le modalità e la portata dei chiarimenti da fornire al consumatore ai sensi del comma 5, anche in caso di contratti conclusi congiuntamente; c) gli obblighi specifici o derogatori da osservare nei casi di: comunicazioni mediante telefonia vocale; aperture di credito regolate in conto corrente; dilazioni di pagamento non gratuite e altre modalità agevolate di rimborso di un credito preesistente, concordate tra le parti a seguito di un

Dunque, in un primo momento il finanziatore¹⁷⁶ è tenuto a fornire al consumatore le informazioni necessarie affinché sia in grado di confrontare le diverse offerte di credito presenti sul mercato¹⁷⁷. Tali informazioni sono veicolate per mezzo di un modulo *standard*, le cd. “*Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori*”, che ciascun finanziatore compila <<*sulla base delle condizioni offerte(...) e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore*¹⁷⁸>>. Il modulo è composto da cinque paragrafi¹⁷⁹: 1) identità e contatti del creditore/intermediario del credito¹⁸⁰; 2) descrizione delle caratteristiche principali del prodotto di credito¹⁸¹; 3) costi del credito¹⁸²; 4) altri importanti aspetti legali¹⁸³; 5) informazioni supplementari in caso di commercializzazione a distanza di servizi finanziari.

inadempimento del consumatore; offerta attraverso intermediari del credito che operano a titolo accessorio>>.

¹⁷⁶ Per motivi di semplicità, si farà riferimento soltanto alla figura del finanziatore ma destinatario di questi obblighi precontrattuali è anche l'intermediario del credito, salvo la deroga prevista dalla legge (vedi *supra* § 2.1).

¹⁷⁷ Cfr. art. 124 co.1 TUB: <<*Il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito*>>.

¹⁷⁸ Cfr. art. 124 co. 1 TUB.

¹⁷⁹ Cfr. allegato II della dir. 2008/48/CE. Nella direttiva c'è anche un altro allegato (III) che fornisce un altro modello di Informazione europee di base relativo agli scoperti, al credito al consumo offerto da talune organizzazioni creditizie (articolo 2, paragrafo 5, della direttiva 2008/48/CE) e alla conversione del debito.

¹⁸⁰ Sono indicati gli elementi che consentono di identificare il creditore o l'intermediario del credito come il nome o la denominazione sociale, l'indirizzo e recapiti telefonici.

¹⁸¹ Indica: - la tipologia di contatto da sottoscrivere; - limite massimo o delle somme totali messe a disposizione; - le condizioni di prelievo ossia le modalità attraverso le quali il consumatore otterrà il denaro e la relativa data; - durata del contratto di credito; - pagamenti rateali; - importo totale che il consumatore è tenuto a pagare (importo del capitale preso in prestito con gli interessi e gli eventuali costi connessi al credito); (...).

¹⁸² Indica in modo specifico i costi da sostenere come i tassi d'interesse debitore, il TAEG, le spese per la conclusione del contratto o per il ritardo nei pagamenti, (...).

¹⁸³ Gli aspetti legali elencano alcuni diritti che sono riconosciuti al consumatore: - diritto di recesso nei termini di legge; - diritto al rimborso anticipato della somma dovuta al creditore ma dietro pagamento di un indennizzo; - diritto di ricevere la copia della bozza del contratto; - il diritto del consumatore di essere informato immediatamente e gratuitamente sull'esito della consultazione di una banca dati per effettuare la verifica del merito creditizio, nel caso in cui il risultati estrapolati abbiano condotto a negare la concessione del credito; - il periodo di tempo in cui il creditore è vincolato alle informazioni precontrattuali.

Il legislatore ha predisposto questo modello informativo al fine di selezionare le informazioni ritenute essenziali, rendendole omogenee e più facilmente comparabili.

Al contempo, però, è riconosciuta la facoltà per i finanziatori di fornire informazioni aggiuntive rispetto a quelle *standard*. Quest'ultima scelta non sembra coerente con quella iniziale né con il criterio generale che ispira il legislatore, in virtù del quale l'adeguatezza informativa non si misura in base alla quantità ma alla qualità delle informazioni stesse. Infatti, sebbene le aggiunte operate dal singolo finanziatore debbano essere contenute in un documento separato, esiste il rischio di depotenziare la comparabilità dei dati presenti sul mercato, rendendo più labile il confine fra informazioni necessarie e facoltative¹⁸⁴.

Non è superfluo precisare che la consegna dell'informativa precontrattuale non vincola le parti a concludere il contratto ma, se le parti si determinano in questo senso, il suo contenuto ha effetti vincolanti sulle clausole relative agli oneri economici a carico del consumatore. Infatti, ai sensi dell'art. 125-*bis* co. 6, è nulla la clausola che preveda costi che non siano stati inclusi o inclusi non correttamente nel TAEG calcolato nelle Informazioni di base.

Tutte le informazioni sopra menzionate devono essere riprodotte su carta o altro supporto durevole e la consegna al consumatore libera il professionista dal primo degli obblighi precontrattuali previsti a suo carico¹⁸⁵. Così configurato, l'adempimento del finanziatore sembra essere un mero formalismo che, se da un lato esonera il consumatore dalla

¹⁸⁴ MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, op. cit.. In questo senso anche DE POLI M. <<è mia convinzione che sarebbe stato meglio prevedere che le informazioni precontrattuali scritte fossero un *numero chiuso*, dunque solo quelle ritenute doverose dal legislatore, ciò sia per non intaccare la comparabilità delle varie offerte sia per evitare il rischio di "annacquamento" o di *overloading* informativo>> in *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, op cit., cit. p. 62.

¹⁸⁵ Cfr. art. 124 co.2: <<Gli obblighi informativi di cui al comma 1 si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo. Il finanziatore o l'intermediario forniscono qualsiasi informazione aggiuntiva in un documento distinto, che può essere allegato al modulo>>.

difficoltà di procurarsi le informazioni, dall'altro nulla garantisce in ordine alla consapevolezza in concreto acquisita dallo stesso¹⁸⁶.

Per questa ragione, il legislatore ha affiancato alla consegna del modulo relativo alle informazioni europee di base anche l'obbligo di prestare 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*¹⁸⁷ >>.

In cosa si sostanzino questi “*chiarimenti adeguati*” è questione ben più complessa poiché il legislatore non ha fornito una regolamentazione diretta – come per le Informazioni di base – e sull'argomento la dottrina dibatte sulle possibili interpretazioni. Sin da ora è possibile affermare che si tratta di un'ulteriore forma di protezione del contraente debole, un tentativo di sensibilizzare il finanziatore alle specifiche esigenze cognitive del consumatore.

§ 2.2.2 (Segue) La verifica del merito creditizio

Prima di affrontare l'articolato tema dei chiarimenti adeguati – fulcro di questa trattazione – è opportuno completare il quadro degli adempimenti previsti a carico del professionista che si chiude con l'obbligo di procedere alla verifica del merito creditizio.

Esso consiste in un'attività di valutazione della sostenibilità del credito da parte del consumatore, fondata su dati storici – come << l'incidenza del debito sul reddito del cliente, la stabilità professionale, lo stato di salute, le informazioni reperite quanto a ritardi nei rimborsi dei debiti o pregressi mancati pagamenti, ecc.¹⁸⁸ >> – forniti dal consumatore stesso o estrapolati da banche dati.

¹⁸⁶ GORGONI M., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del d.lgs. n.141 del 2010, op. cit.*.

¹⁸⁷ Cfr. art. 124 co.5 TUB.

¹⁸⁸ MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, op. cit., cit. p. 829.

Similmente a quanto avviene per la disposizione relativa ai chiarimenti adeguati, l'art. 8 della direttiva 2008/48/CE lascia agli Stati membri la facoltà di delineare la portata dell'obbligo, limitandosi a prevedere che i creditori vi provvedano sulla base delle informazioni che hanno raccolto dal consumatore stesso o che hanno reperito su una banca dati¹⁸⁹. Questa scelta ha destato perplessità in dottrina che considera la norma ambigua sia in merito alle modalità di esecuzione della verifica del merito creditizio sia alle eventuali conseguenze in caso di violazione.

Sotto il primo aspetto, il legislatore sembra aver trascurato la portata di questa norma, il cui ottemperamento può avere significative ripercussioni nella concessione del credito. I toni sfumati utilizzati dalla direttiva lasciano qualche dubbio in merito alla qualificazione della verifica del merito creditizio come obbligo, tanto da lasciar ipotizzare che sia discrezione del legislatore domestico statuire in merito alla sua obbligatorietà¹⁹⁰.

La libertà concessa agli Stati membri di disciplinare le modalità attuative della verifica del merito creditizio potrebbe influire negativamente sull'espansione del mercato creditizio transfrontaliero, in ragione di criteri più o meno severi adottati da ciascuno Stato.

Inoltre il silenzio della direttiva, in merito alla condotta che il professionista è tenuto ad assumere in caso di esito negativo della verifica del merito creditizio, genera dubbi sull'esistenza di un divieto di stipulare il contratto e sui rimedi prospettabili nel caso in cui il contratto venga concluso ugualmente.

¹⁸⁹ Art. 9 dir. 2008/48/CE: <<Gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente. Gli Stati membri la cui normativa prevede già una valutazione del merito creditizio del consumatore consultando una banca dati pertinente possono mantenere tale obbligo>>.

¹⁹⁰ Critica in questo senso Modica L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, op. cit.. DE POLI M. sostiene che la verifica del merito creditizio non costituisca un obbligo da adempiere prima della stipula del contratto ma sia espressione del dovere del professionista di comportarsi diligentemente in *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, op cit..

Un altro aspetto su cui la direttiva non ha colposamente¹⁹¹ fornito indicazioni è relativo al collegamento fra <<valutazione *ex ante* del merito creditizio e giudizio *ex post* sulla correttezza della condotta del professionista¹⁹²>>. L'assenza di previsioni specifiche in caso di inadempimento o inesatto adempimento della verifica del merito creditizio, indebolisce fortemente il raggiungimento dell'obiettivo che il legislatore si è preposto, declassando tale previsione a semplice parametro per la valutazione della buona fede del professionista nelle trattative *ex art.1337 c.c.*.

Con l'avvento della direttiva, la dottrina è stata concorde nell'affermare che la norma avrebbe perso la sua rilevanza qualora gli Stati membri non avessero provveduto a corredare la disposizione di sanzioni, disciplinando eventualmente profili più specifici di responsabilità rispetto a quella precontrattuale. Tuttavia le aspettative di colmare questa lacuna sono state disattese, almeno da parte del legislatore italiano.

Infatti, l'art.124-*bis*, che nel TUB disciplina la verifica del merito creditizio, riprende il contenuto della direttiva e rinvia alle disposizioni attuative. In particolare, il decreto del Ministro dell'Economia e Finanze del 3 febbraio 2011, si limita a prevedere che i finanziatori assolvono l'obbligo previsto dall'art. 124-*bis* <<*applicando le procedure, le metodologie e le*

¹⁹¹ L'utilizzo dell'avverbio "colposamente" è volutamente utilizzato per sottolineare che la scelta di non disciplinare in modo compiuto l'argomento risiede nell'esigenza di raggiungere un equilibrio fra le forze politiche contrastanti ma non riflette l'idea originaria della riforma del credito ai consumatori.

In questo senso FALCONE G. sottolinea che la previsione della verifica del merito creditizio << rappresenta, dal punto di vista del legislatore comunitario, il punto di approdo di un dibattito, sofferto ed articolato, che ha visto come protagonista il concetto di "prestito responsabile" fin dall'adozione della proposta di direttiva >> in *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, op. cit., cit. p. 643 – 644.

Infatti, la proposta di direttiva prevedeva una disciplina tutt'altro che ambigua, nella quale il concetto di "prestito responsabile" rappresentava il nucleo centrale. La proposta intendeva costituire una banca dati centralizzata per censire debitori e fideiussori che avessero avuto problemi nell'adempimento delle rispettive obbligazioni. Questa doveva costituire il punto di partenza per la verifica del merito creditizio da completare con altri strumenti. Inoltre, la relazione di accompagnamento precisava che tale attività di valutazione avrebbe costituito fonte di responsabilità contrattuale del professionista, senza tuttavia esonerare il consumatore dall'obbligo di agire con prudenza nell'assunzione di debiti.

¹⁹² Cfr. MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, op. cit., cit. p. 832.

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 attuazione¹⁹³>>.

Come è evidente, non è fatta alcuna menzione alle sanzioni di carattere civilistico e l'eventuale inottemperanza della norma da parte del finanziatore è semplicemente qualificata come un <<*comportamento non prudente*¹⁹⁴>>.

Il contenuto delle disposizioni attuative sembrerebbe ricondurre la valutazione del merito creditizio nell'ambito dei requisiti organizzativi dell'attività del finanziatore. Pertanto, il controllo del suo adempimento sarebbe di competenza esclusiva della Banca d'Italia, nell'esercizio dell'attività di vigilanza ad essa attribuita¹⁹⁵.

Una simile interpretazione non appare corretta poiché prende in considerazione soltanto la finalità prudenziale della norma, ossia la salvaguardia della stabilità dell'impresa creditizia in osservanza dei principi di sana e prudente gestione, trascurando l'originaria istanza di protezione del consumatore che muove l'intera direttiva.

Non bisogna quindi dimenticare che la *ratio* della verifica del merito creditizio è la medesima che accomuna le norme relative alla trasparenza bancaria (*rectius* gli obblighi di informazione preventiva), volte a garantire la consapevole assunzione del debito da parte del consumatore e, al contempo, la responsabilizzazione del professionista nell'erogazione del credito. Nello specifico, la verifica del merito creditizio rappresenta uno strumento per l'effettiva realizzazione degli interessi del consumatore poiché finalizzato a prevenire il fenomeno del sovraindebitamento delle famiglie¹⁹⁶. Dunque, il silenzio del legislatore non deve indurre l'interprete

¹⁹³ Cit. art.6 del d.m. 3 febbraio 2011.

¹⁹⁴ Espressione ripresa dall'art.6 del d.m. 3 febbraio 2011.

¹⁹⁵ MIRONE A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, op. cit..

¹⁹⁶ MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, op. cit; DE CHIARA R., *Art.124-bis verifica del merito creditizio*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2012

a ritenere la verifica del merito creditizio un adempimento estraneo alla vicenda contrattuale, privo di ricadute sul piano civilistico. Piuttosto il principio dell'effetto utile impone allo stesso interprete di ricondurre a coerenza la disciplina dell'articolo in esame, realizzando un equilibrio fra il principio del prestito responsabile e il carattere strettamente imprenditoriale che connota l'attività di erogazione del credito¹⁹⁷.

§ 2.3 I “*chiarimenti adeguati*” secondo la lettera del TUB e delle relative disposizioni attuative

L'analisi dettagliata degli obblighi di natura precontrattuale previsti dalla direttiva 2008/48/CE, rende evidente la contrapposizione fra la rigida disciplina, dettata per gli annunci pubblicitari e l'informativa precontrattuale, e le previsioni dai contorni assai più sfumati per l'adempimento dell'obbligo di fornire chiarimenti adeguati e di effettuare la verifica del merito creditizio.

Infatti, con riferimento a questi ultimi il legislatore comunitario non fornisce particolari indicazioni, consentendo agli Stati membri di provvedere in modo discrezionale alla loro attuazione. Le problematiche sollevate da una così lacunosa disciplina della verifica del merito creditizio sono state brevemente affrontate *supra* (vedi § 2.2.2). Invece, in questa sede è interessante soffermarsi sul contenuto dispositivo della direttiva comunitaria – prima – e delle fonti domestiche – poi – in materia di chiarimenti adeguati al fine di verificare se l'interpretazione letterale delle norme consenta di comprenderne il significato.

L'ultimo comma dell'articolo 5 della direttiva impone agli Stati membri di disciplinare con apposite disposizioni l'obbligo dei finanziatori di fornire chiarimenti adeguati in modo da consentire ai consumatori di valutare se il contratto proposto sia adatto alle sue esigenze e situazione

¹⁹⁷ MODICA L., *Concessione “abusiva” di credito ai consumatori*, in CI, 2012, fasc. 2, pp. 492 – 531.

finanziaria. Il legislatore non specifica esattamente cosa intenda per “*chiarimenti adeguati*” ma si limita a indicare come il finanziatore potrebbe provvedere all’adempimento di un simile obbligo: <<*eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali (...), le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento*>>. Tuttavia, si comprende che questa breve elencazione è soltanto esemplificativa poiché, in conclusione, la direttiva lascia alla discrezionalità degli Stati membri la disciplina degli aspetti di dettaglio¹⁹⁸.

Purtroppo lo *spatium deliberandi* lasciato dalla direttiva non è stato adeguatamente sfruttato¹⁹⁹ dal d.lgs.141/2010 che si è limitato a riprendere le stesse parole utilizzate dalla norma comunitaria. Il legislatore italiano non ha avuto l’audacia di predisporre un modello comportamentale da seguire, sebbene sarebbe stato quanto mai opportuno – data la natura precontrattuale di questo obbligo – al fine di consentire al professionista un corretto adempimento.

Lo stesso atteggiamento cauto è stato assunto dalla Banca d’Italia che si è occupata soltanto di disciplinare “gli aspetti operativi” al fine di consentire alle banche di dotarsi delle strutture adeguate per accogliere le istanze del consumatore. Ai sensi della Sez. VII delle disposizioni attuative²⁰⁰, le spiegazioni devono essere facilmente accessibili, rendendole

¹⁹⁸ Cfr. art. 5 par. 6 dir. 2008/48/CE: <<(…) *Gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata di tale assistenza e stabilire chi la fornisce, tenendo conto del contesto particolare nel quale il contratto di credito è offerto, del destinatario e del tipo di credito offerto*>>.

¹⁹⁹ Nello stesso senso, FALCONE G. <<è comune il giudizio secondo cui il legislatore delegante non abbia inteso assumere delle precise prese di posizione negli ambiti che pure il legislatore comunitario ha lasciato connotati da una maggiore ampiezza operativa per quello domestico>> in *Prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, Dir. fall., 2010, fasc. 5, cit. p. 643

²⁰⁰ Cfr. Sez. VII par. 4.2.2.2: <<*Il finanziatore assolve a tale obbligo adottando, conformemente a quanto previsto ai sensi della sezione XI, procedure interne volte ad assicurare che il consumatore possa – prima della conclusione del contratto e per tutto il periodo a disposizione per l’esercizio del diritto di recesso ai sensi dell’articolo 125-ter del T.U. – rivolgersi, nei normali orari di lavoro, al finanziatore o a soggetti da questo incaricati per ottenere gratuitamente spiegazioni aventi ad oggetto:- la documentazione precontrattuale fornitagli; - le caratteristiche essenziali del prodotto offerto; - gli effetti che possono derivargli dalla conclusione del contratto, in termini di obblighi economici e conseguenze del mancato pagamento. Le procedure assicurano facilità di accesso alle*

disponibili sia tramite tecniche di comunicazione a distanza sia tramite un'interazione diretta con il personale presso i locali commerciali.

I professionisti, a ciò incaricati, devono possedere una conoscenza aggiornata e adeguata, non solo relativamente ai prodotti offerti dalla propria impresa ma anche con riguardo agli aspetti più prettamente giuridici, legati alla disciplina della trasparenza bancaria – contenuta nel TUB e nelle relative disposizioni attuative – e del diritto dei consumatori²⁰¹.

Viene ribadito, ancora una volta, che l'oggetto dei chiarimenti adeguati attiene a: la documentazione precontrattuale fornita al cliente, le caratteristiche essenziali del prodotto offerto e gli effetti che possono derivarne dalla conclusione del contratto, soprattutto in termini di oneri economici, ordinari e di mora.

In merito a questo aspetto, la ritrosia del legislatore e della suddetta Autorità creditizia ha indotto la comunità scientifica a interrogarsi sull'effettiva portata dell'obbligo di fornire chiarimenti adeguati, al fine di completarne il contenuto in via interpretativa.

Il dibattito ruota intorno alla configurabilità in capo al finanziatore di un vero e proprio dovere di consulenza – com'è, ad esempio, espressamente previsto per l'attività di intermediazione mobiliare – oppure se l'attività del finanziatore debba arrestarsi alla mera spiegazione, in

spiegazioni e prevedono che il consumatore possa ottenerle oralmente o, comunque, attraverso tecniche di comunicazione a distanza che gli consentano – ove lo desideri – un'interazione individuale con gli addetti. Il finanziatore assicura che il personale incaricato di fornire i chiarimenti abbia un'adeguata e aggiornata conoscenza dei contratti di credito offerti, nonché dei diritti dei consumatori e delle regole previste dal capo II del titolo VI del T.U. e dalla presente sezione. Per specifici aspetti tecnici, il personale incaricato può indirizzare il consumatore verso l'utilizzo di adeguati strumenti di autovalutazione e di modelli di simulazione disponibili su internet>>.

Inoltre, un altro riferimento all'attività di assistenza è contenuto nella Sez. XI par.2 del provvedimento - dedicata alle procedure interne - in cui si dispone che le banche siano dotate di procedure atte a far sì che <<il cliente non sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie>>. In nota è specificato che <<La previsione non richiede agli intermediari di assicurare assistenza al cliente fino al punto di individuare, in ogni caso, l'offerta più adeguata, bensì di adottare procedure organizzative che evitino modalità di commercializzazione oggettivamente idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti manifestamente non adatti>>.

²⁰¹ Nota bene che i requisiti organizzativi e di preparazione del personale addetto presso i locali della banca non rappresenta una prerogativa dei contratti di credito ai consumatori. Lo stesso paragrafo delle disposizioni attuative dedicato all'assistenza alla clientela in materia di credito ai consumatori rimanda alle norme più generali contenute nella Sez. XI. (Sull'argomento *ex multis* vedi §1.3.1)

termini più chiari, delle informazioni già messe a disposizione del consumatore senza aggiungere un *quid novi*.

Tali perplessità sono ingenerate dallo stesso linguaggio impiegato dal legislatore, che alterna al termine “assistenza” quello di “spiegazione” e rischia di attribuire al medesimo adempimento una portata precettiva differente.

Infatti, la parola “spiegazione” – quasi da intendere come sinonimo di “chiarimento” – suggerisce l’attività di <<rendere chiaro ciò che è oscuro e difficile da comprendere²⁰²>> e presuppone l’esistenza di un testo, il cui contenuto sia noto a chi ne richiede la spiegazione²⁰³.

Diversamente, il termine “assistenza” si connota per la genericità del suo significato che si presta a essere utilizzato in diverse accezioni e individua l’attività del <<prestare la propria opera o le proprie cure a chi ne abbia bisogno, recando, ove sia necessario, conforto, aiuto, soccorso²⁰⁴>>. Con specifico riferimento all’argomento di cui si tratta, l’attività di assistenza non va intesa in senso strettamente materiale²⁰⁵ bensì in senso figurato, quale attività finalizzata a mettere a disposizione l’ingegno e le conoscenze del professionista a favore del consumatore che ne avverta il bisogno. La parola “assistenza” richiamerebbe quella più specifica – e anche più adeguata al settore bancario – di “consulenza”²⁰⁶.

Come accennato, l’interpretazione letterale delle disposizioni relative ai “chiarimenti adeguati” non offre alcuna soluzione dirimente al problema. Dunque, si rende necessario uno studio più approfondito che risalga alle origini della disposizione.

²⁰² Enciclopedia Treccani, voce “spiegazione”.

²⁰³ Il positivismo logico ha elaborato una teoria della spiegazione da ricondurre a C.G. Hempel – ma probabilmente già prima di lui K.R. Popper e J.S. Mill – in base alla quale la spiegazione è una risposta a una domanda iniziante con la parola “perché”.

²⁰⁴ Enciclopedia Treccani, voce “assistenza”.

²⁰⁵ Ad esempio, in diritto pubblico l’attività di assistenza richiama l’insieme di compiti della pubblica amministrazione volti a fornire prestazioni, a titolo gratuito, ai soggetti che si trovano in uno stato di bisogno o di disagio economico per garantire la realizzazione del *welfare state*, finalizzato a promuovere il benessere dei cittadini e il libero sviluppo della personalità tramite il godimento effettivo dei diritti civili e politici.

²⁰⁶ Voce “consulenza”: <<L’attività del consulente, come prestazione singola o saltuaria di consigli e pareri da parte di un esperto su materie di propria competenza, o come prestazione continuativa e professionale>>, in Enciclopedia Treccani.

Al momento, senza assumere alcuna posizione, è chiaro che ciò che caratterizza i chiarimenti adeguati – rispetto agli altri strumenti di trasparenza sopra analizzati – è il rapporto dialogico che si instaura fra professionista e consumatore.

Negli annunci pubblicitari e nelle Informazioni di base il contenuto, per quanto chiaro, è predisposto preventivamente dal professionista. Invece, i chiarimenti adeguati sono finalizzati a fornire delle informazioni *taylor made* ossia costruite su misura del cliente, in base alle specifiche richieste di chiarimento da egli stesso manifestate.

In fine, il rapporto “personale” che si instaura fra il professionista e consumatore ha indotto la dottrina a riflettere su un altro aspetto, questa volta attinente alla fase patologica della relazione: quali conseguenze – in termini pubblicitari e non – possano derivare dal comportamento scorretto tenuto dal professionista in questa fase e, più nello specifico, se il consumatore possa lamentare di aver subito un danno ingiusto dall’inadempimento (sull’argomento *ex multis* vedi § Capitolo 3).

§ 2.4 I chiarimenti adeguati nei lavori preparatori per l’adozione della nuova disciplina sul credito ai consumatori

Uno studio efficace della portata applicativa dell’obbligo di fornire chiarimenti adeguati deve prendere le mosse dalla *ratio* che ispira la nuova disciplina del credito ai consumatori.

La diffusione del ricorso al credito al consumo ha imposto al legislatore di confrontarsi con un fenomeno a questo parallelo: il sovra indebitamento e la crescente insolvenza delle famiglie. Dunque, l’obiettivo che questi si pone non è tanto di prevedere procedimenti che sanino l’insolvenza delle famiglie quanto piuttosto di predisporre, a monte, delle misure che prevengano lo stato di crisi economica. Sebbene il progetto della

Commissione fosse piuttosto chiaro, il percorso²⁰⁷ che ha portato alla sua realizzazione è stato particolarmente accidentato e il contenuto della direttiva 2008/48/CE risulta avere pretese molto più modeste rispetto alle intenzioni originarie.

Infatti, diverse proposte si sono avvicinate prima dell'adozione definitiva della direttiva in questione e quel mutamento di paradigma – che ha mosso le istanze innovatrici della disciplina sul credito al consumo – viene ridimensionato, perdendo sempre di più la sua centralità per ogni versione successiva presentata dalla Commissione.

La prima proposta di direttiva risale al 2002 e introduce l'innovativo principio del “prestito responsabile” che trova espressa disciplina nell'art. 9, ai sensi del quale <<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>>.

²⁰⁷ Sembra opportuno fare qualche cenno all'*iter* tecnico che ha condotto all'adozione della direttiva 2008/48/CE. La presente direttiva è stata adottata seguendo la procedura legislativa ordinaria, disciplinata dall'art.294 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) che prevede l'adozione congiunta di un regolamento, direttiva o decisione da parte del Parlamento e del Consiglio su proposta della Commissione.

La procedura è avviata con la trasmissione simultanea della proposta della Commissione al Parlamento e al Consiglio. Sulla proposta si svolge la “prima lettura” da parte delle due istituzioni e il Parlamento, per primo, adotta la sua posizione che invia al Consiglio. Se quest'ultimo l'approva, allora l'atto è adottato, altrimenti il Consiglio invia la propria posizione, corredata di motivazioni, al Parlamento. Si apre la “seconda lettura” ed entro tre mesi il Parlamento può: a) approvare la posizione del Consiglio e l'atto è adottato come modificato dal Consiglio (stessa cosa avviene se il Parlamento non si esprime entro i tre mesi, cd. silenzio-assenso); b) respingere a maggioranza dei suoi membri l'atto che si considera non adottato; c) proporre emendamenti alla posizione del Consiglio a maggioranza dei suoi membri. In quest'ultimo caso il testo è inviato al Consiglio e alla Commissione. Il Consiglio svolge la sua seconda lettura ed entro 3 mesi devono essere adottati tutti gli emendamenti a maggioranza qualificata, altrimenti entro sei settimane è convocato un comitato di conciliazione, al quale partecipano i membri del Consiglio, un pari numero di rappresentanti del parlamento e la Commissione opera in veste di conciliatore. Lo scopo della “fase di conciliazione” è di ricercare un atto condiviso fra Parlamento e Consiglio. Se entro sei settimane non viene approvato un progetto comune, l'atto si considera non adottato, viceversa si apre la fase della “terza lettura”. Nella terza lettura l'atto risultante dalla fase di conciliazione deve essere adottato dalle due istituzioni entro sei settimane, in manza si considera definitivamente non approvato. Si noti che durante tutta la procedura la Commissione non è esclusa perché i progetti del Consiglio e del Parlamento le vengono trasmessi e può formulare pareri.

L'esame dell'articolo giustifica l'introduzione di un simile principio con l'esigenza di rendere uniforme su scala europea la disciplina del credito, in considerazione del fatto che già in alcuni Stati membri esistono norme che impongono al professionista di seguire il paradigma del buon creditore, esercitando la sua attività con prudenza²⁰⁸.

Gli strumenti di cui il finanziatore si deve avvalere per valutare preventivamente l'adeguatezza del contratto di credito al suo cliente consistono nella consultazione di banche dati centralizzate²⁰⁹ e nella verifica delle informazioni fornite dal cliente²¹⁰. Inoltre, l'efficacia ed effettività di tale adempimento è garantito dalla previsione di una responsabilità contrattuale in capo al finanziatore che, tuttavia, non esenta il consumatore dall'obbligo di adempiere alle proprie obbligazioni e di agire con prudenza.

È opportuno precisare che nelle intenzioni della Commissione il modello del prestito responsabile si realizza non solo con l'adempimento degli obblighi descritti nell'art. 9 ma anche con obblighi di informazione preventiva e di consulenza al consumatore, disciplinati nell'art. 6.

Prima della conclusione del contratto è previsto che il consumatore debba ricevere le informazioni adeguate circa le condizioni e il costo del

²⁰⁸ Cfr. esame art. 9 COM (2002) 443 definitivo: <<In taluni Stati membri¹⁹ esistono delle norme in materia di credito che impongono al creditore di esercitare prudenza o di agire da "buon creditore". Tale articolo mira a stabilire un principio simile su scala europea, non solo nell'interesse dei consumatori o dei fideiussori, ma anche in quello di tutti i creditori. Questi ultimi rischiano in effetti di veder diminuire la solvibilità dei loro clienti a causa di contratti di credito ulteriori accordati dai loro concorrenti, quando tali contratti sono accordati in circostanze che mettono a grave rischio la solvibilità del consumatore o del fideiussore. Il principio del "prestito responsabile" rappresenta l'obbligo di consultare le banche dati centralizzate e di esaminare le risposte fornite dal consumatore o dal fideiussore, di richiedere la costituzione di fideiussioni, di verificare i dati forniti dagli intermediari del credito e di selezionare il tipo di credito da offrire. Non si tratta pertanto di un obbligo volto ad ottenere risultati, quale la solvibilità o l'incapacità di rimborso da parte del consumatore. Regole di prudenza analoghe richiedono inoltre una valutazione dei fatti, o un esame caso per caso, svolto di preferenza dalle autorità giudiziarie. 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. Tale disposizione non solleva il consumatore dall'obbligo di agire con prudenza durante la ricerca di un credito e di rispettare i suoi obblighi contrattuali>>.

²⁰⁹ Alla Banca dati centralizzata è dedicato l'art. 8 della proposta.

²¹⁰ Nella proposta del 2002, l'art. 9 costituisce il precursore dell'obbligo di verifica del merito creditizio disciplinato nella direttiva (vedi *infra* § 2.2.2).

credito, nonché circa i suoi obblighi²¹¹. Inoltre, ai fini della responsabile concessione del credito, è riconosciuta al creditore ed eventualmente all'intermediario del credito la facoltà di chiedere al consumatore informazioni adeguate e pertinenti, che non eccedano le finalità per le quali vengono raccolte e trattate.

L'aspetto più interessante di questa disposizione – per l'argomento di cui si tratta – risiede nella previsione di un obbligo generalizzato di consulenza per consentire al consumatore di scegliere con cognizione di causa fra i prodotti offerti dal professionista²¹².

Il linguaggio usato dalla Commissione è chiaro e inequivoco: il professionista è gravato da uno specifico obbligo di consulenza che, ai sensi dell'art. 6 co. 3²¹³, si traduce – in termini pratici – nell'impegno da parte del finanziatore di ricercare fra i contratti di credito offerti quello che sia più adatto alle esigenze e alla situazione finanziaria del cliente.

La presente analisi rende evidente che la Commissione ha tradotto il generico obbligo di solidarietà, espressione della buona fede contrattuale²¹⁴,

²¹¹ Non è qui possibile soffermarsi sull'esame dettagliato delle disposizioni relative alle informazioni da fornire al consumatore. In merito è possibile prendere visione dell'art. 6 COM (2002) 433 definitivo sull'«informazione reciproca e preventiva e obbligo di consulenza» co.1 – 2.

²¹² Questo obiettivo è specificato nel *considerando* nr. 15 COM (2002) 443 definitivo: «*a causa della complessità tecnica e giuridica degli strumenti di credito è opportuno prevedere un obbligo generico di consulenza da parte dell'intermediario del credito e del creditore, in modo che il consumatore possa scegliere tra i vari tipi di credito offerti con cognizione di causa. Analogamente, spetta al creditore, in conformità al principio del "prestito responsabile", verificare se un consumatore, ed eventualmente un fideiussore, è in grado di rispettare i nuovi impegni*».

²¹³ Art. 6 co. 3 COM (2002) 433: «*Il creditore e, se del caso, l'intermediario del credito cercano, tra i contratti di credito che essi offrono o per i quali intervengono abitualmente, il tipo e l'importo totale del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore, dei vantaggi e degli svantaggi inerenti al prodotto proposto e della finalità del credito*».

²¹⁴ È noto che il diritto comune è permeato dal principio di buona fede, disciplinato dalla legge per ogni fase del rapporto contrattuale: dalle trattative fino all'esecuzione del contratto concluso. In particolare, *ex art.1375 c.c.* «*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*» e per comprendere quale sia il significato di questa norma è opportuno fare riferimento al precedente art. 1374 c.c. ai sensi del quale: «*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*». Dunque, le regole per una corretta esecuzione del contratto non sono individuate esclusivamente dalla legge ma possono essere ricercate anche nei principi generali del nostro ordinamento.

in specifici doveri che costituiscano fonte di responsabilità per il finanziatore in caso di mancato o inesatto adempimento²¹⁵. Il principio di prestito responsabile è concepito come una sorta di obbligo a carattere continuativo²¹⁶ che deve ispirare la relazione contrattuale delle parti e, in questo senso, gli obblighi di informazione divengono ancillari rispetto a quelli di buona fede e correttezza. Infatti, affinché il principio di prestito responsabile trovi una compiuta realizzazione non è sufficiente che il professionista fornisca le informazioni al consumatore ma è necessario che si renda solidale con l'interesse del cliente per tutta la durata del rapporto.

La proposta presentata dalla Commissione riceve un primo parere positivo dal Comitato Economico e Sociale, in special modo con riferimento alle <<*misure specifiche che hanno un impatto sulla questione del sovraindebitamento*>>, come il principio del prestito responsabile o l'obbligo di consulenza. Inoltre, il Comitato auspica che l'applicazione del regime contenuto nella proposta sia affiancato da <<*un impegno a livello di formazione*>>, non solo degli intermediari ma soprattutto dei consumatori, con speciale attenzione a quelli meno istruiti²¹⁷.

Il testo, presentato al Parlamento, viene approvato in prima lettura con l'apposizione di alcuni emendamenti²¹⁸ che incidono in particolar modo sugli obblighi di informazione gravanti sul finanziatore.

La giurisprudenza ha contribuito all'elaborazione di questi criteri, fra i quali rientra per l'appunto l'obbligo di solidarietà. Questo consiste nel dovere di ciascuna parte di contribuire a realizzare l'interesse contrattuale dell'altra e di evitare di arrecarle danno. Numerose sentenze della Corte di Cassazione hanno richiamato questo dovere e fra le più risalenti è possibile citare la sentenza nr. 2503/1991, nella quale si enuncia che: <<*in tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia come impegno obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a perseverare gli interessi dell'altra parte*>>.

²¹⁵ CARRIERO G. <<La disciplina sembra sancire veri e propri obblighi di solidarietà contrattuale con correlati doveri in capo all'intermediario di agire al meglio nell'interesse del cliente>> in *Art. 124 obblighi precontrattuali*, in Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2012, cit. p. 1867.

²¹⁶ FALCONE G., *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, op. cit..

²¹⁷ Cfr. Parere ECOSOC, sessione plenaria 16 e 17 luglio 2003, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea il 30 settembre 2003, C 234/1.

²¹⁸ Documento A5/2004/224.

In estrema sintesi, è possibile constatare che il Parlamento elimina quell'autonomia riconosciuta al principio di prestito responsabile per ricondurlo fra le pratiche preliminari alla formazione del contratto.

Questo viene scomposto in due componenti: gli adempimenti informativi e la verifica della solvibilità del consumatore (*rectius* merito creditizio)²¹⁹. La prova di quanto affermato è possibile rinvenirla nell'art. 6, ai sensi del quale è statuito che l'osservanza del principio del prestito responsabile <<*implica il soddisfacimento degli obblighi di informazione precontrattuale da parte del creditore e del consumatore, nonché la verifica della solidità finanziaria*²²⁰>>.

In fine per quanto concerne l'obbligo di consulenza, il Parlamento ha espunto qualunque riferimento letterale dal testo, sebbene sia ancora conservata nell'art. 6 la prescrizione per il professionista di cercare fra i prodotti offerti quello più adatto al suo cliente²²¹.

Risulta, dunque, chiaro che sin dalle prime modifiche del disegno della nuova direttiva si mira a sgretolare quella incisività e chiarezza – caratterizzante la proposta originaria – che ha poi condotto all'approvazione di un testo definitivo dai contorni assai poco definiti.

§ 2.4.1 (Segue) La Proposta del 2005

A seguito del parere del Parlamento europeo, la Commissione – il 28 ottobre 2004 – ha adottato una proposta modificata e ha avviato delle consultazioni con gli Stati membri e i soggetti interessati (*i.e.* l'industria

²¹⁹ GRANATA E., *Evoluzione della proposta di Direttiva sul credito ai consumatori. Novità e criticità residue*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2006, fasc. 2, pp. 51 – 61.

²²⁰ Cit. art.6 co.1 A5/2004/224: <<*Il creditore, se del caso l'intermediario, e il consumatore sono tenuti a rispettare il principio del prestito responsabile. Il prestito responsabile implica il soddisfacimento degli obblighi di informazione precontrattuale da parte del creditore e del consumatore, nonché la verifica della solidità finanziaria compiuta dal creditore sulla base delle informazioni fornite dal consumatore (...)*>>.

²²¹ Art. 6 co. 3 A5/2004/224 <<*Il creditore e, se del caso, l'intermediario del credito cercano, tra i contratti di credito che essi offrono o per i quali intervengono abitualmente, il tipo e l'importo totale del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore, dei vantaggi e degli svantaggi inerenti al prodotto proposto e della finalità del credito*>>.

bancaria). Dalle consultazioni, si è reso evidente la necessità di un testo consolidato, la cui adozione ha comportato un lungo periodo di stasi. Infatti, i lavori terminano nell'ottobre 2005 con la pubblicazione della proposta COM (2005) 483 definitivo.

Il progetto originario della Commissione ha subito modifiche sostanziali a causa delle pressioni operate dall'industria bancaria che si propone di contemperare l'interesse del legislatore a garantire un elevato livello di protezione del consumatore con quello della categoria professionale di non appesantire inutilmente gli adempimenti per l'esercizio dell'attività di credito al consumo. Fra i principali cambiamenti apportati rispetto alla proposta del 2002 vi rientra anche l'obbligo di consulenza.

Nonostante le richieste del settore bancario, la Commissione non intende rinunciare alla presenza di ulteriori spiegazioni rispetto agli obblighi di informazione precontrattuale poiché costituiscono un importante supporto per il consumatore ai fini di una decisione con piena cognizione di causa. Pertanto l'obbligo di consulenza viene configurato come dovere di porre il cliente nelle condizioni di valutare i pro e i contro dell'operazione ma quest'ultimo rimane l'esclusivo responsabile della decisione di concludere il contratto, eliminando quella forma di corresponsabilità del professionista prevista dalla proposta del 2002.

Questo cambiamento di rotta è subito palesato nel *considerando* nr. 19²²² nel quale l'obbligo di consulenza assume le vesti di un'ulteriore assistenza di cui il consumatore potrebbe avere bisogno per individuare il contratto più adatto alle sue esigenze e situazione finanziaria.

Inoltre, conformemente a quanto proposto dal Parlamento, il principio del prestito responsabile non costituisce più un obbligo a sé stante

²²² Il *considerando* nr. 19 sostituisce il *considerando* nr. 15 della proposta COM (2002) 443 definitivo ed è così formulato: <<Anche i consumatori dovrebbero agire con prudenza e rispettare le loro obbligazioni contrattuali. 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 creditori e, se del caso, gli intermediari del credito forniscano tale assistenza. Se del caso, al consumatore dovrebbero essere spiegati in modo personalizzato tanto le pertinenti informazioni precontrattuali quanto i vantaggi e gli svantaggi connessi con i prodotti offerti, tenendo conto dell'eventuale complessità del contratto di credito considerato>>.

– cui riservare un articolo esclusivo – ma è richiamato nell’ambito dell’art. 5, dedicato all’attività di informazione precontrattuale. A questo proposito, appare superfluo citare il primo comma dell’art. 5²²³ che richiama quasi pedissequamente l’emendamento – sopra riportato – di cui all’art. 6.

Viene, dunque, confermata la collocazione del prestito responsabile nella fase preliminare all’instaurazione del rapporto contrattuale. Senza dubbio, si tratta di una scelta favorevole al professionista poiché la chiara definizione dell’ambito di questo adempimento consente di circoscrivere anche la sua responsabilità che altrimenti, secondo il disegno originario, sarebbe stata estesa a qualunque momento della relazione con il consumatore²²⁴.

Tralasciando i riferimenti al contenuto e alle modalità di adempimento dell’obbligo del finanziatore di fornire le <<informazioni essenziali, necessarie per la conclusione del contratto di credito²²⁵>>, è opportuno soffermarsi sul quinto comma, dedicato ai <<chiarimenti adeguati>>.

Come anticipato negli obiettivi della direttiva (più specificatamente nel *considerando* nr. 19), il professionista fornisce al consumatore <<chiarimenti adeguati, in modo che quest’ultimo possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze ed alla sua situazione finanziaria, eventualmente spiegando le informazioni precontrattuali (...) nonché i vantaggi e gli svantaggi connessi con i prodotti offerti>>.

²²³ Art. 5 co. 1 COM (2005) 483 definitivo “informazione precontrattuale”: <<Il creditore e, se del caso, l’intermediario del credito sono tenuti a rispettare il principio del prestito responsabile. Pertanto, il creditore e, se del caso, l’intermediario rispettano le prescrizioni in materia di informazione precontrattuale e rispettano l’obbligo, incombente al creditore, di verificare la capacità di credito del consumatore sulla base delle informazioni precise fornite da quest’ultimo e, ove opportuno, consultando la banca dati pertinente. Qualora il contratto di credito permetta al creditore di modificare l’importo totale del credito dopo la data di conclusione del contratto, il creditore è tenuto ad aggiornare le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e a valutare la capacità di credito del consumatore prima di procedere ad un aumento significativo dell’importo totale del credito>>. Confronta con nota nr.83.

²²⁴ GRANATA E, *Evoluzione della proposta di Direttiva sul credito ai consumatori. Novità e criticità residue*, op. cit..

²²⁵ Cfr. art. 5 co. 2 proposta COM (2005) 483 definitivo.

La norma, così formulata, presenta delle ambiguità in ragione della nuova denominazione dell'adempimento prescritto in capo al professionista e della sua collocazione fra gli obblighi informativi. Un ulteriore elemento di incertezza si rintraccia nella facoltà riconosciuta agli Stati membri di implementare la disciplina della presente disposizione²²⁶, rendendo ancora più difficile comprendere la sua portata.

Le difficoltà interpretative del concetto di <<*chiarimenti adeguati*>> iniziano a sorgere da questo momento poiché i successivi interventi del Consiglio e del Parlamento²²⁷, per l'approvazione della direttiva sul credito al consumo, non hanno apportato significative modifiche a questa parte della normativa. Fatte salve alcune precisazioni operate dal Consiglio, il testo definitivamente approvato non si discosta da quanto è stato appena illustrato sul tema della consulenza (*rectius* assistenza).

Merita soltanto sottolineare che il Consiglio ha eliminato del tutto il riferimento al prestito responsabile nell'ambito delle informazioni precontrattuali (art. 5) e di questo principio rimane traccia soltanto negli obiettivi che la nuova disciplina dovrebbe perseguire.

Infatti, nel *considerando* nr. 25, è riconosciuta l'importanza che i prestiti non siano concessi in modo irresponsabile e, a tal proposito, gli Stati membri sono invitati a promuovere <<*pratiche responsabili*>> mediante l'adozione di <<*misure appropriate*>> fra le quali, ad esempio, vi rientrano <<*l'informazione e l'educazione dei consumatori*²²⁸>>. È, invece, rimasta invariata la posizione del Consiglio riguardo il tema dell'assistenza²²⁹.

²²⁶ Cfr. art. 5 co. 5: <<(…) Gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata di tale assistenza, e stabilire chi la fornisce, tenendo conto del contesto particolare nel quale il contratto di credito è offerto>>.

²²⁷ Si fa riferimento in un caso alla posizione comune sulla proposta della Commissione, adottata dal Consiglio il 29 settembre 2007, e la seconda lettura effettuata dal Parlamento.

²²⁸ Cfr. *considerando* nr. 25: <<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 e gli Stati membri dovrebbero poter prevedere sanzioni qualora ciò si verificasse. Fatte salve le disposizioni relative al rischio di credito della direttiva

L'iter normativo che ha condotto alla sottoscrizione della direttiva 2008/48/CE consente, adesso, di procedere con maggiore cognizione di causa all'analisi delle soluzioni interpretative prospettate dalla dottrina in merito alla portata dei <<chiarimenti adeguati>>.

§ 2.5 La natura dei “chiarimenti adeguati”: fra obbligo informativo rafforzato e obbligo di consulenza

Come si è potuto constatare dall'analisi dei lavori preparatori, l'adozione della direttiva sul credito ai consumatori è stata oggetto di un profondo travaglio che si riflette sulla formulazione definitiva del testo normativo.

Ad esempio, sul tema della qualità della tutela da garantire al consumatore è presente una contraddizione in termini, essendo prima richiesto un livello sufficiente di tutela e immediatamente dopo un grado elevato²³⁰. Si può, dunque, constatare che il contrasto fra le istanze consumeriste e le pressioni da parte delle imprese creditizie non ha potuto

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.

²²⁹ Cfr. considerando nr.26: <<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 creditori forniscano tale assistenza sui prodotti creditizi che offrono al consumatore. Ove opportuno, al consumatore dovrebbero essere spiegate in modo personalizzato tanto le pertinenti informazioni precontrattuali quanto le caratteristiche essenziali connesse con i prodotti offerti, affinché egli possa comprenderne i potenziali effetti sulla sua situazione economica. Se del caso, tale dovere di fornire assistenza al consumatore dovrebbe applicarsi anche agli intermediari del credito. Gli Stati membri dovrebbero poter stabilire in quale momento e in quale misura tali spiegazioni debbano essere fornite al consumatore, tenendo conto delle circostanze particolari in cui il credito è offerto, del bisogno di assistenza del consumatore e della natura dei singoli prodotti creditizi offerti>>.

²³⁰ Cfr. considerando nr. 8 e 9.

che influire negativamente sul grado di incisività con cui la nuova normativa avrebbe dovuto tutelare il consumatore²³¹.

Una simile riflessione può essere condotta con riferimento all'obbligo del professionista di fornire chiarimenti adeguati: una formula apparentemente semplice, la cui evoluzione svela la sua natura di compromesso fra forze politiche contrastanti. Non a caso, la rinuncia alla previsione di uno specifico dovere di consulenza è rappresentativa di una "concessione" fatta dal legislatore a favore degli istituti bancari, preoccupati dal crescente profilo di responsabilità a loro carico.

Tuttavia, uno studio più approfondito del testo della direttiva consente di rivelare la presenza di qualche allusione agli obiettivi del progetto originario e ai relativi strumenti per perseguirli. Ciò spianerebbe la strada a una differente prospettiva: l'esigenza di giungere quanto più celermente all'adozione della nuova disciplina sul credito ai consumatori ha indotto il legislatore ad assumere un comportamento rassicurante nei confronti degli operatori del settore ma, al contempo, ha lasciato nella direttiva alcuni riferimenti significativi affinché "si facesse rientrare dalla finestra ciò che si è fatto uscire fuori dalla porta".

In parole più chiare, sebbene siano stati espunti tutti i riferimenti letterali, l'ambiguità delle espressioni utilizzate e il richiamo a pratiche responsabili consentirebbe di riconoscere ai "chiarimenti adeguati" la natura di dovere di consulenza piuttosto che di obbligo informativo, così come suggerirebbe la sua collocazione sistematica. Sul punto la dottrina è divisa.

Una tesi minoritaria riconosce la natura di obblighi informativi ai chiarimenti adeguati, ritenendo che si tratti di ulteriori informazioni da affiancare alla consegna del modulo delle informazioni europee di base. Il tratto distintivo fra questi due adempimenti di carattere informativo sarebbe da rintracciare negli obiettivi che intendono perseguire. In un caso, la *ratio* del modello europeo di base è nella tutela del mercato poiché fornire al

²³¹ DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina comunitari del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in Riv. dir. civ., 2008, fasc.3, pp. 255 – 302.

consumatore il giusto apparato di informazioni riduce l'incidenza di comportamenti irrazionali²³² che, a lungo termine e nel sistema macro economico, producono effetti dannosi per la stabilità del mercato. Nell'altro, la *ratio* dei chiarimenti adeguati consiste esclusivamente nella tutela del consumatore, essendo finalizzati a garantire una responsabile assunzione del credito e, di conseguenza, a prevenire eventuali crisi finanziarie delle famiglie²³³.

Secondo questa opinione, i chiarimenti adeguati avrebbero un valore rafforzato rispetto agli ordinari obblighi informativi e in ogni caso non implicherebbero alcuna attività valutativa da parte del finanziatore, secondo quanto avverrebbe se avessero la natura di consulenza. Infatti, nell'attività di concessione del credito, l'unica forma di valutazione che il professionista sarebbe tenuto a effettuare è al momento della verifica del merito creditizio. A questo punto occorre domandarsi quale sia il contenuto dei chiarimenti

²³² All'opposto dei comportamenti irrazionali vi sono le scelte con piena cognizione di causa, a queste fa riferimento il *considerando* nr. 19 quando spiega lo scopo che il legislatore intende perseguire per mezzo di un'informativa precontrattuale. Per completezza si riporta qui di seguito il testo del *considerando*: <<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. Per assicurare la maggiore trasparenza possibile e per consentire il raffronto tra le offerte, tali informazioni dovrebbero comprendere, in particolare, il tasso annuo effettivo globale relativo al credito, determinato nello stesso modo in tutta la Comunità (...)>>.

²³³ Favorevole a questa opinione DE CRISTOFARO G. che, con riferimento alle informazioni europee di base, afferma: <<Nell'ottica della direttiva, per consentire al consumatore di decidere «con cognizione di causa» è fondamentale metterlo in condizione di operare «un raffronto fra le varie offerte», onde scegliere quella più vantaggiosa e rispondente alle sue specifiche esigenze: la *ratio* sottostante all'obbligo informativo contemplato dal par. 1 dell'art. 5 risiede dunque primariamente nella tutela del mercato, essendo le informazioni precontrattuali essenzialmente finalizzate ad evitare che il consumatore compia scelte irrazionali, omettendo di optare per le offerte oggettivamente migliori e più convenienti>> e contrappone a questi i chiarimenti adeguati dichiarando che: <<Questo ulteriore obbligo informativo — del quale creditori e intermediari parrebbero doversi ritenere gravati a prescindere dalla formulazione, da parte del consumatore, di una apposita richiesta di « chiarimenti »— diversamente da quello di cui al par. 1 del medesimo art. 5 è direttamente ed esclusivamente imposto in funzione della tutela dei consumatori, essendo rivolto ad assicurare che la scelta del consumatore sia sorretta da una piena consapevolezza del significato, della portata e delle implicazioni finanziarie che l'eventuale stipulazione del contratto di credito è destinata ad avere in rapporto alla sua posizione>> in *La nuova disciplina comunitari del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, op. cit., cit. pp. 271 – 272. Cfr. anche CIVALE F., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria*, op. cit..

adeguati, considerato che la struttura delle informazioni europee di base è puntualmente predisposta *ex lege*. La risposta è rinvenuta nello stesso art. 5 par. 6 della direttiva, nel quale si precisa che il professionista tramite chiarimenti adeguati illustra (*rectius spiega*²³⁴) le informazioni precontrattuali precedentemente fornite al consumatore.

Questa tesi non appare convincente per diversi ordini di motivi. In primo luogo, sarebbe riduttivo privare i chiarimenti adeguati di dignità autonoma e ricondurli a un semplice supplemento delle informazioni europee di base²³⁵. Inoltre, non prende in piena considerazione il contenuto precettivo della norma poiché l'attività che il professionista è chiamato a svolgere è ben più articolata della mera spiegazione di termini tecnici in parole più semplici. Lo stesso art.5 par. 6 affianca a questa, l'illustrazione delle <<*caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore*>>.

La tesi maggioritaria, invece, preferisce qualificare i chiarimenti adeguati come uno specifico obbligo di assistenza – conformemente al progetto originario della direttiva – piuttosto che come una tipologia di informazione. I chiarimenti adeguati sarebbero altro²³⁶ rispetto alle informazioni europee di base poiché la loro funzione è di rispondere alle specifiche esigenze conoscitive manifestate dal consumatore, personalizzando²³⁷ le conoscenze che il professionista è tenuto ad impartire per ogni utente con cui si relaziona. Inoltre – con riferimento alla tesi minoritaria – proprio le diverse *rationes*, che sottendono alla consegna del

²³⁴ Nel *considerando* nr. 27, che si riferisce proprio ai chiarimenti adeguati, utilizza il verbo “spiegare”.

²³⁵ FEBBRAJO T., *La nuova disciplina dei contratti di credito “al consumo” nella Dir. 2008/48/CE, op. cit.*

²³⁶ DE POLI M. sulle caratteristiche dei chiarimenti adeguati: <<fin d’ora si può affermare che: i) non di mera *informazione* si tratta (intesa nel senso di trasmissione dei dati) si tratterà, ma di vera e propria *illustrazione – spiegazione*; e che ii) essa non sarà *standardizzata* (come quella di cui al comma 1° dell’art.5) ma *individualizzata*, ossia calata nel contesto della specifica trattativa. Il punto non può essere revocato in dubbio in considerazione dell’espresso riferimento alle esigenze ed alla situazione finanziaria “sua”, ossia del consumatore trattante>> in *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit. p. 67.

²³⁷ Sempre il *considerando* nr. 27 specifica che le spiegazioni sono fornite in modo personalizzato.

modulo informativo di base e i chiarimenti adeguati, costituirebbero motivo sufficiente per ritenere che questi ultimi non possano essere ricondotti nell'alveo degli obblighi informativi.

Dunque, la dottrina sembra per lo più essere orientata a ritenere che l'obbligo di fornire chiarimenti adeguati debba essere interpretato alla luce del principio del prestito responsabile. Il finanziatore, quale esperto del settore, non sarebbe la semplice controparte contrattuale del consumatore ma dovrebbe erigersi a suo consulente (*rectius* consigliere) per assisterlo.

Il professionista sarebbe, quindi, tenuto a esercitare un'attività di valutazione nell'interesse del cliente. Non sarebbe, invece, ragionevole affermare che l'unica valutazione che il finanziatore è chiamato a esprimere sarebbe in merito alla solvibilità del consumatore. Il legislatore espressamente richiede al professionista di assistere il suo cliente nella fase decisionale e, di certo, una simile attività non sarebbe compatibile con un atteggiamento di totale imparzialità²³⁸.

Il sommario studio delle due principali opinioni dottrinarie consente di fare qualche riflessione di ordine generale. È evidente la duttilità dello strumento interpretativo, che può rimanere fedele all'analisi testuale della norma oppure andare oltre il tenore letterale della stessa per attribuirle un significato quanto più conforme alle intenzioni del legislatore. Inoltre, è altrettanto manifesto che bisogna procedere con prudenza per evitare di giungere a soluzioni interpretative aberranti, che rischierebbero di non trovare fondamento nemmeno nello stesso testo normativo che si propongono di spiegare.

Per quanto riguarda le interpretazioni prospettate in tema di chiarimenti adeguati, il pensiero più largamente condiviso in dottrina consentirebbe di restituire ai chiarimenti adeguati quel valore di consulenza

²³⁸ In questo senso FEBBRAJO T.: «non si vede, infatti, come un professionista possa “assistere” il consumatore nella decisione circa quale contratto di credito tra quelli proposti sia il più adatto alle sue esigenze, spiegando «*in modo personalizzato tanto le pertinenti informazioni precontrattuali quanto le caratteristiche essenziali connesse con i prodotti offerti, affinché egli possa comprenderne i potenziali effetti sulla sua situazione economica*», senza finire per esprimere un consiglio sui singoli (o sul singolo) prodotti offerti» in *La nuova disciplina dei contratti di credito “al consumo” nella Dir. 2008/48/CE*, op. cit., cit. p. 227.

che, nella proposta originaria, le è stato espressamente attribuito dal legislatore. Tuttavia non è sufficiente riconoscere a questo adempimento la natura di consulenza ma occorre precisare le modalità con cui si concreta. Nello specifico è opportuno precisare se possano trovare applicazione analogica le inequivocabili norme dettate per l'attività di intermediazione mobiliare oppure se tale adempimento debba assumere forme autonome.

§ 2.6 Il paradigma della consulenza: la regola dell'adeguatezza nei servizi di intermediazione mobiliare

Il mercato mobiliare costituisce l'ambiente privilegiato in cui si esplica l'attività di consulenza e, per comprendere in cosa questa consista, appare opportuno analizzare la disciplina contenuta nel TUF e nel Regolamento Consob 16190/2007.

L'intermediario finanziario costituisce l'anello fondamentale di congiunzione fra il risparmiatore e il mercato mobiliare poiché, in un settore caratterizzato da un elevato tecnicismo, l'utente medio, privo delle conoscenze tecnico – economiche adeguate, necessita di una figura professionale che appiani l'asimmetria informativa, accompagnandolo nel processo di investimento.

Il contraltare al ruolo dell'intermediario quale “guida” nel processo di investimento è l'affidamento della clientela alla correttezza dell'attività di assistenza svolta dal professionista. È, dunque, evidente che l'attività di intermediazione mobiliare si caratterizza per il particolare rapporto di fiducia e di confidenza che si instaura fra il professionista e il risparmiatore²³⁹.

²³⁹ PURPURA L., *L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio*, in BBTC, 2013, fasc. 2, pt. 1, pp. 222 – 230.

La norma cardine, intorno alla quale ruota la regolamentazione del rapporto fra il cliente e l'intermediario, è l'art. 21 TUF²⁴⁰ poiché detta regole di comportamento *standard* che il professionista è tenuto a osservare in qualunque momento dell'esercizio dell'attività d'impresa.

L'obiettivo che si intende perseguire non è soltanto la protezione degli interessi del singolo investitore ma anche la tutela e l'implementazione del mercato. Infatti la correttezza degli operatori nell'esercizio dell'attività di intermediazione mobiliare costituisce la *condicio sine qua non* per il ripristino della fiducia degli investitori nei meccanismi di mercato, che ha come effetto diretto lo sviluppo e il buon funzionamento dello stesso²⁴¹.

Primo fra tutti, è imposto l'obbligo di <<*comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati*>> ed è a esso correlato l'obbligo di <<*acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati*>>. In questo modo il dovere di trasparenza assume un contenuto concreto, individuato proprio nelle informazioni chiare, complete e obiettive, relative agli strumenti finanziari.

Il regime disciplinare degli obblighi informativi e di correttezza nella relazione con la clientela ha subito una notevole implementazione a seguito dell'adozione delle direttive comunitarie 2004/39/CE e 2014/65/UE, meglio note come MiFid e MiFid II.

Infatti, nel regime antecedente il recepimento della prima direttiva comunitaria, gli obblighi previsti in capo all'intermediario sono generalizzati e, dunque, valevoli per la pluralità dei servizi di investimento offerti dall'intermediario. In sintesi, al professionista è imposto di procedere

²⁴⁰ Art. 21 TUF: <<*Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.(...)>>.*

²⁴¹ PELLEGRINI M., *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, in I contratti dei risparmiatori, a cura di Francesco Capriglione, della collana Istituti di diritto civile diretta da Guido Alpa, Milano, 2013.

a: una profilatura del cliente che costituisca efficace sintesi della situazione finanziaria, livello di esperienza e propensione al rischio; l'illustrazione della natura e dei rischi sottesi all'operazione prescelta e, infine, la valutazione della coerenza di quest'ultima rispetto al profilo delineato. L'eventuale incompatibilità dell'investimento con la situazione personale del cliente impone all'intermediario di farne segnalazione (cd. *warning*) ma non costituisce un vincolo negativo all'esecuzione dell'operazione.

Gli obblighi di correttezza e buona fede, cui il professionista deve attenersi nell'esercizio dell'attività, si fondano su una logica informativa e la tutela del cliente si realizza nel paradigma dell'investitore informato. Dunque, affinché possano ritenersi correttamente adempiuti gli obblighi a carico dell'intermediario, è sufficiente garantire un ragionevole grado di consapevolezza del cliente sulle caratteristiche degli strumenti finanziari e della loro specifica interazione con il profilo personale.

In questo modo, l'esclusivo responsabile in merito alle scelte di investimento effettuate è l'investitore – cui è lasciata la libertà di valutare e far proprie le informazioni ricevute – e l'intermediario rimane esente da specifiche forme di responsabilità derivanti dall'esecuzione di operazioni rivelatesi poi dannose per la situazione finanziaria del cliente.

Una disciplina così poco rigorosa della relazione contrattuale ha costituito terreno fertile per forme degenerative della relazione con la clientela in conflitti di interesse, che è stato possibile contrastare soltanto per mezzo dell'attività interpretativa dei giudici. Si è formata un'ampia giurisprudenza sul tema del cd. risparmio tradito che ha cercato di porre rimedio alla mancanza di un approccio normativo, che tutelasse adeguatamente un aspetto caratterizzante l'attività di intermediazione mobiliare qual'è l'affidamento della clientela²⁴².

²⁴² Al fine di sanzionare i comportamenti opportunistici degli intermediari, la giurisprudenza ha fatto leva proprio sulla logica informativa e di trasparenza che ha ispirato le regole di comportamento degli intermediari nel regime pre-MiFid. Da una parte, obblighi informativi e di trasparenza, da un lato rimarcando la portata sostanziale degli obblighi informativi e dall'altro ritenendo illegittime le interpretazioni in chiave strettamente formale dell'obbligo di segnalare l'inadeguatezza delle operazioni di investimento. Cfr. PURPURA L., *Strumenti finanziari e dovere di informazione degli*

La direttiva 2004/39/CE ha provveduto a colmare una simile lacuna, imponendo all'intermediario lo specifico dovere di assicurare che la scelta di investimento sia effettivamente adatta al profilo dell'investitore.

Questa inversione di tendenza trova il suo principale momento qualificante nel riconoscimento dell'attività di consulenza fra i servizi di investimento, elencati nell'art. 1 co. 5 TUF. La "*consulenza in materia di investimenti*" si esplica, *ex art. 1 co. 5-septies*, nella: <<*prestazione di raccomandazioni personalizzate*>> che si considerano tali quando tengono conto delle caratteristiche del cliente o vengono repute adatte a quest'ultimo²⁴³.

Da questa definizione emergono i due tratti caratterizzanti di questa prestazione: la personalizzazione e la determinatezza dell'oggetto. Dunque, affinché un parere professionale possa essere qualificato come attività di consulenza è fondamentale che sia indirizzato e costruito su misura del singolo investitore poiché è esclusivamente finalizzato a proporre gli strumenti finanziari che, nell'ampio panorama delle offerte di mercato, appaiano rispondere in modo adeguato alle esigenze del cliente.

Il buon esercizio dell'attività di consulenza è valutato in base a una specifica regola di comportamento, definita – non a caso – “regola dell'adeguatezza” e disciplinata dagli art. 39 e 40 del Regolamento Consob. Ai sensi dell'art. 40, la valutazione dell'adeguatezza di un prodotto finanziario deve rispondere ai seguenti criteri: conformità agli obiettivi di investimento del cliente; compatibilità del rischio di investimento con la situazione finanziaria e coerenza della complessità del prodotto al livello di conoscenza ed esperienza²⁴⁴. Tuttavia, affinché la fase di valutazione sia

intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto con la normativa post Mifid, in BBTC, 2010, fasc. 5, pt. 1, pp. 609 – 636.

²⁴³ Cfr. art. 1 co. 5-septies: <<Per "*consulenza in materia di investimenti*" si intende la prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario. La raccomandazione è personalizzata quando è presentata come adatta per il cliente o è basata sulla considerazione delle caratteristiche del cliente. Una raccomandazione non è personalizzata se viene diffusa al pubblico mediante canali di distribuzione>>.

²⁴⁴ Cfr. art. 40 co.1 Reg. Consob: << Sulla base delle informazioni ricevute dal cliente, e tenuto conto della natura e delle caratteristiche del servizio fornito, gli intermediari valutano che la specifica operazione consigliata o realizzata nel quadro della prestazione

effettuata correttamente, è necessario che sia preceduta da una preliminare conoscenza dell'investitore.

In forza del principio “*know your customer*”, l'art. 39 prescrive all'intermediario di acquisire informazioni dettagliate in merito a: conoscenza ed esperienza nel settore di investimento; situazione finanziaria e obiettivi di investimento²⁴⁵. I commi successivi indicano minuziosamente la tipologia di dati utili per delineare una completa fisionomia finanziaria del cliente²⁴⁶.

È evidente l'importanza di realizzare una corretta profilatura del cliente poiché questa non corrisponda alla realtà fattuale, le distorsioni nella valutazione dell'adeguatezza del prodotto sarebbero inevitabili.

Di certo, non è onere del professionista procedere alla verifica della veridicità delle informazioni fornite dal cliente ma, in conformità del canone di diligenza e buona fede dell'uomo (*rectius* professionista) medio, è tenuto a non fare affidamento su informazioni che appaiano <<*manifestamente*

del servizio di gestione di portafogli soddisfi i seguenti criteri: a) corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; b) sia di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento; c) sia di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all'operazione o alla gestione del suo portafoglio.

Una serie di operazioni, ciascuna delle quali è adeguata se considerata isolatamente, può non essere adeguata se avvenga con una frequenza che non è nel migliore interesse del cliente>>.

²⁴⁵ Cfr art. 39 co. 1 Reg. Consob: <<*Al fine di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari adatti al cliente o potenziale cliente, nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafoglio, gli intermediari ottengono dal cliente o potenziale cliente le informazioni necessarie in merito: a) alla conoscenza ed esperienza nel settore di investimento rilevante per il tipo di strumento o di servizio; b) alla situazione finanziaria; c) agli obiettivi di investimento>>.*

²⁴⁶ Cfr. art. 39 co. 2 ss. : <<Le informazioni di cui al comma 1, lettera a), includono i seguenti elementi, nella misura in cui siano appropriati tenuto conto delle caratteristiche del cliente, della natura e dell'importanza del servizio da fornire e del tipo di prodotto od operazione previsti, nonché della complessità e dei rischi di tale servizio, prodotto od operazione: a) i tipi di servizi, operazioni e strumenti finanziari con i quali il cliente ha dimestichezza; b) la natura, il volume e la frequenza delle operazioni su strumenti finanziari realizzate dal cliente e il periodo durante il quale queste operazioni sono state eseguite; c) il livello di istruzione, la professione o, se rilevante, la precedente professione del cliente.

3. Le informazioni di cui al comma 1, lettera b), includono, ove pertinenti, dati sulla fonte e sulla consistenza del reddito del cliente, del suo patrimonio complessivo, e dei suoi impegni finanziari.

4. Le informazioni di cui al comma 1, lettera c), includono dati sul periodo di tempo per il quale il cliente desidera conservare l'investimento, le sue preferenze in materia di rischio, il suo profilo di rischio e le finalità dell'investimento, ove pertinenti>>.

superate, inesatte o incomplete>>²⁴⁷. Inoltre, è imposto lo specifico divieto di procedere alla prestazione di qualunque servizio finanziario nelle ipotesi in cui l'intermediario non disponga di tutte le informazioni richieste *ex lege*²⁴⁸.

Le modifiche apportate dall'intervento comunitario hanno prodotto l'importante effetto di stimolare l'intermediario a divenire parte attiva ai fini della formazione di un quadro conoscitivo completo del cliente e accrescere il senso di lealtà e correttezza nella relazione contrattuale.

Tuttavia è opportuno precisare che quella logica di protezione fondata sull'informazione e trasparenza, che ha caratterizzato la normativa di settore *ante* MiFid, non è stata del tutto superata. Infatti, l'attività di assistenza che l'intermediario è tenuto a prestare all'investitore è graduata in base allo schema operativo su cui si fonda la relazione contrattuale delle parti. Ad esempio, l'intermediario può essere semplicemente chiamato ad eseguire un ordine di investimento impartito dal cliente oppure gli può essere richiesto di effettuare una vera e propria attività di consulenza in merito all'attività finanziaria da intraprendere, fino a giungere all'incarico di gestire il portafoglio del cliente²⁴⁹. Per ciascuno dei servizi offerti, il tasso di affidamento dell'investitore oscilla fra livelli minimi e massimi e, di conseguenza, anche il grado di diligenza richiesto all'intermediario risulta essere variabile.

²⁴⁷ Cfr. art. 39 co. 5 Reg. Consob: <<Gli intermediari possono fare affidamento sulle informazioni fornite dai clienti o potenziali clienti a meno che esse non siano manifestamente superate, inesatte o incomplete>>.

²⁴⁸ Cfr. art. 39 co. 6 Reg. Consob: <<Quando gli intermediari che forniscono il servizio di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafogli non ottengono le informazioni di cui al presente articolo si astengono dal prestare i menzionati servizi>>.

L'art.39 si conclude con il settimo comma nel quale è fatto divieto all'intermediario di incoraggiare il cliente a non fornire le informazioni richieste. La norma appare superflua poiché nell'ipotesi in cui l'investitore si rifiuti di fornire le informazioni *sua sponte* o incoraggiato dall'intermediario, quest'ultimo non potrebbe dare esecuzione ad alcun servizio, situazione che senza dubbio risulta essere controproducente per gli interessi dello stesso intermediario.

²⁴⁹ Ai sensi dell'art. 1 co.5-*quinquies* TUF: <<per "gestione di portafogli" si intende la gestione, su base discrezionale e individualizzata, di portafogli di investimento che includono uno o più strumenti finanziari e nell'ambito di un mandato conferito dai clienti>>.

Per tutti i servizi e attività di investimento aventi ad oggetto gli strumenti finanziari si prenda visione dell'art.1 co. 5 ss. TUF.

§ 2.6.1 (Segue) La regola dell'appropriatezza e l'implementazione dell'attività di consulenza secondo la direttiva MiFid II

Per espressa previsione di legge, la regola dell'adeguatezza trova applicazione con riferimento ai soli servizi di consulenza e gestione del portafoglio del cliente mentre in tutti gli altri servizi di investimento la tutela degli interessi dell'investitore è ancora garantita secondo i tradizionali canoni di trasparenza e informazione.

La *ratio* della differenziazione del regime di protezione risiede nella differente struttura del servizio eseguito dall'intermediario poiché – al di là dei casi citati – questi rimane del tutto estraneo alla fase relativa alla selezione dello strumento finanziario²⁵⁰. Dunque, tanto l'attività di profilatura del cliente è meno dettagliata²⁵¹ quanto la regola di condotta applicabile è diversa e meno rigorosa²⁵².

²⁵⁰ Allo stesso modo PURPURA L.: <<la coesistenza di regole di comportamento tanto diverse sembra rintracciare la propria giustificazione nel fatto che esse trovano applicazione con riguardo a servizi di investimento che manifestano un *tasso di affidamento* del cliente nell'intermediario *qualitativamente* e *quantitativamente* non sovrapponibile>> in *L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio*, cit. p. 227.

²⁵¹ Cfr. art. 41 Reg. Consob: <<Gli intermediari, quando prestano servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli, richiedono al cliente o potenziale cliente di fornire informazioni in merito alla sua conoscenza e esperienza nel settore d'investimento rilevante per il tipo di strumento o di servizio proposto o chiesto. Si applica l'articolo 39, commi 2, 5 e 7>>.

²⁵² Addirittura nelle ipotesi di mera esecuzione o ricezione di ordini, l'art.43 Reg. Consob prevede che l'intermediario possa procedere a prestare il servizio senza che sia necessario la preventiva profilatura del cliente e la verifica dell'appropriatezza o dell'adeguatezza dell'operazione. Art. 43 Reg. Consob: <<Gli intermediari possono prestare i servizi di esecuzione di ordini per conto dei clienti o di ricezione e trasmissione ordini, senza che sia necessario ottenere le informazioni o procedere alla valutazione di cui al Capo II, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) i suddetti servizi sono connessi ad azioni ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato, o in un mercato equivalente di un paese terzo, a strumenti del mercato monetario, obbligazioni o altri titoli di debito (escluse le obbligazioni o i titoli di debito che incorporano uno strumento derivato), OICR armonizzati ed altri strumenti finanziari non complessi; b) il servizio è prestato a iniziativa del cliente o potenziale cliente; c) il cliente o potenziale cliente è stato chiaramente informato che, nel prestare tale servizio, l'intermediario non è tenuto a valutare l'appropriatezza e che pertanto l'investitore non beneficia della protezione offerta dalle

La valutazione dell'adeguatezza dell'operazione è sostituita, ai sensi dell'art.42 Reg. Consob, dalla valutazione dell'appropriatezza che impone esclusivamente di verificare se il prodotto prescelto sia coerente con il livello di conoscenza ed esperienza posseduto dal cliente.

In particolare, se l'investitore si rifiuta di fornire informazioni o se queste appaiono insufficienti, l'intermediario si limita a informare che non potrà procedere alla verifica dell'appropriatezza dell'investimento prescelto, senza che ciò costituisca un ostacolo all'esecuzione dell'operazione. Parimenti, l'esito negativo della valutazione costituisce oggetto di informativa al cliente ma non ragione ostativa alla realizzazione dell'investimento²⁵³. L'avvertimento in parola è idoneo a escludere qualsivoglia forma di responsabilità in capo all'intermediario nelle ipotesi in cui l'investitore intenda concludere ugualmente l'operazione.

Da quanto descritto, emerge in termini chiari che la regola dell'appropriatezza intende garantire la protezione dell'affidamento della clientela per mezzo della <<consapevolezza dell'agere²⁵⁴>>.

La coesistenza di differenziati regimi di tutela degli investitori costituisce un rischio per l'affiorare di condotte elusive da parte degli intermediari, che potrebbero appositamente travisare l'inquadramento della

relative disposizioni. L'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato; d) l'intermediario rispetta gli obblighi in materia di conflitti di interesse>>.

²⁵³ Cfr. art. 42 Reg. Consob: <<Nella prestazione dei servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli, e sulla base delle informazioni di cui all'articolo 41, gli intermediari verificano che il cliente abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta.

2. Gli intermediari possono presumere che un cliente professionale abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi connessi ai servizi di investimento o alle operazioni o ai tipi di operazioni o strumenti per i quali il cliente è classificato come professionale.

3. Qualora gli intermediari ritengano, ai sensi del comma 1, che lo strumento o il servizio non sia appropriato per il cliente o potenziale cliente, lo avvertono di tale situazione. L'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato.

4. Qualora il cliente o potenziale cliente scelga di non fornire le informazioni di cui all'articolo 41, o qualora tali informazioni non siano sufficienti, gli intermediari avvertono il cliente o potenziale cliente, che tale decisione impedirà loro di determinare se il servizio o lo strumento sia per lui appropriato. L'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato>>.

²⁵⁴ PELLEGRINI M., *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, op. cit., cit. p. 202.

tipologia del servizio per godere della regola di condotta a loro più favorevole.

Per questa ragione, la Consob ha adottato delle linee di indirizzo in materia di consulenza che tendono a espandere il più possibile l'ambito di applicazione della regola di adeguatezza, ritenendo – ad esempio – che tale disciplina si applichi anche alle forme di consulenza cd. incidentale, cioè prestate in occasione di servizi di investimento di altro genere.

La posizione espressa dall'Autorità di vigilanza esprimerebbe – almeno per il momento – una chiara esortazione nei confronti degli intermediari ad adottare prassi comportamentale che si ispiri alla massima correttezza. Sarebbe, infatti, auspicabile che le inutili dicotomie venissero eliminate per l'istituzione di un regime di protezione unitario, nel quale la regola dell'adeguatezza costituisca il principio cardine del rapporto fra investitore e intermediario.

Una revisione della MiFid si è resa necessaria a fronte della crisi economica e finanziaria, che ha dimostrato la necessità di rafforzare alcune regole per adeguarle a un mercato mobiliare sempre più complesso. In particolare, la direttiva 2014/65/UE (cd. MiFid II) ha rafforzato il regime di trasparenza e di protezione degli investitori, senza tuttavia giungere alla previsione di un'unica regola di comportamento per la disciplina delle relazioni con la clientela.

Fra le misure di maggior rilievo è opportuno ricordare le disposizioni di *product governance* che hanno quale obiettivo quello di garantire *ex ante* la coerenza fra gli strumenti finanziari collocati sul mercato e il *target* di investitori cui si rivolgono²⁵⁵. Con la medesima ottica, è ridotta la categoria degli strumenti per i quali gli intermediari possono limitarsi alla mera

²⁵⁵ Affinché tale obiettivo sia perseguito, la direttiva prevede che le imprese di investimento siano sensibilizzate alla tematica dell'adeguatezza del prodotto finanziario sin dalle fasi della sua realizzazione e distribuzione. Cfr. art. 24 par. 2 MiFid II: <<Le imprese di investimento che realizzano strumenti finanziari per la vendita alla clientela fanno sì che tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con il target. L'impresa d'investimento adotta inoltre misure ragionevoli per assicurare che lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato target. (...)>>.

esecuzione e ricezione di ordini degli investitori senza la preventiva valutazione di adeguatezza o appropriatezza.

Inoltre, la stessa disciplina sulla valutazione dell'adeguatezza viene approfondita, introducendo nuovi valori di riferimento. Nello specifico fra le informazioni relative alla situazione finanziaria e gli obiettivi di rischio dell'investitore, l'intermediario deve rispettivamente indagare sulla <<capacità (...) di sostenere perdite>> e <<la sua tolleranza al rischio²⁵⁶>>. Infine, nei casi di servizio di consulenza in materia di investimenti l'impresa, prima dell'esecuzione della transazione, è tenuta a comunicare, su supporto durevole, le motivazioni che hanno indotto a ritenere l'operazione consigliabile rispetto alla profilatura dell'investitore.

Al di là della valutazione dell'efficacia di queste nuove regole, l'analisi fin qui condotta, in materia di consulenza nel settore dell'intermediazione mobiliare, fa emergere che gli investitori godono di un regime di protezione particolarmente favorevole per i propri interessi ma, la specificità del mercato in cui si inserisce, lascia dei dubbi in merito alla sua applicazione anche alla categoria del credito ai consumatori.

§ 2.7 L'estensione del modello di consulenza nel settore del credito ai consumatori. Realtà o illusione?

Poste le necessarie basi conoscitive, è possibile valutare criticamente il contenuto da attribuire ai chiarimenti adeguati, che il finanziatore è tenuto

²⁵⁶ Cfr. art. 25 par. 2 MiFid II: << Quando effettua consulenza in materia di investimenti o gestione di portafoglio, l'impresa di investimento ottiene le informazioni necessarie in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente o potenziale cliente in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio, alla sua situazione finanziaria, tra cui la capacità di tale persona di sostenere perdite e ai suoi obiettivi di investimento, inclusa la sua tolleranza al rischio, per essere in grado di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari che siano adeguati al cliente o al potenziale cliente e siano in particolare adeguati in funzione della sua tolleranza al rischio e della sua capacità di sostenere perdite. Gli Stati membri garantiscono che, qualora un'impresa d'investimento fornisca consulenza in materia di investimenti e raccomandi un pacchetto di servizi o prodotti aggregati a norma dell'articolo 24, paragrafo 11, l'intero pacchetto sia adeguato alle esigenze del cliente>>.

a fornire al consumatore in occasione della conclusione di un contratto di credito.

È opportuno ricordare che l'obiettivo che la riforma del credito ai consumatori intende perseguire è duplice: da una lato, stimolare la creazione di mercati responsabili e dall'altro, ripristinare la fiducia dei consumatori. Così, alla regolamentazione del settore creditizio si affianca una più attenta protezione del consumatore dal fenomeno del sovraindebitamento.

Se, dunque, l'obiettivo consiste principalmente nel prevenire le crisi finanziarie delle famiglie – che a lungo termine, è bene ricordare, rischiano di evolversi in crisi del sistema macroeconomico – allora, lo strumento più idoneo per perseguirlo appare proprio l'attività di consulenza. I “chiarimenti adeguati” dovrebbero essere interpretati come una formula volta a esprimere sinteticamente un'attività tanto complessa quanto quella che viene eseguita dagli intermediari del mercato finanziario.

Questa tesi sarebbe avvalorata, se il testo della direttiva fosse stato approvato con i contenuti della sua proposta originaria, presentata nel 2002. Infatti, lo schema di adempimenti descritti nella proposta COM (2002) 443 richiama esattamente gli obblighi di informazione e di valutazione dell'adeguatezza del prodotto, previsti in capo al professionista nella prestazione di servizi di intermediazione mobiliare.

Il creditore, prima della conclusione del contratto, deve cercare tra i contratti di credito offerti <<*il tipo e l'importo totale del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore, dei vantaggi e svantaggi inerenti al prodotto proposto e della finalità del credito*>> ed è tenuto a stimare preventivamente se gli oneri derivanti dal contratto siano alla portata del consumatore.

Propedeutico e strumentale a questo adempimento è la raccolta di informazioni, che si avvicina molto alla profilatura dell'investitore, sebbene meno dettagliata e più attenta a ricostruire la situazione patrimoniale del cliente. In ogni caso, lo scopo rimane quello di agevolare il finanziatore nell'individuare il contratto di credito più adatto alle specifiche esigenze del consumatore che lo richiede. Inoltre, come nell'intermediazione mobiliare il

professionista è considerato responsabile nei casi di mancata o inesatta valutazione di adeguatezza del prodotto, allo stesso modo è fonte di responsabilità la cd. concessione abusiva del credito, fattispecie che si verifica ogni qualvolta il finanziatore conclude un contratto di credito in mancanza dei presupposti di adeguatezza.

In sintesi, il contenuto dei chiarimenti adeguati andrebbe al di là dei meri obblighi di informazione per configurare lo specifico onere a carico del finanziatore di curare, al fianco dei propri interessi, quelli del consumatore²⁵⁷.

Per quanto questa soluzione possa sembrare la più idonea a garantire un'elevata protezione del consumatore-debitore, non è quella adottata – almeno esplicitamente – nella direttiva 2008/48/CE. I riferimenti normativi sopra citati sono stati del tutto espunti dal testo normativo e non è più possibile rinvenire alcun richiamo all'attività di consulenza.

Tuttavia, la lettura dell'art. 124 co. 5 TUB in combinato disposto con l'art. 124-*bis* TUB potrebbe, ancora una volta, condurre a interpretare l'obbligo di fornire chiarimenti adeguati conformemente all'esercizio dell'attività di consulenza nei servizi di investimento.

Il legislatore richiede al finanziatore non soltanto di fornire al consumatore informazioni personalizzate, per soddisfare gli individuali bisogni conoscitivi, ma anche di effettuare la verifica del merito creditizio, ossia una valutazione in merito alla sostenibilità economica del contratto di credito. Un simile adempimento – anch'esso di natura precontrattuale – è disciplinato nell'esclusivo interesse del consumatore.

Diversamente, non si spiegherebbe la sua classificazione fra le novità apportate dalla riforma del credito al consumo poiché la valutazione della solvibilità del cliente costituisce già, nell'esperienza bancaria, un

²⁵⁷ MAFFEIS D., *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito al consumo*, in IC, 2005, fasc. 1, pp. 5 – 18 prospetta la possibilità di estendere il dovere di consulenza, previsto nel settore dell'intermediazione mobiliare, a quello del credito al consumo. Tuttavia, una lettura attenta di questo contributo consente di notare che il parere espresso dall'autore risale agli anni 2004 – 2005, periodo in cui il riferimento alla nuova disciplina del credito al consumo è rappresentato dalla proposta COM (2002) 443 e, dunque, non sarebbe apparso così strano auspicare alla realizzazione di un unico modello di consulenza.

principio consolidato di buona gestione dell'impresa creditizia. Ciononostante, tale prassi non si è dimostrata sufficiente a disincentivare forme irresponsabili di concessione del credito, rivelando <<tutta la sua precarietà, se all'interesse proprio del finanziatore viene altresì assegnata la contestuale diversa funzione di realizzare una tutela del consumatore dal sovraindebitamento²⁵⁸>>.

Quindi, se la verifica del merito creditizio e l'obbligo di chiarimenti adeguati sono da ricondurre nel sistema di tutele apprestate per il consumatore, allora si potrebbe cogliere un'analogia con la disciplina di intermediazione mobiliare. Laddove, i chiarimenti adeguati rappresenterebbero un'illustrazione delle caratteristiche e dei rischi del prodotto, calibrata in ragione del grado di conoscenza ed esperienza del consumatore²⁵⁹, mentre la verifica del merito creditizio costituirebbe la valutazione di adeguatezza dell'offerta di credito²⁶⁰.

Ad ogni modo, questa proposta interpretativa non convince del tutto poiché, per diversi aspetti, appare forzata rispetto alla lettera della legge. Innanzitutto, i chiarimenti adeguati e la verifica del merito creditizio sono ricostruiti come momenti successivi di un unico adempimento mentre, la stessa struttura del testo normativo, suggerisce che si tratta di due adempimenti specifici e autonomi. Inoltre, il servizio di consulenza prestato nel settore dell'intermediazione mobiliare presuppone che la valutazione di adeguatezza del prodotto sia effettuata dal professionista mentre la disciplina del credito al consumo è inequivoca nell'affermare che, al contrario, questa valutazione debba essere effettuata dal consumatore stesso.

Sebbene si possano individuare delle somiglianze con il sistema di tutele predisposto per il cliente-investitore, le disposizioni della direttiva

²⁵⁸ PIEPOLI G., *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in Banca borsa e titoli di credito, 2013, fasc. 1, cit. p. 39.

²⁵⁹ Il riscontro normativo si individua nel *considerando* nr. 27 della dir. 2008/48/CE quando viene precisato che le informazioni <<dovrebbero essere spiegate in modo personalizzato>> al consumatore e nell'art. 124 co. 5 TUB che esemplifica il contenuto dei chiarimenti adeguati ne: <<le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento>>.

²⁶⁰ Sul punto l'art. 124-bis non è particolarmente esaustivo poiché specifica in cosa consista la verifica del merito creditizio.

2008/48/CE non consentono di riproporre un sistema speculare per la tutela del consumatore che agisce nel settore creditizio.

§ 2.7.1 (Segue) La consulenza “collaborativa” o dovere di assistenza

Il tema del prestito responsabile – presentato in occasione della riforma del credito al consumo ma tanto contrastato da lasciarlo incompiuto – è ritornato in auge a seguito della crisi strutturale²⁶¹ che ha colpito la società globale negli ultimi anni. La dispersione delle risorse finanziarie e la scarsa fiducia dei risparmiatori nei mercati ha reso ancora di più evidente la necessità di introdurre, nelle legislazioni di settore, misure per responsabilizzare, da ambo i lati, l’esercizio dell’attività creditizia²⁶² al fine di contrastare *ab origine* il rischio di aggravamento della situazione patrimoniale delle famiglie e delle stesse banche.

Questa è la linea guida seguita dal legislatore comunitario per l’adozione di nuove direttive in tema di credito e di intermediazione mobiliare. Invece, con riferimento alle discipline già esistenti, è possibile effettuare un’applicazione delle norme, conforme alle più recenti esigenze manifestate dalla società, per il tramite dell’attività degli interpreti

In materia di credito ai consumatori, si conservano ancora dei <<relitti>> dell’<<originaria e globale prospettiva sul “prestito

²⁶¹ Si parla di crisi strutturale per sottolineare che essa affonda le proprie radici in un fenomeno strutturale e non in una combinazione di alcune sfortunate circostanze (altrimenti si parlerebbe di crisi congiunturale). Questa crisi costituisce la conseguenza di un lento e profondo mutamento del sistema di produzione che le famiglie e i governi non sono stati in grado di fronteggiare adeguatamente. Infatti, nel corso degli anni ’90, si è assistito al fenomeno della finanziarizzazione dell’economia legato alla percezione che l’economia reale non fosse in grado di assicurare un crescente livello di ricchezza e, per converso, si è ritenuto l’economia finanziaria, ossia l’accesso ai mercati finanziari, potesse costituire una fonte esponenziale di benessere. Così si è registrato un incremento degli investimenti nel mercato mobiliare da parte di un vasto pubblico che, tuttavia, non possedeva una cultura sufficiente per comprendere appieno la natura, il funzionamento e i rischi correlati all’utilizzo di strumenti finanziari.

²⁶² In inglese si parla di *responsible lending* e *responsible borrowing* per indicare rispettivamente l’esercizio responsabile dell’accesso al credito e della concessione del credito.

responsabile”>>²⁶³ negli artt. 124 co. 5 e 124-*bis* e, dunque, su questa base normativa, è possibile far riaffiorare effettive pratiche responsabili nella relazione tra finanziatore e consumatore.

In quest’ottica, si riesce a cogliere meglio lo sforzo di quella parte della dottrina che ha cercato di conservare un legame fra i “chiarimenti adeguati” e il concetto di consulenza.

Tuttavia, come sopra accennato, non essendo possibile imporre al finanziatore un obbligo di consulenza nel significato tradizionale del termine, si è fatta strada un’opinione più moderata sostenitrice di un concetto innovativo di consulenza, che per motivi di opportunità prende il nome di “assistenza”²⁶⁴.

Fermo restando che la valutazione in merito all’adeguatezza prodotto rispetto alle esigenze e situazione finanziaria spetta al consumatore²⁶⁵, l’esclusione di un dovere di consulenza – in senso proprio – in capo al finanziatore non deve indurre a concludere che il consumatore venga lasciato a se stesso.

Secondo questa nuova linea interpretativa, il finanziatore svolge il ruolo di guida del consumatore, per aiutarlo ad orientarsi nel *mare magnum* dei prodotti creditizi. Dunque, gli adempimenti precontrattuali a suo carico e, nello specifico, i chiarimenti adeguati sono finalizzati a fornire al cliente i necessari supporti conoscitivi per compensare quell’asimmetria informativa che caratterizza settori di mercato così complessi come quello del credito.

²⁶³ Così PIEPOLI G., in *Sovraindebitamento e credito responsabile*, op. cit., cit. p. 38.

²⁶⁴ CIVALE F. dopo aver passato in rassegna le due interpretazioni dell’obbligo di fornire chiarimenti adeguati che contrappongono alla natura di obbligo informativo rafforzato e obbligo di consulenza, prende posizione sul tema dichiarando che <<è lecito ritenere che il legislatore non abbia voluto introdurre un obbligo di valutazione di “adeguatezza” del prodotto di credito in capo alla banca o intermediario finanziario, quanto piuttosto un obbligo di assistenza informativa in merito alle caratteristiche e ai rischi del contratto di credito proposto>> in *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria*, op. cit., cit. p. 438.

²⁶⁵ È bene precisare che la verifica del merito creditizio, *ex art. 124-bis*, rimane un adempimento necessario e distinto rispetto all’obbligo di fornire chiarimenti adeguati. Infatti, quando il finanziatore procede alla verifica della sostenibilità del credito, non è chiamato a sostituirsi alla scelta consapevole e informata del consumatore, al più è tenuto ad allertare il suo cliente riguardo l’esito negativo della verifica. Si pensi che, addirittura, il legislatore non prende posizione in merito al comportamento che il professionista dovrebbe assumere nel caso di esito negativo della verifica, non precisando se questi debba astenersi dal concedere il credito.

Così argomentando, si potrebbe coniare una nuova formula – consulenza “collaborativa” – per fare emergere il ruolo attivo assunto dal consumatore nel processo decisionale, che lascia i “panni” del passivo destinatario delle raccomandazioni del professionista.

Inoltre, un aspetto ben più interessante si coglie da questa perifrasi ossia il ruolo collaborativo assunto dal finanziatore²⁶⁶.

Nella prospettiva della direttiva 2008/48/CE, il finanziatore non deve preoccuparsi che siano adeguati i prodotti presentati al consumatore bensì le informazioni relative alle condizioni a cui questi vengono offerti, affinché il cliente sia in grado di valutare se il contratto prescelto sia altrettanto adeguato²⁶⁷.

La previsione di “chiarimenti adeguati” è funzionale a favorire l’istaurazione di una interazione verbale con il cliente. Interazione che ha lo scopo di porre le basi per sviluppare la capacità di confronto del consumatore, che di certo non può ritenersi acquisita con la semplice lettura di un modulo informativo.

Tale interpretazione, fra quelle proposte, è senza dubbio quella più idonea per ricostruire il contenuto dei chiarimenti adeguati poiché ha il pregio non solo di contemperare l’interesse del legislatore a introdurre

²⁶⁶ MINTO A., ritiene che la disposizione contenuta nell’art. 124 co. 5 TUB <<valorizza la componente collaborativa dell’intermediario nel processo di maturazione della decisione in capo al consumatore (...)>> in *Il nuovo documento denominato <<informazioni europee di base>> nell’ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in BBTC, 2012, fasc. 1, pt. 1, cit. p. 117. Dello stesso parere è PAGLIANTINI S., il quale afferma che l’obbligo di assistenza e di avvertimento dischiude <<una funzione collaborativa del professionista intermediario “nel processo decisionale del consumatore”>> in *Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali)*, in *Contratto impr. – E*, 2014, fasc.2, cit. p. 532.

QUADRI E. <<(dal)la minuziosa disciplina dei comportamenti che l’intermediario è chiamato a tenere in tutte le fasi della sua attività indirizzata alla clientela può riassumersi nella promozione di uno spirito di collaborazione attiva, molto lontano, insomma, da una passiva e formalistica osservanza degli obblighi comportamentali impostigli. Spirito di collaborazione attiva che, a sua volta, si presta ad essere sintetizzato in quel concetto di «assistenza al cliente», la cui prestazione viene sollecitata all’intermediario al fine, in particolare, di evitare che «il cliente sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie» (sez. XI,2)>> in *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in NGCC, 2011, pt.2, cit. p. 97.

²⁶⁷ FALCONE G. esprime lo stesso concetto: <<“adeguato” non deve essere il prodotto; “adeguata” deve essere l’informazione da fornire al cliente affinché egli pervenga a valutare se il prodotto sia altrettanto “adeguato” per lui>> in *Prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, op. cit., cit. p. 647.

pratiche responsabili ma anche di essere “fedele” alla collocazione sistematica della disposizione nel testo normativo.

I chiarimenti adeguati sono disciplinati nell’unico articolo dedicato agli adempimenti precontrattuali di natura informativa e andrebbero, quindi, ricondotti nell’alveo degli obblighi informativi ma con un contenuto diverso e complementare al modulo delle informazioni europee di base. Accogliendo questa interpretazione, andrebbe rivalutata – con i dovuti correttivi – l’opinione di chi, in dottrina, ha riconosciuto ai chiarimenti adeguati la natura di obbligo informativo rafforzato.

In tanto, questa classificazione sarebbe da considerare valida in quanto un valore rafforzato venga attribuito a quelle informazioni che assumono le forme di un’assistenza al consumatore per tutta la durata della fase conoscitiva e decisionale (vedi *supra* § 2.5).

In realtà, le riflessioni condotte fino a questo momento potrebbero suggerire un’ipotesi alternativa in merito alla natura dell’obbligo di cui si tratta. Infatti, non sarebbe insensato ritenere che il dovere di fornire chiarimenti adeguati abbia una natura ibrida, in virtù dei contenuti che tale adempimento assume: talvolta valutabili come delle mere informazioni approfondite e talaltra come delle vere e proprie raccomandazioni.

In fine, appare opportuno fare riferimento a una diversa e più recente direttiva per trarre delle conclusioni in merito alla bontà²⁶⁸ di quest’ultimo orientamento interpretativo. Si tratta della direttiva 2014/17/UE, in materia di credito ai consumatori relativa a beni immobili residenziali, e rappresenta l’esempio tangibile di quell’inversione di tendenza che ha caratterizzato l’attività legislativa degli ultimi anni, cui si è fatto prima riferimento.

Tale direttiva risulta particolarmente significativa per supportare l’argomento di cui si tratta, non solo perché ha in comune lo stesso oggetto della direttiva 2008/48/CE sebbene con specifico riguardo ai contratti di credito ai consumatori garantiti da ipoteca e quelli relativi a beni immobili

²⁶⁸ PAGLIANTINI S. sostiene che <<il disposto dell’art. 124, comma 5, TUB, sui chiarimenti che il finanziatore è tenuto a fornire nei contratti di credito al consumo, non contempla in realtà una regola di condotta funzionalizzata che sia ontologicamente diversa>> in *Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali)*, op. cit., cit. p. 532.

residenziali, ma soprattutto perché è contenuta una disposizione il cui contenuto precettivo è simile all'obbligo di fornire chiarimenti adeguati. Infatti, dopo aver imposto al finanziatore di consegnare il *Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES)*, contenente le informazioni ritenute necessarie per consentire al consumatore di assumere una <<decisione informata²⁶⁹>>, prevede un obbligo di fornire <<spiegazioni adeguate>> (*rectius* assistenza) al consumatore per la selezione del mutuo immobiliare più adatto alle proprie esigenze e situazione finanziaria²⁷⁰.

Lo scopo della norma è specificato nel *considerando* nr. 48 laddove si specifica che i consumatori potrebbero avere bisogno di <<ulteriore assistenza>> e, a questo scopo, i creditori <<dovrebbero assicurare tale assistenza sui prodotti creditizi che offrono al consumatore, spiegando (...) le pertinenti informazioni>>. Sono, inoltre, precisate le modalità secondo cui tali spiegazioni dovrebbero essere fornite.

In particolare, il loro approfondimento deve essere calibrato al grado di conoscenza ed esperienza del consumatore in materia creditizia e alla complessità dei prodotti offerti²⁷¹.

²⁶⁹ Cfr. art. 14 dir. 2014/17/UE: <<Gli Stati membri provvedono affinché il creditore e, se del caso, l'intermediario del credito o il rappresentante designato forniscano al consumatore le informazioni personalizzate necessarie a confrontare i crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto di credito (...)>>.

²⁷⁰ Il dovere di fornire spiegazioni adeguate è disciplinato *ex art.* 16 dir. 2014/17/UE e presenta un contenuto molto simile all'art. 5 par. 6 dir. 2008/48/CE, sebbene dal carattere più approfondito. <<Gli Stati membri provvedono affinché i creditori e, se del caso, gli intermediari del credito o i rappresentanti designati forniscano al consumatore spiegazioni adeguate sui contratti di credito ed eventuali servizi accessori proposti, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria.

2. Le spiegazioni, se del caso, comprendono in particolare: a) le informazioni precontrattuali (...); b) le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti; c) gli effetti specifici che i prodotti proposti possono avere per il consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento da parte del consumatore; e d) quando servizi accessori sono aggregati a un contratto di credito, la precisazione se per ciascuno dei componenti del pacchetto è possibile recedere separatamente e con quali implicazioni per il consumatore.

2. Gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata delle spiegazioni di cui al paragrafo 1 e il soggetto che le fornisce al contesto nel quale il contratto di credito è offerto, al destinatario e alla natura del credito offerto>>.

²⁷¹ Cfr. *considerando* nr.48: <<È possibile che un consumatore abbia bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, nella gamma di prodotti proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. I creditori e, se del caso, gli intermediari del credito dovrebbero assicurare tale assistenza sui prodotti creditizi che offrono al consumatore, spiegando a quest'ultimo le pertinenti informazioni, fra cui in

Questa nuova direttiva non lascia dubbi in merito all'obiettivo che intende perseguire, *i.e.* il prestito responsabile. A questo fine, il legislatore non manca di indicare precisamente quali siano gli obblighi posti a carico dell'intermediario prima della conclusione del contratto.

Con riferimento alle “*spiegazioni adeguate*” nel testo non residuano ambiguità poiché, a più riprese, esse sono definite come uno specifico dovere di assistenza, non un obbligo informativo e nemmeno un obbligo di consulenza. Le spiegazioni adeguate assumono le fattezze di un'informazione-consiglio che hanno l'obiettivo di coadiuvare il consumatore nel processo decisionale e, se del caso, di allertarlo dai possibili pericoli sottesi al contratto prescelto.

§ 2.8 Conclusioni: dal dovere di assistenza all'educazione finanziaria del consumatore. Gli strumenti per un efficace superamento dell'asimmetria informativa

La conclusione cui si è giunti, in merito alla configurazione dei chiarimenti adeguati, impone un'ultima riflessione sulla possibilità di realizzare un intervento ancora più incisivo per garantire un'efficace tutela dei diritti dei consumatori.

In tutti i settori in cui l'oggetto del contratto si caratterizza per l'elevato tecnicismo, si può constatare la presenza di una forte asimmetria informativa fra il professionista e il consumatore. Per questa ragione, risulta particolarmente importante assicurare che la volontà del contraente debole (*i.e.* il consumatore) si formi con piena cognizione di causa, tanto da poter qualificare il consenso consapevole e informato.

particolare le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti in modo personalizzato, affinché egli possa comprenderne i potenziali effetti sulla sua situazione economica. I creditori e, in caso, gli intermediari del credito dovrebbero adattare il modo in cui sono fornite le spiegazioni alle circostanze in cui il credito è offerto e al bisogno di assistenza del consumatore, tenendo conto della sua conoscenza ed esperienza in materia di credito e della natura dei singoli prodotti creditizi offerti. Tali spiegazioni non dovrebbero costituire di per se stesse una raccomandazione personale.

In termini più chiari, è necessario che il contraente non professionale – prima della conclusione del contratto – abbia maturato un grado di conoscenze tali da comprendere i vantaggi e gli svantaggi che quel contratto potrebbe produrre nella propria sfera personale.

In questo contesto si inserisce il dovere di assistenza (*rectius* i chiarimenti adeguati) del professionista, che ha l'obiettivo di guidare e supportare il processo decisionale del consumatore.

Tuttavia è opportuno precisare che tale dovere non rappresenta un mutamento della politica comunitaria per fronteggiare le problematiche legate ai contratti affetti da asimmetria informativa. Il dovere di informazione si contestualizza in relazione alla tipologia di negoziazione *in fieri*, così come è dimostrato dalla disciplina degli obblighi precontrattuali di informazione raccolti nei cd. Principi del diritto comunitario vigente, meglio conosciuti come *Acquis principles*²⁷².

²⁷² Gli *Acquis principles* costituiscono il risultato di un progetto di ricerca che si propone di raccogliere le regole e i principi in materia di diritto comunitario dei contratti, desumibili non solo dalle direttive comunitarie ma anche dalle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di fornire una base comune per l'interpretazione e applicazione delle norme in ciascuno degli Stati membri.

Al tema degli obblighi informativi precontrattuali è dedicata la Sezione 2 e le regole, in essa contenute, sono divise in due categorie: obblighi di condotta e rimedi in caso di violazione. L'aspetto su cui è opportuno soffermarsi è quello relativo agli obblighi comportamentali poiché l'*Acquis group* li divide in tre modelli normativi: art. 2.201 applicabile a tutti i contratti per la fornitura di beni e servizi; art. 2.201 contratti conclusi fra professionisti e consumatori e art. 2.203 contratti conclusi nei confronti di consumatori svantaggiati. La lettura degli articoli sopra indicati consente di comprendere come gli obblighi informativi precontrattuali siano strutturati in base al modello di tutele crescenti. Ai sensi dell'art. 2.201, l'informativa si fonda su gli *standard* di qualità e di *performance*, per cui <<una parte è tenuta a comunicare all'altra parte l'informazione relativa ai beni o ai servizi da fornire che può essere ragionevolmente attesa alla luce dei requisiti di qualità e di prestazione che sarebbero ritenuti normali nelle circostanze>>. Nei casi di contratti conclusi fra il professionista e il consumatore, oltre alle informazioni previste nell'art. 2.201, il professionista è tenuto a fornire <<ogni informazione rilevante di cui il consumatore medio (...) ha bisogno per prendere una decisione informata circa la conclusione del contratto>> e segue la rassegna delle informazioni da comunicare. Infine, per i contratti conclusi in una situazione di <<significativo svantaggio informativo>>, il professionista è tenuto a fornire informazioni chiare <<sulle caratteristiche principali dei beni o dei servizi, il prezzo (...), le imposte e gli altri costi, l'indirizzo e l'identità del professionista (...), le clausole del contratto, i diritti e le obbligazioni delle due parti contraenti, e le eventuali procedure dirette a fornire rimedi>>, viene tuttavia fatta salva l'applicazione di norme specifiche qualora siano previsti <<più specifici obblighi d'informazione>>. Sul tema cfr. SALANITRO U., *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in Eu.DP, 2009, fasc. 1, pp. 59 – 86.

Se il consumatore intende acquistare un bene mobile di consumo, è subito in grado di apprezzare le caratteristiche del prodotto e un'informazione resa effettivamente disponibile favorisce l'assunzione di una decisione consapevole e responsabile del consumatore. Al contrario, quando il consumatore è interessato a prodotti creditizi o di investimento (*credence goods*), le loro qualità sono difficilmente apprezzabili, anche dopo la conclusione del contratto.

In questi casi, l'asimmetria informativa non può essere semplicemente sopperita per mezzo della consegna di un modulo informativo standardizzato, poiché le conoscenze in materia finanziaria e creditizia non rientrano nel bagaglio culturale di un consumatore medio.

Per questo motivo viene introdotto – a seconda dei casi – per via interpretativa o normativa un *quid pluris et alii* che consiste nell'attività di assistenza.

Tuttavia, l'attività di assistenza prestata dal professionista non appare uno strumento sufficiente per colmare le lacune conoscitive²⁷³, considerato il livello di consapevolezza e di auto-responsabilità che il legislatore richiede al consumatore quando accede alle forme del credito al consumo.

Infatti, la direttiva 2008/48/CE richiede al consumatore non solo di acquisire le informazioni necessarie per conoscere le caratteristiche del prodotto, ma anche di sviluppare la capacità di mettere a confronto la pluralità di offerte presenti sul mercato, per essere in grado di scegliere quella più idonea ai bisogni che intende soddisfare e, soprattutto, alla sua situazione patrimoniale.

Allora, sotto questo aspetto, un ruolo importante è ricoperto dall'educazione finanziaria. Lo stesso *considerando* nr. 26 della direttiva 2008/48/CE afferma che <<Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del

²⁷³ NIGRO A., *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza: dalla trasparenza alla "consulenza"?*, in Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?, Torino, 2011, cit. p. 46.

rapporto di credito(...). Tali misure possono includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori>>.

Vi è da aggiungere che la rilevanza dell'educazione²⁷⁴ è pienamente riconosciuta dal legislatore, tanto da annoverarla fra i diritti fondamentali del consumatore. Infatti, l'educazione, insieme a un'*adeguata informazione* e una *corretta pubblicità*²⁷⁵, sono considerati gli strumenti più idonei per ridurre – se non proprio rimuovere – le asimmetrie informative, che sono la causa principale dei fallimenti del mercato.

L'art. 4 cod. cons., rubricato <<*educazione del consumatore*>>, non fornisce indicazioni in merito alle modalità con cui l'educazione deve essere impartita al consumatore. Questa norma si connota per il carattere fortemente programmatico, a scapito di un approccio più pragmatico.

In ogni caso, si può affermare che l'attività educativa del professionista deve mirare a fornire al consumatore gli strumenti necessari per comprendere ed elaborare le informazioni ricevute, in modo tale che una mera elencazione di dati incomprensibili si trasformi in una fonte di conoscenza critica.

Qualche indicazione in più, in merito alle modalità con cui deve essere garantito questo diritto del consumatore, è fornita nella Relazione di accompagnamento al codice del consumo²⁷⁶. Tuttavia, si è cercato di

²⁷⁴ I diritti fondamentali del consumatore sono proclamati nell'art. 2 co. 2 cod. cons.: <<*Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza*>>.

²⁷⁵ Cfr. art. 4 cod. cons.: <<*L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali.*

2. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili>>.

²⁷⁶ <<*Per "educazione del consumatore" si è inteso il processo mediante il quale il consumatore apprende il funzionamento del mercato e la cui finalità consiste nel migliorare la capacità di agire in qualità di acquirente o di consumatore dei beni e dei*

affiancare a queste disposizioni di carattere generale altre più specifiche, che avessero riguardo all'educazione del consumatore per ciascuno dei settori in cui trova applicazione il diritto dei consumatori. A questo proposito, la disciplina del credito al consumo dimostra profili di avanguardia rispetto ad altri settori del diritto dei consumatori. Infatti, la disposizione relativa ai chiarimenti adeguati «può annoverarsi tra i principali indici positivi del diritto all'educazione²⁷⁷».

L'educazione finanziaria fornirebbe ai consumatori – e più in generale agli utenti dei servizi bancari e di investimento – un ulteriore strumento affinché siano in grado di compiere scelte efficienti²⁷⁸, senza farsi ingannare dai comportamenti di operatori scorretti. Inoltre, l'educazione finanziaria dovrebbe insegnare ai consumatori ad agire responsabilmente per essere in grado di fronteggiare gli eventi imprevisti che caratterizzano un mercato intimamente incerto per natura.

In dottrina, non è mancata l'opinione di chi ritenesse che l'educazione finanziaria costituisca la manifestazione di un obbligo di consulenza, richiesto dalla direttiva 2008/48/CE per superare l'asimmetria “cognitiva”, ossia quella difficoltà del consumatore di comprendere il

servizi, che sono giudicati maggiormente idonei allo sviluppo del proprio benessere. Ne è conseguito il tentativo di introdurre espliciti riferimenti all'educazione del consumatore, quale attività o processo informativo o di istruzione che non abbia quale oggetto il bene o il servizio di una specifica impresa o marca, ma la categoria generale alla quale il bene o il servizio appartiene. In tale contesto, il processo educativo non assume in alcun modo finalità promozionale del consumo, ma si limita a evidenziare quali attributi dell'offerta siano da valutarsi per poter inferire le prestazioni del prodotto, e quali attributi, seppure non visibili o non valutabili a priori, siano maggiormente influenti sulle prestazioni. Inoltre, l'educazione, deve permettere al consumatore di conoscere la dinamica temporale e causale con cui i legami fra attributi e prestazioni siano soliti manifestarsi. Pertanto, il richiamo all'educazione del consumatore è volto all'esemplificazione delle caratteristiche tecniche che rendono percepibili e misurabili i diversi attributi dei prodotti, nonché i loro effetti nel tempo. A questo obiettivo si affianca il fine di limitare le più frequenti distorsioni percettive di cui i consumatori soffrono in fase di raccolta, elaborazione e valutazione delle informazioni relative alle diverse categorie di beni e servizi da acquistare».

²⁷⁷ CATRICALÀ A. e PIGNALOSA M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, cit. p. 39. Gli autori proseguono, commentando la disposizione di cui all'art. 124 co. 5 TUB: «nell'affiancare all'attività informativa quella educativa il legislatore mostra chiaramente di essere consapevole di come l'informazione da sola possa rivelarsi incapace di formare un consenso informato, specie in un mercato particolarmente insidioso come quello del credito».

²⁷⁸ «La affermata necessità della educazione pare essere la controprova della fallacia della “teoria delle scelte razionali”, ove riferita al consumatore» in FALCONE G., *Prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, op. cit., cit. p. 649.

contenuto delle informazioni. Il suo fondamento normativo si troverebbe nel <<*dovere di fornire assistenza al consumatore*>> previsto nel *considerando* nr. 27 ed essa fungerebbe da complemento al *set* informativo che deve essere fornito *ex lege*, il cui obiettivo sarebbe quello di appianare l'asimmetria informativa²⁷⁹.

Tale posizione può essere considerata valida soltanto nella misura in cui si accolga la funzione dell'educazione di colmare l'asimmetria cognitiva del consumatore ma senza sconfinare nell'idea che essa costituisca un obbligo di consulenza o la forma esclusiva di assistenza al consumatore. Infatti, è bene ribadire che l'educazione del consumatore deve essere valutata come un'attività integrativa del dovere di assistenza al momento della contrattazione.

Né l'una né l'altra attività, prese singolarmente, sarebbero in grado di trasmettere al consumatore le conoscenze necessarie e sufficienti per maneggiare i dati e le informazioni complesse, legate a strumenti creditizi o di investimento²⁸⁰. Dunque, è necessario che le iniziative di educazione finanziaria – per lo più realizzate dalle pubbliche autorità – si affianchino all'educazione personalizzata (*rectius* assistenza) nella relazione fra professionista e consumatore.

²⁷⁹ Cfr. FALCONE G., *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, *ibidem*.

CAPITOLO TERZO

I profili rimediali nelle ipotesi di violazione del dovere precontrattuale di fornire assistenza al consumatore

§ 3.1 Profili introduttivi. Da una ricostruzione incerta del contenuto dei chiarimenti adeguati al totale vuoto normativo in tema di profili rimediali – § 3.2 Il problema dell'adeguatezza delle sanzioni: la lettura fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea – § 3.2.1 (Segue) La portata applicativa dalla sentenza C-565/12 – § 3.3 L'interazione fra diritto interno e diritto privato europeo: rimedi per i contratti conclusi dal consumatore – § 3.4 I rimedi invalidanti – § 3.4.1 (Segue) L'ipotesi di invalidità del contratto di credito ai consumatori – § 3.5 Il rimedio risarcitorio – § 3.5.1 La responsabilità precontrattuale – § 3.6 La responsabilità del finanziatore in caso di inadempimento del dovere di assistenza – § 3.6.1 Cenni sull'onere della prova – § 3.7 Cenni conclusivi sugli strumenti di tutela predisposti dal codice del consumo

§ 3.1 Introduzione. Le conseguenze per il professionista a seguito della concessione irresponsabile del credito

Una trattazione completa sul tema della concessione responsabile del credito impone di affiancare alla disciplina positiva degli obblighi precontrattuali quella delle conseguenze, a carico del professionista, per l'inosservanza degli adempimenti previsti dalla legge.

La direttiva 2008/48/CE non si propone di disciplinare in maniera completa ed esaustiva la materia dei contratti di credito ai consumatori, bensì si presta ad armonizzare soltanto <<*taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri*²⁸¹>>. In verità, dall'attento esame di questa direttiva emerge che la sua parziale

²⁸¹ Cfr. art. 1 dir. 2008/48/CE: <<*La presente direttiva ha per obiettivo l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti di credito ai consumatori*>>.

regolamentazione non è dovuta soltanto a una precisa scelta di politica legislativa ma costituisce anche il risultato di una disciplina lacunosa e, dunque, bisognosa di integrazioni, affinché sia ricostruito compiutamente il complesso di regole giuridiche.

A fronte di un'articolata serie di adempimenti, previsti a carico del professionista, la direttiva 2008/48/CE dedica un unico articolo (*i.e.* art. 23) al tema delle sanzioni, da intendere come <<misura afflittiva in senso lato, predisposta dall'ordinamento giuridico>>²⁸² per la violazione di un precetto normativo. Il presente articolo lascia alla discrezionalità degli Stati membri la regolazione dell'apparato rimediale, seppure nel rispetto dei principi di efficacia, proporzionalità e dissuasione per garantire un'effettiva protezione del contraente debole²⁸³.

La facoltà attribuita agli Stati membri di disciplinare i rimedi per la violazione delle disposizioni comunitarie – conformemente ai principi del proprio ordinamento – richiede di spostare l'attenzione sul quadro normativo italiano e sulle soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza in merito alle violazioni degli obblighi precontrattuali.

Interessa precisare che già nella regolamentazione più risalente del credito al consumo, la normativa in tema di profili rimediali era mal formulata. Si prevedeva, infatti, che il contratto dovesse presentare un contenuto inderogabile da implementare con altre informazioni, nei casi di contratti di credito concernenti l'acquisto di determinati beni e servizi. Soltanto per questa seconda categoria di contratti, la legge disciplinava espressamente la nullità relativa, nel caso in cui il contratto fosse stato privo delle informazioni aggiuntive.

²⁸² Cfr. voce "sanzione" in Enciclopedia Treccani.

²⁸³ Cfr. art. 23 dir. 2008/48/CE: <<Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive>>. Si esprime negli stessi termini il *considerando* nr. 47, relativo a questa disposizione: <<Gli Stati membri dovrebbero stabilire norme sulle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni interne adottate a norma della presente direttiva ed assicurarne l'attuazione. Benché la scelta delle sanzioni sia lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, le sanzioni previste dovrebbero essere effettive, proporzionate e dissuasive>>.

Dal tenore della norma, la dottrina era concorde nell'affermare che dovesse ricostruirsi la nullità dell'intero contratto, qualora avesse presentato un vizio a seguito della modifica del contenuto non disponibile dalle parti. Diversamente argomentando, sarebbe stato irragionevole prevedere che la violazione del contenuto eventuale venisse punita più severamente di disposizioni generali e imperative²⁸⁴.

La problematica legata alla disciplina dei rimedi non è stata risolta dal d.lgs. 141/2010, che ha recepito la nuova direttiva sul credito ai consumatori, poiché l'apparato rimediale è rimasto pressoché invariato, salvo qualche precisazione. Alle puntuali disposizioni che sanzionano i vizi che colpiscono la fase redazionale del contratto²⁸⁵, il legislatore ha riserbato un <<clamoroso silenzio>>²⁸⁶ in merito alle sanzioni che conseguono alla violazione degli obblighi precontrattuali.

Una simile schizofrenia del sistema è difficile da comprendere, considerata l'importanza che i doveri di comportamento del finanziatore rivestono nella fase precontrattuale per la garanzia di un elevato livello di protezione del consumatore e, di riflesso, del mercato.

Gli obblighi di *disclosure* e *responsible lending* sono finalizzati alla consapevole assunzione del credito e le eventuali anomalie, che dovessero colpirli, mirerebbero proprio al cuore della nuova regolamentazione del credito ai consumatori. La predisposizione di un efficace apparato sanzionatorio avrebbe, non solo, contribuito a rimuovere gli effetti negativi

²⁸⁴ Cfr. MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

²⁸⁵ A questo proposito può essere utile riportare il contenuto dell'art.125-bis TUB, che prevede l'applicazione del rimedio invalidatorio nelle ipotesi in cui il contratto sia privo delle informazioni ritenute essenziali o quando la clausola relativa ai costi a carico del consumatore sia diversa rispetto a quanto preventivamente indicato nelle informazioni precontrattuali. In un caso, è disposta la nullità assoluta del contratto e nell'altro, la nullità relativa della clausola con sostituzione automatica. Cfr art. 125-bis co.6 ss. TUB: <<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. (...)

8. Il contratto è nullo se non contiene le informazioni essenziali ai sensi del comma 1 su: a) il tipo di contratto; b) le parti del contratto; c) l'importo totale del finanziamento e le condizioni di prelievo e di rimborso>>.

²⁸⁶ AZADI G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in GI, 2015, fasc. 2, cit. p. 291.

che derivano dall'inosservanza dei doveri precontrattuali ma, con ogni probabilità, avrebbero svolto una funzione disincentivante delle intenzioni fraudolente del finanziatore.

Questo silenzio, serbato in punto di rimedi, deve essere interpretato non tanto come una colpevole mancanza del legislatore quanto, piuttosto, come sintomo del fenomeno della “crisi della fattispecie”.

La fattispecie costituisce un enunciato condizionale, nel quale alla rappresentazione di un fatto (protasi) segue la previsione di un dato effetto (apodosi)²⁸⁷. La cultura giuridica italiana ha sempre fondato la costruzione astratta delle norme e la ricerca delle soluzioni applicative del caso concreto sulla logica della fattispecie²⁸⁸.

Tuttavia, in tempi recenti, si guarda a questa logica della fattispecie come un <<concetto morente²⁸⁹>> poiché le decisioni giudiziarie si spostano sempre di più “sopra” la legge, ossia si muove dalle leggi ordinarie verso fonti di rango superiore. Ciò ha ripercussioni sulle forme di ragionamento dei giudici che da mera operazione matematica²⁹⁰ diviene applicazione discrezionale di principi e valori sanciti da norme costituzionali e comunitarie.

Tali norme, infatti, enunciano principi generali e, di conseguenza, non sono sussumibili in una specifica fattispecie poiché possono essere invocati e pretesi in qualsiasi ambito. Per fare un esempio, il valore della solidarietà – enunciato nell’art. 2 Cost. – attribuisce al giudice il generale potere di riequilibrare il rapporto fra le prestazioni economiche, senza

²⁸⁷ Secondo le parole di BETTI E., la fattispecie è un <<(…) precetto ipotetico, ossia condizionato, il quale consta di una previsione (condizione) e di una corrispondente disposizione o statuizione. In essa, vale a dire: a) si prevede in astratto e in generale una data ipotesi di fatto o fattispecie; b) si dispone un correlativo trattamento giuridico: si statuisce, cioè, che ogni volta si verifichi tale fattispecie, debba aver luogo un corrispondente determinato effetto>> in *Diritto romano*, I, Padova 1935, cit. p. 4.

²⁸⁸ Cfr. ORLANDO S., *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto vuoto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, fasc. 4, pp. 1033 – 1064.

²⁸⁹ IRTIN., *La crisi della fattispecie*, in Riv. dir. proc., 2014, fasc. 1, cit. p. 41.

²⁹⁰ Le norme ordinarie sono costruite su fattispecie e dunque il compito del giudice consiste nell’individuare correttamente la fattispecie astratta, in cui sussumere il caso concreto da decidere, e applicare le conseguenze previste dalla legge.

riscontrare limitazioni nella specifica disciplina che inerisce un dato rapporto²⁹¹.

Dunque, l'evento concreto non viene più raffrontato a un modello tipico astratto per applicarne la relativa regola ma viene valutato sulla base dei valori dell'ordinamento e reso un'occasione per la loro realizzazione.

In verità, il legislatore italiano ha predisposto una sanzione per la violazione dei doveri di comportamento del finanziatore ed è irrogata dalla Banca d'Italia nell'esercizio del potere di vigilanza.

Come si avrà modo di riscontrare, queste sanzioni hanno carattere pubblicistico e sono volte a garantire la sana e prudente gestione dell'organizzazione bancaria. Non possono, dunque, costituire la soluzione esclusiva per contrastare l'inosservanza dei precetti finalizzati alla concessione responsabile del credito.

Infatti, il carattere anfibologico delle disposizioni contenute nella direttiva 2008/48/CE richiede di coordinare l'esigenza di un mercato concorrenziale efficiente con la garanzia di un elevato livello di protezione dei consumatori²⁹².

In mancanza di specifiche disposizioni di legge, l'attenzione dell'interprete deve focalizzarsi sul rapporto "personale" che si instaura fra il professionista e il consumatore, al fine di valutare la possibilità di attivare rimedi di carattere civilistico. Nel diritto dei contratti, i rimedi prospettabili sono molteplici ma la dottrina e la giurisprudenza sembrano propendere per la tutela risarcitoria quale strumento più idoneo.

²⁹¹ ORLANDO S. descrive questo fenomeno con il termine di "super-costituzionalizzazione" del diritto privato per individuare la diffusione di principi di matrice comunitaria nel diritto privato. "Super-costituzionalizzazione" perché si innesta sul un altro fenomeno <<da noi già noto sotto il nome di "costituzionalizzazione" del diritto privato, che ha permesso da tempo al giurista italiano di riconoscere l'efficienza precettiva delle norme-principio>> in *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto vuoto*, op. cit., cit. p. 1034.

²⁹² AZADI G.: <<Nell'equilibrio tra tutela dei privati ed istanze di vigilanza prudenziale, l'interesse individuale del consumatore al corretto adempimento degli obblighi precontrattuali gravanti sui finanziatori ha, tuttavia, trovato considerazione marginale sul piano interno, assumendo carattere recessivo, o quanto meno secondario, rispetto alle esigenze di regolamentazione del mercato e di tutela della concorrenza>> in *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, op. cit., cit. p. 288.

In fine – data la particolare regolamentazione di settore in cui si inserisce la categoria del credito ai consumatori – si prospettano anche altre soluzioni da affiancare ai tradizionali sanzioni civilistiche.

Il riferimento è al codice del consumo che appresta alcuni strumenti, come la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e l'azione di classe, per la tutela collettiva degli interessi dei consumatori contro la posizione giuridica forte dei professionisti.

§ 3.2 Il problema dell'adeguatezza delle sanzioni: la lettura fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Prima di analizzare l'apparato rimediabile predisposto nell'ordinamento italiano, sembra opportuno richiamare l'attenzione su una recente sentenza (C-565/12) della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, per la prima volta, si è pronunciata in merito all'adeguatezza del sistema sanzionatorio predisposto in conseguenza della violazione delle regole sul prestito responsabile. Tale pronuncia riveste un'importanza particolare poiché, nel rispondere alla domanda pregiudiziale presentata da un tribunale francese, fornisce alcune linee guida utili affinché la medesima valutazione possa essere effettuata da qualunque Stato membro. Si procede, dunque, all'analisi della vicenda giudiziaria per poi esaltare la portata applicativa dei precetti in essa contenuti.

A seguito dell'adozione della normativa comunitaria, la Francia ha modificato la disciplina sul credito ai consumatori, introducendo nel codice del consumo gli articoli L.311-8 e L.311-9 che impongono al professionista rispettivamente l'obbligo di fornire al consumatore le spiegazioni a lui necessarie per valutare l'adeguatezza del contratto proposto alle proprie esigenze e situazione finanziaria e l'obbligo di verificare la solvibilità dello stesso²⁹³. Inoltre, tali previsioni sono completate dall'art. L.311-48 co.2²⁹⁴

²⁹³ L. 311-8 *code de la consommation*: <<Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé

che dispone la decadenza, *in toto* o in una misura fissata dal giudice, dal diritto di percepire gli interessi convenzionalmente pattuiti, qualora il professionista non adempia agli obblighi precontrattuali sopra menzionati.

Il *tribunal d'instance d'Orléans*, chiamato a decidere una controversia fra un istituto di credito e un consumatore, cui è stato concesso un credito personale, dichiara l'applicabilità della sanzione *ex art. L.311-48 co.2* a fronte dell'impossibilità per l'istituto di dimostrare di aver correttamente adempiuto all'obbligo precontrattuale di verifica della solvibilità del cliente. Inoltre, osserva che la misura stabilita dall'*art. L.311-48 co.2* potrebbe, in astratto, rivelarsi poco proporzionata, non sempre effettiva e non dissuasiva. Infatti, conformemente alla giurisprudenza nazionale, il finanziatore inadempiente perde gli interessi convenzionali ma conserva il diritto a percepire quelli legali che, a norma del *code monétaire et Fianciér*, subiscono una maggiorazione automatica di cinque punti, nelle ipotesi in cui siano trascorsi due mesi dalla messa in mora o da altro atto equivalente, senza che il debitore abbia proceduto al pagamento dell'indebitto. Dunque la sanzione per l'inadempimento degli obblighi precontrattuali è suscettibile di produrre – nel caso di specie e in tutte le ipotesi in cui la pretesa creditoria è immediatamente esigibile – un effetto vantaggioso per il professionista, ogniquale volta il tasso legale esigibile sia più elevato rispetto a quello a cui avrebbe avuto diritto se avesse correttamente adempiuto ai suoi obblighi.

est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur(...)>>.

L. 311-9 code de la consommation: <<Avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur. Le prêteur consulte le fichier prévu à l'article L. 333-4, dans les conditions prévues par l'arrêté mentionné à l'article L. 333-5>>.

²⁹⁴ *L. 311-48 co.2 code de la consommation: <<Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. La même peine est applicable au prêteur qui n'a pas respecté les obligations fixées à l'article L. 311-21 et aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 311-44 ou lorsque les modalités d'utilisation du crédit fixées au premier alinéa de l'article L. 311-17 et au premier alinéa de l'article L. 311-17-1 n'ont pas été respectées>>.*

Per questa ragione viene presentato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ponendo la questione se l'esigenza di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive – richieste dalla direttiva – ostino all'esistenza di norme che consentano al finanziatore, sanzionato con la decadenza dagli interessi convenzionali per violazione degli obblighi precontrattuali, di beneficiare degli interessi legali maggiorati di cinque punti sulle somme ancora dovute dal consumatore.

La Corte, prima di rispondere all'interrogativo presentato dal tribunale francese, coglie l'occasione per mettere in luce l'obiettivo che gli obblighi precontrattuali perseguono, ossia la tutela dei consumatori contro forme di <<concessione irresponsabile²⁹⁵>> del credito che accentuano il rischio di sovraindebitamento delle famiglie. Al di là delle specifiche scelte di politica legislativa effettuate da ciascuno Stato, gli ordinamenti nazionali devono corredare tale obblighi con un sistema sanzionatorio efficace, proporzionato e dissuasivo, affinché venga garantita la tutela effettiva del consumatore. In questo contesto, dunque, la scelta deve essere fondata sul principio di leale cooperazione, che impone di predisporre un apparato sanzionatorio per le violazioni del diritto dell'Unione che abbia il medesimo rigore di quello previsto per le violazioni del diritto nazionale.

Fatte queste precisazioni, la Corte si sofferma sul carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo della sanzione prevista dal *code de la consommation* per disincentivare pratiche irresponsabili da parte dei finanziatori.

I giudici ritengono che il carattere effettivo e dissuasivo venga garantito poiché il costo economico legato alla decadenza degli interessi convenzionali è decisamente più elevato rispetto a quello che il

²⁹⁵ Cit. par. 43 C-565/12 : <<Alla luce di un siffatto obiettivo, volto a garantire una tutela effettiva dei consumatori contro la concessione irresponsabile di contratti di credito che eccedono le loro capacità finanziarie e possono comportare la loro insolvenza, l'articolo 23 della direttiva 2008/48 prevede, da un lato, che il regime di sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali in materia di verifica precontrattuale della solvibilità del debitore, adottate a norma dell'articolo 8 di tale direttiva, sia definito in modo tale che le sanzioni siano efficaci, proporzionate nonché dissuasive e, dall'altro, che gli Stati membri adottino tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Dal considerando 47 della medesima direttiva emerge inoltre che, entro tali limiti, la scelta del suddetto regime di sanzioni viene lasciato alla discrezionalità degli Stati membri>>.

professionista dovrebbe sostenere per adempiere ai suoi obblighi precontrattuali²⁹⁶. Tuttavia, la Corte rimette al giudice del rinvio la competenza a valutare in concreto il carattere dissuasivo della sanzione, in considerazione della sua interazione con il diritto del professionista a percepire gli interessi legali. A questo fine, per agevolare l'attività di valutazione del giudice nazionale, viene statuito che la sanzione perde il suo carattere dissuasivo qualora venga accertato che, a seguito del beneficio degli interessi legali, gli importi che il professionista potrebbe effettivamente riscuotere <<*non sono notevolmente inferiori*²⁹⁷>> a quelli che avrebbe potuto percepire se avesse correttamente adempiuto ai suoi obblighi. Da ciò ne consegue che, al verificarsi di questa ipotesi, il giudice nazionale ha dovere di prendere in considerazione tutte le norme del proprio ordinamento e interpretarle alla luce dell'art.23 dir. 2008/48/CE e delle finalità che ispirano la disciplina del credito ai consumatori²⁹⁸.

²⁹⁶ Cfr. par. 49 C-565/12: <<*Per contro, la Commissione sostiene che, in casi come quello ricorrente nel procedimento principale, in cui il creditore esige il rimborso immediato del prestito in seguito al mancato pagamento del debitore, il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione sembra garantito. Infatti, i costi legati alla consultazione, nell'ambito della verifica della solvibilità del debitore, delle banche dati previste a tale fine, sarebbero relativamente limitati, mentre la sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali comporterebbe un rischio con un costo economico potenzialmente elevato. Inoltre, sebbene, certamente, il creditore non diligente possa comunque reclamare gli interessi legali, eventualmente maggiorati di cinque punti, rimarrebbe nondimeno il fatto che, contrariamente al creditore che abbia ottemperato all'obbligo di verifica precontrattuale della solvibilità del debitore, la base sulla quale tali interessi sono applicati non include né gli interessi convenzionali né gli interessi legali dovuti su di essi*>>.

²⁹⁷ Cit. par. 52 C-565/12: <<*Inoltre, tenuto conto dell'importanza, rilevata al punto 43 della presente sentenza, dell'obiettivo di tutela dei consumatori inerente all'obbligo di verifica, da parte del creditore, della solvibilità del debitore, la sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali, in via più generale, non può essere considerata realmente dissuasiva qualora il giudice del rinvio dovesse accertare, in esito al raffronto di cui al punto 50 della presente sentenza e alla luce di tutte le circostanze rilevanti indicate in tale punto, che, in un caso come quello sottopostogli nella presente fattispecie, che implica l'immediata esigibilità del capitale del prestito ancora dovuto a causa dell'inadempimento del debitore, gli importi che possono essere riscossi dal creditore in seguito all'applicazione di tale sanzione non sono notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato a un siffatto obbligo*>>.

²⁹⁸ Cfr. par. 54 C-565/12: <<*Nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio accertasse che la sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali non presenta un carattere realmente dissuasivo ai sensi dell'articolo 23 della direttiva 2008/48, occorre ricordare a tal riguardo che un giudice nazionale, investito di una controversia che vede contrapposti esclusivamente soggetti privati, in sede di applicazione delle disposizioni del diritto interno è tenuto a prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo nonché della finalità della direttiva*>>.

§ 3.2.1 (Segue) La portata applicativa dalla sentenza C-565/12

Come accennato nell'*incipit*, la presente pronuncia ha una rilevanza particolare in tema di profili rimediali poiché, nonostante nel caso di specie la sanzione sia irrogata per l'inadempimento della verifica del merito creditizio, le riflessioni della Corte di Giustizia sono suscettibili di un'applicazione che trascende questo specifico profilo e dunque generalizzata al complesso di obblighi precontrattuali, predisposti dalla direttiva 2008/48/CE, per promuovere pratiche responsabili per la concessione del credito.

In primo luogo, la sentenza ha il merito di chiarire la *ratio* della direttiva che è spesso confusa con la tutela macroeconomica del mercato, riportando al centro del sistema la tutela del consumatore insieme al principio del prestito responsabile. Infatti, tanto la verifica del merito creditizio quanto l'obbligo di fornire chiarimenti adeguati sono finalizzati a tutelare, in via diretta, l'interesse del consumatore a non vincolarsi a contratti che eccedano la sue capacità patrimoniali e, in via mediata, l'efficienza del mercato del credito, garantendo una corretta allocazione delle risorse finanziarie. Dunque, il complesso di obblighi precontrattuali posti a carico del finanziatore importano un dovere di protezione di quest'ultimo nei confronti del consumatore, affetto da un'ontologica debolezza. Un simile "dispiegamento di forze", a favore dell'effettiva protezione del consumatore, non può rimanere sprovvisto di un adeguato apparato rimediale che lo tuteli anche quando la relazione con il professionista assuma una connotazione patologica.

Su questo argomento, la sentenza C-565/12 offre altri spunti di riflessione. Fermo restando la discrezionalità attribuita agli Stati membri nella determinazione dei profili rimediali, la Corte di Giustizia lascia

applicabile in materia per ottenere una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito (v., in particolare, sentenza del 27 febbraio 2014, OSA, C-351/12, punto 44)>>.

intendere che si tratti di una discrezionalità vincolata poiché deve essere rispettosa dei canoni stabiliti nell'art.23 dir. 2008/48/CE e del più generale principio di leale cooperazione²⁹⁹.

Di certo, la regola dell'importo "notevolmente inferiore", per valutare la conformità del sistema sanzionatorio ai principi sopracitati, non costituisce un canone interpretativo generale e astratto ma è applicabile soltanto dagli ordinamenti che, come quello francese, individuano nella decadenza dagli interessi la sanzione per i finanziatori inadempienti. Tuttavia, essa potrebbe rappresentare per gli altri Stati membri un valido esempio per guidare, insieme alla precisazione della *ratio* della direttiva, l'attività legislativa nazionale ma soprattutto quella ermeneutica dei giudici³⁰⁰.

In questo contesto si badi che il ruolo rivestito dal potere giudiziario non è marginale poiché, laddove il legislatore non ha provveduto a disciplinare un apparato sanzionatorio oppure esso risulta manifestamente inadeguato, i giudici svolgono un'attività conformante del diritto. Al verificarsi di queste ipotesi, il giudice è comunque tenuto a risolvere la controversia insorta fra le parti e ciò è possibile soltanto tramite lo strumento della cd. interpretazione conforme o *more comunitario*³⁰¹. Tale criterio ermeneutico importa un'interpretazione del diritto interno secondo la lettera e lo scopo della direttiva di riferimento, consentendo alla normativa comunitaria di spiegare piena efficacia anche a fronte dell'inerzia del legislatore nazionale.

Fatte queste precisazioni di portata generale, è possibile procedere, con approccio critico, all'analisi del sistema sanzionatorio predisposto dall'ordinamento italiano.

²⁹⁹ Principio enunciato più volte dalla giurisprudenza comunitaria e, adesso, sancito anche nell'art.4, par.3, TUE.

³⁰⁰ AZADI G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, op. cit..

³⁰¹ Cfr. RUMI T., *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in IC, 2014, fasc. 10, pp. 873 – 887.

§ 3.3 L'apparato rimediale predisposto dall'ordinamento italiano: le misure sanzionatorie e inibitorie

Il tema che ci si appresta a trattare risulta essere alquanto delicato nel panorama italiano, poiché il legislatore ha discrezionalmente ommesso di predisporre un completo apparato sanzionatorio per porre rimedio all'inosservanza dei precetti per la concessione responsabile del prestito.

Le uniche forme sanzionatorie che si rinvencono nel TUB si riconducono all'esercizio del potere di vigilanza attribuito alla Banca d'Italia.

Fra le Autorità creditizie la Banca d'Italia ricopre, senza dubbio, il ruolo di maggior rilievo nel sistema di controllo pubblico sulle banche. Numerosi poteri sono attribuiti a questa Autorità e, in questo contesto, occorre soffermarsi su quello sanzionatorio³⁰².

Gli obiettivi dell'attività di vigilanza si rinvencono, tradizionalmente, nella garanzia di sana e prudente gestione degli intermediari e di efficienza e competitività del sistema finanziario³⁰³. Tuttavia l'art.127 co. 1 TUB aggiunge a questi anche la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela³⁰⁴. Tale modifica, apportata dal d.lgs. 141/2010³⁰⁵, sembra superare un acclarato

³⁰² Nel corso della trattazione si è avuto modo di confrontarsi anche con il potere regolamentare della Banca d'Italia che, come la parola stessa suggerisce, le attribuisce il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi il valore di fonte secondaria nel nostro ordinamento. Nel Capitolo 1 si è avuto modo di constatare che gran parte della disciplina bancaria – e quindi anche del credito ai consumatori – è demandata al potere regolamentare del CICR e della Banca d'Italia. Non a caso, più volte si è fatto riferimento al provvedimento in materia di “*trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*” e “*correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*” per completare e comprendere la portata precettiva degli obblighi informativi di cui all'art.124 TUB e, in particolar modo, dei chiarimenti adeguati.

³⁰³ Cfr. art. 5 TUB.

³⁰⁴ <<È ben vero che la trasparenza delle condizioni contrattuali è normalmente funzionale alla sana e prudente gestione degli intermediari e all'efficienza e competitività del sistema finanziario, già contemplati come criteri che guidano l'attività di vigilanza, ma non è privo di rilievo sistematico il fatto che la trasparenza diventi un bene in sé, perseguito dalle autorità creditizie indipendentemente dalla sua funzionalità nei confronti degli altri obiettivi di vigilanza. Lo stesso deve dirsi della «correttezza dei rapporti» con i clienti>> COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, quinta edizione, 2012, cit. pp. 736 – 737.

³⁰⁵ Sul punto anche Cap. 1 § 1.2.3.

limite della disposizione generale che mancava di menzionare la tutela della clientela fra gli obiettivi dell'azione di vigilanza³⁰⁶.

In merito ai poteri esercitati dalla Banca d'Italia, la legge delega 88/2009 – per l'intervento di recepimento della direttiva sul credito ai consumatori – ha richiesto al Governo di <<rafforzare ed estendere³⁰⁷>> le misure inibitorie e le sanzioni amministrative previste nel TUB per contrastare efficacemente le violazioni delle disposizioni contenute nel Titolo VI, relative alla trasparenza bancaria. L'Esecutivo, dunque, ha provveduto ad innalzare di ben cinque volte il valore delle sanzioni amministrative pecuniarie previste nell'art.144 co.3 TUB per l'inosservanza di alcune disposizioni contenute nel Titolo VI, fra cui rientrano anche gli obblighi informativi in materia di contratti di credito ai consumatori (art.124 TUB). Tuttavia, è particolarmente interessante il cambiamento apportato dal d.lgs.141/2010 alla logica sanzionatoria da sempre seguita dalla Banca d'Italia.

La norma cardine è l'art. 128-ter TUB³⁰⁸ che attribuisce all'Autorità ampi poteri di natura inibitoria, da esercitare a fronte dell'emersione di

³⁰⁶ Cfr. URBANI A., *La vigilanza sui soggetti esercenti il credito ai consumatori*, in BBTC, 2012, fasc. 4, pt. 1, pp. 442 – 459.

³⁰⁷ Cfr. art.33 co.1 lett. b) lg. 88/2009, cd. comunitaria 2008 : << Nella predisposizione dei decreti legislativi per l'attuazione della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, che provvederanno ad apportare al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le necessarie modifiche e integrazioni, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, anche i seguenti principi e criteri direttivi: (...); b) rafforzare ed estendere i poteri amministrativi inibitori e l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dal testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 per contrastare le violazioni delle disposizioni del titolo VI di tale testo unico, 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. (...)>>.

³⁰⁸ L'art. 128-ter TUB fornisce un elenco delle misure che la Banca d'Italia può adottare nell'esercizio del potere di vigilanza quando riscontra delle irregolarità. Vi rientrano: a) il divieto di continuare l'esercizio dell'attività, anche in singole aree o sedi secondarie; b) l'ordine di restituzione delle somme indebitamente percepite; c) il divieto di offerta, promozione o conclusione dei contratti rientranti nella disciplina del Titolo VI; d) l'ordine provvisorio di sospendere, per un periodo non superiore a novanta giorni, le attività di cui alle lettere a) e b), laddove sussista particolare urgenza; e) l'ordine di pubblicare i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia.

irregolarità relative alla trasparenza e la correttezza dei rapporti con la clientela³⁰⁹.

A ben vedere, le misure elencate in questo articolo non sono tutte di natura inibitorie in senso proprio, come la preclusione dell'ulteriore esercizio dell'attività creditizia o della promozione di specifiche offerte e la sospensione in via provvisoria delle medesime attività. Fra queste, infatti, sono annoverate anche la pubblicazione del provvedimento dell'Autorità e la restituzione delle somme indebitamente percepite.

La funzione delle misure inibitorie è quella di sollecitare gli adempimenti in materia di trasparenza bancaria e solo in un secondo momento, qualora si siano dimostrate inefficaci a fare cessare la condotta illecita del professionista, la Banca d'Italia irroga le sanzioni amministrative pecuniarie *ex art. 144 co. 3 TUB*³¹⁰.

Senza dubbio, le misure inibitorie e le sanzioni amministrative pecuniarie possono essere considerate quali rimedi (dissuasivi e punitivi) per la violazione della nuova disciplina introdotta con la direttiva 2008/48/CE. Tuttavia, se da una parte esse hanno il pregio di estendere e rafforzare la supervisione pubblica delle banche (*rectius* la vigilanza) anche per l'erogazione di forme di credito al consumo, dall'altra si dimostrano insufficienti a garantire una tutela effettiva dei consumatori. La ragione risiede nella natura pubblicistica del potere di vigilanza attribuito alle Autorità creditizie, che è finalizzato a tutelare l'interesse generale del mercato, tramite il monitoraggio e il controllo del corretto funzionamento delle banche. Non a caso, le irregolarità che tali misure mirano a sanzionare non sono le violazioni poste in essere dal professionista nella relazione contrattuale con il singolo cliente, bensì l'inadeguatezza della struttura

³⁰⁹ Le misure inibitorie sono sempre precedute da un'attività di controllo per verificare il rispetto delle disposizioni del Titolo VI (la cd. vigilanza cd. informativa e ispettiva). Ai sensi dell'art.128 TUB: <<Al fine di verificare il rispetto delle disposizioni del presente titolo, la Banca d'Italia può acquisire informazioni, atti e documenti ed eseguire ispezioni presso le banche, gli istituti di moneta elettronica, gli istituti di pagamento e gli intermediari finanziari (...)>>.

³¹⁰ L'art. 144 co. 3 TUB prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria a carico dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti che varia da 5.160 € a 64.555 €.

organizzativa dell'impresa bancaria a garantire un'efficiente ed efficace adempimento gli obblighi informativi, previsti dall'art. 124 TUB.

Infatti, si è avuto modo di approfondire che il Provvedimento sulla trasparenza si occupa di disciplinare gli “aspetti operativi” del dovere di assistenza del finanziatore, ossia le strutture interne e organizzative di cui l'impresa creditizia si deve dotare per garantire al consumatore un agevole e sollecito servizio di assistenza³¹¹.

Ne consegue che le sanzioni amministrative³¹² tutelano il consumatore in modo indiretto e mediato poiché volte a presidiare la sana e prudente gestione degli intermediari, che soltanto di riflesso produce effetti positivi in termini di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela.

La vocazione consumerista della direttiva 2008/48/CE – sottolineata anche dalla Corte di Giustizia – rende evidente l'inidoneità delle sole norme di vigilanza a soddisfare gli obiettivi di effettiva protezione del consumatore poiché il rispetto delle norme sul piano organizzativo non implica, in automatico, una correttezza del rapporto contrattuale³¹³.

Inoltre, risulta totalmente sprovvisto della sanzione pubblicistica la violazione dell'art. 124-*bis* TUB che impone al finanziatore di valutare la solvibilità del consumatore. Non si tratta di una mancanza di poco conto, considerando che il dovere di assistenza e di verifica del merito creditizio procedono di pari passo poiché l'informazione personalizzata al consumatore non può prescindere da una effettiva conoscenza di

³¹¹ Sul punto vedi *ex multis* § 2.3.

³¹² Le sanzioni amministrative hanno carattere eminentemente afflittivo, irrogate nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza immediata e diretta di un comportamento anti-giuridico, ossia della violazione di una norma o provvedimento amministrativo. <<La sanzione costituisce dunque la misura retributiva (inflizione di un male ritenuto maggiore rispetto al beneficio che dalla violazione possa derivare) nei confronti del trasgressore o, comunque, del responsabile>> CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, quattordicesima edizione, cit. pp. 372 – 373.

³¹³ AZADI G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, op. cit..

quest'ultimo, che è veicolata proprio dall'adempimento prescritto dal'art.124-*bis* TUB³¹⁴.

Se ne conclude che il sistema sanzionatorio di carattere pubblicistico non costituisce una soluzione valida per riparare al danno che il consumatore possa aver in concreto subito dalla concessione irresponsabile del credito. Allora, si impone di affiancare a questi strumenti altri di natura privatistica, che possano adeguatamente tutelare gli interessi individuali dei consumatori.

§ 3.3 La disciplina dei rimedi per i contratti conclusi dal consumatore nel diritto comunitario

I rimedi sono mezzi di tutela delle posizioni giuridiche. Il concetto di rimedio contrattuale è indissolubilmente legato a quello di vincolo contrattuale (o contratto) difettoso.

Nel suo aspetto fisiologico, il contratto produce gli effetti voluti dalle parti ma può accadere che, a seguito di un difetto della manifestazione della volontà, questo produca effetti non desiderati dalle parti, o da almeno una di esse. Per questa ragione, la legge ha predisposto degli strumenti che consentano di prevenire o rimuovere le lesioni potenziali o attuali degli interessi meritevoli di tutela delle parti che deriverebbero dal contratto. Tali strumenti sono proprio i rimedi contrattuali e consentono di liberare le parti dal vincolo contrattuale o di modificarne gli effetti.

Tuttavia la disciplina comunitaria dei contratti, e conseguentemente delle tecniche rimediali, si differenzia da quella prevista nell'ambito del codice civile, registrando il passaggio dalla logica della fattispecie – adottata

³¹⁴ MODICA L.: <<Per fornire le informazioni su misura, la verifica del merito creditizio sembrerebbe dunque un passaggio pressoché obbligato che consente di calibrare l'interlocuzione sul singolo cliente, di cui rilevano, in egual misura, dati anagrafici, livello di consapevolezza e, naturalmente, situazione finanziaria nella duplice direzione della storia debitoria e della attuale capacità patrimoniale (...)>> in *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, in CI, 2012, fasc.2, cit. p. 502.

dal codice civile – a quella del regolamento³¹⁵. Infatti, l'esigenza di garantire l'efficienza del mercato insieme alla tutela del consumatore, ha indotto il legislatore ad adottare una strategia normativa che regoli il contenuto del contratto e l'articolazione dei relativi rimedi per mezzo di principi generali.

La normativa comunitaria predispone un ventaglio di rimedi, aventi tutti l'obiettivo di garantire la piena realizzazione degli interessi del consumatore anche nella fase patologica del rapporto contrattuale. Volendo introdurre una sorta di sistematizzazione dei rimedi, il diritto comunitario distingue due strategie rimediali: una di carattere preventivo e l'altra successivo. Nel primo caso – come la parola stessa suggerisce – il legislatore predispone una serie di strumenti che siano idonei a prevenire *ex ante* situazioni di iniquità nel rapporto negoziale da costituire. Si pensi ai doveri di informazione precontrattuale, al divieto di pratiche commerciali scorrette e al generale dovere di comportarsi secondo buona fede. La violazione di questi precetti comporta l'attuazione di misure inibitorie che hanno lo scopo di scoraggiare ulteriori comportamenti lesivi degli interessi del consumatore. Nel secondo caso, le misure predisposte dal legislatore sono finalizzate a ripristinare *ex post* gli interessi lesi dalla predisposizione di contratto iniquo.

Tuttavia, accanto a un apparato rimediale così ben organizzato, esistono anche alcuni settori della disciplina comunitaria che risultano totalmente sprovvisti di sanzioni o di previsioni in merito alle conseguenze per la violazione dei doveri di comportamento precontrattuale³¹⁶. L'esempio tangibile è proprio la direttiva 2008/48/CE in materia di contratti di credito ai consumatori ma anche la più recente direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. Quest'ultima ha riscritto la disciplina dei contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali ma all'introduzione di obblighi di

³¹⁵ Ciò significa che il legislatore non si preoccupa di disciplinare le singole fattispecie contrattuali bensì predispone una serie di regole e principi generali che disciplinano il corretto svolgimento del rapporto contrattuale fra il professionista e il consumatore, dalla fase delle trattative fino alla fase esecutiva del contratto concluso.

³¹⁶ Cfr. ASTONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2014, fasc. 1, pp. 1 – 44.

informazioni più ampi e precisi non è seguito uno specifico sistema di protezione del consumatore, rinviando alle scelte di politica legislativa dei singoli Stati membri. In questo caso, come nei contratti di credito ai consumatori, le valutazioni in merito alla validità ed efficacia del contratto a seguito della violazione dei nuovi doveri comportamentali sono lasciate al legislatore nazionale. Dunque, il silenzio normativo legittima la ricerca di un'efficace tutela dell'interesse del singolo consumatore a essere correttamente indirizzato verso il contratto di credito a lui più adeguato nei rimedi civilistici, da sempre preposti a tutelare l'autonomia negoziale. Infatti, negare al consumatore il ricorso agli ordinari strumenti di tutela – cui potrebbe ricorrere un contraente non qualificato – produrrebbe un risultato paradossale poiché, in concreto, al destinatario di specifiche norme di protezione sarebbe garantito un livello di tutela inferiore rispetto al contraente ordinario³¹⁷.

In ragione della molteplicità dei rimedi contrattuali disciplinati nel codice civile, l'analisi si concentrerà esclusivamente su quelli oggetto di maggiore attenzione da parte della dottrina ossia quelli invalidanti e risarcitori.

§ 3.4 I rimedi invalidanti

I rimedi invalidanti costituiscono, nel diritto interno, una classificazione di origine dottrinale che serve a circoscrivere, in un'unica cornice, i rimedi della nullità e dell'annullabilità del contratto. Quando esposto al rimedio della nullità o dell'annullabilità, il contratto diviene invalido ossia non è più capace di produrre i suoi effetti. In termini assolutamente generali è possibile affermare che un contratto è invalido quando contrario a norme imperative e la legge consente di individuare quale delle due forme di invalidità è applicabile nel caso concreto.

³¹⁷ Cfr. CRAVETTO C., *Il danno al consumatore e la responsabilità precontrattuale*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di Paolo Cendon e Cristina Poncibò, della collana Trattati a cura di Paolo Cendon, Milano, 2014.

La nullità costituisce la forma più radicale di invalidità del contratto e anche quella di portata generale poiché è sufficiente che una norma imperativa sia stata violata affinché il contratto possa considerarsi nullo. Tale rimedio è disciplinato dall'art.1418 c.c. e consente di distinguere fra le nullità cd. testuali e quelle virtuali³¹⁸.

Nel primo caso, la nullità del contratto è espressamente comminata dalla legge quale conseguenza dell'inosservanza della norma imperativa, gli esempi sono molteplici e si rinvencono non soltanto nel codice civile ma anche nelle leggi speciali. Nel secondo caso, invece, vi rientrano le violazioni di norme imperative, per le quali non è disposto testualmente né l'annullabilità né la nullità del contratto e dunque, in ragione del carattere generale di quest'ultima, si dispone, in via interpretativa, la sua applicabilità.

Al verificarsi di un'ipotesi di nullità del contratto, l'invalidità del contratto si produce *ipso iure* e travolge l'intero contratto, tant'è vero che la sentenza del giudice si limita a dichiarare che gli effetti del contratto non si sono mai prodotti e ha efficacia retroattiva *erga omnes*³¹⁹.

Diversamente, per quanto concerne l'annullabilità del contratto, essa non solo costituisce un rimedio meno incisivo rispetto alla nullità ma ha anche un carattere speciale poiché ricorre soltanto laddove espressamente prevista dalla legge. Le ipotesi più tradizionali di annullabilità del contratto ricorrono quando questo è stato concluso da un soggetto incapace di trattare

³¹⁸ L'art. 1418 c.c. dispone la nullità del contratto quando: a) è contrario a norme imperative, salvo non sia disposto diversamente dalla legge; b) manca uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c.; c) la causa è illecita ex art. 1343 c.c.; d) il motivo è illecito ex art. 1345 c.c.; e) l'oggetto manca dei requisiti stabiliti ex art. 1346 c.c.. Al di fuori di queste ipotesi espressamente elencate nei primi due commi dell'art. 1418 c.c., l'ultimo comma contiene una norma di chiusura che dichiara la nullità del contratto in tutte le altre ipotesi previste dalla legge.

³¹⁹ Quanto spiegato finora rappresenta la disciplina generale della nullità, tuttavia è opportuno segnalare che esiste una particolare tipologia di nullità, la cd. nullità parziale, che opera in maniera differente ed è meno incisiva rispetto alla nullità assoluta. La nullità parziale caratterizza i contratti conclusi dai consumatori poiché ha l'obiettivo di tutelare l'interesse del consumatore a non essere pregiudicato da clausole eccessivamente onerose e, al contempo, di conservare gli effetti del contratto. In queste ipotesi, la nullità non investe l'intero contratto ma soltanto alcune clausole e può essere rilevata soltanto dal consumatore (nullità relativa).

(per motivi naturali o legali)³²⁰ oppure quando la volontà di una delle parti è dichiarata per errore, carpita con dolo o estorta con violenza³²¹. Al di là delle ipotesi di contratto concluso da un soggetto in stato di incapacità legale o naturale, è interessante soffermarsi sui vizi della volontà – dolo, violenza ed errore – sintomatici di un processo di formazione della volontà alterato.

L'errore motivo³²² costituisce una falsa rappresentazione della realtà che induce il soggetto a dichiarare una volontà che altrimenti non avrebbe dichiarato. L'errore si verifica nel momento in cui la parte raggiunge la determinazione a contrarre ma prima che venga manifestata all'esterno. Affinché questo possa costituire causa di annullamento del contratto, è necessario che sia essenziale e riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428 c.c.). L'errore si considera essenziale, *ex art. 1429*³²³, quando ha assunto un ruolo determinante nella decisione di concludere il contratto ed è riconoscibile, ai sensi dell'art. 1431 c.c., quando l'altro contraente, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto prendere coscienza dell'errore in cui è incorsa l'altra parte.

Il dolo costituisce una particolare forma di errore ma si differenzia dall'errore motivo per la causa che lo ha generato, poiché in queste ipotesi l'errore è conseguenza dagli artifici e raggiri operati dall'altro contraente o da un terzo (art. 1439 c.c.). L'inganno causa l'annullamento del contratto

³²⁰ Ai sensi dell'art. 1425 c.c., il contratto è annullabile quando: a) una delle parti era legalmente incapace di contrattare; b) il contratto è stipulato da persona incapace d'intendere o di volere.

³²¹ Cfr. art. 1427 c.c.: <<Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti>>.

³²² All'errore motivo si affianca l'errore ostativo che, ai sensi dell'art. 1433 c.c., si verifica quando esso cade sulla *dichiarazione o la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dal soggetto che ne era stato incaricato*. Più semplicemente l'errore ostativo ricade sulla manifestazione della volontà all'esterno quindi sulla dichiarazione.

³²³ Non è possibile soffermarsi in questa sede su un esame approfondito delle caratteristiche che l'errore deve possedere affinché possa ritenersi essenziale. Sia sufficiente richiamare il contenuto dell'art. 1429 c.c.: <<L'errore è essenziale: 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto>>.

soltanto qualora sia stato determinante del consenso (cd. dolo determinante) altrimenti il contratto rimane valido poiché la parte raggirata lo avrebbe ugualmente concluso (cd. dolo incidente) e il contraente in mala fede è tenuto soltanto a risarcire il danno³²⁴. La nozione di dolo, contenuta nel codice civile, si adatta bene alle ipotesi in cui esso assume le forme di un comportamento attivo (cd. dolo commissivo) ma può anche accadere che un contraente sia indotto in errore dall'atteggiamento puramente omissivo dell'altro (cd. dolo omissivo)³²⁵. Tenere nascosta un'informazione può costituire un inganno tanto grave quanto quello di fornire una notizia falsa poiché, ai sensi dell'art.1337 c.c., le parti sono tenute a comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative e, di conseguenza, sono tenute a fornire qualunque informazione ritenuta rilevante ai fini della determinazione dell'altra parte a contrarre. Tuttavia non sempre il silenzio costituisce espressione di un dolo omissivo poiché è importante, nel caso pratico, individuare il punto di equilibrio fra dovere di informazione e diritto al riserbo e fra il primo e l'onere di auto informazione gravante sull'altro contraente.

Infine la violenza costituisce un vizio della volontà poiché la determinazione a contrarre non è frutto di una libera scelta del contraente ma consegue alla minaccia di un male ingiusto. La minaccia può essere rivolta alla persona del contraente e ai suoi beni oppure ai familiari e ai loro beni. Mentre nelle ipotesi di violenza fisica la volontà del contraente è del tutto coartata – ad esempio quando viene costretto con la forza a sottoscrivere un contratto – e dunque è causa di nullità del contratto, nelle ipotesi di minaccia morale il contraente conserva la libertà di decidere ma è

³²⁴ Sul dolo incidente cfr. art. 1440 c.c..

³²⁵ Cass. civ. sez. II nr. 1480/2012: <<Il dolo, quale causa di annullamento del contratto, può essere tanto commissivo, quanto omissivo, laddove si nascondano alla conoscenza del "deceptus", con il silenzio o con la reticenza, fatti o circostanze decisive per la manifestazione del consenso (nella specie, è stata cassata la pronuncia che, pur avendo accertato che il contachilometri dell'automobile alienata fosse stato alterato e manomesso, aveva ommesso di indagare se il venditore fosse a conoscenza di tale circostanza)>>. Nella stessa sentenza la Corte di Cassazione definisce le due tipologie di dolo quali causa di annullamento del contratto: <<Il dolo quale causa di annullamento del contratto (ai sensi dell'art. 1439 cod.civ.) può consistere tanto nell'ingannare con notizie false, con parole o con fatti la parte interessata (dolo commissivo) quanto nel nascondere alla conoscenza altri, col silenzio o con la reticenza, fatti o circostanze decisive (dolo omissivo)>>.

fortemente condizionato dal timore di esporre sé o i familiari a un male ingiusto³²⁶.

Il contratto affetto da una causa di annullamento intanto produce effetti fintanto che questa non venga accertata in giudizio dal giudice, con una sentenza di tipo costitutivo. A seguito della pronuncia di annullamento il contratto diviene inefficace fra le parti e nei confronti dei terzi in mala fede ma sono fatti salvi gli effetti che il contratto invalido ha prodotto in capo ai terzi in buona fede.

§ 3.4.1 (Segue) L'ipotesi di invalidità del contratto di credito ai consumatori

Quanto esaminato finora in tema di teoria generale dei rimedi invalidanti, consente di vagliare l'ipotesi dell'applicabilità di simili rimedi al contratto di credito ai consumatori quando il professionista manchi di adempiere al dovere di assistenza.

In primo luogo è opportuno considerare che gli art. 124 e 124-*bis* TUB non impongono al professionista alcun divieto di concludere il contratto in mancanza di un'adeguata assistenza e valutazione del merito creditizio, dunque il contratto di credito sarebbe da considerare valido poiché non è stata violata alcuna norma imperativa.

³²⁶ Il male è ingiusto quando contrario al diritto (*contra ius*), si tratta di una precisazione importante poiché la minaccia di far valere un diritto costituisce, ai sensi dell'art. 1438 c.c., una causa di annullamento del contratto solo quando è diretto a conseguire un vantaggio ingiusto. GALGANO F. presenta due esempi per comprendere quando la minaccia di un diritto mira a ottenere un vantaggio ingiusto (e quindi costituisce causa di annullamento del contratto) e quando invece costituisce un'attività lecita. <<Il creditore che dice al proprio debitore «se non mi darai in pegno il tuo bene, agirò in giudizio nei tuoi confronti per realizzare coattivamente il mio credito» ottiene, con questa minaccia un contratto che è strumentale rispetto al suo diritto (il pegno gli consentirà di soddisfare il suo credito, se il debitore non adempierà spontaneamente), e ciò non è qualificabile come danno ingiusto. Diverso è il caso del datore di lavoro che al dipendente, che ha brevettato una propria invenzione, dica «se non mi cedi il tuo brevetto, ti licenzio per riduzione di personale»: qui non c'è alcun rapporto strumentale fra il minacciato licenziamento e la cessione del brevetto; e la minaccia di esercitare il diritto di licenziamento, anche se di questo esistono i presupposti di legge, tende a realizzare un vantaggio ingiusto>> in *Il contratto*, Padova, 2011, cit. p. 348.

Inoltre, gran parte della dottrina propende a escludere il ricorso al rimedio invalidante sulla scorta di un'importante pronuncia³²⁷ delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione risalente al 2007, concernente i contratti di investimento e la violazione degli obblighi informativi. Al di là dell'oggetto specifico della controversia, queste sentenze sono particolarmente importanti per l'innovazione che hanno apportato nell'ordinamento sul tema del rapporto fra regole di validità e di responsabilità in caso di violazione degli obblighi di buona fede nella fase delle trattative.

Il problema che le Sezioni Unite hanno affrontato è legato all'esistenza di obblighi di informazione sempre più estesi e approfonditi a carico dell'intermediario di servizi finanziari che, tuttavia, sono sprovvisti di una qualsivoglia indicazione in merito alle conseguenze della loro violazione. In presenza di orientamenti difformi sull'applicabilità del rimedio della nullità del contratto o del risarcimento del danno, la Corte di Cassazione ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, con ordinanza nr. 3683/2007³²⁸.

Negli anni precedenti, infatti, la giurisprudenza ha diversamente risolto il problema del rimedio applicabile nelle ipotesi di violazione degli obblighi informativi, dividendosi in due orientamenti. In un caso, si è ritenuto che la previsione della nullità del contratto per violazione di norme imperative sia comminata soltanto con riferimento agli elementi intrinseci della fattispecie negoziale, dunque la condotta illegittima nel corso delle

³²⁷ Il 19 dicembre 2007 le Sezioni Unite hanno pubblicato due sentenze sul medesimo argomento nr. 26724 e 26725.

³²⁸ <<Si rimette alle Sezioni Unite il contrasto di giurisprudenza in ordine alle conseguenze derivanti dalla violazione dei doveri informativi degli intermediari finanziari. All'orientamento secondo il quale «la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a tale ipotesi» si contrappone quello per cui «in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma primo, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità»>>.

trattative non vi rientrerebbe e si escluderebbe la nullità del contratto successivamente concluso. Si contrappone l'altro, nel quale si è sostenuto che l'art. 1418 co. 1 c.c. sia espressione di un principio generale volto a sanzionare le ipotesi di violazione di norme imperative, anche se non accompagnate da una esplicita previsione di nullità, ne consegue che la violazione degli obblighi informativi nella fase delle trattative comporta la nullità del negozio³²⁹. Alla luce di questi diversi orientamenti, è stata

³²⁹ Il secondo orientamento è quello più risalente, è interessante leggere le perplessità mosse dalla giurisprudenza in merito alla bontà dello stesso nelle sentenze che hanno preceduto la pronuncia delle Sezioni Unite.

Cass. civ., sez. I, nr. 19024/2005: <<L'inosservanza degli obblighi informativi sanciti dal citato art. 6 non è idonea ad integrare l'ipotesi di mancanza del consenso e pertanto non determina la nullità del contratto per la mancanza di uno dei requisiti essenziali previsti dall'art. 1325 c.c. Le informazioni che devono essere fornite preventivamente dall'intermediario non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma soltanto elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione>>; <<La nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi (...) (In applicazione di siffatto principio, la S.C. ha escluso che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art 6 della legge n. 1 del 1991, concernente i contratti aventi ad oggetto la compravendita di valori mobiliari, cagioni la nullità del negozio, poiché essi riguardano elementi utili per la valutazione della convenienza dell'operazione, sicché la loro violazione neppure dà luogo a mancanza del consenso)>>.

Tribunale Trani nr. 588/2007: <<La giurisprudenza formatasi all'indomani della introduzione della disciplina TUF (...) accertate le violazioni, ha ripetutamente riconosciuto la nullità del contratto. Tuttavia tale conseguenza, in un recente ripensamento giurisprudenziale ed in una recente ricostruzione dottrinale, non è apparsa più adeguata e corretta. In breve, la teoria della nullità dei contratti di intermediazione di valori mobiliari nell'ipotesi di violazione degli obblighi imposti dall'art. 21 TUF (e relative esplicazioni previste dal Reg. Consob) trova giustificazione nel riconoscimento della natura pubblica delle fonti normative e nel riconoscimento della imperatività delle norme. Pur non contestando tale valenza, tuttavia si è correttamente evidenziato che vi è nullità di un contratto quando sia coinvolta la struttura e l'oggetto del contratto stesso, non invece condotte che si collocano nella fase delle trattative (o nella sua fase esecutiva) e sono finalizzate a "valutare" la convenienza dell'operazione. (...) Se ora si riconoscesse, quale conseguenza dell'inosservanza degli obblighi comportamentali, la nullità del contratto (da collocarsi nell'alveo della nullità assoluta in mancanza di ogni limitazione normativa), dovrebbe giungersi alla conclusione che essa, anche quando non costituisca *petitum* della domanda, può essere dichiarata d'ufficio: con la conseguenza che mentre la carenza di un elemento strutturale del contratto darebbe adito solo a nullità relativa, rilevabile dal solo cliente-investitore, la violazione di un obbligo comportamentale, peraltro incidente sulla fase delle trattative precontrattuali, determinerebbe invece la eliminazione d'ufficio di un rapporto sinallagmatico, a prescindere dunque dalla volontà dell'investitore, o comunque – per chi ritiene che la nullità assoluta non possa o debba essere sempre rilevata d'ufficio – da chi dimostri d'aver interesse (dunque non il solo investitore, ma chiunque, atteso che si è chiarito che l'interesse perseguito è duplice, del singolo e del mercato finanziario)>>. Se

elaborata un'ipotesi ricostruttiva nella quale si distingue fra regole di validità e regole di comportamento, laddove soltanto alla violazione delle prime può conseguire la nullità del contratto mentre la violazione delle seconde comporta il diritto al risarcimento del danno³³⁰.

Le Sezioni Unite hanno riaffermato la menzionata distinzione fra regole di comportamento e regole di validità, apportandone però un correttivo. In considerazione del fatto che gli obblighi di comportamento, previsti in capo all'intermediario finanziario, si collocano sia nella fase delle trattative sia in quella esecutiva del contratto, le Sezioni Unite ritengono necessario distinguere le conseguenze che derivano dalla violazione di questi obblighi in base al momento in cui si verifica la violazione stessa. Discende la responsabilità precontrattuale, con relativo obbligo di risarcire il danno, qualora le violazioni si registrino nella fase precedente o simultanea alla stipulazione del contratto. Deriva, invece, una responsabilità di natura contrattuale, con conseguente risoluzione del contratto e risarcimento del danno, quando i doveri di comportamento siano stati violati nella fase esecutiva del contratto. In ogni caso, la violazione di detti obblighi non importa mai la nullità del negozio³³¹, salvo non sia espressamente previsto

ne conclude che <<La violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario in strumenti finanziari, e del divieto di intraprendere operazioni in conflitto d'interessi, - configurandosi rispettivamente quali inadempimenti di natura pre-contrattuale e contrattuale, a seconda del momento temporale in cui si verificano - non comportano ex art. 1418, c.c., la nullità del contratto stipulato dal cliente per violazione di norme imperative di legge, ma il diritto a conseguire la risoluzione e/o il risarcimento dei danni subiti da quest'ultimo, per l'inosservanza da parte del suddetto professionista dell'adeguato grado di "diligenza" nell'esecuzione della prestazione richiesta, con particolare riferimento all'attività enunciata dalla lett. a), dell'art. 21, d.lg. 24 febbraio 1998 n. 58>>.

³³⁰ Tribunale Trani nr.588/2007 op. cit.: <<In una ipotesi ricostruttiva teorica e nello sforzo, essenziale, di ancorare ad un sistema certo le regole poste a base della disciplina giuridica di un rapporto negoziale, vi è chi ha ricordato la tradizionale distinzione "tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità", concludendo che solo la violazione delle prime è collegabile alla nullità del contratto>>.

³³¹ Concorde l'Arbitro bancario finanziario (ABF) che ritiene che l'accertamento del profilo della responsabilità precontrattuale del finanziatore non importa mai la nullità del contratto ma soltanto il diritto al risarcimento del danno. Cfr. ABF, coll. centro, nr. 1781/2011. Cfr. anche ABF, coll. centro, nr. 4440/2013: <<l'informazione del cliente nella fase delle trattative che precedono la stipulazione di un contratto di finanziamento non può conseguentemente essere più considerata come una sorta di consiglio amichevole, ma costituisce ormai la prestazione di un vero e proprio servizio di consulenza professionale, e in ogni caso l'adempimento di uno specifico dovere di protezione nei confronti dell'altra parte contraente. Non vi è quindi dubbio che la violazione di tale obbligo determini il

dalla legge, poiché i doveri di comportamento sono <<troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite³³²>>.

Nella sentenza, invece, non si trova alcuna menzione al rimedio dell'annullabilità del contratto e la ragione risiede nella natura speciale di tale rimedio, che trova applicazione soltanto nelle ipotesi tipiche previste dalla legge e nelle quali la fattispecie in esame non vi rientra.

La presente pronuncia ha l'indubbio pregio di aver individuato – nell'istituto della responsabilità precontrattuale – uno strumento di tutela per il contraente che, pur in presenza di un contratto valido, abbia subito un pregiudizio a causa del comportamento contrario a buona fede, tenuto dall'altra parte nel corso delle trattative e della formazione del contratto. La dottrina maggioritaria, dunque, propende a uniformarsi alla proposta interpretativa suggerita dalle Sezioni Unite anche in materia di contratto di credito ai consumatori, quando il professionista viola il dovere di fornire assistenza prima della conclusione del contratto.

Esiste, tuttavia, un orientamento minoritario che, pur escludendo il ricorso alla nullità³³³, propende a ricostruire un'ipotesi di annullabilità del contratto a seguito della violazione del dovere di assistenza. Infatti, nonostante la tipicità delle fattispecie dei vizi del consenso, la *ratio* della

diritto del cliente di essere risarcito del danno cagionatogli. (...) In ogni caso, (...) non può determinare l'annullabilità del contratto di finanziamento, considerato che tale sanzione non è stata comminata dal legislatore e non è generalmente applicabile al di fuori dei casi previsti dalla legge>>.

³³² Cit. motivi della decisione par. 1.6 Cass. SU nr. 26725/2007.

³³³ In verità, in dottrina è emersa anche l'opinione di chi sostiene che le norme sul credito ai consumatori, volte a dare attuazione al principio del prestito responsabile, abbiano una funzione pubblica e dunque valore di norma imperativa cui potrebbe ricondursi la nullità del contratto. Cfr. BONGIOVANNI V., *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, in *EuDP*, 2014, fasc. 2, pp. 455 – 491. IURILLI C. sostiene che il comportamento sleale del finanziatore nella fase precontrattuale <<possa essere fatto rientrare in quelle fattispecie caratterizzate da un disvalore tale da andare ad incidere sull'assetto concreto che le parti avrebbero voluto dare ai propri interessi (...). La violazione (...) comporterebbe, dunque, un'anomalia nella formazione o manifestazione della volontà delle parti ovvero una difformità del regolamento pattuito rispetto alle valutazioni di liceità dell'ordinamento giuridico ovvero ancora un'anomalia che andrebbe a colpire la causa stessa del contratto di finanziamento>> in *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile (seconda parte)*, in *Studium*, 2014, fasc. 5, pp. 546 – 552.

disciplina dell'annullamento del contratto risiede nel contrastare condotte precontrattuali che siano idonee a incidere sull'autonomia negoziale e, quindi, sulla libertà del consenso. Allo stesso modo, la direttiva 2008/48/CE ha introdotto i chiarimenti adeguati e la verifica del merito creditizio per appianare l'asimmetria informativa fra il professionista e il consumatore, al fine di garantire a quest'ultimo la piena libertà del consenso. Tenendo conto dell'identità di *ratio* che accomuna le disposizioni del codice civile e della direttiva comunitaria, sembrerebbe ragionevole ritenere che l'inadempimento del dovere di assistenza e di verifica del merito creditizio possa dare origine a un vizio del consenso – da sanare con l'annullamento del contratto – poiché, altrimenti, un consumatore adeguatamente informato non avrebbe concluso il contratto³³⁴.

La disciplina europea non imporrebbe al legislatore nazionale di modificare la tradizionale disciplina dei vizi del consenso, bensì di adeguare il sistema di tutela alle nuove esigenze del consumatore, legate alle particolari modalità di conclusione del contratto, al fine di garantire l'effettività dei diritti³³⁵.

La descrizione dei vizi del consenso sopra effettuata, consente di escludere a priori la fattispecie della violenza e soffermarsi su quelle del dolo e dell'errore. Si potrebbe valutare, dunque, la presenza di un dolo omissivo del professionista che si astenga dall'adempiere il suo dovere di assistenza poiché il suo silenzio indurrebbe il consumatore a concludere un contratto di credito non adeguato alla propria situazione finanziaria.

³³⁴ Sebbene con riferimento agli obblighi di informazione previsti in capo all'intermediario finanziario, la Corte di Cassazione nella sentenza nr. 29864/2011 si è espressa in maniera analoga: <<In una situazione (...) in cui viene in evidenza la violazione da parte dell'intermediario del dovere d'informare adeguatamente il cliente sui rischi dell'investimento finanziario (...) La conseguenza del comportamento illegittimo dell'intermediario sta nel fatto che l'investitore inconsapevole si trova esposto ad un rischio che avrebbe potuto essergli accollato solo a seguito di adeguate informazioni. E poiché lo stesso legislatore, nel dettare la normativa cui già dianzi s'è fatto cenno, muove dal presupposto che dette informazioni sono invece necessarie all'effettuazione di scelte d'investimento oculate, deve presumersi, fino a prova del contrario, che quel rischio il cliente non lo avrebbe corso se fosse stato informato come si doveva>>.

³³⁵ Cfr. considerando nr. 30 dir. 2008/48/CE: <<La presente direttiva non disciplina gli aspetti del diritto contrattuale relativi alla validità dei contratti di credito. Pertanto, in tale materia gli Stati membri possono mantenere o introdurre norme nazionali conformi al diritto comunitario. (...)>>.

Tuttavia, la costruzione del dolo omissivo prospettata dalla giurisprudenza esclude la configurabilità di questo vizio del consenso nell'ipotesi in esame. Infatti, affinché si possa richiedere l'annullamento del contratto per dolo omissivo non è sufficiente che questo si sostanzi nella semplice inerzia, limitandosi il soggetto a non contrastare la percezione (errata) della realtà che sia pervenuta all'altro contraente. L'inerzia deve invece inserirsi in un progetto preordinato e complesso che sia volto a realizzare un inganno per indurre in errore il *deceptus*³³⁶.

Allora, il vizio dell'errore-motivo – disciplinato dall'art. 1428 ss. c.c. – sembra più adeguato all'ipotesi di violazione del dovere di assistenza e di verifica del merito creditizio. Infatti, l'assenza di un'informazione adeguata e personalizzata alle caratteristiche del consumatore rischierebbe di determinare in questi una falsa rappresentazione della realtà che, nello specifico, ricadrebbe sulla percezione delle proprie capacità finanziarie. Diversamente, il corretto adempimento dei doveri di comportamento gravanti sul professionista, avrebbe potuto indurre il consumatore ad astenersi dalla conclusione del contratto, scegliendone uno più adeguato.

Tale errore sarebbe riconoscibile, *ex art. 1431 c.c.*, dall'altro contraente – ossia il finanziatore – in ragione delle sue competenze professionali.

³³⁶ Cfr. Cass. civ. sez II nr.13231/2010: <<Il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell'art. 1439 c.c., solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del *deceptus*. Pertanto, il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto (nella specie, è stato escluso che potesse integrare il dolo omissivo in ordine alle effettive condizioni dell'immobile compravenduto la circostanza che l'alienante avesse taciuto all'acquirente la pendenza, al riguardo, di un'azione di danno temuto proposta da terzi>>. Conforme a questo orientamento Corte App. Roma sent. nr.315/2013: <<In tema di annullamento del contratto, il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell'art. 1439 c.c., solo quando l'inerzia della parte si inserisce in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del "*deceptus*". Il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni d'interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto>>.

La bontà di questa tesi sembrerebbe vacillare con riferimento al requisito dell'essenzialità dell'errore, poiché l'errata percezione della situazione patrimoniale non sembrerebbe rientrare in nessuna delle ipotesi tassativamente previste dall'art. 1429 c.c.. Sarebbe, dunque, necessario proporre un'interpretazione dell'art. 1429 c.c. che prescindendo dalla lettera della norma e ritenga essenziale l'errore, derivante dalla violazione del dovere di assistenza, per il solo fatto che il suo adempimento sarebbe stato – per l'appunto – essenziale alla formazione del libero consenso del consumatore³³⁷.

Fatta eccezione per la forzatura relativa all'essenzialità dell'errore, la soluzione prospettata dalla parte minoritaria della dottrina non sembra essere priva di fondamento. Al contrario, fornisce un valido strumento per superare il vuoto normativo in tema di sanzioni per la violazione delle nuove disposizioni sul credito ai consumatori, coniugando la tradizione del codice civile con l'innovazione delle direttive comunitarie. Inoltre, la prospettazione di una sanzione più duttile – come l'annullamento del contratto – consentirebbe, da un lato, di accertare la gravità delle violazioni dei doveri comportamentali del professionista e, dall'altro, di mantenere integro l'interesse del consumatore alla conservazione del contratto.

§ 3.5 Il rimedio risarcitorio

La tesi dell'annullabilità del contratto di credito, in caso di mancato o inesatto adempimento del dovere di assistenza, lascia ancora delle perplessità, anche in ragione della mancanza di pronunce giurisprudenziali che si orientino in questo senso. Resta, invece, indubbia la configurabilità del diritto al risarcimento del danno subito dal consumatore per non essere

³³⁷ Cfr. AZADI G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, op. cit. e DI DONNA L., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in GI, 2010, fasc.1, pp. 241 – 248.

stato adeguatamente assistito nella scelta dell'offerta di credito a lui più appropriata³³⁸.

In una risalente pronuncia, nota come sentenza *Courage*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha rimarcato il compito dei giudici nazionali di applicare le disposizioni comunitarie al fine di garantire la piena efficacia e la tutela dei diritti che da esse sono attribuiti ai singoli cittadini³³⁹. Nello specifico, la Corte si è occupata del problema della tutela della libera concorrenza nel territorio dell'Unione, secondo quanto proclamato dall'art. 81 (ex art. 85) TUE, e ha esaltato il potere dello strumento risarcitorio di rafforzare il carattere operativo delle norme comunitarie *antitrust*³⁴⁰. Da questa sentenza, infatti, emerge un principio generale in forza del quale, nell'attività di contrattazione, la parte economicamente più forte è tenuta a non approfittare della debolezza dell'altra per concludere negozi contrari alle disposizioni comunitarie, a pena di risarcire il danno.

³³⁸ DE POLI M. <<La linea di tendenza, dopo le note decisioni delle SS. UU. Della Cassazione nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007, è nel senso di riconoscere valenza puramente risarcitoria alle violazioni di regole di comportamento (ferma la possibilità che si traducano anche in vizi del consenso, in tal modo legittimando l'esercizio dell'azione di annullamento del contratto), tali essendo di certo quelle attraverso le quali si dispongono obblighi di informazione precontrattuale o, comunque, regole di comportamento precontrattuale>> in *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo (La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano)* a cura di Giovanni De Cristofaro, della collana *Principi regole e sistema (Biblioteca di diritto privato)* coordinata da R. Calvo, A. Ciatti e G. De Cristofaro, Torino, 2009, cit. p. 71. MAZZAMUTO S. osserva: <<dottrina e giurisprudenza tendono ad ammettere la possibilità, per il consumatore di accedere alla tutela risarcitoria per la violazione della buona fede *in contrahendo*. Non altrettanto si può dire dei rimedi invalidatori, tradizionalmente connessi all'avaria di elementi intrinseci della fattispecie e non già alla violazione di mere regole di condotta>> in *Il contratto di diritto europeo*, op. cit., cit. p. 394 – 395.

³³⁹ Cfr. par. 25 sent. C-453/99: <<(…)è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli>>.

³⁴⁰ Cfr. par. 26 e 27 sent. C-453/99: <<La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza. 27. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità>>.

I principi enunciati in tema di contrattazione asimmetrica e risarcimento del danno sono affrontati non soltanto dalla più importante istituzione giudiziaria europea (*i.e.* la Corte di Giustizia dell'Unione Europea) ma anche dall'organo al vertice della giurisdizione italiana (*i.e.* la Corte di Cassazione), come si è avuto modo di constatare dalla sentenza nr. 26724/2007. Dunque, considerata l'efficacia riconosciuta alla sanzione del risarcimento del danno, è necessario estendere il binomio inadempimento-risarcimento anche al settore dei contratti di credito ai consumatori³⁴¹.

Senza alcuna pretesa di completezza, è interessante indicare le linee guida che caratterizzano la disciplina del risarcimento del danno nell'ordinamento italiano. Questo si presenta come un rimedio generale a un fatto illecito, di natura contrattuale o extracontrattuale, e si propone di rimediare al danno generato a terzi mediante una compensazione pecuniaria (cd. risarcimento per equivalente) o, qualora possibile, mediante la rimozione diretta del danno (cd. risarcimento in forma specifica). Se l'illecito è di natura contrattuale, il danno deriva dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente, secondo quanto prescritto dall'art. 1218 c.c., altrimenti se l'illecito è di natura aquiliana il danno è dovuto alla lesione di interessi della vita che l'ordinamento giuridico ritiene meritevoli di tutela (art. 2043 c.c.).

È importante distinguere le due fattispecie di responsabilità³⁴² poiché, a parte alcuni aspetti comuni³⁴³, la disciplina sostanziale subisce

³⁴¹ Cfr. FEBBRAJO T., *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Dir. 2008/48/CE*, in G.I., 2010, fasc. 1, pp. 223 – 232; DE CHIARA R., *Art.124-bis verifica del merito creditizio*, in Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2012 e GORGONI M., *Sui contratti di finanziamento sei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in G. mer, 2011, fasc. 2, pp. 323 – 345.

³⁴² La stessa struttura del codice civile sottolinea la diversità fra le due fattispecie poiché sebbene entrambe contenute nel Libro IV sulle obbligazioni, sono disciplinate in due Titoli differenti. L'una nel Titolo I "*delle obbligazioni in generale*" e l'altra nel Titolo IX "*dei fatti illeciti*".

³⁴³ Senza dubbio la struttura dell'illecito che genera il danno è comune a entrambe le fattispecie. L'illecito si compone: comportamento umano *non iure e contra ius* (fatto doloso o colposo), danno ingiusto e il collegamento consequenziale fra il comportamento e il danno verificatosi (nesso di causalità).

Altri aspetti comuni alle due categorie si rinvergono proprio nella lettera della legge, laddove l'art. 2056 c.c. per la determinazione del danno derivante da illecito extracontrattuale richiama espressamente la disciplina già dettata in tema di responsabilità

notevoli variazioni, che si ripercuotono sull'effettività del diritto. Le principali differenze sono relative a: la prescrizione, l'ammontare del risarcimento e la ripartizione dell'onere della prova³⁴⁴.

Il diritto di richiedere il risarcimento del danno contrattuale si prescrive in dieci anni a fronte dei cinque anni previsti per quello extracontrattuale³⁴⁵.

Ai sensi dell'art. 1225 c.c., il risarcimento del danno è limitato soltanto al danno prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione contrattuale, mentre nelle ipotesi di illecito extracontrattuale deve essere risarcito il danno effettivo, senza limitazione alcuna.

Infine, il meccanismo probatorio imposto a chi richiede il risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.* è semplificato poiché è sufficiente provare la fonte o il titolo dell'obbligazione, allegare l'inadempimento e la colpa del debitore si ritiene presunta. Diversamente l'attore che agisce per il risarcimento *ex art. 2043 c.c.* deve provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito.

È opportuno sottolineare che quanto detto non esaurisce la categoria della responsabilità civile poiché l'art. 1337 c.c.³⁴⁶ disciplina un'ulteriore forma di responsabilità, quella *cd. precontrattuale*.

contrattuale. Art.2056 c.c.: <<Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso>>. Gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. sono relativi rispettivamente a: le componenti del danno (danno emergente e lucro cessante); il ricorso alla valutazione equitativa del danno quando questo sia difficile da determinare nel suo preciso ammontare e la riduzione del danno risarcibile nel caso in cui il danneggiato abbia contribuito con la sua condotta colposa a determinarlo.

³⁴⁴ A queste principali differenze si aggiungono anche quelle relative alla mora del debitore e la rilevanza della capacità di intendere e di volere. Nella responsabilità contrattuale il debitore è costituito in mora *ex art. 1219 c.c.* con intimazione o richiesta fatta per iscritto e l'incapacità naturale non è causa esimente di responsabilità. Invece, nella responsabilità extracontrattuale la costituzione in mora è automatica e il soggetto incapace di intendere e di volere non è responsabile del fatto illecito da lui commesso.

³⁴⁵ Cfr. art. 2946 c.c.: <<Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni>> e art. 2947 c.c.: <<Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato (...)>>.

³⁴⁶ Cfr. art. 1337 c.c.: <<Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede>>.

§ 3.5.1 La responsabilità precontrattuale

La responsabilità precontrattuale o *culpa in contrahendo* è finalizzata a risarcire i danni che un soggetto subisce nella fase delle trattative e della formazione del contratto, a seguito della violazione del dovere di buona fede da parte dell'altro contraente.

La formulazione aperta della norma lascia alla giurisprudenza il compito di determinare le fattispecie concrete nelle quali si sostanzia la responsabilità precontrattuale e le relative sanzioni. La *ratio* di questa disposizione si riconosce nella tutela del ragionevole affidamento del contraente alla conclusione di un contratto valido ed efficace.

Dunque, le principali ipotesi di violazione della buona fede precontrattuale sono individuate nella rottura ingiustificata delle trattative e nel silenzio sulle cause di invalidità del contratto *ex art. 1338 c.c.*³⁴⁷.

In entrambe le fattispecie si riscontra la lesione dell'interesse alla conclusione di un negozio valido ed efficace poiché, in un caso, le trattative – in uno stadio già avanzato – vengono interrotte senza un giustificato motivo e, nell'altro, viene concluso un contratto viziato che non può validamente produrre i suoi effetti.

In verità, la responsabilità precontrattuale si può configurare anche nelle ipotesi di contratto valido ed efficace ma sconveniente poiché concluso a seguito del comportamento contrario a buona fede, tenuto da uno dei contraenti³⁴⁸.

³⁴⁷ Cfr. art. 1338 c.c.: <<La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto>>.

³⁴⁸ Cfr. passaggio della sentenza nr. 4236 del Consiglio di Stato del 25/07/2012 che in tema di responsabilità precontrattuale dichiara: <<Le norme di riferimento sono rappresentate, come è noto, dagli articoli 1337 e 1338 cod. civ. La prima, imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, disciplina la "responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto". La seconda, ritenendo contrario alle regole della correttezza il comportamento della parte, che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne informa l'altra parte, disciplina la "responsabilità precontrattuale da contratto invalido". La Corte di Cassazione ritiene sussistente una terza fattispecie, inquadrabile anch'essa nell'ambito della norma di carattere generale di cui al citato art.

Questa fattispecie costituisce una nuova frontiera raggiunta dalla giurisprudenza poiché, secondo la tesi tradizionale, il comportamento scorretto assunto nella fase delle trattative non è idoneo a fondare un'ipotesi di responsabilità precontrattuale qualora ad esso segua comunque la conclusione del contratto, in quanto quest'ultimo assorbirebbe le violazioni perpetrate in precedenza.

La sentenza della prima sezione civile della Corte di Cassazione nr. 19024/2005 e le successive sentenze nrr. 26724-26725/2007 delle Sezioni Unite hanno segnato il cambiamento in questo senso. Viene affermato che la conclusione di un contratto valido ed efficace non costituisce ostacolo all'azione risarcitoria per la violazione del dovere di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c., purché ovviamente il danno lamentato si sia originato nella fase delle trattative³⁴⁹.

La regola posta dall'art. 1337 c.c. assume il valore di una clausola generale che <<*implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo a controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto*³⁵⁰>>.

A questo proposito, dunque, emerge lo stretto rapporto esistente fra l'obbligo di informazione e la buona fede precontrattuale. Infatti, la fase

1337, rappresentata dalla "responsabilità precontrattuale da contratto valido", che ricorre quando uno dei contraenti non assolve ad oneri informativi diversi da quelli aventi ad oggetto le "cause di invalidità" del contratto>>.

³⁴⁹ Cass. civ., sez. I, nr. 19024/2005: <<La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, stabilito dall'art. 1337 c.c., assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche, quale dolo incidente (art. 1440 c.c.), se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto>>.

Cfr. Cass. civ., sez. III, nr. 24795/2008: <<La regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto >>.

³⁵⁰ Cfr. Cass. civ., sez. I, nr. 19024/2005.

delle trattative è deputata alla conoscenza dell'affare per consentire alle parti di valutarne la convenienza e, per questa ragione, dal generale precetto di buona fede derivano una serie di obblighi di informazione "atipici o innominati" che si definiscono di volta in volta, in base alle circostanze del caso concreto e alla particolare forma di contrattazione.

In termini generali, tali obblighi impongono ai contraenti di comunicare tutte le circostanze giuridiche ed economiche che potrebbero incidere negativamente sull'equilibrio dello scambio³⁵¹. In alcuni casi, è la legge stessa a disporre precisi obblighi informativi, soprattutto nelle contrattazioni caratterizzate da una forte asimmetria fra le parti. Il mancato adempimento di un simile dovere potrebbe avere l'effetto di compromettere la formazione della volontà di uno dei contraenti, cagionando un danno risarcibile, appunto, *ex art. 1337 c.c.*³⁵².

La natura giuridica della responsabilità precontrattuale è tuttora discussa, contrapponendosi i due orientamenti che ritengono debba essere ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

La giurisprudenza prevalente propende per la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, ritenendo che il dovere di buona fede

³⁵¹ GALGANO F. con riferimento al dovere di informazione gravante sulle parti afferma che: <<ciascuna di essere ha il dovere di dare notizia delle circostanze che appaiono ignote all'altra e che possono essere determinanti del suo consenso (tali per cui l'altra parte, sapendole, non avrebbe contrattato o avrebbe contrattato a condizioni diverse)>> in *I fatti illeciti*, Padova, 2008, cit. p. 240.

³⁵² Questa ricostruzione è pienamente accolta anche dall'ABF che richiama il prevalente orientamento giurisprudenziale nella decisione dei ricorsi relativi alla responsabilità precontrattuale del finanziatore. Cfr. ABF, coll. centro, nr. 1781/2011: <<L'informativa in realtà dovrebbe concretarsi nella consegna al cliente, ben prima della conclusione del contratto, di una copia completa del testo degli impegni negoziali proposti, affinché il cliente ne possa apprendere con la dovuta tranquillità l'esatto contenuto; dovrebbero inoltre essere espresse in modo corretto, chiaro ed esauriente, come prescritto dalle norme vigenti sulla trasparenza (...). Al riguardo, si richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto; ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto>>.

discenda dal generale precetto del *neminem laedere* e non da un rapporto obbligatorio preesistente³⁵³.

L'altra tesi, fondata sulla natura contrattuale della presente responsabilità, sostiene che il dovere di buona fede *ex art. 1337 c.c.* sia espressione dell'obbligazione che nasce dal "contatto sociale", che si instaura fra le parti con l'avvio delle trattative³⁵⁴.

Esiste, infine, un terzo orientamento che considera la responsabilità precontrattuale un *tertium genus* ma non ha trovato alcun seguito in giurisprudenza per le incertezze che ne deriverebbero in tema di disciplina applicabile. Infatti, è di facile intuizione che l'individuazione della natura giuridica di questa responsabilità ha importanti conseguenze applicative, in

³⁵³ Cfr. Cass. civ., Sez. III, nr. 21255/2013: <<L'azione di risarcimento danni *ex art. 2043 c.c.* per lesione della libertà negoziale è esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative contrattuali - nella specie, finalizzate alla stipulazione di una transazione - che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido, ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali>>.

Orientamento confermato anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza Tacconi C-334/00: <<In un contesto caratterizzato dalla mancanza di impegni liberamente assunti da una parte nei confronti di un'altra in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto e dall'eventuale violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'ambito di tali trattative, l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificata dalla Convenzione 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla Convenzione 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica, e dalla Convenzione 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese>>.

³⁵⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. I, nr. 27648/2011: <<La trattativa precontrattuale crea un obbligo di comportamento in buona fede, che distingue tale fattispecie da quella di cui all'art. 2043 c.c., nella quale per contro la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti. La responsabilità che ne scaturisce è di natura contrattuale onde il danneggiato dovrà provare, oltre al danno sofferto, solo la condotta antigiuridica, non anche la colpa del danneggiante>> e Cass. civ., Sez. I, nr. 24438/2011: <<L'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto divenuto inefficace e "tamquam non esset" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la p.a. a responsabilità e al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario; tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza, avendo l'amministrazione indetto e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima che ha provocato la lesione dell'interesse del privato, non qualificabile come interesse legittimo ma assimilabile a un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione>>.

base alle differenze di disciplina sostanziale fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

La soluzione di questo problema interpretativo non rappresenta elemento dirimente in questa trattazione mentre risulta più interessante verificare come viene quantificato il danno, a seguito della violazione del dovere di buona fede *ex art. 1337 c.c.*.

La giurisprudenza distingue le ipotesi di interruzione delle trattative oppure di conclusione di un contratto invalido ed inefficace da quelle di conclusione di un contratto valido ma sconveniente. Il presupposto di partenza è comune: obiettivo del risarcimento è ripristinare lo *status quo ante* alla condotta sleale della controparte, riportando il soggetto danneggiato in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse avviato le trattative o concluso il contratto.

Nel primo caso, il danno risarcibile è commisurato in base al criterio dell'interesse negativo, ossia l'interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative infruttuose o in contratti invalidi e inefficaci. Dunque, il danno emergente e il lucro cessante sono valutati tenendo conto delle spese inutilmente sostenute e la perdita di altre occasioni di guadagno, cui si è rinunciato in vista della conclusione del contratto³⁵⁵.

Nel secondo caso, invece, il danno risarcibile è commisurato in base all'interesse positivo virtuale che è cosa diversa dall'interesse positivo, in senso stretto. Quest'ultimo presuppone la conclusione di un contratto poiché rappresenta l'interesse della parte a ottenere l'esecuzione dello stesso oppure a essere posta nella medesima situazione in cui si sarebbe trovata se fosse stato adempiuto. Le componenti del danno emergente e del lucro cessante si misurano in base al valore di mercato della prestazione rimasta inadempita e agli ulteriori profitti che sarebbero derivati dalla stessa.

³⁵⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. I, nr. 19883/2005: <<In materia di responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, e dunque non comprende, in particolare, il lucro cessante risarcibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto o fosse stato risolto per colpa della controparte (...)>>.

Anche l'interesse positivo virtuale presuppone l'esistenza di un contratto che, ponendosi a valle di un comportamento sleale, ha un contenuto più svantaggioso rispetto a quello che avrebbe potuto assumere se le parti si fossero comportate secondo buona fede.

Per questa ragione – fermo l'obiettivo del risarcimento – il danno è valutato in base alla minore convenienza economica del contratto, ovvero sia al minor vantaggio o al maggior aggravio economico che deriva dalla violazione del dovere di buona fede³⁵⁶. In parole più semplici, l'ammontare del danno è costituito dalla differenza fra il valore che il contratto avrebbe avuto in mancanza del comportamento scorretto e quello che effettivamente possiede.

Fissate le necessarie basi conoscitive in materia di responsabilità civile è, adesso, possibile inquadrare correttamente la responsabilità che sorge in capo al finanziatore in caso di inadempimento del dovere di assistenza e quantificare il danno subito dal consumatore a seguito della concessione irresponsabile del credito.

§ 3.6 La responsabilità del finanziatore nell'ipotesi di inadempimento del dovere di assistenza

Nel rapporto contrattuale fra consumatore e professionista è stata sempre avvertita la necessità di tutelare il contraente debole sin dalle fasi prodromiche alla formazione del contratto, essendo l'asimmetria informativa un aspetto connaturato a questo tipo rapporto. Sebbene le trattative abbiano subito una forte compressione a fronte della standardizzazione dei contratti, la fase precontrattuale conserva ancora la sua rilevanza. Infatti, fermi i principi di trasparenza e buona fede

³⁵⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. I, nr. 19024/2005: <<In caso di responsabilità precontrattuale, quando il danno derivi da un contratto valido ed efficace, ma "sconveniente", il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al c.d. interesse positivo, non può neppure essere limitato al c.d. interesse negativo, ma deve essere ragguagliato al minor vantaggio o al maggiore aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni collegati a tale comportamento>>.

ex art. 1337 c.c., questa fase costituisce l'unico momento utile per consentire al consumatore di ricevere informazioni adeguate sulle caratteristiche del contratto da stipulare.

A questo proposito, il legislatore comunitario è spesso intervenuto per disciplinare in modo dettagliato gli obblighi di informazione nella fase precontrattuale, al fine di garantire l'effettiva protezione del consumatore. La normativa sul credito ai consumatori costituisce un esempio pratico poiché con la direttiva 2008/48/CE è stata rivolta grande attenzione alla quantità e, soprattutto, alla qualità delle informazioni da fornire al consumatore, affinché assuma il credito con cognizione di causa³⁵⁷.

In particolare, nell'ipotesi in cui il finanziatore violi il dovere di fornire chiarimenti adeguati e di verificare il merito creditizio nulla osta a che il contratto venga ugualmente stipulato con il consumatore. Tale contratto sarebbe da considerare valido ma sconveniente per il consumatore poiché è stato concluso a seguito di un comportamento scorretto del finanziatore. È, dunque, evidente che il mancato o inesatto adempimento degli obblighi precontrattuali di assistenza e verifica del merito creditizio configurino una fattispecie concreta di responsabilità precontrattuale³⁵⁸.

A questo punto, è interessante soffermarsi sul profilo relativo alla valutazione del comportamento del finanziatore, laddove il consumatore lamenti di non essere stato adeguatamente assistito. Infatti, se l'inadempimento del dovere di assistenza è senza alcun dubbio fonte di responsabilità precontrattuale, non sempre l'adempimento del suddetto dovere libera il professionista da questa responsabilità. Si richiede, pertanto, di valutare l'adempimento secondo il canone della diligenza al fine di

³⁵⁷ Il ruolo centrale assunto dall'informazione nei contratti conclusi fra il consumatore e il professionista (cd. contratti B2C) si coglie anche in altre discipline di settore come i servizi turistici e l'intermediazione finanziaria.

³⁵⁸ Cfr. AZADI G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, op. cit.; CARRIERO G., *Art.124 obblighi precontrattuali*, in Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2012; DE CHIARA R., *Art.124-bis verifica del merito creditizio*, op. cit; DI DONNA L., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, op. cit. e altri.

vagliarne la correttezza e l'idoneità a tutelare effettivamente gli interessi del consumatore.

L'art. 1176 c.c. prescrive che le obbligazioni debbono essere adempiute secondo il canone della diligenza del buon padre di famiglia ma, se si tratta di obbligazioni inerenti l'esercizio dell'attività professionale, la diligenza deve essere valutata in base alla natura dell'attività esercitata³⁵⁹.

Il grado di diligenza che la legge attende da un professionista è superiore rispetto a quella ordinaria ma rimane sempre nei limiti della diligenza media che è ragionevole pretendere da una determinata categoria professionale. Inoltre, l'art. 2236 c.c. precisa che nelle ipotesi di problemi tecnici di <<speciale difficoltà>>, il professionista è tenuto a risarcire i danni patiti dal suo cliente soltanto se causati da dolo o colpa grave³⁶⁰.

La diligenza dell'adempimento dei doveri precontrattuali del finanziatore deve essere misurata in base a questi canoni³⁶¹ mentre deve essere rigettata l'ipotesi ricostruttiva dello *status* della banca, da cui discenderebbero specifici obblighi di protezione dell'integrità patrimoniale del consumatore. Infatti, se lo *status* del banchiere è idoneo a generare una relazione qualificata con soggetti estranei al rapporto di credito, a maggior ragione una medesima protezione non potrebbe mancare nei confronti del soggetto con cui si instaura il rapporto diretto³⁶². L'attribuzione di uno

³⁵⁹ L'art. 1176 c.c. individua i canoni per valutare il corretto adempimento di un'obbligazione.

³⁶⁰ Cfr. art. 2236 c.c.: <<Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave>>.

³⁶¹ Cfr. Cass. civ., sez. I, nr. 13777/2007: <<Nello svolgimento dell'attività professionale la banca deve adempiere tutte le obbligazioni assunte nei confronti dei propri clienti con la diligenza particolarmente qualificata dell'accorto banchiere (art. 1176 comma 2 c.c.), non solo con riguardo all'attività di esecuzione dei contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto o di operazione oggettivamente espliciti (...)>>.

³⁶² Probabilmente tale tesi è sostenuta sulla scorta di una pronuncia della Cassazione, sezioni unite, nr. 7029/2006 che distingue due diversi tipi di danno aquiliano che derivano dalla concessione abusiva del credito. <<La abusiva concessione di credito (e cioè l'erogazione di finanziamenti da parte di una banca ad un imprenditore che essa sa insolvente, compiuta al fine di ingenerare nei terzi l'opinione erronea della solidità dell'impresa finanziata), nel caso di successivo fallimento dell'imprenditore finanziato, può costituire in astratto fonte di due diversi tipi di danno aquiliano: a) un danno alla massa dei creditori, consistito nell'essere stati indotti a contrattare con un insolvente, e subendo così gli effetti del fallimento in termini di falcidia; b) un danno alla stessa impresa

status implicherebbe un livello di tutela del consumatore che andrebbe ben oltre la lettera della legge, fondandosi sul valore di solidarietà sociale *ex art.* 2 della Costituzione.

Non stupisce che tale tesi è stata sostenuta in occasione del recente orientamento giurisprudenziale che sanziona la concessione abusiva del credito da parte delle banche ma è proprio per questa ragione che dimostra la sua fallacia. In primo luogo, la fattispecie della concessione abusiva del credito fa inequivocabilmente riferimento alla dimensione imprenditoriale e non anche ai rapporti di credito che si instaurano con i clienti – consumatori. Inoltre, la sua *ratio* si rinviene prevalentemente nell'esigenza di tutelare il legittimo affidamento dei terzi che, sulla scorta della garanzia prodotta dalla concessione del credito da parte di un soggetto professionale come la banca, abbiano continuato a mantenere rapporti contrattuali con un'impresa già decotta. Ne consegue che l'istituto di credito sarebbe tenuto a risarcire i danni derivati ai terzi per il falso affidamento che ha ingenerato a seguito della concessione del credito a un'impresa che non presenta i requisiti di affidabilità e meritevolezza.

Si può, quindi, concludere che al finanziatore non è richiesto un *quid pluris* rispetto al canone di diligenza professionale del *bonus argentarius*³⁶³ nell'adempimento del dovere di assistenza e di verifica del merito creditizio. Infatti, una volta assolti diligentemente tali obblighi precontrattuali il consumatore non può dolersi dell'indebitamento che è comunque conseguito all'erogazione del credito³⁶⁴.

finanziata, consistente nel costo del finanziamento (per interessi o spese) che la curatela dovrà comunque restituire, nel concorso con gli altri creditori. (...)>>.

³⁶³ Anche i ricorsi decisi dall'ABF valutano la condotta del finanziatore in base al criterio del *bonus argentarius* inteso quale generale obbligo di correttezza e buona fede ma qualificato dal particolare grado di professionalità richiesto al banchiere. Cfr. ABF, coll. centro, nr. 7699/2014.

³⁶⁴ Cfr. FALCONE G., *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2010, fasc.5, pp. 643 – 658 e MODICA L., *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, op. cit..

§ 3.6.1 Cenni sull'onere probatorio

Il tema dell'azionabilità del rimedio risarcitorio deve essere, infine, completato da qualche cenno sull'onere probatorio.

Nell'ordinamento italiano, la regola generale sulla ripartizione dell'onere della prova prevede, *ex art. 2697 c.c.*, che chi agisce in giudizio per far valere un diritto è tenuto a provare i fatti posti a fondamento della sua domanda e chi si oppone deve provare l'inefficacia i tali fatti o gli eventi modificativi-estintivi del diritto³⁶⁵.

Volendo circoscrivere la trattazione alle sole obbligazioni professionali, è opportuno notare che, tradizionalmente, queste sono state qualificate come obbligazioni di mezzi³⁶⁶. Il professionista, accettando l'incarico, si impegna a svolgere l'attività tecnica-professionale necessaria a raggiungere il risultato sperato dal cliente ma non a conseguirlo³⁶⁷.

Ciò implica che qualora il cliente lamenti di aver subito un danno è tenuto a provare la *<<difettosa o inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno e il rapporto di causalità la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno; mentre incombe al professionista l'onere di provare l'impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione³⁶⁸>>*. Dunque, in caso di mancato o inesatto adempimento, il cliente ha l'onere di allegare e provare la violazione del dovere di diligenza posto in capo al professionista *ex art. 1176 co. 2 c.c.*. Questa regola, però, costituisce inevitabilmente una *probatio diabolica* per il soggetto poiché potrebbe non possedere gli strumenti idonei a dimostrare

³⁶⁵ Art. 2697 c.c.: *<<Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda>>*.

³⁶⁶ Alle obbligazioni di mezzo si contrappongono le obbligazioni di risultato, nelle quali il debitore si impegna a perseguire il risultato pattuito. La differenza fra obbligazioni di mezzo e di risultato si coglie laddove si lamenti l'inesatto adempimento della prestazione poiché nel primo caso è necessario provare la colpa professionale accanto al mancato raggiungimento, mentre nel secondo caso è sufficiente la prova di quest'ultimo.

³⁶⁷ Cfr. Cass. nr. 2429/1975.

³⁶⁸ Cit. Cass. nr. 961/1961.

la negligenza, imprudenza e imperizia della condotta del professionista, che gli ha cagionato un danno.

Dunque, l'applicazione della norma generale della ripartizione dell'onere della prova è suscettibile di creare forti iniquità nelle ipotesi in cui la fonte della prova non sia nella disponibilità del soggetto che è tenuto a presentarla ma della controparte, che ha l'opposto interesse a paralizzare la domanda. Per questa ragione, si è reso necessario integrare le disposizioni dell'art. 2697 c.c. con una regola che ne ponderi gli effetti.

In un primo momento, la giurisprudenza ha cercato di alleggerire l'*onus probandi* a carico dell'attore, ritenendo sufficiente la prova dell'anormalità del risultato per presumere la colpa del professionista e, quindi, gravare il professionista della prova contraria (cd. inversione dell'onere della prova)³⁶⁹.

Il vero cambiamento, però, è intervenuto con la sentenza nr. 13533/2001 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁷⁰. Nello specifico, la sentenza verte sulla prova dell'inadempimento in relazione ai rimedi offerti dall'art. 1453 c.c., in tema di contratti a prestazioni

³⁶⁹ Cass. civ., sez. III, nr. 6141/1978: <<Il cliente, che assume di essere stato danneggiato dalla prestazione professionale del chirurgo, ha l'onere di provare che l'operazione (ed eventualmente le terapie postoperatorie) era di facile esecuzione (non richiedeva, cioè, particolare abilità e presentava un minimo rischio di esito negativo o peggiorativo), e che per effetto dell'intervento (e, se del caso, delle terapie postoperatorie) ha subito un peggioramento delle condizioni originarie, mentre il chirurgo, per liberarsi della presunzione di inadeguata o negligente effettuazione della prestazione conseguente all'adempimento dell'indicato onere probatorio a carico del cliente, deve provare che ha eseguito in modo adeguato e diligente la prestazione e che l'esito peggiorativo dell'operazione è stato determinato da un evento imprevisto e imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale ovvero dalle particolari condizioni fisiche del paziente non accertabili con la medesima diligenza>>.

³⁷⁰ Cass. civ., S.U., nr. 13533/2001: <<L'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c. (e non soltanto nel caso di domanda di adempimento), con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù di tale principio, che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Ed appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione>>.

corrispettive. A fronte di un contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite intervengono affermando che, indipendentemente dall'azione promossa³⁷¹, l'onere della prova rimane invariato e vengono proclamati due importanti principi: la "presunzione della persistenza del diritto insoddisfatto" e la "vicinanza della prova".

In forza del primo principio, è previsto che la prova del fatto costitutivo della pretesa attrice, importa l'onere del convenuto di provare il fatto estintivo della sua obbligazione. Il secondo principio della "vicinanza della prova" impone di distribuire l'*onus probandi* tenendo conto, in concreto, della possibilità dell'attore e del convenuto di provare fatti e circostanze che ricadano nella rispettiva sfera di azione.

La presente sentenza ha il pregio di rendere irrilevante, ai fini dell'onere della prova, la distinzione fra obbligazioni di mezzo e di risultato poiché al creditore è sempre richiesto di provare soltanto il titolo su cui si fonda la sua pretesa e di allegare l'inadempimento ed è lasciato al debitore la prova dell'esattezza della prestazione³⁷².

Vi è di più, il principio di vicinanza della prova ha trovato definitiva conferma in due successive sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – nrr. 577/2008 e 582/2008 – che ne hanno valorizzato l'applicazione non soltanto nelle ipotesi di responsabilità contrattuale ma anche aquiliana.

In mancanza di specifiche regole in tema di onere probatorio nella dir. 2008/48/CE, si deduce che il legislatore abbia lasciato agli Stati membri la libertà di disciplinare la materia secondo i canoni del proprio ordinamento. Dunque, è ragionevole affermare che l'art. 2697 c.c. e i relativi principi trovino applicazione anche nelle ipotesi in cui il consumatore intenda agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno derivante mancato o inesatto adempimento del dovere di assistenza e di verifica del merito creditizio.

³⁷¹ Ai sensi dell'art. 1453 c.c. a fronte dell'inadempimento è possibile richiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, fermo restando il diritto a ottenere il risarcimento del danno.

³⁷² Nota bene che la Cassazione precisa il regime probatorio dettato dalla sentenza non è applicabile ai contratti che abbiano ad oggetto un'obbligazione di *non facere*.

Fra l'altro, il sistema di ripartizione dell'onere della prova adottato in Italia trova un riscontro positivo nella recente sentenza C-449/13 della Corte di Giustizia³⁷³, nella quale è stata proclamata l'impossibilità di far gravare la prova della mancata esecuzione degli obblighi prescritti agli articoli 5 e 8 dir. 2008/48/CE sul consumatore.

Secondo il parere della Corte, le norme nazionali che dispongono l'onere della prova a carico del consumatore sarebbero in contrasto con il principio di effettività della tutela, che la direttiva comunitaria intende garantire a questi³⁷⁴. Nel caso di specie, il principio di vicinanza della prova garantisce la tutela effettiva del consumatore poiché farebbe gravare sul professionista l'onere di provare la corretta esecuzione dei propri doveri precontrattuali, in quanto *<<un creditore diligente deve essere consapevole della necessità di raccogliere e conservare prove dell'esecuzione degli obblighi di informazione e di spiegazione ad esso incombenti³⁷⁵>>*.

Inoltre, l'effettività del principio di cui sopra è garantito dalla precisazione immediatamente successiva che vieta al professionista di

³⁷³ È opportuno precisare il contesto nel quale si inserisce il problema dell'onere della prova non è relativo a un'azione di risarcimento del danno promossa dal consumatore ma la Corte di Giustizia enuncia dei principi di diritto che possono trovare applicazione in qualunque controversia che abbia a oggetto la concessione del credito ai consumatori.

Il giudice del rinvio è stato adito da un finanziatore per ottenere la condanna di due debitori insolventi al pagamento delle somme dovute, maggiorate degli interessi. Il giudice del rinvio dichiara la decadenza dal diritto a ricevere gli interessi di mora poiché rileva d'ufficio che la società creditrice non ha provato adeguatamente l'adempimento degli obblighi precontrattuali gravanti su di essa. Infatti, l'inserimento di una clausola finalizzata a dare atto dell'adempimento non costituisce una prova poiché ha l'effetto di invertire l'*onus probandi* sul consumatore, vanificando l'effettività della sua tutela. Viene, dunque, presentato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia relativa alla distribuzione e alle modalità della prova dell'adempimento.

³⁷⁴ Cfr. sent. C-449/13 par. 27: *<<Va (...) precisato che l'osservanza di quest'ultimo principio sarebbe compromessa se l'onere della prova dell'inadempimento degli obblighi di cui agli articoli 5 e 8 della direttiva 2008/48 gravasse sul consumatore. Infatti, quest'ultimo non dispone di mezzi che gli consentono di provare che il creditore, da un lato, non gli ha fornito talune informazioni prescritte dall'articolo 5 di detta direttiva e, dall'altro, non ha verificato la sua solvibilità>>*.

³⁷⁵ Cfr. sent. C-449/13 par. 28: *<<Per contro, l'effettività dell'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva 2008/48 è garantita da una norma nazionale secondo la quale il creditore, in via di principio, è tenuto a dimostrare dinanzi al giudice la corretta esecuzione di tali obblighi precontrattuali. Una norma siffatta mira a garantire, come ricordato al punto 21 della presente sentenza, la tutela del consumatore, senza pregiudicare in maniera sproporzionata il diritto del creditore ad un equo processo. Infatti, come constatato dall'avvocato generale al paragrafo 35 delle sue conclusioni, un creditore diligente deve essere consapevole della necessità di raccogliere e conservare prove dell'esecuzione degli obblighi di informazione e di spiegazione ad esso incombenti>>*.

liberarsi dall'onere di provare l'adempimento per mezzo di una clausola, sottoscritta dal consumatore, che attesti <<la piena e corretta esecuzione degli obblighi precontrattuali³⁷⁶>>, comportando così un'inversione dell'onere della prova. Una simile clausola, inserita nel contratto, assumerebbe il valore di un mero indizio del corretto assolvimento degli obblighi precontrattuali che non esonera il finanziatore dall'onere di fornire una prova più rigorosa dell'adempimento, laddove il giudice o il consumatore intendano contestarlo.

Probabilmente, presto si renderà necessario valutare, in concreto, quali possano essere gli strumenti che utili al finanziatore per fornire una prova incontrovertibile del corretto adempimento delle pratiche precontrattuali ma è un aspetto, senza dubbio, successivo all'individuazione della regola di distribuzione dell'onere della prova.

§ 3.7 Cenni conclusivi sugli strumenti di tutela predisposti dal codice del consumo

Il particolare *status* dei contraenti che si apprestano a concludere un contratto di credito al consumo richiede di integrare la disciplina contenuta nel TUB con quella del codice del consumo. Infatti, sebbene il governo abbia preferito inserire la disciplina del credito al consumatori nel TUB³⁷⁷, non si può prescindere dai precetti di ordine generale, dettati dal d.lgs. 206/2005 per regolare la relazione contrattuale fra il consumatore e il professionista. Dunque, persino la ricerca di strumenti idonei a tutelare il consumatore contro i comportamenti scorretti del professionista si orienta verso il codice del consumo, in cui ne sono predisposti alcuni per la tutela collettiva dei consumatori. Il riferimento è essenzialmente alle disposizioni in tema di pratiche commerciali scorrette e di azione di classe.

³⁷⁶ Cit. sent. C-449/13 par. 31.

³⁷⁷ Sul punto cfr. *ex multis* § 2.1.

In materia bancaria, la casistica sulle pratiche commerciali scorrette è particolarmente vasta poiché i prodotti bancari presentano un pericolosità intrinseca per famiglie – data l’incidenza che possono avere sulla situazione patrimoniale – e l’elevato livello di diligenza che si attende dal professionista è spesso disatteso. La stessa riforma apportata dal d.lgs. 141/2010 ha innalzato il grado di trasparenza della banca nei confronti del cliente, costruito essenzialmente su pregnanti obblighi informativi che investono tutte le fasi del rapporto. Pertanto la tutela del cliente-consumatore, in termini di correttezza e trasparenza informativa, deve essere garantita sin dal primo contatto ma, nella prassi, le violazioni contestate più di frequente sono relative proprio alla violazione degli obblighi informativi. Si è avuto modo di cogliere l’importanza che le informazioni rivestono per consentire al consumatore di effettuare una scelta consapevole e adeguata alla propria situazione finanziaria. A questo fine, le informazioni pubblicitarie e contrattuali necessitano di essere chiarite e approfondite tramite l’attività di assistenza e verifica del merito creditizio, in considerazione della complessità che caratterizza il prodotto creditizio e la minor frequenza a cui vi ricorre il consumatore.

Si possono avanzare seri dubbi circa l’effettivo adempimento da parte delle banche di così numerosi obblighi informativi e in special modo del dovere di informazione personalizzata al singolo consumatore. Tuttavia, il maggior numero di pratiche commerciali scorrette è stato “denunciato”³⁷⁸ nella fase pubblicitaria³⁷⁹ per prodotti come il conto corrente bancario o la concessione di prestiti. Ad esempio, per quanto riguarda la categoria del credito ai consumatori l’*Antitrust* ha contestato la scarsa chiarezza e trasparenza dei rapporti poiché fondate sulla trasmissione di informazioni

³⁷⁸ Il verbo denunciare è qui usato in maniera impropria poiché il procedimento diretto ad accertare l’esistenza di una pratica commerciale scorretta è avviato d’ufficio dall’*Antitrust* o su istanza di un soggetto che ne abbia interesse.

³⁷⁹ Si pensi ai messaggi pubblicitari – appositamente creati per attrarre l’attenzione della clientela – che indicano vantaggiosi tassi di interesse senza specificare le condizioni per la loro applicazione. Su questo tema cfr. *ex multis* § 2.2.

inesatte o incomplete che, dunque, producono effetti fuorviati per la clientela³⁸⁰.

Nella prassi, dunque, non sono mai state sanzionate pratiche commerciali scorrette che attenessero allo specifico profilo della concessione responsabile del credito. Ciò non deve costituire motivo per escludere la configurabilità di una pratica commerciale scorretta qualora un'istituzione bancaria manchi di predisporre le strutture e il personale adeguati per garantire ai consumatori la fruizione del servizio di assistenza e verifica del merito creditizio ai consumatori. Infatti, la scorrettezza del comportamento delle banche nei confronti dei consumatori è valutata con particolare riferimento alla violazione dei doveri di completa informazione. Inoltre, è parere dell'*Antitrust* che la diligenza del professionista debba consistere nell'indirizzare il consumatore verso la tipologia di contratto più adatta alla situazione finanziaria³⁸¹.

Un altro strumento per la tutela collettiva degli interessi dei consumatori, di recente introdotto nell'ordinamento italiano, l'azione di classe o *class action*. Con questo termine si individua una peculiare modalità di accesso alla giustizia che ha per oggetto l'accertamento della responsabilità del professionista e la condanna al risarcimento del danno, nell'interesse di una pluralità di consumatori (*i.e.* la classe) che condividono la medesima esigenza di tutela giurisdizionale. Non è questa la sede per trattare approfonditamente il tema ma basti specificare che l'azione di classe non costituisce uno strumento generale di tutela ma si limita a tutelare una specifica gamma di diritti, secondo quanto indicato *ex art.* 140-*bis* co. 2 cod. cons.³⁸².

³⁸⁰ GABRIELE A., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti banca-cliente*, relazione finale del corso di alta formazione consumatori e mercati, Università degli studi di Roma Tor Vergata, 2014, http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/agliassa_1_la_class_action_nei_confronti_delle_banche_2013.pdf.

³⁸¹ CATRICALÀ A. e PIGNALOSA M.P., *Manuale di diritto dei consumatori*, Roma, 2013.

³⁸² Art. 140-*bis* co. 2: <<L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i

In termini generali, dalla sua introduzione, l'azione di classe non ha trovato rapida diffusione in Italia per diverse ragioni, da una parte si colloca lo scetticismo degli operatori del diritto verso le novità giuridiche, soprattutto di natura processuale, e dall'altra il difficile raggio applicativo della stessa disciplina³⁸³.

Con specifico riferimento al settore bancario, le poche azioni collettive promosse sono fondate sul tema delle commissioni di massimo scoperto. Dunque – come nel caso delle pratiche commerciali scorrette – si tratta di valutare applicabilità di questo strumento per la tutela delle posizioni giuridiche dei consumatori, lese dalla violazione dei doveri comportamentali del professionista.

Tenuto conto della ristretta categoria di diritti azionabili *ex art. 140-bis*, si può suggerire un'ipotesi ricostruttiva dell'azione di classe, qualora la violazione del dovere di assistenza e verifica del merito creditizio venga qualificata come pratica commerciale scorretta in quanto la *class action* garantisce la tutela di diritti (omogenei) lesi proprio da una pratica commerciale scorretta. Questa appare la ricostruzione più sicura. Inoltre, interessa sottolineare la connessione fra questi due strumenti di tutela poiché il riscontro di una pratica scorretta consente di irrogare sanzioni all'operatore professionale ma non rimuove gli effetti pregiudizievoli che si sono generati da quella pratica nella sfera giuridica del consumatore. Il ricorso, dunque, all'azione di classe consentirebbe al consumatore di ottenere una pronuncia di condanna al risarcimento del danno che avrebbe

diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali>>.

³⁸³ Dal primo gennaio 2010, data in cui l'azione di classe è divenuta azionabile, sono solo tre i casi la cui decisione si è conclusa nel merito, superando il vaglio di ammissibilità, a favore dei consumatori. I casi sono del Tribunale di Napoli 18.02.2013 in materia di pacchetti turistici, Corte d'Appello Milano 28.08.2013 in materia di pubblicità ingannevole di un vaccino antiinfluenzale e l'ultimo Tribunale Torino 10.04.2014 relativo all'opaco sistema di commissioni previste per la concessione del credito.

l'effetto di ripristinare – almeno per equivalente – lo *status quo ante* la violazione³⁸⁴.

Altrimenti, l'inadempimento dei suddetti obblighi comportamentali dovrebbe essere configurato quale lesione di un diritto contrattuale, *ex art. 140-bis co. 2 lett. a)*, ma la sua ammissibilità sarebbe fortemente volubile agli orientamenti della giurisprudenza, considerato che la violazione di simili obblighi genera una responsabilità di natura precontrattuale in capo al professionista. Giova, infatti, ricordare che l'orientamento maggioritario propende per la qualificazione extracontrattuale della responsabilità *ex art. 1337 c.c.*. Soluzione, quindi, che escluderebbe a priori il ricorso alla *class action*.

³⁸⁴ Nel 2009, l'allora presidente dell' Antitrust Catricalà ha sottolineato l'importanza della connessione di questi due strumenti di tutela a fronte della propensione degli operatori professionali a perpetrare le violazioni anche dopo l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie. Questi, infatti, continuano a valutare conveniente il ricorso a pratiche commerciali scorrette, nonostante il peso economico della sanzione, poiché l'accertamento dell'Antitrust non impone di rimuovere i loro effetti che, quindi, continuano a produrre vantaggi in capo al professionista. Cfr. Audizione Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato presso la Commissione Finanze della Camera dei deputati su "Il credito al consumo", Roma, 17 novembre 2009.

CONCLUSIONI

La nuova direttiva sul credito ai consumatori ha il merito di aver introdotto un innovativo sistema di adempimenti, finalizzato a favorire la concessione responsabile del credito, che mai è stato sperimentato prima nel settore bancario, nonostante il linguaggio poco nitido utilizzato per descriverne la portata applicativa desti qualche perplessità.

La ragione di questa scelta risiede nel lungo e complesso *iter* normativo che ha condotto all'adozione della direttiva 2008/48/CE poiché, nelle intenzioni del legislatore comunitario, gli obiettivi di revisione della direttiva 87/102/CEE erano piuttosto chiari.

La consapevolezza che il ricorso al credito costituisca, da un lato, una fonte di finanziamento dei consumi sempre più frequente e, dall'altro, una minaccia di sovra indebitamento di un numero crescente di famiglie, ha reso necessaria <<un'armonizzazione delle misure preventive inerenti alle norme riguardanti l'informazione dei debitori>> e <<la responsabilità di coloro che offrono il credito³⁸⁵>>.

In effetti, la nuova disciplina ha tradito in parte le aspettative di protezione dei consumatori, tanto che al riguardo appare efficace la distinzione, operata in dottrina, fra “punti bianchi e punti grigi” per individuare fra le principali novità apportate dalla direttiva, quelle che hanno potenziato il sistema e quelle che, invece, hanno disatteso le previsioni³⁸⁶.

Non è un caso che in questa seconda categoria vi rientri proprio la disciplina dell'informazione precontrattuale e, in particolar modo, la previsione di fornire “*chiarimenti adeguati*”. La disciplina dell'art. 5 par. 6 dir. 2008/48/CE – e del corrispettivo art. 124 co. 5 TUB – manca di

³⁸⁵ Cfr. Risoluzione Consiglio dell'Unione Europea del 26.11.2001 sulle linee guida di politica legislativa che avrebbero dovuto guidare l'adozione della nuova disciplina sul credito ai consumatori in ANTONUCCI A., *Credito al consumo e zone limitrofe: una scheda di lettura del d.lgs. n.141 del 2010*, in Nuova giur. civ. comm., 2011, pt. 2, cit. p. 301.

³⁸⁶ ANTONUCCI A. utilizza questa efficace contrapposizione fra punti bianchi e punti grigi della direttiva in *Credito al consumo e zone limitrofe: una scheda di lettura del d.lgs. n.141 del 2010*, *ibidem*.

quell'incisività che sarebbe stata necessaria per garantire l'effettività del principio del "*credito responsabile*". Come si è avuto modo di notare nel corso della trattazione, non soltanto la descrizione della fattispecie è alquanto carente ma, addirittura, la previsione di rimedi a seguito della violazione del dovere di fornire chiarimenti adeguati è del tutto assente.

Di certo, lo strumento ermeneutico e l'attività di normazione degli Stati membri consentono di colmare tali lacune ma non si può fare a meno di notare che quell'obiettivo di armonizzazione massima – proclamato nel *considerando* nr. 9 – per la garanzia di <<*un livello elevato ed equivalente di tutela*>> degli interessi dei consumatori e la creazione di <<*un vero mercato interno*>> è stato compromesso.

Probabilmente anche lo stesso effetto cogente della disposizione risente di una formulazione dai contorni così poco definiti.

Ci si può, infatti, domandare se nella prassi i finanziatori adempiano scrupolosamente al dovere precontrattuale di fornire assistenza e se il consumatore sia consapevole di questo ulteriore grado di tutela a lui riservato *ex lege*. L'esperienza, in verità, rivela che l'utilizzo di ulteriori risorse umane e pecuniarie per assistere il consumatore nella scelta del contratto da sottoscrivere va contro gli interessi di profitto della banca. Dunque, il professionista, nelle fasi che precedono la conclusione del contratto, si limita a consegnare al consumatore i moduli relativi alle informazioni di base senza assicurarsi che il consumatore abbia correttamente inteso il loro contenuto. D'altro canto è la stessa legge che legittima un simile comportamento, ritenendo adempiuto il dovere di informazione precontrattuale tramite la consegna del modulo cartaceo, *ex art. 124 co. 2 TUB*.

Inoltre, la realtà dei fatti dimostra che spesso il consumatore è in imbarazzo a richiedere ulteriori chiarimenti al professionista e conclude contratti di cui non ne comprende le effettive conseguenze nella propria sfera patrimoniale.

Tutto ciò è frutto dell'agire irrazionale degli operatori del mercato creditizio poiché se i professionisti fossero veramente consapevoli

dell'impatto positivo che la concessione responsabile del credito avrebbe per l'intero sistema economico, ben più volentieri investirebbero tempo e denaro per adempiere al loro dovere di assistenza e verifica del merito creditizio nei confronti del singolo consumatore.

BIBLIOGRAFIA

AGLIASSA LUISA, *La class action nei confronti delle banche*, in http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/agliassa_1_la_class_action_nei_confronti_delle_banche_2013.pdf

ALPA GUIDO, *La trasparenza dei contratti bancari*, della collana Strumenti e modelli di diritto dell'economia proposti da G. Alpa, A. Antonucci, F. Capriglione, S. Ortino, Bari, 2003

ANTONUCCI ANTONELLA, *Credito al consumo e zone limitrofe: una scheda di lettura del d.lgs. n.141 del 2010*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2011, pt. 2, pp. 297 – 304

ANTONUCCI ANTONELLA, *Diritto delle banche*, quinta edizione, Milano, 2012

ANTONUCCI ANTONELLA, *Class action bancaria: considerazioni sulla prima vittoria consumeristica*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2014, fasc. 7 – 8, pt. 1, pp. 580 – 593

ASTONE MARIA, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in Europa e diritto privato, 2014, fasc. 1, pp. 1 – 44

AZADI GIADA, *Credito al consumo, obblighi precontrattuali del finanziatore e prova adempimento*, in Recentissime Corti europee a cura di Antonio Jannarelli e Nicola Sannicchio, in Giurisprudenza italiana, 2015, fasc. 1, pp. 22 – 23

AZADI GIADA, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, fasc. 2, pp. 285 – 293

BALDASSARRE ANTONIO, *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di Marco Fratini, Padova, 2011

BANCA D'ITALIA, *Le guide della Banca d'Italia: il credito ai consumatori in parole semplici*, in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/guide-bi/guida-credito-consumatori/index.html>

BAUSILIO GIOVANNI, *I contratti bancari (accordi, inadempimento, responsabilità, trattamento fiscale)*, della collana *Il diritto privato oggi* a cura di Paolo Cendon, Milano, 2007

BIANCA CESARE MASSIMO, *Diritto civile, La responsabilità, Vol.5*, Milano, 2012

BONGIOVANNI VERONICA, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, in *Europa e diritto privato*, 2014, fasc. 2, pp. 455 – 491

BONTEMPI PAOLO, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2014

BOVE ALFONSO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in *La disciplina dei rapporti bancari (normativa, giurisprudenza e prassi)*, a cura di Fabrizio Fiorucci della collana *Sapere diritto diretta da Paolo Cendon*, Padova, 2012

BRESCIA MORRA CONCETTA, *Il diritto delle banche*, della collezione *Manuali dell'Associazione Disano Preite*, Bologna, 2012

BRODI ELISA, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far <<comprendere>>: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti fra impresa e consumatori*, in Banca borsa e titoli di credito, 2011, fasc. 2, pt. 1, pp. 246 – 273

BUONAGUIDI VITTORIO, *Il credito al consumo. Risarcimento del danno*, in Il risarcimento del danno al consumatore, a cura di Paolo Cendon e Cristina Poncibò, della collana Trattati a cura di Paolo Cendon, Milano, 2014

BUONOCORE VINCENZO, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in Rivista di diritto civile, pt. 1, 1995, pp. 1 – 41

CAMEDDA ALESSANDRO, *L'attività di consulenza finanziaria tra autonomia e propedeuticità ai contratti di investimento. (Una questione in tema di responsabilità civile dell'intermediario finanziario)*, in Responsabilità civile e previdenza, 2012, fasc. 6, pp. 2045 – 2059

CAMPOBASSO GIAN FRANCO, *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in Banca borsa e titoli di credito, 1999, fasc. 5, pt. 1, pp. 562 – 582

CAPOBIANCO ERNESTO e LONGOBUCCO FRANCESCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in Contratto e impresa, 2011, fasc. 4 – 5, pp. 1142 – 1181

CARBONE PAOLO L., *La trasparenza bancaria e la tutela del risparmiatore – il commento*, in Il corriere giuridico, 1992, fasc.5, pp. 475 ss.

CARINGELLA FRANCESCO e BUFFONI LUCA, *Manuale di diritto civile*, della collana Manuali a cura di Francesco Caringella, Salvatore Mazzamuto e Giuseppe Morbidelli, Roma, 2013, IV edizione

CARNICELLI CRISTINA, *Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale: qualificazione e quantificazione*, in *Giustizia civile*, 2011, fasc. 6, pt. 2, pp. 293 – 318

CARGNIEL ELSIE e DE VELLIS GIULIA, *Disciplina del credito ai consumatori: nuovi “strumenti di trasparenza” e forma dei contratti bancari*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, fasc.1, pp. 312 – 341

CARRIÈRE PAOLO e BASCELLI MATTEO, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d’Italia*, in *I contratti*, 2009, fasc. 6, pp. 611 – 630

CARRIERO GIUSEPPE, *Dal credito al consumo al credito ai consumatori*, in *Le società*, 2007, fasc. 4, pp. 457 – 461

CARRIERO GIUSEPPE, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d’indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, fasc. 5, pp. 509 – 523

CARRIERO GIUSEPPE, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e diritto privato*, 2011, fasc. 2, pp. 505 – 523

CARRIERO GIUSEPPE, *Art.124 obblighi precontrattuali*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2012

CASCELLA GIANLUCA, *Contratti di finanziamento e tutela del consumatore*, in *Contratti di mutuo. Guida pratico-operativa* a cura di Ivan Natoli, Milano, 2012

CASSETTA ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, quattordicesima edizione

CATRICALÀ ANTONIO, *Il credito al consumo*, Audizione Presidente dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato presso la Commissione Finanze della Camera dei deputati, Roma, 17 novembre 2009, <http://www.agcm.it/stampa/news/2415-audizione-del-presidente-catricala-sul-credito-al-consumo.html>.

CATRICALÀ ANTONIO e PIGNALOSA MARIA PIA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013

CECCHINI MARCO, *Le politiche per l’educazione finanziaria*, in il risparmio degli italiani: tendenze e nuove sfide, AA. VV., Roma, 2011

CICCHINELLI SIMONE, *La formazione del contratto bancario: i “requisiti organizzativi” tra protezione dei “soggetti deboli” ed efficienza del mercato creditizio*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2013, fasc. 1, pt. 1, pp. 97 – 136

CIVALE FABIO, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria*, in *La trasparenza bancaria (rapporto banca-cliente e forme di tutela)*, a cura di Fabio Civale della collana *Il diritto privato oggi* a cura di Paolo Cendon, Milano, 2013

COSTI RENZO, *L’ordinamento bancario*, Bologna, quinta edizione, 2012

CRAVETTO CHIARA, *Il danno al consumatore e la responsabilità precontrattuale*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di Paolo Cendon e Cristina Poncibò, della collana *Trattati* a cura di Paolo Cendon, Milano, 2014

CRISTAUDO PIERPAOLO, MAGRI SILVIA, PICO RAFFAELLA e ZAVALLONE MARIA GIOVANNA, *Il credito al consumo durante la crisi: evidenze dai contratti*, in *Questioni di economia e finanza* nr. 234, Roma, Settembre 2014

DE CHIARA RAFFAELE, *Art.124-bis verifica del merito creditizio*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2012

DE CRISTOFARO GIOVANNI, *La nuova disciplina comunitari del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, fasc. 3, pp. 255 – 302

DE CRISTOFARO GIOVANNI, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *I contratti*, 2009, fasc. 12, pp. 1151 – 1157

DE CRISTOFARO GIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 2010, fasc. 11, pp. 1041 – 1059

DE CRISTOFARO GIOVANNI e OLIVIERO FRANCESCO, *I contratti di credito ai consumatori*, in *Trattato dei contratti* di Vincenzo Roppo, vol. V "mercati regolati", Milano, 2014

DE NOVA GIORGIO, *Due annotazioni in tema di trasparenza bancaria*, in *Rivista di diritto privato*, 2014, fasc.1, pp. 7 – 9

DE POLI MATTEO, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo (La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano)* a cura di Giovanni De Cristofaro della collana *Principi*

regole e sistema (Biblioteca di diritto privato) coordinata da R. Calvo, A. Ciatti e G. De Cristofaro, Torino, 2009

DE POLI MATTEO, *La contrattazione bancaria (tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza)*, della collana Saggi e monografie di diritto dell'economia diretta da Francesco Capriglione, Padova, 2012

DE POLI MATTEO, *Il credito ai consumatori nel testo unico bancario e creditizio*, in I contratti dei risparmiatori, a cura di Francesco Capriglione, della collana Istituti di diritto civile diretta da Giudo Alpa, Milano, 2013

DI DONNA LUCA, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, fasc. 1, pp. 241 – 248

DI MAJO ADOLFO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2002, fasc. 3, pp. 791 – 796

DI STASIO VALERIO, *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie bancarie: ufficio reclami, conciliatore bancario, arbitro bancario finanziario*, in *La disciplina dei rapporti bancari (normativa, giurisprudenza e prassi)*, a cura di Fabrizio Fiorucci della collana Sapere diritto diretta da Paolo Cendon, Padova, 2012.

DOLMETTA ALDO ANGELO, *Sulle nozioni di “banca” e di “trasparenza”: spunti dal d.lgs. n.141/2010*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, fasc. 2, pt. 1, pp. 215 – 239

DONA MASSIMILIANO, *I principali contratti del consumo*, in *Diritto dei consumi (soggetti, contratti, rimedi)* a cura di Liliana Rossi Carleo, Torino, 2012

FALCONE GIOVANNI, *Prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, fasc. 5, pp. 643 – 658

FARINA VINCENZO, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contratti e impresa*, 2004, fasc. 2, pp. 842 – 869

FEBBRAJO TOMMASO, *La nuova disciplina dei contratti di credito “al consumo” nella Dir. 2008/48/CE*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, fasc. 1, pp. 223 – 232

FORCELLINI FEDERICA, *Il nuovo contratto di credito ai consumatori: profili rimediali*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2011, fasc. 9, pp. 221 – 257

GABRIELE ANGELA, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti banca-cliente*, relazione finale del corso di alta formazione consumatori e mercati, Università degli studi di Roma Tor Vergata, 2014, http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/agliassa_1_la_class_action_nei_confronti_delle_banche_2013.pdf

GAGGERO PAOLO, *Profili di responsabilità civile della banca*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di Francesco Capriglione, della collana Istituti di diritto civile diretta da Giudo Alpa, Milano, 2013

GALGANO FRANCESCO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008

GALGANO FRANCESCO, *Il contratto*, Padova, 2011, seconda edizione

GIORGIANNI FRANCESCO e TARDIVO CARLO MARIA, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, terza edizione, Milano, 2012

GORGONI MARILENA, *Sui contratti di finanziamento sei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, fasc. 2, pp. 323 – 345.

GRANATA ENRICO, *Evoluzione della proposta di Direttiva sul credito ai consumatori. Novità e criticità residue*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2006, fasc.2, pp. 51 – 61

GRECO FERNANDO, *La responsabilità della banca per informazioni errate o inesatte*, in *La disciplina dei rapporti bancari (normativa, giurisprudenza e prassi)*, a cura di Fabrizio Fiorucci della collana Sapere diritto diretta da Paolo Cendon, Padova, 2012

GUIO LUIGI, *Educazione finanziaria e scelte finanziarie*, in *Il risparmio degli italiani: tendenze e nuove sfide*, AA.VV., Roma, 2011

IACUMIN LUCA, *Azione di classe e tutela degli azionisti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, fasc. 1, pp. 89 – 95

IELASI FEDERICA, voce “*credito al consumo*”, in *Dizionario di microfinanza: le voci del microcredito*, a cura di Giampiero Pizzo e Giulio Tagliavini, Roma, 2013

IRTI NATALINO, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, fasc. 1, pp. 36 – 44

IURILLI CRISTIANO, *Il credito ai consumatori*, in *La disciplina dei rapporti bancari (normativa, giurisprudenza e prassi)*, a cura di Fabrizio Fiorucci della collana Sapere diritto diretta da Paolo Cendon, Padova, 2012

IURILLI CRISTIANO, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2014, fasc. 5, pp. 546 – 552

LUPOI ALBERTO, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contratto e impresa*, 2009, fasc. 6, pp.1244 – 1278

MACARIO FRANCESCO, *Il percorso di armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in *Rivista di diritto privato*, 2009, fasc. 4, pp. 71 – 101

MAFFEIS DANIELE, *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito al consumo*, in *I contratti*, 2005, fasc. 1, pp. 5 – 18

MARINI CLAUDIA, *La nuova disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in www.dirittobancario.it, aprile 2010

MARTORANO FEDERICO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, fasc. 6, pp. 697 – 714

MAJELLO UGO, *Commento all'art. 117*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, vol. 2, Bologna, 2003

MAZZAMUTO SALVATORE, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012

MINERVINI ENRICO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, fasc. 1, pt. 1, pp. 94 – 111

MINERVINI ENRICO, *La trasparenza contrattuale*, in *I contratti*, 2011, fasc. 11, pp. 977 – 983

MINTO ANDREA, *Il nuovo documento denominato <<informazioni europee di base>> nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2012, fasc. 1, pt. 1, pp. 98 – 124

MIRONE AURELIO, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, fasc. 5, pp. 557 – 608

MIRONE AURELIO, *Sistema e sottosistemi della nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2014, fasc. 4, pp. 337 – 419

MODICA LARA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e diritto privato*, 2009, fasc. 3, pp. 785 – 853

MODICA LARA, *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2012, fasc. 2, pp. 492 – 531

NIGRO ALESSANDRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza: dalla trasparenza alla "consulenza"?*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011

NOVARESE MARCO, *Educazione finanziaria e regolamentazione: riflessioni di economica cognitiva*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, fasc. 1, pp. 97 – 106

ORLANDO SALVATORE, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, fasc. 4, pp. 1033 – 1064

PAGLIANTINI STEFANO, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, a cura di Marilena Rispoli Farina, Vittorio Santoro, Antonella Sciarrone Alibrandi e Onofrio Troiano della collana *Il diritto della banca e della borsa (studi e dibattiti)*, Milano, 2009

PAGLIANTINI STEFANO, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, fasc.2, pp. 523 – 540

PELLEGRINI MIRELLA, *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di Francesco Capriglione, della collana *Istituti di diritto civile* diretta da Giudo Alpa, Milano, 2013

PELLEGRINO STEFANO, *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, fasc. 4, pp. 296 – 298

PIACENTINI BENEDETTA, *La trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2014, fasc. 3, pt. 1, pp. 349 – 362

PIEPOLI GAETANO, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2013, fasc. 1, pp. 38 – 67

PORZIO MARIO, *Relazione tra banca e cliente nella recente evoluzione del diritto bancario*, Atti del convegno “Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?”, Torino, 2011

PURPURA LUCA, *Strumenti finanziari e dovere di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto con la normativa post Mifid*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2010 fasc. 5, pt. 1, pp. 609 – 636

PURPURA LUCA, *L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2013, fasc. 2, pt. 1, pp. 222 – 230

QUADRI ENRICO, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, pt. 2, pp. 90 – 101

RAZZANTE RANIERI, *La “trasparenza bancaria” entra nell’ordinamento*, in *Le società*, 2004, fasc. 1, pp. 37 – 40

RINALDI MARCO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Approfondimenti per il concorso in magistratura*, della collana *Magistra* diretta da Roberto Giovagnoli, 2014, fasc. 2, pp. 8 – 18

RINALDI MARCO, *Gli obblighi di protezione e la responsabilità da contatto sociale qualificato*, *ibidem*, pp. 20 – 33

RISPOLI FARINA MARILENA e SPENA ANGELO, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, a cura di Marilena Rispoli Farina, Vittorio Santoro,

Antonella Sciarrone Alibrandi e Onofrio Troiano della collana Il diritto della banca e della borsa (studi e dibattiti), Milano, 2009

RUMI TIZIANA, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in I Contratti, 2014, fasc. 10, pp. 873 – 887

ROPPO VINCENZO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, Contratto e impresa, 2005, fasc. 3, pp. 896 – 910

ROPPO VINCENZO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti?*, in Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE, a cura di Marilena Rispoli Farina, Vittorio Santoro, Antonella Sciarrone Alibrandi e Onofrio Troiano della collana Il diritto della banca e della borsa (studi e dibattiti), Milano, 2009

ROPPO VINCENZO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in Corriere giuridico, 2009, fasc. 2, pp. 267 – 282

ROPPO VINCENZO, *Diritto privato*, Torino, 2014

ROSSI CARLEO LILIANA, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in Rivista di diritto privato, 2004, fasc. 2, pp. 349 – 375

SALANITRO UGO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in Europa e diritto privato, 2009, fasc.1, pp. 59 – 86

SANTORO VITTORIO e SCIARRONE ALIBRANDI ANTONELLA, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento dopo il recepimento della direttiva 2007/64/CE (d.lgs. 27 gennaio 2010, n.11)*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2010, fasc. 3, pt. 1, pp. 377 – 388

SANTORO VITTORIO, *I servizi di pagamento*, in Ianus Diritto e finanza (Rivista di studi giuridici- Università di Siena), 2012, fasc. 6, pp. 7 – 42

SCARPELLO ALDO, *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in Contratti e impresa, 2012, fasc. 1, pp. 227 – 273

SCOGNAMIGLIO CLAUDIO, *Il danno risarcibile tra interesse negativo ed interesse positivo*, in <http://www.personaedanno.it/risarcimento-reintegrazione/il-danno-risarcibile-tra-interesse-positivo-e-interesse-negativo-claudio-scognamiglio>

SPENA ANGELO, *Commento all'art.115 TUB*, in Testo unico bancario: commentario, a cura di Mario Porzio, Milano, 2010

SPENA ANGELO, *Commento all'art. 115 TUB*, in Testo unico bancario: commentario. Addenda di aggiornamento ai D.lgs. 141/2010 e 218/2010, a cura di Mario Porzio, Milano, 2011

URBANI ALBERTO, *La vigilanza sui soggetti esercenti il credito ai consumatori*, in Banca borsa e titoli di credito, 2012, fasc. 4, pt. 1, pp. 442 – 459

VALENTINO P, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in Commentario al Testo Unico in materia bancaria e creditizia, a cura di Francesco Capriglione, Padova, 2001

VETTORI GIUSEPPE, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, fasc. 2, pp. 104 – 108

VILLANI UGO, *Istituzione di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2011