



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

SEDE AMMINISTRATIVA: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI)

Scuola di Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale e Diritto Privato del Lavoro

Ciclo XXIX

TITOLO TESI

**OBBLIGHI INFORMATIVI E TUTELA DEL CONSUMATORE NEL
D.LGS.N. 72/2016 ATTUATIVO DELLA DIRETTIVA N. 2014/17/UE**

Direttore della Scuola : Chiar.mo Prof. Manuela Mantovani

Supervisore: Chiar.mo Prof. Lorenza Bullo

Dottorando: Grazia Di Mezza

**OBBLIGHI INFORMATIVI E TUTELA DEL CONSUMATORE NEL D.LGS.N.
72/2016 ATTUATIVO DELLA DIRETTIVA N. 2014/17/UE**

Indice

Introduzione 1

CAPITOLO I

**LA TUTELA DEL CONSUMATORE NELLA DIRETTIVA N. 17/2014/UE – MORTGAGE CREDIT
DIRECTIVE.**

1.1.Premessa 8

1.2.La direttiva n.48/2008/ Ce : evoluzioni problematiche ed esclusione dei
contratti di mutuo ipotecati..... 13

1.2.1 Il recepimento della direttiva sul credito al consumo: il d.lgs.n.141/2010
17

1.3.La direttiva n.17/2014 Ue. 21

1.4.Ratio dell'intervento normativo europeo in materia di credito immobiliare ai
consumatori 25

1.5.Il grado di armonizzazione perseguito 28

1.6.Ambito di applicazione..... 31

1.7.Definizioni rilevanti..... 36

1.8.La trasparenza precontrattuale nel mercato del credito al consumo e nel
mercato del credito immobiliare 53

1.8.1. Il concetto di trasparenza..... 54

1.8.2. La fase precontrattuale nella direttiva del credito ai consumatori 58

1.9.Il Tasso annuo effettivo globale come forma di trasparenza 60

1.10. La formazione del consumatore e dell'intermediario 65

1.10.1. La disciplina italiana: art. 128 *novies* Tub. 77

1.11. L'accesso alle banche dati: art. 21 della direttiva 78

1.12. Principi in tema di servizi di consulenza..... 80

1.12.1. Obbligo di fornire spiegazioni adeguate: art.16 80

1.12.2. "Standard" in materia di servizi di consulenza: art.22 83

1.13. La buona esecuzione dei contratti di credito. 88

1.13.1. Dibattito interno sulla natura giuridica dell'estinzione anticipata e art.25
della direttiva 89

1.13.2. (...segue) art. 28 "Morosità e pignoramenti". 97

1.13.3. Il trasferimento del bene ipotecato : cenni.	106
---	-----

CAPITOLO II

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA N. 17/2014/UE IN ITALIA.

2.1.Premessa	112
2.2.Il recepimento della direttiva n.17/2014/Ue: il decreto legislativo 21 aprile 2016, n.72	113
2.3.La trasparenza nel diritto bancario.....	117
2.3.1. Le disposizioni adottate in tema di “trasparenza”: gli “strumenti” della trasparenza.	121
2.4.Il Titolo VI del T.U.B.“Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti.”.	129
2.5.(... segue) Gli obblighi di cui all’art.7 della direttiva e l’art. 120 <i>septies</i> t.u.b.	130
2.5.1.(... segue) Le disposizioni più rilevanti.	137
2.6.La nuova disciplina del Capo I- <i>bis</i> “Credito immobiliare ai consumatori”.	141

CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI PRECONTRATTUALI NELLA DIRETTIVA

3.1.La fase precontrattuale e la fase esecutiva: principi e problemi.	150
3.2.Le informazioni da inserire nella pubblicità.	153
3.2.1. (...segue) dell’art. 10 “Disposizioni generali in materia di pubblicità e marketing”	154
3.2.2. (... segue) Analisi dell’art.11 “Informazioni di base da includere nella pubblicità”.....	156
3.3.Le pratiche commerciali abbinate: analisi dell’art.12	159
3.3.1. Le deroghe previste dall’art. 12	161
3.4.La fase precontrattuale e l’obbligo informativo: premessa.....	166
3.5.La fase precontrattuale e l’obbligo informativo	170
3.6.I nuovi obblighi informativi generali: art.13.	172
3.7.La gradualità dell’informazione:il passaggio all’informazione personalizzata. 175	
3.8.Le informazioni personalizzate: art.14.	177
3.9.Le Spiegazioni adeguate: art.16.....	180

3.10. L'applicabilità della disciplina del Prospetto informativo europeo standardizzato : il superamento del documento di sintesi.....	182
3.11. Trasparenza e formalismo negoziale	188
3.12. L'indagine sul merito creditizio.....	194
3.12.1. (...segue) l'art. 19 e ss : valutazione dei beni immobili.....	196
3.12.2. Il problema dei parametri utilizzabili in sede di valutazione del merito di credito: art.20 della direttiva	203

CAPITOLO IV

L'INATTUAZIONE DEGLI OBBLIGHI PRECONTRATTUALI

4.1. Le tecniche di tutela tra nullità, annullabilità e responsabilità.	207
4.1.1. La nullità virtuale art.1418 c.c.....	209
4.1.2. L'annullabilità	213
4.2. Regole di validità e regole di comportamento.	216
4.2.1. Gli art.1337 e art.1338 c.c.: coordinamento	222
4.2.2. Segue (...) L'art. 1440 c.c. e la teoria dei vizi incompleti.	226
4.2.3. (...segue) La soluzione delle Sezioni Unite in relazione alla differenza tra regole di validità e regole di correttezza.....	234
4.3. La responsabilità precontrattuale.....	236
4.3.1. Gli approdi della giurisprudenza: SS.UU.2007	241
4.4. Gli obblighi di cui all'art. 120 <i>novies</i> T.u.B.....	249
4.5. La responsabilità del creditore per violazione degli obblighi informativi ...	253
4.6. I rimedi nell'ambito della normativa sui contratti di credito in violazione degli obblighi precontrattuali	254
4.6.1. (...segue)Nei contratti di credito al consumo	261
4.6.2. Violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio.	265
4.6.3. Segue.(...) La patologia del Pies.	273
Conclusioni	275
Bibliografia.....	279

Introduzione

L'oggetto del presente lavoro è costituito dall'analisi e dalla rilettura in chiave sistematica degli obblighi di comportamento imposti agli operatori del credito alla luce della direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali; la ricerca si estende anche alla normativa interna di recepimento. La direttiva che si esamina rappresenta il più recente punto di arrivo di un procedimento ancora in itinere intrapreso dall'Unione europea al fine di creare un mercato comune del credito residenziale che sia trasparente ed efficiente. Il presente lavoro è dunque animato dal proposito di guardare ai nuovi confini della teoria dei doveri di comportamento, così come arricchita dal recente intervento normativo europeo, delimitandone l'estensione e determinando così il punto di ripresa di vigore del principio di autonomia privata in senso classico. Dal confronto con le regole di comportamento contemplate nell'ambito di quello che una parte della tradizione civilistica italiana definisce "diritto primo", la riflessione mira ad illustrare le specificità dei doveri di condotta all'interno di uno tra gli esempi più recenti di "diritti secondi": quello della contrattazione con il consumatore. Il recepimento della direttiva attraverso il d.lgs.n.72/2016 con le modifiche al Titolo VI del T.u.b. "*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*" e l'inserimento del nuovo Capo I bis in materia di "*Credito immobiliare ai consumatori*", che fornisce una chiara regolamentazione in merito ai contratti di credito per l'acquisto di immobili residenziali, al fine di assicurare un'adeguata protezione dei consumatori che vogliono stipulare tali contratti, ha dato modo di verificare in che termini l'attuazione della normativa abbia effettivamente fatto un passo in avanti in termini di trasparenza precontrattuale e quindi, indirettamente, di tutela del consumatore.

La ricerca si svolge attraverso quattro capitoli che condurranno, con un crescendo di informazioni e approfondimenti sul tema, alla completa trattazione dello stesso.

Il primo capitolo è dedicato a ricostruire sinteticamente il contesto storico ed economico-sociale in cui la direttiva relativa ad immobili residenziali è venuta ad affermarsi. La trattazione inizia quindi con il richiamo alla disciplina del credito al consumo di cui alla direttiva n.48/2008/CE recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs n. 141 del 2010, e ai problemi che ha lasciati irrisolti e che hanno trovato poi nella direttiva del 2014 il punto di partenza. Obiettivo primario della direttiva è quindi quello di colmare la lacuna lasciata dalla precedente disciplina del credito al consumo della direttiva n. 48/2008/CE, attraverso un ampliamento del proprio raggio di azione indirizzandosi al settore del credito immobiliare fino a quel momento escluso dagli interventi del legislatore sovranazionale e che aveva fatto quindi emergere tra i diversi Stati quel particolarismo giuridico che fino a quel momento aveva caratterizzato la regolamentazione del credito immobiliare. Non rifugge poi alla direttiva di voler contrastare gli effetti della crisi finanziaria che si è manifestata su gran parte dei mercati europei e le cui cause vengono ritrovate per gran parte nella scarsa cultura finanziaria dei consumatori incrementata dal contestuale comportamento irresponsabile dei mutuanti. La prima parte del lavoro, intende offrire un'analisi completa della direttiva n.17/2014; si è proceduto dapprima con uno sguardo generale alla stessa, soffermandosi poi su quei profili che faranno da guida all'intero lavoro di ricerca. Al di là delle definizioni di consumatore e contratto di credito, riprese dalla precedente direttiva sul credito al consumo, sono apparse interessanti le puntuali indicazioni date in ordine ai soggetti che possono erogare credito al pubblico, e che dunque possono rivestire la qualità di "creditore". Dalle definizioni di "ente creditizio" e di "ente non creditizio", contenute rispettivamente dai nn. 9) e 10) dell'art. 4, emerge come l'ente creditizio viene delineato attraverso un richiamo dell'art. 4, paragrafo 1, punto 1) del regolamento (UE) n. 575/2013 come

“un'impresa la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto” e, corrisponde alla nozione di banca di cui all'art.1 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia; mentre il secondo viene qualificato, in negativo, come “un creditore che non è un ente creditizio” (art. 4, n. 10 della direttiva 2014/17/UE). Tra i soggetti cui si applica la normativa in esame v'è altresì l'intermediario del credito, che l'art. 4, n. 5) definisce come la persona fisica o giuridica che, non agendo come creditore o notaio, non si limita a presentare direttamente o indirettamente un consumatore ad un creditore o ad un intermediario del credito ma, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale e dietro versamento di un compenso, “presenta od offre contratti di credito ai consumatori”, “assiste i consumatori svolgendo attività preparatorie o altre attività amministrative precontrattuali per la conclusione di contratti di credito” diverse da quelle inerenti alla presentazione o all'offerta dei contratti di credito, “conclude con i consumatori contratti di credito per conto del creditore.” Si tratta dunque di un soggetto professionista che non concede direttamente un finanziamento ai consumatori utilizzando le proprie risorse finanziarie, limitandosi ad agire quale intermediario tra i soggetti abilitati alla erogazione di finanziamenti al pubblico ed i consumatori, impegnandosi a svolgere – a titolo oneroso – attività che spaziano dalla presentazione di un prodotto creditizio, alla assistenza nella fase precontrattuale o alla conclusione del contratto di credito nella qualità di mandatario del “creditore. Nell'ottica degli strumenti previsti per la tutela del consumatore, si è analizzato in particolare il concetto di trasparenza precontrattuale, dapprima nella sua accezione generale per poi apprezzarne la declinazione nel mercato del credito al consumo e infine nella disciplina dei contratti relativi a beni immobili residenziali. Questo profilo, sarà poi ulteriormente approfondito nel Capitolo secondo nell'ulteriore declinazione che si fa della trasparenza questa volta però di tipo “bancario” rientrando i nuovi obblighi informativi introdotti dal d.lg.n72/ all'interno del Titolo VI del T.U.B., “Trasparenza delle condizioni contrattuali dei rapporti con i clienti.” Dato per certo che lo scopo della direttiva è altresì quello di contrastare gli effetti della crisi finanziaria le cui cause vengono ritrovate per gran parte nella scarsa cultura finanziaria dei consumatori incrementata dal contestuale comportamento irresponsabile dei mutuanti, al fine quindi di accrescere la capacità dei consumatori di sapere assumere autonomamente decisioni informate e responsabili sulla opportunità o meno di concludere un contratto di credito immobiliare, la direttiva impegna gli Stati membri del compito di promuovere misure che potenzino l'educazione finanziaria dei mutuatari prima e a prescindere da una eventuale relazione negoziale con il professionista. Assume quindi ruolo determinante, la promozione dell'educazione finanziaria dei consumatori, attraverso l'obbligo gravante sugli operatori del credito di fornire al consumatore informazioni generali e personalizzate in modo che il consumatore possa manifestare un consenso pieno ed informato in ordine alla conclusione di uno specifico contratto di credito. Nel contesto del credito immobiliare, il legislatore vedremo auspica che gli obblighi informativi, strumento principe di cui la normativa consumeristica di origine europea si serve per ridurre le asimmetrie informative tra consumatore e professionista, siano destinati ad un consumatore consapevole almeno di quel minimo di conoscenza del funzionamento del mercato del credito, in grado quindi di comprendere il contenuto e l'esatto significato delle informazioni di cui sarà destinatario in sede precontrattuale dal professionista e libero di decidere quindi se avvalersi o meno dei servizi di consulenza creditizia. Sotto questo profilo, la direttiva che si esamina, delinea un vero e proprio statuto comportamentale del professionista vincolando il suo operato ai precetti dell'onestà, dell'equità, della trasparenza e della professionalità, imponendogli di tenere sempre in conto degli interessi e dei diritti del consumatore. Pur avendo affrontato nella parte finale del capitolo il delicato tema dell'esecuzione del contratto di mutuo, attraverso lo studio degli articoli più rilevanti, esulano dalla presente analisi le rilevanti novità in tema di patto marciano.

Dopo un primo approccio, di tipo “conoscitivo” con la direttiva 17/2014/Ue, il secondo Capitolo è dedicato alla normativa italiana di recepimento. Si vedrà, dunque, come il d.lgs. del 21 aprile 2016, n.72 abbia novellato il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. del 1 settembre 1993, n. 385), facendo emergere sin dalle prime battute l’interrogativo sulle ragioni che hanno condotto il legislatore nazionale ad individuare il testo unico bancario quale sede per il recepimento della disciplina europea di cui alla direttiva 2014/17/Ue, preferendolo al codice civile o al codice del consumo (decreto legislativo n.206 del 6 settembre 2005). A ben vedere se è vero che la scelta del codice del consumo sarebbe stata appropriata laddove da un lato avrebbe valorizzato ancora di più la qualità soggettiva del consumatore e, dall’altro perché il codice del consumo si presta ad essere il contesto normativo deputato a racchiudere la maggior parte delle tutele previste per il “contraente debole”, dando anche maggiore organicità alle istanze di protezione tipiche di tale qualifica; quella per il T.u.b. è apparsa una scelta che si giustifica in ragione della materia che si tratta. Il legislatore italiano ha quindi voluto dare conferma e dare un senso di continuità ad un approccio già maturato con riferimento alla direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori, tradottasi nel Capo I bis del titolo VI del T.u.b. Il Testo unico bancario risulta integrato mediante l’introduzione di un nuovo Capo I-bis che si inserisce nel Titolo VI ed è rubricato “Credito immobiliare ai consumatori”, e risulta altresì integrato e modificato il decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 141, attuativo della direttiva sul credito al consumo n.48/2008/Ce per quanto concerne la disciplina degli intermediari del credito in particolare. Gli obiettivi che con il d. lgs 21 aprile 2016, n. 72 , si sono voluti realizzare sono sostanzialmente due: da un lato assicurare un’adeguata protezione dei consumatori che intendono stipulare contratti di credito immobiliare, in considerazione dell’importanza dell’impegno finanziario assunto e dei rischi connessi; dall’altro introdurre elevati standard di professionalità degli operatori coinvolti nella promozione e nel collocamento dei contratti di credito immobiliare attraverso reti esterne, che vengono assoggettati ad un regime di vigilanza ad hoc. Si è proceduto pertanto con l’analisi delle prescrizioni più significative al riguardo: l’introduzione nel Titolo VI del T.u.b. “*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*” con il nuovo Capo I bis in materia di “*Credito immobiliare ai consumatori*”, che fornisce una chiara regolamentazione in merito ai contratti di credito per l’acquisto di immobili residenziali, al fine di assicurare un’adeguata protezione dei consumatori che vogliono stipulare tali contratti, prevedendo una disciplina più incisiva in merito al comportamento del finanziatore e dell’intermediario finanziario i quali “*Si comportano con diligenza, correttezza, trasparenza tenendo conto degli interessi dei consumatori*” (art.120-septies) al fine di erogare un credito più responsabile. L’inserimento del Capo I bis all’interno del Titolo VI, ha poi comportato la necessità di adeguamento dei Capi I e II degli artt. 115 e 122 TUB. Accanto alle norme di rango primario, il *corpus* normativo dedicato ai contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, si completa anche regole sub-primarie emanate dal Comitato interministeriale per il credito e il risparmio per espressa delega contenuta nel TUB. La delibera CICR del n.380 del 29 settembre 2016, assunta su proposta della Banca d’Italia, va infatti ad integrare e specificare in dettaglio le regole di trasparenza delle condizioni contrattuali, soprattutto per quanto attiene al momento della fase precontrattuale e va inoltre raccordata con le disposizioni di attuazione che la Banca d’Italia ha emanato ai sensi della stessa delibera interministeriale. Dalla lettura del d.lsg. 72/2016 emerge come molte questioni non siano in realtà state risolte, in particolare la scelta di riportarsi fedelmente al contenuto della direttiva, senza aggiungere nulla e senza integrare alcun passaggio, ha fatto sì che non si affrontassero determinati temi quali il recesso, il collegamento contrattuale nell’ambito dei contratti di credito immobiliari, o soprattutto le conseguenze derivanti dalla mancata o inadeguata o errata valutazione del merito creditizio da parte del professionista. Talune novità tuttavia meriteranno

attenzione; in primis il d.lgs. 72/2016, vedremo come abbia predisposto una nuova disciplina sulla trasparenza che trova applicazione ai soli contratti di credito di cui alla direttiva di attuazione; è stato altresì introdotta una disciplina dettagliata in tema di “servizi di consulenza” dedicati esclusivamente al mercato immobiliare e finalizzati ad orientare il consumatore relativamente ai diversi aspetti che il contratto di mutuo può assumere e alle esigenze di mercato e, soprattutto a gestire coscientemente il proprio denaro e le modalità con le quali far fronte al debito contratto; infine un ulteriore aspetto che verrà affrontato seguendo le linee del d.lgs. 72/2016, sarà la disciplina relativa al “merito creditizio”. Con riguardo a questo ultimo aspetto, si anticipa che se la direttiva sul credito al consumo si era limitata a prevedere un obbligo di effettuare tale valutazione, senza tuttavia alcun collegamento con le decisioni conseguenti a tale valutazione e, quindi lasciando al legislatore nazionale la scelta circa la previsione degli effetti della violazione del predetto obbligo, il legislatore italiano ha preferito in sede di attuazione, limitarsi ad introdurre l’art. 124 bis del T.u.b. che, rifacendosi al testo della direttiva 2008/48/Ce, ha disposto che “prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base delle informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente”.

Dopo aver preso atto dapprima della struttura tout court della direttiva e, poi, del suo recepimento interno, nel terzo capitolo verrà affrontata la questione relativa agli obblighi precontrattuali in senso stretto.

Dal punto di vista della teoria del contratto alla base della disciplina dell’informazione al contraente c’è l’assunto che senza un’informazione adeguata per quantità e qualità, tale da consentire di comprendere utilità e rischi dell’operazione, non è possibile volere razionalmente. Ne consegue, per il contraente, la necessità di acquisire informazioni per poter valutare l’utilità marginale che riceverà dallo scambio e conseguentemente effettuare le proprie scelte contrattuali, esigenza che è stata la ratio ispiratrice di numerose normative soprattutto comunitarie, che si connotano per la loro pervasività e idoneità a strutturare il mercato su obblighi di informazione sempre più pregnanti.

In settori quali quello in esame, peraltro, l’accesso e soprattutto la comprensione delle informazioni relative alle operazioni di finanziamento è particolarmente complesso, sicché la disciplina in esame si caratterizza per una particolare attenzione alle modalità e alla qualità delle informazioni che devono essere fornite al fine di rendere realmente intelligibile l’operazione economica. Alla luce del terzo considerando della direttiva 17/2014/UE si evince che il comportamento irresponsabile degli intermediari del credito ha finito, negli ultimi anni, per “mettere a rischio le basi del sistema finanziario portando ad una mancanza di fiducia fra le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico”. Quella che deve affrontare il legislatore comunitario è l’effetto di una politica che lascia la figura di un consumatore totalmente sfiduciato nel settore finanziario e di mutuatari che si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti. L’obiettivo della direttiva di creare mercati responsabili e ricucire la fiducia dei consumatori, con l’intento di volere rimediare ai numerosi errori causati dalla scarsa cultura finanziaria, dai regimi inefficaci, incoerenti e inesistenti per gli intermediari del credito, è emerso con sempre più forza. Gli strumenti utilizzati per riordinare il mercato interno del credito immobiliare, non sono interventi di tipo proibitivi su questo o quel prodotto creditizio, bensì viene messa in evidenza un’intelaiatura che si focalizza sulla sperimentata formula di una tutela del consumatore a monte del contratto, che lo veda in una bolla di tutela dal rischio di un sovraindebitamento già nella fase precontrattuale concepita in un’ottica graduata. La rinnovata attenzione per il principio di trasparenza vedremo che 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. Se con la direttiva 2008/48/Ce si è dato ampio spazio alla disciplina degli obblighi informativi rispetto alle contrattazioni destinate a dar luogo alla concessione di credito ai consumatori, il nuovo interesse riproposto con la direttiva mutui, si spiega alla luce dell'obiettivo di consentire al consumatore di poter confrontare e valutare le diverse offerte reperite sul mercato e poter prendere in questo modo "una decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto", o una "decisione con piena cognizione di causa". All'interno delle varie operazioni volte a far acquisire al consumatore credito a fini residenziali garantito da diritti immobiliari risulta confermato un tratto fondamentale tipico del *modus operandi* del legislatore comunitario, che è quello di regolamentare l'autonomia privata, che, sulla base delle c.d. "asimmetrie informative", dalle quali il contraente - debole è per sua stessa natura affetto, vede nelle "regole di informazione" un accorgimento dal quale non si può prescindere per far sì che si realizzi concretamente quella condizione di "trasparenza", quale preconditione necessaria per un efficiente incontro della domanda e dell'offerta. In tale prospettiva, si comprendono le numerose regole operanti in diversi ambiti presi in considerazione dalla legislazione consumeristica di derivazione comunitaria, volte a dotare il consumatore, nel corso della fase precontrattuale, di adeguate cognizioni in merito a quelle che sono le caratteristiche dell'oggetto della prestazione contrattuale e ad alcuni aspetti del regolamento, in modo da rendere queste informazioni nella disponibilità del consumatore ex ante rispetto alla conclusione del contratto stesso, informazioni che altrimenti sarebbero conoscibili solo ex post e con quel costo eccessivo che seguendo un ordinario parametro di razionalità economica strumentale si rivelerebbe: la valutazione del merito creditizio ad esempio. Questo tipo di esigenze, assumono maggiore risonanza anche qualitativa, in relazione alle operazioni di credito oggetto della disciplina posta dalla direttiva 17/2014/Ue, le quali daranno vita a relazioni contrattuali di durata e i cui termini economici sono suscettibili di essere regolati convenzionalmente sulla base di una molteplicità di modelli contrattuali il cui contenuto costituisce proprio il "prodotto" che infine il consumatore acquista, mentre oggetto in senso stretto della prestazione del contraente professionale resta in ogni caso il trasferimento della proprietà dell'immobile. In un contesto economico caratterizzato dalla c.d. contrattazione standardizzata, si avverte l'esigenza del contraente debole, prima di determinare le proprie scelte, di acquisire informazioni adeguate. Risulta necessario, pertanto, combattere contro tutte quelle asimmetrie informative attraverso un efficace sistema di circolazione delle informazioni nella fase precontrattuale posto che l'informazione costituisce da sempre infatti, uno dei principali aspetti sui quali si è incentrata l'attenzione del legislatore comunitario nella predisposizione di norme di protezione dei consumatori; la necessità di garantire loro una tutela che sia quantomeno effettiva ed adeguata, passa necessariamente attraverso la constatazione che per loro natura vi sono operatori del mercato che non posseggono tutte le informazioni necessarie per concludere un contratto in piena consapevolezza: ciò soprattutto in alcuni settori come quello del mercato finanziario e bancario, caratterizzati da ontologiche complessità tecniche. A ragione di ciò si sono imposti agli operatori professionali alcuni obblighi informativi per rendere conoscibili le condizioni contrattuali ed economiche connesse al contratto. Giovi precisare tuttavia, che nell'ottica del legislatore comunitario vedremo nel corso del terzo capitolo che la questione legata all'informazione non si consuma soltanto nell'ambito precontrattuale, bensì nella dimensione più ampia del mercato, rispetto al quale anche una adeguata circolazione delle informazioni contribuisce a determinarne l'efficienza. Si comprende, quindi che

l'obiettivo di garantire che l'assunzione del debito da parte del consumatore avvenga in modo consapevole e responsabile passa attraverso la promozione dell'attività educativa dello stesso, dell'imposizione di taluni obblighi in capo agli intermediari, e degli obblighi informativi nei confronti del consumatore. Una scelta, quella dell'utilizzo dello strumento dell'informazione non nuova da parte del legislatore, che al fine di ridurre i gap tra consumatore e professionista, onera il secondo di informare il primo circa alcuni aspetti del prodotto o del servizio offerto, o dei diritti e delle facoltà che la legge gli attribuisce quale soggetto debole del rapporto. La disinformazione di un contraente può derivare tanto da una carenza totale o parziale dell'informazione quanto dall'eccesso dell'informazione attraverso un comportamento subdolo del contraente che si nasconde dietro una tecnica informativa apparentemente innocua e che, invece, può essere idonea a viziare il consenso. L'informazione deve essere adeguata sia sotto il profilo della quantità delle informazioni da dare, onde evitare le conseguenze dell'eccesso di informazioni, sia dal punto di vista qualitativo. In quest'ultimo caso, la parte debole del rapporto per difendersi dal potere contrattuale del professionista ha bisogno, di un'informazione trasparente. Nel contesto dei mutui immobiliari la fase dell'informazione assume un ruolo fondamentale proprio in ragione del particolare tipo di mercato di riferimento. E' infatti essenziale garantire al consumatore una comprensione piena degli effetti giuridici che derivano dalle spesso assai articolate clausole contrattuali, utilizzando un linguaggio semplice e non specialistico e attraverso l'illustrazione degli effetti anche di ordine economico e dei rischi che l'esecuzione del contratto può comportare nel corso del tempo. Dalla penna del legislatore europeo emerge l'esigenza di rendere "semplici" informazioni complesse e segnalare l'esistenza di rischi che potrebbero non essere di immediata percezione per il consumatore. Si evidenzia come sia le conseguenze economiche che il regolamento contrattuale può determinare nella sfera economica del consumatore, sia il modo nel quale eventuali "sopravvenienze contrattuali" potranno incidere sulla portata di tali conseguenze economiche in relazione all'economia individuale del consumatore, si rivelano in linea generale difficilmente conoscibili dal consumatore prima della conclusione del contratto. Una prima parte è riservata, all'indagine sistematica sugli obblighi di comportamento "generali" (e su quelli tradizionalmente propri del diritto comune) del rispetto dei quali il legislatore comunitario onera quei soggetti che erogano, a vario titolo e a favore di consumatori, credito finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su beni immobili o concludono contratti di credito il cui adempimento è garantito da ipoteca o da altro diritto reale su beni immobili residenziali. Ne vengono evidenziati i caratteri peculiari e le ragioni che hanno condotto il legislatore europeo ed interno (con una normativa che ricalca in modo alquanto pedissequo quella comunitaria) ad incidere sull'autonomia privata dei professionisti del credito. Diversamente dalla direttiva 48/2008 Ce sul credito al consumo, la strategia comunitaria di regolazione dell'informazione precontrattuale, si arricchisce di profili ulteriori rispetto ad un approccio che si basi sulla mera trasmissione di informazioni dal contraente professionale al consumatore, gli obblighi informativi posti dalla direttiva a carico del contraente professionale di cui agli artt. 13 e 14 si collocano entro un quadro più ampio che fa muovere l'informazione precontrattuale in una duplice direzione, da un'informazione generale fino ad un'informazione sempre più personalizzata che conduca ad un contratto di credito attraverso anche un'attenta valutazione del merito creditizio da parte dell'operatore del credito. In tale ottica, la direttiva 17/2014 vuole rendere intellegibili, anche attraverso un'attività esplicativa del contenuto contrattuale modellato su di un linguaggio non tecnico (considerando 41), gli effetti giuridici che si nascondono dietro le formule impiegate per la redazione delle clausole, e, illustrare attraverso puntuali indicazioni, l'effettivo significato economico del contratto e i rischi che, nel corso dell'esecuzione, potrà comportare nell'ottica dell'economia individuale del consumatore. Tali funzioni possono attribuirsi alle regole di

informazione poste dagli artt.13 e 14 della direttiva in commento che si analizzato in modo approfondito nel corso del capito terzo, nel quadro di un approccio di massima, già sperimentato dalla regole comunitarie sulla tutela del consumatore, che fa leva sulla standardizzazione e sul carattere “documentale” delle modalità di trasmissione delle informazioni quali accorgimenti volti a rendere più facilmente confrontabili, le diverse offerte reperibili sul mercato.

In conclusione, il quarto 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. Il discorso prende le fila dal fatto che il legislatore comunitario abbia rimesso alla discrezionalità degli Stati membri la regolamentazione della disciplina in punto di “sanzioni” per la violazione degli obblighi di informazione e non solo. A ragione di ciò è posto che la prospettiva italiana è alquanto lacunosa, è apparso e opportuno parlare più genericamente di conseguenze, al fine di ricomprendere non solo sanzioni pubblicistiche ma anche rimedi civilistici come l’invalidità contratto, nella specie della nullità o annullabilità e il risarcimento del danno. Il fatto che la violazione dell’operatore del credito si determinata da suoi “comportamenti”, richiama immediatamente la querelle nazionale tra regole di validità e regole di comportamento, al fine di poter dare una risposta agli effetti in punto di invalidità di quel contratto che seppur valido, sia per frutto di comportamenti scorretti dell’operatore e sia pertanto sconveniente. Si dedicherà, quindi ampio spazio a quello che è il dibattito nazionale tra regole di validità e regole di correttezza, fino alla pronuncia delle SS.UU del 2007, e i risvolti in termini degli effetti che la violazione delle regole di comportamento possono provocare su un contratto valido ma tuttavia sconveniente.

Attraverso l’analisi della buona fede in sede di contrattazione, passando per un approfondimento degli articoli 1337-1338 c.c., nello spettro della responsabilità precontrattuale, si avrà modo di approcciarsi anche alla teorica dei c.d. vizi incompleti che vedremo svolgerà un’attività di “traino” ai fini dell’avvicinamento delle due discipline (quella precontrattuale e quella relativa al sistema delle invalidità negoziali), portando con sé notevoli conseguenze, anche sul piano giurisprudenziale, tralattivamente ancorato ad interpretazioni riduttive della normativa precontrattuale. Attraverso la funzione della teoria dei c.d. vizi incompleti vedremo come questa potrebbe essere utilizzata laddove tenda ad evitare che la disciplina dell’invalidità negoziale possa venire facilmente elusa da soggetti che, furbamente, utilizzino tali limiti per concludere contratti con assetti di interessi fortemente squilibrati e pur tuttavia validi; e potrebbe fungere da guida per gli operatori del diritto al fine di cristallizzare la nuova fattispecie della responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido, ma sconveniente. Si passerà quindi all’analisi più precisa della responsabilità in caso di violazione degli obblighi informativi in quanto tali, di cui all’art.120-nonies del tub; dell’omessa valutazione del merito creditizio, e delle patologie del Pies.

1. CAPITOLO I

LA TUTELA DEL CONSUMATORE NELLA DIRETTIVA N. 17/2014/UE – MORTGAGE CREDIT DIRECTIVE.

Sommario: 1.1. Premessa - 1.2. La direttiva n.48/2008/ Ce: evoluzioni problematiche ed esclusione dei contratti di mutuo ipotecati - 1.2.1. Il recepimento della direttiva sul credito al consumo: il d.lgs.n.141/2010 - 1.3. La direttiva n.17/2014 Ue. - 1.4. Ratio dell'intervento normativo europeo in materia di credito immobiliare ai consumatori - 1.5. Il grado di armonizzazione perseguito - 1.6. Ambito di applicazione - 1.7. Definizioni rilevanti - 1.8. La trasparenza precontrattuale nel mercato del credito al consumo e nel mercato del credito immobiliare - 1.8.1. Il concetto di trasparenza - 1.8.2. La fase precontrattuale nella direttiva del credito ai consumatori - 1.9. Il Tasso annuo effettivo globale come forma di trasparenza - 1.10. La formazione del consumatore e dell'intermediario - 1.10.1. La disciplina italiana: art. 128 novies Tub. - 1.11. L'accesso alle banche dati: art. 21 della direttiva - 1.12. Principi in tema di servizi di consulenza - 1.12.1. Obbligo di fornire spiegazioni adeguate: art.16 - 1.12.2. "Standard" in materia di servizi di consulenza: art.22 - 1.13. La buona esecuzione dei contratti di credito - 1.13.1. Dibattito interno sulla natura giuridica dell'estinzione anticipata e art.25 della direttiva - 1.13.2. (segue) art. 28 "Morosità e pignoramenti" - 1.13.3. Il trasferimento del bene ipotecato : cenni

1.1. Premessa

La presente ricerca si propone di analizzare la tutela apprestata a favore del debitore qualificabile come consumatore nella stipulazione di contratti di finanziamento in senso ampio finalizzati all'acquisto di immobili da destinare ad abitazione alla luce della disciplina di recepimento della direttiva del 4 febbraio 2014, n.17 (c.d. *mortgage credit directive*), in particolar modo con riferimento agli obblighi precontrattuali a carattere informativo introdotti a carico del c.d. finanziatore.

Occorre infatti registrare, sulla scorta di un rilievo ormai comune in dottrina, un sempre maggiore sviluppo degli obblighi precontrattuali, con una progressiva moralizzazione della fase di stipulazione del contratto che supera progressivamente la clausola generale di buona fede.

Se, infatti, in linea generale si rileva già da tempo una progressiva tipizzazione dei comportamenti che devono essere tenuti dall'operatore professionale, tra l'altro anche mediante l'imposizione di specifici oneri formali, è opportuno evidenziare che solo di recente tali innovazioni sono state estese anche alla disciplina dei contratti di finanziamento dell'acquisto di immobili residenziali e che, nell'ambito di tale intervento normativo è stato altresì imposta una specifica scansione procedimentale per lo svolgimento (e la conclusione) delle trattative.

Tali specifici aspetti sono sembrati di interesse ai fini di uno studio che presenti un significativo grado di attualità.

La direttiva "*mortgage credit*" si inserisce infatti nella logica protettiva del contraente debole¹, proseguendo nella direttrice che ha caratterizzato la disciplina giuridica del mercato del credito

¹ La direttiva in parola, in effetti, sembra non limitarsi alla protezione del consumatore nella sua accezione più tradizionale. Cft. al riguardo i considerando nn. 11 e 12 secondo i quali "(11) Dato che i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione, non necessitano dello stesso livello di protezione. Mentre è importante garantire i diritti dei consumatori con disposizioni cui non si può derogare per contratto, è ragionevole consentire che le imprese e le organizzazioni

bancario nell'ambito dell'ultimo decennio, anche per effetto della crisi economica e delle ragioni generalmente condivise che hanno portato al suo sviluppo.

Se infatti nel decennio immediatamente precedente lo sviluppo della normativa si era incentrato, almeno in una ottica prospettica e sotto un profilo di sistema e di direttrici generali, verso la implementazione di un assetto regolamentare pubblicistico che consentisse la liberalizzazione del mercato (e così sin dalla stessa elaborazione del Testo unico bancario e, poi con l'accordo di Basilea II), con la crisi economica emersa nettamente nel 2008, ai temi prettamente istituzionali culminati con l'istituzione della *European Banking Authority* (EBA), si sono affiancati con sempre maggior rilievo i temi, pur in precedenza presenti ma non avvertiti come di rilievo sistematico, della tutela del contraente debole anche nei segmenti più tradizionali dell'attività bancaria.

In questo quadro il mercato dei mutui ipotecari a scopo residenziale, come tali intendendosi, almeno in prima approssimazione, i contratti di credito destinati a consumatori ed assistiti dalla garanzia prelazionaria derivante da iscrizione ipotecaria, aveva infatti nel tempo mantenuto una sua specificità da cui derivava l'esclusione da pervasivi interventi della normativa europea.

Ciò perché, tra le altre cose, la direttiva europea del 23 aprile 2008, n. 48, relativa al credito al consumo, pur adottata a seguito di un lungo *iter* di elaborazione, aveva escluso dal campo della propria applicazione i mutui ipotecari, nonostante la presenza anche in questo caso di una operazione economica (per lo meno) trilaterale, in considerazione delle specificità, anche locali, del mercato di tali finanziamenti.

La crisi economica ha messo tuttavia in luce come il difetto di una specifica regolamentazione di quello che è un segmento merceologico tradizionale quanto diffuso nella concreta dinamica del commercio giuridico avesse indotto rilevanti distorsioni nel mercato e contribuito anche al generarsi e al perdurare della stessa crisi economica: la rilevanza ed efficacia distorsiva del difetto regolamentare emerge sin dai considerando della direttiva n. 2014/17/UE² ed in effetti tra gli

possano pattuire accordi diversi. (12) La definizione di consumatore dovrebbe includere le persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale. Tuttavia, nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nell'ambito delle attività commerciali o professionali della persona e parzialmente ne restino al di fuori e lo scopo commerciale o professionale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore.”

² In questo senso *cft.* i considerando n. 3 e n. 4 ove si legge, al considerando n. 3 che: “*La crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico. Molti consumatori hanno perso fiducia nel settore finanziario e i mutuatari si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti: ciò ha portato all'aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate. Di conseguenza il G20 ha incaricato il Consiglio per la stabilità finanziaria (Financial Stability Board) di fissare principi in materia di requisiti validi per la sottoscrizione in relazione a beni immobili residenziali. Anche se durante la crisi finanziaria alcuni dei maggiori problemi si sono verificati fuori dall'Unione, i consumatori nell'Unione accusano un considerevole livello di indebitamento, in gran parte concentrato su crediti concernenti beni immobili residenziali. È pertanto opportuno assicurare che il quadro regolamentare dell'Unione in questo settore sia solido, coerente con i principi internazionali e ricorra opportunamente alla gamma di strumenti disponibili, tra cui i rapporti prestito/valore, prestito/reddito, debito/reddito e simili, vale a dire livelli minimi al di sotto dei quali un credito non sarebbe considerato accettabile o altre misure di compensazione per le situazioni in cui i rischi sottostanti sono più elevati per i consumatori oppure laddove queste misure siano necessarie per evitare il sovraindebitamento delle famiglie. Dati i problemi portati alla luce dalla*

obiettivi della stessa direttiva quello di prevenire i “*comportamenti irresponsabili*” di alcuni operatori di mercato a danno della fiducia nel sistema bancario sembra nettamente prevalente su quello di rimuovere gli ostacoli all’attività transfrontaliera che parimenti vi rientra.

Specularmente rispetto a tale problematica – inerente il comportamento dei soggetti finanziatori con effetti diretti sulla fiducia nel sistema – è emerso, anche all’attenzione delle istituzioni europee, il problema del sovraindebitamento, visto nell’ottica della protezione del singolo consumatore e non del sistema nella sua interezza. La direttiva in parola mira quindi a evitare tale fenomeno, dettando specifiche regole in ordine alla valutazione della capacità reddituale del contraente e, quindi, in ordine alla effettiva capacità del consumatore di onorare i propri impegni.

La trasparenza precontrattuale ed i connessi obblighi, quindi, sono guardati dalla direttiva n. 2014/17/UE sia nell’ottica della protezione di un elevato livello di fiducia nel sistema bancario, fiducia imprescindibile per lo stesso funzionamento del sistema, sia nell’ottica della protezione del singolo contraente da comportamenti scorretti dei soggetti finanziatori.

Si tratta di due punti di osservazione differenti seppur strettamente legati e entrambi imprescindibili nella comprensione dell’intervento normativo europeo.

La protezione di un elevato livello di fiducia è perseguita, oltre che dalla implementazione delle misure nel loro complesso (perché, a ben vedere, anche la protezione del singolo consumatore contribuisce ad alimentare la fiducia nel sistema), da una più analitica regolamentazione della pubblicità dei prodotti di finanziamento bancario, come anche dall’introduzione di alcuni divieti in tema di pratiche commerciali e poi, principalmente, da specifiche discipline inerenti la valutazione trasparente del merito dei crediti (le c.d. “*prospettive di adempimento*”); valutazione che deve essere compiuta oltre che sulla base di banche dati, naturalmente, anche alla luce delle informazioni rese dal futuro debitore. La protezione della fiducia nel sistema è ricercata anche mediante norme che incidano su un piano ordinamentale e di vigilanza.

La protezione del singolo consumatore nel corso di una specifica negoziazione, invece, appare affidata – almeno in una prima approssimazione soggetta a verifica nel corso del presente studio – per un verso ad oneri informativi che dovrebbero consentire allo stesso una valutazione della proposta di contratto che sia puntuale e comparata (in questo senso hanno un rilievo anche le norme

crisi finanziaria e al fine di garantire un mercato interno efficiente e competitivo che contribuisca alla stabilità finanziaria, la Commissione ha proposto, nella comunicazione del 4 marzo 2009 dal titolo «Guidare la ripresa in Europa», misure in merito ai contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali, compreso un quadro di riferimento affidabile sull’intermediazione creditizia, nell’ottica della creazione di mercati responsabili e affidabili per il futuro e del ripristino della fiducia dei consumatori. La Commissione ha ribadito l’impegno per un mercato interno efficiente e competitivo nella comunicazione del 13 aprile 2011 dal titolo «L’Atto per il mercato unico — Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia» e al considerando n. 4 che: “Sono stati individuati diversi problemi nei mercati del credito ipotecario all’interno dell’Unione legati al comportamento irresponsabile nella concessione e accensione dei mutui e al potenziale margine per comportamenti irresponsabili da parte degli operatori del mercato, fra cui gli intermediari del credito e gli enti non creditizi. Alcuni problemi hanno riguardato i crediti denominati in una valuta estera contratti dai consumatori in tale valuta al fine di beneficiare del tasso debitore offerto, ma senza un’adeguata informazione o comprensione in ordine al rischio di cambio connesso. Si tratta di problemi dovuti a carenze a livello di mercato e di regolamentazione nonché ad altri fattori, quali la situazione economica generale e la scarsa cultura finanziaria. Altri problemi riguardano regimi inefficaci, incoerenti o inesistenti per gli intermediari del credito e gli enti non creditizi che erogano crediti per beni immobili residenziali. I problemi individuati possono avere effetti a cascata significativi sul piano macroeconomico, danneggiare i consumatori, fungere da barriera economica o giuridica alle attività transfrontaliere e creare condizioni diseguali per gli operatori del mercato”.“

sulle pratiche commerciali nel momento in cui vietano la vendita di prodotti “*collaterali*” che non siano scorporabili, su cui si v. articolo 120-*octesdecies*, comma 1, del Testo unico bancario) e per altro verso all'obbligo di predisporre un atto precontrattuale che abbia almeno i caratteri di una proposta irrevocabile quando non di una opzione (*cft.* articolo 120-*nonies*, comma 3 del Testo unico bancario), di modo che anche su questo piano il consumatore possa giovare di sufficiente un periodo di tempo (pari ad almeno 7 giorni) per valutare la convenienza dell'offerta.

Si tratta in effetti già a prima evidenza di interventi europei di grande rilevanza per la disciplina del mercato, poiché innovano in modo netto la fase delle trattative contrattuali, imponendo che tali trattative seguano una specifica disciplina: emerge cioè una deroga alla generale libertà di cui le parti hanno goduto sino ad oggi, poiché sino ad ora non risulta che il legislatore avesse obbligato le parti di un contratto di mutuo a procedere necessariamente mediante (quanto meno) l'istituto della proposta irrevocabile.

La protezione del consumatore si realizza poi introducendo peculiari discipline di trasparenza in ordine al rapporto intercorrente tra soggetto che concede il credito e soggetto che, in alcuni casi, abbia assistito il consumatore nella comprensione delle proprie esigenze e, in generale, nella valutazione della convenienza dell'offerta di finanziamento. Anche sotto questo profilo è quindi evidente la tendenza dell'ordinamento a inserire forme di protezione sostanziale basate sulla chiarezza delle fonti di remunerazione dei soggetti che ad ogni titolo intervengano nella stipulazione. Taluni dubbi, sotto questo profilo, emergano ove il legislatore (sia esso europeo o del recepimento) affermi che tale attività di consulenza debba essere prestata senza oneri a carico del consumatore quando, in effetti, si dovrebbe rivolgere a suo interesse.

Su questi piani poi, e specialmente sotto il secondo, attinente cioè alla protezione del singolo consumatore nel corso delle trattative e nella stipula conclusiva, non può non tenersi conto dello sviluppo sempre più incisivo della giurisprudenza nazionale che proprio in occasione di controversie inerenti la disciplina del credito ha pronunciato fondamentali arresti, affermando con sempre maggior forza la rilevanza della buona fede quale cardine non solo dell'esecuzione del rapporto quanto delle condizioni concrete della sua genesi, e cristallizzato rilevanti approdi sistematici della dottrina³.

Sempre a questo profilo di protezione del sistema del credito bancario nel suo complesso si ascrive la stessa disciplina dell'inadempimento, al cui riguardo sono previste specifiche disposizioni dotate di sicuro impatto sul mercato del credito⁴.

La ricerca che si propone è quindi da inquadrarsi in questa ottica. Prendendo le mosse da una dettagliata analisi della direttiva *mortgage credit* e dalla disciplina nazionale di recepimento in Italia, mira a individuare, in ultima analisi, quale sia il corretto inquadramento degli obblighi precontrattuali sopra rassegnati e, quindi, quale la sanzione giuridica per la loro inattuazione.

A tal fine si procederà, in un primo momento, ad un inquadramento sommario del plesso di disciplina inerente la tutela del consumatore nel mercato del credito al consumo, tentando di coglierne i principali snodi problematici e l'effettiva incisività delle previsioni di tutela. Tale analisi appare, almeno in questa fase prodromica, come necessaria in quanto il contesto giuridico nel quale si muove la direttiva n. 2014/17/UE è costituito proprio dalla direttiva sul credito al consumo da cui la nuova direttiva sembra trarre linguaggio, strumenti e, almeno parzialmente, discipline, distinguendosi però sotto numerosi aspetti (tra cui, in particolare, quanto al grado e alla tecnica di armonizzazione). Anche tale aspetto, comunque, sarà soggetto ad un sintetico esame critico.

³ Si pensi *ex multis* alla nota sentenza della Suprema Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

⁴ In particolare, tra le altre cose, è espressamente prevista dalla disciplina del recepimento e fermo restando il divieto di patto commissorio ex articolo 2744 del codice civile la possibilità di inserire nel contratto di finanziamento una clausola che consenta al debitore di liberarsi dall'intero debito consegnando il bene oggetto della garanzia reale o il ricavato della vendita.

Si procederà quindi ad una specifica analisi della direttiva inerente i mutui ipotecari così da cogliere, anche in questo caso, l'effettiva pervasività ed efficacia delle disposizioni, anche mediante il confronto con quelle inerenti il credito al consumo.

Tale analisi sembra, in questo stadio, di fondamentale importanza perché consentirà per un verso di cogliere quali profili siano di maggiore novità rispetto alla direttiva inerente il credito al consumo e, poi, perché permetterà di verificare con adeguata consapevolezza il sistema delle previsioni inserite dal legislatore italiano e francese in sede di attuazione. L'analisi della direttiva, inoltre, porterà ad emersione l'ambito di scelta rimesso ai legislatori nazionali e, ove possibile, le stesse opzioni perseguibili e le problematiche ad esse sottese di modo da rendere più agevole la ricostruzione degli elementi centrali della ricerca.

Su queste basi sarà possibile esaminare la recente disciplina nazionale di recepimento, al fine di cogliere le opzioni di fondo a cui si sia ispirato il legislatore e di valutarne l'effettiva congruità agli scopi europei.

Tale esame sarà svolto anche alla luce del procedimento di trasposizione nell'ordinamento francese perché in quella sede sono emerse talune problematiche (anche topografiche) che potrebbero avere un interesse sotto un profilo più generale oltre che comparatistico.

Sarà quindi tratteggiata, nell'ordinamento italiano, la disciplina di recepimento contenuta nel testo unico bancario – in particolare attraverso l'analisi del nuovo Capo I-bis "*Credito immobiliare ai consumatori*" introdotto nell'ambito del Titolo VI "*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*" – nonché la disciplina attuativa elaborata dal C.i.c.r. e, nell'ordinamento francese, quella recata dai progetti succedutisi nel tempo e, infine, traspunta nel codice civile sotto forma di clausola generale.

Effettuata tale attività analitico-descrittiva sarà possibile addivenire ad una parte più propriamente critico-ricostruttiva dove si esaminerà con maggiore sforzo interpretativo il regime dei soli obblighi informativi precontrattuali.

Nel settore creditizio la presenza di regole sulla trasparenza e la correttezza dell'operato dei professionisti assume un'importanza primaria in considerazione delle specificità del settore. Le forti asimmetrie informative, effetto tanto della complessità contenutistica dei contratti che della mancanza di competenze tecniche in capo al consumatore medio, giustificano, anche nell'ottica del mercato unico, un'articolata disciplina degli obblighi di informazione.

La posizione di debolezza, sia su un piano informativo che sostanziale, in cui versa il consumatore bisognoso di accedere al credito e privo di forza contrattuale spinge il sistema nella direzione di un innalzamento dello *standard* di correttezza e diligenza dell'operatore professionale

In questo contesto si inserisce la disciplina della direttiva mutui che, come noto, introduce specifici oneri formali in sede prenegoziale (si pensi anche solo al c.d. P.i.e.s., prospetto informativo europeo standardizzato): si tenterà di verificare il loro corretto inquadramento nell'alveo della buona fede precontrattuale, affrontando le problematiche che tale inquadramento presenta anche alla luce della specificazione di obblighi formali e delle specifiche scansioni procedurali imposte.

È opportuno notare sin d'ora che, in conformità ad un canone consolidato della legislazione comunitaria in tema di obblighi di informazione a tutela del consumatore, la direttiva non individua rimedi specifici per il caso della violazione di tali obblighi e lascia agli Stati membri il compito di definire, in sede di recepimento "*sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive*" per garantire l'applicazione delle norme di diritto interno adottate in recepimento della direttiva.

Sarà quindi necessario, anche partendo dalle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza su ambiti materiali strettamente contigui, tentare di ricostruire quali siano le conseguenze dell'inattuazione della disciplina di tutela del contraente debole, anche sotto il profilo dell'eventuale conformazione del contratto.

1.2. La direttiva n.48/2008/ Ce : evoluzioni problematiche ed esclusione dei contratti di mutuo ipotecati

Il credito al consumo viene definito come “*la concessione nell’esercizio di una attività commerciale o professionale di credito sotto forma di dilazione di credito sotto forma di dilazione di pagamento o di prestito o di analoga facilitazione finanziaria (finanziamento) a favore di una persona fisica (consumatore) che agisce, in tale rispetto, per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.*”⁵ Si tratta di un fenomeno unitario in senso economico e sociale, la cui complessità è dovuta al fatto che si manifesti in diversi modi, sebbene la funzione di consentire al consumatore di acquistare un bene o un servizio attraverso un’agevolazione finanziaria rimanga sempre la stessa. Proprio l’utilizzo di termini generici permette di superare quei ristretti limiti formali e quindi di poter ricomprendere nella normativa una serie di fattispecie anche molto diverse tra loro ma accomunate solo dallo scopo.

Ecco quindi che la disciplina che si è evoluta nel corso degli anni, non ha cercato di tipizzare un unico contratto, ma ha voluto regolamentare una serie di fattispecie sia sotto il profilo dei soggetti coinvolti che sotto il profilo oggettivo. Fenomeno che mostra la sua criticità se si considera che ogni tipologia negoziale ha le proprie problematiche e caratteristiche, da dover coordinare con le esigenze di tutela del consumatore.

Fino all’inizio degli anni novanta il credito al consumo, in Italia, non era oggetto di alcuna specifica disciplina legislativa, e i rapporti giuridici erano regolati sulla base delle norme generali del codice civile, in particolare in riferimento all’istituto del mutuo e alle norme generali in tema di risoluzione del contratto, di inadempimento, di decadenza dal beneficio del termine e di redazione dei contratti.⁶

La disciplina del credito al è riconducibile ad una pluralità di fonti normative sia comunitarie che nazionali: le Direttive 87/102/CEE e 90/88/CEE, recepite con la legge del 19 febbraio 1992 n. 142; il d. lg. 1 settembre 1993 n. 385 - testo unico bancario; il d. lg. 6 settembre 2005 n. 206, denominato codice del consumo; la Direttiva 2008/48/CE recepita con d. lg. 141 del 2010, ecc.; a queste si aggiungono gli art. 1341 e 1342 del cod. civ. sui contratti nonché gli art. dal 1469-bis e ss. inerenti alla disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori (poi confluiti nel codice del consumo).

L’originaria lacuna normativa viene per la prima volta colmata quindi nel 1987 dalla Direttiva comunitaria n. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo, che ha introdotto una disciplina unitaria al fine di eliminare le differenze esistenti fra gli Stati membri e di evitare distorsioni della concorrenza⁷; il secondo scopo del provvedimento comunitario era l’introduzione del TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale), l’indicatore matematico che permette al consumatore di sapere in anteprima quale sarà il costo complessivo del credito ricevuto⁸. Successivamente con Direttiva n.

⁵ L’accertamento della qualifica del soggetto contraente e, quindi, sulla disciplina applicabile al rapporto di credito è un onere preventivo a cui è chiamata la banca o l’intermediario finanziario che eroga il finanziamento. L’espletamento di tale onere si basa su una esplicita richiesta di informazione al cliente. La questione peraltro è stata recentemente esaminata dalla Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi in merito all’onere di pre-individuazione della qualifica soggettiva del cliente da parte della banca finanziatrice (Cass. Civ., 28 agosto 2012, n. 14469, GDir, 2012, 71).

⁶ Costa A. (2011), La nuova disciplina del credito ai consumatori, in *Contratto e impresa/Europa*.

⁷ DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del T.u.bancario*, in *Contratti*, 11, 2010.

⁸ In realtà, come osservano DE CRISTOFARO, ZACCARIA, op. cit., pag. 1691, bisognerà aspettare la Direttiva 90/88/CEE per formulare una regola matematica per il calcolo del TAEG comune a tutti i Paesi membri, regola che poi è stata perfezionata con la successiva Direttiva 98/7/CE.

90/88/CEE, recepita nell'ordinamento italiano con la legge del 19 febbraio 1992 n. 142; si procede ad una modifica della direttiva del 1987, nella legge in esame la definizione del TAEG è confluita nell'articolo 19, dove viene definito come il «costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso e comprensivo degli interessi e degli oneri da sostenere per utilizzarlo, calcolato conformemente alla formula matematica che figura nell'allegato II alla direttiva del Consiglio 90/88/CEE»⁹. Il credito al consumo, nel frattempo, veniva interessato dalle leggi rispettivamente emanate in materia di trasparenza bancaria (legge del 17 febbraio 1992, n.154) e di prevenzione del riciclaggio dei capitali (legge del 5 luglio 1991, n.197, ora d.lgs. del 21 novembre 2007, n.231). Queste tre leggi hanno trovato una collocazione unitaria nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. del 1° settembre 1993, n.385).

In un'ottica di riordino della disciplina interna viene emanato il codice del consumo con d.l. del 6 settembre 2005 n. 206; la disciplina viene in realtà stravolta e collocata in più fonti, infatti una parte viene traslata negli articoli 40, 41, 42 e 43 del codice del consumo e l'altra parte rimane nel t.u.b.¹⁰, più precisamente negli articoli dal numero 115 al 120-quater e dal numero 121 al 126.

la Direttiva 87/102/CEE e le successive rispondevano al principio dell'armonizzazione minima, e pertanto era permesso agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni più rigorose per tutelare i consumatori; tuttavia ciò ha provocato il formarsi di significative disparità fra i vari regimi normativi, al punto che per i consumatori era impossibile beneficiare del sistema del credito transfrontaliero¹¹. Inoltre, la presenza di regimi giuridici asimmetrici avrebbe avuto l'inevitabile effetto di rendere inefficace la protezione del consumatore. Il legislatore comunitario ha cercato di trovare una soluzione al problema con l'adozione di una nuova direttiva, la n. 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e abrogante la direttiva del 1987.

La Direttiva 2008/48/CE ha avuto un forte impatto in materia di credito al consumo e, rispetto alle precedenti, ha segnato il passaggio al principio della armonizzazione massima (o piena), al fine di creare un vero unico mercato europeo dove fosse possibile offrire ai consumatori un'ampia offerta di credito raggiungendo contemporaneamente un livello di protezione omogeneo, e al fine di realizzare un ambiente giuridico strutturato rimuovendo le differenze fra i diversi ordinamenti.

Tale direttiva ha interamente riformato il Capo II del Titolo VI del t.u.b. in materia di "Credito al consumo" - ora denominato "Credito ai consumatori" - e adottato talune modifiche alla parte generale del Capo I, "Operazioni e servizi bancari e finanziari"¹², La revisione della disciplina in

⁹ Questa definizione coincide con quella riportata all'art. 121 t.u.b., comma 1, lettera m), che definisce appunto il TAEG come costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito

¹⁰

¹¹ DE CRISTOFARO G., ZACCARIA A. (2013), Commentario breve al diritto dei consumatori, Cedam, seconda edizione, collana Breviaria Iuris fondata da Cian G. e Trabucchi A.

¹² Il recepimento della direttiva comunitaria ha offerto al legislatore italiano l'occasione per realizzare un'ampia riforma di sistema che ha avuto per oggetto non solo il credito ai consumatori, ma anche la disciplina, l'organizzazione e la vigilanza degli intermediari finanziari e dei soggetti non bancari abilitati ad erogare finanziamenti a titolo professionale, nonché dei relativi canali distributivi rappresentati da agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi, si veda CIVALE, p. 427 (op. cit. in nota 42). Il decreto si articola pertanto in quattro titoli operando in modifica del t.u. b.: sostituendone integralmente i Capi I, II e III del Titolo VI rispettivamente in tema di trasparenza, credito al consumo, regole generali e controlli; sostituendone integralmente anche il Titolo V in materia di intermediari finanziari non bancari; aggiungendovi un Titolo VI-bis in materia di agenti e mediatori creditizi. Il decreto, inoltre, apporta svariate innovazioni anche ad altri provvedimenti normativi vigenti nel nostro ordinamento (Codice del Consumo, t.u. in materia di intermediazione finanziaria, legge sulle cartolarizzazioni dei crediti, decreto c.d. antiriciclaggio, etc.). Si veda ANTONUCCI (2011), *Credito al consumo e zone limitrofe. Una scheda di lettura del d.legis. n.141*

materia di credito ai consumatori è stata condotta principalmente sulla spinta dell'evoluzione delle forme tecniche dei contratti di credito⁹³, sull'avvertita esigenza di rafforzare la tutela dei consumatori⁹⁴, anche in seguito alla grave recessione economica sopraggiunta e, non ultima, sulla volontà di armonizzare le profonde differenze esistenti nelle legislazioni dei singoli Stati membri dell'Unione europea e costruire un livello comunitario di regole, presupposto di una rinnovata concorrenza nel settore del credito al consumatore.¹³

Punto fondamentale della direttiva sul credito al consumo, è l'idea, che sarà poi ripresa dalla direttiva 17/214/Ue, del c.d. *prestito responsabile* così come previsto dal considerando n. 26 che la accompagna "(...) gli Stati membri dovrebbero adottare misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito (...). In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutare il merito creditizio (...)".

Diversamente dalla precedente normativa¹⁴, la direttiva sul credito al consumo, si fonda¹⁵ sul principio di massima o piena armonizzazione vietando sia le deroghe in tutte le materie armonizzate (c.d. armonizzazione esterna espressa dal considerando n.9¹⁶), sia l'introduzione di una disciplina speciale per i singoli contratti bancari, per tutti gli aspetti non armonizzati dalla direttiva (c.d. armonizzazione interna espressa dal considerando n.11¹⁷). La precedente direttiva basata su un sistema di armonizzazione minima aveva dato luogo infatti, a sistemi troppo eterogenei tra gli Stati membri¹⁸, occorreva quindi aumentare il livello di vincolatività delle regole comunitarie per garantirne una maggiore uniformità applicativa¹⁹.

del 2010, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 27(6/2), p. 297. DE CRISTOFARO (2010), *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e alla riforma del t.u. bancario*, in «I Contratti», XI, pp. 1043-1044.

¹³ Si veda il Considerando n.4 della direttiva europea: “Lo stato di fatto e di diritto risultante da tali disparità nazionali in taluni casi comporta distorsioni della concorrenza tra i creditori all'interno della Comunità e fa sorgere ostacoli nel mercato interno quando gli Stati membri adottano disposizioni cogenti diverse e più rigorose rispetto a quelle previste dalla direttiva 87/102/CEE. Ciò limita le possibilità per i consumatori di beneficiare direttamente della crescente disponibilità di credito transfrontaliero. Tali distorsioni e restrizioni possono a loro volta avere conseguenze sulla domanda di merci e servizi.”

¹⁴ In linea però con la scelta adottata con la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (2005/29/CE) e sui servizi finanziari a distanza (2002/65/CE).

¹⁵ La base giuridica della direttiva risiede nell'art. 95 del Trattato e cioè nella norma che regola interventi comunitari che contribuiscono alla realizzazione di obiettivi di tutela del consumatore tramite misure di armonizzazione adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno

¹⁶ “È necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno. Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva. Tuttavia, tale restrizione dovrebbe essere applicata soltanto nelle materie armonizzate dalla presente direttiva. Laddove tali disposizioni armonizzate mancassero, gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali [...]”

¹⁷ «Per quanto riguarda contratti di credito specifici, a cui sono applicabili soltanto alcune disposizioni della presente direttiva, non dovrebbe essere consentito agli Stati membri di adottare norme nazionali che attuino altre disposizioni della presente direttiva. Gli Stati membri dovrebbero tuttavia conservare la facoltà di disciplinare nella legislazione nazionale tali tipi di contratti di credito per quanto riguarda altri aspetti non armonizzati dalla presente direttiva».

¹⁸ Si riteneva che le divergenze tra i vari Stati producessero tutele diseguali, regimi giuridici

La nuova disciplina prevede una sostanziale ridefinizione dell'ambito di applicazione delle disposizioni sul credito al consumo²⁰, risultando rispetto alla precedente disposizione più chiara e, soprattutto, più ricca quanto alla individuazione delle fattispecie escluse. Si legge infatti che le attuali regole si applicano infatti ai contratti di credito di importo compreso fra i 200 e i 75 mila euro, elevando così notevolmente il precedente limite di 31 mila euro e, quindi, ampliando significativamente il novero dei contratti interessati²¹.

Al di là di tale fascia di indirizzo, il legislatore individua, per elencazione, alcune fattispecie contrattuali per le quali esclude comunque, per diverse ragioni, l'applicabilità delle norme speciali dettate per il credito al consumo: permangono quelle relative ai contratti di somministrazione (d); ai finanziamenti c.d. gratuiti (ove cioè si esclude il pagamento di interessi) (c); ai contratti di locazione (m); ai finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile progettato o edificato (e). La nuova disciplina ha poi introdotto l'esclusione per i seguenti negozi: contratti di appalto (b); finanziamenti "quasi gratuiti" (d); finanziamenti garantiti da ipoteca con durata superiore ai 5 anni (f); i contratti finalizzati al finanziamento di operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari (g); dilazioni di pagamento gratuite di un debito preesistente (i); finanziamenti garantiti da pegno su bene mobile nel caso in cui il consumatore non sia obbligato per un ammontare eccedente il valore del bene (l); iniziative di microcredito e altri contratti destinati per legge ad un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale che non prevedono il pagamento di interessi o prevedano tassi inferiori a quelli di mercato ovvero prevedano condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quanto offerto sul mercato (n); contratti di credito sotto forma di sconfinamento (o).²²

asimmetrici privi di adeguata e condivisibile motivazione, sostanziale ineffettività dei sottostanti principi di protezione del consumatore, segnatamente in punto di competitività e di conseguente riduzione dei tassi di interesse che regolano le operazioni in discorso. Da CARRIERO (2009), *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzi, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Rivista di diritto civile*, fasc. 5, pp.509-512. Nei Considerando 3 e 4 della direttiva si esplicita chiaramente la motivazione legata alle disparità significative tra i vari Stati.

¹⁹ Per alcune riflessioni sul sistema di massima armonizzazione si veda MIRONE, pp. 587-593 (op. cit. in nota 51) e MODICA (2009), *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in «Europa e diritto privato», 11(3).

²⁰ Cfr. art. 122 del t.u.b. e Sezione VII, par.3 delle Disposizioni della Banca d'Italia aggiornate al 2015

²¹ Cfr. art. 122, comma 1, lettera a), t.u.b..

²² Viene, infine, prevista una disciplina speciale per le aperture di credito nelle quali il rimborso deve avvenire su richiesta della banca (si esclude quindi la possibilità di rimborso su iniziativa del cliente e si intende molto probabilmente la fattispecie delle aperture di credito a tempo indeterminato) e le aperture di credito in conto corrente il cui rimborso deve avvenire entro 3 mesi dal prelievo (c.d. "aperture di credito atipiche", intendendosi probabilmente le aperture di credito a tempo determinato). Per i citati contratti viene applicata una disciplina meno tutelante per il consumatore: obblighi pubblicitari più ristretti (non si applica l'art.123, comma 1, lettere da d) a f) del t.u.b.); informativa precontrattuale specifica (paragrafo 4.2.3, Sezione VII delle Disposizioni della Banca d'Italia); assistenza personalizzata in fase precontrattuale non obbligatoria (non si applica l'art.124, comma 5° del t.u.b.); differenze a livello di contenuto del contratto (paragrafo 5.2.2, Sezione VII delle Disposizioni della Banca d'Italia); inapplicabilità della disciplina del recesso (non si applicano gli art. 125-ter e 125-quater del t.u.b.); inapplicabilità della disciplina sul rimborso anticipato (non si applica l'art. 125-sexies del t.u.b.); inapplicabilità della disciplina sullo sconfinamento (non si applica l'art. 125- octies).

Il principio dell'armonizzazione massima vale quindi solo per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva e, non esprime un vincolo a non estendere l'ambito applicativo della normativa comunitaria oltre i confini da essa stessa stabiliti. Nulla vieta agli Stati membri, di estendere la normativa di protezione del consumatore anche a fattispecie che sarebbero rimaste escluse secondo il disposto dell'art.2 comma 2 della direttiva sul credito al consumo. Lo stesso considerando n.10 vale a precisare che le definizioni contenute nella direttiva fissano la portata dell'armonizzazione ma non escludono che la stessa disciplina possa essere resa applicabile al di là dei limiti che le medesime definizioni hanno posto. A ragione di ciò uno Stato membro potrebbe mantenere o introdurre norme nazionali conformi alla direttiva, o a taluni disposizioni di quest'ultima, per disciplinare fattispecie che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva; oppure potrebbero applicare le disposizioni della direttiva ai crediti collegati che non rientrano nella definizione di contratto collegato contenuta all'art.15 e destinati solo parzialmente a finanziare un contratto riguardante la fornitura di merci o la prestazione di servizi. Allo stesso modo potrebbe estendere la portata applicativa della norma fino a ricomprendere contratti conclusi da soggetti che non rientrerebbero nella definizione di consumatore o che concludono l'accordo per finalità definibili come promiscue.

1.2.1. Il recepimento della direttiva sul credito al consumo: il d.lgs.n.141/2010

La Direttiva 2008/48/CE è stata recepita nell'ordinamento italiano attraverso l'emanazione del d.lg. n. 141 del 13 agosto 2010, meritevole di aver riunificato la disciplina del credito al consumo integralmente nel t.u.b.²³

Il decreto n. 141/2010 ha il pregio di aver dato attuazione alla disciplina comunitaria sul credito al consumo, e di aver introdotto inoltre una serie di innovazioni che non hanno nulla a che vedere con il credito al consumo e la cui adozione non è stata richiesta dalla comunità europea ma è stata decisa esclusivamente dal legislatore italiano ad esempio innovazioni che riguardano il codice del consumo, la legge sulla cartolarizzazione dei crediti, il t.u.f. ecc. Il decreto n. 141/2010 si componeva infatti di cinque corposi titoli, di cui solo i primi relativi al credito al consumo.

La tutela del consumatore seguiva a sua volta due direttrici: la prima consistente nell'adozione di norme finalizzate a garantire l'informazione e la trasparenza di fronte alla contrattazione di massa, mentre la seconda consistente nell'adozione di norme che perimetravano una disciplina del rapporto limitante dell'autonomia contrattuale delle parti²⁴.

Il Titolo I, dedicato ai contratti di credito ai consumatori e quindi al recepimento vero e proprio della Direttiva 2008/48/CE, introduceva tutta la nuova disciplina al Capo II del Titolo VI del t.u.b. In contemporanea, dovendo fare attenzione all'attività di coordinamento con la normativa già presente, abrogava quanto necessario ossia gli articoli 40, 41 e 42 del codice al consumo, mantenendo l'art.

²³ La scelta del legislatore di riportare l'intera disciplina del credito al consumo nel t.u.b. in luogo del codice al consumo non è stata priva di critiche, come illustrato in COSTA, *op. cit.*, pag. 266, dove l'autore segnala che solo l'Italia ha adottato questo tipo di modello normativo. Dello stesso avviso l'autore DE CRISTOFARO, IN DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, I Contratti, 2010, pag. 1049. L'autore giudicava già irragionevole il precedente smembramento della disciplina in sede di emanazione del codice del consumo, per poi trovare la sua nuova collocazione nel testo unico una palese contraddizione alla decisione di creare un unico codice per i consumatori. L'autore stesso ricorda che altri giuristi considerano invece preferibile la nuova collocazione nel t.u.b. (si veda) CARRIERO G. in *Brevi Note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, I contratti, 2009, pag. 1146.

²⁴ COSTA *op. cit.*, pag. 277-279.

43 con la sola soppressione della parola «restante» (si trattava comunque solo di un articolo di rinvio della disciplina ai capi II e III del Titolo VI del t.u.b).

La modifica del Capo II del t.u.b. non riguardava solo il contenuto delle disposizioni ma anche dell'intestazione del capo stesso, precedente rubricato «credito al consumo» e modificato in «credito ai consumatori»: non si trattava di una casualità, ma era frutto della necessità di rendere coerenti le direttive comunitarie e dell'intenzione di collocare l'individuo e la sua tutela al centro della Direttiva. Il Titolo II del decreto n. 141/2010 si preoccupava invece del coordinamento del t.u.b. con altre disposizioni in tema di trasparenza.

La disciplina del credito al consumo è stata sì riunificata all'interno del testo unico bancario, ma il legislatore l'ha resa anche autonoma rispetto alla disciplina sulla trasparenza delle operazioni e servizi bancari e finanziari del Capo I del Titolo VI del t.u.b., dal momento che l'art. 115 t.u.b., comma terzo, sottraeva i contratti di credito ai consumatori alla disciplina sulla trasparenza contenuta nel Capo I, salvo alcuni aspetti espressamente richiamati dall'art. 125-bis, comma 2²⁵.

Tuttavia, poca attenzione è stata posta al coordinamento del nuovo t.u.b. con le altre discipline consumeristiche, dal momento che dopo il recepimento della Direttiva del 2008/48/CE la disciplina consumeristica si trovava nuovamente sparsa in più fonti legislative e di difficile collegamento l'una con l'altra: Capi II e III del Titolo VI del t.u.b., disposizioni del Capo I espressamente richiamate dal comma secondo dell'art. 125-bis, le norme del cod. civ. in materia di contratto di mutuo e contratti bancari (art. 1813 e ss.) nonché la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (art. 18, cod. cons.), delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori (art. 33, cod. cons.)²⁶, ecc..

Ciò che contraddistingue il credito a consumo è la causa del finanziamento e la natura del soggetto coinvolto: il consumatore la cui definizione è rimasta immutata rispetto alla direttiva 87/102/Cee quale “ persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”; mentre per l'erogazione del credito vengono impiegati diversi negozio giuridici sia tipici che atipici, ma la principale distinzione viene fatta tra credito finalizzato e credito non finalizzato.

Il credito finalizzato si riferisce ad un finanziamento funzionale ad effettuare l'acquisto di uno specifico bene o servizio, per il quale viene concesso al consumatore il pagamento rateizzato; mentre nel credito non finalizzato il credito concesso non è vincolato ad un determinato utilizzo, ma può essere impiegato liberamente da chi lo richiede. Proprio questa distinzione, sarà quella che ritroveremo nella disciplina del credito immobiliare.

Un'altra novità introdotta dal decreto n. 141/2010 in oggetto era la definizione dei contratti di credito, cui era rivolta la disciplina del credito al consumo, nell'art. 1 sono definiti come i contratti 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». Emerge il carattere transtipico di questa disciplina, dal momento che comprende numerose e differenti tipologie di contratti il cui comune denominatore è rappresentato però dalla causa di finanziamento²⁷. Un criterio utile per la classificazione delle operazioni coinvolte riguarda la loro propensione a rappresentare operazioni di credito al consumo finalizzato oppure di credito al consumo diretto²⁸. Il primo gruppo riguarda le operazioni nelle quali il finanziamento è finalizzato all'acquisto di uno specifico bene o servizio; le tipologie contrattuali più diffuse che appartengono a questo gruppo sono le vendite a rate con riserva di proprietà²⁹, i crediti su pegno, i mutui di scopo³⁰ e contratti di leasing traslativo³¹.

²⁵ Art. 125-bis, comma 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».

²⁶ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pag. 1050

²⁷ *Ibidem*

²⁸ PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2011,

²⁹ La vendita a rate con riserva della proprietà è un'operazione disciplina dall'art. 1523 cod. civ.; è uno dei contratti di credito al consumo più diffusi specialmente per la sicurezza che offre, dal

A differenza di questi schemi contrattuali, il credito al consumo diretto (o non finalizzato) riguarda le forme di finanziamento che vengono concesse al consumatore senza un vincolo di destinazione. Le operazioni più conosciute che rientrano in questo gruppo sono i prestiti personali, i prestiti concessi a fronte della cessione del quinto dello stipendio, e i finanziamenti erogati tramite carta di credito revolving (generalmente collegata ad una apertura di credito in conto corrente).

I prestiti personali³² sono i tradizionali finanziamenti, concessi al cliente da un istituto di credito di fronte ad una esigenza economica generale senza che questa richiesta e la concessione siano finalizzate all'acquisto di un determinato bene. Generalmente il rimborso si struttura secondo un piano di ammortamento c.d. alla francese, ossia a metodo progressivo, dove la quota di interessi dovuti decresce nel corso dell'ammortamento mentre aumenta la quota capitale.

Le novità riguardanti la disciplina, introdotte dal decreto del 2010 nella materia specifica del credito al consumatore³³, sono molteplici e si possono riassumere in alcuni punti.

a) Nuova normativa sulla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (art. 118, commi 1° e 2° del t.u.b.³⁴, in materia di *ius variandi*). Si distingue ora tra due tipologie contrattuali: la prima riguarda i “contratti a tempo indeterminato” (ad esempio conti correnti e aperture di credito a tempo indeterminato); la seconda gli “altri contratti di durata” (ad esempio i contratti di mutuo e le aperture di credito a tempo determinato). La disciplina dello *ius variandi* muta a seconda della tipologia contrattuale (comma 1°): nel primo caso si può pattiziamente concordare la facoltà di modificare unilateralmente « [...] i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un

momento che il venditore è garantito dal fatto che il trasferimento della proprietà al consumatore è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento integrale. A differenza delle prime due tipologie di operazioni, in questo caso i protagonisti sono solo due, ossia il venditore e il cliente.

³⁰ I mutui di scopo rappresentano un'operazione di finanziamento con cui una parte eroga all'altra un finanziamento finalizzato al raggiungimento di uno scopo specifico, e l'altra si impegna a restituire il capitale con gli interessi e ad usare la somma per realizzare il fine prefissato. Si tratta quindi di una operazione che coinvolge tre diversi soggetti, ossia il consumatore, il venditore e il finanziatore, i cui rapporti reciproci sono regolati da altrettanti contratti: quello di compravendita stipulato tra consumatore e venditore, quello di finanziamento stipulato tra consumatore e finanziatore e infine la convenzione tra finanziatore e venditore (tramite il quale si consente al cliente il pagamento rateale). Il mutuo di scopo si differenzia dal mutuo ordinario (art. 1813 ss. cod. civ.) per la presenza della clausola di destinazione della somma finanziaria.

³¹ I contratti di leasing traslativo (o di consumo) sono i contratti di leasing che terminano con l'acquisto della proprietà del bene da parte del consumatore; si distinguono dal leasing di godimento proprio per l'intenzione del cliente di esercitare, al termine del contratto, l'opzione di acquisto (come i mutui di scopo i soggetti coinvolti sono tre).

³² I prestiti personali comprendono anche le aperture di credito in conto corrente, dove la banca si impegna a mettere a disposizione del cliente una determinata somma di denaro o a tempo indeterminato o a tempo determinato che viene utilizzato a sua discrezione. I prestiti contro la cessione del quinto dello stipendio costituiscono dei finanziamenti dove il consumatore/mutuuario cede una quota pari a fino ad un quinto di un proprio credito futuro (sia esso la pensione o lo stipendio) a garanzia del rimborso delle rate dovute. In genere il rimborso è appunto rateizzato e avviene mediante trattenute mensili in busta paga effettuate direttamente dal datore di lavoro, che li versa poi al finanziatore.

³³ Come più volte accennato il decreto ha apportato modifiche ed integrazioni non solo per quanto riguarda il credito al consumo. Le modifiche riguardanti il Capo I sono già state menzionate nel primo capitolo di questo elaborato. Qui nello specifico interessa ricordare le novità introdotte nel credito al consumo. Per approfondimenti si veda sempre DE CRISTOFARO, pp. 1043-1044

³⁴ Disposizione applicabile integralmente ai contratti di credito ai consumatori in virtù del richiamo operato dal comma 2 dell'art. 125-bis del TUB.

giustificato motivo [...]». Nel secondo caso « [...] la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo».

b) Novità riguardanti il Capo III del t.u.b., che rappresenta la disciplina comune ai contratti bancari, ai contratti di credito ai consumatori, ai servizi di pagamento³⁵. Il più importante riguarda l'art. 127³⁶, che prevede che i poteri accordati alle Autorità creditizie debbano essere esercitati avendo a riguardo, oltre che l'art. 5 del t.u.b. (sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario), la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela. Si fa qui riferimento sia al potere di predisporre i contenuti delle disposizioni attuative delle norme del Titolo VI, sia del potere di esercitare un controllo sull'attività di banche, istituti di pagamento e intermediari finanziari al fine di verificare che essa si svolga nel rispetto dei precetti dettati dal Titolo VI³⁷.

c) Novità riguardanti il Capo II specifico sulla disciplina del credito al consumatore³⁸ e specificatamente integrate dal Provvedimenti della Banca d'Italia. (a) Cambia la definizione del TAEG che esprime il costo totale del credito per il consumatore includendo alcuni costi che erano esclusi dalla precedente definizione, come i costi per i servizi accessori obbligatori per la concessione del credito o per l'accesso a determinate condizioni negoziali. (b) Viene dettata una nuova disciplina (art. 123 del t.u.b.) relativa ai contenuti e alle caratteristiche dei messaggi pubblicitari (introducendo delle informazioni di base) concernenti le operazioni di credito e in perfetta autonomia rispetto a quella generale dettata dall'art. 116 del Capo I (c) Viene introdotta una nuova disciplina, che incrementa in modo assai penetrante e innovativo gli obblighi precontrattuali gravanti nei confronti del consumatore (art. 124): obblighi informativi allo scopo di consentire al consumatore di assumere una "decisione informata e consapevole" in merito alla conclusione del contratto; obblighi di valutazione del merito creditizio del consumatore (art. 124-bis) con l'obiettivo di prevenire il rischio di operazioni sproporzionate o inadeguate alle condizioni patrimoniale del consumatore. Mentre gli obblighi informativi sono posti a carico del finanziatore o l'intermediario del credito e assistiti da una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 144, comma 3°); gli obblighi riguardanti il merito creditizio sono a carico dei soli finanziatori (e non degli intermediari) e non è prevista alcuna sanzione. (d) La forma del contratto è regolata dall'art. 125-bis che prevede, in modo innovativo, che i contratti di credito debbano essere redatti su supporto

³⁵ Il Capo III regola l'esercizio dei controlli demandati alle Autorità creditizie al fine di verificare il rispetto delle disposizioni del Titolo VI del t.u.b.

³⁶ Il decreto del 2010 apporta a questo articolo delle innovazioni rispetto alla precedente versione; mentre vengono introdotti ex-novo gli art. 127-bis e 128-ter.

³⁷ DE CRISTOFARO, op. cit.

³⁸ Prima del decreto del 2010 le disposizioni di recepimento della direttiva 87/102/CEE in materia di credito al consumo si trovavano collocate in due distinti testi normativi: il t.u.b. nel Capo II e Capo III del Titolo VI e nel Codice al Consumo (artt. 40-43). Successivamente in attuazione della direttiva comunitaria del 2008 il legislatore italiano ha scelto (spesso non condivisa dagli studiosi in materia; si veda DE CRISTOFARO, pp.1048-1050 (op. cit. in nota 92)) di trasporre in un unico provvedimento tutte le disposizioni in materia scegliendo il t.u.b. (l'attuale Capo II) e contestualmente abrogando gli artt.40-42 del Codice del Consumo (in quest'ultimo rimane in vigore esclusivamente l'art.43 il quale, per quanto attiene al credito ai consumatori, rimanda integralmente alle norme del t.u.b. e alle relative disposizioni attuative). Tuttavia nonostante questo accorpamento di norme il regime normativo in materia di credito al consumatore rimane composto: oltre alle norme presenti nel t.u.b. si deve tener conto anche delle norme del codice civile in materia di contratto di mutuo e di contratti bancari, alla disciplina delle pratiche scorrette (artt. 18 ss. del Codice del Consumo) e delle clausole vessatorie dei contratti dei consumatori (artt.33 e ss. del Codice del Consumo).

cartaceo o su altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge³⁹. La mancata osservanza di questo requisito formale (vizio di forma) determina la nullità integrale del contratto (come richiamato nel comma 2° dell'art. 125-bis). Il contratto in toto è altresì nullo se nel testo sottoscritto dalle parti manchino le informazioni essenziali (comma 8° dell'art. 125-bis) riguardanti il tipo di contratto, l'identità delle parti e l'importo totale del finanziamento⁴⁰. Anche il contenuto del contratto nella nuova normativa viene proposto in forma più dettagliata rispetto alla precedente. (e) La nuova disciplina risulta, inoltre, più puntuale e dettagliata in merito alla facoltà di rimborso anticipato (art. 125-sexies) e la regolamentazione del diritto di recedere (ad nutum) dal contratto di credito a tempo indeterminato (art. 125-quarter, comma 1°). Nulla viene, infine, stabilito circa il recesso da contratti a tempo determinato, questione da risolversi guardando ai principi generali (codice civile e Codice del Consumo). (f) Innovativa anche la disciplina del recesso (art. 125-ter) e dei “contratti collegati” (art. 125-quinques)⁴¹.

Nel complesso, il decreto legge del 2010, in attuazione della direttiva comunitaria del 2008, realizza un incremento del livello di tutela del consumatore grazie a molte misure sicuramente più efficaci: la ridefinizione del Taeg, l'introduzione di obblighi informativi precontrattuali prima non previsti, maggiori vincoli per quanto riguarda affidamenti e scoperture, la regolamentazione del recesso da parte del finanziatore, la delimitazione dell'indennizzo a carico del consumatore in caso di rimborso anticipato (art. 125 – sexies).

Tali prescrizioni sono coadiuvate da una struttura sanzionatoria non solo civilistica volta a tutelare il singolo consumatore (nullità, sostituzione automatica di clausole) ma anche attraverso un sistema di misure inibitorie e sanzionatorie azionabili dalla Banca di Italia, infine, i contratti di credito ai consumatori resta pur sempre soggetti alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (Codice del consumo) e ai relativi poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Le innovazioni quindi, poste dalla direttiva sul credito al consumo, sono state varie e tutte finalizzate a rendere il consumatore sempre più consapevole e informato sull'operazione che si appresta a compiere, per evitare che si riveli insostenibile, a ragione di ciò sono stati potenziati gli obblighi che il finanziatore deve assolvere in fase precontrattuale, propedeutici alla conclusione del contratto, tra i quali emerge la valutazione del merito creditizio del consumatore.

1.3. La direttiva n.17/2014 Ue.

La direttiva 2014/17/UE⁴² del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata il 4 Febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali rappresenta il più recente punto di arrivo di un procedimento ancora in itinere intrapreso dall'Unione europea al fine di creare un mercato comune del credito residenziale trasparente ed efficiente. La direttiva che si esamina, nasce con l'obiettivo di ampliare lo spazio di operatività del mercato interno europeo includendo il settore del credito immobiliare fino a quel momento escluso dagli interventi del legislatore sovranazionale (attraverso la direttiva 2008/48/Ce in tema di contratti di credito ai

³⁹ In riferimento molto probabilmente all'art.20 del d.lgs. del 7 marzo 2008, n.82 recante il codice dell'Amministrazione digitale. DE CRISTOFARO op cit.

⁴⁰ Il contratto non è nullo se manca l'indicazione del TAEG o della durata del credito in quanto la relativa lacuna viene colmata ex lege attraverso i parametri di cui al comma 7° del citato articolo.

⁴¹ Del recesso si parlerà in modo approfondito nel paragrafo 6, mentre per approfondire gli aspetti legati ai contratti collegati si veda DE CRISTOFARO *op.cit.*

⁴² Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, pubblicata nella G.U. n. L 60/34 del 28 Febbraio 2014.

consumatori) e caratterizzato da rilevanti differenze delle normative degli Stati membri. Obiettivo della direttiva è quello di ridurre il più possibile i margini del particolarismo giuridico che aveva caratterizzato la regolamentazione del credito immobiliare e favorire quindi la libera concorrenza. In tale senso l'armonizzazione si declina nei sistemi di vigilanza cui sottoporre gli operatori del credito, sia le regole di comportamento al cui rispetto assoggettare tali operatori nella redazione con il consumatore e nella organizzazione interna dell'attività professionale. Al di là di questo, ulteriore scopo della normativa è quello di contrastare gli effetti della crisi finanziaria apparsa nello scenario economico di gran parte dei mercati europei ed extra europei e le cui cause si ritrovano nella scarsa conoscenza dei profili finanziari che hanno i consumatori e nel comportamento irresponsabile dei mutuatari. Tali fattori, si è ritenuto abbiano comportato l'esposizione di un gran numero di consumatori a condizioni di sovraindebitamento⁴³ e una perdita di fiducia sulla stabilità del mercato creditizio e sulla sua efficienza. La direttiva rappresenta in tale ottica, un provvedimento attraverso il quale il legislatore europeo, spinto da istanze di protezione nei confronti del consumatore e dalla necessità di assicurare la stabilità del mercato, incide sull'autonomia negoziale delle parti prevedendo l'imposizione alla parte professionale di penetranti obblighi informativi, di consulenza, di valutazione del merito creditizio, di buona esecuzione dei contratti, e contestualmente assegnare agli Stati membri il compito di promuovere misure che potenzino l'educazione finanziarie dei mutuatari, impegnandoli ad intervenire prima e a prescindere da una eventuale accordo negoziale con il professionista. Lo scenario in cui si innesta la nuova disciplina era già caratterizzato da importanti interventi consumeristici: in primis si fa riferimento alla direttiva sulle clausole abusive, sulle pratiche commerciali scorrette, sui contratti a distanza, sui contratti di credito ai consumatori), collegandosi alla direttiva sul credito al consumo e completando la tutela da questa predisposta.

La base giuridica dell'intervento del legislatore comunitario si ritrova nell'art.114 del TFUE relativo al "ravvicinamento delle legislazioni" degli Stati membri e non invece nell'art. 169 TFUE dedicato alla "protezione dei consumatori". La ragione di questa scelta è stata giustificata⁴⁴ dalla necessità di assicurare che l'obiettivo di armonizzazione massima – cui era improntata la direttiva 2008/48/Ce, non venisse meno dalla facoltà concessa dall'art.169, par.4, TFUE agli Stati membri "di mantenere o introdurre misure di protezione più rigorose". La direttiva sul credito immobiliare ai consumatori è una direttiva di armonizzazione minima⁴⁵, il cui grado di riavvicinamento per cui ha optato il legislatore europeo si giustifica per le specificità che, all'interno dei singoli Stati membri, caratterizzano il settore dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali soprattutto con riferimento alla struttura e agli operatori del mercato, alle categorie di prodotti disponibili e alle procedure per la concessione del credito⁴⁶. La previsione di un'armonizzazione piena, se sicuramente avrebbe avuto il merito di stimolare le operazioni transfrontaliere di finanziamento promuovendo, la creazione di un mercato interno del credito immobiliare, avrebbe però potuto compromettere determinati bisogni di tutela che nei diversi ordinamenti possono essere avvertiti in modo più intenso che in altri. Questi limiti sono emersi in particolar modo con riferimento alla direttiva 2008/48/UE ove l'approccio seguito dal legislatore è invece di armonizzazione completa⁴⁷. Oltre a rispettare i

⁴³ Si veda S.PAGLIANTINI (2014) *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 europea*", fasc.2, p.523.

⁴⁴ Si veda G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2008, p.255.ss.

⁴⁵ L'art.2, paragrafo primo, stabilisce che gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni che prevedano una tutela più intensa per i consumatori, a condizione che sia assicurata coerenza con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

⁴⁶ Considerando n.7

⁴⁷ In particolare è stato sostenuto che in quella sede è stata espressa "la chiara prevalenza accordata

particolarismi del settore creditizio di riferimento, la scelta dell'armonizzazione minima da parte della direttiva mutui, è conforme ai principi di sussidiarietà e proporzionalità espressi dall'art.5 del Trattato sull'Unione europea, oltre che dal Protocollo n.2.⁴⁸ La direttiva contiene anche disposizioni di armonizzazione massima in riferimento alle informazioni precontrattuali personalizzate che devono essere fornite al consumatore tramite il Prospetto informativo europeo standardizzato di cui all'allegato II, dal creditore e anche in relazione a taluni aspetti della disciplina fissata dall'art.17 in merito al calcolo del tasso annuo effettivo globale. Ecco dunque, che la scelta del legislatore di scegliere come base di riferimento l'art.114 del TUE anziché l'art.169 è stata quella di attribuire importanza alle norme oggetto di armonizzazione massima che, investendo aspetti fondamentali della contrattazione tra il consumatore e gli operatori del credito, non si è ritenuto opportuno volerli affidare alla discrezionalità nella determinazione di una tutela in *melius* concessa agli Stati membri dall'art.169 TFUE.

Nell'ottica di promuovere l'educazione finanziaria dei consumatori, assume particolare importanza l'obbligo gravante sugli operatori del credito di fornire al consumatore informazioni generali e personalizzate. Tale dovere, previsto per fare in modo che il consumatore possa manifestare un consenso pieno ed informato in ordine alla conclusione di uno specifico contratto di credito, non potrebbe raggiungere tale scopo qualora avesse come destinatario un soggetto incapace di comprendere il contenuto delle informazioni trasmesse dal professionista e la loro importanza in relazione alla regolamentazione dell'assetto di interessi nascente dalla conclusione di un contratto di credito. Il legislatore comunitario, auspica quindi che gli obblighi informativi siano recepiti da un consumatore quanto più possibile consapevole delle basi, almeno, del funzionamento del mercato del credito, in grado di comprendere il contenuto e l'esatto significato delle informazioni che riceverà in sede precontrattuale dal professionista e libero, di decidere se avvalersi o meno dei servizi di consulenza creditizia. In tale senso, la direttiva, come meglio vedremo, sembra disegnare lo statuto comportamentale del professionista vincolando il suo agire al rispetto di quelli che sono i canoni dell'onestà, dell'equità, della trasparenza e della professionalità, imponendo di tenere in conto dei diritti e degli interessi del consumatore. Accanto a questi che sono qualificabili come obblighi generali, il legislatore europeo ne prevede di ulteriori che rilevano soprattutto nella fase precontrattuale, momento di primo contatto tra consumatore e professionista. L'operatore professionale, già tenuto al rispetto di quanto statuito dalla direttiva 2005/29/Ce, è tenuto a rendere disponibili informazioni generali che permettano al consumatore di decidere quale contratto di credito concludere sulla base dei vari prodotti offerti; a fornire informazioni personalizzate sia in ordine ai caratteri essenziali del contratto di credito, sia sui diritti attribuiti al consumatore (il diritto di recedere dal contratto, il diritto di estinguere il mutuo anticipatamente), e ciò tramite il prospetto informativo europeo standardizzato prima che il consumatore sia vincolato da un'offerta contrattuale, a spiegare in modo adeguato le caratteristiche del contratto di credito proposto e gli effetti che possono derivarne per il consumatore sulla base della situazione economica- finanziaria e a valutarne il suo merito creditizio. Nel corso dell'esecuzione del contratto, sono previsti ulteriori obblighi a carico dell'operatore professionale quali obblighi informativi in caso di modifica del tasso debitore che devono essere adempiuti prima che gli effetti della modifica abbiano efficacia e

dagli organi comunitari alle istanze di regolamentazione del mercato e di tutela della concorrenza rispetto alle istanze di protezione dei consumatori”, così G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti di credito ai consumatori”*, cit

⁴⁸ Relativamente alle conseguenze derivanti dalla eventuale integrazione da parte dei Parlamentari nazionali delle norme contenute nella direttiva con disposizioni più stringenti che non siano coerenti con gli obblighi dei singoli Stati membri ai sensi del diritto dell'Unione, si veda S. CORDOPATRI, *Art.2 – Livello di armonizzazione, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di PIETRO SIRENA, Milano, 2016, p.123ss.

l'obbligo di esercitare un grado di tolleranza ragionevole prima di dare avvio a procedure esecutive. Rilevante, per tutte le conseguenze che comporta, è la facoltà prevista per le parti del contratto di credito di prevedere il c.d. patto marciano⁴⁹ per il caso di inadempimento dell'obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario di un credito assistito da garanzia ipotecaria. Se questi obblighi sono una tutela di tipo individuale, la direttiva stabilisce ulteriori tutele in caso di inadempimento: si tratta in particolare del dovere di remunerare il personale assicurando l'imparzialità nella concessione dei crediti; dell'obbligo di garantire il soddisfacimento dei requisiti di conoscenza e competenza da parte degli operatori del credito, dei doveri di *disclosure* nei rapporti tra gli intermediari del credito e i soggetti deputati alla prestazione dei servizi di consulenza; dei limiti alle pratiche di commercializzazione abbinata; della convertibilità di un mutuo in valuta estera; degli *standards* cui attenersi per la valutazione dei beni immobili.

La direttiva opera su due principali versanti: da un lato con regole che attengono alla disciplina del rapporto negoziale tra operatore professionale e consumatore, dall'altra parte con disposizioni inerenti alla vigilanza bancaria. Alla luce di ciò, dottrina ha rilevato che al fine di comprendere questa interazione sarebbe necessario guardare al modo in cui è congegnata la costituzione economica europea, la quale “implica necessariamente che gli interventi pubblicitari di regolazione del mercato si traducano in diritti e doveri imputati ai consumatori e alle imprese come situazioni giuridiche soggettive, che possono essere fatte valere individualmente in giudizio.”⁵⁰ Nonostante si tratti di regole che hanno incidenza diversa, le istanze loro sottese si caratterizzano per essere un punto di riferimento, per ispirare la previsione dei molteplici obblighi di comportamento imposti sugli “operatori del credito”: taluni sono obblighi di condotta da rispettare nel rapporto con il consumatore, altri sono obblighi organizzativi attinenti all'attività di impresa, entrambi finalizzati a designare il paradigma del modo in cui creditore ed intermediari del credito dovranno agire. I creditori, come meglio vedremo, dovranno agire in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori. Per gli intermediari del credito si inquadrano gli obblighi volti ad evitare che la maniera in cui i “creditori” remunerano il proprio personale impedisca il rispetto del dovere di agire secondo i precetti di equità, onestà, trasparenza e professionalità; l'obbligo di garantire che la politica retributiva per il personale responsabile della valutazione del merito creditizio sia “coerente con una gestione sana ed efficace del rischio”, il dovere di retribuire il personale incaricato dell'esecuzione dei servizi di consulenza in modo da non pregiudicare la “capacità di agire nel migliore interesse del consumatore”(art.7, n.4), l'obbligo di assicurare che il personale degli operatori del credito abbia e mantenga un livello di conoscenza e competenza adeguato allo svolgimento dei compiti affidatigli (art.9). La presenza delle numerose regole di comportamento gravanti sugli operatori del credito, ha portato parte della dottrina ad affermare che la direttiva istituirebbe un “principio di precauzione che sottende il superamento dell'antitesi (...) tra il vessillo normativo, che pone al centro della nuova disciplina regole paternalistiche a vantaggio della parte economicamente debole (...) e la prassi governata dalla bramosia dei bancari e degli intermediari”.⁵¹

Il legislatore italiano con la legge di delegazione europea n.114 del 9 luglio 2015⁵², ha avviato il procedimento di attuazione delle direttiva 17/2014/Ue, iter che si è concluso con l'approvazione del

⁴⁹ PAGLIANTINI S. (2015), *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, CEDAM, pag. 181 – 2014; PAGLIANTINI S., D'AMICO G., PIRANO F., RUMI T. (2017), *I nuovi marciani*, Torino, 2017.

⁵⁰ P.SILENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*.

⁵¹ R.CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti della Direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giuridico*, 6/2015.

⁵² Attuazione della direttiva 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativo ai

d.lgs. del 21 aprile 2016, n.72 che ha novellato il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n.385 del 1 settembre 1993) introducendo, nel titolo VI dedicato “alla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”, il capo I *bis* intitolato “credito immobiliare ai consumatori”.

1.4. Ratio dell'intervento normativo europeo in materia di credito immobiliare ai consumatori

La direttiva 17/2014/UE è dai più definita come direttiva dalla doppia anima⁵³, dal momento che persegue tanto la protezione dei consumatori quanto la regolamentazione del settore creditizio, al punto tale da creare un nuovo contratto di mutuo che potrebbe definirsi standard o conformato. Al fine di favorire un'erogazione responsabile del credito, che agevoli la creazione di un mercato europeo caratterizzato dalla stabilità finanziaria e al cui interno sia assicurato un “elevato livello di protezione dei consumatori⁵⁴”, la direttiva 2014/17/UE opera quindi su due principi: con regole che attengono alla disciplina del rapporto negoziale tra operatore professionale e consumatore, da una parte, e con disposizioni inerenti alla vigilanza bancaria, dall'altra.

Nel terzo *Considerando* della direttiva 17/2014/UE si legge che il comportamento irresponsabile degli intermediari creditizi ha finito, negli ultimi anni, per «mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico». La proposizione successiva, laddove parla di «consumatori che hanno perso fiducia nel settore finanziario e di mutuatari che si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti», da cui poi il crescente «aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate», restituisce dipinge l'immagine della grave situazione sociale conseguente allo scoppio della bolla immobiliare spagnola.

Se l'obiettivo dunque è duplice, creare da un lato mercati responsabili ricostruendo dall'altro la fiducia dei consumatori, la *natura duale* della direttiva 17/2014, perché normativa di

beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI - *bis* del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria dei mediatori creditizi e del d.lgs. 13 agosto 2010, n.141, pubblicato nella G.U. n. 117 del 20 maggio 2016. Per espressa previsione dell'art. 3, c., 1° del d.lgs. n.72 del 2016 le nuove disposizioni sul credito immobiliare ai consumatori, con alcune eccezioni, sono entrate in vigore il primo luglio 2016 con riferimento ai contratti sottoscritti successivamente a tale data. Le eccezioni sono rappresentate dagli artt. 120 *octies*, 120 *novies*, 120 *decies*, c. 3 e 120 *duodecies* che, necessitando dall'approvazione di disposizioni di attuazione da parte del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio su proposta della Banca di Italia (o, nel caso dell'art.120 *duodecies*, da parte della Banca di Italia), sono entrate in vigore il primo novembre 2016. Le disposizioni di attuazione dell'art. 120 *octies* e 120 *novies* t.u.b. sono state approvate dal Presidente del CICR con d.m. del 29 settembre 2016 n. 380

reperibile

all'indirizzo

http://www.mef.gov.it/ministero/comitati/cicr/documenti/DM380_del_29.9.2016.pdf. Quelle degli artt.120 *decies*, c.3, e 120 *duodecies* sono state emanate dalla Banca di Italia con provvedimento “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari- Correttezza delle relazioni tra intermediatori e clienti “adottato il 29 settembre 2016 e reperibile all'indirizzo http://bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivionorme/disposizioni/trasparenza_operazioni/Disposizioni_pro_trasparenza.pdf

⁵³ S.PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili) , in Contr.impr. Europa, 2014.*

⁵⁴ Così il considerando n.5 della direttiva. Nella stessa direzione si esprime il considerando n.6 ove si rileva che “ la presente direttiva dovrebbe pertanto realizzare un mercato interno più trasparente , efficiente e competitivo (...) promuovendo sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti e l'inclusione finanziaria e garantendo dunque ai consumatori un elevato livello di protezione”.

regolamentazione del mercato creditizio e nel contempo disciplina di protezione dei consumatori dal sovraindebitamento, traspare apertamente, nel dichiarato intento di rimediare agli innumerevoli danni provocati nel frattempo a causa della combinazione da un lato della scarsa cultura finanziari e di regimi inefficaci, incoerenti o inesistenti per gli intermediari del credito⁵⁵.

Si tratta quindi di una normativa ha come ambizione il riordino nel modo più efficiente possibile del mercato interno del credito immobiliare progettato senza *policies* di interventi *proibitivi* su questo o quel prodotto creditizio, neanche rispetto a quei prestiti in valuta estera (art. 23) motivo di grave incognita per il consumatore a causa dei costi che possono originare dal rischio di cambio. La tecnica di regolamentazione prescinde dalla predisposizione di una mappa di divieti di commercializzazione, mettendo piuttosto in mostra uno schema incentrato sulla sperimentata formula di una tutela del consumatore *a monte* del contratto, nell’ottica di un *anticipo*, al fine di tutelarlo dal rischio di un sovraindebitamento al tempo di una fase precontrattuale che si è concepita marcatamente *graduata*⁵⁶.

Tale duplice natura solleva subbi in merito all’adozione da parte del legislatore comunitario, di un approccio *responsible lending* o *responsible borrowing*⁵⁷, dove per *responsible lending* si intende la concessione responsabile di mutui da parte degli istituti di credito che rispondano realmente alle esigenze del consumatore, consumatore che sia però informato e che abbia potuto adottare una decisione consapevole.⁵⁸

L’approccio *responsible borrowing* sarebbe invece ispirato dalla finalità di permettere al consumatore di compiere autonomamente delle scelte consapevoli in materia di finanziamento attraverso un fitto schema di regole sulla trasparenza e di comunicazione che gli istituti di credito sono tenuti ad adottare; l’idea è quella di responsabilizzare quanto più possibile il consumatore attraverso una serie di informazioni che gli siano fornite in modo chiaro.

Il primo approccio segue la strada di responsabilizzare il creditore ad esempio attraverso l’applicazione di regole da utilizzare per negare l’accesso al credito a soggetti che non siano meritevoli o comunque che difficilmente potrebbero essere solvibili. A sostegno del criterio del *responsible lending*, sarebbe, come vedremo, quanto scritto all’inizio del terzo considerando della direttiva dove si afferma che “la crisi finanziaria⁵⁹ ha dimostrato che un comportamento

⁵⁵ Così il quarto *Considerando*. Si consideri, per dare un’idea delle dimensioni del problema, che il valore dei prestiti ipotecari corrispondeva, nel settembre del 2013, al 52% del PIL dell’UE.

⁵⁶ Cfr. FÉRIEL, *L’évolution européenne du devoir de mise en garde du banquier*, in *Dalloz*, 2014, 878.

⁵⁷ PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, Borsa*, 2016.

⁵⁸ Sec (2011)355 def. del 31 marzo 2011.

⁵⁹ La mancata piena realizzazione del mercato interno dell’Unione dei crediti ipotecari relativi a beni immobili residenziali è stata additata da più parti come uno dei fattori scatenanti l’attuale prolungata crisi finanziaria. Sul punto v. S. TOMMASI, *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, in *Contratti*, 2011, 956 ss.; più in generale, M. GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI Tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, 323 ss.; C. AGABITINI, *Ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L’evoluzione del credito al consumo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 597; ID., Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L’accesso al credito e il “bene casa”, *ivi*, 2011, 61 ss.; G. FALCONE, *Prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 2010, 642; A. MIRONE, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *BBTC*, 2010, 588; ID., *Le fonti private del diritto bancario: autonomia, trasparenza e concorrenza nella (nuova) regolamentazione dei contatti bancari*, *ivi*, 2009, 264; F.

irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico”. Sempre la lettura del terzo considerando, si focalizza sul fatto che sebbene sia vero che casi di comportamento scorretto da parte degli istituti di credito siano avvenuti soprattutto oltreoceano, è altrettanto vero che i consumatori europei sono consumatori i cui debiti sono concentrati in particolar modo sui beni mobili residenziali. Ecco quindi l’esigenza di una regolamentazione, così anche il considerando numero 22 riconosce la specificità dei contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali e giustifica l’utilizzo di un differenziato dovuto alle potenziali conseguenze che “essi possono avere per il consumatore”. L’intero considerando, che meglio analizzeremo nel corso del presente lavoro, ribadisce l’esigenza che il credito avvenga in maniera sana, prevedendo disposizioni più rigide per la valutazione del merito creditizio del debitore rispetto a quelle utilizzate per il credito al consumo. È anche vero, che è prevista l’attività dei singoli Stati membri in ordine ad iniziative di educazione dei consumatori in materia finanziaria in modo da permettere loro di prendere decisioni consapevoli e informate in materia di accensione di prestiti o mutui.

Sempre a sostegno del responsible borrowing il considerando n. 40 i quale prevede che “*i consumatori dovrebbero inoltre ricevere informazioni personalizzate in tempo utile prima della conclusione del contratto di credito, in modo da potere confrontare e riflettere sulle caratteristiche dei prodotti creditizi*”.

Alla luce di tale approccio diversificato, in dottrina si è sostenuto che per comprendere in che modo questi due approcci possano interagire è necessario guardare al modo in cui è congegnata la costituzione economica europea, la quale implica necessariamente che gli interventi pubblici di regolazione del mercato si “traducano” in diritti e doveri imputati ai consumatori e alle imprese come situazioni giuridiche soggettive, che possono essere fatte valere individualmente in giudizio”.⁶⁰ Sebbene siano regole che comportano incidenze diverse, le istanze loro sottese di caratterizzano per ispirare la ratio della previsione di molteplici obblighi di comportamento imposti sugli operatori del credito, alcuni sono obblighi di condotta da rispettare nella relazione con il consumatore, altri obblighi organizzativi attinenti all’attività di impresa. Entrambi aspirano a circoscrivere le modalità entro cui i creditori e gli intermediari devono agire sul mercato. Per quanto riguarda gli obblighi di condotta, si annovera sicuramente il dovere di agire in maniera “onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori”, la cui portata viene estesa dall’art.7 già dalla “messa a punto” dei prodotti creditizi; l’obbligo di garantire che le comunicazioni di pubblicità e marketing siano “corrette, chiare e non ingannevoli” (art.10) : quello di rendere disponibili in qualsiasi momento informazioni generali “chiare e comprensibili” (art.13); quello di fornire informazioni personalizzate prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un’offerta (art.14); il dovere di informare a titolo gratuito (art.8); l’obbligo di non concedere credito senza una preventiva valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore”(art.18). Tra la seconda categoria si inquadrano gli obblighi volti ad evitare che il modo in cui i creditori remunerano il proprio personale impedisca il rispetto del dovere di agire secondo i canoni della lealtà, dell’onestà e dell’equità (art.7 , n.2); l’obbligo poi di garantire che la politica retributiva per il personale responsabile della valutazione del merito creditizio sia “coerente con una gestione sana ed efficace del rischio” (art.7, n.3 lett.a); il dovere di retribuire il personale

MACARIO, *Il percorso dell’armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009.

⁶⁰ P.SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 17/2014/Ue*.

incaricato dell'esecuzione dei servizi di consulenza in modo da non pregiudicarne “la capacità di agire nel migliore interesse del consumatore”(art.7, n.4); l'obbligo di assicurare che il personale degli operatori del credito abbia e mantenga un livello di conoscenza e competenza adeguato allo svolgimento dei compiti affidatigli (art.9)⁶¹.

1.5. Il grado di armonizzazione perseguito

L'articolo 2 della direttiva attiene al grado di armonizzazione delle discipline nazionali che il legislatore europeo intende perseguire.

In detta sede si dispone che “1. *La presente direttiva non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni più stringenti per tutelare i consumatori, a condizione che tali disposizioni siano coerenti con i loro obblighi ai sensi del diritto dell'Unione.* 2. *In deroga al paragrafo 1, gli Stati membri non mantengono né introducono nella legislazione nazionale disposizioni divergenti da quelle di cui all'articolo 14, paragrafo 2, e all'allegato II, parte A, con riguardo alle informazioni precontrattuali standard tramite un prospetto informativo europeo standardizzato (PIES), e all'articolo 17, paragrafi da 1 a 5, e all'articolo 17, paragrafi 7 e 8, e all'allegato I con riguardo a uno standard dell'Unione comune e coerente per il calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG)”*.

Si tratta, come è evidente, del rapporto tra la posizione di una norma di principio e di una (immediata) deroga alla stessa, con l'effetto giuridico di prevedere una disciplina valevole in linea di massima e una disciplina più settoriale e tassativa.

In altri termini per quanto riguarda in generale l'oggetto della direttiva i singoli Stati rimangono liberi di adottare – pur entro il limite della coerenza con gli altri obblighi di matrice europea – disposizioni di maggior tutela per i consumatori, mentre, in alcuni settori di cui al secondo paragrafo e, segnatamente, quanto alla disciplina del prospetto informativo europeo standardizzato e al metodo standardizzato di calcolo del tasso annuo effettivo globale, i legislatori dei singoli stati non possono introdurre norme che divergano dal quanto stabilito nella direttiva: ciò, com'è chiaro, neppure con finalità di maggior tutela del consumatore.

Per un verso, quindi, le disposizioni della direttiva formano uno *standard* minimo (derogabile nella sola direzione della maggior tutela per i consumatori) che deve essere attuato dai legislatori nazionali, per altro verso, in due punti ben individuati, la direttiva stabilisce uno *standard* comune inderogabile.

Verificato il tenore testuale della direttiva ed il significato da questo direttamente desumibile occorre domandarsi a che tipo o grado di armonizzazione detto intervento debba ascriversi.

Le direttive europee, in ragione della loro stessa natura, sono state il principale strumento di armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni negli stati membri dell'Unione.

Come noto, infatti, tra i principali obiettivi delle Comunità europee (almeno fino all'Atto Unico Europeo del 1986) vi è stata la realizzazione del mercato unico e la realizzazione di tale spazio di libera circolazione di lavoratori, merci, servizi e capitali necessitava un progressivo avvicinamento delle legislazioni nei più disparati campi merceologici e industriali (si pensi anche solo agli *standard* tecnici per i trasporti e le comunicazioni, quando non ai requisiti minimi di sicurezza alimentare).

La realizzazione del mercato comune, quindi, è passata necessariamente attraverso progressive fasi di armonizzazione delle legislazioni effettuate, di regola, attraverso lo strumento della direttiva. La direttiva, infatti, presenta una notevole duttilità sia nella struttura che nella graduazione degli effetti perseguibili.

⁶¹ Si veda allegato III alla direttiva n.17 che precisa i requisiti minimi di conoscenza e competenza al cui rispetto è sottoposto principalmente il personale dei creditori, degli intermediari del credito e dei rappresentanti designati.

Come noto, infatti, la direttiva – oltre a imporre obiettivi da perseguire – può dare ampi margini temporali di adeguamento, stimolando dibattiti in ordine alle modalità di recepimento e consentendo una notevole gradualità anche nella “esportazione e circolazione dei modelli” di disciplina tra tradizioni giuridiche diverse; può, inoltre, graduare l’efficacia del complesso delle disposizioni o delle singole previsioni già solo in ragione della tecnica di redazione, a seconda del grado di immediata eseguibilità delle disposizioni. Può in altri termini essere o meno *self-executing*, avvicinandosi, sul piano degli effetti, alla struttura del regolamento.

Inoltre, come nel caso di specie, la direttiva oltre che prevedere gli obiettivi può anche disporre direttamente quanto ai modi di perseguirli e può graduare tali modi, prevedendo che taluni siano inderogabili e che, pertanto, formino – nel quadro del mercato unico – uno *standard* comune.

Si afferma comunemente in dottrina che tale ipotesi, nella quale la direttiva europea fissa uno *standard* comune per tutti gli Stati dell’Unione, di modo che non sia possibile per alcuno di essi derogarvi *in melius* o *in pejus*, sia in effetti una forma di armonizzazione massima.

In tali casi il legislatore nazionale è privato ogni discrezionalità almeno in ordine al contenuto del recepimento, mentre permane una residua discrezionalità in ordine al *tempus* dello stesso, purché intervenga entro il termine previsto dalla direttiva.

È opportuno sottolineare, benché implicito nel discorso, che l’armonizzazione massima – e i connessi divieti di deroga *in melius* o *in pejus* – comportano in effetti il correlativo divieto di c.d. *gold plating*: del resto non è sempre agevole individuare se la stessa deroga sia *in melius* o *in pejus* perché, essendo molteplici gli interessi sottesi alle normative, può ritenersi che la deroga pur svantaggiosa per un portatore di interessi potrebbe in ipotesi essere vantaggiosa per un altro.

Un’ultima analisi, a ben vedere, la privazione di discrezionalità del legislatore nazionale si basa su un principio di proporzionalità e su un principio di sussidiarietà verticale, calibrati in relazione agli obiettivi da perseguire: tra questi obiettivi è considerato di regola di particolare rilievo quello della realizzazione o implementazione del mercato unico. In effetti, al fine della realizzazione del mercato unico il meccanismo dell’armonizzazione massima si presenta come di significativa efficacia perché consente l’immediata circolazione e l’immediata comparazione di beni e servizi (perché dotati del medesimo *standard* di caratteristiche in tutta l’Unione).

È opportuno altresì sottolineare che, in presenza di questa forma di armonizzazione c.d. massima, il legislatore nazionale potrebbe essere obbligato non già a inserire una forma di tutela, quanto, eventualmente, ad eliminarla in forza della valutazione di non compatibilità effettuata in astratto dal legislatore europeo che, nel delimitare l’ambito della armonizzazione ha, in definitiva, espunto anche ogni disciplina di maggior tutela.

È in questo senso che, in dottrina, di frequente si censurano i meccanismi di armonizzazione massima; detti meccanismi, in effetti, in ultima analisi e in casi specifici possono determinare una diminuzione di tutela di alcuni interessi maggiormente tutelati dai legislatori nazionali.

Il discorso è parzialmente diverso quando la direttiva, in luogo di fissare uno *standard* comune ai fini della realizzazione del mercato interno, miri a fissare uno *standard* minimo.

Lo *standard* minimo rappresenta un grado di unificazione delle discipline sostanziali che – all’esito del recepimento – deve essere presente in ogni Stato dell’Unione: rappresenta una sorta di livello minimo di tutela dell’interesse assunto dal legislatore europeo come rilevante.

È evidente che in tal caso i legislatori nazionali conservano un margine di discrezionalità decisamente più elevato, pur essendo vincolati al raggiungimento di un livello minimo di tutela.

In effetti in tali casi i legislatori nazionali devono guardare all’attuazione della direttiva alla luce dello scopo minimo perseguito: per un verso devono, ove non presenti, introdurre discipline che raggiungano lo scopo, in secondo luogo non possono derogare tale *standard in pejus*⁶² e, per altro verso possono valutare la permanenza o l’introduzione di discipline più favorevoli.

⁶² Sul tema dell’inderogabilità *in pejus* di alcune direttive europee, v. G. CARRIERO, A. NAPOLITANO, *L’inderogabilità in pejus delle disposizioni materia di trasparenza*, in A.A.V.V., *La nuova legge*

Il meccanismo dell'armonizzazione derogabile in senso di maggior tutela per alcuni interessi rilevanti è certamente una forma di armonizzazione che presenta il vantaggio di non mettere in pericolo, in nessun caso, il maggior grado di tutela eventualmente già raggiunto in alcuni Stati membri, consentendo una ancora maggiore gradualità e flessibilità allo strumento della direttiva. L'armonizzazione minima è, in effetti, la forma di armonizzazione caratterizzata da maggior flessibilità.

In effetti, il contraltare di una minore uniformità all'interno dell'unione (uniformità che invece si perseguirebbe immediatamente con la c.d. armonizzazione massima), contraltare che pure è presente e non può tacersi, può essere sottostimato sol che si consideri che, in effetti, un comune *standard* minimo è comunque presente ed è inderogabile.

Esaminate sotto un profilo generale le due opzioni dell'armonizzazione massima e dell'armonizzazione minima è opportuno verificare quale grado di armonizzazione sia stata perseguita dalla direttiva c.d. Mutui.

In effetti la direttiva c.d. Mutui come brevemente evidenziato presenta entrambe le forme di armonizzazione, a seconda degli ambiti materiali che vengano in rilievo.

In linea generale la direttiva si pone come strumento di armonizzazione minima: ai sensi dell'articolo 2, primo paragrafo, impone un *standard* minimo – corrispondente al grado di tutela fissato dalle previsioni della direttiva – in tutto il campo materiale trattato dalla stessa direttiva.

Sono quindi armonizzate nell'Unione – con riferimento ai mutui ipotecari a consumatori nell'accezione fissata dalla stessa direttiva – per quanto rileva ai fini del presente studio e fatto salvo quanto si dirà con riferimento ai singoli settori, *a*) le discipline inerenti l'educazione finanziaria (con norme generali che possono ritenersi quasi di principio), *b*) le norme in ordine alla competenza del personale del soggetto finanziatore, *c*) le norme di comportamento a carico del finanziatore in ordine alle informazioni (anche generali) da fornire prima della stipulazione di contratti e nello svolgimento di pubblicità, *d*) le discipline in ordine alla commercializzazione di prodotti in via associata o aggregata, *e*) le disposizioni in ordine alla verifica del merito di credito del consumatore, *f*) le norme concernenti la valutazione del valore degli immobili, *g*) le discipline previste in ordine ai servizi di consulenza, *h*) le disposizioni in tema di buona esecuzione dei contratti di finanziamento, *i*) quanto previsto in tema di meccanismi di risoluzione delle controversie.

Negli ambiti materiali così individuati è quindi fissato uno *standard* minimo e flessibile nei termini che sopra si sono individuati.

La discrezionalità dei legislatori nazionali nell'introdurre disposizioni di maggior tutela non è però del tutto libera. L'ultimo inciso dell'articolo 2, par. 1, della direttiva dispone, infatti, come richiamato, che le disposizioni di maggior favore possono essere introdotte solo a favore dei consumatori e, in secondo luogo, che in ogni caso tali disposizioni maggior tutela devono rispettare il diritto dell'Unione.

Come rilevato da attenta dottrina, pertanto, le disposizioni di maggior tutela dei consumatori dovrebbero rimanere entro il perimetro del diritto dell'Unione e pertanto rispondere in primo luogo ai principi di proporzionalità, come ragionevole corrispondenza tra finalità di maggior tutela e compressione dell'interesse all'uniformità della disciplina⁶³.

bancaria, a cura di FERRO LUZZI, CASTALDI, Milano 1996; L. DI NELLA, *Il consumatore, il professionista e l'inderogabilità in pejus delle normative applicabili ai contratti dei consumatori*, in A.A.V.V., *I principi del diritto comunitario dei contratti*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009.

⁶³ P. SIRENA, *L'inderogabilità delle disposizioni della direttiva e il rapporto con la disciplina sulle clausole abusive*, in A.A.V.V., *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, che nel fare riferimento alla direttiva n. 2008/48/CE richiama tuttavia il limite della proporzionalità.

Sono invece assoggettate al vincolo dell'armonizzazione massima le disposizioni in ordine all'informativa precontrattuale e al metodo di calcolo del tasso annuo effettivo globale.

Si tratta, nell'ottica della realizzazione di un mercato unico, di due elementi in effetti difficilmente eliminabili, poiché il primo garantisce un insieme di informazioni comuni e uniformi in tutto il mercato e il secondo garantisce un metodo uniforme di calcolo di un dato fondamentale per la dinamica dell'operazione negoziale prefigurata dalle parti.

A ben vedere, tuttavia, la scelta di armonizzazione massima in ordine alle informazioni precontrattuali previste dal c.d. p.i.e.s. non è esente da criticità, poiché, in effetti, fermo restando l'obbligo di fornire un insieme di informazioni predeterminato e completo, ben avrebbe potuto il legislatore europeo consentire l'inserimento (o il mantenimento) di discipline di maggior tutela, cosa che, come detto, in sede di armonizzazione massima risulta invece preclusa.

1.6. Ambito di applicazione

Ai sensi dell'art. 1, la direttiva definisce «un quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative dei singoli Stati membri concernenti» contratti di credito ai consumatori garantiti da ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali, «compreso l'obbligo di effettuare una valutazione del merito creditizio (del consumatore) prima di concedere un credito».

La direttiva chiarisce che tale quadro comune è del tutto finalizzato all'elaborazione di “standards efficaci” in relazione alla conclusione di contratti di credito immobiliare e relativamente alle regole prudenziali e di vigilanza al cui rispetto sottoporre (principalmente) gli intermediari del credito e gli enti non creditizi.

L'art.1 della Direttiva 2014/17/UE nel puntualizzare il suo ambito di applicazione ne delinea due fattispecie principalmente. La prima fattispecie coincide con i contratti di credito “garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali..”. La seconda fattispecie attiene ai contratti di credito destinati “all'acquisto o alla conservazione di diritti proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.”

La direttiva, colloca l'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore nell'art. 1 della direttiva e lo eleva a base per lo sviluppo di standards efficaci, assumendo in tal modo un valore significativo in quanto sintomatica dell'importanza che tale valutazione riveste per il legislatore europeo nella disciplina del credito immobiliare⁶⁴.

L'ambito di applicazione oggettivo della direttiva è individuato dall'art. 3 con riferimento ai «contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali» (lett. a) ed ai «contratti finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata» (lett. b).

In relazione alla direttiva credito al consumo: legittimati a contrarre sono da un lato il consumatore nella sua accezione più generica, e dall'altro il creditore o intermediario del credito o rappresentante designato. A ben vedere l'ambito di applicazione della direttiva non si determina con riferimento ai soli soggetti deputati ad agire, avendo riguardo anche all'oggetto del contratto de quo. La direttiva

⁶⁴Si cfr. D. FARACE, *Art. 1 – Oggetto, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, in i quaderni della Fondazione italiana del notariato, 2016.cit., p. 116 ss., ove l'A. esamina le diverse tecniche di redazione dell'oggetto delle direttive europee esposte nella Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation², Bruxelles, 2013

infatti, si colloca all'interno di quei provvedimenti comunitari che hanno posto anche un limite all'autonomia delle parti trovando applicazione solo per “i contratti di credito garantiti da ipoteca o da altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure ai contratti di credito garantiti da un diritto connesso ai beni immobili residenziali” e “ai contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata”.

Così come per la disciplina del credito al consumo, anche in questo caso, la disciplina comunitaria determina una serie eterogenea di negozi tutti accomunati dalla coincidenza di elementi soggettivi e dal comune riferimento agli immobili residenziali e dalla subordinazione alla medesima ratio di tutela. Secondo il richiamo di cui all'art.3 e all'articolo 4 della direttiva mutui, questo tipo di negozi possono qualificarsi come species del genus contratti di credito.

Per meglio inquadrare l'ambito di applicazione della direttiva è necessario innanzitutto guardare alla definizione che si fornisce di “contratto di credito” contenuta all'art. 4, n. 3, il quale ricomprende sotto tale locuzione ogni accordo in base al quale “il creditore concede o s'impegna a concedere al consumatore un credito (...) sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga”.

Può dirsi che la direttiva 2014/17/UE si applica ai contratti con cui il “creditore” concede o s'impegna a concedere al consumatore un credito (sotto forma di dilazione di pagamento, prestito o altra analoga agevolazione finanziaria) quando il credito è garantito da ipoteca o da altra garanzia analoga comunemente utilizzata dagli Stati membri⁶⁵ su un bene immobile residenziale o su un diritto connesso a beni immobili residenziali oppure quando è finalizzato all'acquisto o alla «conservazione» di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

A distinguere i due contratti è dunque la circostanza che nel primo il “creditore” concede o si impegna a concedere un credito la cui restituzione viene garantita dalla concessione di ipoteca o ancora «da altra analoga garanzia connessa a beni immobili residenziali», mentre nel secondo l'elemento discrezionale è rappresentato dal fatto che la somma mutuata è “finalizzata” all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un bene immobile (terreno o costruzione edificata o progettata).

Con riferimento ai contratti che si inquadrano nella prima categoria la direttiva non precisa se il titolare del diritto sul bene immobile residenziale concesso in garanzia debba essere il mutuatario o se, invece, possa trattarsi di un terzo (e se quest'ultimo debba essere a sua volta un consumatore). Il tenore letterale dell'art. 3, paragrafo primo, lettera a) non sembra ostare ad una interpretazione che ritenga tale corrispondenza non necessaria, con la conseguenza che la normativa europea sul credito immobiliare si applicherebbe anche ai contratti di credito il cui adempimento è garantito dalla concessione di un diritto di garanzia su un bene il cui titolare è un soggetto diverso dal richiedente il finanziamento: si pensi al mutuo ipotecario garantito da un datore di ipoteca terzo rispetto al rapporto di finanziamento.

Nonostante la condivisibile osservazione che l'art. 3, paragrafo 1, lett. a), se letto alla luce del considerando n. 15⁶⁶, induce a ritenere che il contratto di credito garantito da un'ipoteca su un bene

⁶⁵ Il riferimento alla possibilità di garantire l'adempimento del “contratto di credito” mediante la prestazione di una garanzia diversa da quella ipotecaria o attraverso un altro «diritto connesso ai beni immobili» è utile per quegli ordinamenti che conoscono forme di garanzia su beni immobili diversi dall'ipoteca, ma non per quello italiano ove, tra l'altro, vige come noto il principio di tipicità dei diritti reali. Per approfondimenti sugli strumenti di garanzia utilizzati in Europa si v. C. MARSEGLIA, *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 44 ss. Si cfr. altresì A. FUSARO, *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, ibidem, p. 17 ss.

⁶⁶ Il considerando n.15 della direttiva individua quale obiettivo principale quello di dover assicurare un'elevata garanzia alla tutela dei consumatori allorché lo stesso concluda un contratto di credito

immobile residenziale “sia concluso per soddisfare l’obbligazione del pagamento del prezzo derivante dall’acquisto dello stesso bene⁶⁷”, l’impianto della direttiva non sembra consentire di escludere dall’applicazione delle sue disposizioni protettive il soggetto che abbia garantito, attraverso la concessione di ipoteca, un contratto di credito concluso da un soggetto diverso⁶⁸.

Con riferimento ai contratti che si inquadrano nella seconda categoria la direttiva non qualifica come “residenziale” il bene immobile al cui acquisto o mantenimento della proprietà deve essere destinata la somma mutuata. Ciò nonostante alcuni commentatori hanno rilevato che, sebbene l’art. 3 distingue i contratti di credito garantiti da un diritto su un bene immobile residenziale dai contratti di credito finalizzati all’acquisto o alla conservazione di un immobile, il riferimento alla finalità d’uso “residenziale” del bene immobile costituirebbe un indice certo del fatto che il legislatore europeo abbia voluto riferirsi espressamente alla residenza.

Ecco quindi che è proprio la preordinazione del bene al soddisfacimento di esigenze fondamentali del consumatore a giustificare il maggiore livello di protezione da assicurargli, sia che egli assuma delle obbligazioni per l’acquisto o la conservazione del bene, sia che destini il bene a “strumento” di garanzia⁶⁹.

Sebbene si riconosca a tale orientamento il merito di instaurare un rapporto che accomuna ontologicamente e teleologicamente le due “classi” di contratto, l’interpretazione che intende escludere dall’ambito di applicazione della direttiva i contratti di credito volti all’acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un bene immobile che non sia residenziale appare in

relativo ad un bene immobile. Oltre alle ipotesi in cui sia concluso un contratto di credito che sia garantito da un bene immobile, il legislatore comunitario richiama anche i casi in cui il consumatore concluda un contratto di rifinanziamento o altri contratti di credito che “aiutano chi abbia la proprietà integrale o parziale di un bene immobile o di un terreno a mantenerla”, oppure i contratti di credito “utilizzati per acquistare un bene immobile in alcuni Stati membri (...)”.

⁶⁷ In questo senso, cfr. S. CORDOPATRI, *Art. 3 – Ambito di applicazione, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 143.

⁶⁸ Pur ammettendo che il titolare del bene concesso in garanzia possa essere un terzo, dovrebbe trattarsi di un soggetto che agisce nella qualità di consumatore. In questa direzione sembrano deporre due ordini di ragioni. Innanzitutto la direttiva è volta a tutelare non solo l’individuo che acquisti un bene immobile residenziale ma anche il soggetto che avendo prestato un’ipoteca a garanzia dell’adempimento dell’obbligo restitutorio della somma mutuata, a causa di quest’ultimo eventuale inadempimento, rischia di perdere il diritto di proprietà sul bene ipotecato in seguito alla sua vendita forzata. In secondo luogo, a ritenere che il terzo datore di ipoteca debba essere un consumatore è il riferimento alla vocazione residenziale del bene, da interpretarsi come il luogo in cui l’individuo ha fissato la propria dimora abituale. Sulla sostanziale corrispondenza tra la nozione di residenza nell’ordinamento interno e in quello europeo, si cfr. la direttiva 2009/55/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, relativa alle esenzioni fiscali applicabili all’introduzione definitiva di beni personali di privati provenienti da uno Stato membro, pubblicata nella G.U. n. L 145/36 del 10 Giugno 2009. L’art. 6 precisa che per residenza normale si intende «il luogo in cui una persona dimora abitualmente[...]» Si v. altresì il Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, pubblicato nella G.U. n. L 201/107 del 27 luglio 2012.

⁶⁹ S. CORDOPATRI *Art. 3 – Ambito di applicazione, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., pp. 143-145, che ritiene che “sarebbe proprio la qualità del bene immobile residenziale a rappresentare allora il comune denominatore della disciplina di rapporti strutturalmente disomogenei.”

contrasto con il tenore letterale dell'art. 3 lettera b) della direttiva n. 17 che si riferisce espressamente anche ai terreni.

Deve considerarsi inoltre l'art. 46 che dispone le opportune modifiche da apportare alla direttiva 2008/48/CE alla luce delle ragioni esposte nel considerando n. 18 ove viene precisato che i contratti di credito non garantiti finalizzati al restauro di un bene immobile residenziale, per un ammontare del credito superiore ad euro 75.000, ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva sul credito ai consumatori, al fine di assicurare a questi ultimi un livello di protezione equivalente ed evitare ogni lacuna regolamentare tra le due fonti normative. Da tali previsioni deriva che ai contratti di importo inferiore alla soglia cui prima si è fatto riferimento, se garantiti, si applicherà la direttiva 2014/17/UE.

L'ambito di applicazione della direttiva è delineato anche in negativo, mediante l'indicazione delle ipotesi escluse dalla disciplina. L'art.3 della direttiva esclude dunque alcune importanti transazioni, indicate in maniera tassativa, per cui gli Stati membri possono soltanto aumentare le categorie negoziali escluse nei rispettivi ordinamenti interni.

Innanzitutto i contratti di credito della tipologia “equity release⁷⁰” non rientrano nelle transazioni alle quali si applica la direttiva mutui. Si tratta di quelle ipotesi in cui il finanziatore versa in un'unica soluzione o periodicamente una somma di denaro o effettua altre forme di erogazione creditizia in cambio di una somma derivante dalla futura vendita di un bene immobile residenziale o di un diritto reale relativo a un bene immobile residenziale; ulteriore fattispecie esclusa, concerne i contratti in cui il finanziatore “chiederà il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici della vita del consumatore..., salvo il caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri obblighi contrattuali che consenta al creditore di risolvere il contratto di credito.”

Vi rientra inoltre il c.d. prestito vitalizio ipotecario, la cui funzione è quella di allargare il mercato del credito alle persone che abbiano compiuto sessantacinque anni e siano proprietari di un immobile, senza aggravio sul proprio reddito. In tale caso la valutazione del merito del credito del debitore non risulta pertinente in quanto i pagamenti sono effettuati dal creditore al debitore piuttosto che al contrario.

Più precisamente una diversa ratio e una struttura diversa del contratto- che consiste nel garantire liquidità immediata al beneficiario con l'effetto di aumentare la già esistente propensione al consumo senza alcuna rimborso da parte di costui- rende inapplicabile ai contratti di credito c.d. equity release la disciplina in esame, soprattutto quella relativa alla valutazione del merito di credito del debitore o alle informazioni precontrattuali, giacché, nel primo caso, la erogazione è diretta dal creditore al consumatore e non viceversa e, nel secondo caso, perché le informazioni precontrattuali sono differenti. Per espressa previsione normativa, sono da escludersi dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/17/UE, i negozi di vendita della nuda proprietà, che pur avendo una funzione simile ai prestiti ipotecari, se ne differenziano non contemplando l'erogazione del credito. In tale caso la vendita della nuda proprietà può avvenire mediante il contratto di vendita vitalizia attraverso il quale l'acquirente- creditore si obbliga a pagare il prezzo della vendita dell'immobile durante la vita del venditore-consumatore e non in un'unica soluzione.

Inoltre il legislatore comunitario, esclude i prestiti dall'imprenditore (al di fuori della sua attività principale), ai suoi dipendenti a condizioni molto convenienti per l'acquisto di un bene immobile, e

⁷⁰ Introdotta in Italia con la l. n. 28 del 2 dicembre 2005, l'*equity release o reverse mortgage* consente al consumatore, che conserva il possesso dell'immobile fino al momento della morte, di ottenere liquidità immediata, pari ad una per-centuale del valore complessivo dell'immobile, su cui viene iscritta ipoteca in favore del creditore. Alla morte del beneficiario, gli eredi saranno tenuti ad adempiere in un'unica soluzione il debito. Tale contratto non era sconosciuto in Italia, ove già gli art. 36 e ss. del TUB disponevano che i finanziamenti fondiari possono prevedere “il rimborso integrale in un'unica soluzione alla scadenza”, tuttavia la novità introdotta nel 2005 consiste nella possibilità di capitalizzazione annuale di interessi e spese alla scadenza del mutuo.

ciò sempre che i prestiti vengano concessi senza interessi o a un Taeg inferiore a quello prevalente sul mercato, potendosi qualificare in tal caso come contratti a titolo gratuito. Ciò costituirebbe la ragione giustificatrice di tale esclusione, a bene vedere, infatti, secondo il considerando n.17, gli Stati membri possono omettere di applicare la direttiva ai contratti di credito che siano concessi ad un pubblico ristretto e a condizioni vantaggiose, i cd contratti di nicchia. Inoltre, posto che per espressa definizione il creditore è colui che ai sensi dell'art.4, n.2 concede o si impegna a concedere crediti nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, allora il datore di lavoro che conceda credito "al di fuori della sua attività professionale", resterebbe per definizione fuori dall'ambito attenzionato dalla direttiva mutui. Tuttavia, secondo taluni, tale lettura si presterebbe ad essere troppo rigida, essendo dunque preferibile ritrovare le ragioni della sua esclusione sempre nella divergenza di ratio del caso specifico. A bene vedere, a ragione l'ipotesi menzionata era già stata esclusa dalla precedente direttiva sul credito al consumo del 2008, il cui contenuto era stato integralmente trasfuso dell'art.121 Tub.

La disciplina irrogata dalla direttiva non riguarda i contratti di credito concessi a titolo gratuito, quei contratti cioè senza interessi o ulteriori oneri a carico del consumatore. Invero, è da intendere a titolo gratuito il contratto con cui il consumatore, contestualmente o meno alla concessione di credito, non assume ulteriori obblighi, se non quelli derivanti dal pagamento nel termine stabilito dalle rate. La gratuità giustificerebbe l'esclusione perché il soggetto che riceve il vantaggio dalla liquidità, nonostante sia un consumatore, non assume al contempo alcun obbligo aggiuntivo. Non si verrebbe a creare la situazione di debolezza di una delle parti, tipico dei contratti con parte il consumatore, non si altera l'equilibrio sinallagmatico. In sintesi, quindi, la disciplina della direttiva 2014/17/UE non si applica ai contratti di credito a titolo gratuito e neppure ai contratti di credito i cui unici oneri riguardino "il recupero dei costi direttamente connessi alla garanzia del credito"⁷¹. Ancora, non ricadono nella Direttiva di cui si parla, i contratti di credito conclusi "nella forma di concessione di scoperto, qualora il credito sia da rimborsare entro un mese". Si tratta del caso in cui il creditore, in questo caso un istituto di credito, conceda un finanziamento per un breve periodo, consentendo al creditore di lucrare un corrispettivo irrisorio e pertanto restando estraneo, al pari dei contratti di credito a titolo gratuito, alla disciplina della direttiva. Il legislatore comunitario esclude altresì i "contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto davanti ad un giudice o altra autorità prevista dalla legge" così come quella dei "contratti di credito relativi alla dilazione, senza spese, del pagamento di un debito esistente che non rientrano nell'ambito di applicazione del paragrafo 1, lett.a)." Sono ancora esclusi i negozi in cui la dilazione nel tempo del pagamento del corrispettivo di altro negozio non è garantita né da un'ipoteca né da altra garanzia connessa a beni immobili residenziali. In definitiva, la previsione dei casi esclusi, che costituiscono norme eccezionali e pertanto non sono suscettibili di applicazione analogica ex art. 14 disp.prel.c.c., trova una giustificazione sia di ordine quantitativo e sia di ordine qualitativo. In una valutazione complessiva delle prestazioni contrattuali è eccessivo predisporre meccanismi di tutela in favore del consumatore al di sotto della soglia minima; diversamente una tutela che sia al di sopra di tale soglia risulta non necessaria laddove il consumatore sia stato comunque informato. La ratio di tali esclusioni come si legge dal considerando n.17 della direttiva, dispone che "la presente direttiva non dovrebbe applicarsi ad altri tipi di contratto di credito di nicchia, specificamente elencati, che sono diversi per natura e rischi dai crediti ipotecari standard e richiedono pertanto un approccio ad hoc." La medesima ratio è quella che lega la possibilità riconosciuta agli Stati membri, secondo lo schema dell'armonizzazione minima, di poter non applicare la direttiva.

Si prevede inoltre che gli Stati membri possano non applicare (solamente) gli articoli 11 e 14 della direttiva, relativi rispettivamente alle comunicazioni di pubblicità e marketing e alle informazioni precontrattuali, oltre che l'allegato II (contenente il PIES), ai contratti di credito ai consumatori

⁷¹ La direttiva 2008/48/CE menzionava lo stesso caso di esclusione dall'ambito di applicazione della propria disciplina, ma non faceva alcun riferimento al recupero dei costi connessi alla garanzia.

garantiti da ipoteca (o altra garanzia simile) non finalizzati all'acquisto o alla conservazione di un diritto sul bene immobile residenziale, purché in tale caso venga garantita l'applicazione degli articoli 4 e 5 e degli allegati II e III della direttiva 2008/48/CE “*limitatamente ai contratti di credito non finalizzati all'acquisto o alla conservazione di un diritto su un bene immobile residenziale, benché garantiti da ipoteca o da altra garanzia simile comunemente utilizzata in uno Stato membro per i beni immobili residenziali, ovvero garantiti da un diritto relativo ad un bene immobile residenziale.*” Tale disposizione quindi, limita l’oggetto della deroga alle sole informazioni di base da includere nella pubblicità e a quelle precontrattuali personalizzate; subordina poi la deroga all’applicazione della disciplina stabilita dalla direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito al consumo; e precisa l’ambito di applicazione della deroga ai contratti di credito garantiti, non finalizzati all’acquisto o alla conservazione di un diritto su un bene immobile residenziale.

1.7. Definizioni rilevanti

Seguendo la linea della prassi legislativa europea, anche la direttiva n. 2014/17/UE si apre con le definizioni, alle quali è affidato, anche *per relationem*, il compito di individuare l’ambito di applicazione della disciplina in essa contenuta.

Occorre infatti sottolineare che, anche alla luce del *considerando* n.14, le definizioni elencate nella direttiva hanno, tra le altre cose, la funzione di circoscrivere l’ambito di armonizzazione e di specificarne il grado: in effetti, gli Stati membri hanno l’obbligo di recepire la direttiva limitatamente all’ambito di applicazione della stessa fissato dalle definizioni⁷².

L’art. 4 della direttiva n. 2014/17/UE reca ventotto definizioni, piuttosto eterogenee. L’elenco che si legge non si presenta come esaustivo e necessita dell’integrazione dei diversi *considerando* deve e rinvii a testi normativi esterni⁷³.

Per altro, come noto, sotto un profilo metodologico, occorre rilevare altresì che nella direttiva in esame come, del resto, in tutte le direttive europee non è dato ritrovare un carattere di tendenziale omogeneità che caratterizza invero – pur nei limiti di una scarsa qualità dei testi normativi e senza considerare i provvedimenti “omnibus” che spesso sono prodotti dal legislatore - le leggi ordinarie nazionali; inoltre la sfera applicativa delle direttive talvolta supera quella delle stesse leggi di recepimento e, anche all’interno di una stessa direttiva, le disposizioni possono avere un vario significato normativo.

Fatte tali premesse, ai fini della presente ricerca che, come chiarito è finalizzata a comprendere quale sia il regime di tutela del consumatore nella fase della stipulazione di un contratto di credito e, quindi, quali siano le conseguenze dell’inattuazione della disciplina recata dalla direttiva e trasposta dal legislatore nazionale, non si ritiene opportuno analizzare tutte le definizioni presenti all’interno dell’art. 4 della direttiva, dovendosi invece concentrare l’attenzione su alcune che abbiano uno specifico rilievo a tal fine.

In primo luogo deve essere esaminata la definizione di “*consumatore*”. Pur trattandosi di una nozione che la direttiva stessa qualifica come “*essenziale*” il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno procedere con un rinvio, così come si legge all’art. 4 della direttiva, rinvio alla definizione contenuta all’art. 3, lett. a), della direttiva n. 2008/48/CE, in cui si dispone che deve essere

⁷² Si veda al riguardo il Considerando n. 14 citato, ove si legge: “*Per esempio, l’obbligo per gli stati membri di recepire la presente direttiva è limitato ai contratti di credito conclusi con i consumatori, vale a dire persone fisiche che, nelle operazioni disciplinate dalla presente direttiva, agiscono al di fuori della loro attività commerciale e professionale (...).*”

⁷³ Così F. MASSA, *Le finalità delle disposizioni normative in tema di pubblicità e marketing, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 250-251

considerato consumatore: «una persona fisica che, nell'ambito delle transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale».

La definizione che si legge affonda le proprie radici ben prima del 2008, ed è una delle prime a comparire per chiarire il significato di una figura elaborata in tempi alquanto vicini ai nostri⁷⁴.

Vengono in rilievo, in effetti, almeno: a) la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 su competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il cui art. 13, comma 1 dispone che “*In materia di contratti conclusi da una persona per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale, in appreso denominata “consumatore”, la competenza è regolata*”⁷⁵ e, b) l’art. 2 della direttiva n. 85/577/CEE, in materia di contratti conclusi fuori dai locali commerciali (ove si dispone che per consumatore debba intendersi “*a natural person who, in transactions covered by this Directive, is acting for purposes which can be regarded as outside his trade or profession*”) e infine, c) l’art. 2, lett. b, della direttiva n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (dove si dispone che per consumatore deve intendersi «*qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale*»).

A bene vedere poi anche l’art. 2, lett. a), d. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 (decreto che diede attuazione alla direttiva n. 85/577/CEE) accoglieva quasi letteralmente la stessa definizione: vi si legge infatti che per consumatore si intende “*la persona fisica che, in relazione ai contratti o alle proposte contrattuali disciplinati dal presente decreto, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla propria attività professionale*”, e lo stesso si può dire dell’art. 1469-bis del codice civile nella sua originaria formulazione (“*il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”).

L’art. 3, comma 1, lett. a) codice del consumo, nel testo attualmente vigente, ha accolto una definizione ancora più specifica: “*Ai fini del presente codice, ove non diversamente previsto, si intende per consumatore o utente, la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*”. Allo stesso modo definiscono il consumatore l’art. 121, comma 1, lett. b) t.u.b.⁷⁶ e le Istruzioni della Banca d’Italia del 9 febbraio 2011 (*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*).

La riserva di diversa previsione lascia spazio a differenti definizioni di consumatore, ma leggendo il testo non sembra che alla maggior specificazione corrisponda un significato differente, per cui parrebbe che la direttiva non aggiunga o tolga nulla di particolarmente rilevante rispetto a quanto disposto dal Codice del consumo.

Come noto la definizione di consumatore i compone di una parte soggettiva e una parte finalistica.

La parte soggettiva è delineata in modo che per consumatore debba intendersi sempre una “*persona fisica*”; per quanto riguarda la parte finalistica, poi, questa opera “*in negativo*”: è consumatore colui che agisce per scopi estranei alla propria attività commerciale o professionale. Per chi non svolge tali attività (nel senso che non ha una attività commerciale o professionale) non si ritrovano questioni problematiche rilevanti. Invece, per chi svolga attività commerciale o professionale, la disposizione in oggetto deve essere coordinata con il *considerando* n. 12 della direttiva, ove si legge che: «*La definizione di consumatore dovrebbe includere le persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale. Tuttavia, nel caso di contratti con duplice scopo,*

⁷⁴ «La “scoperta” del consumatore è piuttosto recente», osserva G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p.4.

⁷⁵ In argomento v. A. ORESTANO, *La nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968*, in *Europa dir. priv.*, 1998, pp. 335 ss.

⁷⁶ Articolo che, giova considerare, apre il Capo II del Titolo VI del T.u.b. Il Capo II è dedicato al “Credito ai consumatori”.

qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nell'ambito delle attività commerciali o professionali della persona e parzialmente ne restino al di fuori e lo scopo commerciale o professionale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore». Il considerando n. 12, accoglierebbe perciò il criterio della prevalenza in merito alla *vexata quaestio* relativa a soggetti che contrattano con duplice scopo (commerciale o professionale e, allo stesso tempo, privato o, *rectius*, consumeristico) ma tale apertura deve essere guardata anche alla luce del considerando n. 14⁷⁷, dove si specifica opportunamente che l'obbligo di recepimento è limitato ai contratti conclusi con consumatori che siano persone fisiche, rimanendo perciò rimessa alla discrezionalità dei legislatori del recepimento nei singoli Stati membri la possibilità di estendere l'applicabilità delle disposizioni anche a consumatori che agiscano per uno scopo consumeristico non esclusivo.

La direttiva potrebbe in questo senso quindi confermare l'orientamento europeo e nazionale che interpreta restrittivamente la definizione in esame, applicando alle sole persone fisiche la normativa sul consumatore, per come è stato delineato dalla Corte di Giustizia⁷⁸, dalla Corte Costituzionale⁷⁹, dalla nostra Corte di Cassazione⁸⁰ e dalla prevalente dottrina⁸¹, nonostante la diversa opinione espressa per lo più alcuni anni fa⁸². Sono frequenti le voci che ritengono opportuna, sul piano legislativo, la scelta di limitare *tout court* e senza eccezioni alle persone fisiche le tutele previste per il consumatore.

⁷⁷ V. anche il considerando n. 14, in cui si legge: «l'obbligo per gli Stati membri di recepire la presente direttiva è limitato ai contratti di credito conclusi con i consumatori, vale a dire persone fisiche che, nelle operazioni disciplinate dalla presente direttiva, agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale».

⁷⁸ Cfr. C. Giust., Sez. III, 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 445 s., con nota di R. CONTI, *La Corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13/CEE in tema di clausole abusive*, e in *Resp. civ. prev.*, 2002, I, pp. 54 ss., con nota di P. SANNA, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469-bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica*, ove si legge «la nozione di “consumatore”, come definita dall'art. 2, lett. b), della direttiva, dev'essere interpretata nel senso che si riferisce esclusivamente alle persone fisiche».

⁷⁹ Cfr. C. cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 174 ss., con nota di P. BONOFILIO, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis cod. civ.*, e in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1005 ss., con nota di R. CONTI, *Le giurisdizioni superiori di nuovo a confronto sulla nozione di consumatore*

⁸⁰ Cfr. Cass., Sez. III civ., ord. 11 ottobre 2002, n. 14561, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1006 s., con la citata nota di R. Conti, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 174 ss., con la citata nota di P. Bonofiglio.

⁸¹ Cfr. per tutti E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2005, spec. pp. 7-9; L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO-L. MEZZASOMA-S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, pp. 18-19.

⁸² Cfr. per tutti L. GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, 1998, I, pp. 2341 ss., a favore dell'esistenza «sul piano normativo di una duplice figura ovvero di una duplice definizione di consumatore: una identificabile con la persona fisica o con la persona fisica che contrae per soddisfare esigenze domestiche, l'altra identificabile con il soggetto di diritto che non stipula atti della professione che gli è propria e che per ciò stesso è esposto ad abusi in campo negoziale e merita particolare tutela» (p. 2353); Giud. Pace-Sanremo, 5 luglio 2001, in *Giur. mer.*, 2002, pp. 649 ss. (si legge a p. 653: «a parità di “debolezza contrattuale”, appare irragionevole e ingiustificato discriminare il piccolo imprenditore e artigiano rispetto al privato consumatore»).

La definizione di consumatore recata dall'articolo 4 della direttiva, consente due notazioni di particolare rilievo: da un lato, come detto, palesa l'opzione di confermare l'orientamento consolidato che interpreta restrittivamente la dizione “*persona fisica*”; dall'altro, parrebbe che la direttiva in commento vada a consolidare la nozione di consumatore che è stata accolta negli ultimi anni, dopo un periodo in cui il legislatore – anche all'interno dello stesso codice del consumo⁸³ – l'aveva variamente intesa, con differenze non marginali.

In effetti, quindi, un ente (anche privo di finalità lucrativa) che intenda chiedere un finanziamento offrendo in garanzia un'ipoteca su un immobile residenziale non potrà essere considerato consumatore ai fini della direttiva in esame.

Ammesso che il destinatario della direttiva è il consumatore inteso in via esclusiva come persona fisica (ferma restando la facoltà per il legislatore nazionale di ampliare la sfera di applicazione della disciplina introdotta) vengono in rilievo gli aspetti inerenti la direzione finalistica del contratto.

In effetti qualche dubbio può sorgere qualora lo scopo per il quale è concesso il credito non sia espressamente specificato.

Si tratta del caso in cui la persona fisica, che svolge anche un'attività professionale, concluda un contratto di credito dal quale, tuttavia, per un verso non risulti la natura consumeristica dello scopo, e per altro verso non risulti la strumentalità rispetto all'attività professionale o commerciale svolta.

L'interprete si troverà quindi a domandarsi se in questo caso il soggetto possa qualificarsi come consumatore o come professionista ai fini dell'individuazione della disciplina contrattuale applicabile.

La Corte di Giustizia si è da ultimo pronunciata sulla questione⁸⁴, con una rilevante decisione mediante la quale ha stabilito una sorta di presunzione in ordine alla qualità di consumatore. Secondo la pronuncia della Corte di Giustizia, il contratto di credito stipulato tra una banca e una persona fisica che svolga attività professionale (nel caso di specie, si trattava di un avvocato) può essere interpretato, ai sensi dell'articolo 2, lett. b), dir. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, considerando la persona fisica come consumatore se il contratto non è legato a tale sua attività.

Questa presunzione non viene meno neppure qualora la stessa persona fisica ponga in essere un ulteriore contratto, collegato al precedente, in cui agisca come professionista (nel caso di specie, l'avvocato aveva garantito il credito *de quo* concedendo – nella qualità di rappresentante del suo studio legale – un'ipoteca su un immobile appartenente allo studio)⁸⁵.

⁸³ Per tutti, cfr. R. CLARIZIA, *La nozione di consumatore nel Codice del consumo e con riguardo ai contratti di credito al consumo*, in *Dir. internet*, 2006, p. 358.

⁸⁴ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sezione IV, 3 settembre 2015, causa C-110/14, in www.dirittobancario.it: «L'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che una persona fisica che eserciti la professione di avvocato e stipuli con una banca un contratto di credito nel quale lo scopo del credito non sia specificato può essere considerata un “consumatore”, ai sensi di tale disposizione, qualora un simile contratto non sia legato all'attività professionale di detto avvocato. La circostanza che il credito sorto dal medesimo contratto sia garantito da un'ipoteca concessa da tale persona in qualità di rappresentante del suo studio legale e gravante su beni destinati all'esercizio della sua attività professionale, quale un immobile appartenente a detto studio legale, non è in proposito rilevante».

⁸⁵ C. Giust. UE, 3 settembre 2015 (IV sez.), cit.: «Il procedimento principale verte infatti sulla determinazione della qualità di consumatore o di professionista della persona che ha concluso il contratto principale, ossia il contratto di credito, e non della qualità di tale persona nell'ambito del contratto accessorio, ossia la concessione di ipoteca a garanzia del pagamento del debito sorto dal contratto principale. In una causa quale quella di cui al procedimento principale, la qualificazione come consumatore o professionista dell'avvocato nella sua veste di garante ipotecario non può, di conseguenza, determinare la sua qualità nell'ambito di un contratto

La sentenza appare condivisibile quanto al primo principio affermato, dove si dispone che la persona fisica possa essere considerata un consumatore se dal contratto non risulti il legame con l'attività professionale.

Qualche perplessità suscita invece il secondo principio affermato. In effetti, se i due contratti conclusi dal medesimo soggetto sono collegati, e da uno emerge indubbiamente la strumentalità con l'attività professionale svolta, non sembra convincente scindere i due negozi e ipotizzare che uno stesso soggetto abbia stipulato come consumatore il contratto principale e come professionista il contratto accessorio⁸⁶.

Sarebbe forse preferibile invertire la presunzione, anche alla luce della teoria del collegamento negoziale e pur nei limiti ermeneutici che tale teoria presenta, considerando entrambi i contratti come strumentali all'attività professionale svolta dal soggetto a meno che non sia fornita prova contraria.

Interessante è il caso, affrontato recentemente dalla giurisprudenza e dalla dottrina relativo all'applicazione o meno della direttiva mutui alle micro imprese.

Si dava il caso di una piccola impresa che si rivolge al mercato per stipulare un contratto di credito la cui garanzia viene però offerta da un soggetto diverso, persona fisica qualificabile come consumatore. In tale caso la domanda posta è se la qualifica di consumatore del soggetto che prestava garanzia bastasse a rendere tutta l'operazione soggetta alla direttiva mutui. A bene vedere, nella prassi, la maggior parte delle banche non ha ritenuto poter estendere la qualifica di consumatore alle micro imprese, per cui queste ad oggi risultano non soggette alla disciplina mutui e quindi non applicabile il Capo VI *bis* del t.u.b.

Tale opzione ermeneutica appare in effetti confortata, nelle sue implicazioni sistematiche, dalla lettera della direttiva: ciò che dovrebbe essere tenuto in considerazione è lo scopo ultimo e complessivo del contratto.

Deve a questo punto esaminarsi la nozione di “creditore”⁸⁷, per tale intendendosi “una persona fisica o giuridica che concede o s’impegna a concedere crediti rientranti nell’ambito d’applicazione dell’articolo 3 nell’esercizio della propria attività commerciale o professionale”.

La definizione di creditore di cui all’articolo 4, n. 2⁸⁸, si articola in due specifiche categorie delineate dai n. 9 e 10 del medesimo articolo e relative all’ente creditizio e all’ente non creditizio.

principale di credito».

⁸⁶ Si può ricordare come, nel nostro diritto civile, l’art. 1362 afferma espressamente che nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti. E per determinare tale comune intenzione si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto.

⁸⁷ P. BARTOLOMUCCI P., *Art. 4 Definizioni, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 151 ss.

⁸⁸ La previsione contenuta nell’art. 4, n. 2), che esige il rispetto della disciplina europea sul credito immobiliare da parte del creditore persona fisica e da parte di quello organizzato nella forma di una persona giuridica, è dettata per garantire che a prescindere dai requisiti organizzativi stabiliti dagli ordinamenti nazionali, chiunque eroghi credito immobiliare ai consumatori sia tenuto ad osservare la normativa europea. Il considerando n. 10 della direttiva fa infatti salva la facoltà degli Stati membri di limitare, conformemente al diritto dell’Unione, il ruolo del creditore (e quello di intermediario del credito) «alle sole persone giuridiche o a talune tipologie di persone giuridiche».

Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà già in sede di recepimento della direttiva 2008/48/CE che la prevedeva nel considerando n. 15, avendo limitato – in quella sede – il novero dei soggetti che possono erogare credito ai consumatori facendo riferimento – oltre che alle banche – agli intermediari finanziari che, ai sensi dell’art. 107 c. 1, lett. a), devono essere costituiti come società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa. Parte della dottrina ritiene che tale opzione, oggi vigente a seguito dell’immutato quadro normativo di riferimento, sia in contrasto con lo spirito di liberalizzazione delle attività cui, invece, si ispirerebbe

Tale indicazione chiarisce come, la direttiva sia applicabile sia alle persone fisiche, purché svolgano attività creditizia a livello non occasionale ma commerciale o professionale⁸⁹, sia alle persone giuridiche. Ciò conduce all'evidente esclusione di enti che non siano persone giuridiche (ad es. associazioni non riconosciute). La nozione di creditore risente di un duplice grado di specialità: da una parte si pone in termini di *genus a species* rispetto alla nozione di “professionista”, per altro verso detto rapporto si misura anche con riferimento all'omologa definizione di cui alla direttiva n. 2008/48/UE in tema di credito al consumo.

Con riguardo al primo profilo si devono svolgere tre notazioni.

In primo luogo si rileva che la versione italiana della direttiva insiste⁹⁰ nel tradurre *creditor* con creditore, ma nell'analisi della direttiva si percepirà da subito che il termine corrisponde più in realtà alla persona del “finanziatore”: a tal riguardo, infatti, la versione che se ne fa in lingua francese, che non parla di *créancier*, ma di *prêteur*, appare più appropriata. Quel che viene qui in rilievo, infatti, non è la titolarità di un credito, ma la posizione di parte in un rapporto contrattuale determinato nel suo “*genus*”: la concessione di un finanziamento, cui la direttiva equipara l'obbligo a concedere.

Non pare un caso che lo stesso art. 121 t.u.b. non discorre di “creditore” ma di “finanziatore”⁹¹. Tuttavia, occorre precisare che rispetto alla definizione contenuta nell'art. 121, lett. f) del t.u.b. dove si legge che con il termine finanziatore si indica “*un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito*”, si segnalano in particolare due differenze: l'art. 121 t.u.b. compie un espresso riferimento all'abilitazione nel territorio della Repubblica che manca nella direttiva.

Inoltre, per l'art. 121 t.u.b. si qualifica già come finanziatore il soggetto che meramente “offra” contratti di credito, ove quindi il termine parrebbe avere un ambito di applicazione più ampio rispetto al “s'impegna” della presente direttiva. Il termine “s'impegna” parrebbe far presumere già l'esistenza di un vincolo contrattuale⁹² cosa che invece nell'offerta cui fa riferimento il testo bancario, potrebbe anche non sussistere (si pensi ad un'offerta di finanziamento che non contenga tutti gli elementi essenziali del contratto e che quindi non possa valere come vera e propria proposta contrattuale).

Il secondo dato attiene al fatto che se la definizione di creditore non parrebbe legata al rapporto obbligatorio ma a quello contrattuale, si dovrebbe dedurre che in caso di trasferimento del credito scisso dalla posizione contrattuale (ad es., cessione del credito, successione *mortis causa* a

la direttiva 2014/17/UE e che comprometterebbe l'effettività del principio di libera concorrenza tra le imprese, attesa l'operatività, nel settore europeo del credito, del regime della libera prestazione dei servizi. Con riferimento a tali considerazioni, si cfr. V. CARRIERO, *Art. 35, Abilitazione e vigilanza degli enti non creditizi, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 532 e ss.

⁸⁹ Cfr. le notazioni di G. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, pp. 514-515.

⁹⁰ V. già l'art. 1, comma 2, lett. c) della Direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo, che definisce il «creditore» una «persona fisica o giuridica che concede un credito nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, ovvero un gruppo di tali persone»; e l'art. 3, lett. b), della citata direttiva 2008/48/CE, in cui la definizione è più simile all'attuale: «una persona fisica o giuridica che concede o s'impegna a concedere un credito nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale».

⁹¹ V. in particolare la definizione contenuta alla lett. f), ma anche le lett. c), d), e), h) e i).

⁹² Cfr. M. MAUGERI, *Le definizioni*, cit., p. 10: «Il nuovo testo [dell'art. 121 t.u.b.] fa espresso riferimento all'impegno a concedere, cosicché si può ritenere che oggi non possa nutrirsi dubbio alcuno circa l'applicabilità della disciplina anche in caso di stipula di preliminare».

finanziatore-persona fisica, etc.) la qualifica di “*creditore*” ai fini della direttiva non si trasferisca all’avente causa.

Infine, il *considerando* n. 10 contempla espressamente il diritto degli Stati membri di limitare il ruolo del “creditore” alle sole persone giuridiche o a talune tipologie di esse. Ciò appare pienamente coerente con il criterio generale di armonizzazione minima scelto dalla direttiva.

Con un’analisi più dettagliata si evince che il n. 9) dell’art. 4 indica cosa debba intendersi per “ente creditizio”, attraverso il richiamo espresso alla disposizione di cui all’art. 4, par. 1, punto 1 del regolamento n. 575/2013⁹³; deve quindi ritenersi che in forza di questo rinvio per ente creditizio debba intendersi “*un’impresa la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto*”, alla quale corrisponde diametralmente opposta la definizione di ente non creditizio.

La previsione di questo rinvio ad opera del legislatore comunitario fa sì che si possa identificare *per relationem* una particolare tipologia di creditore che coincide con quella di una persona giuridica che svolga l’attività in maniera professionale, riservata, finalizzata alla concessione di prestiti al pubblico e, di conseguenza, anche ai consumatori.

Tale definizione, invero non nuova allo scenario legislativo, ma risalente già alla direttiva n. 77/870/Cee⁹⁴ art. 1, intende in tal modo confermare espressamente il riconoscimento che si fa a questi soggetti che – all’interno del più geniale servizio universale – concedono credito ai consumatori, finalizzato all’acquisto di immobili residenziali.

Lo svolgimento di tale specifica attività rientra nel più ampio novero di quei diversi adempimenti che sono tipicamente connessi all’esercizio della loro attività imprenditoriale, che resta in questo modo soggetta al rispetto dei requisiti prudenziali previsti dal citato regolamento comunitario del 2013.

Accanto a tali soggetti, precipuamente identificati e corrispondenti al modello della “banca” disegnata dal legislatore italiano, sono poi annoverati altri soggetti, persone fisiche o giuridiche, i quali possono essere abilitati alla concessione di credito ai consumatori per l’acquisto di immobili residenziali, i quali rientrano nella definizione residuale di “*ente non creditizio*”.

⁹³ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il Regolamento (UE) n. 648/2012, in G.U. n. L 176/1 del 27 giugno 2013.

⁹⁴ Prima direttiva 77/780/CEE del Consiglio del 12 dicembre 1977 relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l’accesso all’attività degli enti creditizi e il suo esercizio, in G.U. n. L 322 del 17 dicembre 1977.

La nozione di “ente creditizio” è rimasta inalterata anche nelle successive direttive comunitarie che sono state emanate, nel corso degli anni, per disciplinare uniformemente l’accesso all’attività degli enti creditizi. Ci si riferisce, in particolare, alla seconda direttiva 89/646/CEE del Consiglio del 15 dicembre 1989, in G.U. n. L 386/1 del 30 dicembre 1989, alla direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000, in G.U. n. L 126 del 26 maggio 2000, alla direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, in G.U. n. L 177/1 del 30 giugno 2006, alla direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, in G.U. n. L 176/338 del 27 giugno 2013 e, da ultimo, al regolamento (UE) 575/2013 del 26 giugno 2013, in G.U. n. L 176/1 del 27 giugno 2013. Una eccezione alla omogeneità della nozione di ente creditizio nel diritto privato europeo, costituita – in tutti gli interventi normativi citati – dal riferimento alla ricezione di depositi o di altri fondi rimborsabili dal pubblico e alla concessione di crediti per proprio conto, è rappresentata dalla direttiva 2000/28/CE del 18 settembre 2000 che aveva ricompreso, all’interno della definizione di “ente creditizio”, anche gli istituti di moneta elettronica di cui alla direttiva 2000/46/CE, categoria poi qualificata come “ente finanziario” dalla direttiva 2009/110/CE concernente l’avvio, l’esercizio e la vigilanza prudenziale dell’attività degli istituti di moneta elettronica.

Al fine di rimuovere tutte le criticità emerse nel settore oggetto della direttiva, e di conseguenza di creare un mercato del credito ipotecario efficiente, trasparente e competitivo (obiettivi che costituiscono il *leitmotiv* degli interventi europei di regolazione del mercato, in relazione ai quali vengono disposte anche norme di tutela del consumatore in senso stretto), il legislatore comunitario intende armonizzare anche le regole relative alla introduzione di meccanismi di accreditamento dei soggetti operanti nel settore della concessione di credito relativo ai beni immobili residenziali.

La concessione del credito relativo agli immobili residenziali è e resta un'attività c.d. riservata e quindi non esercitabile liberamente, seguendo la linea tracciata dalla precedente direttiva del 2008 in tema di concessione del credito ai consumatori (si v. in particolare l'art. 20)⁹⁵.

Tuttavia, rispetto alla direttiva del credito al consumo, la struttura congegnata dal legislatore del 2014, appare più complessa, anche in ragione del più ampio novero dei soggetti che possono essere abilitati ad entrare in contatto con i consumatori al fine della conclusione di un contratto di concessione del finanziamento, oltre che della particolare delicatezza connessa all'oggetto stesso dei contratti negoziati.

Sotto il profilo soggettivo, dunque, si può identificare nella categoria dei "creditori" una sotto-categoria, costituita dagli "enti creditizi", che opera stabilmente nel settore della concessione di prestiti: l'abilitazione di questi soggetti e la vigilanza sull'attività rientra nei più generali requisiti e nelle più generali norme di controllo previste dalla legislazione comunitaria sull'attività bancaria.

A ragione di ciò, la direttiva del 2014 non prevede alcuna norma che imponga espressamente agli enti creditizi il rispetto di specifiche norme in tema di requisiti soggettivi, di abilitazione e di vigilanza: la concessione del credito c.d. fondiario, infatti, costituisce *ex se* una delle attività istituzionalmente poste in essere da tali soggetti, nei cui confronti dunque la normativa *de qua* amplia e chiarisce ulteriormente specificandoli il novero delle norme di comportamento da tenere nell'intermediazione di tale categoria di contratti di finanziamento in favore dei consumatori.

Per altro verso, si può identificare nella stessa categoria dei "creditori" un'altra sotto-categoria, costituita dagli "enti non creditizi", i quali possono essere abilitati a concedere tali finanziamenti, quale attività svolta sempre in maniera professionale, ma che siano diversi dalle banche, in quanto istituzionalmente non abilitati alla raccolta del risparmio ai fini della concessione di prestiti al pubblico: per tali soggetti è la direttiva stessa che si occupa di introdurre un obbligo di preventiva abilitazione, mediante la necessaria iscrizione in un registro, nonché la sottoposizione ad una apposita vigilanza a livello nazionale secondo il dettato di cui all'art.35.

La scelta normativa compiuta con la direttiva, relativamente all'abilitazione degli enti non creditizi, si pone in linea con il lungo percorso compiuto nell'ordinamento interno in materia di disciplina degli intermediari finanziari non bancari, le cui ultime tappe sono state costituite dalla novella degli artt. 106 e 107 t.u.b.⁹⁶.

Se, infatti, già stava venendo meno l'esclusione di tali soggetti dalla sottoposizione alla vigilanza prudenziale⁹⁷, anche in ragione della specificità del ruolo che detti soggetti andavano via via

⁹⁵ La disposizione di cui all'art. 20 della direttiva n. 2008/48/Ce recita "Gli Stati membri provvedono affinché i creditori siano controllati da un organismo o da un'autorità indipendente da istituzioni finanziarie o siano oggetto di una regolamentazione. Ciò si applica fatta salva la direttiva 2006/48/Ce".

⁹⁶ Sul punto più diffusamente V. CARRIERO, sub art. 35, in questo *Commentario cit.*

⁹⁷ Come sottolineato in dottrina, il processo di integrazione europea ha costituito la spinta per avviare un *iter* di progressiva acquisizione alla supervisione pubblica di un ambito di attività storicamente ad essa sottratto: F. CAPRIGLIONE, *Evoluzione della disciplina di settore*, in AA. Vv., *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, I, p. 99 ss.; F. MERUSI, *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1989, p. 177 ss. Successivamente, la normativa antiriciclaggio ha rappresentato lo snodo fondamentale per una compiuta disciplina di tali soggetti: G. CARRIERO, *Disciplina e operatività degli intermediari finanziari*, in *Studi sugli*

assumendo (emancipandosi dal ruolo ancillare rispetto a quello svolto dagli intermediari bancari sino ad allora ricoperto)⁹⁸, si sono resi necessari ulteriori presidi normativi sia in relazione ai loro requisiti di serietà, professionalità e correttezza, sia in relazione ai loro requisiti di carattere strutturale.

Così, anche in ragione del progressivo ampliamento del raggio di attività svolta da tali intermediari, oltre che il ruolo sempre più rilevante da questi assunto anche sotto il profilo economico-sociale, si è resa necessaria una profonda revisione che – pur avendo ormai acquisito e consolidato la scelta per l’abilitazione di tali soggetti per lo svolgimento delle loro attività⁹⁹ – è definitivamente sfociata nell’attuale assetto normativo, riveniente dall’entrata in vigore del d. lgs. n. 141/2010.

Sempre sotto il profilo soggettivo, la direttiva indica un’ulteriore serie di soggetti, che non rientrano nella definizione di *creditori* in quanto non concedono direttamente il finanziamento, ma che operano in qualità di intermediari dei creditori, siano essi enti creditizi ovvero enti non creditizi: si tratta dei cc.dd. “*intermediari del credito*”.

L’art. 4, comma 1, n. 5), definisce l’intermediario del credito come: “*una persona fisica o giuridica che non agisce come creditore o notaio¹⁰⁰ e non presenta semplicemente — direttamente o*

intermediari finanziari non bancari, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli; 1998; S. COTTERLI, *La disciplina degli intermediari finanziari nella legge 197 del 5 luglio 1991*, in *Banca, impr. soc.*, 1992, p. 271 ss.; G. M. FLICK, *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 470 ss.; G. B. PORTALE, *Normative antiriciclaggio e finanziarie di gruppo*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 715 ss.; A. URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, 2005

⁹⁸ AA. VV., *Intermediazione finanziaria non bancaria e gruppi bancari plurifunzionali: le esigenze di regolamentazione prudenziale*, in *Temi di discussione del Servizio studi della Banca d’Italia*, Roma, 1989, n. 113; AA. VV., *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, Napoli, 1998; V. ALLEGRI, *L’attività d’intermediazione finanziaria e la sua disciplina*, in *Aa.Vv., Diritto della banca e del mercato finanziario*, Bologna, 2000, I, p. 3 ss.; U. BELVISO, *Gli “intermediari finanziari” residuali (tra storia e nomenclatura)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 165 ss.; M. CERA, *Gli intermediari finanziari nel testo unico in materia bancaria*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 217 ss.; L. CRISCUOLO, *Gli intermediari finanziari non bancari*, Bari, 2003; A. FERRARI, *Gli intermediari finanziari non bancari*, Milano, 1981

⁹⁹ A. ANTONUCCI, sub. art. 106, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria. Commento al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, M. Santoro, 2003, II, p. 1809 ss.; F. CLEMENTE, sub art. 106, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2001, p. 845 ss.

¹⁰⁰ Il considerando n. 74 giustifica la scelta dell’esclusione così argomentando “*Gli Stati membri dovrebbero poter disporre che chi svolge attività di intermediazione del credito a titolo accessorio nell’ambito di un’attività professionale, ad esempio avvocati o notai, non sia soggetto alla procedura di abilitazione ai sensi della presente direttiva, purché tale attività professionale sia disciplinata e le norme pertinenti non ostino allo svolgimento, a titolo accessorio, di attività di intermediazione del credito. Tuttavia la deroga alla procedura di abilitazione di cui alla presente direttiva dovrebbe comportare che le persone in questione non possono beneficiare del regime di passaporto previsto dalla direttiva stessa. Le persone che presentano o rinviando semplicemente un consumatore a un creditore o a un intermediario del credito a titolo accessorio nell’esercizio della loro attività professionale, ad esempio segnalando l’esistenza di un particolare creditore o intermediario del credito al consumatore o un tipo di prodotto offerto da detto creditore o intermediario del credito senza ulteriore pubblicità né intervento nella presentazione, nell’offerta, nei preparativi o nella conclusione del contratto di credito, non dovrebbero essere considerate intermediari del credito ai sensi della presente direttiva. Né dovrebbero essere considerati*

indirettamente — un consumatore a un creditore o intermediario del credito e che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, dietro versamento di un compenso, che può essere costituito da una somma di denaro o da qualsiasi altro corrispettivo finanziario pattuito: a) presenta od offre contratti di credito ai consumatori; b) assiste i consumatori svolgendo attività preparatorie o altre attività amministrative precontrattuali per la conclusione di contratti di credito diverse da quelle di cui alla lettera a); o c) conclude con i consumatori contratti di credito per conto del creditore”.

Attesa la natura tendenzialmente esaustiva di questo elenco di attività, resta tuttavia da domandarsi se gli adempimenti così come descritti siano di natura concorrente ovvero alternativa: cioè bisogna chiedersi se la qualificazione di intermediario finanziario possa essere attribuita ai soggetti che svolgono una sola delle riportate attività, ovvero se essa sia destinata ad identificare i soggetti che le svolgano tutte.

Prima facie, anche ad una lettura che voglia tener conto della disciplina degli ausiliari degli intermediari contenuta nel t.u.b., di cui si dirà in seguito, deve concludersi per l'alternatività, nel senso che un intermediario del credito è tale se svolga uno o più degli adempimenti descritti dalla direttiva.

Tali attività possono essere svolte professionalmente mediante accordi conclusi di volta in volta ovvero *una tantum* con una serie indistinta di creditori (purché non rappresentino la maggioranza del mercato), ovvero mediante la conclusione di un mandato con un singolo creditore, un singolo gruppo di creditori oppure per più creditori o più gruppi che non rappresentino la maggioranza del mercato (art. 4, n. 7).

Essa, inoltre, può essere posta in essere direttamente dagli intermediari del credito, ovvero mediante loro rappresentanti, i quali possono essere persone fisiche o giuridiche che agiscono in nome e per conto di questi (art. 4 n. 8).

Proprio nei confronti di tali soggetti la direttiva introduce, per la prima volta, non già un generico riferimento alla necessità che essi siano altresì sottoposti a forme di abilitazione e/o controllo (come già era avvenuto in occasione della direttiva sul credito ai consumatori), bensì una serie stringente di requisiti il possesso dei quali è da ritenersi necessario per ottenere l'abilitazione nei rispettivi Paesi membri d'origine e, conseguentemente, per poter operare nel mercato unico del credito fondiario, in forza del principio di libertà di stabilimento, garantita all'art. 32.

Inoltre la direttiva sottopone anche detti soggetti alla vigilanza da parte delle Autorità nazionali competenti (art. 34).

La *ratio* sottesa a tale disciplina, specificamente dettata per gli intermediari, appare chiara sin dall'*incipit* della direttiva, che individua nella mancata regolamentazione della loro attività, e soprattutto nella mancata armonizzazione delle regole esistenti in vari Stati membri, uno dei punti di maggiore criticità del sistema del finanziamento immobiliare, viepiù colpito in negativo dalla crisi economica attuale.

Infatti, già nel *considerando* n. 2, il legislatore afferma che “*Tra le legislazioni degli Stati membri relative alle norme di comportamento nell'attività di erogazione di crediti per beni immobili residenziali e tra i sistemi di regolamentazione e vigilanza degli intermediari del credito e degli enti non creditizi che offrono contratti di credito relativi a beni immobili residenziali esistono differenze sostanziali. Tali differenze creano ostacoli che limitano il livello dell'attività transfrontaliera sia sul lato dell'offerta che su quello della domanda, riducendo così la concorrenza e le possibilità di scelta sul mercato, facendo aumentare il costo dell'erogazione di crediti a carico dei prestatori e addirittura impedendo loro di esercitare tale attività”.*

intermediari del credito ai sensi della presente direttiva i mutuatari che, senza svolgere alcuna altra attività di intermediazione del credito, trasferiscono semplicemente un contratto di credito a un consumatore mediante una procedura di surrogazione.”

Dunque, l'assenza di una normativa uniforme e coerente determina “*effetti a cascata significativi sul piano macroeconomico, danneggiare i consumatori, fungere da barriera economica o giuridica alle attività transfrontaliere e creare condizioni diseguali per gli operatori del mercato*” (cft. considerando n. 4).

Di conseguenza, un quadro normativo che disciplini anche gli intermediari può “*garantire che i consumatori interessati a tali contratti possano confidare nel fatto che gli enti con i quali interagiscono si comportino in maniera professionale e responsabile, è necessario definire un quadro giuridico dell’Unione adeguatamente armonizzato in diversi settori, tenendo conto delle differenze nei contratti di credito derivanti in particolare da differenze nei mercati nazionali e regionali dei beni immobili*” (cft. considerando n. 5); anche attraverso detta regolamentazione, dunque, dovrebbe pervenirsi alla creazione di un mercato del credito fondiario efficiente e caratterizzato da un elevato livello di tutela per i consumatori.

Sul piano ricostruttivo, e con specifico riferimento alla nozione generale di professionista, variamente assunta nelle molteplici direttive comunitarie e recepita all’art. 3, comma 1, lett. c) del cod. consumo (alla quale quella di “creditore” contenuta nella direttiva in commento si richiama), pare che la figura di “*intermediario del credito*” nelle sue varie articolazioni costituisca una specificazione di carattere restrittivo di quella di “intermediario” del professionista.

Al di là della sovrapposizione che spesso si fa tra i due termini, utilizzati in molteplici accezioni nella normativa comunitaria, deve ritenersi che la disciplina così come predisposta dalla direttiva mutui non possa essere applicata a qualsiasi soggetto che – indipendentemente dal rapporto negoziale intrattenuto con il professionista – svolga comunque un’attività dei cui risultati quest’ultimo possa beneficiare, bensì soltanto a soggetti che – dotati di alcuni specifici requisiti – siano abilitati all’esercizio dell’attività di intermediazione, in forza di specifici rapporti negoziali con i “*creditori*”.

Mentre, infatti, come ritenuto unanimemente in dottrina¹⁰¹, la nozione di “*intermediario*” del professionista ex art. 3, comma 1, lett. c) cod. consumo, non designa esclusivamente il rappresentante volontario di quest’ultimo, nella disciplina *de qua* l’attività di intermediazione è rigidamente ancorata da uno specifico rapporto contrattuale, in ragione del quale tale soggetto possa agire.

Il nostro ordinamento conosce una serie di soggetti i quali rivestono la qualità di *ausiliari* degli intermediari¹⁰², bancari e non bancari, la cui disciplina è stata modificata proprio in seguito al recepimento della direttiva sul credito ai consumatori, mediante il d. lgs. n. 141/2010¹⁰³.

In particolare il “*nuovo*” testo dell’art. 121, lett. f) t.u.b. individua tra gli “*intermediari del credito*” i seguenti soggetti: “*gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi o qualsiasi altro*

¹⁰¹ E. BELLISARIO, sub art. 3, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 14 ss; EAD., sub art. 3, lett. d), in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa, L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 75 ss.; G. CHINÈ, sub art. 3, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, p. 25 e in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, II ed., Milano, 2008, p. 26; F. LUCCHESI, sub art. 3, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 56; E. MINERVINI, *Dei contratti dei consumatori in generale*, Torino, 2006, p. 28

¹⁰² In particolare possono essere citati: a) promotori finanziari b) mediatori creditizi c) agenti in attività finanziaria d) consulenti finanziari autonomi e) intermediari e *broker* assicurativi f) nonché altre figure di professionisti o produttori e venditori di beni o servizi.

¹⁰³ Decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, recante “Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi”, in *G.U. n. 207 del 4 settembre 2010 – S. O. n. 212*.

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”.

Dunque è evidente una sostanziale sovrapposizione tra la figura dell'intermediario del credito di matrice comunitaria e quella di diritto interno, laddove la prima si pone come *species* di detti soggetti che non agiscono come finanziatore o notaio, ma soprattutto non si limitino a presentare semplicemente un consumatore ad un creditore o ad un altro intermediario.

Dal confronto tra le due norme emerge tuttavia qualche perplessità: entrambe le definizioni, infatti, identificano una “*categoria aperta*”¹⁰⁴ nella misura in cui fanno riferimento l'una a “*una persona fisica o giuridica*” e l'altra (oltre agli agenti in attività finanziaria e ai mediatori creditizi) a “*qualunque altro soggetto diverso dal finanziatore*”.

In altri termini – mentre sembra esservi una certa sovrapposibilità, tra la figura dell'intermediario del credito e quelle degli agenti e dei mediatori – deve invece verificarsi se possano essere altresì annoverati in essa anche altri soggetti, atteso il fatto che la disposizione dell'art. 121, lett. f) t.u.b. restringe il capo a coloro che esercitino professionalmente le proprie attività “nel rispetto” delle riserve di cui al Titolo VI-bis nello stesso testo unico.

Sia sufficiente, a tal riguardo, il rinvio alle figure del promotore finanziario o all'agente o *broker* assicurativo.

In generale, si ritrova nell'art.17, comma 4-bis del d.lgs n.141/2010 (introdotto dal d.lgs n.169/2012), il criterio di compatibilità tra le figure dell'intermediario del credito e quelle di promotore finanziario e *broker* assicurativo, il quale stabilisce che “*l'attività di agenzia in attività finanziaria è compatibile con l'attività di agenzia di assicurazione e quella di promotore finanziario, fermi restando i rispettivi obblighi di iscrizione nel relativo elenco, registro o albo*”.

Pertanto deve ritenersi che le varie attività possano essere svolte congiuntamente dal medesimo soggetto, a condizione però che questi sia iscritto tanto nell'albo di cui all'art. 128-undecies t.u.b., quanto nei rispettivi albi dei promotori finanziari e degli agenti assicurativi, introducendo così una deroga al principio di esclusività dettato per gli agenti in attività finanziaria all'art. 128-quater t.u.b. Il nuovo assetto normativo in materia bancaria deve essere letto congiuntamente a quello delle norme inerenti il settore finanziario e quello assicurativo.

Con specifico riguardo al settore finanziario, l'art. 30 t.u.f. riservata ai promotori finanziari l'offerta fuori sede di strumenti finanziari e servizi di investimento: mentre, prima dell'entrata in vigore della disciplina introdotta dal d. lgs. n. 141/2010, sembrava potersi ammettere pacificamente che il promotore potesse promuovere e concludere anche contratti di finanziamento per conto di banche e intermediari finanziari¹⁰⁵, attualmente si pone un problema proprio in relazione alla riserva “*di competenza*” in capo agli agenti in attività finanziaria.

In merito a tale questione, l'art. 12, comma 1-bis dello stesso d. lgs. n. 141/2010 (introdotto anch'esso dall'art. 7, comma 1, lett. c, del d. lgs. n. 169/2012)¹⁰⁶ dispone che “*Non costituisce*

¹⁰⁴ F. BELLIG-CORVESE, sub *artt. 128-quater/quaterdecies*, in *Testo unico bancario. Commentario*, Addenda di aggiornamento, a cura di M. PORZIO-F. BELLIG-LOSAPPIO-M. RISPOLI FARINA-V. SANTORO, Milano, 2011, p. 127.

¹⁰⁵ Come espressamente previsto dalla circolare della Banca d'Italia n. 129 del 1996 recante “Istruzioni di vigilanza per le banche”

¹⁰⁶ *Tale disposizione, peraltro, deve coordinarsi con quella contenuta all'art. 1, comma 6, t.u.f. la quale individua tra i “servizi accessori” ai servizi di investimento, “la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento”;* basti qui rilevare che

esercizio di agenzia in attività finanziaria la promozione e il collocamento di contratti relativi alla concessione di finanziamenti o alla prestazione di servizi di pagamento da parte dei promotori finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 31 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, effettuate per conto del soggetto abilitato che ha conferito loro l'incarico di promotore finanziario, purché i finanziamenti o i servizi di pagamento siano volti a consentire agli investitori di effettuare operazioni relative a strumenti finanziari”.

Con specifico riguardo all'agente assicurativo, invece, la citata disposizione del t.u.b. parrebbe introdurre una restrizione rispetto al previgente testo dell'art. 128-*quater*, comma 8, t.u.b. oggi abrogato, che riconosceva la facoltà ai *broker* assicurativi di promuovere e concludere anche contratti di finanziamento su mandato di banche ed intermediari finanziari pur senza l'iscrizione nell'albo degli agenti in attività finanziaria.

A dimostrazione che tale riflessione che più sembrare azzardata, in realtà azzardata non è il fatto che, proprio tra le definizioni contenute all'art. 4 della direttiva, v'è anche quella di “*servizio accessorio*”, che consiste in “*un servizio offerto al consumatore in combinazione con il contratto di credito*”; è evidente che tale richiamo sia rivolto proprio ai prodotti finanziari o assicurativi. Del resto, lo stesso *considerando* n. 25 afferma che “*Di norma le pratiche di commercializzazione abbinata non dovrebbero essere ammesse, salvo che i servizi o prodotti finanziari offerti insieme con il contratto di credito non possano essere offerti separatamente in quanto parte integrante del credito, per esempio nel caso di uno scoperto garantito. In altri casi può tuttavia essere giustificato che i creditori offrano o vendano un contratto di credito insieme con un conto di pagamento, un conto di risparmio, prodotti d'investimento o pensionistici laddove, per esempio, il capitale del conto è usato per rimborsare il credito o costituisce un prerequisito della raccolta di risorse ai fini dell'ottenimento del credito, ovvero in situazioni in cui, per esempio, un prodotto d'investimento o un prodotto pensionistico privato serve da ulteriore garanzia del credito. Se è giustificato che i creditori possano imporre ai consumatori di sottoscrivere una polizza assicurativa al fine di garantire il rimborso del credito o di assicurare il valore della garanzia, il consumatore dovrebbe nondimeno poter scegliere il proprio assicuratore, a condizione che la sua polizza assicurativa offra un livello di garanzia equivalente a quella della polizza proposta dal creditore. Inoltre gli Stati membri possono standardizzare, in tutto o in parte, la copertura offerta dai contratti assicurativi al fine di agevolare la comparazione tra le varie offerte per i consumatori che desiderino effettuare tale confronto*”¹⁰⁷.

l'accessorietà contemplata nel testo unico è inversa a quella pure considerata nella direttiva, laddove il contratto principale è quello di finanziamento.

¹⁰⁷ A tale riguardo, il *considerando* n. 28 specifica ulteriormente “*Gli intermediari spesso operano anche in attività diverse dall'intermediazione creditizia, in particolare in attività di intermediazione assicurativa o servizi di investimento. Pertanto, la presente direttiva dovrebbe anche garantire una certa coerenza con la direttiva 2002/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 dicembre 2002, sull'intermediazione assicurativa, e con la direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari. In particolare gli enti creditizi autorizzati in conformità alla direttiva 2013/36/UE e gli altri enti finanziari soggetti ad un regime di abilitazione equivalente ai sensi della legislazione nazionale non dovrebbero richiedere un'abilitazione distinta per operare in qualità di intermediari del credito, in modo da semplificare il processo di stabilimento come intermediario del credito e l'esercizio dell'attività a livello transfrontaliero. La piena e incondizionata responsabilità di creditori e intermediari del credito in ordine alle attività degli intermediari del credito con vincolo di mandato o dei rappresentanti designati dovrebbe estendersi soltanto ad attività che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, a meno che gli Stati membri scelgano di estendere tale responsabilità ad altri settori.*”

Dunque, anche sotto il profilo oggettivo, il legislatore comunitario riconosce la possibilità di quella che viene definita una commercializzazione “*aggregata*” (art. 4, n. 27) di finanziamenti unitamente a quella di prodotti finanziari o assicurativi, seppure essa risulti regolata nel rispetto della disciplina generale delle clausole vessatorie nonché sulle pratiche commerciali scorrette, così sottolineando una certa diffidenza, anche in ordine all’aumento dei costi del prestito complessivamente considerato¹⁰⁸. Tra i soggetti che rivestono il ruolo di ausiliari dei finanziatori particolare attenzione viene data alla figura del mediatore creditizio e dell’agente in attività finanziaria, la cui disciplina è oggi specificamente dettata dalle norme del t.u.b.¹⁰⁹, che devono essere “rilette” alla luce della normativa comunitaria.

Data la “doppia” figura di mediatore creditizio e di agente in attività finanziaria, così come delineata dalla nuova versione del testo unico bancario, in relazione alla quale tali soggetti svolgono attività assimilabili ma non coincidenti e neppure tra loro compatibili, deve ritenersi che gli adempimenti che la direttiva assegna agli intermediari del credito debbano considerarsi tra loro alternativi, tenuto conto che la definizione di “*intermediario del credito*” è generale e omnicomprensiva, al cui interno quindi vanno annoverate singole figure professionali specifiche, che possono porre in essere anche solo alcune delle attività di cui all’art. 4, n. 5 (presentazione e offerta di contratti di finanziamento ai consumatori; assistenza nello svolgimento della fase preparatoria o più propriamente precontrattuale; conclusione dei contratti).

Gli elementi che accomunano tutte le figure professionali che rientrano nella definizione sono: *a)* la professionalità dell’attività svolta, tenuto conto del fatto che il presupposto richiesto dalla direttiva comunitaria è che essa debba essere svolta “nell’esercizio della propria attività commerciale o professionale”; *b)* la natura negoziale degli incarichi assunti: la previsione di un compenso, evidenzia proprio il profilo contrattuale a fondamento dell’incarico ricevuto.

Considerando, quindi, la natura generale ed omnicomprensiva della definizione e gli elementi comuni tra le varie tipologie di figure professionali che essa include ad essa riconducibili, si può tentare di ricondurre alle disposizioni della direttiva la disciplina nazionale che regola l’attività del mediatore creditizio e dell’agente in attività finanziaria.

A mente dell’art. 128-*sexies* t.u.b., il mediatore creditizio è un soggetto che “*mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari ... con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*”¹¹⁰.

Come si legge nel comma 2 del medesimo articolo, detta attività deve essere svolta in via professionale da soggetti appositamente abilitati; pertanto può ritenersi che essa sia compatibile con la definizione che viene apprestata dal diritto comunitario, seppure nell’accezione utilizzata nel testo unico il requisito di professionalità debba più propriamente essere declinato alla luce dei criteri rivenienti nella definizione di imprenditore di cui all’art. 2082 cod. civ. e, quindi, nella stabilità e nella non occasionalità dell’attività posta in essere.

Coincide anche natura contrattuale dell’attività svolta dal mediatore¹¹¹. Il contratto di mediazione segna il proprio *discrimen* rispetto a figure negoziali similari quali il contratto di agenzia, il

¹⁰⁸ Non a caso la direttiva impone il rispetto di oneri informativi ed esplicativi anche riguardo la natura ed i costi dei servizi accessori (artt. 13 e 16).

¹⁰⁹ M. A. GOFFREDO, F. BERNIERI, *La revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Società*, 12, 2010, pp. 1493 ss.

¹¹⁰ Si veda, al riguardo, anche la disposizione dell’art. 13 d. lgs. n. 141/2010, la quale dispone che “Ai mediatori creditizi è vietato concludere contratti, nonché effettuare, per conto di banche o di intermediari finanziari, l’erogazione di finanziamenti e ogni forma di pagamento o di incasso di denaro contante, di altri mezzi di pagamento o di titoli di credito. I mediatori creditizi possono raccogliere le richieste di finanziamento sottoscritte dai clienti, svolgere una prima istruttoria per conto dell’intermediario erogante e inoltrare tali richieste a quest’ultimo”

contratto di mandato o il procacciamento d'affari: infatti, tanto per il mediatore in generale, quanto per il mediatore creditizio in particolare, i tratti distintivi del proprio operato vengono solitamente identificati nei caratteri dell'autonomia e dell'imparzialità¹¹².

Non a caso lo stesso art. 128-*sexies* t.u.b., al comma 4, specifica che “*Il mediatore creditizio svolge la propria attività senza essere legato ad alcuna delle parti da rapporti che ne possano compromettere l'indipendenza*”; dunque, seppur non ci si possa dilungare sul punto, pare che la norma non escluda la sussistenza di qualsivoglia rapporto negoziale con una delle parti del contratto intermediato, bensì solo quelli che compromettono l'indipendenza del mediatore¹¹³.

Dal punto di vista oggettivo, riguardo all'oggetto dell'attività svolta, la direttiva – come si è visto – richiede non un mero imput all'incontro tra finanziatori e consumatori, bensì una più attenta e intensa opera di presentazione e offerta del finanziamento, di consulenza, di pre-istruttoria informativa

Detta attività di mediazione è finalizzata, come specificato dal testo unico, alla “*concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*”¹¹⁴; pertanto non può relegarsi in dubbio che in tale espressione vadano ricompresi anche quelli oggetto della direttiva.

¹¹¹ Nonostante le perplessità espresse, specie in passato, circa l'autonomia del contratto di mediazione rispetto a quello intermediario (cfr. G.B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1978, p. 889; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 1934, I, p. 229), attualmente la dottrina prevalente – se pur con diversità di sfumature – tende a riconoscere tale autonomo fondamento negoziale al contratto di mediazione: A. CATAUDELLA, *Mediazione*, in *Enc. Giur.* Treccani, XIX, Roma, 1990, L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960; F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, p. 135; A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile* a cura di A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, 1993, p. 40; M. STOLFI, *Della mediazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 22. Per la giurisprudenza, *ex multis*, Cass. civ., 13 maggio 1980, n. 3154; Cass. civ., 18 marzo 2008, n. 5952; Cass. civ., 27 giugno 2002, n. 9380; Cass. civ. 7 aprile 2005, nn. 7251, 7252; Cass. civ., 5 settembre 2006, n. 19066; ; Cass. civ., 30 settembre 2008, n. 24333; Cass. civ., 7 aprile 2009, n. 8374; Cass. civ., 22 aprile 2009, n. 9547

¹¹² L'imparzialità del mediatore è sancita, in generale, all'art. 1754 cod. civ., e – quanto ai mediatori creditizi – dall'art. 2 d.p.r. n. 287/2000, nonché dal Comunicato della Banca d'Italia del 9 settembre 2002; in ordine alla retrocessione della provvigione corrisposta al mediatore creditizio in caso di violazione del principio di indipendenza cfr. *ex multis* ABF, dec. nn. 388/2011; 2847, 3191, 3824, 6097/2013. Anche nel comunicato della Banca d'Italia del 9 settembre 2002 viene precisato che “ai fini dell'inquadramento dei mediatori creditizi nell'ambito della disciplina dell'operatività bancaria fuori sede, si fa presente che l'attività di mediazione – mentre risulta incompatibile, per le proprie caratteristiche di neutralità e indipendenza, con quella di promozione – presenta profili di analogia con il collocamento di finanziamenti per conto di una banca. Si ritiene, infatti, che entrambe le attività possano consistere nella raccolta di richieste di finanziamento firmate dal cliente, nel compimento di una prima istruttoria e nell'inoltro delle domande di fido alla banca. L'elemento distintivo tra mediazione e collocamento si rinviene nella richiamata caratteristica di neutralità e indipendenza della mediazione, che la differenzia rispetto all'attività di collocamento, la quale tipicamente si basa su uno specifico incarico conferito dalla banca per favorire la diffusione dei propri prodotti e servizi presso la clientela”

¹¹³ Sul contenuto delle convenzioni stipulate con i mediatori creditizi, per tutti, M. R. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Tratt. dir. economia*, a cura di E. PICOZZA, E. GABRIELLI, Padova, 2010, p. 378 ss.

¹¹⁴ U. MORERA, *Sulla figura del “mediatore creditizio”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, p. 345, sottolinea che siffatta espressione identifichi “ogni fenomeno creditizio connesso con valori e disponibilità finanziarie”, senza che possa riconoscersi alcuno spazio residuo per operazioni aventi

La normativa comunitaria non pone l'accento invece sulla esclusività dell'attività svolta, come del resto si orientava anche l'ordinamento italiano prima delle modifiche apportate al t.u.b.. Ad oggi, infatti, il comma 3 dell'art. 128-*sexies* dispone che l'attività del mediatore creditizio deve essere svolta in via esclusiva, fatte salve le attività ad essa connesse e/o strumentali¹¹⁵, peraltro ammesse anche dalla direttiva, che definisce – come visto in precedenza – anche il “*servizio accessorio*”¹¹⁶.

Tra gli adempimenti rimessi al mediatore creditizio (si vuole sottolineare l'attività di consulenza, specificamente prevista all'art. 128-*sexies* t.u.b.¹¹⁷; e anche in questo caso non pare potersi dubitare del fatto che essa sia compatibile con la disposizione comunitaria, laddove l'art. 4, n. 5, lett. a) fa esplicito riferimento alla presentazione e all'offerta dei servizi.

Difficile, infatti, ritenersi che si tratti semplicemente di adempimenti promozionali o commerciali. Si può invece argomentare che al mediatore creditizio sia richiesta una valutazione sulle particolari esigenze del consumatore, finalizzate all'ottenimento di un credito fondiario, sì da offrire quello più conforme alle specifiche esigenze del cliente¹¹⁸.

Pertanto, laddove tale attività sia svolta professionalmente e abitualmente per conto di un creditore, essa deve considerarsi attività riservata, rimessa agli intermediari del credito vigilati ai sensi dell'art. 34 della direttiva.

Per quanto riguarda l'agente in attività finanziaria, l'art. 128-*quater* t.u.b. dispone che esso “*promuove e conclude contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma ... su mandato diretto*” da parte degli intermediari finanziari e/o di altri soggetti.

finalità creditizia

¹¹⁵ G. GALLO, sub *art. 128-sexies*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, Padova, 2012, p.2097 sottolinea “Con riferimento alla menzione della possibilità di svolgere «attività connesse e strumentali» si può rilevare quanto segue: la necessità della precisazione si pone proprio in relazione al descritto carattere di esclusività; in passato il mediatore poteva svolgere qualunque altra attività professionale, non solo quelle connesse o strumentali alla mediazione. Si pone oggi il problema di individuare quali possano essere in concreto tali attività accessorie. Sul punto potrà essere utile, eventualmente in via analogica, il riferimento alle nozioni strumentalità ed ausiliarietà rispetto all'agenzia in attività finanziaria indicate nel Decreto del Ministero dell'Economia e Finanze n. 485 del 2001. E' *strumentale* l'attività che ha rilievo esclusivamente ausiliario rispetto a quello d'agenzia. A titolo indicativo, rientrano tra le attività strumentali quelle di : a) studio, ricerca e analisi in materia economica e finanziaria; b) gestione di immobili ad uso funzionale; c) gestione di servizi informativi o di elaborazione dati; d) formazione e addestramento del personale. E' *connessa* l'attività accessoria che comunque consente di sviluppare l'attività di agenzia principale. A titolo indicativo, costituiscono attività connesse la prestazione di servizi di: a) informazione commerciale; b) locazione di cassette di sicurezza”

¹¹⁶ Lo stesso provvedimento dell'U.I.C. del 29 aprile 2005 dispone all'art. 3, comma 3, che i servizi accessori consistano nei “servizi, anche non strettamente connessi con il servizio principale (quali, ad esempio, contratti di assicurazione, convenzioni con soggetti esterni ecc.) commercializzati congiuntamente a quest'ultimo, ancorché su base obbligatoria”

¹¹⁷ Ma già all'art. 2, comma 1, d.p.r. n. 287/2000 e art. 16, comma 1, legge n. 108/1996

¹¹⁸ G. GALLO, sub *art. 128-sexies*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, Padova, 2012, p. 2092 sottolinea “ *In realtà, il riferimento ad una prestazione di consulenza può trovare la sua giustificazione nella circostanza che la mediazione creditizia si svolge più nitidamente, rispetto alla mediazione in altri settori, all'interno di un'attività professionale nell'ambito creditizio, ove il mediatore professionista svolge inevitabilmente anche un'attività di prima istruttoria e di selezione tra varie forme di finanziamento, che può essere definita lato sensu consulenziale.*”

Anche rispetto al ruolo di tale soggetto, si riconosce una certa identità rispetto alla normativa europea, che richiede specificamente agli *“intermediari del credito”* anche di promuovere e concludere contratti di finanziamento.

La disposizione del testo unico, specificando *“i contratti di finanziamento”* pone particolare accento sulla natura contrattuale del vincolo che lega ontologicamente l’agente con il finanziatore, anche per distinguerla da altre figure affini e in particolare dal mediatore creditizio; è agevole sottolineare, peraltro che tale relazione non possa essere ricondotta nel più ristretto ambito di applicazione della disciplina codicistica del contratto di agenzia *ex artt. 1742 ss.*, ma deve essere colta in un’accezione più ampia, tale da comprendere diversi rapporti negoziali in virtù dei quali sorga una stabile collaborazione e rappresentanza rispetto all’intermediario finanziario. Ciò chiarisce il ruolo di interposizione dell’agente rispetto al finanziatore, sul quale grava solidalmente la responsabilità per l’operato del primo, nell’attività da questi svolta con i consumatori (art. 128-*quater*, comma 5, t.u.b.).

A tal proposito, l’art. 128-*quater*, comma 4, dispone che *“Gli agenti in attività finanziaria svolgono la loro attività su mandato di un solo intermediario o di più intermediari appartenenti al medesimo gruppo. Nel caso in cui l’intermediario conferisca mandato solo per specifici prodotti o servizi, è tuttavia consentito all’agente, al fine di offrire l’intera gamma di prodotti o servizi, di assumere due ulteriori mandati”*.

I vincoli del c.d. mandato unico, dunque, cedono in caso di intermediari appartenenti al medesimo gruppo ovvero di mandato riferito che abbiano ad oggetto specifici prodotti o servizi.

Dunque, il richiamo espresso al *“mandato diretto”*¹¹⁹ tra agente e intermediario finanziario richiama la definizione contenuta all’art. 4, n. 7 della direttiva che si riferisce all’ *“intermediario del credito con vincolo di mandato”*, che è colui che *“opera per conto e sotto la piena e incondizionata responsabilità di: a) un solo creditore; b) un solo gruppo; o c) un numero di creditori o gruppi che non rappresenta la maggioranza del mercato”*.

Sull’argomento pare il caso sottolineare che, in seguito alle modifiche apportate all’art. 128-*quater* t.u.b. dal d. lgs. n. 169/2012 anche gli istituti di credito sono annoverati tra i soggetti che possono conferire mandato agli agenti in attività finanziaria, seppure esclusivamente per il collocamento e la promozione di contratti bancari esclusivamente finalizzata alla concessione di finanziamenti e quindi anche di prestiti fondiari¹²⁰. Il nuovo assetto normativo, dunque, se da un lato risulta positivo per quanto riguarda la piena equiparazione tra banche ed intermediari finanziari (rispondente alle modifiche degli artt. 106 e 107 t.u.b.), desta comunque qualche perplessità in ordine alla limitazione dell’oggetto del mandato conferito dalle banche, che non può riguardare contratti bancari diversi dai finanziamenti, che comunque esulano dall’ambito di applicazione della normativa in commento.

Tra i soggetti ausiliari degli intermediari finanziari prevede anche la figura del *“rappresentante designato”*, definito all’art. 4, n. 8 come una persona fisica o giuridica che svolge le attività di cui al punto 5 per conto di un solo intermediario del credito e sotto la responsabilità piena e incondizionata di quest’ultimo.

Richiamando la già citata figura generale di *“professionista”*, posto che gli intermediari del credito svolgono professionalmente i compiti ad essi rispettivamente previsti dalla direttiva, quella del rappresentante designato potrebbe essere ricondotta a quella di colui che agisce in nome e per conto dello stesso.

¹¹⁹ Sulla portata dell’espressione A. MARTELLONI, *L’agenzia in attività finanziaria dopo la riforma apportata dal d. lgs. n. 169 del 19 settembre 2012*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2012, 3, in www.rtde.luiss.it

¹²⁰ Organismo per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, Circolare n. 3/2012 del 5 aprile 2012, contenente disposizioni inerenti l’applicazione dell’art. 128-*quater*, comma 4°, del Testo Unico Bancario, part. Allegato A.

Si tratta, infatti, di soggetti muniti di potere rappresentativo tale da porre in essere gli adempimenti propriamente rientranti nell'ambito di attività degli intermediari stessi. Trattandosi, dunque, di vera e propria interposizione, gli effetti della cui attività si producono nella sfera giuridica degli intermediari (i quali se ne assumono solidalmente le conseguenti responsabilità).

La prevista "esternalizzazione" dei servizi, comporterebbe il rischio di un aggiramento delle norme relative all'abilitazione e alla vigilanza sugli intermediari del credito, attesa la delicatezza della materia e, per tale ragione, la direttiva rimette agli Stati membri la scelta in ordine alla previsione della facoltà che gli intermediari del credito possano avvalersi dei rappresentanti designati, disponendo che questi ultimi abbiano alcuni dei requisiti soggettivi previsti per i primi e che siano soggetti a qualche forma di registrazione (art. 31).

Anche la figura del rappresentante appare compatibile con la disciplina di diritto interno; infatti, il testo unico bancario – pur non offrendo una specifica definizione di tali soggetti – all'art. 128-*novies*, dopo aver escluso la possibilità che uno stesso soggetto possa iscriversi nei due differenti registri, dispone che per i mediatori creditizi e per gli agenti in attività finanziaria che dovessero avvalersi di "collaboratori" una responsabilità solidale dell'operato di questi (anche in relazione ad eventuali condotte penalmente rilevanti), coerentemente con la sussistenza dell'esercizio di un vero e proprio potere rappresentativo.

Dopo i soggetti, la direttiva procede a definire il "*contratto di credito*" (*credit agreement*), ossia il contratto in cui un finanziatore concede o si obbliga a concedere ad un consumatore un finanziamento, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, per cui si rinvia all'art. 3.

Tale nozione si pone in linea di ideale continuità con le precedenti direttive, le quali hanno consacrato a livello normativo – come riconosciuto in dottrina – la concezione del credito al consumo come operazione economica che può realizzarsi mediante una molteplice serie di contratti.

Tuttavia, seppure anche detta disposizione si pone in linea di ideale continuità con quelle contenute nelle precedenti direttive sul credito ai consumatori (nella misura in cui contempla tutti i contratti che, indipendentemente dal loro *nomen iuris*, consentono di far ottenere ai consumatori un prestito, sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga), essa appare comunque più ristretta, come può evincersi dal riferimento espresso che viene compiuto all'ambito di applicazione della direttiva di cui all'art. 3.

1.8. La trasparenza precontrattuale nel mercato del credito al consumo e nel mercato del credito immobiliare

Il mutevole ambito in cui operano i soggetti protagonisti dell'informazione, hanno avuto quale effetto quello di modificare l'obbligo di trasparenza nell'ambito dei contratti di diritto comune in base alle nuove prospettive emerse con la normativa consumeristica.

Emerge la situazione in cui un contraente, dotato di maggiore forza economico-contrattuale, sia in grado di imporre all'altro un testo contrattuale da lui già compilato, e ciò con l'effetto di un inevitabilmente monopolio delle informazioni relative all'operazione da parte del predisponente, nonché una conseguente riduzione della capacità di esprimere un consapevole consenso negoziale da parte del contraente, il quale, spinto dalle sollecitazioni dell'operatore commerciale, finisce spesso per aderire alla proposta senza la piena consapevolezza delle conseguenze che la propria accettazione comporta.

L'uso sempre più frequente di questo tipo di contratti ha reso chiara la necessità di una tutela giuridica nei confronti del c.d. "contraente debole" ed ha portato all'emergere di una nuova normativa, il cui scopo precipuo è stato proprio quello di approntare una effettiva protezione del "consumatore", cioè di colui che contratta al di fuori di un'attività commerciale o imprenditoriale eventualmente svolta. Il nuovo orientamento della politica del *consumerism*, inaugurato con le prime direttive comunitarie degli anni '80-'90, muove nell'ottica di far assurgere i consumatori a "sovrani"

del mercato¹²¹, rendendoli destinatari di una cospicua serie di informazioni che devono esser loro rese dalla “controparte-imprenditore” durante lo svolgersi dell’intero rapporto contrattuale.

Gli strumenti di tutela giuridica uniformi, introdotti dalla normativa consumeristica, consentono in primis di eliminare le diversità di obblighi e doveri comportamentali a carico delle imprese nei loro rapporti con i consumatori, così da evitare distorsioni nella concorrenza, la asimmetria informativa di cui si è soliti discorrere in tema di consumatori e, in secondo luogo, gli stessi consumatori, attraverso un consenso consapevole, cioè informato, sono in grado di massimizzare le loro scelte. Le asimmetrie informative sono percepite come una forma di fallimento del mercato, nel momento in cui una parte non è in condizione di poterle eliminare se non a costi proibitivi. “In questi casi, una parte del mercato è costretta ad operare partendo da una base informativa non ottimale, con la conseguenza che, se non vengono prese cautele atte ad eliminare le cause delle asimmetrie, attraverso un riassetto delle reciproche posizioni informative, si ha un fallimento strutturale del mercato”. In questa ottica, quindi, le informazioni assurgono a parametri essenziali dell’affare, ne sono il presupposto perché il soggetto, di volta in volta interessato, possa effettuare una scelta razionale di massimizzazione del proprio guadagno, una massimizzazione che non potrà realizzarsi finché sussistano squilibri informativi, per effetto dei quali una parte dispone di un numero di informazioni sicuramente maggiori (perché opera professionalmente sul mercato o ha essa stessa creato il prodotto) ed un’altra parte dispone, invece, necessariamente di un numero di informazioni di gran lunga inferiore ed incomplete.

La conoscibilità e la trasparenza delle operazioni e dei prodotti sono stati percepiti come strumenti funzionali all’efficienza dell’economia di mercato: solo infatti un ambiente informativo strutturato può rendere il contraente “fiducioso” nei confronti di un settore prima d’ora estraneo al suo operare e, allo stesso tempo, solo un sistema di mercato efficiente consente una ottimale allocazione delle risorse. Pertanto sia l’economia che il diritto sono accomunati per l’identità del fine, posto che “nella teoria economica lo svolgimento di un mercato concorrenziale ha come presupposto il perseguimento dell’utilità sociale, che è anche il fine primario di qualsivoglia ordine giuridico”.

Se inizialmente l’intervento comunitario ha posto più attenzione sull’aspetto della distorsione della concorrenza invece che sull’aspetto della tutela del consumatore, è con il Trattato di Maastricht (1992) che la politica di protezione dei consumatori non è più stata considerata quale strumento per fini diversi, ma ha assunto una propria indipendenza e rilevanza quale obiettivo della nuova Unione Europea.

L’art. 153 del Trattato di Maastricht, nel nuovo Titolo XIV dedicato esclusivamente alla “Protezione dei consumatori”, sancisce: “La Comunità potrà agire mediante azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un’informazione adeguata”. Ebbene, tra le “azioni specifiche” della Comunità, in materia, vi è certamente l’emanazione di numerose direttive che hanno influito sulle regole civilistiche dei contratti, rivoluzionandone completamente l’assetto originario.

1.8.1. Il concetto di trasparenza

Nell’accezione ordinaria, il termine trasparenza in senso stretto, fa riferimento alla quantità di determinati corpi di lasciar filtrare la luce e consentire la vista di ciò che è posto al di là di essi. A questo concetto base, si affianca un ulteriore concetto di tipo figurato, laddove la trasparenza indica anche la “chiarezza, facilità di comprensione o di intuizione del senso, del significato anche se non è espresso in modo esplicito.” È proprio nella sua accezione metaforica che la parola trasparenza viene utilizzata nel panorama giuridico “come se le si riconoscesse la capacità di investire e illuminare settori che sembravano connotati dalla impenetrabilità e dal mistero. A ragione di ciò a

¹²¹ In tal senso, SENIGAGLIA, *Informazione contrattuale nella net economy*, in Europa e diritto privato, 2002, p. 260.

partire dagli anni '80 ha avuto una rapida diffusione in numerosi settori disciplinari del nostro ordinamento quali il settore societario fino a quello bancario ed amministrativo. Il largo uso del termine, ha reso necessario un controllo di volta in volta in modo da comprendere in concreto la sua valenza giuridica.

L'importanza che il termine trasparenza ha man mano acquisito è avallata dalla circostanza che viene classificata da una parte della dottrina come un vero e proprio istituto giuridico e dall'altra come un principio generale del nostro ordinamento. Non potendo analizzare il concetto di trasparenza in tutti i settori del diritto e nelle varie disposizioni di legge, qui interessa delimitare il concetto di trasparenza precontrattuale nella disciplina del credito al consumo e nella direttiva sul credito immobiliare.

Si potrebbe ragionare sostenendo che in mancanza dello specifico dettato normativo in materia di trasparenza bancaria, l'obbligo del professionista potrebbe dedursi dal più generale dovere di buona fede ex art. 1337 e 1375 c.c., tuttavia il riferimento all'articolo del codice civile relativo all'esecuzione in buona fede del contratto non è casuale laddove le norme sulla trasparenza bancaria non riguardano solo la fase delle trattative o della stipula del contratto, ma anche i momenti successivi alla sua conclusione. Si precisa ovviamente che mentre il dovere di buona fede si rivolge ad entrambe le parti contrattuali, le regole della trasparenza bancaria gravano solo sull'istituto di credito.

La regola della trasparenza del mercato e l'esistenza di un generico obbligo di informazione a carico delle parti non sono espressamente enunciati nel Cod. Civ. del 1942, ma sono state ricavate in via interpretativa: in particolare, la "trasparenza contrattuale" è stata tradizionalmente considerata come uno dei principali doveri comportamentali che i contraenti sono tenuti a rispettare in applicazione del precetto di correttezza e buona fede nella sua accezione oggettiva, enunciato in materia di obbligazioni dall'art. 1175 C.C e che deve accompagnare le parti dalla fase delle trattative (art. 1337 C.C.) a quella dell'esecuzione (art. 1375 C.C.) del contratto.

Non essendo possibile reperire all'interno del codice una norma che disciplini l'obbligo di informazione genericamente inteso, la soluzione è stata ricercata attraverso meccanismi di interpretazione del sistema, operando un adattamento, per quanto possibile delle strutture normative e la clausola generale di buona fede e correttezza è stata presa come punto di riferimento, il cui senso esprime un principio di garanzia della corretta organizzazione dei rapporti economici.

Così, l'obbligo contemplato dall'art. 1337 c.c., inizialmente posto in stretto e quasi esclusivo legame con la culpa in contrahendo di cui all'art. 1338 c.c., ha conosciuto una riorganizzazione comprendendo ora il dovere di comunicare ogni elemento informativo che sia tale da incidere sull'economia del contratto e sul settore di mercato in cui opera¹²².

Si arriva quindi ad affermare che il termine "*trasparenza*" abbraccia sia un generale "*dovere di chiarezza*", nel senso che il contraente è tenuto ad evitare un linguaggio che non sia pienamente comprensibile dalla controparte, e un concetto più sottile richiamando un "*dovere di informazione*" reciproca tra i contraenti.

Il concetto di "trasparenza", però, soprattutto nella sua accezione di "obbligo di informazione", assume connotati diversi a seconda del contesto in cui è inserito.

Nella disciplina dei contratti di diritto comune, infatti, esso non va al di là di un dovere di informazione generico, non caratterizzato da un alcun contenuto minimo obbligatorio, anzi si tratta di un dovere imposto reciprocamente ai contraenti, controbilanciato dal necessario limite all'esigibilità dell'informazione¹²³.

¹²² Così anche SENIGAGLIA, op. cit., p. 237. V. anche, per la giurisprudenza, Cass., 26 giugno 1998, n. 6311, in *Giur. It.*, 1999, n. 5297

¹²³ In realtà, dall'esame della disciplina codicistica emergono anche alcune circostanze che necessariamente le parti devono conoscere e che danno luogo a specifici doveri di informazione, come ad esempio gli obblighi informativi nel contratto di assicurazione (artt. 1892 e 1893 c.c.), nella

Posto che non tutto ciò che si conosce deve essere necessariamente comunicato, in quanto rientra nel libero gioco della contrattazione valutare la convenienza di un affare, il problema consiste nel verificare entro quali limiti l'osservanza del dovere di informazione sia esigibile nell'ambito dei rapporti di diritto comune.

Anzitutto, la qualificazione in termini di "generale" del suddetto obbligo di informazione non può interpretata quale indice dell'esistenza di un obbligo delle parti di rivelarsi reciprocamente tutte le circostanze da ciascuna di esse conosciute e concernenti il negozio che si prevede di poter concludere. Nella disciplina dei contratti di diritto comune, non si ritrova la presenza di un tale obbligo, vale la regola della competizione e della concorrenza nella circolazione dei beni e delle ricchezze, alle quali corrisponde dall'altra parte la libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio, anche sul piano informativo, in tutti i casi in cui ciò non si traduca in violazione di precise disposizioni normative o di principi generali dell'ordinamento giuridico. Si vuole quindi dire che se inserito nel contesto dei contratti di diritto comune, la trasparenza deve necessariamente fare i conti con le regole di competizione e di concorrenza.

È basilare, quindi, conciliare due contrapposte esigenze: all'esigenza di solidarietà (art.2 Cost.) di cui è espressione l'obbligo di buona fede ex art. 1175 c.c. (e della trasparenza che ne è espressione), si contrappone la necessità di lasciare una certa libertà di poter realizzare i proprio interessi, libertà di raggiungere e mantenere posizioni di vantaggio informativo.

Queste considerazioni, tuttavia, si basano sul principio, fatto proprio anche dal Cod. Civ. italiano del 1942, della parità formale tra le parti, che non tiene conto delle possibili differenze qualitative dei contraenti¹²⁴, il contraente che conosce e disciplina il codice civile è infatti un contraente neutro.

vendita (artt. 1482, 1489 e 1490 c.c.) e, nella fase precontrattuale, l'obbligo di informare la controparte sulle cause di invalidità dell'atto (art. 1338 c.c.). Tuttavia, al di là di queste ipotesi "solo la diligenza, la correttezza, la lealtà e lo stato di scienza del settore possono misurare la forza dell'obbligo di parlare": così, SENIGAGLIA, op. cit., p. 233.

¹²⁴ Ne sono, in fondo, espressione, gli stessi artt. 1341 e 1342 c.c., con cui il legislatore ha sì avvertito l'esigenza di imporre degli obblighi di informazione con specifico riguardo a quelle operazioni in cui uno dei contraenti si trova sottoposto alla forza economica dell'altro, ma approntando una tutela solo formale. In questi casi, peraltro, la reticenza non rileva autonomamente, ma solo in quanto riveli delle trascuratezze determinanti o degeneri in inganno (sull'argomento si veda, per tutti, G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972). In tal modo, rapportando il silenzio nell'alveo della disciplina dei vizi del volere, si veniva a creare una nuova forma di minaccia della libera formazione della volontà data dal dolo omissivo. Peraltro, l'idea per cui il comportamento omissivo tenuto da uno o da più contraenti potesse essere riconducibile alla categoria dei vizi del consenso, è stata recepita dalla stessa giurisprudenza, la quale ha spesso confermato il principio secondo cui "la reticenza del contraente si atteggia quale tipico fenomeno di dolo omissivo realizzato in palese violazione del principio generale di buona fede" (così, Cass., 14 ottobre 1991, n. 10779, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 190; cfr. anche Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295; Id, 18 ottobre 1991, n. 11038; Id, 12 gennaio 1991, n. 257). Inoltre, affinché operino gli artt. 1341 e 1342 c.c., è anche necessaria la consapevolezza, da parte del detentore dell'informazione taciuta, di falsare la rappresentazione del regolamento normativo e materiale del contratto alla controparte (così, Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295). Pertanto, se il soggetto a cui è rivolto il raggirio conosce il fatto taciuto o l'autore della *machinatio* non agisce intenzionalmente o, ancora, ritiene irrilevante trasmettere quel dato, non sarà possibile parlare di dolo. In altri termini, stante a Cod. civ. del '42, "il semplice atteggiamento inerte è di per sé inidoneo a trarre in inganno, ma il silenzio tenuto in una data circostanza può inserirsi in un complesso comportamento adeguatamente preordinato al fine dell'inganno" (così, BIANCA, *Diritto Civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 665).

Con l'emergere del fenomeno detto "*consumerism*, acquista sempre più importanza l'area dei c.d. "contratti con i consumatori" e, quindi, la funzione svolta dalla regola della trasparenza.

Si fa spazio la figura di un particolare contraente, il consumatore, individuato di volta in volta come "persona fisica che acquista beni" o "che utilizza servizi" (utente), o come "persona che ricorre al credito" o "che investe i propri risparmi" (risparmiatore). In ogni caso, il ricorso al termine avviene sempre in modo "residuale", ovvero sia il "non-professionista", cioè colui che acquista beni o servizi per scopi non connessi all'esercizio di un'attività professionale. Successivamente si è formato un vero e proprio nuovo "diritto dei contratti", caratterizzato da almeno due elementi fondamentali e dove l'elemento di maggiore novità è sicuramente l'approccio soggettivo dei vati interventi: da una parte, l'introduzione di strumenti giuridici nuovi, a tutela di uno solo dei contraenti; dall'altra parte, l'introduzione di una nuova distinzione, tra contratti di diritto comune e contratti dei consumatori. In ragione di ciò, il legislatore comunitario sembra rinnegare il tradizionale sistema che non considerava la qualificazione economica delle parti del rapporto, per approdare ad una regola diversificata di rapporti contrattuali in virtù delle caratteristiche soggettive di chi li ponga in essere. In questo contesto, il contratto tra imprenditore-professionista e persona fisica non professionista, indipendentemente dall'accertamento dell'esistenza di un abuso da parte del primo, è sempre soggetto alle nuove regole speciali.

L'insieme delle regole previste dalle direttive comunitarie in materia di contratto non ha per oggetto, quindi, la tutela, sempre e comunque, di un contraente "debole", ma la tutela del consumatore *tout court*: la persona fisica che abbia stipulato un contratto in qualità di consumatore avrà sempre la possibilità di utilizzare gli strumenti comunitari a disposizione, senza dover fornire la prova di essere un contraente debole. Viceversa, un qualsiasi (altro) contraente debole, sia esso imprenditore, oppure persona fisica che stipula un contratto con altra persona fisica-non imprenditore, potrà eventualmente far ricorso agli strumenti nazionali quali l'azione di risoluzione o l'annullamento del contratto, ma mai potrà avvalersi delle norme a tutela del consumatore.

Tutte le direttive in materia sono accomunate da una particolare attenzione al diritto di informazione sia prima e che dopo la conclusione del contratto, quale strumento di realizzazione della trasparenza contrattuale che assume nuove funzioni, in quanto in particolare nei contratti con il consumatore acquista importanza non solo da un punto di vista formale attraverso la chiarezza e la comprensibilità del testo, ma anche sostanziale dovendo fornire un contenuto minimo di informazioni.

A ben vedere, infatti, i contratti con i consumatori rappresentano, da un lato, uno dei terreni più fertili per la riscoperta del requisito della forma il cd. *neoformalismo giuridico*¹²⁵, la cui ratio è chiaramente una più intensa protezione del consumatore stesso.

Dall'altro lato, la trasparenza impone anche una certa completezza dell'oggetto contrattuale: spesso volte infatti, si richiede che a monte del contratto il consumatore riceva dalla controparte una lunga serie di informazioni precontrattuali, da organizzare in apposito documento informativo, e che il contratto debba contenere una lunga serie di elementi esplicativi del contenuto delle prestazioni dedotte.

Va anche sottolineato, per completezza di analisi, il legame che il legislatore comunitario ha voluto creare tra diritto di informazione e diritto di recesso del consumatore, nel senso che, spesso, gli obblighi di informazione che hanno ad oggetto il diritto di recesso (e le modalità del suo esercizio) diventano elementi che possono determinare la durata del periodo utile per l'esercizio di quel diritto.

L'obiettivo della trasparenza, quale indice per una informazione completa, di conoscibilità adeguata delle condizioni contrattuali che vengono praticate, è stato perseguito nel panorama comunitario seguendo due fondamentali percorsi alternativi: con la normativa generale delle clausole abusive nei contratti con i consumatori, e con la normativa consumeristica di settore.

¹²⁵ Vedi Capitolo terzo.

E' importante sottolineare, per comprendere appieno come il tipo di intervento fatto dal legislatore comunitario in termini di trasparenza e tutela del consumatore che si tratta di un intervento che si svolge secondo due tipologie: una generale (orizzontale) regolando la direttiva alcune caratteristiche generali della contrattazione, indipendentemente dal tipo di operazione economica o dal contratto che si stipula (massimo esempio è la direttiva sulle clausole abusive, il cui contenuto si riferisce ad una serie vastissima di contratti e non ad una figura specifica; l'altra settoriale (verticale), quando la normativa riguarda un particolare contratto od operazione economica. In tal caso, la tutela della trasparenza viene perseguita attraverso l'elencazione dettagliata e minuziosa delle singole informazioni da fornire al consumatore. Il dovere di trasparenza si risolve nell'obbligo per il contraente informato c.d. contraente forte, di rendere conoscibili al cliente i termini esatti dell'operazione economica in via di conclusione, consentendogli di essere informato su clausole di contratti, prima che esse divengano per lui vincolanti. In tal modo, il consumatore diviene beneficiario di una copiosa serie di informazioni, sia egli acquirente in una vendita conclusa fuori dai locali commerciali (dir. 85/577/CEE) o mediante un contratto a distanza (dir. 97/7/CEE), sia esso acquirente di un pacchetto di viaggi "tutto compreso" (dir. 90/314/CEE) o di un diritto di godimento a tempo parziale su beni immobili (dir. 94/47/CEE). Si tratta di quei contratti nei quali i pericoli di isolamento informativo sono aggravati, ora dalla peculiarità della tecnica di negoziazione, volta a cogliere di sorpresa l'interlocutore, ora dalla complessità dell'oggetto della contrattazione; da qui, l'opportunità di interventi correttivi volti a bilanciare le debolezze di partenza attraverso la statuizione, soprattutto nella fase precontrattuale, di rigorosi obblighi di informazione, nel presupposto che ai fini di una corretta formazione della volontà negoziale sia indispensabile una conoscenza esatta e costante del contenuto della contrattazione.

1.8.2. La fase precontrattuale nella direttiva del credito ai consumatori

All'interno dello schema della direttiva sul credito al consumo, interessante per quello che interessa il presente lavoro, è la previsione degli adempimenti posti in capo agli intermediari in fase precontrattuale, la nuova disciplina sul credito al consumatore prevede delle disposizioni diverse e particolareggiate rispetto a quanto disposto per la generalità dei contratti bancari in tema di trasparenza¹²⁶ e quindi rispetto alla normativa previgente¹²⁷. La maggiore attenzione prestata agli obblighi informativi pubblicitari e precontrattuali, risponde ad un duplice ordine di ragioni: da un lato di è dovuto tenere in conto dei cambiamenti registrati dal mercato che ha visto sviluppare nuove forme e modalità operative, dall'altro sempre nell'ottica della massima armonizzazione, si è dovuto tener in conto del livello di tutela raggiunto dalle legislazioni di molti Stati membri che, altrimenti, non avrebbero accettato un testo peggiorativo della tutela già accordata ai propri consumatori. Si nota da subito, come gli obblighi informativi introdotti e ribaditi dalla direttiva siano naturalmente posti a carico del creditore- professionista, ma anche dell'intermediario del credito ossia di quel soggetto che, nel quadro della propria attività professionale o imprenditoriale, presta un servizio di assistenza o consulenza nella conclusione di un contratto di credito con il consumatore. Taluni

¹²⁶ Prima della riforma del 2010 anche per il credito ai consumatori trovava applicazione la disciplina sulla trasparenza in generale regolata dal Capo I, Titolo VI del t.u.b..

¹²⁷ *“Uno dei più evidenti profili di discontinuità fra vecchia e nuova disciplina certamente alberga nelle regole deputate a governare la fase precontrattuale dell'operazione. La direttiva del 1987 si limitava a richiedere che le comunicazioni pubblicitarie che si riferissero al tasso di interesse o ad altre cifre riguardanti il costo del credito avrebbero dovuto citare il tasso annuo effettivo globale.”* La disciplina italiana, pur contenendo una più raffinata disposizione in materia di pubblicità, non contemplava una regolamentazione dei doveri di informazione precontrattuale a carico dei creditori né di assistenza aggiuntiva a beneficio del contraente. La normativa del 2008 dedica, invece, un intero capo, il secondo, alla disciplina delle informazioni e pratiche precontrattuali. Modica, pp. 811-812 (op. cit. in nota 101).

obblighi informativi sembrano poi sussistere anche in capo al consumatore seppure in modo generico.

Le principali novità sono dedicate alla pubblicità (art. 123 del t.u.b.), agli obblighi di informativa precontrattuale (art. 124 del t.u.b.), nonché all'informazione-assistenza individuale (art. 124, comma 5°) e alla valutazione del merito creditizio (art. 124-*bis*).¹²⁸

Esaminando velocemente le singole disposizioni che definiscono gli obblighi in esame, la prima è la pubblicità, primario strumento di comunicazione con il consumatore per la promozione di credito al consumo è certamente la pubblicità, attraverso la quale il potenziale cliente conosce le condizioni economiche proposte dal finanziatore e ha una prima occasione per valutare l'offerta e confrontarla con la concorrenza, per effettuare una scelta ottimale. A ragione di ciò il legislatore ha ritenuto necessario intervenire in ordine al contenuto dei messaggi pubblicitari. In primis si differenziano due ambiti diversi di operatività: da un lato la pubblicità e dall'altro l'informativa precontrattuale. La pubblicità ha ad oggetto i messaggi di carattere promozionale in qualsiasi forma diffusi e rivolti (Sezione VII, paragrafo 4 delle Disposizioni della Banca d'Italia), per definizione, ad *incertam personam*. Gli obblighi di informativa precontrattuale riguardano, invece, la specifica relazione esistente tra consumatore e intermediario che eroga il finanziamento.

Gli intermediari, in particolare, possono svolgere sia una funzione “*informativa generale*” e non personalizzata sia informazione più mirata cd. *personalizzata*. La nuova disciplina sul credito al consumatore pone l'accento sull'importanza dell'informazione soprattutto nella fase precontrattuale, facendola dunque assurgere a strumento qualificato di protezione del cliente. I doveri di informazione presenti nella fase precontrattuale, risultano molto più incisivi e strumentali ad uno specifico risultato quello di consentire al consumatore “(...) il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto di credito”. (art.124, comma 1° del t.u.b.). Emerge quindi un duplice obiettivo¹²⁹: da un lato un consumatore che sia in grado di confrontare le varie proposte e ciò grazie al finanziatore che deve appunto mettere al corrente il cliente delle diverse alternative che per determinate caratteristiche (forma, durata, etc.) compongono il ventaglio della propria offerta; dall'altro la consapevolezza, la capacità di compiere una scelta che appartiene al consumatore e che può essere compiuta sulla scorta di quanto presentato dal finanziatore.

Le nuove disposizioni si attestano su un livello più evoluto di tutela del consumatore, non solo prevedendo una precisa indicazione delle informazioni che il professionista deve comunicare al cliente, ma anche valorizzando l'informazione che lo stesso consumatore deve fornire all'intermediario ai fini della redazione dello stesso documento e sulla verifica del merito creditizio.

Si delineano, dunque, tre livelli di informazione (dei quali si fornirà un dettaglio nei prossimi paragrafi): le informazioni pubblicitarie di base, facoltative e con funzione sostanzialmente promozionale; le informazioni precontrattuali tecniche, da rendersi obbligatoriamente tramite un documento standardizzato; l'informazione-assistenza obbligatoria, volta a rendere maggiormente

¹²⁸ La disciplina analitica degli obblighi informativi precontrattuali rappresenta, senz'altro, una novità rispetto alla legislazione precedente, comunitaria e nazionale, in materia di credito al consumo. La precedente direttiva dedicava alla fase precontrattuale e al diritto all'informazione dei consumatori solo qualche riferimento nel nono considerando introduttivo e negli artt. 3 e 6. Inoltre nella normativa di attuazione i doveri informativi precontrattuali non erano previsti specificatamente. DI DONNA (2010), *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 1, pp. 244.

¹²⁹ MINTO (2012), *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*, fasc. 1, pp.100-102.

comprensibili le informazioni scritte. Infine, sempre prima della conclusione del contratto, si prevede che il creditore valuti il merito creditizio del consumatore

1.9. Il Tasso annuo effettivo globale come forma di trasparenza

All'interno della direttiva, è lasciato ampio spazio ed importanza alla pubblicità e alla necessità che la stessa sia sottoposta a determinate regole di natura informativa onde evitare che il messaggio promozionale non sia ingannevole o fuorviante. Il diritto all'informazione rende quindi possibile per il consumatore tutelarsi da un acquisto che potrebbe non corrispondere a quanto rappresentato nel messaggio pubblicitario e lo aiuta ad effettuare le proprie scelte economiche senza l'influsso persuasivo della tecnica pubblicitaria. Dal momento pubblicitario a quando il consumatore decide di concludere il contratto di credito immobiliare, il parametro più importante da considerare per potere effettuare un confronto con la concorrenza e scegliere l'offerta ottimale, è il costo complessivo dell'operazione, espresso dal TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale)¹³⁰.

Innanzitutto l'informazione è trasmessa dagli annunci pubblicitari, all'interno dei quali il Taeg deve avere la stessa evidenza delle altre voci ed essere accompagnata da un esempio rappresentativo, successivamente viene riportata in fase precontrattuale e infine inserita all'interno del contratto.

Procedendo con ordine, inizialmente con l'emanazione della direttiva 87/102/Cee il Taeg era un elemento solo parzialmente regolato a livello comunitario, l'art.1 si limitava a fornire la nozione di Taeg, rimettendo agli Stati membri la determinazione delle regole di calcolo del tasso, non esisteva quindi un metodo di calcolo uniforme a livello comunitario che garantisse al consumatore un'adeguata tutela. Successivamente disposizioni più precise in merito, sono state introdotte successivamente dalla direttiva 90/88/Cee, che ha previsto una formula matematica unitaria per tutti i Paesi Ue che sono tenuti ad utilizzarla, fornendo indicazioni precise sugli elementi da includere nel calcolo globale del credito. In passato la disciplina in vigore in Italia era definita dal D.m. Tesoro dell'8 luglio 1992 denominato "Disciplina e criteri di definizione del tasso annuo effettivo globale per la concessione di credito al consumo", disposizioni applicate fino all'emanazione delle Istruzioni della Banca di Italia (Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti) del 9 febbraio 2011, i cui allegati 5B e 5 riportano le formule matematiche per il calcolo del Taeg, per le aperture del credito in conto corrente e per tutti i contratti di altro tipo. La Banca di Italia è stata incaricata di fissare le regole per il calcolo del Taeg, in conformità con quanto disposto dall'art.19 della direttiva 2008/48/Ce sul credito ai consumatori e dall'art.121., comma 2 T.u.b. La maggiore novità è stata quella di includere nel costo totale del credito spese che prima non venivano considerate, al fine di rendere il consumatore più informato possibile, ridurre le asimmetrie informative tra questi e il professionista e fornire un'informazione completa e trasparente. Il legislatore del 2010 ha esteso le voci che devono essere ricomprese nel calcolo del Taeg per i contratti di credito ai consumatori, il quale non è più limitato ai soli interessi e agli oneri di credito, ma deve includere specificamente tutti gli altri costi, le imposte e le altre spese, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di finanziamento. Il Taeg deve altresì comprendere i costi relativi ai servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi eventuali premi assicurativi a copertura del rimborso finanziamento, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte.

¹³⁰MACARIO, F. Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale? In: G. DE CRISTOFARO, a cura di, 2009a. La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano. Torino: G. Giappichelli Editore. P. 8.

Una disciplina specifica è inoltre imposta nel caso di apertura di conto corrente, prevedendo che l'indicatore Taeg fosse inserito anche in tale caso, precedentemente non previsto. Secondo quanto stabilito dall'art.3, comma 2 del D.m. Tesoro dell'8 luglio 1992, il Taeg doveva includere: l'importo del credito, i relativi interessi, e spese di istruttoria e di apertura della pratica.

Successivamente il 28 marzo 2013 la Banca di Italia, ha emanato un provvedimento per il recepimento della direttiva della Commissione Europa 2011/90/UE del 14 novembre 2011. Quest'ultima è stata emanata in linea con quanto disposto dall'art. 19, paragrafo 5, della direttiva 2008/48/CE, che attribuisce alla Commissione la facoltà di introdurre ulteriori ipotesi per il calcolo del Taeg modificare quelle esistenti, per garantire uniformità e adeguarlo al contesto commerciale. Sono state quindi modificate le Istruzioni della Banca di Italia, del 29 luglio 2009, in particolare i due allegati relativi alle formule per il calcolo del Taeg sono stati sostituiti da un unico allegato 5B. Quest'ultimo provvedimento è stato abrogato da un più recente provvedimento del 15 luglio 2015, che ha modificato taluni aspetti del Taeg, in particolare se il finanziatore include nel calcolo del Taeg dati ricavati da stime, è tenuto a comunicare al consumatore se le stime si riferiscano al tipo di contratto concretamente concluso e le ipotesi utilizzate per ottenerle.

- Il legislatore europeo ha ritenuto non più fattibile una piena armonizzazione delle normative degli Stati membri in ordine alle modalità di determinazione della pubblicazione del costo effettivo dei crediti erogati; la direttiva 2014/17/UE, quindi, incrementando l'attività già iniziata dalla precedente direttiva sul credito al consumo, persegue un processo di armonizzazione completa riguardo alla regolamentazione del mercato del credito, in modo da evitare che le disparità tra le normative nazionali, impediscano la crescita della domanda di credito transfrontaliero¹³¹ in ragione delle difficoltà di comparazione dei prodotti finanziari. Tuttavia l'obiettivo di aumentare il livello di tutela al consumatore, può trovare attuazione solo ove si riesca ad assicurare una assoluta e pressoché immediata comparabilità in tutta l'Unione europea delle informazioni riguardanti il Taeg. A ragione di ciò la direttiva mutui, al considerando n.7, impone proprio soltanto un riferimento alle norme relative alla determinazione e al calcolo del Taeg una armonizzazione massima. La discrezionalità che il legislatore comunitario concede attraverso il disposto dell'art. 2, par.1, agli Stati membri di "mantenere o introdurre disposizioni più stringenti per tutelare i consumatori" è negata secondo il par.2 del medesimo articolo, con riferimento alle disposizioni in tema di calcolo e rappresentazione del Taeg. Anche una determinazione del Taeg da parte degli Stati nazionali, quandanche fosse più favorevole al consumatore, determinerebbe "scompigli" alle esigenze primarie di armonizzazione e immediata comparabilità dei Taeg applicati nell'intera UE. La sola previsione di un generico obbligo

¹³¹ La mancata piena realizzazione del mercato interno dell'Unione dei crediti ipotecari relativi a beni immobili residenziali è stata additata da più parti come uno dei fattori scatenanti l'attuale prolungata crisi finanziaria. Sul punto v. S. TOMMASI, *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, in *Contratti*, 2011, 956 ss.; più in generale, M. GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI Tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, 323 ss.; C. AGABITINI, *Ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'evoluzione del credito al consumo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 597; ID., *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il "bene casa"*, *ivi*, 2011, 61 ss.; G. FALCONE, *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 2010, 642; A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *BBTC*, 2010, 588; ID., *Le fonti private del diritto bancario: autonomia, trasparenza e concorrenza nella (nuova) regolamentazione dei contatti bancari*, *ivi*, 2009, 264; F. MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, 29.

in capo all'intermediario creditizio di fornire adeguate informazioni circa il costo totale del credito per il consumatore di per sé non può dirsi essere sufficiente a garantire un'adeguata comparabilità delle offerte transfrontaliere di mutui ipotecari, risultando necessario imporre univoche modalità di determinazione e comunicazione del Taeg all'interno dei messaggi pubblicitari o all'interno del prospetto informativo da fornire al consumatore prima della sottoscrizione del contratto di credito, in modo da evitare che quest'ultimo possa essere indotto in errore nella comparazione, anche a causa di un eccesso di informazioni .

Al fine di garantire un quadro quanto più coerente possibile e ridurre gli oneri amministrativi per gli intermediari del credito, il considerando 20¹³² della direttiva mutui, annuncia che la direttiva che si commenta seguirà, nei limiti della propria ratio, la struttura della direttiva 2008/48/Ce anche con riferimento alla “base comune da definire per il calcolo del tasso annuo globale effettivo”. In effetti, già l'allegato I della direttiva 2014/17/Ue, nell'individuare i criteri e le modalità del calcolo del Taeg riprende sostanzialmente i criteri già adottati dalla direttiva 2008/48/Ce, a partire dalla formula matematica con la quale ricavare il valore effettivo del Taeg attraverso un'equazione di base che esprime su base annua l'equivalenza tra la somma dei valori attualizzati dei prelievi e la somma dei valori attualizzati dai rimborsi e dei pagamenti delle spese.

Il fatto che nell'allegato I, insieme all'ipotesi di calcolo principale del TAEG, siano indicate molteplici e ulteriori ipotesi di calcolo, non deve percepirsi come un fattore dissonante rispetto all'obiettivo di comparabilità dei metodi di determinazione del TAEG, non essendo consentito agli Stati membri un uso discrezionale e alternativo delle stesse, risultando ammesso come ammonisce il 51° *considerandum* soltanto l'uso di quelle “necessarie e pertinenti per il credito in questione” .

Ecco quindi che proprio per questo, la presenza di ulteriori ipotesi per il calcolo del TAEG, si giustifica in ragione della necessità di assicurare un calcolo coerente e una piena comparabilità anche in quelle ipotesi particolari “di contratti di credito, ad esempio quando importo, durata o costo del credito sono incerti o variano secondo le modalità di funzionamento del contratto.”

Facendo seguito a quanto indicato nella direttiva 2008/48/CE, l'art. 4, par. 1, n. 15 della direttiva in commento definisce il TAEG come il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua, corrispondente (sempre su base annua) alla sommatoria di tutti gli impegni (prelievi, rimborsi e oneri) futuri o esistenti pattuiti dal creditore e dal consumatore.

In effetti, il costo totale del credito è individuabile soltanto per il tramite di un insieme di rinvii normativi e, precisamente, attraverso la combinazione degli artt. 4, par. 1, n. 13 e 17, co. 2 della direttiva in commento con quanto riferito all'art. 3, lett. g), della direttiva 2008/48/CE. Per l'effetto, il costo totale del credito è rappresentato da tutti i costi che il consumatore deve sostenere in relazione al contratto di credito che vorrà siglare e di cui il creditore è a conoscenza e, quindi, a titolo esemplificativo, da interessi, commissioni e imposte, nonché da ogni ulteriore costo relativo a quei servizi accessori connessi al contratto di credito che è necessario acquistare per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte, oltre alle spese di valutazione dei beni se tale valutazione è necessaria per ottenere il credito.

¹³² È bene rilevare, inoltre, come la direttiva 2008/48/CE pur segnando una tappa determinante per l'instaurazione di un efficace mercato interno del credito erogato ai consumatori nell'Unione non si applica ai crediti superiori a € 75.000 e agli enti non creditizi che offrono crediti ipotecari. Sull'ambito di applicazione della direttiva 2008/48/CE v., più ampiamente, G. DE CRISTOFARO, La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo, cit., 355; G. CARRIERO, Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi, in Riv. dir. civ., 2009, I, 509; T. FEBBRAJO, La nuova disciplina dei contratti di credito «al consumo» nella Dir. 2008/48/CE, in Giur. it., 2010, 1 ss.; A. MIRONE, L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria, cit., 588; M. GORGONI, Sui contratti di finanziamento dei consumatori, cit., 323.

Pertanto, nel costo totale del credito potrebbero essere ricompresi i costi di apertura e tenuta di uno specifico conto e i costi relativi all'utilizzazione di un mezzo di pagamento per effettuare operazioni e prelievi su quel conto ed ancora i costi da sostenere per un'eventuale assicurazione, qualora la sottoscrizione di tali ulteriori contratti sia espressamente richiesta per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte. Al riguardo, malgrado l'art. 21, co. 3-bis, cod. cons., consideri scorretta "la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario", non può tacersi che tale pratica risulti tra gli intermediari pressoché «istituzionalizzata» .

Sono esclusi dagli elementi che concorrono a determinare il costo totale del credito per il consumatore : le spese notarili, i costi di registrazione fondiaria per il trasferimento della proprietà del bene immobile e le eventuali penali pagabili dal consumatore per la mancata esecuzione degli obblighi stabiliti nel contratto di credito .

Pertanto, secondo il legislatore comunitario, anche il tasso di mora dovuto in caso di tardivo adempimento non concorre al calcolo del TAEG, anche se sul punto sono emersi orientamenti divergenti. A ragione di ciò la Banca d'Italia, è intervenuta sulla questione con una Comunicazione di chiarimento del 3 luglio 2013, ribadendo che "gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG, perché non sono dovuti dal momento dell'erogazione del credito ma solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente" e ciò per evitare che una loro inclusione determini "un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela."

In vista del recepimento nell'ordinamento interno della direttiva in commento, non è trascurabile il delineato nuovo orientamento, specie in considerazione del fatto che, nella citata Comunicazione, la Banca di Italia pur definendo l'impostazione tradizionale "coerente con la disciplina comunitaria sul credito al consumo che esclude dal calcolo del TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) le somme pagate per l'inadempimento di un qualsiasi obbligo contrattuale, inclusi gli interessi di mora", poi quasi contraddicendosi riferisce che, "in assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo" .

La Banca d'Italia confermando in ragione della normativa attualmente in vigore, l'esclusione del tasso di mora dal computo del TEG (e, conseguentemente, del TAEG), nell'ambito della sua attività ispettiva e di vigilanza, parrebbe già adeguarsi al nuovo orientamento della giurisprudenza e dell'ABF, comunque in contrasto con quello comunitario espresso anche nella direttiva in commento, ove si continua a ritenere escluso dal computo del TAEG qualsiasi costo eventuale e connesso a ipotesi patologiche del rapporto.

Dopo aver individuato il costo complessivo del credito, al fine di meglio operare un raffronto tra le offerte creditizie transfrontaliere, è necessaria anche una rappresentazione analitica e veritiera di ogni singola voce che compone il Taeg, con indicazione del destinatario del pagamento e del relativo termine di adempimento. Inoltre considerato che, ai fini di una adeguata comparabilità delle offerte creditizie, è importante la corretta ed univoca individuazione degli *"intervalli tra le date usate nel calcolo del Taeg, il considerando n.52 invita gli Stati membri a non esprimere tali intervalli in giorni "se possono essere espressi sotto forma di unità di anni, mesi e settimane"*.

Si percepisce, quindi, come per superare l'oggettiva asimmetria informativa esistente tra l'intermediario del credito e il consumatore, sono necessari sforzi legislativi che si proiettino sulla predisposizione di obblighi informativi, ma anche sulla "qualità dell'informazione" da comunicare con messaggi pubblicitari e nei prospetti informativi.

A ragione di ciò, la direttiva 2014/17/UE dedica molto spazio alla regolamentazione delle tecniche di rappresentazione del Taeg nell'ambito dei messaggi pubblicitari, considerando che proprio la mancanza nei messaggi pubblicitari dell'indicazione del Taeg attraverso esempi può essere di

ostacolo ad una trasparente indicazione del costo totale effettivo del credito, quella che è indicata come percentuale annua di costo da sopportare, dovrebbe essere realmente rappresentativa di un'ipotesi tipo, in genere rispondente alla durata media e all'importo massimo erogabile nell'ambito di quel determinato prodotto finanziario, provando a tenere in conto, anche del tipo di contratto di credito più utilizzato nel mercato in cui si è inteso pubblicizzare l'offerta creditizia. Tali esempi dovrebbero essere redatti in modo da non confliggere con i requisiti di cui alla direttiva 2005/29/Ce in tema di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, dedicata a sanzionare tutti quei comportamenti diretti ad influenzare le decisioni commerciali dei consumatori e che impediscono a questi di scegliere in modo consapevole ed efficiente.

Indicazioni più dettagliate, dovranno essere contenute nel Pies che viene consegnato al consumatore prima della stipula del contratto di mutuo; documento che dovrà tenere in conto delle preferenze e delle informazioni fornite dal consumatore, nonché precisare se le informazioni ivi indicate sono puramente esemplificative o corrispondono pienamente ai desiderata e alle informazioni comunicate dal cliente. L'art.17 si preoccupa poi, ai commi 4, 5, 6 delle modalità di determinazione e rappresentazione del Taeg nelle ipotesi in cui il tasso di interesse convenuto sia suscettibile di variazioni per l'inserimento in contratto di eventuali clausole condizionali o perché convenuto ad origine quale tasso variabile. Il comma 4 prevede che “nel caso dei contratti di credito contenenti clausole che permettono di modificare il tasso debitore e, se del caso, le spese computate nel Taeg, ma non quantificabili al momento del calcolo, il Taeg è calcolato muovendo dall'ipotesi che il tasso debitore e le altre spese rimarranno fissi rispetto al livello stabilito alla conclusione del contratto.” Proseguendo, il comma 5, precisa che qualora le parti raggiungano un accordo per la rinegoziazione del tasso fisso iniziale entro un termine non inferiore a 5 giorni “il calcolo dell'ulteriore Taeg esemplificativo comunicato nel Pies copre solo il periodo iniziale a tasso fisso ed è fondato sull'ipotesi che, al termine del periodo per il quale è stabilito il tasso debitore fisso, il capitale residuo sia rimborsato”. Diversamente, nel caso in cui il contratto preveda sin dall'inizio un tasso variabile, il comma 6 dell'art.17 impone agli stati membri di attivarsi affinché il consumatore sia informato, tramite il Pies, delle possibili conseguenze delle variazioni di costo effettivo del credito, sono pertanto tenuti a fornire al consumatore un ulteriore Taeg che illustri i possibili rischi legati a un aumento significativo del tasso debitore.

-Per garantire effettività a quanto contenuto nella direttiva 17/2014/Ue, il legislatore comunitario, ha demandato alla discrezionalità degli Stati membri l'individuazione di apposite sanzioni da applicare in caso di violazioni, limitandosi a ricordare che “le sanzioni previste dovrebbero essere efficaci, proporzionate e dissuasive”. Precisiamo che l'iter che porta all'offerta e alla conseguente stipulazione di un contratto di credito al consumo è caratterizzato da diversi momenti di interazione tra finanziatore e consumatore e possono sorgere diversi problemi. Una situazione che si potrebbe creare, a danno del consumatore, è quella in cui il Taeg pubblicitario non corrisponda a quello indicato nel contratto, che risulta più sfavorevole per il cliente. Il contratto potrebbe poi includere delle clausole relative a costi che non sono stati considerati o sono stati conteggiati in modo errato nel Taeg pubblicizzato. In tale caso, trova applicazione la disposizione di cui all'art.125-bis, comma 6 ss t.u.b., che comportano la nullità soltanto delle clausole del contratto di credito che prevedono costi a carico del consumatore non inclusi nel Taeg pubblicizzato e l'automatica sostituzione del Taeg indicato con quello corrispondente al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Non essendosi concretizzato l'obiettivo dell'armonizzazione massima delle disposizioni di cui alla direttiva 2005/29/Ce in tema di pratiche commerciali scorrette, la carente indicazione del Taeg all'interno della pubblicità del prodotto creditizio da parte degli intermediari finanziari di per sé non avrà nessun effetto sulla validità o sull'efficacia dell'intero contratto stipulato, determinando al più, per l'intermediario, conseguenze di tipo risarcitorio, oltre l'irrogazione di sanzioni di natura pubblicistica .

L'art. 120 – quinquies al comma 3 stabilisce che sia la Banca di Italia, in conformità con quanto stabilito dal CICR, definisce in attuazione della direttiva comunitaria 17/2014/UE, le modalità di calcolo del Taeg tenendo però sempre di quanto previsto dalla normativa comunitaria.

Sicuramente il Taeg risulta il principale elemento di comparazione tra le diverse offerte di credito, proprio in ragione della propria capacità di esprimere in valori certi l'incidenza su base annua del costo totale del credito per il consumatore, e pertanto una maggiore effettività delle disposizioni sul tema potrebbe derivare non solo dalla previsione di rimedi risarcitori o attraverso meccanismi di sostituzione o inserzione automatica di clausole, quanto piuttosto dalla predisposizione di percorsi formativi dedicati, atti a consentire ai consumatori di acquisire quella conoscenza finanziaria di base e delle normative poste a loro tutela, che possa essere di aiuto nella scelta dell'offerta creditizia più conveniente e adatta alle loro esigenze ed evitare che il Taeg *“resti una formula dal significato sconosciuto ai più”*.

1.10. La formazione del consumatore e dell'intermediario

-All'educazione finanziaria è dedicato il Capo II della direttiva 17/2014/UE, che all'art.6 onera gli Stati membri del compito di stabilire misure volte a favorire l'educazione dei consumatori circa un indebitamento e una gestione del debito responsabili. L'adozione di queste misure viene ritenuta particolarmente importante con riferimento ai contratti di credito ipotecario¹³³ e si inserisce in quelle misure volte a dare protezione al consumatore, obiettivo già perseguito dall'art.12 del TFUE e dall'art.38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La tematica della tutela finanziaria del consumatore non è stata affrontata per la prima volta dal legislatore del 2014¹³⁴, tuttavia nell'ambito della direttiva 17/2014/UE può assumere un ruolo determinante in ragione del significativo peso economico del contratto di mutuo destinato al finanziamento di un immobile e, della *“scarsa cultura finanziaria”* dei consociati¹³⁵.

Il soggetto che stipula un contratto di mutuo per un qualsiasi scopo lontano dalla propria attività imprenditoriale o professionale, deve rendersi conto da subito dei rischi ad esso collegati, se quindi l'obiettivo, il lieve motivo della direttiva del 2017 è anche quello di assicurare un rapporto bilanciato tra il livello di indebitamento dei consumatori e la loro effettiva capacità reddituale, è quindi necessario garantire che questi ultimi siano capaci di valutare la c.d. soglia dei rischi che possono *“sopportare”* ed evitare di incorrere in sovraindebitamenti.¹³⁶

Prima di procedere all'analisi delle disposizioni che si occupano del tema, è necessario interrogarsi circa le ragioni che hanno spinto alla previsione di un'attività educativa specifica con riguardo al mercato finanziario in primis, ai soggetti tenuti al rispetto di taluni comportamenti.

¹³³ Cfr. considerando n. 29 dir.2014/17/UE

¹³⁴ In proposito, in ottica interna, è sufficiente avere riguardo all'art. 4 c. cons., su cui si tornerà infra, secondo cui «1. 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».

¹³⁵ Cfr. considerando n.4 della direttiva 17/2014/UE

¹³⁶ Sul tema del sovraindebitamento vedi: L.MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012; in *Prospettiva economica e giuridica*, il volume collettaneo a cura di M.LOBUONO – M.LORIZIO, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, Torino, 2007.

Le disposizioni aventi l'obiettivo di favorire in particolare l'educazione del consumatore trova un fondamento all'interno dell'art. 169 TFUE (ex art. 153 del TCE) che, sotto il titolo XV intitolato "protezione dei consumatori", prevede che al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare loro un livello di protezione elevato "l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici nonché promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi". Ancora nella Carta di Nizza, si legge, all'art.38, che nelle politiche dell'Unione è garantito un elevato livello di protezione dei consumatori¹³⁷. Anche la normativa europea di rango secondario contiene previsioni specifiche in merito all'importanza dell'educazione del consumatore. Tra i provvedimenti di rilievo si menziona il regolamento (UE) n.254/2014 che racchiude il programma pluriennale per la tutela dei consumatori per il periodo 2014/2020.¹³⁸ Il regolamento n.254/2014, seguendo quelli che erano gli obiettivi fissati dalla comunicazione del 22 maggio 2012, volti a definire una strategia politica che fosse da supporto per sostenere i consumatori in modo efficace nel corso della loro intera vita garantendo, tra gli altri " *la sicurezza dei prodotti e dei servizi messi a loro disposizione, l'educazione e l'informazione*", mira a creare le condizioni adeguate per rafforzare la posizione dei consumatori mettendo a loro disposizione " *strumenti, conoscenze e competenze sufficienti (a permettergli) di compiere scelte ponderate e informate*"¹³⁹. A ragione di ciò il legislatore europeo assicura sostegno finanziario adeguato alle organizzazioni dei consumatori, considerati quali organismi che dovrebbero disporre delle capacità per migliorare la tutela e la fiducia dei consumatori agendo sul campo e personalizzando l'assistenza, l'educazione e l'informazione. L'art 2 precisa poi l'obiettivo generale del programma pluriennale di tutela del consumatore: da parte la garanzia generica di un elevato livello di protezione, c'è la volontà di " *conferire maggiore potere ai consumatori*" e di collocare tale categoria " *al centro del mercato interno, nel quadro di una strategia globale per una crescita intelligente, sostenibile ed esclusiva*".

Sebbene il tema dell'educazione del consumatore sia stato affrontato genericamente dalla direttiva sul credito al consumo, è nel contesto della direttiva sul credito immobiliare, caratterizzato da finalità di trasparenza, efficienza, competitività che trova terreno fertile. La direttiva 17/2014/UE, non tende ad armonizzare le misure già esistenti nei diversi Paesi membri, ma mira ad introdurre meccanismi nuovi di tutela in un settore dei servizi finanziari che fino a quel momento non erano stati toccati dalla normativa comunitaria, settore che risulta di fondamentale importanza allo scopo di garantire l'effettiva attuazione dei principi di libertà di circolazione e di stabilimento. La direttiva impone agli Stati membri in modo esplicito tale onere di educazione del consumatore, in netta dissonanza rispetto ai più recenti atti normativi di origine europea, dove il tema dell'educazione del consumatore non è tenuto in considerazione anche in questi settori che, per la particolare natura dei beni e dei servizi che comprendono, avrebbero invece necessitato di un'attenzione particolare. Tralasciando quindi, il cenno fatto dalla direttiva sul credito al consumo, non è fatto riferimento all'educazione finanziaria neanche nella direttiva 2015/2366/UE¹⁴⁰ relativa ai servizi di pagamento

¹³⁷ Si v. lo studio elaborato dalla Commissione sull'applicazione della Carta che, con riferimento alle iniziative intraprese la dine di implementare le previsioni di cui all'art.38, annovera il *Libro verde sul credito ipotecario, in 2015 Report on the application of the Eu Charter of Fundamental Rights*, Luxemburg 2016.

¹³⁸ Regolamento (Ue) n. 254/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 relativo a un programma pluriennale per la tutela dei consumatori per il periodo 2014/2020 e che abroga la decisione n.1926/2006/Ce, pubblicato nella G.U. n. L.84/42 del 20 marzo 2014.

¹³⁹ Si veda il considerando n.4

¹⁴⁰ Direttiva 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/Ce, 2009/110/Ce e 2013/36/UE e il regolamento (Ue) n.1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/Ce, pubblicata nella G.U. n L. 337/35 del 23 dicembre 2015.

nel mercato interno, e neanche la direttiva 2014/65/UE¹⁴¹ relativa ai mercati degli strumenti finanziari.

Rispetto alle precedenti normative che coinvolgevano rapporti con intermediari finanziari, concernenti il credito al consumo (direttiva 2008/48/Ce) e alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori (direttiva 2002/65/Ce), con la direttiva 17/2014/UE si è avvertita l'esigenza di introdurre disposizioni più rigide per la valutazione del cd. *merito creditizio* del consumatore, nonché esigere informazioni più precise da parte dei soggetti con i quali il consumatore entra in contatto attività tutta orientata al fine di raggiungere una consapevolezza piena nell'assunzione delle decisioni.

La direttiva che si esamina, già nel considerando n.4, individua uno dei maggiori problemi del mercato del credito ipotecario nel comportamento irresponsabile degli operatori finanziari nel momento in cui concedono mutui; tale condotta, determinata da vari fattori concorrenti, sarebbe favorita soprattutto dalla scarsa cultura finanziaria dei consumatori. Proprio per rimuovere o quanto meno contenere tale deficit che ha contribuito a causare l'instabilità del mercato immobiliare, il considerando n. 29 e l'art.6 della direttiva incentivano, lo sviluppo di misure idonee a potenziare la consapevolezza dei consumatori in materia finanziaria.

Le misure volte ad educare il consumatore rappresentano un tipico esempio di approccio preventivo nei confronti della sua protezione e di strumento di tutela delle ragioni della stabilità del mercato di cui la direttiva è portatrice¹⁴². Nel particolare contesto della direttiva del 2014, le istanze di protezione del consumatore sembrano assumere un peso specifico con riferimento, non solo al contratto di credito garantito da ipoteca o da altro diritto, ma anche nei riguardi del contratto volto all'acquisto o alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale (cui fa riferimento l'art.3, lett.b). Ciò si spiega in considerazione del fatto che in entrambe le fattispecie si tratta di contratti di durata capaci, per il protrarsi nel tempo dei solo effetti e il valore economico, di alterare il tenore di vita del soggetto che ottiene il finanziamento.

Procedendo con ordine sistematico, l'art. 6 della direttiva utilizza il termine educazione nella sua accezione di istruzione o formazione finanziaria (mentre nella versione inglese della direttiva viene utilizzata l'espressione *financial education*, nella versione tedesca si parla di *Finanzbildung*).

Seguendo la linea del legislatore europeo, a livello nazionale gli interventi da svolgere devono avere come scopo quello di accrescere la capacità dei consumatori di prendere autonomamente decisioni informate nel settore delicato dell'accensione dei mutui e la gestione del debito, con riferimento ai contratti di credito ipotecario.¹⁴³ In questa ottica, l'istruzione è fondamentale¹⁴⁴ per fornire un supporto informativo ai consumatori che contraggono per la prima volta un credito ipotecario.

Il secondo comma dell'art.6 della direttiva, contiene una norma di carattere programmatico, secondo cui la Commissione pubblicherà una valutazione degli strumenti di educazione finanziaria utilizzati

¹⁴¹ Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/Ce e la direttiva 2011/61/UE, pubblicata nella G.U. n. L. 173/349 del 12 giugno 2014.

¹⁴² Per un'attenta analisi della correlazione tra istanze di protezione del consumatore e tutela del mercato si v. M. ASTONE, *Tutela del consumatore, obblighi di informazione e "contratti diversi": evoluzioni e prospettive dopo la direttiva 2011/83/UE e il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 24*, in Scritti in onore di GAETANO SALVEMINI, Torino, 2016, p. 69 ss.; H. W. MICKILITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2016, p. 859 ss.

¹⁴³

¹⁴⁴ Cfr. ancora il considerando n. 29 dir. 2014/17/UE. In dottrina, v. M.C. PAGLIETTI, *La tutela civile dei diritti dei consumatori. Studio sull'osmosi dei modelli di giustizia in Europa*, Napoli, 2013, p. 301 ss.; F. MACARIO, *La struttura del contratto di vendita immobiliare*, in V. ROPPO-A.M. BENEDETTO (dir.), *Trattato dei contratti, I, Vendita e vendite*, Milano, 2014, p. 592 s.

dagli Stati membri, individuando le migliori pratiche che potrebbero essere ulteriormente sviluppate allo scopo di accrescere la consapevolezza in materia finanziaria dei consumatori. Si evince come la promozione dell'educazione dei consumatori si trova in una fase ancora di incertezza circa i mezzi più idonei da utilizzare per istruire i c.d. soggetti deboli, così come traspare la consapevolezza che un'educazione finanziaria inadeguata rischia di vanificare gli obiettivi perseguiti mediante gli obblighi informativi, poiché nonostante l'incremento delle informazioni e le modalità di veicolarle, il consumatore potrebbe non comprendere quanto prospettato nella fase precontrattuale. Ecco quindi che l'educazione finanziaria è volta a permettere in primis la comprensione di un elevato numero di informazioni imposte dalla direttiva e ad aumentare la consapevolezza del consumatore relativamente ad una scelta idonea ad incidere sulla sua vita.

L'educazione del consumatore spazia da attività non promozionali volte a favorire la consapevolezza circa i diritti che la legge prevede a favore degli stessi e rendere percepibili i benefici e i costi che conseguono ad un determinato atto di scelta.¹⁴⁵

Per quanto attiene alla fase precontrattuale, il processo educativo dovrebbe precedere le informazioni permettendo a chi è interessato ad un dato servizio di potere elaborare le notizie ricevute e decidere sulla base delle stesse. L'educazione è quindi posta come fase "antecedente essenziale ai fini dell'acquisizione, da parte dei consumatori e degli utenti, di una piena consapevolezza dei loro diritti e interessi e di basi di conoscenze adeguate a consentire loro di governare i processi valutativi e decisionali avviati ai fini della soddisfazione dei propri bisogni."¹⁴⁶

L'educazione del consumatore ha lo scopo di aumentare il livello di effettività delle norme poste a tutela del consumatore, obiettivo che in virtù degli obiettivi del legislatore europeo è uno dei punti più significativi nel contesto sovranazionale. La formazione del mercato unico che man mano si sta formando, necessita di un adeguamento degli operatori del mercato a quelle che sono le regole fissate dall'Unione, che al fine di dissuadere gli Stati membri dal compimento di atti che violino le norme dettate a livello sovranazionale, ha imposto agli stessi Stati l'adozione di "mezzi adeguati".¹⁴⁷ La stessa Corte di Giustizia sempre più spesso si ritrova a doversi pronunciare ad esempio sull'interpretazione della direttiva 93/13/Cee sulle clausole vessatorie, o sulla direttiva 99/44/Ce sulla vendita dei beni di consumo¹⁴⁸, tentando di aumentare il livello di effettività della disciplina delle direttive, talvolta addirittura attraverso interpretazioni evolutive sui limiti della competenza del legislatore europeo in materia processuale.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Cfr., tra gli altri, L. ROSSI CARLEO, sub Art. 4, in L. ROSSI CARLEO-G. ALPA (cur.), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 115; E. MINERVINI, voce *Codice del consumo*, in Dig. disc. priv. sez. civ., 3° Agg., Torino, 2007, p. 184; C. BERTI-G. GLIATTA, *Commentario breve al codice del consumo*, Roma, 2008, p. 23 ss.; A. CATRICALÀ- M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 38.

¹⁴⁶ G. CAPO, voce *Codice del consumo*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 220.

¹⁴⁷ L art. 7, par. 1, della direttiva 93/13/CEE sulle clausole vessatorie: «gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori». Nello stesso senso, l'art. 11 della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, secondo cui i Paesi membri devono adottare «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali» che «siano rivolti al futuro».

¹⁴⁸ CAPILLI GIOVANNA, *La Direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di giustizia*, in *I Contratti*, 2008, fasc. 7, pp. 734-738.

¹⁴⁹ Cfr Patti cit., Per un preciso inquadramento S.PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 804 ss., secondo cui la Corte di giustizia sembra «decidere con l'obiettivo di ottimizzare il livello di protezione del consumatore». Affermano che, in base alla legislazione europea e agli interventi della

L'effettività che qui interessa è l'effettività del diritto di fonte europea, più precisamente l'educazione del consumatore dovrebbe essere accresciuto attraverso un'attività preventiva, volta a fornire al consumatore “*i mezzi di difesa di fronte a una controparte economicamente e culturalmente più forte curando che questo sviluppi l'attitudine ad apprendere gli strumenti giuridici e commerciali per agire sul mercato in modo consapevole*”.¹⁵⁰ Un primo vantaggio dell'approccio preventivo al problema dell'effettività è la riduzione degli interventi officiosi del giudice promossi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia a salvaguardia dei diritti del consumatore.¹⁵¹ Eventuali timori sollevati non avrebbero ragione di esistere nei casi in cui il consumatore, a conoscenza dei propri diritti, li facesse valere in modo corretto, ovvero sia senza l'intervento del Giudice.

-L'art. 4 del codice de consumo¹⁵², precisa come l'educazione sia diretta a far conoscere ai consumatori i propri diritti, consentendo loro di intraprendere relazioni più sicure con le parti professionali e di concedere mezzi di tutela disciplinati dall'ordinamento per reagire a comportamenti abusivi e pregiudizievoli del professionista, mediante un'azione giudiziale o tecniche alternative di risoluzione delle controversie. In questa ottica l'educazione del consumatore dovrebbe promuovere la conoscenza dei diversi livelli di tutela sui quali i consumatori possono fare affidamento al fine di far valere i propri diritti.

Per la tutela dei consumatori, poi, assume importanza anche lo sviluppo dei rapporti associativi, laddove il singolo spesso incontra difficoltà nel reperire informazioni sui propri diritti ed è per questo indotto ad agire senza tutela.¹⁵³ Anche di questo aspetto tiene conto la direttiva 2014/17/UE, che all'art.6 impone agli Stati membri di informare “sulla guida che le organizzazioni di consumatori e le autorità nazionali possono fornire ai consumatori”. L'aspetto che più interessa attiene all'educazione quale strumento per conoscere il settore di mercato in cui il consumatore intende operare. Il tipo di mercato che interessa si ritrova nell'aggettivo “*finanziaria*” che segue il termine educazione, il quale evidenzia che non si vuole solo far apprendere al consumatore i propri diritti, quanto si vuole offrire le basi per acquisire maggiore consapevolezza circa l'operazione economica da svolgere nel contesto di mercato di riferimento. Questo specifico profilo viene illustrato dalla relazione al codice del consumo dove si afferma che il contraente deve essere posto nella situazione di potere “apprezzare i fattori componenti la qualità e il prezzo del prodotto e, quindi, nella situazione di potere operare scelte consapevoli”.¹⁵⁴

Corte di giustizia, l'asimmetria del potere contrattuale che connota i rapporti in cui è parte un consumatore influenzi ormai altresì le norme processuali, V. ZENO-ZENOCOVICH-M.C. PAGLIETTI, *Le droit processuel des consommateurs*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014, p. 321 ss., spec. p. 342 sugli indirizzi della Corte del Lussemburgo.

¹⁵⁰

¹⁵¹

¹⁵² Con specifico riferimento al settore in esame, cfr. F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'Adr*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, I, p. 261 ss.; G. G. COSTA GUIZZI, *Chi ha paura dell'Abf? (Una breve risposta a “La giustizia nei rapporti bancari finanziari - La prospettiva dell'Adr”*, ivi, p. 665 ss.; E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova “forma” di ADR*, Napoli, 2014.

¹⁵³

¹⁵⁴ A livello europeo per perseguire il descritto scopo vengono promosse diverse attività che spaziano dalla più semplice imposizione di specifiche etichettature sui prodotti finanziari, ad altre più complesse poiché coinvolgono strategie di apprendimento sofisticate e postulano una diversificazione in relazione alle tipologie di destinatari. L'educazione finanziaria rientra tra queste ultime poiché impone un “programma educativo” chiamato a rispondere a un elevato numero di esigenze di primaria importanza nel contesto europeo.(cfr. U. MORERA, *Nuove prospettive per l'educazione finanziaria*, in *Foro Ita.*2015.)

A fronte di ormai acclamate esigenze di alfabetizzazione finanziaria del consumatore, sono stati attivati programmi nazionali ed internazionali per la conoscenza di base dei termini tecnici utilizzati nel campo economico e finanziario. Sebbene si stia analizzando l'educazione finanziaria nei contratti di mutuo, giovi precisare che risulti necessario un programma di istruzione esaustivo, tale da comprendere tutte le principali attività finanziarie che il consumatore abitualmente pone in essere. Scelte finanziarie non oculate possono precludere il compimento di altre operazioni fondamentali nella vita di una persona, o possono indurre al conseguimento di un ulteriore finanziamento a condizioni sfavorevoli. Nel contesto della direttiva mutui, un particolare rilievo viene dato alla luce del particolare peso economico del contratto di mutuo relativo all'acquisto di un immobile e per la indiscutibile complessità delle informazioni contrattuali cui sono tenuti i professionisti. Alla luce di ciò sembra opportuno inserire tra gli strumenti di educazione finanziaria, dei sistemi di consulenza appositamente ideati per il mercato immobiliare, idonei ad orientare il consumatore in ordine ai diversi caratteri che il contratto di mutuo può assumere e alle contingenze del mercato.¹⁵⁵

11.1 EDUCAZIONE FINANZIARIA E OBBLIGHI INFORMATIVI

Le attività riconducibili alla nozione di educazione del consumatore sono prevalentemente di tipo informativo, ma non devono essere confuse con gli obblighi informativi cui sono tenute le parti professionali nell'ambito del rapporto contrattuale. In primis rileva come l'educazione del consumatore dovrebbe agevolare la comprensione delle informazioni. Già con la direttiva sul credito al consumo 2008/48/Ce, si è affermato che fare esclusivo affidamento alle c.d. regole di *disclosure* potrebbe essere addirittura controproducente poiché l'intensità degli obblighi di informazione, che dovrebbe essere strumento per scelte razionali, "non sarebbe in grado di fornire protezione a tutti i consumatori, ma solo a quelli già in grado di autotutelarsi".¹⁵⁶ In assenza di un vero e proprio programma educativo, sussisterebbe un c.d. sovraccarico cognitivo, ricorrente nei casi in cui un soggetto riceva un numero troppo elevato di informazioni per riuscire a prendere una decisione o discernere una specifica informazione sulla quale focalizzare l'attenzione.

È necessario tuttavia, delineare il limite entro il quale si può parlare di educazione del consumatore e dove invece iniziano gli obblighi informativi del finanziatore o dell'intermediario. Avuto riguardo alla struttura della direttiva 17/2014/Ue, non sembra appropriato alle intenzioni del legislatore affermare che anche il soggetto abilitato ad erogare il credito, che sia tenuto a rendere informazioni al consumatore, non per questo si può affermare svolta attività di educazione finanziaria.¹⁵⁷ In effetti, mentre per ciò che concerne l'educazione del consumatore l'art.6 prescrive l'obbligo di natura generica in capo agli Stati membri, gli obblighi informativi sono individuati dagli artt.13 e ss. della direttiva 17/2014/Ue e sono espressamente rivolti al creditore, all'intermediario del credito o al rappresentante designato. Diversamente se il legislatore avesse voluto avrebbe compreso l'educazione finanziaria tra gli obblighi imposti ai predetti soggetti in modo espresso.¹⁵⁸ Di più, gli operatori del

¹⁵⁵

¹⁵⁶ Cfr. M. GORGONI, voce *Contratto di credito al consumatore*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, 6° Agg., Torino, 2012, p. 252, secondo cui, in assenza di programmi educativi, le fasce più vulnerabili della popolazione, «già socialmente escluse», non potrebbero ottenere benefici dalle informazioni ricevute.

¹⁵⁷ Così invece T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili*, cit., p. 80

¹⁵⁸ Non si nega, tuttavia, che sussistono argomenti testuali per offrire una lettura diversa delle proposizioni, contenute nell'art. 6, secondo cui «[p]er guidare i consumatori, specialmente quelli che sottoscrivono un credito ipotecario per la prima volta, sono necessarie informazioni chiare e generali sulla procedura per la concessione del credito. Sono inoltre necessarie informazioni sulla guida che le organizzazioni di consumatori e le autorità nazionali possono fornire ai consumatori».

credito già soggetti a obblighi di informazione, se avessero dovuto anche sostenere l'impegno di un'educazione finanziaria sarebbero stati eccessivamente onerati. Con ciò non si vuole intendere che le informazioni precontrattuali non contribuiscano ad aumentare la consapevolezza del consumatore in ordine al contratto posto in essere, ma significa che il legislatore comunitario ha preferito coltivare l'educazione del consumatore al di fuori del rapporto che questi instaura con l'istituto di credito o l'intermediario, in una fase che sia antecedente allo stesso. Si va confermando quindi l'idea secondo cui l'educazione finanziaria debba procedere le informazioni che il consumatore riceve nella fase precontrattuale. La funzione svolta dagli obblighi informativi non può sostituirsi alle attività di istruzione finanziaria promossa a favore dei consumatori, in quanto gli strumenti presenti nei singoli Stati membri, pur potendo aumentare il livello di consapevolezza del consumatore in merito alle scelte finanziarie da compiere, non interessano le caratteristiche del singolo rapporto contrattuale e non possono risolvere l'asimmetria informativa che generalmente connota i rapporti tra i consumatori e gli istituti di credito.¹⁵⁹ Tuttavia a quanti hanno timore che l'eccessivo numero e quantità di programmi educativi possa comportare l'opposto effetto di deresponsabilizzare gli intermediari finanziari, si risponde che l'educazione finanziaria va coltivata al di fuori del rapporto tra il consumatore e il creditore, inoltre il settore finanziario è in continua evoluzione e non sembra possibile predisporre un'istruzione che sia al passo con le continue offerte del mercato. In tale senso, alla luce delle norme relative al "merito creditizio", contenute nella direttiva 17/2014/UE e più in particolare l'art.7 avente ad oggetto "Norme di comportamento da rispettare quando si concedono crediti ai consumatori", ove si legge che "nell'ambito della concessione, dello svolgimento di attività di intermediario o della fornitura di servizi di consulenza relativi a crediti, le attività si basano sulle informazioni circa la situazione del consumatore e su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato e su ipotesi ragionevoli circa i rischi cui è esposta la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto di credito", pare che la volontà del legislatore europeo sia quello di prevedere un meccanismo di protezione tale da funzionare in maniera efficiente anche in assenza di un'approfondita conoscenza del settore finanziario.

Rispetto a queste previsioni, ebbe a pronunciarsi l'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF) di Roma, in ordine alla disciplina del merito creditizio di cui alla direttiva 2008/48/CE, sostenendo che l'informazione, che nella fase delle trattative precede la stipulazione di un contratto di finanziamento, "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" e avvertendo l'esigenza che "nella fase precontrattuale siano adottate pratiche responsabili di informazioni e di educazione dei consumatori, le quali prevedano l'avvertimento sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento".¹⁶⁰

¹⁵⁹ Sia pure con riferimento a un diverso tipo di rapporto finanziario, afferma la sussistenza di un «privilegio informativo» dell'intermediario, F. GRECO, *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 37 ss. In argomento, in un'epoca in cui si contavano ben pochi interventi del legislatore europeo con riguardo al settore finanziario, v. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 32 ss., con particolare riguardo al problema del formalismo negoziale; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 91 ss. Da una prospettiva più ampia, v. F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, p. 164 ss.

¹⁶⁰ ABF Roma, 20 agosto 2013, n. 4440, pres. G. MARZIALE, est. P. SIRENA. Nella specie, una cliente aveva promosso un ricorso contro tre banche per ottenere l'annullamento di tre contratti di finanziamento, adducendo la mancata valutazione del proprio merito creditizio. Il Collegio di Roma ha rigettato il ricorso mettendo, tuttavia, in luce che la ratio della normativa sul merito creditizio non è soltanto quella di tutelare oggettivamente il mercato del credito, evitando che il denaro ottenuto dalle banche mediante la raccolta del risparmio sia vincolato in impieghi troppo rischiosi, ma anche

Le previsioni dell'art. 6 della direttiva 17/2014/UE si inseriscono in un contesto in cui erano state già presenti sia pure in modo sommario varie iniziative della Commissione europea in materia di educazione finanziaria. La comunicazione del 2007¹⁶¹ è il primo atto in cui sono stati individuati l'«importanza» e i «vantaggi economici e sociali» dell'istruzione finanziaria¹⁶², più precisamente, viene messo in luce il fatto che l'istruzione finanziaria è utile alle persone, perché consente di anticipare finanziariamente le situazioni imprevedute, alla società, in quanto diminuisce i rischi di esclusione finanziaria e incoraggia i consumatori a prevedere e a risparmiare. Si è dato atto che, seppur con notevoli differenze di contenuto, l'istruzione finanziaria era già proposta da numerosi operatori (autorità di sorveglianza, operatori sociali, istruzione pubblica, ecc.) nei vari Stati membri e che alcune indagini avviate a livello nazionale erano in grado di contribuire a definire le priorità dei programmi educativi e ad agevolare il controllo relativo ai progressi dei consumatori. Ecco quindi che l'educazione finanziaria non è una novità dell'Unione europea, ma preesisteva ai primi interventi in materia del legislatore di Bruxelles.

Dal momento che l'educazione finanziaria rientra nella sfera di competenza degli Stati membri, la Commissione ha indicato otto principi «che possono aiutare i partecipanti alla diffusione dell'istruzione finanziaria, per quanto riguarda l'elaborazione e l'attuazione dei programmi di istruzione finanziaria»¹⁶³ il cui tenore fa bene comprendere come per la Commissione sembra che il problema della SCARSA cultura finanziaria affligge prevalentemente le fasce sociali più deboli, dovendo l'istruzione rispondere alle variegate esigenze delle persone¹⁶⁴, ma si pone, in termini generalizzati, per tutte le fasce sociali¹⁶⁵.

quella di tenere conto delle esigenze e della situazione finanziaria del consumatore. Sulla decisione v. M.M. FRANCISSETTI BRODIL, Ancora sul c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo, cit., p. 359 nota 5.

¹⁶¹ Comunicazione della Commissione sull'educazione finanziaria, del 18 dicembre 2007, COM(2007), 808 def. In precedenza, fra le azioni già avviate, la Commissione aveva messo a punto uno strumento di istruzione *on line*, ancora in rete, denominato «Dolceta» (in epoca attuale, «consumerclassroom»), che propone una formazione per tutti i settori investiti dal diritto dei consumatori.

¹⁶² In merito ai suddetti aspetti, cfr. A. LUSARDI, *Saving and the effectiveness of Financial Education, Pension Research Council Working Paper 2003-14, Pension Research Council, 2003*; A. LUSARDI *The Economic Importance of Financial Literacy: Theory and Evidence*, in *52 Journal of Economic Literature*, 2014, p. 5 ss.

¹⁶³ I principi affermati dalla Commissione europea nella comunicazione COM(2007), 808 def. sono i seguenti: 1. l'istruzione finanziaria deve essere disponibile e attivamente promossa in maniera continua durante l'intero arco della vita; 2. i programmi di istruzione finanziaria devono rispondere in maniera precisa alle esigenze delle persone e essere disponibili tempestivamente, nonché essere facilmente accessibili; 3. i consumatori devono beneficiare di un'istruzione in materia economica e finanziaria quanto prima e in età scolastica; tale materia dovrebbe preferibilmente essere inserita nei programmi generali delle scuole; 4. i programmi di istruzione finanziaria devono comprendere strumenti generali in grado di attirare l'attenzione sulla necessità di migliorare le conoscenze sugli aspetti e sui rischi finanziari; 5. i programmi di istruzione finanziaria offerti dai prestatori di servizi finanziari devono essere equilibrati, trasparenti e oggettivi. Inoltre, essi devono sempre rispondere agli interessi dei consumatori; 6. gli addetti alla formazione nel settore finanziario devono beneficiare di un'adeguata formazione e delle risorse necessarie; 7. il coordinamento nazionale fra le parti interessate deve essere adeguatamente promosso e deve essere potenziata la cooperazione internazionale in relazione all'offerta di istruzione finanziaria per facilitare lo scambio delle migliori procedure; 8. i programmi di istruzione finanziaria dovrebbero essere periodicamente valutati e, ove necessario, aggiornati.

¹⁶⁴ Oltre a M.GORGONI, voce *Contratto di credito al consumatore*, cit., p. 252, cfr. M. TRIFILIDIS,

L'educazione finanziaria, oltre a favorire una conoscenza diretta del mercato finanziario, è utile quale strumento per acquisire «la coscienza di non sapere» e aumentare «l'attitudine a rivolgersi più frequentemente ai consulenti» e «la capacità di meglio rappresentare ai consulenti stessi le proprie preferenze e attitudini al rischio»¹⁶⁶.

Tra gli atti della Commissione deve essere altresì menzionata una decisione del 2008, che ha istituito un gruppo di esperti in materia di educazione finanziaria¹⁶⁷. Il compito dell'organismo è promuovere le pratiche in tale settore, fornire pareri alla Commissione circa la modalità di attuazione dei principi sopra riportati e coadiuvare la stessa Commissione nell'individuazione di eventuali ostacoli di tipo legislativo, amministrativi all'offerta educativa in materia finanziaria. Il gruppo è composto da 25 specialisti che rappresentano il settore pubblico e privato, nominati dalla Commissione per un periodo di tre anni. A seguire, dal 2009 al 2011, è stata istituita una banca dati sull'educazione finanziaria (*The European Database for Financial Education* (EDFE)) allo scopo di informare gli interessati sugli strumenti di istruzione attualmente in vigore negli Stati membri e sugli studi svolti in materia.

Un primo bilancio delle attività compiute a partire dalla suddetta comunicazione del 2007 si rinviene in uno *Staff working document* della Direzione generale per il mercato interno e i servizi della Commissione europea¹⁶⁸, dove si evince che soltanto un numero limitato di Stati membri ha adottato una strategia nazionale relativa alla educazione finanziaria, definendo le competenze, assicurando il coinvolgimento di tutti i partecipanti, indicando le priorità, anche in relazione alle diverse fasce sociali, e specificando le risorse destinate all'educazione finanziaria¹⁶⁹.

In base quanto detto, risulta ancora più significativo l'inserimento nella direttiva 2014/17/UE di un obbligo degli Stati membri di promuovere l'educazione dei consumatori nel settore del credito per l'acquisto di beni immobili residenziali. La circostanza che l'educazione del consumatore sia promossa con riguardo a una specifica operazione finanziaria, nel caso l'acquisto beni immobili residenziali, può essere di aiuto per ritrovare le misure più idonee dovendo focalizzare la concentrazione su una ben precisa tipologia contrattuale¹⁷⁰.

L'educazione finanziaria: le iniziative a livello internazionale, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2009, p. 61 ss., il quale espone dati idonei a mettere in evidenza come il grado di cultura finanziaria in diversi Paesi sia correlato al livello di istruzione scolastica e al reddito.

¹⁶⁵ Cfr. U. MORERA, *Nuove prospettive per l'educazione finanziaria*, cit., c. 127, il quale afferma: «l'Italia è il Paese al mondo con il più significativo divario tra la ricchezza media delle famiglie e la cultura economica registrabile all'interno delle stesse. Una pericolosa miscela di ricchezza e ignoranza che, alla lunga, se non si abbassa il livello dell'ignoranza, finirà inevitabilmente per comportare un abbassamento del livello della ricchezza».

¹⁶⁶ Le espressioni riportate sono di U. MORERA, *op. cit.*, c. 128.

¹⁶⁷ Decisione 2008/365/CE della Commissione, del 30 aprile 2008, che istituisce un gruppo di esperti in materia di educazione finanziaria (*Expert Group on Financial Education* (EGFE)).

¹⁶⁸ Internal Market and services DG, Staff working document, 31 March 2011: Review of the initiatives of the European Commission in the area of financial education, p. 1: «limited progress in the provision of financial education has been registered since 2007 and most Member States still lag behind in giving an adequate response to the fact that EU consumers lack a sufficient level of financial literacy that might enable them to adequately understand financial services and products and to make informed financial choices».

¹⁶⁹ Si tratta della Repubblica ceca, dei Paesi bassi, del Portogallo, della Spagna, del Regno unito e della Svezia.

¹⁷⁰ In questa prospettiva, a partire dalla direttiva 2014/17/UE, potrebbe essere privilegiata una politica educativa a piccoli passi, atta a promuovere l'istruzione finanziaria di volta in volta con specifico riguardo al segmento di mercato disciplinato dalla direttiva.

In Italia, da più parti si riscontra che il livello di «cultura» finanziaria non sia adeguato rispetto alla mole di operazioni finanziarie poste in essere e a alla ricchezza media dei consociati¹⁷¹, tuttavia non può negarsi questa particolare tematica non abbia suscitato interesse e che non ci siano stati interventi volti ad apprestare strumenti di istruzione per i cittadini in relazione al settore finanziario.

Il punto di riferimento per i programmi di educazione finanziaria in Italia è stato il Consorzio PattiChiari, istituito presso l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) nel 2003. Ai sensi dell'art. 4 dello Statuto, la funzione del Consorzio era quella di proporre un sistema di regole finalizzate a favorire la realizzazione di un mercato efficiente e competitivo e promuovere iniziative volte ad accrescere lo sviluppo economico e sociale, anche attraverso piani di informazione ed educazione finanziaria della collettività, con speciale attenzione alle esigenze informative dei consumatori. Il modello che si adottava prevedeva la partecipazione di soggetti che fossero esterni al settore bancario e una netta separazione tra il profilo gestionale e quello di controllo del Consorzio, un controllo esercitato attraverso due organi indipendenti composti da soggetti interessati alla competitività e all'efficienza del mercato finanziario, nonché allo sviluppo dell'educazione finanziaria dei consumatori, tra cui associazioni dei consumatori, accademici e professionisti¹⁷².

Inoltre, la Banca d'Italia ha predisposto all'interno del proprio sito internet alcune guide concernenti l'educazione finanziaria, che *“attraverso un linguaggio semplice e chiaro, perseguono l'obiettivo di favorire la comprensione e l'accesso dei cittadini ad alcuni prodotti di ampia diffusione e di consentire scelte consapevoli e informate attraverso il confronto tra le diverse offerte presenti sul mercato”*¹⁷³.

Alla luce delle specificità dei contratti ai quali si rivolge la direttiva 17/2014/UE, si ribadisce la necessità di garantire delle consulenze *ad hoc*, che aiutino i consumatori ad orientarsi a fronte di un'operazione finanziaria piuttosto complessa, specialmente, come precisato dall'art.6 della direttiva, «quelli che sottoscrivono un credito ipotecario per la prima volta». L'acquisto di un immobile per molte famiglie costituisce un fatto isolato nel corso della vita ed è auspicabile che non vengano commessi errori. La «valutazione» della Commissione europea, «programmata» dal secondo comma, permetterà di ottenere un quadro più preciso circa le attività da promuovere per accrescere la cultura finanziaria dei consumatori nel settore di mercato al quale si rivolge la disciplina della nuova direttiva.

-Una breve chiosa per ricordare che la Direttiva all'art.9¹⁷⁴ quelli che sono i Requisiti di conoscenza e competenza del personale. Tale norma è finalizzato a garantire un livello di conoscenza e

¹⁷¹ Cfr., oltre agli autori citati nelle note precedenti, G. TAGLIAVINI-B. RONCHINI, *Uno studio empirico circa il livello di educazione finanziaria in Italia*, in *Banca impr. società*, 2011, p. 49 ss.

¹⁷² Sul punto, v. S. BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1468 s.

¹⁷³ In questi termini la nota illustrativa presente sul sito della Banca d'Italia.

¹⁷⁴ Art. 9: “Gli Stati membri provvedono affinché i creditori, gli intermediari del credito e i rappresentanti designati richiedano al loro personale di avere e mantenere un livello di conoscenza e di competenza adeguato per mettere a punto, offrire o concludere contratti di credito, svolgere attività di intermediazione del credito di cui all'articolo 4, punto 5, o fornire servizi di consulenza. Quando la conclusione di un contratto di credito include la prestazione di un servizio accessorio, è richiesto un livello di conoscenza e di competenza adeguato in relazione a tale servizio accessorio. 2. Fatti salvi i casi di cui al paragrafo 3, gli Stati membri d'origine stabiliscono i requisiti di conoscenza e di competenza minimi per il personale dei creditori, degli intermediari del credito e dei rappresentanti designati conformemente ai principi di cui all'allegato III. 3. Qualora un creditore o intermediario del credito fornisca i propri servizi nel territorio di uno o più altri Stati membri: i) attraverso una succursale, lo Stato membro ospitante è responsabile della determinazione dei requisiti di conoscenza e competenza minimi applicabili al personale di una succursale; ii) in regime di libera prestazione di servizi, lo Stato membro d'origine è responsabile della determinazione dei

competenza adeguato del personale impiegato non solo dai creditori, ma anche dagli intermediari del credito e dai rappresentanti designati. La commercializzazione dei prodotti creditizi è ormai capillarmente svolta sul territorio da banche e società finanziarie che si avvalgono di canali di vendita diversificati, rendendo sempre più distanti gli operatori del credito e clienti- consumatori. Tutto ciò ha quindi creato terreno fertile per il consolidamento di prassi anomale e non conformi ai canoni deontologici. Di qui l'esigenza di prevedere una rigida selezione soprattutto dei soggetti che offrono fuori sede i prodotti bancari. In questa ottica, si spiega e si inserisce l'intervento del legislatore europeo, che ha inteso aumentare il livello di tutela dei clienti e la qualità dei servizi erogati, affidando ai singoli Stati membri il compito di stabilire i requisiti di conoscenza e di competenza minimi del personale, in conformità ai principi di cui all'allegato III.

In particolare, tali requisiti minimi devono comprendere almeno:

a) conoscenza adeguata dei prodotti di credito che rientrano nell'ambito d'applicazione dell'articolo 3 e dei servizi accessori solitamente offerti congiuntamente; b) conoscenza adeguata delle disposizioni di legge relative ai contratti di credito per i consumatori e in materia di tutela dei consumatori; c) conoscenza e comprensione adeguate della procedura di acquisto del bene immobile; d) conoscenza adeguata della valutazione delle garanzie; e) conoscenza adeguata dell'organizzazione e del funzionamento dei registri immobiliari; f) conoscenza adeguata del mercato nello Stato membro interessato; g) conoscenza adeguata degli standard di etica professionale; h) conoscenza adeguata della procedura di valutazione del merito di credito del consumatore o, se del caso, competenza nella valutazione del merito di credito dei consumatori; i) competenza adeguata in materia economica e finanziaria.

La valutazione intorno all'adeguatezza del livello di conoscenza e competenza dovrà essere svolta sulla base di:

- 1) qualifiche professionali, ad esempio diplomi, lauree, formazione professionale, prove di competenza; o
- 2) esperienza professionale, che può definirsi come un numero minimo di anni di lavoro in settori riguardanti l'erogazione, la distribuzione o l'intermediazione di prodotti creditizi.

Appare evidente che i soggetti indicati all'art. 9 dovranno possedere un organico adeguato sia alla struttura dimensionale, che al numero degli incarichi. Ovviamente ciascuno Stato membro potrà prevedere disposizioni più rigorose in ordine ai requisiti di conoscenza e competenza del personale.

Con particolare riguardo al punto n.1, osserviamo che la direttiva non si interessa del profilo del riconoscimento delle qualifiche professionali ottenute in uno Stato membro per soddisfare i requisiti di conoscenza e competenza stabilite in un altro Stato membro, è, quindi, necessario continuare ad applicare la direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in ordine alle condizioni per il riconoscimento e ai provvedimenti di compensazione che uno Stato membro ospitante può richiedere a una persona la cui qualifica non è stata rilasciata nella sua giurisdizione.

requisiti di conoscenza e competenza minimi applicabili al personale conformemente all'allegato III, tuttavia, gli Stati membri ospitanti possono stabilire i requisiti di conoscenza e competenza minimi per quanto riguarda i requisiti di cui all'allegato III, paragrafo 1, lettere b), c), e) e f). 4. Gli Stati membri provvedono affinché la conformità ai requisiti fissati al paragrafo 1 sia soggetta alla vigilanza delle autorità competenti e affinché le autorità competenti abbiano il potere di imporre ai creditori, agli intermediari del credito o ai rappresentanti designati l'obbligo di fornire tutte le informazioni che l'autorità competente ritenga necessarie per consentire detta vigilanza. 5. Per la vigilanza efficace dei creditori e degli intermediari del credito che forniscono i loro servizi nel territorio di altri Stati membri in regime di libera prestazione di servizi, le autorità competenti degli Stati membri ospitante e d'origine cooperano strettamente per la vigilanza e i controlli efficaci dei requisiti di conoscenza e competenza minimi dello Stato membro ospitante. A tal fine possono delegarsi a vicenda compiti e responsabilità.”

Ai sensi dell'art. 4 n. 11 lett. a) della direttiva, il sostantivo “personale” designa le persone fisiche che lavorano per il creditore o l'intermediario del credito, che esercitano direttamente le attività di cui alla presente direttiva o che hanno contatti con i consumatori nell'esercizio delle attività di cui alla presente direttiva.¹⁷⁵ La direttiva affida quindi, alle autorità competenti nazionali la vigilanza sul rispetto dei requisiti fissati al paragrafo 1; agli Stati membri, invece, spetta il compito di stabilire le norme riguardanti le sanzioni applicabili nel caso di mancato rispetto dei requisiti minimi.

Tali sanzioni ai sensi dell'art. 38 dovranno essere efficaci, proporzionate e dissuasive, nonché osservare l'art. 33 della direttiva, il quale prevede che l'autorità competente dello Stato membro di origine può revocare l'abilitazione concessa a un intermediario del credito quando quest'ultimo non risponde più ai requisiti necessari per ottenere l'abilitazione.

Non v'ha dubbio che, in fase di attuazione della direttiva, la disciplina dell'art. 9 dovrà essere coordinata con la disciplina nazionale già esistente.

Giova, in particolare, distinguere, da un lato, le norme applicabili ai creditori; dall'altro, quelle applicabili agli intermediari del credito.

Per quanto riguarda le norme applicabili ai creditori, è il T.U.B., che nel nostro ordinamento si occupa in modo esclusivo dei requisiti di professionalità degli esponenti aziendali, ossia i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche (art. 26 TUB). L'individuazione dei requisiti da rispettare è demandata a una fonte secondaria: un regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze adottato, sentita la Banca d'Italia, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400,¹⁷⁶ norme che potranno essere eterointegrate dalle disposizioni impartite dalla Banca d'Italia nell'ambito dei propri poteri di vigilanza regolamentare (art. 53 TUB)¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Si tratta, in particolare, degli addetti al front-office e al back-office, dirigenza compresa, che ricoprono un ruolo importante nelle procedure relative ai contratti di credito. Rientrano nella categoria del personale anche i collaboratori, ossia coloro che operano sulla base di un incarico conferito ai sensi dell'art. 1742 c.c. Su questa linea, la nozione risulta omogenea a quella contenuta nella Circolare della Banca d'Italia del 17 dicembre 2013, n. 285: «i componenti degli organi con funzione di supervisione strategica, gestione e controllo, i dipendenti e i collaboratori della banca». Diversamente, le persone che svolgono mansioni di supporto non legate alle procedure relative ai contratti di credito (ad esempio personale delle risorse umane o personale impegnato nei servizi in materia di tecnologia dell'informazione e della comunicazione) si collocano fuori del perimetro semantico della nozione di “personale”. Gli Stati membri dovrebbero, inoltre, poter consentire a creditori, intermediari del credito e rappresentanti designati di differenziare i requisiti minimi di conoscenza secondo il grado di partecipazione all'esecuzione di determinati servizi o procedure

¹⁷⁶ In attuazione della delega, il Ministro del Tesoro ha adottato il decreto n. 161 del 18 marzo 1998, il quale reca agli artt. 1 e 2 regole differenti per le banche costituite in forma di s.p.a. e di banca popolare e le banche di credito cooperativo. La legge nulla dice riguardo al personale delle banche, né la Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 e ss. aggiornamenti contiene disposizioni sul tema. Alla luce del quadro normativo delineato, è auspicabile un intervento del legislatore italiano volto a chiarire e precisare i requisiti minimi fissati nell'allegato III della direttiva, con particolare riguardo ai dipendenti e ai collaboratori.

¹⁷⁷ Codesto meccanismo precettivo è stato riconosciuto e approvato dalla giurisprudenza di legittimità; la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 14 novembre 2003, n. 17176) ha osservato che in tema di sanzioni amministrative, l'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, non contiene - a differenza di quanto avviene per gli illeciti penali, per i quali opera il principio di stretta legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. - una riserva di legge tale da escludere la possibilità di integrare il precetto sanzionatorio, avente base nella legge, mediante norme regolamentari delegate, confacenti al particolare ambito tecnico-specialistico cui si riferiscono. Su questa linea, la norma che affida alla Banca d'Italia il compito di integrare il precetto non può qualificarsi “norma punitiva in

1.10.1. La disciplina italiana: art. 128 novies Tub.

La disciplina italiana dei requisiti di conoscenza e competenza per il personale degli intermediari del credito risulta più dettagliata.

L'art. 128-novies TUB, impone agli agenti in attività finanziaria e ai mediatori creditizi di assicurare e verificare, anche attraverso l'adozione di adeguate procedure interne, che i dipendenti e collaboratori di cui si avvalgono per il contatto con il pubblico, rispettino le norme loro applicabili, possiedano i requisiti di onorabilità e professionalità indicati all'art. 128-quinquies, lett. c), TUB, ad esclusione del superamento dell'apposito esame, e all'articolo 128-septies, lettere d) ed e), ad esclusione del superamento dell'apposito esame, e curino l'aggiornamento professionale. L'art. 128-quinquies, lett. c) del TUB è stato introdotto attraverso il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, il quale, al comma 1, subordina l'iscrizione delle persone fisiche nell'elenco degli agenti in attività finanziaria di cui all'art. 128-quater, comma 2, al possesso di specifici requisiti: i) titolo di studio non inferiore al diploma di istruzione secondaria superiore, rilasciato a seguito di corso di durata quinquennale ovvero quadriennale, integrato dal corso annuale previsto per legge, o un titolo di studio estero ritenuto equipollente a tutti gli effetti di legge; ii) frequenza ad un corso di formazione professionale nelle materie rilevanti nell'esercizio dell'agenzia in attività finanziaria; iii) possesso di un'adeguata conoscenza in materie giuridiche, economiche, finanziarie e tecniche.

Qualora, poi, gli agenti in attività finanziaria siano persone fisiche o società di persone, l'art. 128-novies, comma 2, prevede l'obbligo di avvalersi di dipendenti e collaboratori iscritti nell'elenco tenuto dall'Organismo competente ai sensi dell'art. 128-quater, comma 2. Sicché quando l'attività di agenzia in attività finanziaria è esercitata mediante strutture meno complesse e articolate si è reputato opportuno mantenere il requisito della doppia iscrizione. Gli agenti in attività finanziaria e le società di mediazione sono tenuti a controllare il rispetto dei requisiti previsti per dipendenti e collaboratori. Tale obbligo è volto, in primo luogo, a tutelare il cliente. Si rileva, infatti, che *“se la catena di vendita è eccessivamente lunga, se troppi soggetti intervengono senza essere sottoposti ad adeguati controlli nel processo di collocamento del prodotto creditizio, tende a salire il “costo” finale applicato al credito concesso al cliente/consumatore”*. È altresì previsto un organo di controllo e vigilanza sugli agenti in attività finanziaria e le società di mediazione identificato nel OAM.¹⁷⁸ L'art. 21, comma 1, lett. h), d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, riserva all'Organismo il compito di stabilire gli standard dei corsi di formazione che le società di mediazione sono tenute a svolgere nei confronti dei propri dipendenti, collaboratori o lavoratori autonomi. Con la Circolare n. 19/14 l'OAM ha introdotto nuove disposizioni relative agli obblighi di formazione e aggiornamento professionale per gli agenti in attività finanziaria e i mediatori creditizi, nonché per i rispettivi amministratori, direttori, dipendenti e collaboratori. L'apparato sanzionatorio è delineato dall'art.

bianco”. I poteri di emanare istruzioni e disposizioni in tema di vigilanza informativa (art. 51 TUB) e di vigilanza regolamentare (art. 53 TUB) non sono lasciati al mero arbitrio dell'organo di controllo, bensì sono esercitati in conformità a ben individuati principi e direttive (anche di livello europeo), a strumenti normativi primari e secondari e ad altri criteri oggettivi, dettagliati e rigorosi, al fine di integrare, data la particolare tecnicità e la continua evoluzione della materia, le norme di base, determinandone la parte precettiva mediante la specificazione del contenuto, già sufficientemente delineato nella legge. Resta, tuttavia, ferma la riserva assoluta per la determinazione in astratto della sanzione, pecuniaria o accessoria, la quale deve necessariamente essere stabilita dalla legge. Si esclude, per questa via, qualsiasi forma d'integrazione o specificazione da parte delle autorità amministrative.

¹⁷⁸ R. LENER, *La disciplina degli organismi per la tenuta degli albi dei professionisti operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo: un'ipotesi di riorganizzazione normativa*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1, 2014, 27.

128-duodecies TUB, il quale assegna all'Organismo di autogoverno i poteri sanzionatori nei confronti degli iscritti: a) il richiamo scritto; b) la sospensione dall'esercizio dell'attività per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a un anno; c) la cancellazione dagli elenchi previsti dagli articoli 128-quater, comma 2 e 128-sexies, comma 2.

Questa disciplina sembra compatibile con le norme contenute nella direttiva; l'art. 29 della direttiva stabilisce, infatti, che l'abilitazione degli intermediari del credito sia subordinata al possesso di alcuni requisiti professionali, oltre ai requisiti previsti dall'art. 9. Per un'analisi più dettagliata sul tema.¹⁷⁹

1.11. L'accesso alle banche dati: art. 21 della direttiva

Nella direttiva n.17/2014/Ue, i contenuti del principio di trasparenza e della clausola generale di buona fede, vengono ampliati notevolmente, attraverso la specificazione dei comportamenti che le parti sono tenute ad osservare nella fase delle trattative in particolare. Si attribuisce quindi al concetto di trasparenza un'accezione che trascende la semplice chiarezza del messaggio e delle condizioni applicabili al rapporto negoziale e che incide significativamente sulla conclusione del contratto perché al principio di autonomia negoziale, secondo cui ogni contraente si raffigura l'interesse suo proprio, affianca un obbligo di tenere in debita considerazione anche l'interesse di controparte contrattuale. La direttiva, come meglio esamineremo, consacra il principio del "*prestito responsabile*" che pone a carico del finanziatore l'obbligo di valutare il merito creditizio del cliente, di verificare i dati forniti dagli intermediari del credito e di selezionare il tipo di credito da offrire. Già la direttiva sul credito al consumo n.48/2008/Ce prevedeva e disciplinava l'utilizzo delle banche dati ai fini della valutazione della affidabilità creditizia del consumatore, poi recepito nell'ordinamento italiano all'art. 124- bis del t.u.b. Al finanziatore che utilizza le banche dati è richiesta trasparenza, soprattutto per ciò che attiene alle comunicazioni al consumatore. L'art.125 t.u.b., prevede infatti che qualora l'esito negativo della verifica del merito creditizio sia collegato alla consultazione di banche dati, il consumatore debba essere informato e conoscere gli estremi delle banche dati impiegate.¹⁸⁰

La diffusione delle informazioni presenti nelle banche dati, che attengono al livello di indebitamento e alla solvibilità dei consumatori, rafforza la concorrenza nel mercato del credito e previene la formazione di asimmetrie informative tra i diversi operatori finanziari. È il "Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti", entrato in vigore il 1 gennaio 2005, all'art. 1, lett.h) , definisce i sistemi di *credit scoring* quali "programmi informatici basati su un algoritmo e legati a modelli statistici utili a valutare il rischio creditizio". Una valutazione della capacità creditore del soggetto consumatore, che sia corretta dipende sicuramente dalla qualità dei dati utilizzati, dati che si ricavano dai "sistemi di informazioni creditizie", definiti dall'art. 1, lett. c) del Codice. Questi archivi sono gestiti da soggetti terzi, diversi dagli intermediari bancari e finanziari che vi partecipano e che trasmettono informazioni sui rapporti di credito instaurati, facendo in modo che diventino conoscibili da tutti i partecipanti. Le informazioni che si ritrovano riguardano tanto i rapporti creditizi in essere, tanto gli inadempimenti.

-La direttiva 2014/17/Ue, come visto, dedica diverse disposizioni al fondamentale obbligo di scambio delle informazioni, alla qualità delle stesse, all'oggetto e ai soggetti che forniscono, ricevono o condividono informazioni. Il primo comma dell'art.21 della direttiva, statuisce che ciascuno Stato membro garantisca, che tutti gli Stati possano accedere alle banche dati utilizzate per valutare il merito creditizio dei consumatori.¹⁸¹ Giovi precisare che l'accesso alle banche dati di un

¹⁷⁹ Azara

¹⁸⁰ M.MAZZEO, La verifica del merito di credito, in *Obbligazioni e contratti*, 2010.

¹⁸¹ Tale disposizione pur applicandosi agli Stati membri è da intendersi quale onere di diligenza in capo ai finanziatori, che devono valutare l'effettiva capacità del sovvenuto di rimborsare il credito

determinato Paese può essere eseguito dai creditori che operano in uno Stato membro esclusivamente se necessario per verificare il rispetto degli “obblighi di credito” da parte dei consumatori. L’accesso è quindi condizionato alla valutazione del merito creditizio e alla verifica di adempimento delle obbligazioni dei consumatori derivanti dalla concessione del credito.¹⁸² Vigge quindi, l’obbligo per gli Stati membri di mettere a disposizione le informazioni contenute nelle proprie banche dati relative ai consumatori, in modo tale che qualsivoglia Stato membro diverso da quello cui il consumatore appartiene o in cui opera o in cui vi siano informazioni che lo riguardano possa scegliere consapevolmente se concludere o meno, un contratto di credito al consumo, sulla base delle informazioni acquisite in quelle banche dati. Posto il diritto di potere procedere alla valutazione del merito creditizio, l’operatore del credito può in questo modo far riferimento anche alle pregresse vicende, alla storia del consumatore per avere contezza delle vicende che lo hanno interessato e che quindi si ritrovano nelle banche dati. La disciplina comunitaria nell’ottica dell’armonizzazione piena, mostra interesse per la regolamentazione del mercato e la tutela della concorrenza, favorendo la realizzazione del mercato interno del credito uniformando le legislazioni nazionali. In particolare la disciplina delle “banche dati”, è finalizzata ad evitare che i creditori concedano prestiti in modo irresponsabile e senza una previa valutazione del merito creditizio con conseguente negativa influenza sulle vicende del mercato, pertanto, la previsione di condivisione delle informazioni si inquadra nella esigenza di armonizzare le legislazioni degli Stati membri e di garantire il buon funzionamento del mercato.

I soggetti che gestiscono le banche dati che contengono le informazioni sul credito, devono consentire l’accesso ai finanziatori degli Stati membri dell’Unione europea a condizione che li discriminino rispetto a quelle previste per gli altri finanziatori abilitati nel territorio dello Stato in cui operano. L’art. 125 del T.u.b., recependo la direttiva 2008/48/Ce e come recentemente modificato¹⁸³, prescrive che “*il CICR, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, individua le condizioni di accesso, al fine di garantire il rispetto del principio di non discriminazione*”. Esigenza di uniformità peraltro affermata anche dall’art. 21che, al secondo comma estende la disciplina del primo comma “*sia alle banche dati gestite da crediti privati o da sistemi di informazioni creditizia privati sia ai registri pubblici*”.

La correttezza commerciale, prevede che prima di potere concedere un mutuo o una dilazione di pagamento, siano acquisite informazioni su chi fa richiesta attraverso il ricorso ai c.d. istituti di monitoraggio del rischio, che realizzano e gestiscono la posizione del credito¹⁸⁴.

Questo flusso di informazioni aventi ad oggetto il merito creditizio dei consumatori, ovvero sia la loro solvibilità e affidabilità, pongono il problema della tutela dei creditori.

A bene vedere infatti, dette informazioni costituiscono dati personali sensibili e come tali devono essere sottoposti alla relativa tutela, onde evitare che il consumatore possa subire un pregiudizio.

Il legislatore comunitario richiama la direttiva 95/45/Ce, recepita in Italia dalla legge n. 675 del 31 dicembre 1996 sulla protezione dei dati personali che, in particolare, prescrive che il consumatore sia informato in modo esauriente sul modo in cui i dati consultati saranno utilizzati e ne richiede il

accordatogli : CARRIERO, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, Milano, 2012; VIGO, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, a cura di COSTA, Torino, 2013.

¹⁸² L’art.21 richiama indubbiamente l’art.9 della Direttiva 2008/48/Ce, che così si pronuncia “*Ogni Stato membro, nel caso dei crediti transfrontalieri, garantisce l’accesso dei creditori degli altri Stati membri alle banche dati utilizzate nel proprio territorio allo scopo di verificare il merito del credito dei consumatori. Le condizioni di accesso non sono discriminatorie*”. Norma recepita dall’art. 125 del T.u.b.

¹⁸³ Aggiornato al d.lgs. 12 maggio 2015, n.72.

¹⁸⁴ In Italia tali istituti sono ad esempio il CICR (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio), IL CRIF(Centrale rischi finanziari), IL CERIN (Centrale rischi ed informazioni).

consenso al trattamento degli stessi, la cui divulgazione a terzi per scopi che siano estranei è vietata. In base alla normativa sulla privacy, risulta necessario il consenso dell'interessato per il trattamento dei dati personali, a meno che riguardi “dati raccolti e detenuti in base ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria” (art.12, comma 1, lett.a). Non è necessario il consenso del consumatore per il trattamento dei dati personali oggetto della disposizione che qui si analizza, a bene vedere, infatti, pare sia consentita la divulgazione agli operatori di altri Paesi comunitari, al fine di meglio valutare il “il merito creditizio dei consumatori e al solo scopo di verificare che i consumatori rispettino gli obblighi di credito per tutta la durata del contratto di credito”. L'art. 9 della legge n.675 del 31 dicembre 1996, precisa poi che le informazioni che si richiedono ai clienti devono essere finalizzate esclusivamente alla concessione del finanziamento, di più per non pregiudicare il consumatore le informazioni relative ad eventuali ritardi nei pagamenti, che siano poi stati adempiuti in periodi successivi, non possono essere presenti nelle banche per troppo tempo, garantendo il c.d. diritto all'oblio.

1.12. Principi in tema di servizi di consulenza

Abbiamo avuto modo di analizzare quelli che sono i fondamenti della Direttiva MCD: gli adempimenti informativi in capo ai soggetti finanziatori raccolti nel Capo IV, che spaziano dall'informazione di base (art. 10 e 11) alle informazioni generali (art.13) rivolte a potenziali clienti per finire alle informazioni precontrattuali (art. 14). Attraverso un'ideale linea di continuità con la Direttiva 2008/48/Ce, il Capo IV della direttiva che si esamina, va a confermare quella che è la strategia comunitaria contro l'asimmetria informativa dal quale viene colpito il contraente-consumatore. Vero è che il legislatore comunitario è attento nel voler garantire una sorta di coerenza tra gli obblighi di *disclosure* delle due direttive, tuttavia il diverso approccio che si evidenzia è dato dalla specificità del mercato del credito, luogo prediletto per la presenza di asimmetrie informative dovute spesse volte alla complessità delle clausole contrattuali, oppure alla mancanza di conoscenze da parte del consumatore che, quindi, si colloca in una posizione di debolezza.¹⁸⁵ In particolare le esigenze di protezione del consumatore si fanno più pressanti laddove il tipo di legame che il contratto di credito al consumo crea è un legame contrattuale di lunga durata, pertanto è necessaria una comunicazione funzionale a tale punto da concretizzarsi nella massima comprensione da parte del cliente.

1.12.1. Obbligo di fornire spiegazioni adeguate: art.16

Il capo IV della direttiva introduce un ulteriore elemento: l'obbligo di fornire assistenza sui prodotti creditizi che si offrono al consumatore.¹⁸⁶ L'art.16 al primo paragrafo prevede l'obbligo di fornire 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*”, e ciò a prescindere da una eventuale

¹⁸⁵ Considerando 22 della direttiva, precisa come un approccio differenziato sia giustificato anche dalla necessità di imparare dagli insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria e dall'esigenza che il credito avvenga in maniera sana. È quindi necessario che le disposizioni siano più rigide di quelle previste per il credito al consumo, non solo per la protezione del singolo consumatore ma di quella dell'intero sistema economico; BENATTI C. *Direttiva 2014/17/UE-Art. 16 - Spiegazioni adeguate, in i Mutui ipotecari nel diritto comparto europeo, a cura di P.Sirena, in i quaderni della fondazione italiana del notariato, 2016*

¹⁸⁶ Tale obbligo non costituisce una novità poiché già nella direttiva 2008/48/Ce, l'obbligo di fornire spiegazioni si concretizzava nell'art.5, tuttavia l'art.16 della direttiva 17/2014/UE fa un ulteriore passo in avanti.

richiesta del consumatore. Segue nel testo dell'art.16 l'elenco di quelle informazioni che necessitano di spiegazione: le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi degli art.14 e 15 della Direttiva; le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti; gli effetti specifici che questi prodotti possono avere per il consumatore incluse le conseguenze di un suo eventuale mancato pagamento e, infine spiegazioni riguardanti quando i servizi accessori sono aggregati ad un contratto di credito con la precisazione se per ciascuno dei componenti del pacchetto è possibile recedere separatamente ed eventualmente con quali implicazioni. Tale obbligo si concretizza nel dovere per i creditori, intermediari del credito o i rappresentanti designati di spiegare in modo più chiaro quelle informazioni che sono già state fornite e sono già nella disponibilità del consumatore – cliente sulla scorta di una “informazione – consulenza”¹⁸⁷; tale elenco non è poi esaustivo bensì una sorta di promemoria dal quale non si può prescindere ma che necessariamente deve essere integrato.

Il secondo paragrafo dell'art.16, sulla scia di un'armonizzazione minima, prevede la consegna agli Stati membri della scelta di adattare le modalità e la portata delle spiegazioni di cui al primo paragrafo, il soggetto che le fornisce al contesto nel quale il contratto di credito è offerto, al destinatario e alla natura del credito offerto. Nel caso in cui gli Stati membri non decidano di esercitare il potere loro attribuito dal legislatore comunitario, allora il consumatore di riferimento sarà un consumatore astratto, consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto.¹⁸⁸ La comprensione dell'art.16 si integra con l'analisi del considerando n. 48, che ne è la base, e che ricorda come i creditori dovrebbero assicurare assistenza al consumatore che si trovi di fronte all'offerta di più contratti di credito, spiegando le informazioni che ritrova, le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti in modo personalizzato, in modo da potere permettere alla clientela di comprendere i potenziali effetti sulla propria situazione economica; spiegazioni che devono chiaramente modularsi alla conoscenza e all'esperienza che possa vantare in campo finanziario il consumatore, spiegazioni che non devono oltrepassare il limite e sfociare in raccomandazioni di carattere personale, nel senso che ogni valutazione di merito sulla conclusione del contratto di credito spetta sempre al consumatore dovendo il creditore limitarsi a prestare la propria consulenza.

Emerge come l'obbligo di assistenza si colloca le informazioni obbligatorie di cui agli artt. 14 e 15 della direttiva e l'attività di consulenza in senso stretto ai sensi dell'art.22, modulandosi a tale punto da sovrapporsi, ma lasciando in ogni caso la decisione finale sempre e solo al consumatore. L'obbligo di assistenza al consumatore, va a valorizzare, accentuare il profilo collaborativo del finanziatore nella decisione che poi prenderà il consumatore, componente collaborativa che va di pari passo con l'educazione finanziaria del consumatore come prescritto dall'art.6 della Direttiva, e che si sostanzia nell'accompagnare il cliente fornendogli tutti gli strumenti possibili, allorquando lo stesso potrebbe trovarsi confuso di fronte ad una serie di informazioni fornitegli attraverso prospetti o oralmente, in questo modo rendendo più personale e più accessibile il contenuto del Pies. Quello che il legislatore vuole fare attraverso questa disposizioni in particolare, è guidare il consenso del consumatore verso scelte che non siano solo libere, nel senso di non essere frutto di una volontà coartata, ma che siano consapevoli, giuste ed adeguate alle esigenze e alla situazione finanziaria. L'obbligo di assistenza si inserisce, correttamente, all'interno di una regola di prudenza che parte dal *prius* della valutazione del merito creditizio di cui all'art.18, passa attraverso le informazioni precontrattuali personalizzate di cui all'art.14 per giungere alle spiegazioni adeguate di cui all'art.16, il tutto nell'ottica di permettere al consumatore di prendere una decisione consapevole ed informata.

Oltre a considerare la possibilità che il consumatore possa avere la necessità di ricevere spiegazioni, chiarimenti sui contratti di credito immobiliare al fine di verificare autonomamente se questi siano o meno adeguati alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, il legislatore comunitario prevede

¹⁸⁷ Sirena, opera cit.

¹⁸⁸ Considerando n. 18 della Direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali.

in aggiunta che il consumatore possa servirsi degli appositi servizi di consulenza offerti dagli operatori del credito.

Le spiegazioni adeguate si caratterizzano, allora, per la necessaria “flessibilità” in relazione al fatto di doversi di volta in volta adeguare al caso concreto del finanziamento. Questo aspetto ci pare debba essere tenuto in considerazione laddove, coerentemente alla portata di armonizzazione minima della disciplina in esame, la Dir. 2014/17/UE prevede che gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata delle spiegazioni di cui al par.1 (art. 16, par. 2, Dir. 2014/17/UE). L’adozione di tali misure non dovrebbe arrivare fino ad irrigidire e standardizzare i comportamenti dei creditori e degli intermediari al punto da svuotare di qualsiasi significato quella «flessibilità» che caratterizza l’obbligo di assistenza in capo ad essi.

Taluni hanno ricondotto le spiegazioni in questione alle misure di educazione finanziaria prevista dall’art. 6, Dir. 2014/17/UE¹⁸⁹, ma è sul punto della natura del dovere e dell’eventuale esistenza di un vincolo contrattuale avente ad oggetto una prestazione volta al fornire spiegazioni che sono sorte maggiori perplessità. In altri termini si è discusso se le norme in questione individuino un vero e proprio contratto di consulenza tra consumatore e creditore o intermediario, oppure la norma si limiti a porre in capo al professionista una obbligazione senza prestazione¹⁹⁰ e, pertanto, anche l’ipotesi in questione sia destinata a rientrare nell’alveo dei casi di contatto sociale.

La tesi che considera perfezionato, sin dall’istante in cui le parti “iniziano a dialogare” un “contratto di consulenza”, gratuito (ex art. 8 Dir. 2014/17/UE), antecedente all’eventuale concessione del prestito, argomenta sulla circostanza, inconfutabile, che “la disciplina forgiata dal documento extrastatale mette nelle mani del consumatore una vera e propria pretesa di ottenere dal professionista le informazioni atte a garantire da un canto l’adeguatezza del mezzo al fine, dall’altro la sopportabilità del peso che deve sobbarcarsi per conseguirlo”¹⁹¹. Ciò, in quanto tra consumatore e professionista esiste una relazione qualificata, e dunque non potrebbe dirsi che i doveri di protezione radicati nella Direttiva obblighino il professionista *sine pactis*¹⁹². Ne consegue che il contratto di consulenza è funzionalmente collegato con quello di finanziamento. La tesi è funzionale ad offrire soluzione alla serie di conseguenze patologiche che possono essere implicate dalla vicenda: l’inadempimento dell’obbligo informativo esporrà il professionista ai rimedi di diritto comune della risoluzione per inadempimento del contratto (di consulenza) e di ristoro del danno, nella misura in cui il mutuatario dimostri che la sua propensione al rischio non avrebbe portato a perfezionare il contratto o lo avrebbe portato a perfezionarlo a condizioni diverse se l’informazione del consulente fosse stata adempiuta con correttezza e diligenza ai sensi dell’art. 1176 co. 2 c.c.¹⁹³

È vero che l’obbligo di assistenza e “di avvertimento” indicano una funzione collaborativa del professionista intermediario “nel processo decisionale del consumatore”, non a caso, l’intero procedimento di circolazione delle informazioni è organizzato e diretto dal professionista nell’interesse del consumatore¹⁹⁴, ma il rapporto che lega il professionista che eroga e illustra (e

¹⁸⁹ T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito*, cit., p. 80.

¹⁹⁰ R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Il Corriere giur.*, p. 823 e 825.

¹⁹¹ R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari rappresentanti*, cit., p. 825

¹⁹² R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari rappresentanti*, cit., p. 825, e p. 626 dove si argomenta che «inserendo l’attività informativa precontrattuale in un “calco negoziale” idealmente autonomo rispetto al negozio-fine (mutuo)» il legislatore europeo supera l’impasse che a partire dalle Sezioni Unite del 2007 (26.725 e 26.724), tende a relegare nei «meandri della culpa in contrahendo» la violazione degli obblighi informativi.

¹⁹³ R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari rappresentanti*, cit., p. 826

¹⁹⁴ S. PAGLIANTINI, *Statuto dell’informazione*, cit., p. 532, che richiama le notazioni di T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito*, cit., p. 80.

consente a sua volta al consumatore di processare) le informazioni imposte dalla legge non può di per sé essere ricondotto al contratto di consulenza.

1.12.2. “Standard” in materia di servizi di consulenza: art.22

L’ultima fase della *disclosure* termina quindi con l’art.22 della Direttiva MCD inserito nel Capo II, secondo cui agli Stati membri viene richiesto di garantire che “*nel contesto di una determinata operazione, il creditore, l’intermediario del credito o il rappresentante designato indichino esplicitamente al consumatore se i servizi di consulenza vengono prestati o possono essere prestati al consumatore*”. L’ottavo Capo della Direttiva relativo ai servizi di consulenza, si compone del solo articolo 22 rubricato “Standard in materia di servizi di consulenza”. L’origine di tale rubrica promana dal Libro Bianco sull’integrazione dei mercati UE del credito ipotecario ⁽¹⁹⁵⁾ che contiene le nuove strategie UE per promuovere l’efficienza e la competitività del mercato ipotecario Europeo relativo.

Uno dei quattro obiettivi politici che la Direttiva 17/2014/UE persegue, al fine di garantire ai consumatori un alto livello di protezione, è quello della fiducia dei consumatori; ecco quindi che un’attività di consulenza che fosse si presente ma inadeguata e che si concretizzasse in pratiche di incentivazione non equilibrate, avrebbe condotto a carenze tali da compromettere l’intero mercato.

L’analisi dell’impatto delle varie strategie politiche individuate a fondamento della Direttiva, ha rilevato numerosi casi nei quali il cliente è stato danneggiato soprattutto perché mal consigliato nella scelta del credito ipotecario. Qualora, infatti, al consumatore venga consigliata una tipologia di finanziamento che non sia adeguata alle proprie finanze e non lo rispecchi, si troverà nell’impossibilità di adempiere alle obbligazioni assunte, con conseguenti azioni esecutive da parte del soggetto finanziatore. Una consulenza inadeguata, quindi, è capace di generare un danno finanziario immediato e diretto al consumatore, il quale sarà costretto a corrispondere un prezzo più elevato per un prodotto che potrebbe essergli disponibile ad un prezzo inferiore.

Per rispondere e risolvere il problema della mancanza di fiducia da parte dei consumatori, risulta necessario garantire un elevato livello di equità, onestà e professionalità nel settore e una appropriata gestione di conflitti di interesse, compresi quelli legati alla remunerazione, nonché prevedere che la consulenza sia fornita nel rispetto degli interessi dei consumatori.

La direttiva in commento, con riferimento alla consulenza in materia di credito ipotecario, ha optato per l’obbligo di fornire spiegazioni adeguate e degli standard in materia di consulenza basati su taluni principi; garantire un elevato standard per quanto riguarda la consulenza in materia di mutui ipotecari è quindi elemento fondamentale per rafforzare la fiducia dei consumatori. Nonostante, infatti, la presenza del codice di condotta volontario in materia di informativa precontrattuale per i mutui – casa del 2001 ¹⁹⁶, il livello e la qualità di informazioni erogate ai consumatori continuano a rimanere sensibilmente differenti da uno Stato all’altro dell’Unione.

Per poter comprendere la natura dei servizi che gli vengono offerti, i consumatori devono, essere informati circa la possibilità di ricevere servizi di consulenza in determinati settori e quale finalità abbia questa consulenza.

Il servizio di consulenza in quanto tale, consiste in quel complesso di attività finalizzate a formulare delle raccomandazioni personalizzate al consumatore in merito ad una o più operazioni relative a contratti di credito, che costituiscono una attività separata rispetto alle attività di concessione o intermediazione del credito.

¹⁹⁵ Libro bianco della Commissione, del 18 dicembre 2007 sull’integrazione dei mercati del credito ipotecario nell’UE [COM\(2007\) 807](#)

¹⁹⁶ Si veda, a tal proposito, il punto 4.1 del libro Bianco sull’integrazione dei mercati UE del credito ipotecario

La Direttiva in esame, al fine di garantire il rispetto di *standards* di alto livello nella prestazione dei servizi di consulenza prevede almeno due tempi nello sviluppo del rapporto con il consumatore, in cui devono essere rispettati da parte degli operatori e nei confronti del consumatore alcuni oneri comportamentali.

La prima fase si colloca in una fase antecedente rispetto alla fornitura vera e propria dei servizi di consulenza o alla conclusione di un contratto per la prestazione dei servizi di consulenza, e onera (paragrafo 2) gli operatori che entrano in contatto col cliente di fornire un documento o uno strumento equivalente che conservi anche in futuro e per un periodo di tempo adeguato alle finalità prese di mira, contenente le seguenti informazioni: il compenso dovuto dal consumatore per i servizi di consulenza, o il metodo utilizzato per calcolarlo qualora al momento della informativa l'importo non possa essere quantificato; se l'esito dell'attività di consulenza si riferisca ai propri prodotti o a un'ampia gamma di prodotti tra quelli reperibili sul mercato, ai sensi delle lettere b) e c) del paragrafo 3.

Gli obblighi previsti sono volti a far comprendere al cliente, fin dal primo contatto, su quali basi verrà effettuata la raccomandazione finale, e soprattutto da quale tipo di consulente, evidenziando se si tratti di soggetti che operino o meno in regime di vincolo di mandato, ai sensi dei punti 5, 7 e 8 dell'articolo 4 della direttiva. Sulla base della prima informazione ottenuta, il consumatore saprà quale sia il costo della consulenza, anche in relazione agli interessi di cui sono portatori i professionisti con cui entra in contatto, potendo valutare fin da subito la convenienza o meno di iniziare una relazione contrattuale e di rivolgersi anche eventualmente a terzi, siano essi consulenti indipendenti o direttamente l'erogatore del mutuo o infine ad altro intermediario su sua consapevole richiesta.

Su richiesta del consumatore, gli intermediari del credito senza vincolo di mandato ma che ricevono commissioni da uno o più creditori devono anche fornire informazioni circa i diversi livelli delle commissioni che devono essere versate dai diversi creditori che erogano i contratti di credito proposti. Il consumatore deve essere informato circa il proprio diritto a richiedere e ricevere tali informazioni (articolo 15 paragrafo 2). Le informazioni dovute ai sensi del secondo paragrafo dell'articolo 22 possono essere fornite al consumatore anche sotto forma di informazioni precontrattuali ai sensi e con le modalità dell'articolo 14.¹⁹⁷

Il terzo paragrafo dell'articolo 22 evidenzia gli *standards* professionali che vengono richiesti agli operatori durante lo svolgimento del rapporto contrattuale di consulenza e fino alla conclusione dello stesso, con la formulazione delle raccomandazioni personalizzate. I creditori, gli intermediari del credito o i rappresentanti designati che forniscono servizi di consulenza devono innanzi tutto agire in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, requisiti più volte richiamati all'interno della direttiva. La prestazione del servizio di consulenza nei confronti del consumatore deve essere parametrata alla situazione reale del consumatore alla luce delle informazioni assunte; tenendo conto di ogni specifico bisogno comunicato dal consumatore e delle ragionevoli ipotesi circa i rischi cui è esposta la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto o dei contratti prospettati.

I consulenti devono parlare con i clienti per acquisire, ai fini della formulazione della raccomandazione finale, notizie sulla loro situazione personale e finanziaria, sulle preferenze e gli obiettivi, al fine di raccomandare contratti di credito adeguati. Le valutazioni che farà dovranno

¹⁹⁷ A tal fine, l'allegato II della Direttiva in commento, riportando nella parte A il modello PIES, nel riquadro 1 (relativo al soggetto erogante) e 2 (relativo all'intermediario del credito), contempla le informazioni relative all'eventuale fornitura di servizi di consulenza, la formula delle relative raccomandazioni, e solamente per l'intermediario la parte relativa alla remunerazione. La parte B del predetto allegato, relativa alle istruzioni di compilazione del PIES, indica come sostanziare le sezioni 1 e 2 del predetto documento in relazione agli eventuali servizi di consulenza prestati, con particolare riferimento alla remunerazione e al nome del soggetto che la corrisponde.

basarsi su notizie recenti ed aggiornate, escludendo i risultati di precedenti acquisizioni e valutazioni che non tengano conto dei mutamenti intervenuti in relazione a fattori rilevanti.

In questo contesto di acquisizione, ove è fondamentale il ruolo di collaborazione del consumatore nel fornire informazioni complete e precise, si potrà avere accesso ad una consulenza tendenzialmente obiettiva.

Una corretta consulenza costituisce, quindi, un elemento fondamentale per rafforzare la fiducia dei consumatori.

La direttiva, che persegue la finalità della più ampia circolazione delle informazioni in relazione ai contratti di credito, come abbiamo avuto modo di analizzare nei paragrafi che precedono, distingue la semplice attività di informazione, dalla consulenza vera e propria, che consiste in attività ulteriori, e che, se pur normalmente prestata da soggetti con diverso grado di indipendenza rispetto agli erogatori del credito, miri comunque e quanto meno ad un servizio obiettivo.

Persiste e si ritrova, dalla lettura di tutti gli articoli che si occupano del rapporto tra cliente e consumatore, la consapevolezza che non tutti i consumatori necessitano dello stesso livello di consulenza, come è altrettanto fondamentale che i creditori, nel fornire il servizio di consulenza relativo a contratti di credito, agiscano in “onesta, equa, trasparenza e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori”.¹⁹⁸

Viene operata la distinzione tra la consulenza prestata da: a) “creditori, intermediari del credito con vincolo di mandato e rappresentanti di intermediari del credito con vincolo di mandato” e b) “intermediari del credito senza vincolo di mandato e rappresentanti di intermediari del credito senza vincolo di mandato”.

Il creditore con vincolo di mandato deve prendere in considerazione un numero sufficiente di contratti, nell’ampia gamma di prodotti che ha a disposizione, e raccomandare *uno o più contratti adeguati ai bisogni e alla situazione finanziaria e personale del consumatore*, sulla base di una analisi equa e sufficientemente estesa dei prodotti offerti. Diversamente, gli intermediari del credito senza vincolo di mandato devono prendere in considerazione un numero “sufficiente di contratti di credito disponibili sul mercato” e raccomanderanno all’interno di questo maggior numero di contratti, proposti da diversi creditori, *uno o più contratti adeguati ai bisogni e alla situazione finanziaria e personale del consumatore*.

In ogni caso, i canoni a cui, comunque, tutti i consulenti, indipendentemente dalla presenza o meno di un vincolo di mandato, o della indipendenza degli stessi come individuata dalla Direttiva, devono adeguarsi nella prestazione della loro attività, consistono in una attività volta: a) a fornire spiegazioni adeguate ai sensi dell’articolo 16 della Direttiva in ordine alle caratteristiche essenziali dei prodotti proposti, agli effetti specifici che i prodotti possono avere, incluse le conseguenze del mancato pagamento da parte del consumatore; b) al perseguimento del miglior interesse del consumatore attraverso le informazioni da acquisirsi in merito ai suoi bisogni e alla sua situazione; c) alla raccomandazione di contratti di credito adeguati conformemente agli standard sopra descritti.

La prestazione professionale di consulenza, eseguita secondo i canoni sopra illustrati, si concluderà con una raccomandazione personalizzata che, nel sistema della direttiva, lungi dal poter essere formulata verbalmente, deve essere contenuta, al pari dell’informativa che precede la prestazione, su un documento cartaceo o su altro supporto durevole, così come individuato alla lettera m) art. 3 della Direttiva 2008/48/ CE

-Il servizio di consulenza si configura allorché sussistono “raccomandazioni personalizzate fornite al consumatore (...) in merito ad una o più operazioni relative ai contratti di credito (...).”¹⁹⁹ I finanziatori e gli intermediari potranno decidere se prestare o meno il servizio di consulenza.

¹⁹⁸ Art. 7 della Direttiva 2014/17/UE.

¹⁹⁹ Cfr., art.120 - *quinquies*, comma 1, lett. i) del T.u.b., in tema di consulenza al credito, LUPOLI, *La direttiva 17/2014/UE, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca*,

La conclusione di un contratto di consulenza, il cui schema negoziale possiamo ritrovarlo nel contratto di prestazione d'opera intellettuale o nel contratto di appalto di servizi, ha come obiettivo quello di assicurare al consumatore una valutazione preventiva sulla adeguatezza dei contratti di credito e, più in generale, dei prodotti creditizi propostigli dal finanziatore o dall'intermediario del credito rispetto alle sue esigenze e alle sue condizioni finanziarie. Tale valutazione, compiuta da un soggetto competente e professionale, si concluderà in una raccomandazione personale che verrà fornita al consumatore all'esito del procedimento valutativo. Entrando nel merito dei servizi di consulenza, la direttiva 2014/17/UE impone ai soggetti abilitati a prestarli il rispetto di alcuni obblighi di comportamento: obblighi informativi, obblighi che rilevano ai fini della individuazione delle modalità con cui il servizio deve essere prestato, fermo restando al di sopra di tutto il dovere dell'operatore del credito di agire rispettando i principi generali di cui all'art.7 della Direttiva.

Dall'analisi dell'art.22, primo paragrafo emerge che gli operatori creditizi “*indichino espressamente*” al consumatore, “*se i servizi di consulenza vengono prestati o possono essere prestati*”, tale previsione palesa la libertà concessa agli operatori del credito in ordine all'offerta di tale servizio, e trova giustificazione considerando l'attenzione riservata dal legislatore comunitario nel volere garantire che il consumatore sappia se potrà o se invece, dovrà stipulare un contratto di consulenza ai fini di ottenere la concessione del credito immobiliare. Tra i vari obblighi informativi, che gli operatori del credito devono rispettare, e il cui adempimento deve avvenire prima della esecuzione del contratto di consulenza su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, rilevano la precisazione dell'oggetto della raccomandazione ed il compenso dovuto dal consumatore per i servizi di consulenza.

Per quanto riguarda gli obblighi che individuano i parametri di elaborazione della raccomandazione personalizzata, l'art.22 della direttiva e l'art. 120 *terdecies* del t.u.b., stabiliscono che i creditori e gli intermediari del credito²⁰⁰ che agiscono con vincolo di mandato debbano prendere in considerazione un numero sufficiente²⁰¹ di contratti di credito tra quelli offerti e che raccomandino al consumatore uno o più contratti di credito adeguati ai suoi bisogni e alla sua situazione finanziaria e personale. Tutti i soggetti che agiscono, sono tenuti ad agire nel migliore interesse del consumatore, ad acquisire informazioni aggiornate sulla sua situazione finanziaria e personale, sui suoi obiettivi e, dovrà indicare, in ordine alle preferenze espresse dal consumatore, le ipotesi ragionevoli circa i rischi derivanti dalla conclusione di uno specifico contratto per la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto di credito raccomandato.

-Il paragrafo 4 dell'articolo 22 disciplina l'uso dei termini di “consulenza” e “consulente” da parte dei creditori, degli intermediari del credito e dei rappresentanti designati i quali, ai sensi del paragrafo 6 del detto articolo, sono i soli soggetti ordinariamente deputati alla prestazione di servizi di consulenza.

Tale disciplina consente agli Stati Membri di graduare la possibilità di usare detti termini ai soggetti comunque abilitati all'esercizio dell'attività di consulenza, potendo gli stessi Stati da un lato vietare l'uso dei termini in relazioni a particolari situazioni soggettive che qualificano il prestatore, o consentire l'uso dei termini fino alla possibilità di aggiungervi il requisito di indipendente; e ciò in conformità a quanto previsto originariamente al punto 3.3. del “Libro bianco”, ove si prevedeva che “*non tutti i consumatori necessitano dello stesso livello di consulenza*”.

Borsa e Titoli di credito, 2016, II.

²⁰⁰ Si precisa che qualora la consulenza sia svolta dagli intermediari senza vincolo di mandato a prestare servizi di consulenza, i contratti di credito di cui dovrà tenere conto la raccomandazione avranno una differenziazione più ampia in quanto l'intermediario dovrà guardare a tutti i prodotti disponibili sul mercato.

²⁰¹ La normativa interna precisa che debba trattarsi di un numero “sufficientemente ampio”, così l'art. 120 *terdecies*, c.3, lett.d) t.u.b.

Qualora i servizi di consulenza siano forniti ai consumatori direttamente dai creditori, dagli intermediari del credito con vincolo di mandato e dai rappresentanti designati di intermediari del credito con vincolo di mandato, gli Stati membri possono vietare l'utilizzo da parte dei prestatori dei termini “consulenza” e “consulente”.

Qualora gli Stati membri ordinariamente non si avvalgano della facoltà di introdurre il divieto, possono riconoscere la qualifica di “consulenza” o “consulente” indipendente solo se i soggetti legittimati all'esercizio della attività rispettino le seguenti condizioni: a) non sono remunerati per tali servizi di consulenza da uno o più creditori: b) prendano in considerazione un *numero sufficientemente ampio di contratti di credito disponibili sul mercato*.

In tal modo, qualora anche il creditore non limiti la consulenza ai soli suoi prodotti, ma estenda la sua attività a prodotti di credito proposti da terzi o, l'intermediario privo del vincolo di mandato, in riferimento all'intero mercato di riferimento, prenda in considerazione un numero sufficientemente ampio di contratti di credito, la attività di consulenza potrà essere riconosciuta talmente di alto livello da assurgere alla qualifica di Indipendenza.

Ai fini del riconoscimento dell'indipendenza, il requisito di cui supra sub a) si applica solo se il numero di creditori presi in considerazione è inferiore alla maggioranza del mercato.

Gli Stati membri hanno la possibilità di esigere condizioni ancor più rigorose per l'utilizzo della menzione di indipendenza riferita all'attività o al soggetto prestatore, tra le quali figura espressamente anche il divieto di ricevere una remunerazione dal creditore.

Il paragrafo 6 dell'art.22, impone agli Stati membri di assicurare che i servizi di consulenza siano ordinariamente prestati soltanto da parte dei creditori, degli intermediari del credito e dei rappresentanti designati.

Le prime due categorie di consulenti sono definite come persone fisiche o giuridiche che esercitano un'attività commerciale o professionale, così come indicato nei punti 2 e 5 dell'articolo 4 della Direttiva in commento: il rappresentante designato invece è una persona fisica o giuridica che svolge le attività di cui al punto 5 per conto di un solo intermediario del credito e sotto la responsabilità piena e incondizionata di quest'ultimo. Tutte le tre categorie ordinariamente abilitate all'esercizio dell'attività di consulenza, ai sensi dell'articolo 9 della direttiva, richiedono al loro personale di avere e conseguentemente mantenere, un livello di conoscenza e competenza adeguato per fornire servizi di consulenza. L'allegato III della predetta Direttiva specifica, declinandoli, i requisiti di conoscenza e competenza per il personale, prevedendo la possibilità per gli Stati membri di differenziare i livelli e i tipi di requisiti applicabili. Gli Stati membri provvederanno a che le autorità competenti vigilino sui requisiti richiesti, anche attraverso l'obbligo di fornire tutte le informazioni necessarie per l'esplicazione della detta vigilanza.

Le lettere a) b) c) del paragrafo sei, inoltre, individuano le persone fisiche o giuridiche che, pur non appartenendo alle categorie ordinariamente deputate alla prestazione dei servizi di consulenza possono, in presenza di apposita espressa opzione dello Stato membro, possono esercitare tale attività.

In particolare, può essere prestata consulenza in materia di crediti ipotecari dagli esercenti un'attività professionale, se tale attività è prestata a titolo accessorio e se la tale professione è disciplinata da disposizioni legislative o regolamentari, o da un codice di deontologia professionale che non escludono lo svolgimento di tali servizi.

Chi svolge abitualmente attività professionale disciplinata da disposizioni legislative o regolamentari per la soluzione di situazioni di insolvenza può esercitare attività di consulenza.

Possono, inoltre, prestare l'attività di consulenza, in presenza di espressa opzione dello Stato membro consulenza, coloro i quali prestano servizi pubblici o volontari di consulenza sul debito e che non operano, a differenza dei creditori e degli intermediari abilitati, su base commerciale.

Infine, sono ammessi all'esercizio di attività di consulenza le persone abilitate e sottoposte alla vigilanza delle autorità competenti conformemente ai requisiti per gli intermediari del credito di cui alla direttiva in commento. Tale ultima previsione ci rimanda, in riferimento al nostro diritto interno,

alla figura del mediatore creditizio disciplinata ora dall'art. 128-*sexies* T.U.B., introdotto dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che è colui che mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari previsti dal titolo V con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma. L'esercizio professionale nei confronti del pubblico dell'attività di mediatore creditizio è riservato ai soggetti iscritti in un apposito elenco tenuto dall'Organismo previsto dall'articolo 128-*undecies*. Il mediatore creditizio può svolgere esclusivamente l'attività indicata al comma 1 nonché attività connesse o strumentali. Il mediatore creditizio svolge la propria attività senza essere legato ad alcuna delle parti da rapporti che ne possano compromettere l'indipendenza.”.

1.13. La buona esecuzione dei contratti di credito.

La Direttiva 17/2014/Ue, affronta nel Capo X dedicato all'esecuzione del contratto di mutuo, la previsione dell'estinzione anticipata del finanziamento.

Viene sancito all'art.25 primo paragrafo della Direttiva che gli Stati membri devono assicurare che il “ *consumatore abbia il diritto di adempiere in tutto o in parte agli obblighi che gli derivano da un contratto di credito prima della scadenza di tale contratto*”, viene dunque sancita la facoltà per il consumatore di agire per l'estinzione anticipata di un contratto di finanziamento rispetto alla naturale scadenza e contemporaneamente la facoltà del consumatore di effettuare un rimborso anticipato del finanziamento.

Tale previsione non nuova all'interprete italiano, ricalca sia la facoltà del debitore, regolata in tema di mutuo fondiario (art. 40 D.Lgs. n. 385 del 1993 – T.U.B.), “*di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito*”, sia il diritto del consumatore di effettuare un “*rimborso anticipato*” del finanziamento, nel rispetto delle norme sul credito al consumo (art. 125-*sexies* del T.U.B.).

Avvalendosi di un diritto riconosciuto dalla legge o dal contratto, il debitore può, prima della scadenza del termine stabilito per la restituzione, corrispondere al creditore quanto dovuto per sorte capitale e per interessi già maturati, liberandosi in questo modo dal vincolo negoziale e così bloccando la produzione di ulteriori interessi.

In questa ottica, risulta evidente il vantaggio percepito dal mutuatario - consumatore che nell'esercizio di tale facoltà, ha una sostanziale riduzione del costo del credito, anche in vista di un'eventuale surrogazione *ex art. 120 quater* T.U.B.²⁰².

D'altra parte si osserva come lo scioglimento anticipato del rapporto comporti, per il creditore, un pregiudizio connesso alla perdita del diritto alla maturazione di ulteriori interessi, su cui la valutazione del merito creditizio del cliente si era anche basata.

Ovviamente, la facoltà di estinguere il prestito non è riconosciuta in ogni tempo della durata del contratto, ma il creditore può prevedere sia limiti temporali sia trattamenti diversi a seconda del tasso debitore o delle condizioni accordate al cliente.²⁰³

Proprio il “sacrificio” del creditore è a fondamento della pratica, in parte arginata fin dal cd. “Decreto Bersani *bis*” del 2007, di prevedere ed applicare un compenso per i casi di cessazione

²⁰² Sulla natura di “inelegante anglicismo” dell'espressione, P.SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di cd. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in AA. VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari. Atti del convegno organizzato a Venezia il 17 novembre 2007 dalla Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, *Il Sole 24 ore*, 2008, 100.

²⁰³ P.SIRENA, *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, in *I quaderni della Fondazione italiana del notariato*, maggio 2016.

anticipata del rapporto: la “penale” da estinzione anticipata, sulla quale interviene anche la direttiva europea che qui si esamina.

Proprio lo svantaggio subito dal creditore con il timore che questo potesse penalizzare la partecipa di estinzione anticipata con il pagamento di ingenti penali e ulteriori spese in capo al cliente, ha reso necessaria l'introduzione di apposite disposizioni contenute sempre nell'art.25, che al paragrafo terzo, permettono al creditore di percepire un indennizzo equo ed obiettivo per eventuali costi che siano direttamente connessi al rimborso anticipato, senza però imporre alcuna sanzione penale al consumatore; un indennizzo che abbia natura non sanzionatoria e che però non sia a totale discrezione del creditore che comunque è limitato nel senso che non potrà essere superiore alla perdita sofferta dal creditore e deve rientrare entro determinati livelli fissati dagli Stati membri.

1.13.1. Dibattito interno sulla natura giuridica dell'estinzione anticipata e art.25 della direttiva

È opportuno qualificare la natura della facoltà di estinzione anticipata all'interno del sistema delle obbligazioni e dei contratti, quale presupposto essenziale nell'ottica del recepimento della direttiva 2014/17/UE

La previsione di matrice europea, si esprime in termini di “adempimento anticipato”. Ci si domanda allora se sia davvero tale il senso dell'estinzione anticipata del mutuo, o se non possa invece inquadarsi in una *solutio ante diem*.

Sotto la vigenza dell'art. 40 T.U.B., precedente normativo interno rispetto alla previsione della direttiva, si sono confrontate diverse tesi sull'inquadramento civilistico della fattispecie “*estinzione anticipata*”, ossia del diritto del debitore di restituire quanto dovuto per sorte capitale e interessi maturati e liberarsi, così, dal vincolo negoziale.

Secondo una prima teoria, l'estinzione anticipata non poteva e non doveva confondersi con l'adempimento, giacché questo, per essere esatto, sebbene attuato prima della scadenza del termine, avrebbe dovuto avere ad oggetto la restituzione del capitale e di tutti gli interessi originariamente pattuiti²⁰⁴. Nel meccanismo che si esamina invece, il debitore restituisce, oltre al capitale, i soli interessi già maturati, così in un certo senso “diminuendo” l'importo della prestazione inizialmente dovuta a fronte di un'abbreviazione del termine di restituzione.

Ci si collocherebbe, dunque, nell'ambito di un'obbligazione con facoltà alternativa²⁰⁵, laddove l'unica prestazione è la restituzione di capitale e interessi dovuti sino alla scadenza del termine, mentre due sono i modi di estinzione: da un lato, l'esatto adempimento alla naturale scadenza e, dall'altro, il pagamento del debito da capitale residuo e degli interessi maturati fino al momento dell'esercizio della facoltà.

L'obbligazione con facoltà alternativa sorgerebbe *ex lege*, nel caso della previsione di cui all'art. 40 T.U.B., oppure potrebbe essere oggetto di un'apposita clausola negoziale delle parti all'interno di un mutuo ordinario, in tale ultimo caso una simile clausola potrebbe atteggiarsi, oltre che come fonte di un'obbligazione con facoltà alternativa, come pattuizione preliminare di *datio in solutum* o *pactum de in solutum dando*, con cui il debitore e la banca si accordano nel senso che quest'ultima accetti, su proposta del debitore e durante l'esecuzione del rapporto, la diversa prestazione (il pagamento del capitale e degli interessi già maturati) in luogo dell'adempimento esatto, *ex art. 1197 c.c.*²⁰⁶.

²⁰⁴ DOLMETTA-SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di “estinzione anticipata” nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 524.

²⁰⁵ DOLMETTA-SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di “estinzione anticipata” nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, *cit.*, 527.

²⁰⁶ Accomuna, con riferimento all'art. 40 T.U.B., la previsione di un'obbligazione con facoltà alternativa e l'ipotesi di *datio in solutum ex art. 1197 c.c.*, tradizionalmente distinte in base al

Ancora, ove si intendesse attribuire al debitore il diritto potestativo di adempiere effettuando la prestazione diversa da quella originariamente convenuta, la clausola conterrebbe un'opzione di *datio in solutum*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1331 c.c. e 1197 c.c.

Queste ricostruzioni si affermano a fronte della palese difficoltà di poter così semplicemente ricondurre l'estinzione precedente alla scadenza ad un adempimento anticipato puro, quale evocato anche dalla direttiva in commento. L'ostacolo maggiore, invero, che si rinviene rispetto al riconoscimento di un diritto del debitore di adempiere *ante diem* è quello secondo cui questi non potrebbe, con un'iniziativa unilaterale, modificare un termine che è pattuito dalle parti concordemente, *ex art.* 1816 c.c. ed in assenza di deroga espressa, nell'interesse di entrambi i contraenti²⁰⁷.

La previsione della facoltà di estinzione anticipata dovrebbe derivare, allora, da un accordo bilaterale modificativo, *ex art.* 1321 c.c., del titolo dal quale l'obbligazione nasce.

Concretamente, poi, l'eliminazione del termine di adempimento, potrebbe anche essere prevista in capo ad una sola parte, purché in virtù di un diritto potestativo che incida sul titolo ad essa espressamente attribuito. Un simile diritto dovrebbe, però, derivare dal contratto a monte attraverso la previsione di un patto di opzione avente ad oggetto la modifica del regolamento e l'eliminazione del termine di adempimento oppure dalla legge (in ipotesi, come quella *ex art.* 40 T.U.B., in cui il debitore può di sua iniziativa "cancellare" il termine originariamente stabilito).

Sulla scia di questo ragionamento, il compenso dovuto per l'estinzione anticipata costituirebbe il corrispettivo per il consenso del creditore alla modifica del vincolo oppure, nei casi in cui tale modifica sia ammessa *ex lege*, un semplice ristoro attribuito al medesimo a fronte della riduzione temporale dell'obbligazione della controparte.

Le configurazioni delineate, tuttavia, sembrano essere superate da un ulteriore approccio che, alla luce della finalità di tutela dell'art. 40 T.U.B. e della natura di contratto di durata del mutuo, ne ammette lo scioglimento unilaterale *in executivis*, eventualmente nel rispetto di un dato termine e a fronte del pagamento di un corrispettivo.

Secondo questa prospettiva, il diritto a estinguere anticipatamente il finanziamento si potrebbe qualificare come un diritto di recesso, e, quindi in tale senso il debitore potrebbe addivenire allo scioglimento unilaterale del vincolo. Da tale scioglimento, deriverebbe la restituzione degli importi ancora dovuti sia a titolo di rimborso capitale che d'interessi già maturati, mentre si arresterebbe, naturalmente, la produzione degli interessi ulteriori, in base al principio della cessazione *ex nunc* del rapporto (art. 1373 c.c.).

Di più, il corrispettivo eventualmente previsto a favore del creditore per l'esercizio del recesso si qualificherebbe in termini di multa penitenziale, ai sensi dell'art. 1373 c. 3 c.c., e dovrebbe essere versato al momento stesso del recesso, condizionandone l'efficacia. In quest'ottica, la previsione dettata in tema di mutuo fondiario avrebbe ad oggetto un recesso legale²⁰⁸ con finalità di protezione²⁰⁹ del debitore mutuatario, al quale è attribuita la possibilità di liberarsi dal vincolo conseguendo un notevole risparmio sul costo totale del credito.

momento – iniziale o successivo – in cui diviene attuale la possibilità di eseguire una diversa prestazione, ORLANDI, *Mutuo e recesso (Nella teoria degli effetti riduttivi)*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 4, 2009, 80, secondo cui "sembra sotto questa luce che la norma si lasci ricondurre al generale ambito delle obbligazioni con facoltà alternativa (riconducibili nella sfera di applicazione dell'art. 1197 c.c.)".

²⁰⁷ Sull'importanza dell'art.1816 c.c. nel sistema dei contratti bancari si veda MACARIO, *Commento agli artt. 121-126, nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, Bologna, 2003, 2071.

²⁰⁸ RUMI, *Divieto di clausole penali e conformazione del contratto nel Decreto "Bersani bis"*, in *Contratti*, 8-9, 2010, 828.

²⁰⁹ L'espressione "recesso di protezione" è di D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc.*

-Alla medesima finalità di protezione del consumatore si ispira la direttiva in commento, nel ricalcare, all'art. 25 par. 1, l'art. 40 del T.U.B., prevedendo la facoltà di estinzione anticipata del finanziamento.

Le riflessioni appena tracciate in ordine all'inquadramento civilistico della fattispecie "estinzione anticipata" possono, allora, aiutare, per delineare la migliore strada per il recepimento della regola di matrice europea.

La direttiva 17/2014/UE, letteralmente, fa riferimento ad un vero e proprio "adempimento anticipato" ("*early repayment*"). Tuttavia, alla luce delle esposte difficoltà di inquadramento circa l'ammissibilità di una *solutio ante diem* nel caso in esame, l'ipotesi più lineare parrebbe quella di abbandonare il dato letterale e il tentativo di voler inquadrare l'adempimento anticipato in una qualche categoria giuridica, per orientare invece l'attuazione della direttiva alla luce della sua finalità protettiva, fornendo una regola chiara e operativamente apprezzabile nella disciplina dei contratti di concessione del credito ai consumatori.

Tale regola potrebbe, allora, sostanziarsi proprio nella previsione di un *recesso legale* di protezione, cioè nel diritto potestativo del consumatore di sciogliere unilateralmente il vincolo prima della scadenza programmata, così impedendo il proliferare degli interessi ancora non maturati.

È opportuno, ora, soffermarsi sui limiti cui, in base alla direttiva, può essere circondata la facoltà di estinzione anticipata del finanziamento. La riflessione, non può trascendere da un confronto tra le previsioni di nuovo conio della fonte europea con il contesto normativo nazionale, nell'ottica di massima salvaguardia del consumatore-debitore

Il secondo paragrafo dell'art. 25 ammette la possibilità che ciascuno Stato membro possa subordinare a talune condizioni (restrizioni temporali, differenziazioni per le ipotesi di tasso fisso o variabile) l'esercizio del diritto di estinguere il rapporto con l'ente finanziatore prima della sua naturale scadenza.

La norma consente, dunque, un contemperamento tra quelle che sono le esigenze del creditore, che ha una legittima aspettativa circa la durata del rapporto e la maturazione degli interessi pattuiti e, quelle del debitore che voglia esercitare il proprio diritto di *recesso*. Si pensi, faccia il caso del pregiudizio che deriva al creditore dal rimborso anticipato di un mutuo a tasso fisso: questa ipotesi determina, infatti, una considerevole riduzione del vantaggio del mutuante rispetto al finanziamento erogato, dal momento che questo avrebbe consentito il massimo vantaggio solo grazie allo svolgimento del rapporto lungo tutto l'arco temporale inizialmente stabilito. Per tale ragione la direttiva, al paragrafo 5 dell'art. 25, ammette la possibilità che simili situazioni richiedano, affinché si possa verificare l'estinzione anticipata, l'esistenza di un "*legitimate interest*" del consumatore²¹⁰.

Quanto al paragrafo 3 dell'art.25, esso contiene una regola di grandissimo interesse nella prospettiva dell'attuazione della direttiva, avente ad oggetto il compenso dovuto alla banca per il caso di estinzione anticipata del mutuo.

Si ammette, infatti, la possibilità che gli Stati membri prevedano "*che il creditore abbia diritto, laddove giustificato, ad un indennizzo equo ed obiettivo per gli eventuali costi direttamente connessi al rimborso anticipato.*" Viene quindi permesso al creditore di percepire un indennizzo equo e obiettivo per eventuali costi direttamente connessi al rimborso anticipato, senza però poter imporre alcuna sanzione penale al consumatore; un indennizzo che può essere limitato quantitativamente oppure temporalmente ("gli Stati membri possono prevedere che l'indennizzo non possa superare un determinato livello o sia consentito soltanto per un certo periodo").

La terminologia utilizzata e, l'esplicitazione della natura non sanzionatoria della prestazione posta a carico del debitore, esprime la necessità che il compenso rappresenti un mero ristoro per la banca, dovuto dal debitore a fronte della cessazione anticipata del rapporto. Da questo punto di vista,

dir., *Annali*, II, 2, Milano, 2008, 578.

²¹⁰ Su cui, per tutti, BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1964.

chiara è l'assonanza con la previsione di cui all'art. 125 *sexies* T.U.B., in materia di credito al consumo, ove l'indennizzo pattuito deve essere "oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito".

Orbene, occorre vagliare la compatibilità di quanto previsto dalla direttiva 17/2014/UE con la normativa interna, da un lato, l'art. 40 T.U.B. e, dall'altro, l'art. 120 - *ter* T.U.B., a sua volta di derivazione dell'art. 7 del D.L. 7/2007 (cd. Bersani *Bis*)²¹¹, il cui contenuto è stato trasposto nel testo unico bancario dal D.Lgs. 141/2010, attuativo della direttiva sul credito al consumo²¹².

L'art. 40 T.U.B., ammette che il debitore che voglia estinguere anticipatamente il rapporto, corrisponda "*un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito*"²¹³. La prassi negoziale del mutuo ordinario riproduce la regolamentazione legale del mutuo fondiario, prevedendo la possibilità di anticipata estinzione a fronte del pagamento di una somma di denaro, talora attecnicamente qualificata in termini di "penale".

Il "compenso onnicomprensivo" diviene, allora, quello strumento attraverso cui il creditore tenta di reagire al pregiudizio che gli deriva dalla cessazione del rapporto di mutuo pregiudizio inquadrato nella impossibilità di poter produrre ulteriori interessi, sui quali si era confidato all'atto della concessione del finanziamento.

La finalità di mero ristoro propria del compenso da anticipata estinzione viene, dunque, piegata da una prassi negoziale volta a favorire l'abuso del creditore, il quale finisce con l'imporre prestazioni gravose al mutuatario e tali da scoraggiarne l'esercizio del potere di *exit*.

Si pensi, per esempio, alle condizioni afflittive cui in molti mutui a tasso variabile viene ricollegata, fino a un certo momento, la scelta del debitore di rimborsare il capitale ancora dovuto e gli interessi già maturati prima della scadenza naturale del contratto.

Una simile prassi, però, è destinata a fallire per due ordini di ragioni: la prima è quella della pressante esigenza di tutela del cliente persona fisica, che si avverte nella progressiva sensibilizzazione del legislatore italiano alle istanze di matrice europea; il secondo, consiste nella spinta concorrenziale che viene data, ad un certo punto, al mercato del credito.

Dalla combinazione di tali prospettive nasce la prima importante modifica nel 2007 con l'emanazione del cd. Decreto Bersani *bis* che all'art.7 sancisce la nullità di "*qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, ivi incluse le clausole penali, con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo (...) sia tenuto ad una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante*".²¹⁴

Emerge, la doppia anima della direttiva, da una parte una tutela del cliente- consumatore, dall'altra la tutela della concorrenza, così come si evince dai presupposti soggettivi ed oggettivi dei contratti di

²¹¹ D.L. d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, in G.U. 2 aprile 2007, n. 77, Suppl. ordinario n. 91.

²¹² D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in G.U. n. 207 del 4 settembre 2010 – Suppl. ordinario n. 212.

²¹³ Sull'entità di tale compenso interviene la deliberazione C.I.C.R. del 9 febbraio 2000, secondo cui lo stesso deve risultare dal contratto di mutuo, insieme con la formula utilizzata per il calcolo, proseguendo, infine, affermando la necessità di una clausola contrattuale nel mutuo fondiario con cui si chiarisca la circostanza che "nessun altro onere" possa essere addebitato al cliente per il caso di anticipata estinzione.

²¹⁴ Secondo il primo comma dell'articolo 7 del decreto Bersani-bis: «E' nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, ivi incluse le clausole penali, con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche, sia tenuto ad una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante»

finanziamento cui il divieto accede e, dal coordinamento con il successivo art. 8 del D.L. 7/2007, dedicato alla “portabilità” del mutuo²¹⁵.

Quanto al primo profilo, l’art. 7 del Decreto Bersani – bis delimita il campo di applicazione del divieto di qualsivoglia prestazione a favore del mutuante ai contratti di mutuo stipulati da persone fisiche “*per l’acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale.*”

Quanto al secondo aspetto, invece, la semplificazione dell’esercizio del diritto di estinzione anticipata è funzionale a garantire effettività alla portabilità di cui all’art. 8: il rimborso *ante diem*, infatti, non si collega al subitaneo rinvenimento di una provvista prima mancante ma, nella *ratio legis*, mira proprio alla ricerca di condizioni di credito più vantaggiose, anche nel corso dell’esecuzione del rapporto. Rinvenute tali condizioni, il debitore può avvalersi dell’istituto della surrogazione di cui all’art. 1202 c.c., come adattato dall’art. 8 del Decreto Bersani *bis*, così sostituendo la nuova banca creditrice nei diritti spettanti al primo mutante e, segnatamente, nella garanzia ipotecaria, mentre quest’ultimo viene definitivamente soddisfatto grazie alla provvista del mutuo di scopo stipulato tra debitore e mutuante successivo.

Il binomio “estinzione anticipata-portabilità” si ritrova, poi, nel testo unico bancario, dove gli artt. 120 *ter* e 120 *quater*, introdotti dal D.Lgs. 141 del 2010, ripropongono il precedente sistema²¹⁶, confermando il legame esistente tra la facoltà debitoria di determinare lo scioglimento del rapporto e l’operatività della surrogazione ex art. 1202 c.c.

In particolare, l’art. 120 *ter* T.U.B. prevede la nullità del patto o della clausola con cui “*si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l’estinzione anticipata o parziale dei mutui stipulati o accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122.*”

Il campo di applicazione del divieto²¹⁷ continua a essere delimitato dai presupposti del precedente art. 7 D.L. 7/2007: il mutuo, deve essere stipulato o accollato per l’acquisto o per la ristrutturazione di un immobile che il mutuatario persona fisica adibisca ad abitazione o allo svolgimento della propria attività economica o professionale.

²¹⁵ Sul punto, CALEO, *Estinzione dei mutui bancari e cancellazione dell’ipoteca nella Bersani bis*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 529 ss.; FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell’ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2007, 5, supplemento, 3 ss.; PETRELLI, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità nel decreto legge Bersani-bis*, in *Notariato*, 2007, 110 ss.

²¹⁶ Nell’ottica di questa correlazione svolge le sue riflessioni A.FUSARO, *La portabilità dei mutui nel Testo Unico Bancario*, in *Contratto e impresa*, 2011, 6, 1422 ss.

²¹⁷ I profili relativi alla successione di norme nel tempo sono regolati dall’art. 161, comma 7 *ter*, del T.U.B., secondo cui “le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell’articolo 120 *ter* si applicano ai contratti di mutuo per l’acquisto della prima casa stipulati a decorrere dal 2 febbraio 2007 e ai contratti di mutuo per l’acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche stipulati o accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, a decorrere dal 3 aprile 2007”. La norma si occupa anche della misura massima dell’importo della “penale” dovuta per il caso di estinzione anticipata o parziale dei mutui indicati nel comma 1 dell’articolo 120 *ter* e stipulati antecedentemente al 2 febbraio 2007, rinviando, sul punto, a “quella definita nell’accordo siglato il 2 maggio 2007 dall’Associazione bancaria italiana e dalle associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell’articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206”. Inoltre, “le banche e gli intermediari finanziari non possono rifiutare la rinegoziazione dei contratti di mutuo stipulati prima del 2 febbraio 2007, nei casi in cui il debitore proponga la riduzione dell’importo della penale entro i limiti stabiliti ai sensi dell’accordo di cui al periodo precedente”.

Entro tali confini, qualsiasi previsione di un corrispettivo in favore della banca è inficiata dalla nullità che, per espressa previsione di legge e a garanzia della massima tutela del cliente, “non comporta la nullità del contratto” (nullità parziale necessaria) ²¹⁸.

Si disegna, allora, un’area protettiva ben definita per il cliente persona fisica che stipuli un contratto di finanziamento vista dell’acquisto o della ristrutturazione di un’abitazione o di un locale commerciale o professionale. In quest’area, vige il divieto assoluto di prevedere qualsiasi compenso a favore della banca mutuante per il caso di anticipata estinzione.

A beneficiare di questo tipo di misura è, inoltre, non solo il consumatore, inteso nella tradizionale accezione di persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, ma pure l’imprenditore/ professionista, il quale contragga un mutuo finalizzato all’acquisto (o alla ristrutturazione) dell’immobile destinato alla sua attività.

-Un ulteriore spazio di tutela è, poi, riservato al debitore-consumatore nel campo dei contratti di credito al consumo (e, dunque, entro i margini applicativi di cui all’art. 122 T.U.B.)²¹⁹, ove il rimborso anticipato del finanziamento, di cui all’art. 125 *sexies* del T.U.B., si può accompagnare ad “indennizzo equo ed oggettivamente giustificato” in favore del finanziatore. A dimostrazione della natura non sanzionatoria di siffatta erogazione, la norma da ultimo richiamata detta precisi parametri quantitativi, riferendosi a un tetto massimo pari all’1% dell’importo rimborsato in anticipo ove la residua durata del contratto superi l’anno e ad una soglia dello 0,5% del medesimo importo ove siffatta durata sia pari o inferiore ad un anno. A ciò si aggiunge la previsione di un limite applicabile “in ogni caso”, in base al quale mai l’indennizzo da anticipata estinzione “può superare l’importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto” (art. 125 *sexies* c. 2 T.U.B.).

-A completamento di un simile quadro, infine, possono essere ricordate due disposizioni. La prima di esse, contenuta nello stesso testo unico bancario (art. 144, comma 3 *bis*, lettere b e c), commina una sanzione pecuniaria ingente ai dipendenti bancari nel caso di “inserimento nei contratti di mutuo di clausole nulle, che impongano al debitore oneri superiori a quelli consentiti o pongano ostacoli al diritto all’estinzione anticipata del finanziamento”.

La seconda (art. 22 comma 11 *quater* del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221), più recente, affronta, invece, la questione nell’ottica del collegamento negoziale tra mutuo e “*contratti di assicurazione connessi*” per i quali “*sia stato corrisposto un premio unico il cui onere è sostenuto dal debitore/assicurato*”, affermando l’obbligo dell’assicuratore di restituire “*al debitore/assicurato la parte di premio pagato relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria*” e, così, arginando ulteriormente il rischio di una perdita economica in capo al debitore che decida di estinguere il mutuo. Un meccanismo opaco o iniquo di restituzione del premio già pagato ma non maturato, infatti, rappresenta uno dei più significativi

²¹⁸ A proposito di tale nullità si veda DE NOVA, *La nullità di pattuizioni e clausole penali di estinzione anticipata dei mutui immobiliari: ambito di applicazione e problematiche operative*, in *Atti del Convegno Paradigma, Il contratto di mutuo nella “Manovra liberalizzazioni”*, Milano, 15-16 maggio 2007, secondo cui la norma in esame prevede una nullità di protezione assoluta e non relativa. Per la qualificazione in termini di nullità relativa, invece, FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, 525, nonché DOLMETTA- SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*, 553 ss.

²¹⁹ Si segnala che, nel contesto in esame, il recepimento dell’art. 25 della direttiva, avente ad oggetto l’estinzione anticipata del finanziamento, comporterebbe una sovrapposizione solamente parziale con il disposto dell’art. 125 *sexies* T.U.B., il quale non si applica, in particolare, ai sensi dell’art. 122 c. 1 T.U.B., nei casi di “finanziamenti di importo (...) superiore a 75.000 euro” (lett. a) e di “finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili aventi una durata superiore a cinque anni”(lett. f).

elementi in virtù dei quali il debitore può essere scoraggiato nella scelta sul se sciogliere un contratto di mutuo e fruire effettivamente del proprio diritto all'anticipata estinzione²²⁰.

Definito il quadro normativo nazionale, è necessario soffermarsi sull'impatto che su di esso ha l'art. 25 della direttiva in commento, tenendo presente l'ambito di applicazione della stessa ed il grado di armonizzazione prefissato dalle istituzioni europee.

-Per quanto attiene all'applicazione nazionale dell'art.25²²¹ si consideri quanto segue. Ad un primo approccio, emerge chiaramente la prima nota dissonante: da un lato l'ammissibilità del compenso

²²⁰ Si veda, sul punto, la Decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Coordinamento, n. 6167 del 2014, 17 e 18, secondo cui “gli intermediari tendono a sfruttare l'ammontare cospicuo dei caricamenti per scoraggiare in vari modi l'estinzione anticipata ottenendo con ciò effetti anticoncorrenziali ed, in ogni caso, in diametricale contrasto con gli scopi di *policy* perseguiti dal legislatore europeo e nazionale che sono diretti a consentire, ed agevolare, lo scioglimento anticipato del contratto proprio per consentire che la concorrenza tra operatori finanziari dispiegare i suoi benefici effetti lungo tutto l'arco temporale del rapporto”. Il problema sussiste, in particolare, allorché l'intermediario, come nella maggior parte dei casi accade, corrisponde all'assicuratore del collegato contratto l'intero premio dovuto dal debitore, in modo da garantire a se stesso l'operatività della protezione dal rischio (arg. *ex art.* 1901 c.c.) di inadempimento degli obblighi di restituzione derivanti dal finanziamento. Il costo inizialmente gravante sull'intermediario finanziatore viene, poi, a comporre l'importo globale delle rate pattuite secondo il piano di ammortamento, aggiungendosi alla quota capitale e agli interessi dovuti dal debitore. Laddove, dunque, quest'ultimo si determini nel senso dell'estinzione anticipata del rapporto, dando luogo altresì alla cessazione totale del rischio coperto dall'assicurazione (che è proprio l'inadempimento dell'obbligo di restituzione sorto dal contratto di mutuo), egli ha diritto alla ripetizione di quelle somme di premio che, pur connesse a un rischio di inadempimento futuro e ormai azzerato (a fronte del rimborso anticipato), sono state già corrisposte in ragione del piano di ammortamento.

²²¹ Quello sull'estinzione anticipata dei mutui immobiliari è uno degli argomenti più ricorrenti sottoposti all'attenzione dell'Arbitro Bancario e Finanziario. Tra le decisioni più recenti dell'ABF, la n. 9200 del 16 dicembre 2015, precisa come il Decreto Bersani sanziona con la nullità qualsiasi clausola penale a condizione che il mutuo sia stato sottoscritto successivamente al 2 febbraio 2007 e che sia stato richiesto da persone fisiche per l'acquisto/ ristrutturazione di un immobile adibito ad abitazione o alla svolgimento dell'attività professionale; nel caso in questione, la banca è stata condannata a restituire parte della penale addebitata al cliente in seguito all'estinzione anticipata del mutuo acceso presso di essa, ad eccezione della parte di penale calcolata sulla percentuale del finanziamento che era stato utilizzato per estinguere un mutuo precedente (cui la banca ha diritto quando stipulato precedentemente all'entrata in vigore del Decreto Bersani). Un'ulteriore decisione datata 16 giugno 2015, n. 4877, ha invece ritenuto che nel caso in questione non potesse trovare applicazione l'art. 120 – ter T.u.b., dal momento che la finalità indicata per il mutuo concesso era differente a quelle previste dalla disposizione; il caso in oggetto rientra invece a tutti gli effetti nei limiti dell'applicazione dell'art.120- quater, comma terzo del t.u.b., che prevede l'esclusione di penali in caso di surrogazione del contratto di mutuo e quindi la gradualità dell'operazione, affermando che la clausola precedente la penale fosse nulla e la banca è stata condannata al rimborso di quanto incassato.

La tendenza in generale, sembra essere quella di protezione del consumatore – mutuatario di fronte a comportamenti scorretti da parte dell'intermediario, anche in caso di addebito non dovuto della penale di estinzione anticipata; inoltre pare pacifico che sebbene l'art.25 della direttiva mutui, preveda la possibilità di applicare, da parte delle banche, equi indennizzi per estinzione anticipata, questa disposizione non sia stata recepita dal legislatore nazionale alla luce del Decreto Bersani e della clausola di armonizzazione minima.

alla banca per l'estinzione anticipata, sancita dal paragrafo 3 dell'art.25 della direttiva 17/2014/UE e, da un lato la nullità, ex art. 120 *ter* T.U.B., di ogni pattuizione che imponga al debitore mutuante un sacrificio economico connesso alla cessazione del rapporto, dall'altro lato.

La regola europea, salutata con favore dall'ABI²²², parrebbe, allora, segnare il tramonto del cd. "mutuo sociale"²²³ o, quanto meno, condurre ad un sensibile temperamento della neutralità economica della scelta debitoria di estinguere il finanziamento.

Vuole con ciò dirsi che, il mero recepimento della direttiva comporterebbe un ritorno al sistema antecedente al 2007, con il conseguente inasprimento di oneri a carico del cliente connessi al rimborso *ante diem* del capitale ancora dovuto e degli interessi già maturati. Il tutto, naturalmente, con ripercussioni negative sulla portabilità dei mutui e, di riflesso, sulla concorrenza nel mercato del credito bancario.

La pericolosa sovrapposizione tra l'ambito applicativo della direttiva, riguardante i contratti di concessione del credito "ai consumatori, garantiti da ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali" (art. 1 direttiva 2014/17) e, quello del divieto di cui all'art 120 *ter* T.U.B., concernente, tra gli altri, i contratti di mutuo finalizzati all'acquisto di un immobile destinato ad abitazione, condurrebbe, poi, ad un'immediata erosione del sistema di garanzie preposte alla buona esecuzione dei mutui ipotecari stipulati da persone fisiche.

Una pedissequa trasposizione nell'ordinamento interno dell'art. 25 creerebbe, invece, la situazione per cui le tutele di cui all'art. 120 *ter* T.U.B. resterebbero intatte relativamente ai mutui finalizzati all'acquisto di immobili adibiti all'esercizio di attività commerciali o professionali, non interessati dalla direttiva, mentre a venire meno sarebbero le sole previsioni a salvaguardia del consumatore.

Tuttavia, alla luce del grado di armonizzazione stabilito dalla direttiva 17/2014/UE, non trattandosi di "armonizzazione piena" è, pertanto, fatta salva per gli Stati membri la "facoltà di mantenere o introdurre disposizioni più stringenti per tutelare i consumatori" rispetto alle regole da essa stabilite (così l'art. 2 della direttiva in commento, che ne ricalca il *Settimo Considerando*) e, tra queste disposizioni, pare si possa annoverare, oggi, proprio l'art. 120 *ter* T.U.B., che supera, quanto al tipo di protezione, la regolamentazione predisposta a livello europeo.

Alla luce di ciò la disciplina applicabile per le ipotesi di estinzione anticipata continuerà ad essere quella dell'art.7 del Decreto Bersani – bis, che vieta l'applicazione di qualsiasi spesa o sanzione a carico del consumatore mutuatario in caso di estinzione anticipata del proprio prestito; più precisamente le disposizioni di cui all'art. 120 – *ter* si applicano ai contratti di mutuo per l'acquisto della prima casa stipulati dal 2 febbraio 2007, mentre la misura massima dell'importo della penale dovuta in caso di estinzione anticipata di mutui per la prima casa stipulati prima del 2 febbraio 2007 è quella indicata dall'Associazione bancaria italiana nell'accordo siglato il 2 maggio 2007.²²⁴

Di notevole utilità, inoltre, sarebbe il potenziamento degli oneri informativi connessi all'anticipata estinzione del finanziamento, previsto al paragrafo 4 dell'articolo 25. La norma impone la quantificazione delle "implicazioni per il consumatore in caso di adempimento dei suoi obblighi prima della scadenza del contratto di credito", mostrando il connubio tra forma e sostanza, tra

²²² Comunicato stampa dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI), rilasciato in data 21 dicembre 2013 e reperibile sul sito www.abi.it.

²²³ Nota 223.

²²⁴ Auspicabile secondo dottrina, (G. DONADIO cit.) sarebbe, dal punto di vista dell'incremento delle tutele, la generalizzazione del diritto all'estinzione anticipata, ex art. 25 paragrafo 1: sotto questo profilo, infatti, il recepimento della direttiva opportunamente condurrebbe alla creazione di una norma di ampio respiro, attributiva, nell'ipotesi ricostruttiva sopra proposta, di un recesso legale al mutuatario consumatore, anche al di fuori dello schema del mutuo fondiario ex art. 38 ss. T.U.B. e delle ipotesi credito al consumo, in cui la cessazione del rapporto su iniziativa del debitore è attualmente prevista *ex lege* ma può essere fortemente condizionata dai confini applicativi degli istituti.

trasparenza ed effettività della tutela, che caratterizza il contesto in esame. È noto, infatti, che in materia di contratti di concessione del credito, l'abuso del finanziatore può nascondersi dietro un'informazione scorretta che, seppur formalmente rispettosa di quelle che sono le prescrizioni in tema di rimborso anticipato, non ponga però il debitore nelle condizioni di esercitare liberamente e consapevolmente la scelta riguardante la cessazione del rapporto²²⁵. Siffatta oscurità è in grado di determinare, secondo quanto affermato in recenti decisioni²²⁶ del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario, sulla scorta di un noto orientamento della Corte di Giustizia dell'UE²²⁷, la natura abusiva delle clausole stesse e la loro conseguente nullità *ex art. 36 Cod. Consumo*.

In tale panorama, pertanto, l'imposizione di chiari meccanismi di quantificazione dei costi connessi all'estinzione anticipata consentirebbe di arginare una prassi negoziale scorretta, recependo pienamente le indicazioni fornite dalla giurisprudenza europea.

1.13.2. (segue) art. 28 “Morosità e pignoramenti”.

Guardando alle premesse racchiuse nei considerando e alle disposizioni che attengono in modo più specifico ai doveri di condotta del creditore nel caso di inadempimento del mutuatario, si nota come nel considerando numero 27 il legislatore europeo mostri consapevolezza di quelle che sono le conseguenze dannose che una procedura esecutiva può arrecare non solo al consumatore, che può vedersi privato di un bene di primo rilievo, qual è il bene immobile residenziale ma anche al creditore che è tenuto ad anticipare i costi della procedura (spesso senza garanzia del soddisfacimento delle proprie pretese in seno alla medesima) e, da ultimo, alla stabilità finanziaria.

Da qui la convinzione del legislatore europeo che per i creditori sia opportuno “*affrontare in modo proattivo il rischio di credito emergente in una fase precoce del rapporto*”²²⁸. Il riferimento è dunque al caso dell'inesatto adempimento dell'obbligo restitutorio da parte del consumatore verificatosi in un momento temporalmente prossimo alla conclusione del contratto di credito e che può manifestarsi, ad esempio, nel ritardato o mancato pagamento delle rate del mutuo immobiliare. A tale rischio il creditore dovrebbe quindi guardare in un'ottica di prevenzione predisponendo un piano volto ad evitare l'accadimento piuttosto che a pensare alle conseguenze. Nel caso in cui l'inadempimento si verifichi già dopo la conclusione del contratto di

²²⁵ È questo il caso, per esempio, delle clausole di mutui indicizzati rispetto ad una valuta straniera, ove è imposta al cliente che voglia estinguere il finanziamento una duplice conversione del capitale residuo: dapprima al tasso di cambio convenzionale con altra valuta e poi al tasso di periodo, senza che tuttavia sia dato conto delle effettive operazioni che portano alla quantificazione dell'importo dovuto. Simili clausole, a ben vedere, nascondono un importante aumento del costo dell'operazione, non consentendo una valutazione ponderata della stessa, in virtù della loro formulazione poco trasparente.

²²⁶ In particolare, il riferimento è alle decisioni del 29 luglio 2015 dell'ABF, Collegio di Coordinamento, numeri 5855, 5866 e 5874.

²²⁷ Le decisioni citate richiamano, infatti, la sentenza della Corte di Giustizia UE, IV Sez., del 30 aprile 2014 (caso Árpád Kásler e Hajnalka Kásler c. OTP Jelzálogbank Zrt), C-26/13, il cui testo è reperibile su www.curia.europa.eu. La Corte di Giustizia afferma, in particolare (par. 75), che nella valutazione di abusività, “è necessario intendere il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile nel senso di imporre non soltanto che la clausola in questione sia intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera al quale si riferisce la clausola in parola nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano”.

²²⁸ Così il considerando n. 27 della direttiva 2014/17/UE.

credito è infatti probabile che lo stesso si ripeterà nel prosieguo della relazione e che, considerato il breve lasso temporale intercorso tra l'inadempimento e la conclusione del contratto, esso fosse già insostenibile dalla sua conclusione. E ciò, non in quanto si sia verificato un mutamento delle condizioni economiche e finanziarie del mutuatario, ma in quanto il merito creditizio del consumatore sia stato valutato *ab initio* in modo inesatto.

Sebbene la prima parte del considerando numero 27 non sia stata riversata nell'articolo 28 della direttiva, che costituisce il referente normativo degli obblighi di comportamento in parola da rispettare nella fase esecutiva del rapporto, sembra che il dovere per il mutuante di attivarsi già nel momento in cui intuisce i primi segnali di un inadempimento che probabilmente si ripeterà nel tempo, e destinato quindi a divenire fisiologico, derivi dall'obbligo di comportarsi secondo onestà e professionalità.

Sembrerebbe infatti contrario alle regole della diligenza professionale e della correttezza il comportamento del professionista che, pur dotato di appositi strumenti²²⁹, non abbia monitorato la regolarità dell'adempimento dell'obbligazione cui è tenuto il consumatore, trascurando così il proprio interesse alla prestazione, per approfittarsi successivamente della situazione di difficoltà economica in cui questi si sia trovato e pretendere, ad esempio, il pagamento di interessi moratori o il rimborso delle spese sostenute nell'ambito di una procedura esecutiva.

Più esplicito nel senso di favorire l'adozione di procedure che conducano all'adempimento dell'obbligo restitutorio del consumatore, e dunque alla realizzazione degli interessi perseguiti dai contraenti attraverso la conclusione del contratto di credito, è l'articolo 28 della direttiva.

Introducendo uno iato tra l'inadempimento del consumatore e la possibilità per il creditore di ricorrere all'escussione della garanzia, vi si prevede che gli Stati membri adottino misure volte ad incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di agire esecutivamente. L'esperimento della procedura esecutiva che generalmente è prevista al fine di garantire coattivamente la soddisfazione dell'interesse del creditore senza che egli sia tenuto al rispetto di particolari termini dilatori²³⁰, nel contesto della disciplina del credito immobiliare ai consumatori è sottoposto alla manifestazione da parte del creditore di un ragionevole livello di sopportazione nei confronti dell'inadempimento.

L'art. 28 non individua le misure che dovranno essere adottate dagli Stati membri, né indica espressamente i fini perseguiti dalle medesime.

²²⁹ Tra i quali rileva innanzitutto la possibilità di accedere alle banche dati, la cui consultazione viene giudicata utile dal legislatore europeo – nel considerando n. 59 della direttiva – non solo in sede precontrattuale (e cioè per la valutazione del merito creditizio) ma anche al fine di «individuare e valutare il potenziale di inadempimento del consumatore». In termini più precisi l'art. 21 stabilisce che l'accesso alla banca dati deve essere garantito (anche) «per verificare che i consumatori rispettino gli obblighi di credito per tutta la durata del contratto», ragione per cui l'accesso a tale fonte (essendo volto a valutare il rischio di inadempimento) deve essere assicurata da parte degli Stati membri per l'intera durata del contratto di credito.

²³⁰ E' opinione pacifica che l'unica condizione per la proposizione dell'azione esecutiva sia costituita dall'accertamento del diritto sostanziale nel titolo esecutivo. Si v., per tutti, C. MANDRIOLI – A. CARRATA, *Diritto processuale civile*23, III, Torino, 2014, p. 21 ss.

Il considerando n. 27 induce tuttavia a ritenere che non si tratti di misure volte a perseguire finalità meramente dilatorie²³¹ che non è detto siano utili per il consumatore. Vi si precisa afferma che oltre ad essere opportuno che i creditori esercitino un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure esecutive, è opportuno che i medesimi compiano sforzi ragionevoli per risolvere la situazione di difficoltà nei pagamenti in cui il consumatore si trova con «strumenti diversi» dalla procedura espropriativa.

Tra i possibili strumenti attraverso i quali intervenire per permettere al consumatore di risolvere la situazione di insolubilità in cui si trova, non può escludersi che proprio la rinegoziazione delle condizioni contrattuali possa costituire un congegno (oltre che efficace) rispettoso del requisito della ragionevolezza dello sforzo esigibile dal finanziatore che, come si è visto, prima di poter intraprendere un'azione esecutiva è tenuto a cooperare con il consumatore per risolvere la sua condizione di inadempimento. Tuttavia, corre precisare come la vigenza di un dovere per i creditori di compiere “ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento”, sia contenuta solamente nel considerando n. 27 e non anche nell'articolato normativo della direttiva, ed è per tale ragione che gli si attribuirà il valore di “indice” favorevole all'analisi ricostruttiva che si è intrapresa, senza per questo farlo assurgere ad elemento fondante.

Elemento fondamentale che, invece, si rinviene nella sezione n. 13 del prospetto informativo europeo standardizzato di cui all'Allegato II della direttiva, ove il finanziatore deve indicare il “tipo di inosservanza” che si può verificare nel corso dell'esecuzione del rapporto e le relative “conseguenze finanziarie e/o legali” per il mutuatario.

Nel documento informativo, che abbiamo visto debba essere consegnato in “tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta” (art. 14), ed il cui contenuto (con l'eccezione delle istruzioni per la compilazione) è oggetto di armonizzazione massima tra gli Stati membri (ai sensi dell'art. 2), si legge, nella sezione dedicata all'«inosservanza degli obblighi previsti dal mutuo: conseguenze per il debitore”, che nel caso in cui il consumatore dovesse incontrare difficoltà nell'effettuare i pagamenti delle rate di mutuo, dovrebbe contattare tempestivamente il finanziatore al fine di «vagliare possibili soluzioni»²³²

La previsione di tali doveri non rileva esclusivamente ai fini della individuazione della loro fonte nel contesto della normativa sul credito immobiliare ma anche con riguardo a quello che è l'affidamento maturato da parte del consumatore che, nella fase precedente alla conclusione del contratto e a seguito della consegna del PIES, sa di poter contare su soluzioni (tempestive²³³ e determinate con la collaborazione del professionista) che tenteranno di risolvere la sua eventuale condizione – non già di insolvenza conclamata, ma di mera difficoltà nei pagamenti e sulla promessa che la vendita forzata del bene immobile residenziale, che costituisce un bene primario

²³¹ Gli autori che hanno interpretato l'art. 28 nel senso di dilatare nel tempo il termine dell'adempimento hanno infatti valutato tale disposizione in modo negativo in termini di tutela per il consumatore. Si cfr. A. BERTOLINI, La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto, in *Nuove leggi civili commentate*, 2/2016, p.337ss.

²³² In termini letterali, nella sezione n. 13 si legge: «se dovesse incontrare difficoltà nell'effettuare i pagamenti [frequenza], La invitiamo a mettersi in contatto con noi al più presto per vagliare possibili soluzioni».

²³³ Più propriamente, il carattere della tempestività è riferito alla comunicazione del consumatore, tuttavia – affinché la disposizione non venga svuotata di significato – sembra logico ritenere che debba essere predicato anche della reazione propositiva del creditore.

per l'individuo, avverrà solamente quale soluzione estrema. E cioè qualora anche le nuove soluzioni vagliate dal professionista si siano rivelate inidonee ad agevolare il debitore nell'esatto adempimento dell'obbligazione restitutoria.

Procedendo con ordine rileva come l'articolo 28 della direttiva 17/2014/UE intitolato “*Morosità e pignoramenti*”, collocato all'interno del Capo X intitolato *Buona esecuzione dei contratti di credito e diritti connessi*, analizza la fase patologica del rapporto tra finanziatore e consumatore, contiene diverse norme articolate nei singoli commi, alcune delle quali sono tra loro alternative e consentono quindi agli stati membri di adottare strategie di attuazione differenti, ed in certa misura opposte (2° e 3° co.). Altre disposizioni, per contro, appaiono ad una lettura più attenta potenzialmente contraddittorie (1° e 5° co.) cosicché l'individuazione della corretta soluzione normativa risulta quantomeno complessa, esigendo ad un tempo un'attenta indagine della *ratio* dell'intera disciplina e dell'effetto che singole opzioni normative potrebbero produrre.

La norma in esame si apre con un richiamo al principio di buona fede oggettiva prevedendo che “*Gli Stati membri adottano misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia*”.

La *ratio* sottesa alla disposizione che si analizza, è quella di tutelare il diritto di abitazione: si ha infatti la sensazione che il legislatore comunitario voglia proteggere quel consumatore- tipo che per una serie di motivi, sanerà il proprio debito in un momento successivo a quello contrattuale previsto, attraverso una formula che può essere intesa come un'applicazione della fondamentale regola di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., imponendo al creditore di tollerare l'inesattezza dell'adempimento (anche nella forma del semplice ritardo) nella misura in cui ciò non comprometta l'utilità sostanziale derivante dal contratto²³⁴.

Tuttavia, il mero riferimento alla buona fede oggettiva, per quanto così declinato, lascerebbe comunque irrisolta la questione del rimedio applicabile, per imporre al creditore la cooperazione che spontaneamente non ha prestato, rendendo così auspicabile l'adozione di una soluzione circoscritta e definita.

La stessa formulazione della norma offre, in effetti, un'indicazione sufficientemente precisa circa il piano su cui tale strumento dovrebbe operare, individuando come soluzione il differimento nel tempo dell'escussione della garanzia, e quindi della procedura di espropriazione e vendita forzata. Il meccanismo così delineato è allora del tutto simile a quello descritto, in materia di locazione, dall'art. 55 della l. 27 luglio 1978, n° 392, e solleva per questo le medesime perplessità.

Simili considerazioni possono essere svolte rispetto alla disciplina in commento, anche in ragione della prossimità degli interessi sottesi²³⁵.

²³⁴ Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), XVI, tomo I, Milano, 1984, 214-15; DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 438 ss., nt. 28 bis; ID, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 326; PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 127 ss. e soprattutto 134 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 402.

²³⁵ Cfr. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 187.

Anche il meccanismo ideato dall'ABI con lo strumento di autoregolamentazione del 2009 denominato “Piano Famiglia”, poi confluito nel 2012 nell'accordo “Percorso Famiglia”, prevedeva la sospensione dell'obbligo di pagamento delle rate a fronte di una comprovata situazione di difficoltà del mutuatario (Istituito presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con la l. 24 dicembre 2007, n. 244 (art. 2, commi 475 e ss.) come modificato dal regolamento di cui al Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze n. 37 del 22 febbraio 2013, in considerazione delle novelle introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (art. 3, commi 48 e 49). Questa iniziativa, conclusasi il 31 marzo 2013, è stata oggi sostituita da una misura sostanzialmente analoga finanziata attraverso il “Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa”²³⁵. Così, per i mutui di valore non superiore a € 250.000, in ammortamento da almeno un anno, il cui titolare abbia un indicatore della

L'art. 28 della Direttiva, prosegue con il comma secondo in base al quale “*Gli Stati membri possono imporre che, qualora al creditore sia consentito definire o imporre al consumatore oneri derivanti dall'inadempimento*” e il terzo comma che prevede “*Gli Stati membri possono consentire ai creditori di imporre onere aggiuntivi al consumatore in caso di inadempimento*”. Tali disposizioni tra loro mutualmente escludentesi, rimettendo ai singoli stati membri la scelta di optare per l'una o l'altra soluzione, in particolare, occupandosi degli «oneri derivanti dall'inadempimento», il legislatore comunitario prevede la possibilità che (i) «non siano superiori a quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti» (comma 2°), ovvero, (ii) siano comunque ricompresi entro «un limite massimo» fissato (comma 3°).

L'alternativa che si pone è dunque tra la radicale esclusione (2° co.) ed una limitazione (3° co.) in via normativa del lucro cessante. La *ratio* della disciplina è evidente: contenere le conseguenze pregiudizievoli che il creditore potrebbe altrimenti addossare al debitore in caso d'inadempimento,

situazione economica equivalente (IESS) non superiore a 30.000 euro, è possibile domandare una sospensione fino a 18 mesi, condizionata alternativamente alla cessazione del rapporto di lavoro subordinato – che non sia consensuale, o dovuta al raggiungimento dei limiti di età, oppure a licenziamento per giusta causa – o parasubordinato (di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.), a morte o riconoscimento di handicap grave. La “ragionevole tolleranza”, in questo caso dunque, non è tanto imposta al creditore, quanto piuttosto sovvenzionata attraverso un meccanismo di socializzazione, che potrebbe essere considerato incompatibile con la norma così come formulata²³⁵. Allo stesso modo, anche le condizioni poste per l'accesso al fondo, se pure comprensibili in una logica di intervento dello stato sociale, non sembrano conformi alla disciplina europea, che non opera distinzioni di sorta, riferendosi a qualsiasi consumatore – senza limiti di reddito – ed a contratti di qualsivoglia importo. Ad ogni modo, la principale criticità propria di tutti i meccanismi appena descritti si identifica in ciò che non incidendo sul *quantum* dovuto, ovvero sulle modalità di corresponsione dello stesso (inteso anche come importo della singola rata) (in questo senso la previsione di cui all'art. 8, 8°co. del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che prevedeva la possibilità per analoghe categorie di soggetti a quelle cui è consentita la dilazione, di rinegoziare il mutuo appare certamente preferibile, cfr. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., 188 ss.), risultano inidonei a porre rimedio a situazioni di difficoltà strutturale, come quelle assai frequenti nell'odierna situazione economica. (La dilazione, da un punto di vista economico, costituisce strumento idoneo soltanto per risolvere problemi di liquidità temporanea, che sorgono in occasione di un mancato coordinamento dei diversi flussi di cassa in entrata ed in uscita, ipotizzabile ad esempio quando il debitore vanta egli stesso numerosi crediti nei confronti di terzi inadempienti). Un mero differimento nel tempo dell'obbligo, infatti, prolungando la fase patologica – ed in particolare allungando la fase di liquidazione della garanzia –, semplicemente innalza il costo della procedura e con esso il tasso d'interesse praticato *ex ante*, ma non elude il problema.

Sarebbe allora opportuno discriminare uno stato di eccessivo ed insuperabile indebitamento – procedendo in quel caso ad immediata liquidazione della garanzia, nel tentativo di minimizzare i costi associati all'esecuzione – rispetto ad una condizione in cui è legittimo presumere che il consumatore sia in grado, ristrutturando il debito, di far fronte alle proprie obbligazioni, in quel caso preservando la titolarità del diritto sul bene²³⁵. In questo senso, il riferimento normativo più prossimo è quello introdotto dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3, in materia di «*Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*».

Ora, se pure la formulazione della disposizione in commento, nel richiamare ad una “ragionevole tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia” non sembra preludere a forme di ristrutturazione del debito²³⁵, le successive disposizioni contenute nei commi 4 e 5 possono invece essere lette in questo senso. Del resto, nel dare attuazione alla direttiva è certamente consentito operare un coordinamento tra le diverse norme, soprattutto al fine di evitare possibili conflitti e contraddizioni.

anche sotto forma di penali. La disposizione contenuta nel secondo comma sembrerebbe autorizzare gli Stati membri ad introdurre una norma escludente la responsabilità del consumatore, consentendo al creditore di recuperare solamente i costi amministrativi che derivino dall'inadempimento e non gli eventuali interessi moratori la cui pattuizione sarebbe contraria a norma imperativa.²³⁶

Il terzo comma introduce una previsione che si presenta come alternativa alla precedente e che consente agli Stati membri di introdurre una norma non tanto di esclusione della responsabilità del debitore, ma solamente di limitazione da applicare solo al lucro cessante. In questa ottica il terzo comma sembrerebbe ammettere la pattuizione di interessi moratori i quali dovrebbero rispettare solo il tasso di interesse legale in vigore nel paese di riferimento.

Ad un esame più oculato si rivela come la tesi dell'esclusione totale della responsabilità patrimoniale del debitore sia poco attendibile: dalla lettura combinata dei due commi, si comprende come le due disposizioni di riferimento si riferiscano alla predeterminazione negoziale degli interessi moratori in misura superiore ai tassi legali.

L'intervento comunitario non pare dissonante, rientra infatti tra le facoltà del legislatore quella di prevedere una limitazione del danno risarcibile, senza che ciò possa essere considerato confliggere con la disciplina di parte generale, ed in particolare con l'art. 1229 c.c.²³⁷.

Molteplici sono, infatti, le fattispecie in cui il legislatore nazionale ha inteso circoscrivere *ex ante* la responsabilità del debitore, solitamente in esito ad una valutazione di opportunità da un punto di vista economico. Gli esempi più rilevanti sono tradizionalmente riscontrabili nella disciplina dei trasporti (ed in particolare nel codice della navigazione)²³⁸, ma anche nella regolazione del servizio postale²³⁹.

Le disposizioni di volta in volta introdotte, sono state vagliate alla luce dei canoni di ragionevolezza ed eguaglianza, di cui è espressione l'art. 3 Cost.²⁴⁰, per determinare se la limitazione introdotta in via normativa possa o meno essere ammissibile. Il giudizio di legittimità si svolge dunque attraverso un bilanciamento degli opposti interessi, volto a bilanciare l'adeguatezza della misura e la sua proporzionalità, in termini strettamente economici²⁴¹, al rispetto al vantaggio che ne consegue il creditore.

²³⁶ PAGLIANTINI, D'AMICO, PIRAINO, RUMI, I nuovi marciatori, 2017, Giappichelli Editore, Torino.

²³⁷ Questo perché l'art. 1229 c.c. non è considerato coperto da garanzia costituzionale, cfr. C. Cost., 22 novembre 1991, n. 420, con nota di PONZANELLI, *Limitazione di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità*, in *Foro italiano*, 1992, c. 642; più recentemente CECCHERINI, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, 2008, 8; D'ADDA, *sub artt. 1228-1229*, in *Commentario del Codice Civile diretto da Gabrielli*, CUFFARO (a cura di), *Dei singoli contratti*, artt. 1548-1654, tomo I, Torino, 2013, 375.

²³⁸ Sotto la vigenza del codice del commercio del 1882, l'art. 416 in materia di trasporto ferroviario, sanciva la nullità delle clausole di esonero a meno che la loro previsione in contratto non corrispondesse ad una diminuzione del prezzo di trasporto. Già in quella sede, per giustificare la deroga, il legislatore ricorreva ad una valutazione di adeguatezza e proporzionalità sul piano economico, cfr. CECCHERINI, *Clausole di esonero*, cit., 2 e ss-.

²³⁹ Ad esempio l'art. 6 dpr. 29 marzo 1973, n. 156, abrogato, sanciva l'esclusione della responsabilità per il ritardato recapito delle spedizioni effettuate con il servizio postacelere. In proposito si è altresì espressa la Corte costituzionale – C. Cost., 11 febbraio 2011, n. 46, in *Foro it.*, 2011, I, c. 957, con nota di PALMIERI – dichiarando che la norma violava i canoni di ragionevolezza ed eguaglianza, determinando un ingiustificato privilegio in favore del gestore. Precedentemente aveva colpito la disposizione anche la pronuncia C. Cost., 20 gennaio 2002, n. 254, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2209, con nota di BELLANTUONO (c. 2571) e PONZANELLI (c. 2575).

²⁴⁰ Così C. Cost., 22 novembre 1991, n. 420, *cit.*, v. riferimenti *supra* nt. 237; più recentemente C. Cost., 11 febbraio 2011, n. 46, *cit.*

²⁴¹ Già AULETTA, *Limitazioni di responsabilità del vettore marittimo*, in *Rivista del diritto della*

Ora, se pure le limitazioni del *quantum* devono rientrare tra i patti di cui al 1° co. dell'art. 1229 c.c.²⁴², l'esclusione del solo lucro cessante non è certamente tale da privare di significato la regola di responsabilità, nella misura in cui non costituisce una estromissione, né tantomeno asseconda di per sé condotte contrarie a buona fede oggettiva²⁴³.

Del resto la peculiare tutela accordata al consumatore dalla disciplina in commento non apparirebbe né sproporzionata, considerata la limitazione del provvedimento al lucro cessante, né ingiustificatamente discriminatoria rispetto ad altre categorie di soggetti esclusi, considerata la posizione di strutturale debolezza del consumatore rispetto al professionista mutuante.

Certamente più complessa può rivelarsi la precisa formulazione della norma, soprattutto per quanto concerne l'individuazione delle tipologie di danni ammessi, e di quelli per contro esclusi, e conseguentemente delle clausole che potrebbero essere legittimamente introdotte nei contratti di mutuo.

Stante la lettera del secondo comma dell'art.28, in ogni caso sarà consentito al creditore esigere quanto dovuto per i costi amministrativi ed ogni ulteriore onere sostenuto in ragione dell'inadempimento; diversamente non è altrettanto chiaro se l'interesse moratorio possa esservi assimilato, oppure se la formula di cui al terzo comma renda possibile eventualmente la stipulazione di una penale che, forfezzando il lucro cessante entro i limiti stabiliti dalla disposizione, ad un tempo determini una delimitazione del danno risarcibile e tuttavia agevoli la posizione del creditore esonerandolo da una non semplice prova²⁴⁴.

navigazione, 1952, 192 aveva suggerito che la corretta chiave di lettura delle disposizioni limitative di responsabilità fosse quella economica e quindi di comparazione dei vantaggi conseguiti rispetto in particolare in termini di minor costi dei servizi; Si veda C. Cost., 6 maggio 1985, n. 132 in *Foro it.*, 1985, I, c. 1586 con nota di PARDOLESI; Cass., 22 novembre 1991, n. 420, *cit.*.

²⁴² Operava una distinzione TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giustizia civile*, I, 1951, 247 ss.; *contra* BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, 65 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 482; DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, 75 ss.; TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 203; D'ADDA, *sub artt. 1228-1229*, *cit.*, 359.

²⁴³ La previsione di cui all'art. 1229 c.c. è stata giustificata come soluzione logicamente necessaria, in quanto ammettere l'irresponsabilità in caso di dolo avrebbe significato far venire meno la stessa volontà di obbligarsi e quindi negare la struttura obbligatoria stessa, cfr. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, 389. Questa spiegazione rende ad esempio merito della soluzione adottata dal §276 BGB, ma non della soluzione italiana che ad essa equipara la colpa grave, cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento*, *cit.*, 475; BENATTI, *Contributo*, *cit.*, 390 che inquadra il problema in termini di tutela del credito. Ritene sia norma di ordine pubblico, BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, 1974, 335. Per una ricostruzione del dibattito sotto la vigenza del codice civile abrogato v. DELOGU, *Le modificazioni*, *cit.*, 16 ss.; CECCHERINI, *Clausole di esonero*, *cit.*, 21 e ss. in particolare nt. 66 ed i riferimenti ivi contenuti

²⁴⁴ Cfr. INZITARI, *Le obbligazioni pecuniarie: inflazione e maggior danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, VISINTINI (a cura di), I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 272 ss.; VILLA, *La forfezzazione legale del danno contrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, VISINTINI (a cura di), III, *Il risarcimento del danno contrattuale la responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, 112 ss.; del resto una penale può ben essere prevista per il semplice ritardo, v. ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, VISINTINI (a cura di), III, *Il risarcimento del danno contrattuale la responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, 534.

Per quanto concerne la prima questione, è noto come l'interesse moratorio nelle obbligazioni pecuniarie intenda risarcire il pregiudizio sofferto per non aver potuto tempestivamente disporre della somma dovuta, la quale a sua volta sarebbe potuta essere reinvestita producendo interessi²⁴⁵. Di talché, non trattandosi della sottrazione di un'utilità già afferente al patrimonio del creditore, non può qualificarsi come costo²⁴⁶ e la sua corresponsione dovrebbe essere radicalmente esclusa là dove il legislatore decidesse di dare attuazione al secondo comma dell'articolo in commento.

Un simile esito è tuttavia inaccettabile sul piano degli effetti prodotti, eccedendo lo scopo legittimo di protezione del consumatore avverso pratiche aggressive e punitive da parte di prestatori professionisti, ed incentivando piuttosto condotte di sistematico inadempimento, suscettibili di pregiudicare la stabilità stessa del sistema di pagamenti²⁴⁷.

Per contro la corresponsione degli interessi moratori appare compatibile con l'opzione ammessa dal terzo comma dell'art. 28, ponendosi in questo caso il problema di definire il limite che la stessa disposizione richiede venga fissato. Diverse sono le soluzioni possibili.

Il legislatore potrebbe decidere di derogare al primo comma dell'art. 1224 c.c. consentendo la corresponsione di interessi nella sola misura legale e non in quella diversa eventualmente pattuita dalle parti in contratto. Tale soluzione sarebbe senza meno conforme allo spirito della direttiva, ed alla volontà di agevolare la posizione del consumatore in difficoltà. In questo modo il risarcimento dovuto verrebbe ad essere limitato con una disposizione che potrebbe essere vagliata alla luce dei canoni di ragionevolezza ed uguaglianza espressi dall'art. 3 Cost., secondo quanto chiarito.

Alternativamente, il legislatore potrebbe escludere la sola prova del danno ulteriore ammessa dal secondo comma della norma citata, permettendo alle parti di stabilire un diverso tasso convenzionale da applicarsi anche in seguito all'inadempimento, per tutta la durata del ritardo. In questo caso, tuttavia, stante il richiamo operato dal terzo comma dell'art. 28, sembrerebbe necessario definire in via normativa anche il tasso massimo praticabile, a meno di ritenere questa condizione soddisfatta attraverso la determinazione dell'interesse usurario.

²⁴⁵ Cfr., INZITARI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 271; DI MAJO, voce «*Obbligazioni pecuniarie*», in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, 289 ss.; MASTROPAOLO, voce «*Obbligazioni V) Obbligazioni pecuniarie*», in *Enciclopedia giuridica*, XIV, Roma, s.d., 20; LIBERTINI, voce «*Interessi*», in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, 101.

²⁴⁶ Sulla nozione di danno emergente e lucro cessante, cfr. recentemente MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, VISINTINI (a cura di), III, Il risarcimento del danno contrattuale la responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari, Padova, 2009, 54; BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, 116; BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., 250.

In giurisprudenza si veda Cass., 30 gennaio 1992, n. 1006, in *Vita Notarile*, 1992, I, 592 ss.; più recentemente Cass., 19 dicembre 2006, n. 27149, in *Mass. Foro it.*, 2007, 692, dove la distinzione è solitamente operata sulla scorta del fatto che si tratti di una utilità che, facendo già parte del patrimonio del creditore, è sottratta in ragione dell'inadempimento (danno emergente) ovvero che, dovendovi entrare, non vi è entrata (lucro cessante).

²⁴⁷ In questo senso INZITARI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 271-272, il quale ritiene che funzione del primo comma dell'art. 1224 c.c. sia proprio quella di aggiornare l'obbligazione pecuniaria attraverso un adeguamento della somma dovuta dal debitore, necessaria al fine di rendere effettivo il dovere del debitore di pagare il debito scaduto. In questa prospettiva il risarcimento del mancato guadagno sarebbe consentito soltanto là dove il creditore dimostrasse di avere subito un danno maggiore, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il danno patrimoniale. Danni ai beni, perdite e mancati guadagni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, VISINTINI (a cura di), III, Il risarcimento del danno contrattuale la responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari, Padova, 2009, 206, in giurisprudenza Cass., 19 dicembre 2006, n. 27149, in *Mass. Foro it.*, 2007, 692.

Infine, là dove si offrisse un'interpretazione letterale della disposizione, si potrebbe ritenere che questa esiga la previsione di un importo esatto, comunque non superabile, ad esempio *sub specie* di percentuale della somma mutuata. Si verrebbe così a creare una vera forfetizzazione del danno, che potrebbe giustificare la previsione in contratto di una penale indipendente dalla durata del ritardo e dalla gravità dell'inadempimento²⁴⁸, con un evidente effetto distorsivo delle normali dinamiche di pagamento.

Infine giovi un cenno all'art. 120 *quinquiesdecies* del t.u.b. che prevede che, ferma restando la possibilità per il mutuante di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento qualora il pagamento delle rate del mutuo sia stato effettuato con ritardo per almeno sette volte anche non consecutive²⁴⁹, il finanziatore è tenuto ad adottare “*procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà dei pagamenti.*”

I caratteri delle politiche e delle procedure interne che il professionista deve adottare per la gestione dei rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti sono stati specificati nel provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza nelle relazioni tra intermediari e clienti*, ove è stata data attuazione anche agli orientamenti dell'EBA, emanati il 19 agosto 2015, con riferimento alla condizione di morosità ed ai pignoramenti.

La sezione VI *bis*, punto n. 8 prevede in particolare una serie di obblighi da rispettare. Alcuni riguardano l'organizzazione interna dell'attività professionale, altri si sostanziano in obblighi di comunicazione e di assistenza ed altri ancora attengono alla opportunità per il professionista di attivarsi per proporre soluzioni alternative che agevolino il consumatore.

Tra i primi assume particolare rilevanza il dovere per il finanziatore di adottare procedure interne volte ad individuare tempestivamente i consumatori che si trovino in difficoltà nel rispettare i termini di pagamento. Obbligo che appare collegato alla necessità, avvertita principalmente dal legislatore europeo, di garantire che i mutuantici agiscano in modo preventivo al fine di evitare la cronicizzazione dell'inadempimento. Quanto agli obblighi di comunicazione si stabilisce che l'interazione con il consumatore in difficoltà debba avvenire attraverso comunicazioni (in forma elettronica o cartacea) chiare e con l'utilizzo di un linguaggio comprensibile²⁵⁰.

Si prevede poi che il finanziatore debba collaborare con il consumatore per identificare le ragioni delle difficoltà incontrate da questi ed individuare, in tal modo, le misure da intraprendere per favorire il rimborso del finanziamento.

Al consumatore deve inoltre fornirsi assistenza, in particolare quando si ravvisino gli estremi dello stato di bisogno o di una situazione di debolezza particolare.

²⁴⁸ Se pure si ammette una differenza teorica tra le due clausole penale e di limitazione del danno, la prima può essere utilizzata con finalità di forfetizzazione dello stesso e quindi anche di limitazione, di modo che per distinguerle occorre svolgere una valutazione funzionale in concreto, sul punto cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., 482; CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità*, nel *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, 195; TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 212; D'ADDA, *sub artt. 1228-1229*, cit., 364 ss..

²⁴⁹ Vi si precisa che costituisce pagamento ritardato quello effettuato tra il trentesimo giorno dalla scadenza della rata ed il centoottantesimo.

²⁵⁰ Anche nella fase esecutiva l'interazione con il consumatore deve essere dunque proporzionata agli obblighi di informazione, non eccessiva e rispettosa del principio di riservatezza. Il supporto informativo prescelto possiede inoltre i caratteri di quello durevole e ciò manifesta la scelta di garantire che i dati informativi trasmessi dal professionista al consumatore siano consultabili da quest'ultimo anche in una fase successiva del rapporto.

Nello svolgimento di tale attività, la normativa secondaria onera il professionista di fornire al consumatore le informazioni relative al numero e all'importo complessivo dei pagamenti omessi o parziali e quelle inerenti agli oneri dovuti per i pagamenti omessi o inesatti. E' importante riflettere sul fatto che la normativa prevede che proprio il finanziatore debba comunicare le informazioni prima riferite al consumatore (solo) dopo avergli ricordato l'importanza della cooperazione per trovare una soluzione alla situazione di difficoltà.

1.13.3. Il trasferimento del bene ipotecato : cenni.

Il comma 4 dell'art. 28 prevede poi che gli stati membri «[...] non impediscono alle parti [...] di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito».

La norma impone dunque ai singoli Stati di modificare i propri ordinamenti, là dove necessario, per consentire l'introduzione di clausole che prevedono il trasferimento del bene ipotecato in caso d'inadempimento, ovvero la limitazione della responsabilità debitoria al valore conseguito attraverso la liquidazione della garanzia. Entrambe le fattispecie contemplate circoscrivono, fin dalla stipula del contratto, l'esposizione patrimoniale del consumatore al bene stesso oggetto di garanzia, ovvero al suo valore al momento dell'inadempimento.

Per quanto riguarda la prima tipologia di clausole si pone il problema di determinare se sia necessario introdurre una deroga al divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., oppure sia sufficiente fare ricorso alle regole esistenti, secondo la loro corrente interpretazione ed applicazione. Come noto la norma sancisce la nullità di ogni patto «col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore». Originariamente, nel codice abrogato, il divieto investiva soltanto il pegno e l'anticresi (artt. 1884, 2° co. e 1894) e fu proprio una scelta di politica normativa del codice vigente quella di assimilarvi la fattispecie ipotecaria²⁵¹.

Diverse sono le *rationes* di volta in volta individuate dalla dottrina per la corretta applicazione del divieto al di là delle ipotesi espressamente contemplate, per fare fronte alla molteplicità degli istituti giuridici attraverso i quali l'effetto sanzionato può essere materialmente conseguito²⁵². Per quello che

²⁵¹ cfr. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, nel *Comm. SCHLESINGER*, Milano, 2010, 286 ss..

²⁵² Sulla necessità di dare un'interpretazione non formale della norma, senza ambizione di completezza cfr. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957, 145 ss.; BIANCA, voce «Patto commissorio», in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, 1965, 714 ss.; CARNEVALI, voce «Patto commissorio», in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, 502 ss.; LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, nel *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, 242 ss.; IACUANIELLO BRUGGI, voce «Patto commissorio», in *Enciclopedia giuridica*, Bologna-Roma, 1990, 8; ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO (a cura di), XIX, 1, Torino, 1997, 266. In giurisprudenza questa lettura è stata accolta per la prima volta da Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212 e successivamente anche da Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428. Più recentemente Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *I contratti*, 2004, 979; Cass., 16 settembre 2004, n. 9466; Cass., 15 marzo 2005, n. 5635; Cassazione, sez. I, 17 aprile 2014, n. 8957, in *Notariato*, 2014, 266, secondo cui «Ai fini dell'operatività del divieto del patto commissorio, è il profilo funzionale dell'operazione, nel senso che l'assetto d'interessi risultante dalle pattuizioni intervenute tra le parti dev'essere tale da far ritenere che il meccanismo negoziale attraverso il quale deve compiersi il trasferimento del bene al creditore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia, restando invece irrilevanti la natura obbligatoria, traslativa o reale del contratto attraverso il quale si realizza il predetto intento, il momento in cui l'effetto traslativo è destinato a realizzarsi,

qui interessa è sufficiente soffermarsi sulle due opzioni principali. Secondo una prima ricostruzione maggioritaria, il divieto tutela il debitore che versi in situazioni di debolezza o bisogno avverso comportamenti opportunistici del creditore²⁵³, il creditore, infatti, potrebbe utilizzare il patto per conseguire la proprietà di un bene di valore nettamente superiore al credito che vanta nei confronti del debitore, così lucrando un indebito guadagno. Corollario di una simile lettura dell'art. 2744 c.c. è, per contro, il riconoscimento della piena validità del c.d. *patto marciano*²⁵⁴, in cui al momento dell'inadempimento il valore del bene viene determinato da un terzo esperto e, in caso ecceda il credito residuo, la differenza viene corrisposta al debitore.

Un secondo orientamento invece, identifica la *ratio* della disposizione nel rispetto della *par condicio creditorum*, che sarebbe lesa dalla sottrazione del bene all'aggressione esecutiva da parte degli altri creditori non aderenti al patto²⁵⁵, solitamente privando il patrimonio complessivo di un valore

lo strumento negoziale destinato alla sua attuazione e la stessa identità delle parti che abbiano posto in essere i negozi preordinati al conseguimento del predetto risultato [...].»

²⁵³ In questo senso, v. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit., 214; CARNEVALI, voce «*Patto commissorio*», cit., 501; più recentemente LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1990, 228 ss.; *contra* BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 312 ss. in particolare 315, secondo cui la sanzione della nullità dovrebbe allora essere esclusa in tutte le ipotesi in cui l'ammontare del debito sia maggiore del valore del bene oggetto del patto.

²⁵⁴ Cfr. senza ambizione di completezza BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit., 218 ss.; BIANCA, *Patto commissorio*, cit., 718; CARNEVALI, voce «*Patto commissorio*», cit., 505; LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, cit., 242; LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., 219; MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Diritto civile*, LIPARI-RESCIGNO (a cura di), vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, tomo II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, 213.

Il patto marciano è stato anche recentemente introdotto nell'ordinamento francese a seguito della novella del diritto delle garanzie del 2006, che ha portato alla formulazione degli artt. 2459 e 2460. La prima norma ammette il patto commissorio accessorio all'ipoteca, mentre la seconda prevede la necessità della stima e la corresponsione dell'eventuale differenza al debitore; in ogni caso non è ammesso se l'immobile costituisce l'abitazione principale del debitore, sul punto cfr. SIMLER-DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 2009, 440 ss. i quali sottolineano come la valutazione dell'esperto sia sottratta da un giudizio di merito da parte del giudice, il quale piuttosto deve limitarsi ad apprezzare la regolarità formale della procedura. Si evidenzia in questo modo la fallacia di una soluzione che lascia l'intera responsabilità in capo ad un esperto, senza indicarne neppure i criteri di remunerazione; BECQUÉ-ICKOWICZ, *Les réformes de l'hypothèque*, in *Évolution des sûretés réelles: regards croisés Université-Notariat*, CABRILLAC-LISANTI (a cura di), Paris, 2007, 84 ss., l'A. solleva il dubbio che la procedura possa essere eccessivamente farragিনosa e soggetta ad abusi in ragione della complessità della valutazione richiesta all'esperto; CABRILLAC-MOULY-CABRILLAC-PÉTEL, *Droit des sûretés*, Paris, 2007, 388 e 733 ss..

²⁵⁵ In particolare fino al momento dell'(in)adempimento del debitore, i creditori chirografari dell'una o dell'altra parte non potrebbero agire per soddisfare le proprie pretese sul bene, cfr. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 316 ss. il quale esclude radicalmente anche il possibile concorso di entrambe le *rationes* come invece sembra essere affermato in giurisprudenza, cfr. Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, *cit.*. Precedentemente Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, *cit.* e Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, *cit.*. L'A. per questo esclude in ogni caso anche la validità della clausola di *sale and lease back*, invece ammessa da Cass., 21 ottobre 2008, n. 25552; Cass., 14 marzo 2006, n. 5348; Cass., 1 agosto 2002, n. 11419; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1959; Cass., 22 aprile 1998, n. 4095. Allo stesso modo ritiene che eventuali trasferimenti in garanzia, nella misura in cui vengano ritenuti validi, estinguano la garanzia generica di modo da evitare proprio la lesione della *par condicio*

eccedente quello del credito garantito²⁵⁶. Operando su di un piano completamente distinto, gli accorgimenti tesi ad impedire un approfittamento da parte del creditore non sarebbero, secondo questa costruzione, sufficienti a rendere lecita l'operazione, di modo che il patto marciano sarebbe radicalmente invalido in quanto stipulato in violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c..

Ora, poiché la disposizione in commento a bene vedere, non appare incompatibile con il patto marciano, nella misura in cui non esclude che il consumatore, a fronte del trasferimento della titolarità del diritto sul bene possa ottenere la restituzione della somma eccedente il debito residuo, ed altresì considerato come una simile previsione sicuramente sia più attenta alle ragioni del consumatore mutuuario, espressamente tutelato dalla direttiva, accedendo alla prima ricostruzione, si potrebbe concludere che nessuna novella sia invero necessaria. Anche in questo caso tuttavia, sarebbe opportuno adottare una norma ricognitiva del dato dottrinario e giurisprudenziale acquisito, al fine di agevolare gli operatori nell'individuazione del regime applicabile e – sulla scorta delle considerazioni svolte nell'ordinamento francese a proposito delle criticità emerse in sede di applicazione dell'art. 2460 *Code Napoléon*²⁵⁷ – precisare sia le modalità di valutazione del bene cui l'esperto deve attenersi, sia criteri obiettivi per accertare la correttezza della stessa, oltre a definire con chiarezza eventuali profili di responsabilità professionale. Allo stesso tempo l'attenzione del legislatore dovrebbe essere volta a garantire la snellezza ed efficienza della procedura, al fine di evitare una dilatazione dei tempi tale da frustrare le esigenze di celerità sottese all'introduzione di questo strumento²⁵⁸.

Alternativamente, là dove si ritenga necessario una deroga espressa all'art. 2744 c.c., ovvero si escluda che il patto marciano possa costituire esatta trasposizione della disciplina comunitaria in commento, si può ipotizzare di ricorrere ad una formula analoga a quella introdotta dall'art. 6, co. 2°, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170²⁵⁹, che sancisce che «ai contratti di garanzia finanziaria che

creditorum.

²⁵⁶ Cfr. Ricostruisce in questo modo la tesi, pur non aderendovi MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, cit., 205.

²⁵⁷ Cfr. *supra* nt. 254.

²⁵⁸ Sul punto si vedano anche le considerazioni di CABRILLAC-MOULY-CABRILLAC-PÉTEL, *Droit des sûretés*, cit., 388. L'introduzione del patto commissorio è, infatti, funzionale al superamento della procedura di esecuzione forzata che in molti casi si dimostra inefficiente, permettendo di realizzare un prezzo molto inferiore al valore di mercato del bene ed a fronte di non trascurabili costi della procedura stessa.

²⁵⁹ La norma è stata adottata in attuazione della direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 giugno 2002 relativa ai contratti di garanzia finanziaria, OJ L 168, 27.6.2002, 43 ss., su cui cfr. MACARIO, *Commento alla direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, 85 ss.; MASTROPAOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 2003, 519; GROSSI, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 249 ss.; MARINO, *Recepimento della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005,; BARTOLOMEI-MASTROPAOLO, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *I contratti di garanzia*, MASTROPAOLO (a cura di), nel *Trattato dei contratti*, RESCIGNO-GABRIELLI (a cura di), V, tomo II, Torino, 2006, 1497 ss.; GABRIELLI, voce «*Contratti di garanzia finanziaria*», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, Torino, 2007, 300 ss.; CANDIAN, voce «*Garanzie finanziarie (diritto comunitario)*», in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, 2, Milano, 2008, 607 ss.; GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2008; GARDELLA, *Le garanzie finanziarie e le clausole di close out netting*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, VISINTINI (a cura di), II, I singoli contratti, Padova, 2009, 709 ss.; GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie profili generali*, in *I contratti del mercato finanziario*, GABRIELLI-LENER (a cura di), nel *Trattato dei contratti*, RESCIGNO-GABRIELLI (a cura di), tomo II, Torino, 2011, 1738 ss..

prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia [...] non si applica l'art. 2744 del codice civile».

Tuttavia, la semplicità della soluzione si giustifica alla luce della peculiarità dei soggetti interessati, investitori qualificati, e delle tipologie di contratti e di operazioni disciplinate²⁶⁰. La trasposizione in questa materia della medesima regola sembra invece insufficiente a tutelare un soggetto che si trova in una condizione di debolezza strutturale, sia da un punto di vista prettamente informativo e negoziale sia economico. Inoltre, la stessa ammissibilità della soluzione potrebbe essere posta in discussione nella misura in cui trasformerebbe il mutuo ipotecario in un contratto aleatorio, in cui le parti scommettono sul valore del bene al momento dell'eventuale inadempimento: nel caso in cui lo stesso fosse inferiore al debito residuo il mutuatario avrebbe lucrato la differenza, mentre il mutuante otterrebbe il medesimo vantaggio nell'ipotesi reciproca.

Infine, è opportuno menzionare come soltanto la restituzione dell'eccedenza al debitore potrebbe escludere in radice la vessatorietà della clausola eventualmente inserita in contratto²⁶¹. Proprio la valutazione operata dal terzo, infatti, preverrebbe la censura di manifesta eccessività dell'attribuzione patrimoniale conseguita dal professionista in caso d'inadempimento del consumatore. Altrimenti, poiché l'art. 28, co. 4° della direttiva impone il semplice riconoscimento di una facoltà alle parti contraenti – e non trova quindi applicazione l'esenzione di cui all'art. 34, 3° co. cod. cons.²⁶² – la vessatorietà dovrebbe essere di volta in volta esclusa offrendo la prova della negoziazione individuale (art. 34, 4° co. cod. cons.).

In virtù di ciò, nonostante la semplice deroga all'art. 2740 c.c. escluderebbe in radice il rischio, insito invece nella recezione del patto marciano, di adottare procedure eccessivamente complesse e costose, con chiaro effetto dilatorio e conseguente sostanziale ineffettività della previsione normativa (*supra* §3), sembra comunque preferibile che il legislatore nazionale compia lo sforzo ulteriore, precisando criteri oggettivi per l'agevole e pronta valutazione dell'immobile al momento dell'inadempimento.

L'art. 28 della Direttiva, si chiude con il quinto comma dell'art. 28 secondo il quale “*Se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia. Se a seguito di una procedura esecutiva rimane un debito residuo, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure intese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori*”; volendo il legislatore comunitario tentare di spingere i Paesi membri ad una rivisitazione dei propri procedimenti esecutivi nell'ottica di assicurare che il miglior ricavato possa essere realizzato attraverso la vendita del bene.

²⁶⁰ Così BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 329 il quale ritiene proprio per questo che non costituisca una deroga così pregnante alla disciplina generale codicistica; diversamente CANDIAN, voce «*Garanzie finanziarie (diritto comunitario)*», cit., 607 ss. secondo cui invece si verrebbe a creare un contro-sistema.

²⁶¹ La clausola potrebbe essere, infatti, ricondotta *sub* art. 33, 2° co. lett. f), secondo cui si presume vessatoria la clausola che ha per effetto di «imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo».

²⁶² Si ritiene infatti che soltanto la norma imperativa o suppletiva possa rientrare nell'esenzione automatica di cui al 3° co., non quella che riconosca una mera facoltà di cui il soggetto si avvale, cfr. App. Roma, 7 maggio 2002, in Foro It., 2002, 2825. In dottrina GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, in *Il diritto privato oggi*, CENDON (a cura di), Milano, 2010, 96; BARENGHI, *sub. artt. 33-39*, in *Codice del consumo*, CUFFARO (a cura di), Milano, 2008, 35.

La disposizione, assai generica, si limita ad individuare un obiettivo di politica economica e del diritto e rimette ai singoli stati il compito di asseverare l'efficienza dei propri meccanismi normativi esistenti e di renderli più efficienti, là dove necessario.

Volendo infine portare a compimento la riflessione iniziata con il commento al primo comma della disposizione, si può concludere che attraverso il coordinamento con quest'ultimo inciso del 5° co. la *“ragionevole tolleranza”* che si vorrebbe imporre al creditore potrebbe costituire il tempo necessario a valutare, nel momento di difficoltà, quale tra le diverse opzioni sia preferibile: una semplice dilazione, per i casi in cui la difficoltà sia momentanea, così consentendo il riallineamento di eventuali flussi di cassa momentaneamente in squilibrio tra loro; una ristrutturazione del debito, con eventuale rinegoziazione del mutuo, per le ipotesi di difficoltà strutturale comunque risolvibile attraverso un piano del consumatore; una rapida liquidazione associata ad esdebitazione negli altri casi, così da consentire una soluzione della crisi e garantire un nuovo inizio alla persona ed alla sua famiglia.

2. CAPITOLO II

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA N. 17/2014/UE IN ITALIA.

Sommario: 2.1. Premessa - 2.2. Il recepimento della direttiva n.17/2014/UE: il decreto legislativo 21 aprile 2016, n.72 - 2.3. La trasparenza nel diritto bancario - 2.3.1. Le disposizioni adottate in tema di "trasparenza": gli "strumenti" della trasparenza - 2.4. Il Titolo VI del T.U.B. "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti." - 2.5. (...segue) Gli obblighi di cui all'art.7 della direttiva e l'art. 120 septies t.u.b. - 2.5.1. (...segue) Le disposizioni più rilevanti - 2.6. La nuova disciplina del Capo I-bis "Credito immobiliare ai consumatori"

2.1. Premessa

Nel capitolo che segue, si analizzerà l'attuazione nazionale della direttiva mutui ad opera del d.lgs n.72 del 2016.

Accanto alle norme di rango primario, il corpus normativo dedicato al credito al consumo relativo a beni immobili residenziali, completa anche regole sub-primarie emanate dal Comitato interministeriale per il credito e il risparmio per espressa delega contenuta nel TUB. Il testo unico, infatti, affida alle Autorità creditizie, assieme al controllo sulla "sana e prudente gestione" che si esprime attraverso poteri regolamentari, ispettivi ed informativi, anche la vigilanza sulla "trasparenza delle condizioni contrattuali" che le banche sono solite imporre alla propria clientela. Le disposizioni emanate dal Cici²⁶³, hanno natura vincolante e sono espressione del fenomeno della delegificazione e della pluralità delle fonti di produzione del diritto privato²⁶⁴. In questa prospettiva, il TUB si spinge sino ad attribuire il potere di determinare il contenuto necessario di determinati atti

²⁶³ Il Cici, alla luce del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, e vista la direttiva 2014/17 /UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica alla direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. I 093/201; attuata con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, recante "attuazione della direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-bis del TUB, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del d. lgs. 13 agosto 2010 n. 141 "; e, infine considerato il Capo I-bis ("Credito immobiliare ai consumatori") del Titolo VI del TUB in particolare :l'articolo 120-quinquies, comma 3, che attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICI, il compito di stabilire le modalità di calcolo del TAEG; l'articolo 120-octies, comma 4, secondo cui il CICI, su proposta della Banca d'Italia, precisa le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari, le modalità per la loro divulgazione e i criteri per la definizione dell'esempio rappresentativo; l'articolo 120-novies, comma 6, che affida al CICI, su proposta della Banca d'Italia, l'attuazione della disciplina sugli obblighi precontrattuali dei finanziatori, anche con riferimento: al contenuto, ai criteri di redazione e alle modalità di messa a disposizione delle informazioni precontrattuali; alle modalità e alla portata dei chiarimenti da fornire al consumatore; agli obblighi specifici da osservare nei casi di comunicazioni mediante telefonia vocale, anche prevedendo informazioni aggiuntive rispetto a quanto previsto dall'articolo 67-novies del Codice del consumo; all'informazione da rendere al consumatore sul contenuto e sui possibili effetti dell'accordo previsto dall'articolo 120-quinquiesdecies, comma 3, del Tub, e considerata la necessità di dare attuazione alle nuove previsioni del TUB in materia di credito immobiliare ai consumatori, in conformità alla direttiva 2014/17 /UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, ha provveduto con delibera n.380 del 26 settembre 2016.

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

La delibera CICR del n.380 del 29 settembre 2016, assunta su proposta della Banca d'Italia, sentito l'Ufficio Italiano Cambi, va ad integrare e specificare in dettaglio le regole di trasparenza delle condizioni contrattuali, soprattutto per quanto attiene il momento della fase precontrattuale. Essa va inoltre raccordata con le disposizioni di attuazione che la Banca d'Italia ha emanato ai sensi della stessa delibera interministeriale.

Il decreto che si legge dà attuazione al Capo I bis del Titolo VI del t.u.b. e nel rispetto del diritto comunitario, mira a realizzare un mercato interno che sia trasparente ed efficiente per il mercato immobiliare, garantendo al contempo un elevato livello di protezione per il consumatore.

Dal punto di vista oggettivo, il decreto si applica ai contratti di credito immobiliare ai consumatori come definiti dall'art.120 *quinquies*, comma 1,lett.c) del t.u.b. con le eccezioni previste dall'art. 120-sexies del t.u.b. ("contratti di credito").

Al fine di rendere più efficace l'informativa nei confronti dei clienti e agevolare la comparazione tra le offerte, il decreto precisa che in relazione al calcolo del Taeg sarà la banca di Italia a stabilirne il calcolo in conformità all'art. 120-quinquies, comma 1 lett.m). Occupandosi della trasparenza, quale obiettivo cardine dell'intera direttiva mutui, è prescritto in particolare un'analisi della informativa precontrattuale secondo l'art.5. nella stesura della ricerca che si legge, si è ritenuto voler analizzare gli effetti del decreto del Cicr, nelle parti relative agli articoli interessati, senza dedicare un apposito paragrafo che sarebbe risultato in qualsiasi parte inserito sempre troppo lontano dal contesto interessato. Come avremo modo di analizzare poi, con la Banca di Italia ha provveduto a modificare e integrare il Provvedimento del 29 luglio 2009 in materia di "*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*", che danno attuazione al nuovo capo I-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario - TUB) e al decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR del 29 settembre 2016, n. 380, con i quali è stata recepita la direttiva 2014/17/UE in materia di credito immobiliare ai consumatori (c.d. MCD o Direttiva Mutui).

2.2. Il recepimento della direttiva n.17/2014/UE: il decreto legislativo 21 aprile 2016, n.72

La direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE de reg. UE 1093/2010, ha introdotto una serie di norme volte ad agevolare la creazione di un mercato interno bene funzionante e caratterizzato da un livello di protezione dei consumatori nel settore dei contratti di credito relativi ai beni immobili. Più in particolare "*sono stati individuati diversi problemi nei mercati del credito ipotecario all'interno dell'unione legati al comportamento irresponsabile nella concessione e accensione dei mutui e al potenziale margine per comportamenti irresponsabili da parte degli operatori del mercato, fra cui gli intermediari del credito e degli enti creditizi. Alcuni problemi hanno riguardato i crediti denominati in una valuta estera contratti dai consumatori in tale valuta al fine di beneficiare del tasso debitore offerto, ma senza un'adeguata informazione o comprensione in ordine al rischio di cambio connesso. Si tratta di problemi dovuti a carenze a livello di mercato e di regolamentazione nonché ad altri fattori, quali la situazione economica generale e la scarsa cultura finanziaria. Altri problemi hanno riguardato i regimi inefficaci, incoerenti o inesistenti per gli intermediari del credito o gli enti non creditizi che erogano crediti per beni immobili residenziali. I problemi*

individuati hanno avuto effetti a cascata significativi sul piano macroeconomico, hanno danneggiato i consumatori, fungendo da barriera economica o giuridica alle attività transfrontaliere e creando condizioni diseguali per gli operatori del mercato".²⁶⁵ L'obiettivo della direttiva in esame è quello di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivono contratti di credito relativi ai beni. Con il d. lgs 21 aprile 2016, n. 72²⁶⁶, è stata data attuazione alla direttiva 2014/17/UE, con lo scopo di realizzare due diversi obiettivi: a) assicurare un'adeguata protezione dei consumatori che intendono stipulare contratti di credito immobiliare, ²⁶⁷in considerazione dell'importanza dell'impegno finanziario assunto e dei rischi connessi; b) introdurre elevati standard di professionalità degli operatori coinvolti nella promozione e nel collocamento dei contratti di credito immobiliare attraverso reti esterne, che vengono assoggettati ad un regime di vigilanza ad hoc.²⁶⁸

Sommariamente le novità cui far fronte sono: introduzione nel Titolo VI del T.u.b. "*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*" il nuovo Capo I bis in materia di "*Credito immobiliare ai consumatori*". L'inserimento del Capo I bis all'interno del Titolo VI, ha poi comportato la necessità di adeguamento dei Capi I e II degli artt. 115 e 122 TUB, in ultima analisi è stato previsto che le disposizioni in materia di trasparenza vengano adottate dal CICR su proposta della Banca di Italia, mentre quelle attinenti ai profili organizzativi o prudenziali dalla Banca di Italia che dovrà dare attuazione alle linee guida dell'Autorità Bancaria Europea ed ai principi del *Financial Stability Board*.²⁶⁹

Il nuovo Capo I bis inserito nel Tub, fornisce una chiara regolamentazione in merito ai contratti di credito per l'acquisto di immobili residenziali, al fine di assicurare un'adeguata protezione dei consumatori che intendono stipulare tali contratti, in vista dell'impegno finanziario assunto, è prevista in particolare una disciplina più incisiva soprattutto in merito al comportamento del finanziatore e dell'intermediario finanziario, i quali "si comportano con diligenza, correttezza, trasparenza tenendo conto degli interessi dei consumatori" per potere erogare un credito più responsabile.

I contratti di credito oggetto della normativa di recepimento sono definiti dall'art. 120 – *quinquies* come quei contratti di credito 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, quanto il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

Dalla lettura del d.lsg. 72/2016 emerge come molte questioni non siano in realtà state risolte, in particolare la scelta di riportarsi fedelmente al contenuto della direttiva, senza aggiungere nulla e

²⁶⁵ Considerando n. 4 della direttiva 2014/17/UE

²⁶⁶ Pubblicato sulla G.U., serie Generale n.117 del 20 maggio 2016.

²⁶⁷ CALVO R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giur.*, 2015; S.PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali)*, in *Contr. e impr.*, 2015; RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.* 2015; PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)* in *Contr. e impr./ Europa*, 2014.

²⁶⁸ Relazione illustrativa disponibile su www.governo.it; per un primo commento CATRICALÀ, *Tutela del consumatore nei contratti di stipula dei mutui (recepimento direttiva 2014/17/UE "La c.d. Mortgage Credit Directive"*), in www.ratioiuris.it, 2016.

²⁶⁹ È stato inoltre modificato il Titolo VI bis denominato Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi ed il Titolo VIII Altre sanzioni: il primo per recepire il regime previsto dalla MCD per gli intermediari del credito; il secondo per adeguare il regime sanzionatorio all'introduzione delle disposizioni di attuazione della MCD medesima.

senza integrare alcun passaggio, ha fatto sì che non si affrontassero determinati temi quali il recesso, il collegamento contrattuale nell'ambito dei contratti di credito immobiliari, o soprattutto le conseguenze derivanti dalla mancata o inadeguata o errata valutazione del merito creditizio da parte del professionista.

Talune novità tuttavia meritano attenzione; in primis il d.lgs. 72/2016, ha predisposto una nuova disciplina sulla trasparenza che trova applicazione ai soli contratti di credito di cui alla direttiva di attuazione; in secondo luogo il decreto ha introdotto una disciplina dettagliata in tema di “servizi di consulenza”²⁷⁰ dedicati esclusivamente al mercato immobiliare, e finalizzati ad orientare il consumatore relativamente ai diversi aspetti che il contratto di mutuo può assumere e alle esigenze di mercato e, soprattutto a gestire coscientemente il proprio denaro e le modalità con le quali far fronte al debito contratto; infine un ulteriore aspetto che viene trattato dal d.lgs. 72/2016, in modo totalmente nuovo rispetto alla direttiva 2008/48/Ce (art.8), è la disciplina relativa al “*merito creditizio*”. Con riguardo a questo ultimo aspetto, la direttiva sul credito al consumo si era limitata a prevedere un obbligo di effettuare tale valutazione, senza tuttavia alcun collegamento con le decisioni conseguenti a tale valutazione e, quindi lasciando al legislatore nazionale la scelta circa la previsione degli effetti della violazione del predetto obbligo. Il legislatore italiano, tuttavia, ha preferito in sede di attuazione, limitarsi ad introdurre l'art. 124 *bis* del T.u.b. che, rifacendosi al testo della direttiva 2008/48/Ce, ha disposto che “prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base delle informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente”. L'art.124 *bis*, come meglio analizzeremo, riferisce della doverosità al compimento di un'attività, quella di valutazione, senza però nulla aggiungere in termini di successive determinazioni.²⁷¹

²⁷⁰ VITERBO, *Consulenza in materia di investimenti (servizi ed attività di)* in *Dig.disc.priv.sez.comm.*; 6°ed., Torino, 2012.

²⁷¹ Sul punto si sono registrate talune pronunce volte a dare risposte al problema: Cfr. Trib. Pistoia, sez.fall. 28 febbraio 2014, in *Banca, borsa tit.cred.*, 2014, II; con nota di PELLECCIA, Primi provvedimenti sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento. Il procedimento di concludeva con la revoca del decreto di omologazione del piano del consumatore sulla base del ricorso della società finanziaria che aveva erogata l'ultimo e più cospicuo finanziamento. Il creditore si era difeso sostenendo che “l'assenza delle condizioni di meritevolezza ex art.12 bis , comma 3, l. 3/2012, era state denominate dalla palese negligenza da parte della debitrice, che al momento della stipula del finanziamento, non poteva non essere consapevole della sua difficoltà economica e finanziaria” a causa di altri impegni nei confronti di altre società finanziarie. Veniva quindi fatto valere l'argomento secondo cui “il debitore non poteva non sapere” quali fossero le sue difficoltà economiche, lasciando del tutto in ombra il fatto che “il debitore non poteva non sapere”, anche il creditore avrebbe potuto e dovuto valutare non adeguato il profilo di rischio del soggetto, e quindi non concedere il finanziamento. In dottrina V. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla “consulenza” nell'erogazione del credito?*, in *Aa.Vv. , Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, Torino,2010, secondo cui l'obbligo di assistenza è tale da imporre al finanziatore l'obbligo di esprimere una valutazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle specifiche esigenze del debitore e alla sua situazione finanziaria, con inevitabile formulazione di “consigli” sui prodotti offerti, così guidando il consumatore verso scelte conformi alla propria capacità finanziaria. Per l'obbligo di astensione si esprime anche DE CHIARA, *sub art. 124-bis t.u.b in comm. al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretta da CAPRIGLIONE, Padova, 2012, III. In generale, v. anche Natoli, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012; PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa,tit.cred.*, 2016,2.

È quindi positiva la generica formulazione sia dell'art. 18 della direttiva 2014/17/UE²⁷², sia quella oggi introdotta dal d.lgs 72/2016 confluita nell'art. 120 *undecies*, t.u.b., laddove il legislatore interno ha disposto chiaramente che la concessione del credito sia subordinata ad una prognosi fondata sulla valutazione del merito creditizio del consumatore che sia tale da verificare “le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito”. In tal modo si sgombra del tutto il campo da possibili dubbi circa l'ambito di operatività della disposizione: essa non si limita a prevedere l'obbligo di effettuazione della valutazione del merito creditizio, ma rende immediatamente evidente il nesso di funzionalità necessaria tra detta valutazione e la decisione successiva in ordine alla erogazione del credito, che avverrà solo quando è presumibile il regolare adempimento delle obbligazioni assunte.

Viene introdotto un doppio vincolo: il credito sarà concesso solo nel caso in cui ci sia una prognosi positiva di adempimento fondata sulla valutazione del merito di credito del richiedente, effettuata tenendo conto di “tutti i fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento”; inoltre questa valutazione avendo ad oggetto un “adempimento degli obblighi derivati dal contratto di credito, quindi un adempimento esatto sotto il profilo della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione, senza necessità di ricorrere a misure “straordinarie” e alternative quali possono essere la retezzazione o le dilazioni.

La valutazione del merito di credito del consumatore, così, diviene finalmente un punto di passaggio fondamentale della trama normativa della nuova disciplina sui mutui, uno dei fondamenti della regolazione del mercato del credito: la valutazione del merito creditizio è la base su cui poggiano due condotte vincolate dei finanziatori, ispirate, entrambe, ai principi di correttezza, e solidarietà: astenersi dalla concessione di finanziamenti “non sostenibili”; concedere solo finanziamenti “sostenibili”²⁷³.

Tuttavia, vedremo nel corso del lavoro, come la direttiva e il decreto di recepimento sotto il profilo delle conseguenze derivanti dall'erogazione di un finanziamento concesso nonostante le chiare indicazioni negative scaturite dall'istruttoria per la valutazione del merito creditizio del consumatore (o in totale assenza di valutazione), determinando a carico dello stesso l'insostenibilità del piano di restituzione del prestito in relazione alle condizioni economiche (conosciute o conoscibili) del debitore, il legislatore nulla dice.

Anche in sede di attuazione della dir. 2008/48/CE il legislatore decise di non affrontare apertamente l'analoga questione posta dalla disciplina sui contratti di credito ai consumatori: la norma di riferimento, infatti, art. 120 *undecies*, nulla specifica sulle conseguenze di una mancata verifica del merito creditizio e/o su una inesatta, incompleta o lacunosa verifica, a cui sia seguita comunque la concessione del finanziamento. Si occupa unicamente di chiarire che il finanziamento non si risolve per il solo fatto di aver condotto una valutazione scorretta o aver fornito informazioni incomplete, ma ciò che accade a simile finanziamento e/o i profili di responsabilità del finanziatore sono completamente ignorati.

²⁷² Diversamente l'art. 14 della proposta stabiliva espressamente che “se dalla valutazione del merito di credito del consumatore risulta che le prospettive di rimborso del prestito nel corso della durata del contratto di credito sono negative, il creditore rifiuta il credito”- configurando quindi, anche alla luce della relazione, un vero e proprio “obbligo di rifiutare la concessione del credito”- nell'art.18 della direttiva invece si legge che gli Stati membri dovranno assicurare che “il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito.”

²⁷³ Sotto questo profilo interessante, ad esempio, è la decisione n. 4440 del 20 agosto 2013 dell'ABF di Roma, dove si afferma che la valutazione del merito creditizio del consumatore «è anche funzionale alla concessione di un credito non eccessivo rispetto alla capacità finanziaria del cliente»: le informazioni fornite al consumatore nella fase delle trattative vanno dunque considerate come adempimento «di uno specifico dovere di protezione dell'altra parte contraente».

Interessante è la previsione contenuta nell'art. 120- quinquiesdecies in tema di inadempimento del consumatore.

In attuazione dell'art. 28 della dir. 2014/17/UE, infatti, è previsto che, fermo restando il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., le parti del contratto di credito possano convenire espressamente, al momento della conclusione del contratto di mutuo, che qualora il consumatore si qualifichi come inadempiente, si potrà procedere con il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene, con l'effetto dell'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito, o l'ammontare dei proventi della vendita, sia inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito o l'ammontare dei proventi della vendita risulta essere superiore rispetto al debito residuo, il consumatore avrà diritto all'eccedenza. A tutela del consumatore è fatto espressamente divieto al finanziatore di condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della suddetta clausola ed il consumatore deve essere assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza.

La norma, oltre che recepire quanto previsto dalla direttiva, sostanzialmente si allinea anche alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui è lecito il ricorso al cosiddetto "patto marciano" in quanto, a differenza del patto commissorio, questo si espressamente vietato dall'art. 2744 c.c., non determina alcuna sproporzione tra l'entità del debito e il valore del bene dato in garanzia; ciò in quanto la stima del bene deve essere effettuata successiva, a causa dell'inadempimento, sussistendo l'obbligo per il creditore di restituire al debitore l'importo eccedente l'entità del credito²⁷⁴.

Il d. lgs. 72/2016, infine, sebbene faccia riferimento ai mutui stipulati dai consumatori, mira ad introdurre la stessa regola già contemplata nell'altro d. lgs. 59/2016 ovvero sia la possibilità, per gli Istituti che hanno erogato il finanziamento, nel caso di inadempimento del mutuatario protrattosi per un certo periodo, di evitare di procedere con procedure esecutive immobiliari in Tribunale, acquisendo invece l'immobile oggetto di ipoteca e potendo rivalersi sul prezzo ricavato dalla vendita o dalla locazione dell'immobile.

2.3. La trasparenza nel diritto bancario

Le norme in materia di trasparenza bancaria sono tutte finalizzate a tutelare il cliente, per definizione parte debole del contratto poiché tenuto ad accettare il contenuto liberamente predisposto dal professionista.

La trasparenza bancaria fa riferimento all'insieme di quelle disposizioni che disciplinano il rapporto fra la banca e il cliente, finalizzate a garantire la piena e consapevole di quest'ultimo nella formazione della volontà negoziale tramite un'informazione completa ed adeguata. La banca si deve far quindi carico di colmare quella asimmetria informativa, tipica dei contratti bancari e finanziari a causa dell'alto livello tecnico dei contenuti espressi, rendendo edotto il cliente " prima che divengano

²⁷⁴ Così Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Immobili & proprietà*, 2013, 7, p. 463, con nota di TRIOLA; in precedente sotto questo stesso profilo la Corte si era espressa nel medesimo senso: v. Cass., 11 giugno 2007, n. 13621; Cass., 8 febbraio 2007, n. 2725.

Emblematica di questo orientamento è poi una recente pronuncia della Suprema Corte che riconosce validità al patto marciano applicandolo al sale and lease-back dove, in una logica di tutela «dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni», l'illiceità del contratto viene costantemente esclusa in presenza di una clausola mirante «ad impedire che il concedente, in caso di inadempimento si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito» (Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625). In argomento, si rinvia a BOTTA, *Responsabilità patrimoniale – Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 6, p. 908.

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 espressione²⁷⁵.

Queste regole sono contenute nel Testo Unico Bancario e nelle disposizioni richiamate dalla Banca di Italia e si affiancano a quelle previste da altri comparti dell'ordinamento in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti nei confronti della clientela, quali ad esempio, quelle relative all'offerta di servizi di investimento, disciplinata dal Testo Unico della Finanza (T.U.F.), o di prodotti assicurativi, ovvero alla previsioni contenute nel Codice del Consumo.

La disciplina in materia di trasparenza bancaria definisce quello che può essere definita la base dei documenti informativi predisposti per la clientela e introduce per gli intermediari bancari e finanziari obblighi di natura organizzativa ovvero di controllo per il rispetto della disciplina di trasparenza e la correttezza nei rapporti con l'utenza. Le disposizioni sulla trasparenza si applicano all'acquisto di prodotti bancari e finanziari tradizionali e in ogni fase del rapporto di credito tra intermediario e cliente, dalla stipula del contratto fino ad arrivare alla fase successiva cd. postcontrattuale.

Il termine trasparenza si caratterizza per una pluralità di accezioni che seguono l'evoluzione legislativa e del mercato, fino ad arrivare ad un concetto complesso rispetto a quello originariamente previsto. Anche gli iniziali obiettivi erano molto più semplici e univoci rispetto a quadro recente, nel quale il concetto di trasparenza assume una pluralità di significati. La trasparenza bancaria fa il suo ingresso nella legislazione nazionale con la legge 19 febbraio 1992, n. 154, poi trasfusa nel t.u.b. tramite il decreto legislativo del 1 settembre 1993, n. 385, con riferimento ai principi di concorrenziali nel sistema bancario espressi in due direttive comunitarie in materia creditizia²⁷⁶.

L'obiettivo era quello di imporre alle banche l'obbligo di predisporre offerte economiche che siano conoscibili alla clientela e espressamente riportate in un testo contrattuale che fosse chiaro ed comprensibile. L'attenzione era incentrata sui meccanismi di funzionamento del mercato e al conseguente principio della circolazione delle informazioni²⁷⁷. La chiarezza che si predica, è tale da permettere ai consumatori il confronto tra prodotti, stimolare la concorrenza e l'efficienza del mercato. La nuova disciplina, inoltre, mirava anche ad intervenire sui altri fonti: la tutela del contrante debole in un ottica di riassetto di un equilibrio manchevole, attraverso la predisposizione di un assetto normativo idoneo allo scopo; e l'introduzione di talune cautele di tipo formale come può essere l'obbligo di forma scritta, al fine di prevenire possibili abusi da parte dell'istituto di credito notoriamente in una posizione di forza, e ciò nel rispetto dei canoni della buona fede e correttezza.

La trasparenza quindi, non è un fine da perseguire, quanto piuttosto un mezzo da utilizzare per il perseguimento di scopi ulteriori, più chiarezza e più informazioni servono a tutelare il cliente e a renderlo più consapevole dei costi così come dei vantaggi dell'operazione. È sull'onere dell'informazione che, inizialmente si basa il concetto di trasparenza, attraverso l'imposizione da

²⁷⁵ ALPA G., *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. It.*, 1992, X, p. 411

²⁷⁶ «Gli interventi normativi volti a limitare l'autonomia operativa e gestionale che avevano sino ad ora caratterizzato l'agire dell'impresa nel mercato bancario e finanziario si sono resi possibili anche grazie alla mutata concezione della posizione rivestita nel mercato dagli intermediari bancari e finanziari, posizione assimilabile alla pubblica amministrazione e come questa posta su un piano gerarchico superiore rispetto ai singoli cittadini», BRODI, p. 251cit.

²⁷⁷ Ne parlano in particolare LUPOI (2009), *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni della Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in «*Contratto e impresa*», 25(6), pp. 1244-1278; BRODI (2011), *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in «*Banca, borsa e titoli di credito*», 64(2/1), pp. 246-273; NIGRO (2011), *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza"?* in «*Diritto della banca e del mercato finanziario*», fasc. 1, pp. 11-22; MIRONE (2014), *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in «*Borsa e titoli di credito*», 67(4/1), pp. 377-419.

parte del legislatore di precisi obblighi di *disclosure* a carico dell'intermediario e a vantaggio del cliente²⁷⁸.

Negli ultimi decenni si è poi assistito ad una evoluzione di tipo qualitativo del sistema di trasparenza bancaria²⁷⁹, molto legato alla disciplina di matrice europea in materia di pratiche commerciali scorrette (2005/29/Ce) che si conforma al canone civilistico di buona fede e correttezza, poi ripresa dalle Disposizioni di trasparenza adottate dalla Banca di Italia nel luglio del 2009; l'informazione non deve risultare ingannevole né idonea a modificare le scelte di consumo dei soggetti ai quali è rivolta; altresì l'informazione, per far sì che l'intermediario abbia agito in modo corretto, deve rispondere ai criteri di chiarezza espositiva, e deve essere immediatamente comprensibile al cliente-consumatore, ecco quindi che il principio di trasparenza si lega al canone della correttezza.

La nuova disciplina, muove dal Provvedimento della Banca di Italia del 2009, non prevede particolari norme sulla correttezza ma cerca, di stabilire nuovi standard di comportamento per gli intermediari: nella scelta e nella modalità delle informazioni che devono essere rese note; nella formulazione di clausole contrattuali chiare e comprensibili al fine di una immediata rilevazione dei costi; nell'apprestare forme organizzative in grado di gestire e amministrare al meglio il rapporto di clientela. I documenti che informano i clienti devono essere presentati con *“(...)modalità che garantiscano la correttezza, la completezza e la comprensibilità delle informazioni, così’ da consentire al cliente di capire le caratteristiche e i costi del servizio, confrontare con facilità i prodotti, adottare decisioni ponderate e consapevoli.”*²⁸⁰

In tale ottica, non si tratta solo di comunicare ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale, ma è sempre più spesso richiamato il concetto di correttezza. Vengono indicati i comportamenti che sono considerati corretti, o comunque, si indicano i modelli che devono essere eseguiti, si delineano i prototipi dei documenti, si indicano le regole sintattiche e di struttura della frase che devono essere utilizzate per comunicare con i clienti²⁸¹. Non basta mostrare ciò che serve, ma bisogna farlo seguendo delle regole, quasi a poter affermare che la banca debba tutelare attivamente l'interesse del cliente²⁸².

La finalità della normativa non è solo quella di potere fornire informazioni corrette al consumatore-cliente, ma fornire informazioni che siano anche comprensibili per la clientela. Il sistema normativo non è incentrato più solo sugli obblighi di comunicazione in capo all'intermediario, ma concentra

²⁷⁸Negli anni novanta gli oneri informativi posti a carico dell'intermediario finiscono per riguardare esclusivamente il profilo economico dell'accordo. Gli artt. 2 e 5 della legge n.154 del 1992, disciplinando rispettivamente pubblicità e contenuto dei contratti, si focalizzano unicamente su elementi prettamente economici quali: i tassi di interesse, le spese sostenute dal cliente per le varie comunicazioni periodiche, gli oneri imposti dall'ente creditizio. BRODI, p 250-251 cit.

²⁷⁹ Come si avrà modo di approfondire nei successivi capitoli, significativo sarà il d.lgs. del 13 agosto del 2010 in attuazione della direttiva europea 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori (ma non solo), e le successive integrazioni avvenute con i provvedimenti della Banca d'Italia in revisione del testo del 29 luglio 2009.

²⁸⁰Cfr. Sezione I, par. 1.3, “Principi generali”: “Le informazioni previste [...] sono rese alla clientela in modo corretto, chiaro ed esauriente nonché adeguato alla forma di comunicazione utilizzata e alle caratteristiche dei servizi e della clientela [...]. La disciplina sulla trasparenza presuppone che le relazioni d'affari siano improntate a criteri di buona fede e correttezza”.

²⁸¹ Gli operatori devono prestare attenzione ai seguenti aspetti: a) criteri di impaginazione dei documenti; b) struttura dei documenti, in modo da «[...]presentare le informazioni in un ordine logico e di priorità che assecondi le necessità informative del cliente e faciliti la comprensione e il confronto delle caratteristiche dei prodotti»; c) semplicità sintattica e chiarezza lessicale, così che siano calibrate sul livello di alfabetizzazione del cliente; d) coerenza tra il tipo di linguaggio utilizzato e il canale comunicativo attraverso il quale viene presentato. Cfr. Sezione I, par. 1.3 delle Disposizioni della Banca d'Italia del 2009 e successive modificazioni.

²⁸²Sul concetto e l'interpretazione del significato di correttezza si veda LUPOI, p. 1245-1246 cit..

l'attenzione sul modo in cui l'informazione viene comunicata, inserendosi sul piano degli obblighi di comportamento dei soggetti. Non si tratta più quindi solo di far conoscere, ma di "dovere di far comprendere"²⁸³.

La disciplina della trasparenza bancaria si estende anche all'ulteriore obbligo gravante sugli intermediari del credito, l'obbligo di assistenza o anche detto di assistenza ai clienti nelle scelte da prendere. Questo particolare profilo è chiaro nella materia del credito al consumo²⁸⁴ dove il legislatore una volta descritti gli obblighi di disclosure, introduce anche il dovere di assistenza in capo al consumatore. Nell'art.124 al comma5, si prevede in capo al finanziatore l'obbligo di fornire al consumatore "chiarimenti adeguati" in modo che egli possa valutare se il contratto di credito sia adatto o meno alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria.

Un obbligo di assistenza al cliente e di verifica dell'adeguatezza delle informazioni fornite viene chiarito nel paragrafo 2 della Sezione XI delle Disposizioni della Banca di Italia in materia di operazioni bancarie in generale, che introduce dei requisiti organizzativi in capo agli intermediari²⁸⁵, del tipo l'attivazione di procedure interne volte ad assicurare e valutare taluni aspetti fondamentali dalla comprensibilità da parte della clientela della struttura dei prodotti offerti, alle loro caratteristiche e ai rischi connessi ai medesimi; o ancora che la documentazione informativa sia chiara, completa ed accessibile; che il cliente non venga orientato verso prodotti palesemente inadatti alle proprie esigenze finanziarie. Vengono inoltre introdotte anche una serie di disposizioni in materia di controlli interni degli intermediari, esplicitate dall'art. 127 del t.u.b.²⁸⁶ Vengono inaspriti²⁸⁷ i tipici strumenti di "forza" affidati all'Autorità amministrativa: ad esempio con l'innalzamento delle sanzioni irrogabili da parte della Banca di Italia per violazione del canone di trasparenza e correttezza; la previsione del potere di adottare misure inibitorie nei confronti degli operatori che non si rivelino adempienti alle disposizioni in materia di trasparenza (art.128 – ter t.u.b.).

Il quadro della trasparenza viene ampliato dalle più recenti legislazioni, con attenzione non solo più alle sole informazioni e al riequilibrio delle parti, ma anche assistenza, organizzazione e controllo ,

²⁸³ BRODI (2011), Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori, in «Banca, borsa e titoli di credito», 64(2/1), pp. 246-273.

²⁸⁴Nella direttiva comunitaria 2008/48/CE il legislatore oltre che disciplinare con minuzioso dettaglio obblighi di *disclosure*, introduce contemporaneamente anche, in capo al finanziatore il dovere di assistenza a favore del consumatore. Concetto che verrà approfondito nel capitolo 2, paragrafo 3.3. del presente elaborato.

²⁸⁵ Rispetto al passato risulta molto rafforzato l'impianto relativo all'organizzazione interna degli intermediari, che diventa parte integrante delle regole sulla trasparenza. LUPOI (2009), *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni della Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in «Contratto e impresa», 25(6), pp. 1244-1278;

²⁸⁶ Nel comma 1, che integra il quadro delle finalità di vigilanza, si fa espressa menzione della finalità di tutela della clientela esplicitando che: « Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni». Norma introdotta dal d.lgs. del 13 agosto 2010, n.141.; GIROLAMI M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'"obiter" delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, fasc. 2, pt. 1, pp. 172-214

²⁸⁷ In origine la materia della trasparenza, attraverso la legge del 1992, era governata dalla legge, ritenuta perfettamente in grado di soddisfare direttamente e compiutamente le esigenze di tutela che vi sono alla base, escludendo o mettendo in secondo piano l'intervento o meglio la mediazione dell'autorità amministrativa o di normative secondarie. Ora il rinnovato impianto legislativo attribuisce ampie competenze in materia all'autorità amministrativa.

con un chiaro richiamo alla regola generale della correttezza, che può includere anche gli obblighi di protezione della controparte.

2.3.1. Le disposizioni adottate in tema di “trasparenza”: gli “strumenti” della trasparenza.

La riflessione che si fa sul sistema bancario in quanto tale, quale settore per molto tempo considerato tra quelli più delicati dove era più evidente lo squilibrio tra le parti e per questo bisognoso di nuove forme di tutela dal lato della domanda, inizia negli anni settanta ed è incentrata sulla tematica delle condizioni generali di contratto e della tutela del contraente debole a seguito del riconosciuto potere forte dell'impresa²⁸⁸.

È nel 1986 che c'è il primo concreto intervento legislativo in Italia, attraverso l'art. 8 della legge del 1° marzo 1986, n.64, recante la “*Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno*”, che azzarda una protezione del contraente debole attraverso l'introduzione del c.d. “*principio di parità di trattamento*”. Tuttavia, in realtà, l'estemporaneità di tale provvedimento, la necessità di una nuova disciplina del rapporto tra banca-cliente si traduce, sempre nello stesso anno, nella presentazione di un progetto legislativo²⁸⁹ che si proponeva di introdurre una serie di misure atte a regolamentare in senso non derogabile, se non a favore del cliente, i rapporti negoziali con la clientela, attraverso la limitazione dell'autonomia contrattuale e l'introduzione di regole di trasparenza. Successivamente nel 1992 con la legge n. 154, si introduce la prima disciplina sistematica sulla trasparenza bancaria²⁹⁰ “*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*”, in seguito riportata, assieme alla legge sul credito al consumo²⁹¹ nel Titolo VI, Capo I del d.lgs. del 1° settembre 1993, n.385 (t.u.b.), rubricato “*Trasparenza delle operazioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*”²⁹².

Con l'approvazione del Testo unico bancario, la materia è poi oggetto di regolamentazione da parte delle Autorità amministrative: Ministero dell'economia e delle finanze, Banca d'Italia, CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio), Ufficio Italiano dei cambi. A tale riguardo, la delibera CICR del 4 marzo 2003²⁹³ ha sollecitato l'emanazione, nel 2003, da parte di

²⁸⁸ Per una accurata ricostruzione si veda SCARPELLO (2012), *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in «Contratto e impresa», 28(1), pp. 227-273. Il sistema, infatti, era governato dalla vecchia legge bancaria del 1936 e si trovava in una situazione di vera e propria *deregulation* che lasciava al ceto bancario ampi spazi di autoregolamentazione del rapporto con la clientela. Tale legge era stata istituita per esigenza di stabilità complessiva, anche per mezzo dei vincoli e dei controlli amministrativi instauratesi a seguito della grande crisi economica del ventinove. In questo contesto il sistema bancario italiano ha assunto per lungo tempo una struttura essenzialmente pubblica, oligopolistica e non concorrenziale, vessatoria nei confronti del cliente

²⁸⁹ Proposta di legge n. 3617 del 24 marzo 1986 presentata dal deputato della sinistra indipendente GUSTAVO MINERVINI (c.d. “*progetto Minervini*”)

²⁹⁰ Prima di questo intervento normativo la materia dei contratti bancari era stata oggetto di un accordo interbancario sulla trasparenza nel 1988 (“*Accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza nelle condizioni praticate alla clientela*”) e successivamente ampliato nel 1989.

²⁹¹ Legge del 19 febbraio 1992, n.142. Legge comunitaria il cui Capo II, Sezione I ha introdotto nell'ordinamento nazionale la disciplina del credito al consumo, recependo le direttive del Consiglio europeo 87/102/CEE e 90/88/CEE.

²⁹² 116, comma 3°, lett a), b), c) e d), in tema di pubblicità; art.117, comma 8°, in tema di contratti; art. 118, comma 1°, in tema di modifica delle condizioni contrattuali; art.119, comma 1° in tema di comunicazioni periodiche alla clientela.

²⁹³ Rubricata “*La disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei*

Banca d'Italia, da un lato, del cosiddetto “*Provvedimento Banche*”²⁹⁴, dall'altro del cosiddetto “*Provvedimento Intermediari*”. Il primo provvedimento che affronta il problema della disciplina sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, fornisce una vera e propria regolamentazione completa, e talvolta autonoma, in tema di operazioni e servizi bancari e finanziari predisposta dalla stessa Banca d'Italia, nell'esercizio della funzione di vigilanza, con delega del CICR²⁹⁵.

Tale disciplina sulla base dei principi generali di chiarezza ed esaustività delle informazioni fornite alla clientela, buona fede e correttezza nelle relazioni, ha l'intento di introdurre strumenti utili al perseguimento di un duplice obiettivo: la tutela del contraente debole e la promozione della concorrenza.

Molti e importanti sono stati i cambiamenti successivi al 2003 nella disciplina della trasparenza bancaria spesso frutto di spinte di direttive comunitarie e di profondi cambiamenti avvenuti nel mercato a seguito della grave recessione economica e finanziaria del biennio 2008-2009. Avvalendosi del potere conferitogli dal CICR e a seguito di un'approfondita analisi, che ha avuto ad oggetto le criticità della disciplina in materia di trasparenza bancaria²⁹⁶, nel 2009 la Banca d'Italia ha adottato una nuova disciplina secondaria rappresentata dal Provvedimento Banca d'Italia del 29 luglio 2009 (d'ora in poi Provvedimento della Banca d'Italia), recante “*Istruzioni di Vigilanza in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”, che ha sostituito le disposizioni precedentemente contenute nel Titolo X, Capitolo I delle Istruzioni di Vigilanza per le banche, oggi abrogato.

Nel 2010, con Provvedimento del 15 febbraio 2010, le disposizioni del 2009 sono state nuovamente sostituite ed integrate tenendo conto della disciplina di attuazione del d.lgs. del 27 gennaio, n. 11, con il quale è stata recepita nel nostro ordinamento la direttiva comunitaria 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno. Sempre nello stesso anno il t.u.b. è stato sottoposto ad un'ulteriore revisione ad opera del d.lgs. del 13 agosto, n.141, attuativo della direttiva comunitaria 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori di cui abbiamo già ampiamente trattato.

La novella del 2010 ha introdotto, sia importanti novità proprio in tema di disciplina dei contratti bancari relativamente al Capo I del Titolo VI oggi rubricato “*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*” (artt. 115-120); sia provveduto a dettare una nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori (Capo II del Titolo VI), abrogando di fatto gli artt. 40-42 del codice del consumo²⁹⁷ e lasciando soltanto la norma di rinvio dell'art. 43. Sul fronte della trasparenza, resiste anche se rivista in taluni aspetti la previsione dell'art. 115, comma 3° del t.u.b., secondo la quale, salvo espresso richiamo, la disciplina sulla trasparenza si applica anche ai contratti di credito ai consumatori e ai servizi di pagamento.

Il 9 febbraio 2011 Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, torna ad integrare le sue Istruzioni di Vigilanza, lasciando sostanzialmente inalterato il Provvedimento del 2009 e modificando la Sezione VII, concernente specificatamente il credito ai consumatori²⁹⁸. Il recepimento

servizi bancari e finanziari”. Con tale delibera la Banca d'Italia viene investita del potere di disciplinare specifici precetti riguardanti la disciplina della trasparenza bancaria.

²⁹⁴ Provvedimenti sono del 25 luglio 2003.

²⁹⁵ FARINA (2004), *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria, in «Contratto e impresa»*.

²⁹⁶ Si veda CIVALE (a cura di, 2013), *La trasparenza bancaria. Rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, Giuffrè Editore, capitolo 1.1. L'analisi rileva criticità riguardanti l'eccesso e la duplicazione di informazioni, la ridotta chiarezza e complessità dei documenti di trasparenza, nonché la limitata capacità della clientela di selezionare e confrontare le diverse offerte presenti nel mercato.

²⁹⁷ D.lgs. 206/2005 e successive modificazioni. Codice del Consumo, in attuazione della direttiva comunitaria sui contratti con i consumatori.

²⁹⁸ Quest'ultimo intervento si è reso necessario in virtù dell'entrata in vigore del già citato d.lgs. del 13 agosto 2010, n. 141, che ha sostituito il Capo II del Titolo VI del t.u.b. al fine di recepire la direttiva sui contratti di credito ai consumatori.

di altre due direttive comunitarie ha comportato due nuove integrazioni del Provvedimento della Banca d'Italia: la prima nel 2012 (il 20 giugno) sulla base della direttiva 2009/11/CE e riguardante le operazioni con moneta elettronica; la seconda nel 2013 (il 28 marzo) sulla base della direttiva 2011/90/UE recante modifiche al calcolo del TAEG. Da ultimo un recentissimo intervento, sempre ad opera della Banca d'Italia, recante modifiche al Provvedimento della Banca d'Italia, il 15 luglio 2015²⁹⁹, con obbligo di adeguamento da parte degli intermediari a partire dal 1° ottobre 2015. Il Provvedimento della Banca d'Italia e le successive modificazioni del 2010 dettate da due importanti direttive comunitarie (la direttiva del 2007 sui servizi di pagamento e quella del 2008 sul credito ai consumatori) rappresentano un punto di snodo importante nel sistema normativo sulla trasparenza bancaria. Esse, infatti, sono andate ad incidere in maniera sostanziale sul Capo II ("Credito ai consumatori") e ad introdurre il Capo II-bis ("Servizi di pagamento") nel Titolo VI del t.u.b.. Un primo importante cambiamento ha riguardato la specializzazione degli obblighi di trasparenza in relazione al tipo di contratti, alla tipologia di clienti⁴⁷ e ai servizi offerti.³⁰⁰

Ad oggi la disciplina sulla trasparenza bancaria, così come presentata nel t.u.b., si presenta strutturata in tre differenti sottosistemi³⁰¹ ognuna con una propria normativa autonoma e autosufficiente, frutto di un'evoluzione della trasparenza bancaria sollecitata da vincoli di matrice comunitaria:

- 1) le norme applicabili alle operazioni e ai servizi bancari e finanziari (Titolo VI, Capo I del t.u.b.);
- 2) le norme applicabili ai contratti di credito ai consumatori (Titolo VI, Capo II del t.u.b.);
- 3) le norme applicabili ai servizi di pagamento (Titolo VI, Capo II-bis del t.u.b.).

Alla luce di quanto detto, il Capo I del t.u.b. è chiaramente frutto del legislatore nazionale, mentre il Capo II è di chiara matrice comunitaria, e ciò significa che se il legislatore italiano, in assenza di vincoli comunitari, può liberamente disciplinare il primo regime; nel secondo e terzo caso egli è vincolato da normative comunitarie di massima armonizzazione. Con la conseguenza che tali differenze legislative inevitabilmente portano ad un sistema della trasparenza bancaria non perfettamente armonizzato nelle sue parti³⁰².

L'autonomia dei vari sistemi è sottolineata dall'art. 115, comma 3° del Capo I: «Le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dal capo II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis»³⁰³. In questo modo gli

²⁹⁹ Le modifiche apportate hanno l'obiettivo di recepire innovazioni normative intervenute negli ultimi anni, realizzare una semplificazione dei documenti informativi e fornire chiarimenti sulla disciplina attuale. In tale ambito sono altresì aggiornati gli allegati 4A (Prototipo di foglio informativo del conto corrente offerto a consumatori), 4B (Prototipo di foglio informativo del mutuo offerto ai consumatori), 6 (Schema per l'indicazione dell'ISC nell'estratto conto) e 6A (Schema per l'indicazione dell'ISC nell'estratto conto dei conti "in convenzione"). Dal sito della Banca d'Italia "www.bancaditalia.it."

³⁰⁰ Le disposizioni della Banca d'Italia richiamano nella Sezione I, par. 1.3 al principio di proporzionalità.

³⁰¹ Si vedano in particolare CIVALE, pp. 7-9 (op. cit. in nota 42); MIRONE, pp. 395 (op. cit. in nota 4); NIGRO 13-14 (op. cit. in nota 4). All'interno dei tre regimi sussistono anche differenze che riguardano le caratteristiche dei servizi offerti. Vi sono differenze inerenti ad esempio la classificazione della clientela, i documenti e le modalità di informazione precontrattuale, i contenuti minimi dei contratti, i regimi di recesso, le modalità e i contenuti delle comunicazioni periodiche, etc.

³⁰² Per approfondire questo aspetto si veda MIRONE (2010), 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", 63(5/1), pp.587-591;

³⁰³ La formulazione originaria del comma 3° manteneva un rapporto di genere a specie fra Capo I e Capo II. La disciplina del Capo I costituiva la disciplina generale anche delle operazioni di credito al consumo, essendo destinata ad applicarsi per aspetti non espressamente regolati dalla disciplina specifica di quelle operazioni.

interventi del 2010 hanno trasformato la disciplina del Capo I, da disciplina generale a disciplina a carattere residuale. Tuttavia, seppure autonomi, questi tre ambiti non sono incomunicabili. In particolare la non applicabilità in via diretta delle norme del Capo I al credito al consumatore e ai servizi di pagamento non dovrebbe precludere la possibilità di applicazione né ove vi siano lacune normative nelle discipline speciali, né in caso di un suo utilizzo come chiave interpretativa di quella speciale. Così come la specialità delle discipline del credito al consumatore e dei servizi di pagamento non devono precludere, a loro volta, la possibilità di ritrovare all'interno di queste ultime disposizioni di carattere generale³⁰⁴. Questa differenza chiaramente ha effetti anche sul piano della disciplina regolamentare di applicazione, articolata anch'essa in tre distinti ambiti. Per le operazioni e i servizi bancari e finanziari nel t.u.b. vi è un frequente rinvio al potere regolamentare del CICR, che a sua volta contiene delle sub-deleghe alla Banca d'Italia, esercitate emanando periodicamente disposizioni aggiornate ed originariamente incluse nelle Istruzioni di Vigilanza, fino al Provvedimento del 2009 che ha reso autonoma tale disciplina. Per il credito al consumo la primaria fonte di regolamento è rappresentata dal decreto ministeriale del 3 febbraio 2011 e menzionato nel Provvedimento del 2009. Infine, per quanto concerne i servizi di pagamento la disciplina regolamentare è direttamente emanata dalla Banca d'Italia, senza intervento preliminare del CICR.

Le nuove istruzioni riconducono, ad una normativa non più uniforme ma differenziata a seconda della tipologia di clientela (c.d. criterio di proporzionalità), con la conseguente graduazione delle logiche di tutela. Finora, infatti, per la disciplina bancaria, a differenza di quella finanziaria, non vi era stata una distinzione per tipologia di clientela. Già le Istruzioni del 2009 definiscono quattro tipologie di clienti: i soggetti che non rientrano nella definizione di clienti in senso stretto (banche, società finanziarie, etc., cioè le controparti qualificate del sistema MIFID) e altri tre gruppi: un gruppo che comprende tutti i clienti, un secondo gruppo intermedio dei c.d. clienti al dettaglio (consumatori, persone fisiche che svolgono attività professionale e artigianale, enti senza fine di lucro, micro-imprese³⁰⁵) e, quello più ristretto comprende i consumatori. Questi ultimi rappresentano i clienti più deboli ed è verso di loro che gli obblighi di trasparenza assumono il ruolo non solo di rendere l'informazione sulle condizioni del contratto, ma anche di fornire elementi di giudizio che puntano a riequilibrare le posizioni contrattuali in un'ottica di più specifica tutela del contraente debole³⁰⁶. Le Disposizioni della Banca d'Italia stabiliscono che la classificazione della clientela debba avvenire prima della conclusione del contratto e che possa successivamente essere modificata, qualora ne ricorrano i presupposti, ma solo su richiesta dei clienti stessi³⁰⁷. Nell'ambito delle Disposizioni in materia di trasparenza bancaria non pare, però, sussistere un analogo diritto del cliente a scegliere una tutela maggiore o di rinunciare a parte di essa; lo stesso Provvedimento della Banca d'Italia precisa che “ (...) la qualifica (...) viene rilevata”: formulazione che sembra condurre alla conclusione per cui non possa ravvisarsi in capo all'intermediario uno specifico obbligo di informazione in ordine a tale aspetto, restando fermi in ogni caso tutti gli obblighi di informativa precontrattuale che paiono consentire al cliente una adeguata comprensione delle caratteristiche e

³⁰⁴Si veda MIRONE, (op. cit.).

³⁰⁵ Come indicato nel Provvedimento della Banca d'Italia per micro-imprese si intendono le imprese in possesso «[...] dei requisiti indicati dalla raccomandazione della Commissione Europea n. 2003/361/CE, ovvero i requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 84, lettera b), della direttiva 2007/64/CE».

³⁰⁶ Si veda Vella (2010), Il provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio in tema di trasparenza bancaria, in «Diritto della Banca e del mercato finanziario», fasc.1, pp. 51-75.

³⁰⁷ Nella nuova versione aggiornata al 2015 queste indicazioni sono presenti nella Sezione I, par.1.1, “Finalità e ambito di applicazione oggettivo”: «[...] la qualifica di “consumatore” o di “cliente al dettaglio” dei singoli clienti viene rilevata dagli intermediari prima della conclusione del contratto. Successivamente alla conclusione del contratto gli intermediari sono tenuti a cambiare la qualifica del cliente, qualora ne ricorrano i presupposti, solo se questi ne fa richiesta».

delle condizioni delle attività e dei servizi prestati; senza contare come un adeguato strumento di informazione sul punto sia rappresentato dalla possibilità di ottenere una copia completa del testo contrattuale idoneo per la stipula prima della conclusione del contratto .

Le regole di trasparenza si applicano, come previsto dalle Disposizioni della Banca d'Italia (Sezione I, par. 1.1.), «(...) a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. aventi natura bancaria e finanziaria offerti agli intermediari, anche al di fuori delle dipendenze (“fuori sede”) o mediante “tecniche di comunicazione a distanza”».

Vi sono poi operazioni e servizi esclusi dall'applicazione delle norme in materia di trasparenza bancaria individuati dall'art. 23, comma 4° del Testo Unico Finanziario (t.u.f.), ossia i servizi e le attività di investimento (cioè prodotti finanziari aventi finalità di investimento quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine), le attività di collocamento di prodotti finanziari e alle operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari, sottoposti già alla disciplina della trasparenza prevista dal t.u.f..

Le precedenti norme in tema di servizi bancari, avevano mostrato in sede di applicazione il grave onere informativo a carico degli operatori che si traduceva nella consegna alla clientela di numerosi documenti cartacei, talora eccessivamente analitici, che finivano per rendere i prodotti scarsamente comparabili tra loro. Per sopperire a questo squilibrio e nel contempo per adattarsi alla nuova normativa europea il nuovo provvedimento punta a: una standardizzazione dei documenti e una semplificazione degli adempimenti, attraverso principi generali e criteri di redazione (nel Provvedimento della Banca d'Italia vengono allegati dei documenti fac-simile), al fine di focalizzare l'attenzione del cliente sugli aspetti più importanti del contratto e rendere più agevole una rapida comparazione tra prodotti³⁰⁸; un miglioramento del contenuto e della qualità delle informazioni prevedendo anche una serie di nuovi strumenti come ad esempio l'ISC (Indicatore Sintetico di Costo) o il conto di base³⁰⁹, volti ad agevolare la capacità della clientela di valutare il costo effettivo dei servizi bancari; una attuazione del principio di proporzionalità allo scopo di razionalizzare i costi per gli intermediari attraverso una differenziazione della clientela e delle caratteristiche dei servizi; una formulazione più compiuta dei canali di comunicazione a distanza con il cliente (remote banking); recepire e costruire una relazione sinergica con le prassi create dall'autoregolamentazione: le iniziative intraprese dagli operatori potranno essere oggetto di valutazione da parte della Banca d'Italia (Sezione I, par. 1.4 del Provvedimento della Banca d'Italia)³¹⁰; introdurre, a livello di sistema, l'obbligo per le banche di adottare procedure organizzative volte ad evitare che i clienti siano indirizzati verso prodotti inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie³¹¹ ed una corretta

³⁰⁸ La Sezione I, par. 1.2 del Provvedimento della Banca d'Italia, così come aggiornato nel 2015, indica che l'obbligo di trasparenza si esplicita nel fatto che «[...] le informazioni [...] sono rese alla clientela in modo corretto, chiaro ed esauriente, nonché adeguato alla forma di comunicazione utilizzata e alle caratteristiche dei servizi e della clientela», nel rispetto, quindi, del criterio di proporzionalità che assegna un maggiore impegno verso la clientela al dettaglio e ai consumatori. Si avverte la necessità di evitare l'eccesso di informazioni, con il rischio di ottenere disinformazione.

³⁰⁹ Nell'aggiornamento del Provvedimento al 2015 non si parla più di conto corrente semplice ma di “Conto di base

³¹⁰ Secondo CAPOBIANCO (Capobianco (2012), Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, in «Digesto delle discipline pubblicistiche: Sezione commerciale», fasc. VI) le iniziative di autoregolamentazione degli operatori 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.

³¹¹ Per approfondire si veda LUPOI, p. 1253-1257 (op. cit. in nota 4), il quale osserva che l'attenzione ai profili organizzati segna un avvicinamento alla normativa in materia di servizi di investimento; e NIGRO, p. 14-15 op. cit..

trattazione dei reclami da parte della clientela, inclusa l'adesione al nuovo "Arbitro Bancario Finanziario" (ABF) di cui all'art. 128-bis del t.u.b.. Un rilievo essenziale è, affidato all'informazione, sia in fase precontrattuale, sia nel corso del rapporto: aspetto, quello dell'informazione, in relazione alla quale gli intermediari devono assicurare correttezza (intesa come coincidenza tra le informazioni fornite e le condizioni effettivamente praticate), chiarezza (comprensibilità) ed esaustività (completezza), allo scopo di consentire ai clienti di avere una adeguata comprensione e conoscenza dei servizi offerti dall'intermediario e delle caratteristiche degli stessi in modo da confrontare i prodotti e «[...] adottare decisioni ponderate e consapevoli [...]»³¹². Questo viene accompagnato da una dettagliata guida per le banche alla redazione dei documenti di trasparenza, particolarmente attenta alla semplicità della terminologia e alla leggibilità dei testi. Ciò non solo con l'obiettivo di prestare tutela al cliente, ma anche al fine di favorire la concorrenza nei mercati bancario e finanziario. Merita, infatti, di essere precisato come con le nuove Disposizioni di Vigilanza sia mutato l'approccio alla concorrenza, che è ora favorito e non solamente salvaguardato, come invece disposto dalle precedenti norme.

-Per quanto riguarda l'esame di quelli che sono gli strumenti di trasparenza che gli intermediari sono tenuti ad adottare, essi riguardano, anzitutto, la fase precontrattuale e costituiscono, essenzialmente, attuazione degli obblighi di pubblicità già previsti dall'art. 116 del t.u.b., che impone agli intermediari di pubblicizzare nei locali aperti al pubblico i tassi di interesse, i prezzi, le spese e ogni altra condizione economica, demandando alle Autorità di vigilanza il compito di dettare disposizioni più specifiche al riguardo. Le disposizioni sulla pubblicità e sull'informazione precontrattuale sono contenute nella Sezione II delle Disposizioni di Vigilanza del luglio 2009 (e successivi aggiornamenti) e si applicano ai servizi e operazioni di deposito, certificati di deposito (sempre che non abbiano finalità di investimento), mutui, aperture di credito, anticipazioni bancarie, crediti di firma, sconti di portafoglio, leasing finanziario, factoring, altri finanziamenti; garanzie ricevute; conti correnti di corrispondenza; emissione e gestione di strumenti di pagamento; incassi e pagamenti che non configurano servizi di pagamento; custodia e amministrazione di strumenti finanziari³¹³. In ogni caso, Banca d'Italia esclude espressamente l'applicabilità di tali disposizioni: (a) all'attività degli intermediari volta alla conclusione di contratti unilateralmente predisposti dal cliente o che costituiscono oggetto di trattativa individuale (nella quale non va annoverata la trattativa su specifiche condizioni o clausole contrattuali comunque predefinite); (b) agli strumenti di pagamento a spendibilità limitata come definiti dall'articolo 2, comma 2°, lettera m), del decreto legislativo del 27 gennaio 2010, n. 11³¹⁴. Gli strumenti di pubblicità individuati dalle nuove Disposizioni di Vigilanza del luglio 2009 e successive modificazioni sono rappresentati dal "documento contenete i principali diritti del cliente", dalle "guide pratiche", dai "fogli informativi", dal "documento di sintesi" e dal "Indicatore Sintetico di Costo (ISC)"³¹⁵.

³¹² Provvedimento del 2009 aggiornato al 2015, Sezione I, par. 1.3, "Redazione dei documenti". Riguardo all'aspetto della chiarezza si veda il provvedimento AGCM, n. 19352 del 23 dicembre 2008 che aveva sanzionato la banca per la mancata chiarezza in fase precontrattuale sulle modalità applicative della commissione di massimo scoperto. MIRONE, p. 573 (op. cit. in nota 51).

³¹³ Il recente Provvedimento di aggiornamento del 2015 introduce tra i servizi e le operazioni a cui si applicano le norme in materia di pubblicità e informazione precontrattuale l'emissione e la gestione di strumenti di pagamento; mentre elimina dal novero l'acquisto e la vendita di valuta estera, l'intermediazione in cambi, la locazione di cassette di sicurezza.

³¹⁴ Questo secondo punto rappresenta una novità del 2015.

³¹⁵ L'Indicatore Sintetico di Costo" (ISC) deve essere riportato nel foglio informativo. Esso è calcolato secondo le modalità previste dall'Allegato 5A delle Istruzioni della Banca d'Italia e rappresenta un valore medio, espresso in termini percentuali, che comprende tutte le spese e le commissioni che sarebbero addebitate al cliente nel corso dell'anno, al netto di oneri fiscali e interessi. Nel 2015 vengono aggiunte ulteriori specificazioni ai fini dell'ISC, distinguendo tra diverse tipologie di conto corrente. Per i contratti di finanziamento esso coincide con il TAEG e ne prende il

Per quanto riguarda il “*documento contenente i principali diritti del cliente*” è un documento che viene messo a disposizione del cliente, esposto nei locali aperti al pubblico e redatto secondo un modello standardizzato predisposto dalla stessa Banca d'Italia (Allegato 2) che specificare le principali norme poste a tutela del cliente in ogni fase del rapporto fra l'intermediario e il cliente, sia nel corso della fase precontrattuale, sia nel corso del rapporto, ma anche successivamente alla sua chiusura. Rappresenta una sorta di vademecum sui diritti della clientela bancaria.³¹⁶

Le “guide pratiche”³¹⁷ sono invece, documenti messi a disposizione della clientela secondo i modelli predisposti dalla Banca d'Italia³¹⁸, rimangono fermi i contenuti che riguardano: i) i contratti di conto corrente offerti ai consumatori e i servizi ad essi più comunemente associati, quali le carte di debito, le carte di credito, gli assegni, gli scoperti, etc.); ii) i contratti di mutuo ipotecario offerti ai consumatori; iii) le informazioni relative all'accesso ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie previsti dall'art. 128-bis del t.u.b.. Viene nel 2015 aggiunto un ulteriore punto riguardante la predisposizione di una guida sul credito ai consumatori. Queste guide sono finalizzate a orientare il cliente nella scelta e nell'utilizzo del servizio offerto dalla banca e contengono, oltre nuovamente alla descrizione dei diritti di cui gode il cliente, indicazioni pratiche per comprendere il prodotto o il servizio prestato dalla banca.

Infine i “*fogli informativi*”, vanno a sostituire i vecchi “*fogli analitici*”, contengono “[...] informazioni sull'intermediario, sulle condizioni e sulle principali caratteristiche dell'operazione o del servizio offerto” (Sezione II, par. 3 del Provvedimento della Banca d'Italia), le informazioni in essi contenute sono pienamente coerenti con quanto contenuto nel contratto e risultano datati e tempestivamente aggiornati. La Banca d'Italia prevede un contenuto minimo avente ad oggetto informazioni sull'intermediario, sulle caratteristiche e i rischi tipici dell'operazione e del servizio offerto, l'elenco completo delle condizioni economiche dell'offerta (tassi, costi, eventuali penali, spese accessorie) e le clausole contrattuali riguardanti il diritto di recesso, i tempi massimi per la chiusura del rapporto e i mezzi di tutela stragiudiziale previsti per la clientela³¹⁹.

nome, mentre per quanto riguarda i contratti di conto corrente offerti ai consumatori, il Provvedimento della Banca d'Italia prevede che esso sia calcolato secondo particolari modalità, stabilite sempre nell'Allegato 5A, sulla base di diversi profili di clientela, per ciascuno dei quali corrisponde una determinata tipologia di consumatori ed una determinata tipologia e frequenza delle operazioni. Per rendere più facilmente comprensibile quale potrebbe essere il costo complessivo che grava sul prodotto o sul servizio, che potrebbe dunque risultare superiore a quello indicato dal TAEG o dall'ISC, i fogli informativi devono riportare un prospetto delle principali condizioni economiche per le voci di costo fisse e variabili considerate nel calcolo di tali indicatori (ad esempio canone annuo o costo di specifici servizi per il conto corrente, tassi di interesse nominali per i mutui, i finanziamenti) e le altre voci di spesa (ad esempio spese di istruttoria della pratica, di apertura del conto, di riscossione della rata).

³¹⁶ Un'importante novità del Provvedimento aggiornato al 2015 è la cancellazione dell'obbligo di redigere questo strumento informativo, sancita nella Sezione II al par.2 ora non più denominato “Documenti contenenti i principali diritti del cliente” ma rubricato “Guide pratiche”.

³¹⁷ Lo strumento sostituisce alcune iniziative autoregolamentari avviate in precedenza dall'ABI (consorzio “Patti chiari”) e costituisce, in fondo, una prescrizione priva di particolare impatto sui meccanismi concorrenziali. Si veda MIRONI, p. 565 (op. cit.)

³¹⁸ Il Provvedimento del 2015 non cancella questo strumento che rappresenta come evidenziato nella precedente nota il contenuto del par.2 della Sezione II. Tuttavia non vi è più presente l'Allegato 3 previsto nel Provvedimento, bensì si fa riferimento ai modelli pubblicati nel sito della Banca d'Italia

³¹⁹ Rispetto a quanto riportato nei “fogli analitici” vengono alleggerite le parti riguardanti le informazioni sull'intermediario, le caratteristiche dei prodotti e le clausole contrattuali adesso limitate a poche clausole giudicate di particolare interesse per la clientela

Sono previsti, nel nuovo Provvedimento aggiornato al 2015, dei modelli (Allegati 4A e 4B) di fogli informativi relativi ai contratti di conto corrente³²⁰ e mutuo ipotecario.

Nel caso del contratto di mutuo ipotecario, che qui interessa, l'intermediario mette a disposizione del cliente, oltre ai fogli informativi, "[...] un "foglio comparativo" contenente informazioni generali sulle diverse tipologie di mutui offerti [...]".

Il "documento di sintesi" è un documento che, da un lato, confluisce nel contratto come frontespizio dello stesso; dall'altro lato, si prevede che esso venga aggiornato e allegato alle comunicazioni periodiche alla clientela, ha la funzione di riportare in maniera personalizzata (cioè riferita al singolo contraente) le condizioni economiche pubblicizzate nel foglio informativo relativo al servizio corrispondente. Se l'offerta di un'operazione o di un servizio però non è personalizzabile, esso coincide con il foglio informativo. È redatto secondo i modelli allegati al Provvedimento e riporta le condizioni economiche secondo lo stesso ordine presentato nei "fogli informativi".

Infine tra gli strumenti di trasparenza attinenti alla fase precontrattuale è compreso anche il diritto del cliente di richiedere e quindi di ottenere, qualora ne faccia richiesta, la consegna di una copia del testo contrattuale idonea per la stipula (o, in alternativa, del documento di sintesi), prima della conclusione del contratto. Le Disposizioni di Vigilanza precisano che tale diritto non può essere assoggettato né a termine, né a condizione. La consegna è gratuita, ad eccezione che per i contratti di finanziamento, in relazione ai quali il cliente può scegliere se ottenere: a) una copia del contratto idonea per la stipula, che può essere subordinata al pagamento di una somma non eccedente le spese di istruttoria ovvero b) la consegna gratuita dello schema contrattuale senza le condizioni economiche e un preventivo delle stesse. La consegna della copia del contratto non impegna alla conclusione e, nel caso in cui le condizioni venissero successivamente modificate, l'intermediario deve necessariamente farlo presente al cliente prima della conclusione.

L'informativa precontrattuale è garantita anche nel caso di contatti con i clienti mediante l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza, all'interno delle quali va annoverato, in primo luogo, la comunicazione tramite la rete internet. A tale aspetto le Disposizioni di Vigilanza hanno dedicato un'apposita sezione (Sezione V), con la quale viene realizzato un collegamento con alcune disposizioni contenute nel Codice del Consumo, e con cui vengono disciplinati gli specifici aspetti caratterizzanti le sole comunicazioni a distanza, rimanendo ferma l'applicazione delle disposizioni generali di cui alla Sezione II laddove compatibili. Meritevole di segnalazione è la prescrizione della Banca d'Italia secondo la quale, qualora l'intermediario abbia un sito internet, esso è tenuto a pubblicare sullo stesso i fogli informativi e le guide pratiche.³²¹

Nel caso di utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza diverse dalla rete internet, l'intermediario deve mettere a disposizione del cliente, in tempo utile prima che lo stesso sia vincolato dal contratto e nelle medesime modalità per la sua conclusione, i fogli informativi o, in luogo di questo, le guide pratiche se il prodotto offerto è uno di quelli per i quali è prevista la pubblicazione di una guida pratica. Infine, le Disposizioni di Vigilanza precisano che se il contratto è concluso su richiesta del cliente tramite una modalità di comunicazione a distanza che non consente di trasmettere la documentazione precontrattuale, questa è messa a disposizione del cliente subito dopo la conclusione del contratto.

L'intera regolamentazione si chiude con le cosiddette "comunicazioni periodiche" (Sezione IV del Provvedimento di Banca d'Italia). Su tale fronte le innovazioni attengono, per lo più, alla previsione di fornire alla clientela al dettaglio un riepilogo delle spese sostenute nel corso dell'anno da inviare assieme all'estratto conto di fine anno; alla possibilità per il cliente di scegliere al momento della

³²⁰ Nel caso dei conti correnti il foglio informativo riporta la segnalazione di eventuali «[...] requisiti minimi di apertura del conto, le valute sui versamenti e sui prelievi i termini di disponibilità delle somme accreditate sul conto e degli assegni versati; tutte le causali che danno origine a una scritturazione per la quale vengono addebitati al cliente oneri economici, specificandone l'importo».

³²¹ Come osservato in precedenza viene eliminato l'obbligo di pubblicare il documento sui "Principali diritti del cliente".

firma del contratto se ricevere tali comunicazioni periodiche in via telematica o cartacea, con evidenza della differenza dei rispettivi costi da sostenere.

In definitiva, in sintonia con le più recenti innovazioni in tema di pratiche commerciali scorrette (artt. 20 ss., del Codice del Consumo), l'intervento di Banca d'Italia mira a creare uno schema informativo unico a trecentosessanta gradi ed idoneo ad essere adottato in maniera sostanzialmente uniforme nelle tre fasi di comunicazione con la clientela: informazione al pubblico, informazione precontrattuale, informazione in corso di rapporto³²².

Il decreto attuativo della direttiva mutui, introduce nel nostro ordinamento una nuova disciplina sulla trasparenza, applicabile ai soli contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, e che "ridefinisce" ulteriormente l'ambito di applicazione di quella generale contenuta nel Capo I del titolo VI del TUB.

La nuova disciplina mette ancora più in evidenza la separazione tra le norme di tutela applicabili ai consumatori di derivazione comunitaria, e quelle applicabili ai non consumatori.³²³

2.4. Il Titolo VI del T.U.B. "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti."

All'introduzione, alcuni anni addietro³²⁴, nel testo unico bancario della normativa sul "credito ai consumatori", con gli artt. da 121 a 126 del Capo secondo del Titolo sesto (cioè del Titolo dedicato alla "trasparenza delle condizioni contrattuali e rapporti con i clienti"), si è aggiunto, più di recente, l'inserimento degli artt. da 120 *quinquies* a 120 *noviesdecies*, sotto la rubrica "Credito immobiliare ai consumatori"; e ciò per dare attuazione, con il D.Lgs. 11 aprile 2016 n. 72, alla direttiva comunitaria n. 214/17 sui "Contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali" (oltreché ad altre materie che qui non rilevano). La più recente normativa ora citata non ha ancora dato luogo, per quanto consta, a pronunce giurisprudenziali, ma ha già formato oggetto di plurimi commenti dottrinari³²⁵. Essa sostituisce solo in parte quella di cui agli artt. da 38 a 41 del Testo unico bancario, in quanto normativa speciale applicabile ai mutui con-cessi ai "consumatori" (tali essendo le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta), e finalizzati all'acquisizione, da parte dei beneficiari, di un immobile residenziale¹³; dunque la disciplina di cui agli artt. da 38 a 41 del Testo unico bancario continuerà ad applicarsi ai finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado sugli immobili concessi alle società, agli Enti privati diversi dalle società, agli imprenditori, oltre ai lavoratori autonomi nell'esercizio delle loro attività imprenditoriali o

³²² CAPOBIANCO E., *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir.banca e merc.fin.*, 2002, I.

³²³ Per una critica della limitazione della nuova disciplina di tutela ai soli consumatori in luogo di una sua estensione a tutti i clienti al dettaglio, si rimanda a LUPOI, *La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa*, 2016, I, 234 ss.

³²⁴ Nota 10

³²⁵ si vedano, *ex multis*, ROSSI, *Il nuovo D.Lgs. 21 aprile 2016 n. 72, c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?* in *Contratto e impresa* 2016, 1493 sgg., nonché VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel TUB dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *Immobili e proprietà* 2016, 489 sgg.; la Direttiva comunitaria era stata commentata da PELLECCIA in *La direttiva sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa tit. cred.* 2016, I, 206 sgg., da CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giur.* 2015, 823 sgg., da RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti* 2015, 78, oltreché da altri Autori citati in nota alle trattazioni qui segnalate

professionali, o anche a persone fisiche al di fuori dell'esercizio di attività imprenditoriale e professionali, purchè non si tratti di finanziamenti come sopra finalizzati.

2.5. (segue) Gli obblighi di cui all'art.7 della direttiva e l'art. 120 septies t.u.b.

Uno degli aspetti più rilevanti della disciplina in tema di credito immobiliare sui quali è intervenuto il legislatore europeo è quello che riguarda le regole di comportamento previsto in capo ai soggetti coinvolti nelle attività di concessione di credito immobiliare. Tutte queste prescrizioni sono finalizzate a quegli obiettivi che si concretizzano nell'assunzione consapevole e responsabile della posizione debitoria da parte del consumatore e quindi, nell'integrità del mercato del credito immobiliare. Partendo dal Capo terzo della direttiva, dedicato alle condizioni applicabili ai creditori, agli intermediari del credito e ai rappresentanti designati, l'art.7 rubricato "*norme di comportamento da rispettare quando si concedono crediti ai consumatori*", onera gli Stati membri ad esigere che gli "operatori del credito" ossia i "creditori" e gli "intermediari del credito", nello svolgimento delle proprie attività, agiscano in maniera "onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori". Emerge così all'art.7 il dovere per i soggetti professionali di agire attraverso un comportamento ispirato ai principi di equità, onestà, trasparenza e professionalità, considerando anche i diritti e gli interessi dei consumatori, comportamento che assume rilievo non solo nel momento iniziale di concessione del credito, ma in tutte le fasi in cui si articola la relazione con il consumatore. Il paragrafo n.1 dell'art.7 prevede che il rispetto delle regole di condotta sia rispettato già dalla "messa a punto" dei prodotti creditizi e che perduri anche durante la fase di esecuzione del contratto di credito. Onde evitare che il tutto possa venire meno a causa delle scelte aziendali adottate dagli operatori creditizi nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale, è stabilito che gli Stati membri attuino delle misure, inerenti alle "politiche retributive", onde evitare che possa essere pregiudicato il rispetto dei doveri di comportamento enunciati. Gli obblighi generali di condotta³²⁶ cui sono sottoposti gli operatori creditizi non si esauriscono nel rispetto di principi di onestà, trasparenza e professionalità, ma si completano secondo l'art. 7 con la considerazione che l'operatore deve avere delle informazioni relative alla situazione del consumatore, su ogni particolare bisogno che questi ha comunicato sulle ipotesi circa i rischi cui la posizione economica del contraente debole è esposta per tutta la durata del contratto di credito. Il legislatore comunitario predispone, quindi, direttamente le regole di comportamento primarie cui assoggettare gli operatori del credito facendo ricorso alle regole generali della onestà, equità, trasparenza e professionalità. Tale orientamento non è nuovo, già in altri ambiti della disciplina privatistica di origine comunitaria e soprattutto in quella in cui il comportamento di taluni attori è tale da compromettere o pregiudica in modo significativo l'integrità del mercato è stato consolidato, è invece innovativo con riferimento al settore bancario e creditizio. Un simile intervento, infatti, non è contenuto né nella direttiva 87/102/Cee³²⁷, né nella successiva

³²⁶ L'aggettivo "generale" e talvolta "primario" (o le loro declinazioni) viene utilizzato in quanto, come si dirà meglio nel prosieguo, si ritiene che gli obblighi di comportamento di cui all'art. 7 della direttiva 2014/17/UE rappresentino il fulcro degli ulteriori obblighi di condotta previsti dalla disciplina europea del credito immobiliare posti, rispetto alle altre regole di condotta dal contenuto più specifico, in una relazione di "continenza sostanziale" che ne fa emergere la comune derivazione.

³²⁷ Direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo, pubblicata nella G.U. n. L 042 del 12 febbraio 1987. Prima di venire abrogata espressamente dalla direttiva 2008/48/CE, la direttiva 87/102/CEE ha subito due importanti modifiche in merito alle modalità di calcolo del TAEG ad opera della direttiva 90/88/CEE e della direttiva 98/7/CE, interventi normativi che – proprio per la loro portata innovativa limitata – non contemplavano regole inerenti ai doveri di comportamento degli operatori creditizi.

normativa introdotta dalla direttiva 2008/48/Ce³²⁸, interventi che seppure indicano gli obblighi di comportamento specifici degli operatori del credito, non dettano i principi generali cui tali soggetti devono ispirare la propria condotta. Nella nuova disciplina del credito immobiliare, il legislatore europeo ha fissato direttamente i principi che devono essere rispettati dagli operatori del credito nell'esecuzione degli obblighi di condotta loro imposti. In tal senso si chiarisce che l'armonizzazione prevista per gli Stati membri interesserà non solo gli obblighi specifici che devono essere eseguiti dagli operatori del credito, ma anche dai principi generali, con la conseguente riduzione della discrezionalità degli Stati membri circa la loro determinazione. Si notano certamente gli effetti che la fissazione diretta dei principi a livello sovranazionale può avere sul modo in cui le clausole generali di diritto comune vengono abitualmente intese all'interno dei singoli ordinamenti nazionali del settore delle operazioni creditizie, a ragione pertanto si preannuncia un dialogo tra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali in ordine, alla determinazione del significato da attribuire a tali principi nel contesto della normativa europea del credito immobiliare ai consumatori e, in ordine, alla rispondenza delle normative interne di recepimento rispetto alla formulazione dei principi, rispondenza da vagliare alla luce del diritto comunitario.

A spingere il legislatore sovranazionale ad intervenire sulla regolamentazione dei doveri di comportamento degli operatori creditizi è stata sicuramente la crisi dei mutui *subprime*³²⁹, evento che ha reso i singoli Stati membri suscettibili agli effetti negativi causati dalle condotte irresponsabili degli operatori finanziari nella concessione del credito immobiliare. Proprio questo, possiamo bene dire, ha fatto nascere la necessità di porre doveri generali di comportamento soprattutto in un settore come quello del credito immobiliare, dove l'imposizione attraverso clausole generali di tali doveri di condotta ha il vantaggio di permettere da subito un vaglio di controllo e rispondenza ai loro precetti di una serie di comportamenti che potrebbero esser contratti alle finalità che si perseguono. Dato positivo delle clausole generali è proprio quello di poter coprire una serie di situazioni, lasciando al giudice quel margine di potere operativo necessario perché la decisione che è chiamato a pronunciare possa essere aderente rispetto agli interessi in gioco. Similmente con la direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali³³⁰, il legislatore ha proceduto ad una

³²⁸ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, pubblicata nella G.U. n. L 133/66 del 25 maggio 2008.

³²⁹ Di tale correlazione dà atto la stessa direttiva 2014/17/UE che, nel considerando n. 3, rileva «la crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico». Per una breve ricostruzione del fenomeno, si v. anche G. CARRIERO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in A.A. V.V. *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 50-53; A. LUPOI, *La direttiva 17/2014, il mercato del credito immobiliare e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/2016, p. 234 ss. ed in particolare p. 238 ove l'A. precisa che l'esperienza degli Stati Uniti ha mostrato che un mercato immobiliare reso estremamente liquido «può generare crediti scadenti, in quanto la mancanza di qualità del credito (secondi gli schemi classici legati alle capacità finanziarie del debitore) è assorbita dalla liquidità con la quale la garanzia (l'immobile) può essere monetizzata, così trasformando l'escussione della garanzia da momento patologico del rapporto a momento fisiologico». Per un'analisi più approfondita si cfr. altresì ID., *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *Rivista di diritto bancario*, 12/2015, p. 1 ss

³³⁰ Si pensi, in particolare, al riferimento contenuto, in quel plesso normativo, alla contrarietà alla diligenza professionale. In argomento si v. C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e Contratti*, 6/2010, p. 408 ss.; N. ZORZI, *Le pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità garante della Concorrenza e*

“regolamentazione per principi” ricevendo un assenso positivo dalla Commissione europea³³¹. Questa sembra quindi esser la ragione che ha indotto il legislatore a stabilire direttamente, tramite il ricorso alle clausole generali, i principi che devono essere rispettati dagli operatori del credito nell’adempimento degli obblighi di condotta loro imposti.

I doveri di comportamento richiamati dal legislatore comunitario, sono di vario contenuto, ma nonostante tale diversità, gli operatori nella loro esecuzione devono ispirarsi all’equità, all’onestà, alla trasparenza e alla professionalità così come affermato nel considerando n. 31 secondo cui “il perseguimento di un livello adeguato di tali canoni, insieme ad un’azione che garantisca una gestione appropriata dei conflitti di interesse, appare essenziale per assicurare la fiducia dei consumatori”. L’obbligo di agire secondo onestà, equità, professionalità ed equità, non è demandato solamente all’autoregolamentazione da parte degli operatori finanziari attraverso l’adesione volontaria ai codici deontologici, ma oltre ad essere previsto dalla direttiva 17/2014/UE è considerato fondamentale per la protezione dei consumatori tanto da essere oggetto anche della normativa bancaria. Allo scopo di individuare quello che è il contenuto dei principi generali di cui all’art.7 della direttiva sul credito immobiliare ai consumatori, l’Autorità bancaria europea (EBA) ha approvato le “Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products³³²” e le “Guidelines on remuneration policies and practices related to the sale and provision of retail banking product ad services³³³”. Nell’ordinamento italiano, l’orientamento dell’ABE “sui dispositivi di governance e di controllo sui prodotti³³⁴, si precisa che l’intermediario dovrebbe “stabilire, attuare e rivedere periodicamente efficaci dispositivi di governance e di controllo sui prodotti” e che, nella fase di immissione sul mercato, tali dispositivi dovrebbero essere volti a “(...) garantire che gli interessi, gli obiettivi e le caratteristiche dei consumatori siano presi in considerazione; (...) evitare un potenziale pregiudizio per i consumatori; (...) ridurre al minimo i conflitti di interesse”. L’intermediario è tenuto a “*garantire che il prodotto sia considerato adeguato agli interessi, agli obiettivi e alle caratteristiche del mercato o dei mercati di riferimento individuati*”, ad “ideare e immettere sul mercato solo prodotti con caratteristiche, costi e rischi che rispondano agli interessi, agli obiettivi e alle caratteristiche dello specifico mercato di riferimento individuato, e vi apportino benefici”, a “valutare come il prodotto si inserisce all’interno di una propria gamma di prodotti esistente e se la presenza di eccessive varianti di un prodotto precluda a consumatore la possibilità di prendere decisioni informate”. In tale contesto, per stabilire se un prodotto possa o meno soddisfare gli interessi, gli obiettivi e le caratteristiche di uno specifico mercato di riferimento, si stabilisce che il

del mercato, in Contratto e impresa, 2/2010, p.443 ss.; V. MELI, Diligenza professionale, consumatore medio e regola de minimis nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni, a cura di V. MELI E P. MARANO, Torino, 2011, p. 1 ss.

³³¹ Si v. la comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato europeo economico e sociale sull’applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, del 14 marzo del 2013 che, al par. 2.1, definisce le clausole generali come regole che funzionano come ““catch all” provisions providing criteria which can be used, with a certain flexibility, to prevent unfair behaviour that is not covered by specific prohibitions.”

³³² Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products, EBA/GL/2015/18, pubblicate dall’European Banking Authority il 15 luglio 2015 e disponibili all’indirizzo <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1141044/EBAGL201518+Guidelines+on+product+oversight+and+governance.pdf/d84c9682-4f0b-493a-af45-acbb79c75bfa>

³³³ Guidelines on remuneration policies and practices related to the sale and provision of retail banking products and services, EBA/GL/2016/06, del 28 settembre 2016 disponibili all’indirizzo <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1596785/Final+report+on+Guidelines+on+remuneration+of+sales+staff+%28EBA-GL-201606%29.pdf>.

³³⁴ EBA/GL/2015/18, aggiornati al 22 marzo 2016 e reperibili all’indirizzo <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1412678/EBA-GL-2015>.

produttore debba “valutare il grado di capacità finanziaria del mercato di riferimento³³⁵”. Le linee guida appena riportate, presentano un contenuto molto articolato³³⁶ confermando che la disciplina europea sul credito immobiliare impone delle limitazioni significative all'autonomia dell'operatore creditizio sia in termini contrattuali che per quanto concerne l'aspetto dell'organizzazione interna della propria attività imprenditoriale.

Per quanto riguarda l'ordinamento interno, la disciplina europea del credito immobiliare ai consumatori ha trovato attuazione all'interno del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

La disposizione attraverso la quale è stato recepito l'art.7 della direttiva “*Condizioni applicabili ai creditori, agli intermediari del credito e ai rispettivi rappresentanti designati, è l'art. 120 septies rubricato “principi generali”* che prevede che il finanziatore e intermediario del credito, nell'ambito di tutte le attività concernenti il credito immobiliare, abbiano un comportamento orientato ai canoni della diligenza, correttezza e trasparenza, tenendo in conto dei diritti e degli interessi dei consumatori e, che basino la propria attività sulle “informazioni rilevanti riguardanti la situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato (e) su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito”. L'art. 120 septies t.u.b alla lettera a) ha interamente ripreso la prima parte dell'art.7 della direttiva mantenendone inalterato il richiamo ai caratteri della trasparenza, utilizzando clausole generali che fossero in linea con il sistema giuridico italiano sostituendo al riferimento ai caratteri dell'onestà, equità e professionalità, i termini correttezza e diligenza, termini più familiari e già utilizzati in altri contesti.³³⁷ La lettera b) del medesimo articolo ha recepito la seconda in modo invariato. La sostituzione dei termini onestà, equità e professionalità, con quelli di correttezza e diligenza richiama qualche riflessione ulteriore. È opportuno chiedersi se attraverso il richiamo ai precetti di cui agli artt.1175 e 1176 c.c., il legislatore abbia inteso limitarsi a ripetere l'operatività o se, alla luce della

³³⁵ In questo senso l'orientamento 3, punto 3.6.

³³⁶ Merita di essere segnalato l'orientamento n. 4 relativo all'opportunità che l'intermediario, prima che un prodotto venga immesso sul mercato o prima che un prodotto già esistente sia venduto in un nuovo mercato di riferimento o che vi siano apportate modifiche significative, conduca alcuni test «per valutare in che modo il prodotto inciderebbe sui consumatori nell'ambito di un'ampia serie di scenari, compresi scenari di stress», con la precisazione che il prodotto dovrebbe essere opportunamente modificato qualora «dall'analisi di scenario emergano scarsi risultati per il mercato di riferimento». Ancora, particolare attenzione deve riservarsi agli orientamenti n. 7 (sui canali di distribuzione del prodotto, che devono essere adeguati al mercato di riferimento) e 12 (relativo agli obblighi dei distributori – nel sistema interno: mediatori creditizi e agenti in attività finanziaria – di tenere conto delle informazioni fornite dall'intermediario e di rendere al consumatore una descrizione delle principali caratteristiche del prodotto, dei suoi rischi, del relativo prezzo complessivo e di tutti gli oneri).

³³⁷ Nell'ordinamento italiano la sostituzione delle clausole di origine europea dell'onestà, equità e professionalità con quelle della correttezza e della diligenza è avvenuta anche nel contesto del recepimento delle normative comunitarie relative ai mercati degli strumenti finanziari e alla distribuzione assicurativa. Si riferisce infatti all'obbligo per i soggetti abilitati di comportarsi con «diligenza, correttezza e trasparenza» l'art. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F) e l'art. 183 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni). Parte della dottrina, tuttavia, ha rimarcato la rilevanza per il nostro ordinamento della distinzione tra equità e correttezza. Si v. in proposito M. FRANZONI, Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto, in *Contratto e impresa*, 1/1999, p. 83 ss. Si cfr. altresì G. ALPA, La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità, in *Vita notarile*, 2002, I, p. 611 ss. E' rispettoso della distinzione tra correttezza ed equità l'art. 2, c., 2, lett. e) del codice del consumo che assicura ai consumatori come «fondamentali» i diritti alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali

matrice europea di tali obblighi e del particolare settore del credito immobiliare, abbi voluto colorare di significati diversi ed ulteriori rispetto a quelli tradizionali.³³⁸ L'art.1175c.c. rubricato "Comportamento secondo correttezza", collocato sotto il Titolo I del Libro IV dedicato alle obbligazioni generali, impone al debitore e al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza. A tale obbligo, si fa riferimento più volte richiamando il concetto di buona fede³³⁹, le parti devono infatti comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative (art.1337 c.c.), in pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), nell'esercizio dell'eccezione di inadempimento, durante l'esecuzione del contratto (art. 1375c.c.). La buona fede cui si fa riferimento è da intendersi nella sua accezione oggettiva o anche detta correttezza quale regola di comportamento cui devono attenersi le parti del contratto come, più in generale, i soggetti di qualsiasi rapporto obbligatorio (art.1775 c.c.), diversamente dalla buona fede soggettiva quale ignoranza non colposa di ledere l'altrui diritto (si ritrova negli artt. 1147, 1148, 1189, 1415, 1445c.c.). Di più il canone della buona fede, costituisce criterio per l'interpretazione del contratto stesso secondo il disposto di cui all'art.1366 c.c. Se con il codice civile del 1865³⁴⁰, la buona fede aveva una operatività circoscritta alla sola fase operativa del rapporto contrattuale, la clausola della correttezza è stata inizialmente interpretata come regola dal contenuto "morale"³⁴¹ e, anche sotto la vigenza del codice del 1942, è stata sottovalutata.³⁴² È con la Relazione al codice civile che viene precisato come la buona fede non fosse un dovere rilevante solo quale regola morale, al n. 558 si definisce la correttezza come "dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà corporativa"³⁴³. Eliminato il

³³⁸ In questo stesso senso, M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit., p. 1049 ss.

³³⁹ A questa concezione, ormai maggioritaria, che ritiene buona fede e correttezza un'endiadi si è contrapposto in passato un altro orientamento che, valorizzando la diversa sedes normativa dei due principi, segnatamente: l'obbligazione in generale per la correttezza e il contratto per la buona fede, ne rimarcava la diversa natura ed il diverso ambito operativo. Si v. in questo senso A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947 (rist. 2011), p. 57 ss; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964, p. 8 ss..

³⁴⁰ Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti approvato a Parigi nell'ottobre del 1927 in edizione bilingue italiano-francese dalla Commissione reale per la riforma dei codici, Provveditorato generale dello Stato, Roma, 1928.

³⁴¹ Si cfr. F.U. DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni. Parte generale*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, 2, Milano, 1950, p. 15 ss.

³⁴² Sebbene intriso di chiari riferimenti all'ideologia del periodo, il n. 558 della Relazione sembra contenere alcuni aspetti che, come si dirà nel prosieguo, una volta depurati dal sostrato ideologico di riferimento, possono essere considerati "embrionali" rispetto al modo attuale di concepire il dovere di correttezza. Ci si riferisce in particolare alla parte in cui si afferma che il comportamento secondo correttezza, qualificato dal principio di solidarietà, «non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, in maniera che, non soltanto l'atto di emulazione (...) ne risulta vietato, ma ogni atto che non implica il rispetto equanime dell'interesse dei terzi, ogni atto di esercizio del diritto che, nell'esclusivo e incivile perseguimento dell'interesse proprio, urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali». E, ancora, a quella in cui si precisa che, trasferito il concetto sul piano del rapporto obbligatorio, «si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore».

In questi termini si cfr. il n. 558 della Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1943, pp. 116-117

³⁴³ Sulla trascuratezza con la quale gli interpreti hanno trattato la buona fede all'indomani dell'approvazione del codice civile del 1942, si cfr. G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, I, p. 163 ss.

riferimento contenuto nell'art. 1175 c.c. ai principi della solidarietà corporativa, il nuovo referente della regola di correttezza viene identificato da parte di dottrina e giurisprudenza nel principio di solidarietà di cui all'art.2 della Costituzione³⁴⁴. Attraverso quindi, la valorizzazione della natura precettiva dell'obbligo di correttezza e buona fede e la sua positivizzazione nel principio di solidarietà di cui all'art.2 Cost., ha portato a riaffermare la effettiva operatività di tale dovere nella relazione tra creditore e debitore soprattutto in quelle ipotesi in cui esso non venga riferito esclusivamente alla realizzazione dell'interesse alla prestazione ex.art.1174 c.c.

Se è vero infatti, che la regola di buona fede e correttezza opera in primis come “principio di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione”³⁴⁵, è anche vero che essa non esaurisce in ciò la propria forza precettiva. L'art. 1374 c.c., infatti, prevedendo che il contratto obblighi le parti non solo a quanto sia nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivino secondo la legge, riconosce alla regola di buona fede o correttezza una funzione integrativa che, opera “tanto sul piano dei comportamenti del debitore e creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375c.c).³⁴⁶

La funzione integrativa della correttezza nei confronti del rapporto obbligatorio si riconosce in particolar modo allorquando si afferma che la stessa è fonte di autonomi obblighi di protezione³⁴⁷volti a soddisfare interessi ulteriori rispetto all'interesse alla prestazione. Al primario

³⁴⁴ La dottrina sul punto è sterminata. Ci si limita a segnalare S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, p. 162 ss.; M.GIORGIANNI, *L'obbligazione: La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968, p. 242 ss; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1971, II, p. 277 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. GALGANO, sub art. 1175, Bologna-Roma, 1988, p. 284 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto*, Il codice civile, Commentario, fondato da P. SCHLESINGER, Milano, 1998, p. 171 ss.; F. PIRANO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

In giurisprudenza si vv. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, c. 1296 ss.; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e responsabilità*, 11/2003, p. 1681 ss.; Cass., sez. un., 23 giugno-13 settembre 2005, n. 18128, in *Guida al diritto*, 38/2005, p. 34 ss.; Cass. 6 agosto 2008, n. 21250, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, II, p. 229 ss., con nota di G. GROSSO, *Osservazioni in tema di recesso della banca e clausola generale di buona fede*; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obbligazioni e contratti*, 1/2010, p. 24 ss., con nota di P. DE BIASE, *Fonte di un comportamento dovuto e (mera) qualificazione della fattispecie contrattuale*.

³⁴⁵Così L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio critico)*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, I, p. 203 ove l'A., analizzando i rapporti tra il dovere di correttezza e l'art. 1218 c.c., precisa che «la bona fides, che costituisce il vero principio di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, non solo esige che il debitore compia tempestivamente tutti gli atti necessari da parte sua per la realizzazione del risultato dovuto, ma anche che, prima della scadenza, si comporti da buon padre di famiglia per mantenersi in grado di adempiere».

³⁴⁶ C.VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa e dir.priv.*, 2000.

³⁴⁷ Il tema ha costituito (e continua ad essere) oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sia in ambiente tedesco, che è quello in cui la tematica degli obblighi di protezione ha visto la luce, sia in quello italiano ove il suo recepimento ha esercitato una grande influenza non solo nel modo di intendere la nuova categoria, ma anche nell'evoluzione del concetto di obbligazione e nell'individuazione della natura della responsabilità cui la loro violazione dà luogo. I limiti del lavoro non consentono di analizzare a fondo la tematica; qui ci si limita a segnalare alcuni tra i contributi più significativi allo studio della categoria in argomento; con riferimento alla dottrina

obbligo di prestazione fa riferimento l'art.1176 c.c. che al fine di garantire il migliore conseguimento dell'interesse del creditore (art.1174 c.c.), fa gravare sul debitore un obbligo di condotta ulteriore rispetto a quello di comportarsi secondo le regole della correttezza: quello di adempiere l'obbligazione in modo diligente. La diligenza rileva quale "misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta"³⁴⁸e la dottrina maggioritaria vi riconosce il criterio attraverso il quale potere valutare il comportamento del debitore dal punto di vista dello sforzo che da questi si può pretendere e, quindi, quale parametro di commisurazione della responsabilità.³⁴⁹Ecco dunque che si giunge ad affermare che all'interno del codice civile, le regole di correttezza e diligenza rilevano quali fonti di obblighi di comportamento, "di prestazione" nel caso della diligenza e "di relazione"³⁵⁰ in quella della buona fede, che esplicano la propria doverosità nell'ambito di una relazione giuridicamente rilevante. Se questa è la portata che le regole di correttezza e diligenza assumono nei confronti degli operatori professionali³⁵¹ nel settore del credito immobiliare, non può

italiana si cfr. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in Jus, 1/1952, p. 156 ss.; ID., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, cit., p. 185 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, (in particolare) p. 61-73; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, 1960, p. 1342 ss.; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 709 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in Jus, 1976, p. 123 ss.; C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, p. 567 ss.; L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, p. 507 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di LUIGI MENGONI, Milano 1995, p. 147 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 443 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; R. CALVO, *Circolazione dei modelli giurisprudenziali in Europa: il caso degli «obblighi di protezione» (un'importazione – utile? – dalla Germania all'Italia)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2010, p. 1 ss.; P. SIRENA, *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2010, p. 9 ss.; L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 1/2014, p. 45 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2015, p. 659 ss.; R. FAVALE, M. FEOLA, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016.

³⁴⁸ Così il n. 559 della Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1943, p. 117.

³⁴⁹ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit., in particolare p. 199 ove definisce la diligenza in senso stretto come «dovere di sforzo in vista dell'adempimento» e, più in generale, p. 194 ss.; S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 539 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, nel Commentario del codice civile* SCIALOJA E BRANCA, a cura di F. Galgano, sub artt. 1173-1176, IV, Bologna-Roma, 1988; A. RAVAZZONI, *Diligenza*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989; M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza*, cit., p. 1067 ove l'A., analizzandone i rapporti con il dovere correttezza, precisa che la diligenza si specifica come «misura dello sforzo dovuto dall'obbligato nella realizzazione dell'interesse creditorio; opera, cioè, in un momento in cui l'obbligazione si è già venuta configurando, per effetto della clausola di buona fede, in struttura ed estensione, essendo stato definito il quantum esigibile, ed emersi e delineati

³⁵⁰ Qualifica tali obblighi nei termini di «attività di prestazione» e «attività di relazione» U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., p. 125.

³⁵¹ Rileva che «mancando un regime speciale, la responsabilità civile della banca è [...] in principio governata dalle regole di diritto comune» P. GAGGERO, *Profili della responsabilità civile della*

dirsi che il dovere di comportarsi nel rispetto di tali regole esaurisca la propria operatività nell'ambito del rapporto obbligatorio sorto tra consumatore e professionista. Indice del maggior significato da attribuire alla diligenza e alla correttezza nella nuova disciplina del credito immobiliare sembra la circostanza che l'art.120 septies del t.u.b. prescriva l'osservanza di tali regole di comportamento nello svolgimento di tutte quelle che sono le attività disciplinate dal capo I bis, non solo quindi in quelle in cui c'è una relazione tra consumatore e professionista ma, anche in quelle in cui il professionista provvede alla redazione del materiale pubblicitario dei servizi offerti (art.120 octies t.u.b.), remunera il proprio personale e si occupa di assicurarne il rispetto dei requisiti di professionalità (art.120 septiesdecies t.u.b.). Molti dei comportamenti imposti agli operatori creditizi dagli obblighi di condotta dal contenuto più specifico rinviengono la propria origine proprio nei precetti dell'agire che sia conforme ai caratteri dell'equità, onestà, professionalità e trasparenza, si pensi all'obbligo di fornire comunicazioni pubblicitarie in modo chiaro, completo e non ingannevole³⁵², al dovere di assicurarsi che il personale preposto al contatto con i consumatori sia dotato delle competenze necessarie per prendersi cura delle loro esigenze, all'obbligo di monitorare la periodicità dell'adempimento del mutuatario e di attivarsi per evitare che l'eventuale situazione di difficoltà nei pagamenti diventi problematica. In questo scenario, la diligenza e la correttezza sembrano identificare in generale il modo in cui il finanziatore e l'intermediario del credito devono agire nel mercato del credito immobiliare e non indicano solo i precetti cui devono adeguarsi durante lo svolgimento del singolo rapporto contrattuale con il consumatore. Tale conclusione pare possa trovare conferma anche nel disposto di cui all'art. 120 septies laddove non estende l'osservanza degli obblighi anzidetti ad entrambe le parti del rapporto ma solo al professionista, facendo assurgere la diligenza, la correttezza e la trasparenza al rango di "principi generali" cui tale soggetto deve improntare tutte le proprie attività.

2.5.1. (segue) Le disposizioni più rilevanti.

Accanto all'informativa precontrattuale in capo all'intermediario e prima della conclusione del contratto di mutuo, viene introdotto l'obbligo di verifica del merito creditizio secondo quanto stabilito dall'art. 120 undecies rubricato "Verifica del merito creditizio" e dall'art.120-duodecies rubricato "Valutazione dei beni immobili" del decreto legislativo nazionale.

L'art.124 bis T.u.b. aveva trasposto il testo dell'art. 8 della direttiva sul credito al consumo 2008/48/Ce; il legislatore aveva imposto al finanziatore la valutazione, in fase precontrattuale dell'affidabilità del consumatore, ma non si era espresso esplicitamente sulle conseguenze della verifica e sul regime sanzionatorio di eventuali violazioni da parte del soggetto erogante. E' necessario interpretare l'art. 124 con l'art.125 per una panoramica globale. La valutazione del merito creditizio può essere collegata ad un ulteriore obbligo a carico del finanziatore, fissato dall'art.124, c.5, in tema di informativa precontrattuale. È previsto che debbano essere fornite al consumatore non solo le informazioni standardizzate contenute nel modulo "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori", ma anche "chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria (...)", in un'ottica di autotutela del consumatore, responsabile delle proprie scelte.

banca, in I contratti dei risparmiatori, a cura di F. CAPRIGLIONE, Milano, 2013, p. 221. Si cfr. inoltre G. FERRI, *La diligenza del banchiere, in Banca, borsa e titoli di credito*, 1958, I, p. 1 ss.; M. COMPORI, *Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale, in Funzione bancaria e responsabilità della banca*, a cura di S. MACCARONE E A. NIGRO, Milano, 1981.; N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari, nel Trattato di diritto civile italiano*, diretto da FILIPPO VASSALLI, Torino, 1983, VIII, 3; A. SCARPA E G. FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008, (in particolare) pp. 1-35.

³⁵² Si veda capitolo primo, paragrafo 2.6.

Il finanziatore deve tenere una condotta diligente, e supportare il consumatore nella decisione di indebitamento, fornendogli informazioni personalizzate, deve quindi potere avere nella propria disponibilità di dati quanto più dettagliati possibili relativi alla situazione del singolo soggetto, ricavabili dalla verifica del merito creditizio che assurge in questo caso a “funzione strumentale” per l’ottenimento di maggiori informazioni. Funzionale alla verifica della solvibilità del consumatore è anche al possibilità per gli intermediari bancari e finanziari di accedere al contenuto delle banche dati, come stabilito dall’art.125. Nella regolamentazione dell’obbligo di valutare il merito creditizio si inserisce inoltre il decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze del 3 febbraio 2011 n. 117 che all’art.6 stabilisce “*al fine di evitare comportamenti non prudenti e assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito, i finanziatori assolvono all’obbligo di verificare il merito creditizio del consumatore, previsto dall’art.124-bis, applicando le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini della sana e prudente gestione dei soggetti³⁵³ i vigilati dagli artt.53,67,108, 109 e 114- quaterdecies del t.u.b. e dalla relative disposizioni di attuazione.*”

-In attuazione della direttiva 17/2014/Ue, il legislatore italiano ha inserito l’art.120 undecies t.u.b. senza apportare modifiche di rilievo. In conformità al comma 9, la Banca di Italia ha emanato alcune disposizioni di attuazione dell’art.120 undecies t.u.b. integrandole nel documento *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziaria. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, modificato il 30 settembre 2106. Il punto 5.3. della sezione VI bis precisa che quando il consumatore viene informato dal finanziatore del rifiuto della domanda di credito, ciò deve avvenire gratuitamente. Per quanto riguarda le modalità in cui si svolge la valutazione del merito creditizio, il provvedimento rimanda alle disposizioni della Circolare della Banca di Italia n.285 del 17 dicembre 2013 (Istruzioni di vigilanza per le banche), quando la valutazione è operata dalle banche e alla Circolare della Banca di Italia n. 288 del 3 aprile 2013, quando viene svolta dai finanziatore disciplinati dal titolo V del t.u.b. Diversamente dalla disciplina prevista dalla direttiva che prevede una coerenza tra la valutazione della solvibilità del consumatore e la concessione del credito, qualora l’esito della valutazione del merito creditizio sia negativa, il legislatore italiano ha dettato una regolamentazione meno protettiva delle istanze sottese sia alla tutela del consumatore dai rischi di sovraindebitamento sia alla stabilità finanziaria.³⁵⁴

³⁵³ Cit. art.6 del d.m. 3 febbraio 2011.

³⁵⁴ Se è vero che la previsione del divieto di risolvere il contratto o di modificarlo in peius, in ragione dell’adempimento inesatto dell’obbligo di valutazione del merito creditizio, può costituire un rimedio efficace per il consumatore, è anche vero che – come si è più volte ricordato – l’obbligo di valutazione in parola è previsto anche a tutela della stabilità del mercato del credito immobiliare. Non rimane da ritenere, allora, che probabilmente tale obiettivo, nelle intenzioni del legislatore italiano, è raggiungibile sia attraverso le sanzioni pecuniarie previste dall’art. 144 del t.u.b., che in virtù della carica di dissuasività che il divieto di risoluzione e modifica peggiorativa del contratto di credito può esercitare nei confronti degli operatori finanziari. Del resto, anche con riferimento a quegli ordinamenti che – nel contesto della disciplina sui contratti di credito ai consumatori – hanno previsto, per il finanziatore che non abbia valutato correttamente il merito creditizio del consumatore, una sanzione probabilmente più efficace quale la decadenza dal diritto al pagamento degli interessi (soluzione prescelta dal legislatore francese), o a quelli che applicano la stessa sanzione per il caso in cui il contratto di credito non contenga tutti gli elementi obbligatori (così l’ordinamento slovacco), lo scrutinio operato dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea si è concentrato in modo particolarmente esaustivo sul carattere della dissuasività dei rimedi prescelti. Si cfr., la sentenza della Corte di Giustizia del 27 marzo 2014, resa nella causa C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA vs Fesih Kalhan; la sentenza è commentata da T. DALLA MASSARA, *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali prevista nell’ordinamento francese, in Diritto civile contemporaneo*,3/2014, reperibile al sito internet www.dirittocivilecontemporaneo.com; T. RUMI,

Seguono una serie di fattispecie finalizzate ad arricchire e rendere più chiaro il quadro normativo che sottende alla valutazione del merito creditizio: il comma 3 indica che il creditore che ha concluso un contratto di credito con un consumatore non può, in un secondo momento, né risolvere né modificare il contratto di credito a danno del consumatore a motivo del fatto che era stata condotta scorrettamente la valutazione del merito creditizio o che le informazioni a disposizioni siano incomplete; il comma 4 indica che prima di procedere ad un significativo aumento dell'importo totale del credito una volta che sia già stato concluso il contratto, il creditore deve rivalutare il merito creditizio del consumatore sulla base delle informazioni aggiornate; il comma 5 indica che il creditore ha l'obbligo di informare il consumatore qualora la richiesta di credito venga rifiutata e se del caso sul fatto che la decisione è basata sul trattamento automatico dei dati.

Emerge quindi come la normativa interna si limiti a prevedere la doverosità della valutazione del merito creditizio, la sede dello scrutinio, gli elementi sui quali focalizzare il giudizio, il divieto per il finanziatore che non abbia compiuto una valutazione esatta di risolvere il contratto di credito o di esercitare uno *ius variandi* in senso sfavorevole ex art. 118 t.u.b., la necessità di rinnovare la valutazione in caso di aumento significativo dell'importo del credito, l'obbligo di informare il consumatore dell'esito negativo della verifica e del mezzo utilizzato per la valutazione.

-La particolare importanza del costo del credito in senso stretto, fa sì che, sulla scia di quanto già disposto con la direttiva 2008/487Ce sui contratti di credito ai consumatori, il contenuto delle comunicazioni pubblicitarie sia predeterminato legalmente. Ne deriva un quadro caratterizzato da una certa libertà concessa agli operatori del creditore nel modo in cui poter organizzare le pratiche pubblicitarie attraverso le quali promuovere i propri prodotti finanziari con l'unico limite generale rappresentato dalla correttezza, dalla chiarezza e dalla rispondenza al vero delle informazioni fornite e con quello, più specifico, consistente nel fatto che, qualora vogliano fare riferimento al tasso di interesse offerto vi provvedano includendo anche dati ulteriori che assicurino un'informazioni completa almeno per quanto riguarda l'identità del "creditore" ed il costo totale del credito.

Nel nostro ordinamento la disciplina delle comunicazioni pubblicitarie si ritrova all'art.120 octies del testo unico bancario, che prevede disposizioni sovrapponibili a quelle della direttiva 17/2014/UE³⁵⁵. L'articolo 120-octies riprende, in molte parti, la formula già presente nell'art. 123 del t.u.b. inerente la pubblicità nei contratti di credito ai consumatori e, Entrambi richiamano quanto stabilito dal Codice del Consumo nella Parte II, Titolo III e ribadiscono che "[...] gli annunci pubblicitari che riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base in maniera chiara, precisa, evidenziata e, a seconda del mezzo usato, facilmente leggibile o udibile [...]" (art. 120-octies, comma 2°152). In più l'art. 120-octies, al comma 1°, ribadisce che gli annunci pubblicitari sono "[...] effettuati in forma corretta, chiara e non ingannevole. Essi non contengono formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative sulle disponibilità o il costo del credito".

Dalla lettura del secondo comma dell'art. 120-octies si evince un vero e proprio elenco dettagliato delle informazioni di base che devono essere presenti, rispecchiando anche in questa circostanza l'art. 123 del t.u.b.. Queste informazioni sono: (a) il finanziatore o l'intermediario del credito;(b) (se del caso) il fatto che il contratto sarà garantito da un'ipoteca su beni immobili residenziali o su un diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali; (c) il tasso debitore con la specificazione se

Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore, in I Contratti, 10/2014, p. 873 ss.; G. AZARDI, Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori, in Giurisprudenza italiana, 2/2015, p. 285 ss. Si v. altresì la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 9 novembre 2016, resa nella causa C-42/15, Home Credit Slovakia a.s. vs Klàra Bìròvòv.

³⁵⁵ Sul carattere coincidente, si cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 466ss

fisso o variabile o una loro combinazione, accompagnato da informazioni dettagliate circa le commissioni e gli altri oneri inclusi nel costo totale del credito; (d) l'importo totale del credito; (e) il TAEG posto in evidenza; (f) l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito o ottenerlo alle condizioni pubblicizzate, se questi costi non sono già inclusi nel TAEG perché non determinabili in anticipo; (g) la durata del contratto, se determinata; (h ed l) (se del caso) l'importo e il numero delle rate; (i) (se del caso) l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare; (m) un'avvertenza sul fatto che eventuali fluttuazioni del cambio potrebbero incidere sull'importo che il consumatore è tenuto a pagare nel caso di finanziamenti in valuta estera. Ad esclusione delle indicazioni contenute nei punti a), b) e m) le altre informazioni, a norma del comma 3°, devono essere specificate attraverso l'ausilio di un "esempio rappresentativo"³⁵⁶.

Infine, si richiama in oltre la delibera del CICR n.380 del 29 settembre 2016 che, secondo il comma 4 dell'art.120 octies t.u.b., avrebbe dovuto precisare le caratteristiche dell'informazione da includere negli annunci pubblicitari, le modalità per la loro divulgazione e i criteri per la definizione dell'esempio rappresentativo. Il dato innovativo della delibera si ritrova nel comma 2 dell'art. 4 che prevede che "gli annunci pubblicitari che non riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito specificano la propria natura di messaggio pubblicitario e indicano che è a disposizione della clientela la documentazione prevista per l'informativa precontrattuale"³⁵⁷. Maggiori indicazioni si ritrovano nel provvedimento della Banca di Italia Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Il paragrafo 5.1. della sezione VI -bis prevede infatti che le informazioni necessarie che devono essere contenute negli annunci pubblicitari che riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito debbano essere formulate in maniera chiara, concisa³⁵⁸ ed evidenziata rispetto alle informazioni relative alle caratteristiche e ai costi del credito, nonché in modo facilmente leggibile o udibile, a seconda della tecnica di comunicazione utilizzata. Anche nel contesto della comunicazione di pubblicità e marketing la direttiva mostra una gerarchizzazione delle informazioni. Per quanto attiene alle comunicazioni da darsi tramite l'esempio rappresentativo, la normativa stabilisce che, ai fini della sua elaborazione, il finanziatore non è libero di creare l'esempio in modo discrezionale, dovendo invece tenere conto delle caratteristiche del contratto di credito offerto, della tipologia di clientela cui è destinato, della domanda attesa e delle modalità di rimborso del credito. Anche l'esempio rappresentativo deve essere redatto in modo chiaro, conciso, essere accompagnato dall'espressione "esempio rappresentativo" e che assuma un'evidenza maggiore rispetto alle singole informazioni illustrare attraverso l'esempio stesso.

Per quanto attiene agli annunci pubblicitari che contengano riferimenti al tasso di interesse o altre cifre relative al costo del credito, il Provvedimento della Banca di Italia impone agli operatori del credito l'osservanza delle disposizioni contenute nella "sezione II, paragrafo 5", precisando che il riferimento ai fogli informativi vada inteso ai "documenti previsti dal paragrafo 5.2".

Vale poi precisare che secondo il disposto di cui all'art. 120 noviesdecies del Testo Unico Bancario ai contratti di credito immobiliare ai consumatori si applica l'art.117 del t.u.b. che stabilisce, al comma 6, che sono nulle e si considerano come non apposte le clausole contrattuali che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelle pubblicizzate te e, al comma 7, le

³⁵⁶ Rispetto a quanto riportato nell'art. 123 del t.u.b. qui vengono aggiunte le informazioni di cui lettere (a), (b) ed (m).

³⁵⁷ Sebbene l'art. 4 della delibera del CICR specifichi alcuni aspetti che non sono oggetto di precisazione da parte della direttiva 2014/17/UE e dall'art. 128 octies del t.u.b., i riferimenti in esso contenuti non sono del tutto innovativi dato che tali aspetti sono già contemplati dalla sezione VI bis del Provvedimento della Banca d'Italia Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, del 29 luglio 2009 (come modificato il 15 luglio 2015).

³⁵⁸ Tale riferimento avvalorata la tesi che ritiene che il surplus informativo, impedendo la percezione degli elementi rilevanti della comunicazione, finisca in concreto per pregiudicare la finalità informativa.

condizioni sostitutive r che troveranno applicazione attesa la nullità di quelle pattizie. Il rinvio all'art. 117 t.u.b.³⁵⁹, comma 6, conferma che le informazioni pubblicitarie, se previste, non hanno "carattere suggestivo" ma servono a formulare l'offerta.

L'ordinamento, quindi, non prevede alcuna tutela al professionista che, al fine di invogliare il consumatore a concludere un determinato contratto, pubblicizzi condizioni economiche più favorevoli di quelle che intenderebbe tradurre nel contratto effettivamente stipulato dopo avere sollecitato il consumatore. Laddove ci si trovi di fronte ad un'attività pubblicitaria che non rispetti le previsioni suddette, il comportamento del finanziatore e dell'intermediario del credito potrebbe integrare una pratica commerciale scorretta, soggetta ai poteri di controllo e a quelli dell'AGCM. In un'ottica privatistica, si pone il problema della determinazione delle ricadute sul contratto di credito immobiliare stipulato a valle di un'eventuale pratica commerciale scorretta. Gli interpreti³⁶⁰ si sono orientati diversamente spaziando dalla nullità all'annullamento del contratto stipulato, o ricorrendo al diritto di recesso o alla tutela di tipo risarcitorio. Giovi precisare, che quando ci si appropria alla contrattazione immobiliare si deve tenere in mente che le informazioni veicolate attraverso le comunicazioni pubblicitarie, si iscrivono all'interno di un più ampio procedimento informativo che, finisce per ricomprendere le informazioni diffuse attraverso le comunicazioni pubblicitarie.

Ne deriva che, al di là dei casi analizzati, la comunicazione pubblicitaria che integri una pratica commerciale scorretta non è detto che possa determinare conseguenze del tipo delle invalidità sul contratto di credito concluso, e ciò nei casi in cui gli obblighi precontrattuali relativi alle informazioni generali e personalizzate siano stati correttamente adempiuti.

2.6. La nuova disciplina del Capo I-bis "Credito immobiliare ai consumatori".

Le principali novità legislative del d.lgs. 72/2016 consistono nell'aggiunta al Titolo VI del t.u.b. di un Capo I-bis rubricato "Credito immobiliare ai consumatori", artt. 120 quinquies e successivi, nell'introduzione all'interno del d.lgs. 141/2010 (attuativo della direttiva 2008/48/CE) della figura del "consulente indipendente" e nella previsione di legge, contenuta all'art. 12 del predetto decreto, secondo cui le attività di segnalazione relative ai contratti di credito immobiliare prestate a titolo accessorio non costituiscono esercizio di agenzia in attività finanziaria né di mediazione creditizia.

³⁵⁹ In proposito deve sottolinearsi che in alcune decisioni l'ABF ha ampliato l'ambito di operatività dell'art. 117 t.u.b., comma 6, operando un'applicazione analogica della norma nelle ipotesi di informazioni contrattuali sfavorevoli rispetto a quelle comunicate in sede di trattativa individuale. Si cfr. ABF Roma, decisione n. 1009 del 13 Maggio 2011 ; si v. altresì ABF Roma, decisione n. 2651 del 30luglio 2012.

³⁶⁰M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso? in Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano 2007, p. 238 ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 408 ss.; EAD., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto privato europeo. Breve excursus sul "contraente debole"*, in *Europa e diritto privato*, 4/2008, p. 831 ss.; M. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, p. 477ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2010, p. 880 ss.; N. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2011, p. 921 ss.; C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 6/2013, p. 305 ss.; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 1/2014, p. 1 ss.; G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, cit., p. 137 ss

Seguono i provvedimenti di Banca d'Italia e del CICR i quali hanno emanato, alla fine di settembre 2016, nuove disposizioni sulla trasparenza bancaria e finanziaria cui è inclusa la fattispecie del credito immobiliare al consumatore. Sono, da ultimo, integrabili le disposizioni di carattere generale richiamate al Titolo VI, Capo I del t.u.b. e la normativa del codice del consumo inerente le pratiche commerciali scorrette e le clausole vessatorie.

-La direttiva 2014/17/UE è stata recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. del 21 aprile 2016, n.72 che ha novellato il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. del 1 settembre 1993, n. 385). Ha suscitato interrogativi il fatto che il legislatore comunitario avesse individuato il testo unico bancario quale sede per recepire la disciplina europea prevista dalla direttiva 2014/17/UE, preferendolo al codice civile o al codice del consumo (decreto legislativo n.206 del 6 settembre 2005).

A ben vedere se è vero che la scelta del codice del consumo sarebbe stata appropriata laddove avrebbe valorizzato ancora di più la qualità soggettiva del consumatore, dando anche maggiore organicità alle istanze di protezione tipiche di tale qualifica, quella per il T.u.b. è una scelta che si giustifica in ragione della materia che si tratta. Il legislatore italiano ha quindi voluto dare conferma e dare un senso di continuità ad un approccio già maturato con riferimento alla direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori, tradottasi nel capo II del titolo VI del T.u.b.³⁶¹ Discorso diverso va fatto con riferimento all'ipotesi del codice del codice civile, laddove il legislatore italiano ha ormai da tempo privilegiato la normativa di settore, ragione per cui non si è ritenuta opportuna una novella del codice civile, come invece avvenuto in altre esperienze.

Il Testo unico bancario risulta integrato mediante l'introduzione di una nuova Capo I-bis che si inserisce nel Titolo VI ed è rubricato "credito immobiliare ai consumatori", e risulta altresì integrato e modificato il decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 141, per quanto concerne la disciplina degli intermediari del credito come abbiamo analizzato nel paragrafo precedente.

Sotto il profilo soggettivo, la nuova disciplina si applica ai rapporti con i consumatori³⁶². mentre, sotto il profilo oggettivo, la nuova disciplina si applica ai contratti di credito "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, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto oggetto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato."³⁶³

La nuova disciplina del *Capo I bis*, trova applicazione per quei contratti di credito ai consumatori che siano garantiti da ipoteca su un immobile residenziale, finalizzati all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

Non è richiesto, che il finanziamento sia sempre destinato all'acquisto di un immobile residenziale, essendo di per sé sufficiente, ai fini dell'applicabilità della disciplina del credito immobiliare ai consumatori, che i contratti di credito siano garantiti su un immobile residenziale, indipendentemente dalla finalità e destinazione dello stesso

Sono stati quindi introdotti con il capo I-bis gli articoli da 120 *quinquies* a 120 *noviesdecies* di seguito riassunti nei contenuti essenziali al fine di comprenderne la portata innovativa.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della disciplina sul credito immobiliare, la definizione di "*contratto di credito*" si ritrova nell'art.120 *quinquies*, comma I lett. c) che la riferisce al contratto concluso tra un soggetto professionista cd. finanziatore ed un consumatore, con cui il primo concede o si impegna a concedere al secondo sotto forma di "dilazione di pagamento, prestito o altra facilitazione finanziaria". Affinchè possano trovare applicazione le norme sul credito immobiliare ai consumatori che, secondo il disposto di cui all'art. 120 *sexies* t.u.b. disciplinano tutti

³⁶¹ Cfr. considerando n.20 della direttiva 2014/17/UE

³⁶² Le norme applicabili solo ai servizi di pagamento in moneta scritturata (Titolo VI, capitolo II bis del t.u.b.)

³⁶³ Si veda l'art. 120 *quinquies* del tub, comma 1, lett.c.

i “contratti di credito comunque denominati”, salve le eccezioni previste, è necessario che il credito concesso, o che il finanziatore si è impegnato a concedere, sia supportato da una garanzia di tipo ipotecario sul diritto di proprietà o su un altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o, alternativamente, che sia finalizzato all’acquisto o alla conservazione del diritti di proprietà su un terreno o un bene immobile edificato o, anche solamente, progettato.

L’art. 120 quinquies, in attuazione all’art. 4 della MCD, fornisce le definizioni rilevanti ai fini dell’applicazione del contesto cui va applicato. In primis, il “*contratto di credito*” viene definito come quello con cui “un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore [i.e. la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale] un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un’ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all’acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato”. Nel fornire la definizione di contratto di credito, riflette chiaramente della definizione che si ritrova nella direttiva 2014/17/Ue, il legislatore italiano ha inserito in un solo articolo il combinato disposto dagli art. 3 paragrafo primo, lett. a) e b) e l’art.4 n.3 della direttiva sui contratti di credito immobiliari, relativi il primo all’ambito di applicazione della direttiva e il secondo a quella che è la definizione di contratto di credito, proponendo una disposizione complessa perché contenente profili che attengono propriamente alle forme attraverso le quale il credito viene concesso, e agli aspetti inerenti il suo scopo o all’assistenza di un’ipoteca a garanzia dell’adempimento dell’obbligazione restitutoria del credito concesso o da concedersi. Oltre a risentire dell’influenza della definizione europea di contratto di credito, quella utilizzata dal legislatore interno coincide con l’altra definizione adottata in sede di attuazione della direttiva 2008/48/Ce in materia di contratti di credito ai consumatori, ad oggi contenuta nell’art.121, c.1, lett. c) del t.u.b. Con riferimento alla definizione di contratto di credito ai consumatori, parte della dottrina ha evidenziato, che l’approccio seguito dal legislatore avrebbe un carattere c.d. “*transtipico*”³⁶⁴ perché, vista la formulazione della norma in termini duttili e slegati da un concreto riferimento contrattuale, sarebbe idoneo a ricomprendere più fattispecie contrattuali. Proprio questa analisi, fa sì che gran parte della dottrina, al fine di accomunare le fattispecie riconducibili alla nozione di contratto di credito in quel segmento normativo, fa riferimento alla causa negoziale (quella di finanziamento³⁶⁵) piuttosto che allo schema contrattuale vero e proprio³⁶⁶. L’atteggiamento seguito dal legislatore nazionale, è dettato dall’esigenza di dover

³⁶⁴ In questo senso si v. L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria, in Europa e diritto privato*, 3/2009, p. 790. Aderiscono a questa ricostruzione F. MACARIO, *Il percorso dell’armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in *La nuova disciplina del credito al consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 1 ss.; M. MAUGERI-S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori, nella collana Quaderni di banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 2013, p. 9 ss.; G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori, nel Trattato dei contratti* di V. ROPPO, Mercati regolati, Milano, 2014, p. 293 ss.

³⁶⁵ In argomento, si v. E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, in particolare p. 59ss.; M. FRAGALI, *Finanziamento*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 617 ss.; R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, I, p. 580 ss.; A. GALASSO, *Le situazioni soggettive nei contratti di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1988, I, p. 67 ss.; S. MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enciclopedia giuridica*, V, Roma, 1990.

³⁶⁶ Come è noto, in ambiente italiano gli studi sulla qualificazione del contratto si sono concentrati prevalentemente sulla osservazione del suo schema negoziale e sulla constatazione del – collegato benché diverso – ambito di rilevanza dell’elemento causale. Si cfr. in argomento G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, (in particolare) p. 220 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 84 ss., ove l’A., al fine di individuare i tratti che permettano di distinguere tra i diversi tipi negoziali, propone un’analisi di tipo casistico che guardi ora al contenuto

mitigare gli effetti del diverso approccio seguito dal legislatore europeo che nel procedimento di armonizzazione massima, date le differenze esistenti tra le legislazioni dei diversi Stati, guarda non al tipo contrattuale ma ad una classe in senso ampio di contratti, a cui poter ricondurre sia schemi negoziali tipici che schemi negoziali atipici.³⁶⁷ questo approccio, teso ad aggirare la fattispecie allo scopo di garantire una maggiore aderenza delle norme europee al diverso contesto giuridico di destinazione, non lo ritroviamo solo allorché si debbano individuare i contratti da sottoporre all'ambito di applicazione di una data disciplina, ma anche sul piano della configurazione delle tecniche di tutela da parte del legislatore europeo. Di seguito è introdotta la definizione di finanziatore e di intermediario del credito: il primo sostanzialmente riconducibile alle banche ed agli intermediari finanziari di cui all'art. 106 TUB; il secondo principalmente corrispondente alle figure professionali dell'agente in attività finanziaria e del mediatore creditizio ex artt. 128 quater e 128 sexies TUB. Una volta disposte le necessarie definizioni, al comma 2, viene analizzato un dato pratico, precisando che al costo totale del credito (i.e. quello che indica tutti gli interessi ed i costi che il consumatore deve pagare) sono inclusi i costi relativi ai servizi accessori connessi con il contratto di credito nonché quelli della valutazione dei beni (in entrambi i casi se necessari per ottenere il credito), mentre sono esclusi i costi per la trascrizione dell'atto di compravendita del bene immobile e le eventuali penali pagabili dal consumatore per l'inadempimento degli obblighi stabiliti nel contratto di credito.

Occorre ora puntualizzare le operazioni economiche ricomprese dall'art.120 quinquies t.u.b., essendo necessario individuare quelli che sono gli schemi negoziali che possono essere ricompresi nell'ambito di applicazione della nuova disciplina sui contratti di credito immobiliare consapevoli che la difficoltà principale è data dalla scelta del legislatore interno di riferirsi all'operazione economica nel suo complesso e non alle singole fattispecie contrattuali che la compongono. L'art.120 quinquies, c.1, lett.c t.u.b, fa riferimento a due diverse operazioni economiche; nella prima il finanziatore concede o si impegna a concedere un credito a favore del consumatore che garantisce attraverso l'iscrizione di un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali il proprio adempimento dell'obbligo restitutorio della somma "mutuata", nella seconda operazione il credito concesso o promesso dal finanziatore al consumatore deve essere "finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà" su un terreno o su un bene immobile edificato o progettato. Queste operazioni sono accumulate dal tipo di prestazione che grava sul finanziatore e dalla modalità in cui può essere eseguita; in entrambi i casi il finanziatore concede o si impegna a concedere sotto forma di dilazione di pagamento, prestito o altra facilitazione finanziaria per cui il concedere o promettere di concedere una dilazione di pagamento, un prestito rappresentano i modi in cui il professionista può diventare creditore del consumatore, dotandolo della disponibilità di una somma di denaro di cui non dispone o pur disponendone non vuole utilizzare. Ulteriore dato comune alle due operazioni è il riferimento ai beni immobili: residenziali nel primo caso, quale oggetto del diritto di garanzia nel secondo caso. Il dato discrezionale si ritrova allora nella diversa prestazione del debitore che seppure si obbliga alla restituzione del

del contratto, ora alla qualità delle parti, al modo di perfezionamento (e ad altri elementi); G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2008, I, p. 491 ss.

³⁶⁷ Come è noto, in ambiente italiano gli studi sulla qualificazione del contratto si sono concentrati prevalentemente sulla osservazione del suo schema negoziale e sulla constatazione del – collegato benché diverso – ambito di rilevanza dell'elemento causale. Si cfr. in argomento G.B FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, (in particolare) p. 220 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 84 ss., ove l'A., al fine di individuare i tratti che permettano di distinguere tra i diversi tipi negoziali, propone un'analisi di tipo casistico che guardi ora al contenuto del contratto, ora alla qualità delle parti, al modo di perfezionamento (e ad altri elementi); G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2008, I, p. 491 ss.

tantundem maggiorato degli interessi, nella prima operazione al fine di garantire il soddisfacimento del proprio “bisogno di credito” concede al finanziatore un’ipoteca, nella seconda diviene “mutuatario” di un “credito finalizzato”, essendosi impegnato al momento della conclusione del contratto, ad impiegare quelle date somme per la realizzazione di fini determinati. Se queste sono le operazioni economiche che il legislatore sottopone alla nuova disciplina del credito immobiliare, di devono individuare i contratti tipici e atipici che possono essere utilizzati. Alla prima operazione di concessione di credito non finalizzato cui accede la costituzione di una garanzia ipotecaria, si possono ricondurre gli strumenti dei “contratti di finanziamento” che prima delle modifiche al T.u.b. rientravano nell’ambito della disciplina del “credito fondiario” ex art. 38.42 T.u.b., normativa che oggi si applica ai finanziamenti a medio e lungo termine concessi a soggetti diversi dai consumatori; i contratti di mutuo; il contratto di apertura di credito bancario a tempo determinato. Più difficoltosa è l’individuazione degli schemi in cui il credito possa essere erogato mediante una “facilitazione finanziaria” o attraverso una “dilazione di pagamento” dato che quest’ultima ha come presupposto un debito già esistente. Potrebbe farsi riferimento allora al contratto di finanziamento che il consumatore stipula al fine di ridurre la propria esposizione debitoria maturata nel corso di un precedente rapporto di credito, il c.d. leasing traslativo. Si vuole ribadire che affinché l’operazione economica conclusa tra finanziatore e consumatore possa rientrare nella disciplina del credito immobiliare è necessario che il contratto di credito, a prescindere dal tipo di schema negoziale che si voglia utilizzare, sia assistito da ipoteca che ai sensi dell’art. 120, c.1 lett. c) del T.u.b., deve essere concessa “sul diritto di proprietà o su altro diritto reale” avente ad oggetto un bene immobile residenziale. Per quanto attiene alla seconda operazione che realizza la concessione di un credito cd. Finalizzato, si può includere negli schemi negoziali il mutuo di scopo consensuale ed il contratto di c.d. rent to buy. Se la prima operazione economica è caratterizzata dalla concessione della garanzia ipotecaria, la seconda operazione si differenzia per la finalizzazione del credito “all’acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato” e, pertanto, gli schemi negoziali che possono comporre tale operazione economica potrebbero essere il contratto di compravendita, con o senza patto di riscatto, nel contratto di permuta.³⁶⁸ Con riferimento all’operazione economica il testo dell’art.120 *sexies* si riferisce a beni in generale senza far riferimento alla qualifica “residenziale”, potendosi trattare di un terreno, o di un immobile edificato o progettato. Per quanto riguarda la forma che i contratti di credito immobiliare devono rispettare, l’art.120 *noviesdecies* t.u.b. richiama, tra gli altri l’art.117 t.u.b. che prevede che i contratti debbano essere redatti per iscritto e che una copia vada consegnata al cliente. Ai contratti di “credito immobiliare”, al di là delle norme contenute nel Capo I bis del t.u.b. e a quelle richiamate dall’art.120 *noviesdecies* t.u.b., sono applicabili, in caso di lacune, le norme generali regolatrici dei contratti di cui al titolo II del libro VI e quelle sui tipi e, ove non derogate, le disposizioni contenute nel codice del consumo ricorrendone i requisiti soggettivi di applicazione. Sono esclusi dall’ambito di applicazione della disciplina contenuta dal capo I bis il contratto di “prestito vitalizio ipotecario”, tutti i contratti di credito la cui durata è indeterminata, i contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale anche di importo superiore ad euro 75.000 (operazione che il d.lgs.n.72 del 21 aprile 2016 ha ricondotto nell’ambito di applicazione della disciplina del “credito ai consumatori”).

Proseguendo, è all’art. 120 *sexies* che viene demandato il compito di delineare l’ambito di applicazione della disciplina in oggetto per cui si legge che esso è circoscritto ai contratti aventi ad

³⁶⁸ Per quanto attiene ai negozi conservativi, si può far riferimento al contratto di appalto di opera per la ristrutturazione dell’immobile, solo se garantito (art.120 *sexies* lett.h) t.u.b. esclude dall’ambito di applicazione delle disposizioni sul credito immobiliare “i contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale”. Si potrebbe includere tra i contratti attraverso i quali il consumatore può conservare il diritto di proprietà su un bene immobile, il contratto di finanziamento con cui ripianare la propria situazione debitoria ed evitare la perdita del diritto di proprietà sul bene mediante la sua vendita forzata.

oggetto la concessione di credito garantito da ipoteca su un immobile residenziale o volto ad acquistare un immobile, sottoscritto da un consumatore. Sono invece espressamente esclusi (in recepimento dell'art. 3 della MCD) i contratti: a) della tipologia c.d. "equity release" (cfr. art. 3, comma 2, lett. a, della MCD); b) in cui il credito è concesso a titolo gratuito; c) in cui il credito è erogato nella forma dell'apertura di credito in cui il credito deve essere rimborsato entro un mese; d) consistenti in una dilazione di pagamento se non comportano l'iscrizione di un'ipoteca; e) di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale; f) risultanti da un accordo raggiunto davanti a un giudice o altra autorità prevista dalla legge; g) rappresentanti i prestiti c.d. ponte; h) da attivare in caso in cui la vendita della vecchia abitazione e l'acquisto della nuova non siano contestuali; i) di finanziamenti agevolati erogati ai dipendenti pubblici da parte dell'Inps.

Il decreto di attuazione introduce poi una nuova disciplina "speciale" in ordine alla trasparenza, applicabile ai soli contratti di credito, che limita ancora di più l'ambito di applicazione della disciplina generale di cui al Capo I del Titolo VI tub. La nuova disciplina si orienta verso una più marcata separazione tra le norme di tutela applicabili ai consumatori e quelle applicabili ai non consumatori, lasciate alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Agli artt. 120 septies e 120 octies trovano rispettivamente declinazione i principi di comportamento per i finanziatori e per gli intermediari del credito che offrono contratti di credito ai consumatori, nonché gli oneri informativi a loro carico in materia pubblicitaria. Più in particolare, l'art. 120 septies impone non solo canoni di diligenza, correttezza e trasparenza, ma anche la valutazione del merito creditizio del consumatore; ciò in aderenza ai concetti di concessione responsabile dei mutui ed accensione responsabile dei mutui espressi nel Documento di accompagnamento della MCD del 31 marzo 2011.³⁶⁹ L'art. 120 octies, occupandosi della pubblicità, prescrive che gli annunci pubblicitari relativi ai contratti di credito siano effettuati in maniera corretta, chiara e non ingannevole, non dovendo contenere formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative sulla disponibilità o il costo del credito. In recepimento dell'art. 11 della MCD, è altresì ivi stabilito l'elenco delle informazioni di base contenuto negli annunci pubblicitari che riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito; informazioni base che devono essere indicate in maniera chiara, precisa, evidenziata e, a seconda del mezzo usato, facilmente leggibile o udibile. Infine l'art. 120 novies recepisce gli artt. 13, 14 e 16 della MCD dettando una serie di obblighi informativi a carico del finanziatore o dell'intermediario del credito che devono essere resi al consumatore prima della conclusione del contratto di credito, ma sarà oggetto di approfondita analisi in altra parte del presente lavoro di ricerca.

All'art. 120 decies sono individuate tutta una serie di informazioni che l'intermediario del credito (ovvero i suoi collaboratori o dipendenti) è tenuto a fornire ai consumatori con riguardo all'operatività dagli stessi condotta, in "tempo utile prima dell'esercizio di una delle attività di intermediazione del credito".

Segnatamente, su richiesta del consumatore, gli intermediari del credito che ricevono commissioni da uno o più finanziatori devono fornire al consumatore informazioni comparabili sull'ammontare delle commissioni percepite. Nel PIES quindi l'intermediario del credito deve comunicare al finanziatore l'eventuale compenso che il consumatore è tenuto a versargli in relazione ai servizi di intermediazione del credito.

La norma è strettamente collegata a quanto poi previsto nel successivo art. 120 septiesdecies³⁷⁰ in punto di remunerazioni pagate dai finanziatori al proprio personale (e agli intermediari del credito di cui si avvalgono) e di requisiti di conoscenza e di competenza del personale medesimo. È infatti imposto ai finanziatori di remunerare il personale e, se del caso, gli intermediari del credito in modo da garantire il rispetto degli obblighi previsti ai sensi del capo I-bis e assicurare che il personale

³⁶⁹ cfr. www.eur-lex.europa.eu.

³⁷⁰ Già ampiamente analizzato

abbia un livello di professionalità adeguato per predisporre, offrire e concludere contratti di credito o contratti accessori a quest'ultimo, nonché prestare servizi di consulenza.

La MCD ha introdotto i concetti di concessione responsabile dei mutui ed accensione responsabile dei mutui i quali impongono una precisa valutazione del merito creditizio del consumatore prima dell'erogazione del credito. Nel documento di accompagnamento della MCD si dava atto che in questo campo il mercato presenta una grave carenza, ossia la mancanza di incentivi ad effettuare valutazioni approfondite dell'idoneità e/o del merito creditizio. I creditori possono infatti basarsi sul valore della garanzia sottostante (l'immobile ipotecato), trasferendo il rischio di inadempimento o rivendendo il prestito a terzi; analogamente, i consumatori possono essere indotti a sopravvalutare i propri redditi per ottenere il prestito. Sul piano della regolamentazione, carenze quali l'assenza, la scarsa chiarezza o l'incoerenza dei quadri normativi contribuiscono quindi a rendere non corrette le valutazioni dell'idoneità o del merito creditizio.

Il legislatore italiano ha poi attuato le norme della direttiva concernenti la valutazione del merito creditizio del consumatore nell'art. 120 undecies t.u.b. senza apportarvi modifiche di rilievo. In conformità al comma 9, la Banca d'Italia ha emanato alcune disposizioni di attuazione dell'art. 120 undecies t.u.b. integrandole nel documento Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziaria. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, modificato il 30 settembre 2016.

L'art. 120 undecies, in attuazione degli artt. 18, 20 e 21 della MCD, prevede quindi che: 1) la definizione delle regole di dettaglio relative al processo di valutazione del merito di credito sia rimessa alle disposizioni di attuazione della Banca d'Italia; 2) tra le informazioni rilevanti ai fini della valutazione del merito creditizio siano comprese quelle fornite dal consumatore mediante l'intermediario del credito nonché tutte le ulteriori ottenute dal finanziatore; 3) la valutazione del merito creditizio del consumatore debba essere effettuata sulla base di documenti aggiornati ogni qual volta si proceda ad un aumento significativo dell'importo totale del credito; 4) il finanziatore non possa comunque risolvere il contratto di credito concluso con il consumatore o apportarvi modifiche per esso svantaggiose sul presupposto che la valutazione del merito creditizio sia stata condotta scorrettamente o che le informazioni fornite dal consumatore fossero incomplete (salva l'ipotesi di omissione volontaria da parte del consumatore); 5) i finanziatori abbiano diritto di accesso alla Centrale dei Rischi e alle altre banche dati.

L'art. 120 undecies, si noti come non prescrive alcun tipo di sanzione nel caso in cui tale valutazione sul merito creditizio non venga svolta correttamente, o abbia esito negativo ma il credito venga comunque erogato, ma stabilisce solo che caso di errata o incompleta erogazione di informazioni fornite dal consumatore al professionista sulla sua situazione economica, il finanziatore non possa risolvere il contratto, salvo il caso in cui il consumatore abbia volutamente omesso tali informazioni. Con l'art. 120 duodecies è introdotta una disciplina ad hoc sulla valutazione degli immobili che costituiscono oggetto di garanzia del credito immobiliare.

Segnatamente, i finanziatori sono tenuti ad applicare standard affidabili per la valutazione dei beni immobili residenziali ai fini della concessione di credito garantito da ipoteca anche quando la valutazione è condotta da soggetti terzi.

La norma è connessa al successivo art. 120 sexiesdecies ove attribuito all'Osservatorio del Mercato Immobiliare (OMI), istituito presso l'Agenzia delle Entrate, il compito di assicurare il controllo statistico sul mercato immobiliare residenziale e di effettuare le opportune comunicazioni ai fini dei controlli di vigilanza macro-prudenziale. L'OMI dovrà infatti curare la rilevazione e l'elaborazione delle informazioni di carattere tecnico-economico relative al mercato nazionale delle compravendite e delle locazioni immobiliari, con il duplice obiettivo di concorrere alla trasparenza del mercato immobiliare e di fornire elementi informativi rilevanti per l'attività dell'Agenzia nel campo dei processi stimali.

Occorre poi analizzare il servizio di consulenza di cui all'art.120 terdecies t.u.b. Questo tipo di attività non risulta legata alla concessione e intermediazione del credito, la consulenza mira a porre il cliente di fronte ad una scelta che non sia solo informata, ma anche consapevole, distogliendolo da

scelte improvvisate e rispetto ad offerte meramente allettanti e poi difficilmente sostenibili. L' sito della consulenza è la consegna di una raccomandazione personalizzata per una o più operazioni relative a contratti di credito

-Ai sensi dell'art. 22 della direttiva mutui, il servizio di consulenza si sostanzia in raccomandazioni personalizzate fornite al consumatore in merito al contratto di credito e costituisce un'attività separata rispetto alla concessione del credito e alle attività di intermediazione del credito. L'art. 120 terdecies recepisce la MCD inquadrando la prestazione dei servizi di consulenza quale attività riservata ai finanziatori e agli intermediari del credito e prevedendo che la stessa possa essere qualificata come indipendente solo se resa dai consulenti di cui all'articolo 128 sexies, comma 2 bis (i.e. soggetti che prestano professionalmente in via esclusiva servizi di consulenza indipendente avente a oggetto la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma e sono iscritti in una sezione speciale dell'elenco di cui all'art. 128 sexies, comma 2; norma questa introdotta dal D. Lgs. in esame). La prestazione di servizi di consulenza si caratterizza poi per esser legata ad una serie di obblighi specifici tra cui: a) agire nel migliore interesse del consumatore; b) acquisire informazioni aggiornate sulla sua situazione personale e finanziaria; c) fornire al consumatore una raccomandazione personalizzata in merito al contratto di credito che sia adeguata rispetto ai suoi bisogni e situazione personale e finanziaria, tenuto anche conto dei possibili rischi per tutta la durata del contratto di credito proposto.

Infine, l'art. 120 *quaterdecies* disciplina l'offerta di contratti di credito in valuta estera e prevede che il consumatore abbia in qualsiasi momento il diritto di convertire in euro il prestito denominato in valuta, non è stata adottata la soluzione alternativa, prevista dalla MCD, di prevedere l'obbligo di inserire nel contratto di finanziamento in valuta meccanismi volti a limitare il rischio di cambio per il consumatore. La norma impone però al finanziatore un'informativa specifica a favore del consumatore nell'ipotesi in cui la conversione comporti una variazione del valore dell'importo totale del credito o delle rate residue superiore al 20%.

Con 'art. 120 *quinquiesdecies* è introdotta la novità normativa che ha suscitato maggiori perplessità ed obiezioni in sede di lavori preparatori la cui ratio è comprensibile solo se esaminata in connessione con tutte le ulteriori previsioni introdotte al capo I bis appena passate in rassegna e, soprattutto, con le finalità che la direttiva si era prefissata. In attuazione dell'art. 28 della è previsto infatti che, fermo restando il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., le parti del contratto di credito possono convenire espressamente, al momento della conclusione del contratto medesimo, che in caso di inadempimento del consumatore, il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporti l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito o l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Qualora il valore dell'immobile come stimato dal perito o l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. A tutela del consumatore è fatto espressamente divieto al finanziatore di condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della suddetta clausola ed il consumatore deve essere assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza. Il valore del bene immobile che era oggetto della garanzia deve essere stimato con una perizia successiva all'inadempimento, da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c. La norma, oltre che recepire quanto previsto dalla direttiva, sostanzialmente si allinea alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui è lecito il ricorso al cosiddetto "patto marciano" in quanto, a differenza del patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., non determina alcuna sproporzione tra l'entità del debito e il valore del bene dato in garanzia; ciò poiché la stima del bene deve essere effettuata successivamente all'inadempimento e sussiste l'obbligo per il creditore di restituire al debitore l'importo eccedente l'entità del credito (Cass. 9 maggio 2013, n. 10986).

L'articolo 12 della MCD disciplina la pratica, ormai prassi degli istituti bancari ed intermediari finanziari, di commercializzare i contratti di credito in modo "abbinato" (se il contratto di credito non è disponibile per il consumatore separatamente) ovvero "aggregato" (se il contratto di credito viene messo a disposizione del consumatore anche separatamente, ma non necessariamente alle stesse condizioni praticate) ad altri prodotti, specie assicurativi. A fronte di un'impostazione generale che vieta le pratiche di commercializzazione abbinata è tuttavia riconosciuta agli Stati membri la facoltà di introdurre talune deroghe a questo divieto.

A tutela del consumatore la direttiva, prevede dunque il divieto di offrire o commercializzare il contratto di credito in un pacchetto che comprenda altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il primo non sia disponibile separatamente.

Come noto il tema è senza dubbio rilevante e ha trovato nel nostro Ordinamento parziale disciplina in alcuni interventi legislativi aventi come obiettivo quello di evitare conflitti di interesse e di consentire al consumatore il c.d. "shopping around".³⁷¹ Con l'introduzione dell'art. 120 *octiesdecies* ha trovato dunque attuazione l'articolo 12 appena esaminato, che impone il divieto delle c.d. pratiche di commercializzazione abbinata, facendo però salvo quanto stabilito dall'articolo 28 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, e dall'articolo 21, comma 3-bis, D. Lgs. n. 206/2005. Viene fatta salva, altresì, la disciplina del TUF in materia di prodotti finanziari (che potrebbero comprendere un credito rientrante nel capo I bis), attribuendo poteri di controllo alla Consob

³⁷¹ Più in dettaglio l'art. 28, D.L. n. 1/2012 prevede che qualora le banche, gli istituti finanziari e gli intermediari finanziari condizionino l'erogazione del mutuo immobiliare alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita, sono tenute a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi. Il cliente resta comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente che il finanziatore è obbligato ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare. L'art. 21, comma 3 bis, Codice del consumo considera invece scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario.

3. CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI PRECONTRATTUALI

Sommario: 3.1. La fase precontrattuale e la fase esecutiva: principi e problemi - 3.2. Le informazioni da inserire nella pubblicità - 3.2.1. (segue) Analisi dell'art. 10 - 3.2.2. (... segue) Analisi dell'art.11 - 3.3. Le pratiche commerciali abbinate: analisi dell'art.12 - 3.3.1. Le deroghe previste dall'art. 12 - 3.4. La fase precontrattuale e l'obbligo informativo: premessa - 3.5. La fase precontrattuale e l'obbligo informativo - 3.6. I nuovi obblighi informativi generali: art.13 - 3.7. La gradualità dell'informazione:il passaggio all'informazione personalizzata - 3.8. Le informazioni personalizzate: art.14. - 3.9. Le Spiegazioni adeguate: art.16. - 3.10. L'applicabilità della disciplina del Prospetto informativo europeo standardizzato : il superamento del documento di sintesi - 3.11. Trasparenza e formalismo negoziale - 3.12. L'indagine sul merito creditizio - 3.12.1. (segue) l'art. 19 e ss : valutazione dei beni immobili - 3.12.2. Il problema dei parametri utilizzabili in sede di valutazione del merito di credito: art.20 della direttiva

3.1. La fase precontrattuale e la fase esecutiva: principi e problemi.

L'insieme di tutte le norme dedicate agli obblighi informativi sia pubblicitari che precontrattuali, risulta significativamente ampliato con la direttiva 17/2014/Ue. Il tutto risponde ad un duplice ordine di ragioni: da un lato si è dovuto tenere in conto dei cambiamenti registratisi nel mercato alla luce di nuove forme e modalità operative; dall'altro nell'ottica di adottare una massima armonizzazione in questo campo.

Si nota, come gli obblighi informativi introdotti dalla direttiva con uno sguardo più emancipato rispetto alla direttiva 48/2008/Ce, siano naturalmente posti a carico del creditore professionista, ma anche dell'intermediario del credito ossia di quel soggetto che, nel quadro della propria attività professionale o imprenditoriale, presta a titolo oneroso un servizio di assistenza nella conclusione del contratto di credito immobiliare, così come taluni obblighi informativi sono posti anche a carico del consumatore al fine di consentire al creditore una completa e specifica analisi della sua capacità di rimborso.

Il capo IV della direttiva del 2014, riguarda le norme in materia di “*Informazioni e pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito*”, con una struttura molto simile a quella delineata dalla precedente direttiva n.48/2008/Ue in materia di informazioni preliminari, secondo una logica di gradualità del dovere informativi, distinguendo tra una prima fase pubblicitaria di cui agli artt. 10 e 11 , trasposti all'interno del T.u.b. all'art. 120 *octies*, una seconda caratterizzata dall'informativa obbligatoria precontrattuale di cui agli artt.13 e 14 della direttiva, trasposti nel t.u.b all'art.120-*novies*, e una terza fase riguardante gli obblighi informativi da parte dell'intermediario e l'obbligo di fornire “spiegazioni adeguate “ al consumatore di cui agli artt.15 e 16 della direttiva trasposti nel t.u.b agli art. 120 *novies- decies*.

Nella direttiva 17/2014 Ue, il primo luogo normativo in cui si ha modo di constatare come si declinano le regole generali di comportamento cui sono tenuti gli operatori del credito nei riguardi dei consumatori è rappresentato dalle previsioni che hanno ad oggetto le pratiche pubblicitarie^{372, 373}. Dall'analisi del considerando n.22 della direttiva 2014/17/Ue, emerge l'impatto

³⁷² In prima battuta rileva come malgrado le disposizioni inerenti alle comunicazioni pubblicitarie, la direttiva non consegna una definizione di “pubblicità”. Probabilmente tale mancanza, è dovuta all'implicito richiamo che il legislatore europeo fa della definizione di pubblicità dalla direttiva 2006/114 /Ce che nell'art.2 comma I, lett. a) si riferisce a “qualsiasi forma di messaggio che sia siffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni e servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi”. Taluni, rinvergono una giustificazione nella positivizzazione di una definizione ampia di pratica

delle conseguente che possono derivare al consumatore dalla conclusione di un contratto di credito immobiliare, pertanto il legislatore comunitario in un'ottica di valorizzazione di questo aspetto, tiene in conto dell'importanza che la pubblicizzazione dei prodotti esercita nei confronti della generalità di coloro che possono essere potenziali clienti cui è diretta e rileva che già il materiale pubblicitario dovrebbe includere *“adeguate avvertenze sui rischi specifici, la natura delle garanzie e le implicazioni legate alla sua sottoscrizione”*.

Nel settore del credito la presenza di regole sulla trasparenza e sulla correttezza dell'operato dei professionisti assume un'importanza centrare in considerazione delle specificità del settore. Le asimmetrie informative, dovute alla complessità dei contratti e alla parallela mancanza di competenze e conoscenze tecniche del consumatore medio, rendono necessaria un'articolate disciplina degli obblighi di informazione. La posizione di debolezza in cui versa il consumatore bisognoso di accedere al credito, ha orientato il sistema verso il graduale aumento di standard di correttezza e diligenza richiesto all'operatore professionale, esigenza ancora più avvertita a seguito della crisi economica, originata dalla cartolarizzazione dei mutui *subprime* statunitensi, che ha interessato l'economia generale.

La presenza dei valori della correttezza e della trasparenza a presidio delle relazioni è strumentale non solo alla tutela delle ragioni del singolo consumatore, ma del sistema economico nel suo complesso il cui andamento economico è influenzato in maniera negativa dalla sfiducia riposta dai consumatori nel sistema bancario soprattutto.

Dal punto di vista metodologico giovinò alcune precisazioni in ordine alla disciplina predisposta dalla direttiva sul credito al consumo del 2008, sì da poterne trarre similitudini e differenza in confronto con la nuova disciplina della *mortgage credit directive*. La presente direttiva si pone con un ambito di applicazione complementare rispetto a quella del credito al consumo, dovendo essere interpretata garantendo la coerenza del sistema creditizio. In tal senso ritroviamo che *“per garantire ai consumatori del settore creditizio un quadro coerente e per ridurre al minimo gli oneri amministrativi per i creditori e gli intermediari del credito, la struttura della presente direttiva dovrebbe seguire, ove possibile, quella della direttiva 2008/48/Ce, in particolare i principi che stabiliscono che le informazioni contenute nella pubblicità relativa ai contratti di credito concernenti beni immobili residenziali siano fornite al consumatore con un esempio rappresentativo ...”*, considerando n.20. Non mancano tuttavia, differenze dettate dalla specificità dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali.³⁷⁴

Si noti che, così come previsto nella direttiva credito al consumo, gli obblighi informativi introdotti siano naturalmente posti a carico del creditore- professionista, ma anche dell'intermediario del credito ossia del soggetto che, nel quadro della propria attività professionale o imprenditoriale, presta a titolo oneroso un servizio di offerta e /o assistenza nella conclusione di un contratto di credito con il consumatore. Bisogna altresì evidenziare che, seppure espressi in modo molto generico, alcuni obblighi informativi sembrano sussistere anche in capo al consumatore al fine di consentire al creditore una completa e specifica analisi delle sue capacità di rimborso.

commerciale prescelto direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali, la cui disciplina viene richiamata dalla direttiva che si esamina

³⁷³ Direttiva 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/Cee del Consiglio e le direttive 97/7/Ce, 98/27/Ce e 2002/65/ Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n.2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicata nella G.U.n. L.149/22 dell'11 giugno 2005.

³⁷⁴ Considerando 22 secondo cui tale approccio differenziato può essere giustificato anche *“dall'opportunità di tenere conto degli insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria e dalla necessità di garantire che il credito avvenga in maniera sana”*

Gli artt.10 ed 11 dettati per gli annunci pubblicitari, predispongono una disciplina che si presenta più completa rispetto a quella contenuta nell'art.4 della direttiva 2008/48/Ce³⁷⁵. Dal punto di vista strutturale, la nuova disciplina si articola in due parti: una parte relativa alle disposizioni generali di cui all'art.10 e quella speciale, contenente le informazioni di base da includere nella pubblicità di cui all'art.11, con una duplice clausola di salvezza circa l'applicazione della direttiva 2005/29/CE che apre l'art.10 e chiude l'art.11. La direttiva sul credito al consumo, invero, dedica alla pubblicità un'unica norma art.4, che disciplina esclusivamente il contenuto minimo della stessa, prevedendo in conclusione un rinvio all'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. È di interesse, quindi, individuare i termini del rapporto tra la disciplina della direttiva 2014/17/UE e la direttiva 2005/29/CE recepita negli artt. 18 ss del codice del consumo come vedremo.

Con l'obiettivo di regolamentare il diritto alla completa informazione delle condizioni di finanziamento, nell'interesse del consumatore, che quale deve arrivare alla stipulazione del contratto con piena consapevolezza dell'impegno che va a sottoscrivere, nella direttiva è previsto che il finanziatore si impegni affinché sia garantita tale tutela si concretizzi effettivamente. Così come per la disciplina del credito al consumo 2000/48/UE all'art.4, ³⁷⁶anche la direttiva mutui ipotecari chiarisce che qualsiasi forma di pubblicità resta innanzitutto soggetta all'applicazione della direttiva 2005/29/CE e, quindi, alla normativa sulle pratiche commerciali scorrette, recepita oggi nel nostro ordinamento agli artt. 18-27 *quater* del codice del consumo. Tale normativa troverà dunque generale

³⁷⁵ L'art. 4 della direttiva 2008/48/CE dispone che "1. Qualsiasi pubblicità relativa a contratti di credito la quale indichi un tasso d'interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore contiene le informazioni di base di cui al presente articolo. Questo obbligo non si applica nei casi in cui la legislazione nazionale richieda l'indicazione del tasso annuo effettivo globale per la pubblicità relativa a contratti di credito la quale non indichi un tasso d'interesse né qualunque altro dato numerico riguardante qualsiasi costo del credito al consumatore ai sensi del primo comma. 2. Le informazioni di base riguardano, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo: a) il tasso debitore, fisso o variabile, corredato di informazioni relative alle spese comprese nel costo totale del credito al consumatore; b) l'importo totale del credito; c) il tasso annuo effettivo globale; in caso di contratto di credito ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, gli Stati membri possono decidere che non sia necessario fornire il tasso annuo effettivo globale; d) se del caso, la durata del contratto di credito; e) in caso di credito sotto forma di dilazione di pagamento per una data merce o un dato servizio, il prezzo in contanti e l'importo degli eventuali pagamenti anticipati; f) se del caso, l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare e l'importo delle rate. 3. Se la conclusione di un contratto riguardante un servizio accessorio connesso con il contratto di credito, in particolare un'assicurazione, è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali previste e se il costo di tale servizio non può essere determinato in anticipo, anche l'obbligo di ricorrere a detto contratto è indicato in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata, assieme al tasso annuo effettivo globale. 4. Il presente articolo lascia impregiudicata la direttiva 2005/29/CE". Secondo il considerando n. 18 della medesima direttiva "I consumatori dovrebbero essere protetti contro le pratiche sleali o ingannevoli, in particolare per quanto riguarda la divulgazione di informazioni da parte del creditore, in linea con la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»). Tuttavia, la presente direttiva dovrebbe contenere disposizioni specifiche sulla pubblicità relativa ai contratti di credito e su alcune informazioni di base da fornire ai consumatori per metterli in grado, in particolare, di paragonare le varie offerte. Tali informazioni dovrebbero essere fornite in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata mediante un esempio rappresentativo".

³⁷⁶ At.4 "Qualsiasi pubblicità relativa a contratti di credito la quale indichi un tasso di interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore contiene le informazioni di base di cui al presente articolo".

applicazione per tutte le comunicazioni pubblicitarie relative a contratti di mutui assieme a quella sulla pubblicità ingannevole e comparativa. Una disciplina peculiare, che quindi introduce un regime ulteriore e più elevato di informazioni, è prevista solo per quelle comunicazioni pubblicitarie relative ai contratti di credito che rechino l'indicazione del tasso di interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito a carico del consumatore. Queste ultime devono contenere determinate "informazioni di base" finalizzate a rendere più completi e chiari termini economici dell'operazione di finanziamento.³⁷⁷ L'obiettivo del legislatore comunitario in questo primo livello di contatto tra consumatore e professionista è quello di evitare che il messaggio pubblicitario possa risultare ingannevole, attraverso l'abuso di determinati slogan che possono fuorviare il destinatario del messaggio circa gli effettivi costi dell'operazione pubblicitaria più che rendere un'informazione generale su tutti gli elementi del negozio, inclusi quelli normativi.³⁷⁸

3.2. Le informazioni da inserire nella pubblicità.

Gli artt.10 ed 11 sono dedicati alla disciplina del momento preliminare all'instaurazione di un contatto tra il creditore e quello che può qualificarsi come potenziale consumatore, andando a regolare comunicazioni commerciali dei contratti di credito poi trattati dalla direttiva e riassumibili in "contratti di credito garantiti da ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali" ed in quelli "finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata" (art.3, lett. a e b, dir.2014/17/UE). La scelta di introdurre all'interno della direttiva, diversamente rispetto alla direttiva credito al consumo, norme dedicate esclusivamente alla pubblicità, è stata dettata dalla riflessione e dallo studio del legislatore comunitario europeo del 1 marzo 2001 relativa al codice di condotta delle informazioni precontrattuali, e proseguito con il Libro Verde del 19 luglio 2005 e quello Bianco del 18 dicembre 2007, a cui si aggiungono i risultati raggiunti dal *Forum Group on Mortgage Credit*³⁷⁹. Si è pervenuti alla conclusione secondo cui il sovraindebitamento delle famiglie, avvenuto sia in Europa che negli Stati Uniti, più che essere gestito deve essere prevenuto, imponendo quindi ai creditori e ai loro intermediari sostanziosi obblighi di *disclosure* finalizzati a colmare le asimmetrie informative proprie del mercato del credito, soprattutto di quello ipotecari. In questo modo si potrà consentire al consumatore di assumere decisioni che siano quanto più consapevoli responsabili. Gli obblighi di informazione dovranno essere predisposti già prima della fase precontrattuale vera e propria in quanto solo in questo modo si potranno garantire l'affidabilità, la correttezza e la fiducia necessarie per il sano funzionamento del mercato del credito. Si devono evitare per quanto possibile gli avvicinamenti sleali e ingannevoli del consumatore, comportamenti che lo inducono anche solo ad avere un primo interesse per il creditore e i suoi prodotti, cosa che in assenza di un messaggio pubblicitario non sarebbe avvenuto. Dunque, alla luce di ciò si comprende

³⁷⁷ L'art. 11 contiene una deroga per quegli Stati membri in cui una legislazione nazionale richieda l'indicazione del TAEG anche per quella pubblicità, relativa a contratti di credito, che non esprima un tasso di interesse né qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito al consumatore ai sensi del primo comma.

³⁷⁸ Spesso infatti, il consumatore, è attratto da prodotti di largo consumo offerti mediante il pagamento di rate mensili di importi esigui. Viene quindi indotto a pensare che tali cifre possano rappresentare una spesa facilmente sostenibile, senza chiedersi o soffermarsi sulla durata del vincolo che gli viene proposto. In un'ottica di concorrenza risulta impossibile paragonare due offerte che riportano solo l'importo di una singola rata, ma non il loro numero e la durata del contratto. La più completa indicazione degli elementi di costo dell'operazione è volta quindi ad evitare un simile rischio.

³⁷⁹ Forum istituito nel 2003, i cui risultati sono consultabili http://ec.europa.eu/internal_market/finservicers-retail/archive/mortgage_en.htm

l'inserimento nella direttiva 2014/17/UE dell'art.10 di carattere più generale, volto a statuire i principi di fondo a cui deve essere poi improntata l'intera comunicazione commerciale; e anche l'art.11 che più nel dettaglio è deputato ad elencare le informazioni che in ogni caso il messaggio pubblicitario deve veicolare. Il tutto, chiaramente, si traduce in un intrinseco e forte condizionamento della libertà di azione dei creditori, e più in generale degli operatori economici, che tuttavia trova la propria ratio e temperamento nell'interesse superiore a che, il particolare mercato del credito immobiliare e fondiario, sia governato da regole che ne assicurino la correttezza e quindi la stabilità. È noto, come infatti, spesse volte in periodi di fibrillazione economica, gli operatori economici, a maggior ragione quelli del comparto bancario, possano agire sul mercato attraverso pratiche commerciali molto spregiudicate al punto da mettere a rischio ancora di più la ripresa economica. In tale ottica, la previsione di un obbligo di comunicazione di informazioni ai possibili clienti, unito alla previa determinazione di quali debbano essere queste informazioni, e del modo in cui le stesse debbano essere veicolate, risulta l'unica soluzione percorribile.

Esaminando le singole disposizioni che definiscono gli obblighi, le prime da considerare, secondo una scansione sistematica, sono quelle inerenti la fase pubblicitaria, più precisamente le informazioni di base da includere nella pubblicità.

3.2.1. (segue) Analisi dell'art. 10 “Disposizioni generali in materia di pubblicità e marketing”

La prima *tranche* di informazioni sono erogate a fini meramente conoscitivi e pubblicitari ad un numero indeterminato di soggetti.³⁸⁰ La direttiva 17/2014/UE, si incentra sull'interazione tra due tipologie di soggetti: i creditori o intermediari e i cittadini³⁸¹ e, di conseguenza, tenuto conto del principio di proporzionalità³⁸², non vuole occuparsi di tutti gli aspetti della concessione e accensione dei mutui, ma si concentra solo su taluni aspetti chiave delle operazioni di credito ipotecario, tra cui la pubblicità³⁸³.

La pubblicità in quanto tale non gode di una precisa definizione nonostante la direttiva del 2014 predisponga ben 28 definizioni nel suo testo. Si dovrà quindi ricorrere all'art'2, lett. a) della direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa secondo cui deve intendersi per pubblicità “qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi”.

Sia la pubblicità sia il marketing sono ricompresi inoltre nella definizione di “*pratiche commerciali tra imprese e consumatori*” dettata dall'art.2, lett.d), della direttiva 2005/29/CE relativa alle

³⁸⁰ LAS CASAS A., *Informazioni generali e informazioni personalizzate nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, in Persona e Mercato*, n.1/2015, p.256.

³⁸¹ Così a p. 8 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, COM(2011) 142 def.

³⁸² Vedi p. 9 della proposta di direttiva cit.

³⁸³ La pubblicità presa qui in considerazione non gode di una sua definizione ufficiale all'interno della direttiva, malgrado nel documento vi siano contenute ben 28 definizioni di altrettanti concetti o termini. Per rinvenire una definizione precisa e pertinente per il diritto comunitario della pubblicità occorre pertanto fare riferimento all'art. 2, lett. a) della direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa (versione codificata), secondo cui deve intendersi per pubblicità “*qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi*”. Va detto, infine, che sia la pubblicità sia il marketing sono ricompresi inoltre nella definizione di “*pratiche commerciali tra imprese e consumatori*” dettata dall'art. 2, lett. d), della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno

pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. Dalla lettura delle disposizioni sulla pubblicità, si nota come la direttiva mutua per alcuni aspetti talune previsioni ritrovabili nell'art.4 della direttiva sul credito al consumo 2008/48/Ce.

La norma obbliga gli Stati membri ad imporre a chi voglia effettuare una comunicazione che sia corretta, chiara e non ingannevole.³⁸⁴ La volontà del legislatore è quella di impedire che la comunicazione pubblicitaria ed il marketing siano effettuati in moda tale da risultare ingannevoli e fuorvianti per il consumatore e, quindi, i termini “chiarezza” e “correttezza” non sono requisiti sufficienti, ma sono invece complementari al principale fattore che è quello della “non ingannevolezza”³⁸⁵. In tale senso si consideri che una comunicazione poco chiara, può tuttavia essere decettiva, così come si può avere una comunicazione che rechi informazioni non corrette ma non per questo ingannevoli per il consumatore. Ecco dunque che forse è il requisito della “non ingannevolezza” quello che realmente incide sulla qualità dell'informazione pubblicitaria o di marketing. Per quanto attiene al requisito della “chiarezza” a bene vedere, questo non ha rilevanza qualora ci siano state omissioni ingannevoli, in quanto ciò che importa in questo caso non è la chiarezza o meno quanto l'assenza stessa della informazione nella comunicazione. La parte finale dell'art.10 precisa poi, che l'ingannevolezza non debba avere ad oggetto le false aspettative circa la disponibilità o il costo di un credito.

Ciò premesso, occorre verificare l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo dell'art.10. Sotto il profilo oggettivo, l'art.10 fa riferimenti ai “*contratti di credito*”; si ritiene che per contratti di credito debbano intendersi quelli di cui all'art.4 punto 3 della medesima direttiva.³⁸⁶ L'ambito soggettivo, invero, solleva questioni, l'art.10 sembra infatti focalizzarsi interamente sulla figura del consumatore e sulla sua definizione. In tal caso, il legislatore comunitario ha preferito non introdurre un'ulteriore definizione rispetto a quelle già esistenti, preferendo utilizzare la tecnica del rinvio *per relationem* alla definizione già prevista dall'art.3 lett.a) della direttiva 2008/48/Ce.³⁸⁷ Tuttavia, tale

³⁸⁴ Art.7 della proposta COM(2011) 142 def.poi divenuto art.10 della versione definitivamente approvata, secondo cui “Gli Stati membri esigono che le comunicazioni di pubblicità e marketing relative ai contratti di credito di cui all'art.2 siano leali, chiare e non ingannevoli ai sensi degli artt.6 e7 della direttiva 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori sul mercato interno. In particolare, sono vietate formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative circa la disponibilità o il costo di un credito”.

³⁸⁵ L'art. 7 della Proposta di direttiva stabiliva che “gli Stati membri esigono che le comunicazioni di pubblicità e marketing relative ai contratti di credito siano leali, chiare e non ingannevoli ai sensi degli artt.6 e 7 della direttiva 2005/29/Ce.”

³⁸⁶ Art.4 punto 3 “*contratto di credito: un contratto in base al quale il creditore concede o si impegna a concedere al consumatore un credito che rientra nell'ambito di applicazione dell'art.3 sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga*”.

³⁸⁷ In merito alla molteplicità di definizioni ufficiali elaborate ed in vigore in ambito comunitario v. le conclusioni dell'Avvocato general Pedro Cruz Villalón del 23 aprile 2015 nella causa C-110/14, e specie il punto 18, ove si afferma che “la nozione di consumatore appare trasversalmente in molteplici ambiti del diritto dell'Unione, al di là degli specifici strumenti per il ravvicinamento delle legislazioni dirette alla tutela dei consumatori, quali l'ambito del diritto della concorrenza (artt. 102, lett. b, TFUE e 107, par. 2, lett. a, TFUE), della cooperazione giudiziaria civile (art. 13 della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e art. 15 del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), della politica comune dell'agricoltura e della pesca (art. 39, par. 1, lett. c, TFUE e 40, par. 2, TFUE), nonché altri ambiti nei quali sono state adottate misure di ravvicinamento delle legislazioni (v., ad esempio, la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società

rinvio ha suscitato problemi di coordinamento: a ben vedere, infatti, la notazione che nella direttiva credito al consumo, il consumatore è la persona fisica che, nell'ambito delle transazioni disciplinate da tale direttiva, agisce per scopi estranei alla propria attività commerciale o professionale. Ciò significa che si tratta di una persona fisica che è interessata o coinvolta in contratti di credito completamente diversi da quelli oggetto di applicazione della direttiva 2014/17/UE, e ciò in forza dell'art.2 della direttiva 2008/48/CE. Legittima, quindi, la domanda se le disposizioni della direttiva *mutui* trovino applicazione solo nei confronti di quei consumatori persone fisiche che siano già stati interessati dai rapporti disciplinati dalla direttiva credito al consumo, posto che il soggetto per poter essere consumatore debba soddisfare i requisiti presenti nella direttiva credito al consumo, o se invece debba prevalere una ricostruzione fondata non sul dato letterale della norma, ma che si rifaccia ad un'interpretazione dei *considerando* specie n.12.14.19.

Secondo i *consideranda* della direttiva³⁸⁸, il consumatore dovrebbe essere in ogni caso una persona fisica, ma non più interessata dalle transazioni della direttiva 2008/48/CE, quanto agente nell'ambito delle operazioni disciplinate dalla direttiva m.17 al fine di conseguire degli scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale. Seguendo questa linea interpretativa, il campo di applicazione della direttiva che si esamina, risulterebbe privo di tutti quei consumatori persone fisiche che non nutrono nessun interesse per le transazioni di cui alla direttiva 2008/48/CE e che sono state interessate da questo in passato, e nonostante ciò intendono sottoscrivere un contratto di credito relativo ad un bene immobile residenziale; secondo la seconda ipotesi, qualsiasi persona fisica - purchè coinvolta in almeno un'operazione tra quelle oggetto di disciplina da parte della direttiva 2014- sarebbe toccata da quest'ultima. Questa seconda soluzione sembra preferibile, soprattutto nell'ottica di garantire la coerenza e complementarietà in generale degli atti dell'Unione europea, soprattutto nei settori di protezione dei consumatori e della vigilanza prudenziale.

3.2.2. (... segue) Analisi dell'art.11 “Informazioni di base da includere nella pubblicità”.

L'art.11 della direttiva è dedicato alle “*Informazioni di base da includere nella pubblicità*” e reca un elenco di notizie che debbono comparire nella comunicazioni pubblicitarie relative ai contratti di credito oggetto della direttiva mutui, sia perché possono essere stati statuiti obbligatoriamente, sia perché imposti da specifiche situazioni. La disposizione che si legge, ricalca la struttura dell'art.4 della direttiva 2008/48/CE³⁸⁹ recepita nel nostro ordinamento, per opera del DL.13 agosto 2010 n. 141, nell'art.123 del d.lgs. 1 settembre 193 n.385 (T.u.b.)³⁹⁰ La maggiore specificità prevista dalla

dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno). A tal riguardo, neppure i molteplici strumenti di diritto derivato per la tutela dei consumatori offrono una nozione univoca del concetto di consumatore. Si tratta di una nozione presente in molti ambiti dell'attività normativa dell'Unione, i cui contorni esatti non sono però definiti dal diritto primario (sulle diverse funzioni della nozione di consumatore, e sul senso ampio che occorre darle conformemente alla sua funzione in alcune disposizioni del Trattato, v. K Mortelmans- S. Watson, *The Notion of Consumer in Community Law: A Lottery?*, in J. Lonbay, *Enhancing the Legal Position of the European Consumer*, BIICL, 1996, pp. 36- 57) e la cui efficacia come categoria per identificare determinati soggetti non è monolitica, bensì diversa in ognuno degli strumenti di diritto derivato pertinenti. Infatti, la nozione di consumatore non è configurata in modo uniforme in tutti gli strumenti, che appartengono ad ambiti giuridici diversi e hanno finalità diverse: si tratta di una nozione operativa e dinamica, che va definita con riferimento al contenuto dell'atto normativo in questione [corsivo mio]”.

³⁸⁸ Considerando n. 12.

³⁸⁹ Considerando n.20.

³⁹⁰ Il secondo comma dell'art. 123 TUB delega alla Banca d'Italia la competenza di precisare le

direttiva mutui rispetto all'art.123 T.u.b., come modificato ad opera del recepimento della direttiva sul credito al consumo, è sicuramente dovuta alla particolare natura del credito ipotecario e quindi alla rilevanza economica dell'operazione in termini di maggior valore dell'importo finanziario, e alla specifica forma di garanzia prestata, e, infine, alla minor frequenza di stipulazione di tali contratti i quali spesso sono conclusi una volta sola nella vita del consumatore.

L'obbligo di indicazione delle informazioni di base si applica solo alle pubblicità relative ai contratti di credito che indichino un tasso di interesse o qualunque altro dato numerico relativo al costo del credito. Non esentati gli spot pubblicitari evocativi, così come previsto anche nella direttiva credito al consumo³⁹¹. Punti di diversità tra l'art. 4 della direttiva credito al consumo e art.11 della direttiva mutui, sono rappresentati dalle informazioni aggiuntive che ritroviamo nell'art. 11 ovvero : 1) spendita del nome del creditore o dell'intermediario del credito, ovvero del rappresentante designato; 2) indicazione della richiesta di una garanzia a tutela della restituzione del credito; 3) dichiarazione del numero di rate³⁹²; 4) l'avvertenza relativa al fatto che eventuali fluttuazioni del tasso di cambio possono incidere sull'importo dovuto dal consumatore. Ad un'analisi dettagliata appare come la disposizione contenuta nell'art.10 costituisca una novità introdotta dalla normativa sul credito immobiliare ai consumatori, posto che la direttiva sul credito al consumo del 2008 si limita a prevedere all'art.4 un contenuto minimo delle informazioni di base veicolate dalle comunicazioni pubblicitarie; mentre il riferimento ai canoni della correttezza, chiarezza e alla non ingannevolezza, è in grado di racchiudere in ambito nazionale tanto le pratiche commerciali scorrette di cui all'art.20 del codice del consumo, tanto le pratiche ingannevoli di cui all'art. 21.

L'ulteriore prescrizione in merito al divieto di utilizzare, nelle comunicazioni pubblicitarie, formulazioni che possano indurre il consumatore in errore sulla disponibilità di un prodotto o sul suo costo, va ad inserirsi in un'ulteriore specificazione della disciplina generale che, tra gli elementi cui fare riferimento per verificare il carattere ingannevole della pratica, contempla la disponibilità del prodotto, all'art.21 lett.b) del codice del consumo, ed il suo prezzo, all'art.21 lett. d) cod.cons.

Dalla lettura del paragrafo 2 dell'art.11 emergono due tipi di informazioni che devono essere forniti in maniera "chiara, concisa ed evidenziata", talune sono necessarie le altre sono eventuali

caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione, in conformità alle deliberazioni del CICR. La delibera CICR del 4 marzo 2003 in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, come modificata a seguito del decreto ministeriale del 3 febbraio 2011 n. 117 al fine di recepire le modifiche in tema di credito al consumo, all'art. 4 si limita a prevedere, rinviando per il resto alle determinazioni della Banca d'Italia, che "agli annunci pubblicitari che non riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito si applica l'articolo 7 della delibera del 4 marzo 2003" il quale a sua volta dispone che "gli annunci pubblicitari, comunque effettuati, con cui l'intermediario rende nota la disponibilità di operazioni e servizi, specificano la propria natura di messaggio pubblicitario e indicano che i fogli informativi sono a disposizione della clientela". L'intervento della Banca d'Italia in tema di pubblicità sul credito al consumo è contenuto nel para. 4.1 della sez. VII del Provvedimento Banca d'Italia del 29 luglio 2009 (come da ultimo modificato il 20 giugno 2012) in tema di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti.

³⁹¹ Evidentemente, poiché la direttiva in commento impone uno standard di armonizzazione minimo il legislatore in sede di recepimento sarebbe libero di estendere l'applicazione del precetto a tutti i tipi di pubblicità. Analoga facoltà non poteva invece essere esercitata in materia di credito al consumo, trattandosi di direttiva di armonizzazione massima. Non sembra tuttavia auspicabile l'esercizio di tale discrezionalità e l'ulteriore frammentazione della disciplina ove non supportata da diverse esigenze di tutela.

³⁹² Questa informazione a bene vedere può considerarsi implicita nella indicazione prescritta dall'art.123, comma primo, lett.f del T.u.b. in merito all'importo totale dovuto dal consumatore nonché dell'ammontare delle singole rate.

prevedendo che: debbano essere incluse nelle comunicazioni pubblicitarie solo “se del caso” (delegando quindi i legislatori nazionali); tutte devono essere facilmente leggibili o chiaramente udibili (a seconda del mezzo utilizzato per la pubblicità). Tra le comunicazioni qualificabili come necessarie rientrano: l'identità del creditore; il tasso debitore, precisando se fisso o variabile o una combinazione dei due tipi; l'importo totale del credito e il TAEG³⁹³. Le informazioni di base eventuali sono invece tra le altre quelle concernenti: l'identità dell'intermediario del credito o del rappresentante designato; l'eventuale concessione di ipoteca che assista il contratto di credito; la durata del contratto di credito; l'importo e il numero di rate. È inoltre previsto che tutte le informazioni di base che prevedano l'utilizzo di dati numerici, siano espresse attraverso un “esempio rappresentativo”. Il paragrafo 6 dell'art.11 concede agli Stati membri la possibilità di disporre nell'annuncio pubblicitario l'introduzione di “un'avvertenza concisa e proporzionata” che abbia ad oggetto i rischi specifici connessi ai contratti di credito, con l'unico onere di dovere informare tempestivamente la Commissione in relazione all'esercizio di tale facoltà³⁹⁴.

Le informazioni di cui alla direttiva sono molto più analitiche rispetto a quelle previste dalla normativa di settore sulla trasparenza bancaria che si limitano infatti ad imporre: la riconoscibilità della natura pubblicitaria con finalità promozionale del messaggio; la necessità di far riferimento ai fogli informativi per le condizioni contrattuali indicando, altresì, le modalità con cui questi sono messi a disposizione dei clienti; l'indicazione del Taeg e del relativo periodo di validità solo per gli annunci che dichiarino il tasso di interesse o altra cifra concernente il costo del credito. Al di là delle informazioni elencate dall'art.11 al secondo comma, la pubblicità deve indicare l'eventuale obbligo di concludere un contratto per un servizio accessorio ove il costo dello stesso non possa essere determinato in anticipo. Qualora il prezzo del servizio accessorio, possa essere determinato in anticipo, lo stesso concorrerà alla determinazione del Taeg³⁹⁵ e, questo giustifica la mancata applicazione dell'obbligo di informazione specifico. L'obbligatorietà della stipulazione del servizio accessorio, va valutata quale fattore non funzionale all'accesso al credito in generale, quanto rilevante per l'accesso al credito alle particolari condizioni contrattuali offerte nell'annuncio pubblicitario. Anche per questo obbligo sono previsti i requisiti della chiarezza, concisione e la sua evidenza rispetto al Taeg. Resta rimessa alla discrezione degli Stati membri la prescrizione circa l'inclusione di un'avvertenza precisa in ordine agli specifici rischi connessi ai contratti di credito. Le informazioni di base di cui trattiamo, assumono rilevanza, ai fini dell'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette ex. art.22 codice del consumo in tema di pratiche ingannevoli omissive. Secondo la norma di cui all'art.22 cod. cons., si considera vietata, previa valutazione delle caratteristiche del caso singolo e dei limiti insito nel mezzo di comunicazione, l'omissione di informazioni rilevanti di cui il consumatore ha bisogno nel contesto analizzato per prendere una decisione consapevole di natura commerciale. Il comma 5 dell'art.22 cod.cons. precisa che è considerato rilevante il contenuto degli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario per

³⁹³ Per il quale è previsto che abbia un'evidenza almeno equivalente a quella di ogni altro tasso di interesse e che contenga, in alcuni casi, l'indicazione di eventuali servizi accessori da concludersi obbligatoriamente per ottenere il credito pubblicizzato)

³⁹⁴ Le ragioni di tale comunicazioni si veda il considerando n. 22 della direttiva 17/2014/Ue

³⁹⁵ Considerando 50 della direttiva : “ *Il costo totale del credito per il consumatore dovrebbe comprendere tutti i costi legati al contratto di credito che il consumatore dovrebbe pagare e che sono noti al creditore. Dovrebbe pertanto includere interessi, commissioni, imposte, compensi per gli intermediari del credito, costi della valutazione dei beni immobili a fini ipotecari e tutte le altre spese, escluse le spese notarili, richieste per ottenere il credito, per esempio un'assicurazione sulla vita, oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali previste, per esempio un'assicurazione contro gli incendi. Le disposizioni della presente direttiva in materia di prodotti e servizi accessori dovrebbe far salve la direttiva 2005/29/Ce e la direttiva 93/13/Cee del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori ...*”.

le comunicazioni commerciali. Alla luce di ciò risulta chiaro che le informazioni di base di cui al secondo comma dell'art.11 della direttiva sono da considerarsi sicuramente rilevanti per il giudizio sulla correttezza del messaggio promozionale. Per l'effetto, il messaggio pubblicitario che non indichi uno degli elementi richiesti, violerà la disciplina in questione. Non risulta sufficiente per una valutazione in senso contrario, l'ultimo comma dell'art. 22 cod.cons., il quale prevede che, ai fini della valutazione della rilevanza dell'omissione nell'informazione, si prendano in considerazione le restrizioni in termini di spazio o di tempo imposte dal mezzo di comunicazione concretamente impiegato. L'art.11 della direttiva, da un lato prevede espressamente che le informazioni di base debbano essere incluse in qualsiasi pubblicità, dall'altra, attribuendo rilevanza al mezzo concretamente utilizzato per la pubblicità ai fini della valutazione della leggibilità o udibilità delle informazioni, non consente di escludere su questa base alcuna informazione. Per quanto attiene all'ulteriore requisito dell'essere l'informazione "concisa", non risponderebbe a ciò quell'informazione che, soprattutto se fornita in modo disordinato, assume la stessa rilevanza giuridica di un'informazione carente in quanto come questa è idonea a sviare l'attenzione e la comprensione dagli elementi essenziali selezionati dal legislatore. Ecco, dunque, che la standardizzazione dell'informazione implica non solo la determinazione del contenuto minimo della stessa, ma anche, entro certi limiti, di quello massimo. Una volta definito il cd quantum dell'informazione che deve essere fornita, la norma sottolinea che la stessa informazione deve essere chiara e graficamente evidenziata.

3.3. Le pratiche commerciali abbinate: analisi dell'art.12

Risponde ad una logica diversa rispetto agli articoli precedenti, il disposto di cui all'art.12 il quale non ha ad oggetto gli obblighi di informazione ma disciplina due tipi specifici di pratiche commerciali e, in particolare: quelle di commercializzazione abbinata e aggregata. Il suo inquadramento nel Capo IV, subito dopo gli artt. 10 e 11, si giustifica in considerazione dello stesso legame che intercorre tra la disciplina ivi dettata e quella prevista dalla direttiva 2005/29/Ce.

Dalla lettura dei considerando 24 e 25, il legislatore comunitario ha inteso permettere la pratica della commercializzazione dei contratti di credito relativo a beni immobili residenziali congiuntamente ad altri prodotti o servizi finanziari³⁹⁶, in ogni caso, separabili dai primi a richiesta del consumatore³⁹⁷.

Per la piena effettività di questa disposizione, il comma 1 ammette la c.d. commercializzazione aggregata³⁹⁸ vietando, al contempo, la c.d. commercializzazione abbinata³⁹⁹, ovvero "l'offerta o la

³⁹⁶ Per una visione dell'ampia portata dell'espressione «prodotti o servizi finanziari» anche alla luce delle sovrapposizioni a cui la stessa disciplina comunitaria ha dato vita, si può prendere in considerazione la definizione contenuta nell'art. 1 t.u.f., per il cui commento v. E. RIGHINI, *Commento all'art. 1, in Commentario T.u.f., a cura di F. VELLA*, Torino, 2012, p. 7 ss.; nonché M. FRATINI, *Prodotti finanziari, valori mobiliari e strumenti finanziari, in Il testo unico della finanza, Torino, 2012, I, p. 16 ss.*

³⁹⁷ La norma e la direttiva a cui la stessa appartiene sono figlie della maggior attenzione rivolta dal legislatore comunitario alle operazioni di credito a seguito della crisi finanziaria innescata dalla poco oculata concessione dei mutui abitativi alla categoria dei creditori «subprime» da parte degli istituti finanziari statunitensi e dalla successiva cartolarizzazione degli stessi. Si noti che questo indirizzo legislativo appariva sostanzialmente opposto nel passato: sul punto si v., proprio in tema di mutui abitativi Il Libro verde sul credito ipotecario pubblicato dalla Commissione Europea nella COM/2005/327 il 19 luglio 2005, 5 ss. Per una critica di tale precedente apertura, oltre che per un'analisi della normativa previgente, sia consentito rinviare a M. PALMIERI, *Il mercato unico delle banche, in I mercati finanziari, a cura di F. Vella, in Trattato di diritto comunitario*, diretto da G. AJANI E G. A. BENACCHIO, Torino, 2009, VIII, p. 44 ss.

³⁹⁸ Nel mondo finanziario anglosassone viene indicata più semplicemente con il solo termine di bundling),

commercializzazione di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente” ai sensi del n. 26 del comma 1 dell’art. 4 della direttiva.

L’introduzione di un simile divieto, che in realtà, non appare affatto così assoluto e stringente, come testimoniano i successivi tre commi, trova ratio nel fatto che il legislatore comunitario non vuole che sia limitata la libertà contrattuale del consumatore, impedendogli l’accesso al credito a mezzo della necessaria sottoscrizione di contratti non voluti o non convenienti.

D’altra parte, l’offerta o la commercializzazione di un pacchetto che contenga oltre al contratto di credito anche altri prodotti o servizi finanziari, ancorché divisibile e sottoscrivibile nelle singole componenti, rappresenta una pratica che arricchisce il panorama della concorrenza fra i creditori, a beneficio, quindi, dei clienti.

L’articolo 12 disciplina alcune specifiche pratiche commerciali che si attuano non solo in una fase antecedente alla conclusione del contratto di finanziamento, ma a volte, ancor prima, ineriscono alla stessa offerta del prodotto avente ad oggetto il finanziamento offerto sul mercato.

Il primo paragrafo della norma detta una disposizione di carattere generale con la quale si se da un lato si vietano le pratiche di commercializzazione abbinata, dall’altro si consentono quelle di commercializzazione aggregata.⁴⁰⁰

Il tema è quello delle cd. vendite abbinatae “a pacchetto” note anche come tecniche di bundling le quali possono c.d. pure, laddove i prodotti facenti parte del pacchetto non possono essere acquistati separatamente, oppure miste, ove i beni possono essere acquistati anche separatamente. La stessa direttiva fornisce le definizioni delle pratiche in oggetto le quali tendenzialmente coincidono con i concetti di bundling puro o misto⁴⁰¹.

Così, si considera pratica di commercializzazione abbinata, vietata salvo che per le eccezioni di cui infra, l’offerta o la commercializzazione di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente⁴⁰². Ai fini della direttiva, non assume, quindi, rilevanza l’eventuale indisponibilità autonoma del servizio abbinato diverso dal finanziamento che potremmo considerare bene secondario. Si ha, invece, una pratica di commercializzazione aggregata quando il contratto di credito viene messo a disposizione del consumatore anche separatamente ma non necessariamente alle stesse condizioni praticate quando esso è offerto in maniera aggregata con i servizi accessori. La portata del divieto è, quindi, integrata tutte le volte in cui il finanziamento non sia di per sé disponibile sul mercato in modo autonomo, non rilevando le condizioni economiche alle quali lo

³⁹⁹ Trova il corrispettivo nell’unico termine di *tying*.

⁴⁰⁰ Se l’aggregazione può contribuire, dunque, ad abbattere i costi, senza violare la libertà del consumatore, va, però, tenuto conto di quanto evidenziato dal legislatore comunitario nella definizione di «pratica di commercializzazione aggregata» di cui al n. 27 del comma 1 dell’art. 4 della direttiva ,apparentemente a scanso di equivoci, ossia che l’offerta o la commercializzazione separata non deve avvenire necessariamente alle medesime condizioni praticate quando essa avviene in maniera aggregata con i servizi accessori, dato che ciò renderebbe sostanzialmente inutile, se non antieconomica, la pratica stessa per l’impresa finanziatrice

⁴⁰¹ La direttiva, in realtà, nel testo in lingua inglese si riferisce alle pratiche di commercializzazione aggregata in termini di tecnica di *bundling* ed a quelle di commercializzazione abbinata come *tying*. Nella letteratura degli economisti, tuttavia, il *bundling* consiste nella vendita aggregata di prodotti secondo proporzioni predeterminate e si distingue in puro e misto come evidenziato nel testo. Si ha, invece, una pratica di *tying* quando l’impresa condizioni la vendita di un prodotto all’acquisto di altro prodotto commercializzato dal medesimo professionista ma, a differenza del bundling puro, l’acquisto dei beni collegati può avvenire secondo proporzioni variabili (così, ad es., nel caso della Kodak che commercializzava macchine fotografiche per le quali potevano essere utilizzate solo pellicole della stessa marca).

⁴⁰² Così, la definizione n. 26 di cui all’art. 4 della direttiva.

stesso è offerto (le quali potrebbero anche essere tali da porre di fatto il prodotto fuori mercato rendendolo indisponibile).

Tale regola si giustifica alla luce del fatto che le pratiche di bundling, già presenti ad ampio raggio nel settore immobiliare, possono esplicare degli effetti positivi per il mercato permettendo da un lato ai professionisti di “diversificare l’offerta in uno spirito di concorrenza” e, dall’altro al consumatore di acquistare più prodotti ad un costo marginale inferiore. Il rischio, tuttavia, c’è ed è quello di “ostacolare la mobilità (nel senso di diversa scelta) dei consumatori e la loro capacità di operare scelte informate⁴⁰³”. Infatti, l’offerta aggregata di più prodotti può rendere meno agevole la comparabilità dei costi dei prodotti offerti. Può inoltre indurre il consumatore ad acquistare un prodotto in realtà non voluto (quanto al bene secondario) al fine di ottenere un costo migliore per il finanziamento. A tal fine, consentire la commercializzazione combinata di più prodotti a condizione che il bene principale sia autonomamente offerto sul mercato assolve la funzione di fornire al consumatore il parametro per valutare la convenienza dell’offerta.

3.3.1. Le deroghe previste dall’art. 12

La seconda parte dell’art. 12, contiene delle disposizioni di dettaglio le quali, prevedendo delle deroghe alla regola generale posta dal primo paragrafo, ne ridimensionano sicuramente la portata. Così, viene rimessa alla scelta degli Stati membri la possibilità di consentire che al contratto di credito venga abbinata, con carattere vincolante, l’offerta in favore del consumatore o di un suo parente “stretto”⁴⁰⁴ : di un conto di pagamento⁴⁰⁵ o di risparmio, di un prodotto di investimento o pensionistico le cui risorse siano destinate al rimborso del credito oppure costituiscano ulteriore⁴⁰⁶

⁴⁰³ In questi termini, il considerando 24 della direttiva il quale, dopo aver evidenziato i possibili effetti positivi e negativi della commercializzazione aggregata (consentita), evidenzia la necessità che gli Stati membri monitorino attentamente il mercato al fine di garantire che le pratiche di vendita aggregata non distorcano la scelta del consumatore e la concorrenza.

⁴⁰⁴ La direttiva si riferisce letteralmente ad un “familiare o parente stretto del consumatore”. La norma da una parte sembra riferirsi due volte al medesimo concetto di parentela (salvo far rientrare anche il coniuge nel concetto di familiare), dall’altra non determina il grado di parentela rilevante. In termini analoghi si esprime la versione spagnola del testo (“*a un miembro de su familia o a un pariente próximo del mismo*”). Potrebbe emanciparsi il concetto di persona vicina al consumatore da quello di parentela nelle versioni francesi ed inglesi del testo che si riferiscono, rispettivamente, ad “*un membre de sa famille ou à un de ses proches*” ed “*a family member or close relation of the consumer*”. La questione, oltre ad attribuire rilevanza ai rapporti di fatto, sembra da sottolinearsi poiché sembra che nell’ottica della direttiva siano contemplate solo le ipotesi in cui i contratti abbinati siano stipulati da soggetti che rendano tale disponibilità in favore del consumatore non a titolo oneroso, senza ulteriori costi per lo stesso, ma per fini di solidarietà.

⁴⁰⁵ Ai sensi dell’art. 1, comma 1, lett. l), d. lgs 27 gennaio 2010 , n. 11 il quale ha recepito la direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, il conto di pagamento è “un conto intrattenuto presso un prestatore di servizi di pagamento da uno o più utilizzatori di servizi di pagamento per l’esecuzione di operazioni di pagamento”. Si tratta di un contratto in base al quale è possibile ricevere accrediti sul conto ed effettuare pagamenti dallo stesso che presenta analogie con il contratto di conto corrente bancario dal quale, tuttavia, si distingue perché le somme accreditate sono utilizzate solo per i pagamenti e non per la gestione del risparmio. Così, il correntista non percepisce interessi ma, d’altro canto, sostiene costi di gestione inferiori.

⁴⁰⁶ Si noti che il legislatore ha utilizzato l’aggettivo «ulteriore», dato che, con ogni evidenza, la prima garanzia su cui dovrà fare affidamento il creditore sarà l’ipoteca sul bene immobile residenziale il cui acquisto è oggetto di finanziamento.

garanzia⁴⁰⁷ dello stesso o, ancora, prerequisito per l'ottenimento del finanziamento; di un contratto di credito distinto legato a un contratto di credito in regime di condivisione. Più precisamente, il primo inciso del comma 2 prevede che i creditori “*possano chiedere al consumatore o a un familiare o parente stretto del consumatore*” la realizzazione di simili operazioni. A parte rilevare che, benché non specificato, si debba ritenere che una simile “richiesta” del creditore potrà essere rivolta nei confronti dei familiari o parenti stretti del consumatore solo previo accordo con i diretti interessati (che agiranno dunque, verosimilmente, nella veste di proponenti nei confronti dell'impresa finanziaria, potendosi, altrimenti, considerare violate le norme comunitarie in materia di privacy), occorre evidenziare come il legislatore europeo, utilizzando tale espressione, abbia, da un lato, ristretto, dall'altro, lasciato indefinito il campo delle persone coinvolgibili nell'operazione di finanziamento del consumatore.

Da un lato, infatti, l'espressione “parente stretto del consumatore” sembra introdurre il vincolo della diretta consanguineità, escludendo, quantomeno, dal novero delle persone coinvolgibili gli affini; dall'altra, il significato alquanto generico della parola “familiare” lascia ampio margine al legislatore nazionale in sede di recepimento, margine che si rende necessario a fronte della variabile ampiezza dell'istituto della famiglia nei singoli ordinamenti.

A prescindere da ciò la norma secondo taluni appare criticabile perché sembra far discendere da un supposto vincolo affettivo, fondato su parentela o sull'appartenenza a un nucleo familiare, una maggior responsabilità rispetto all'impegno che potrebbe essere assunto a favore del consumatore sulla base, ad esempio, di un semplice rapporto di amicizia.

Una simile impostazione rischia, peraltro, di non trovare alcun fondamento logico, dato che è facile immaginare che il creditore richiederà sempre che l'impegno del “familiare o parente stretto del consumatore” assuma le vesti formali di un vincolo giuridico a proprio favore, di certo non accontentandosi dell'esistenza, quale forma di garanzia impropria, di un obbligo affettivo fra il consumatore e il suo familiare o parente stretto.

Ne discenderà che, qualora un soggetto estraneo alla definizione di “familiare o parente stretto” voglia, per qualsiasi spirito, impegnarsi a favore del consumatore (si pensi, ad esempio, ad un amico, al datore di lavoro, ecc.), lo potrà fare, ma solo adottando gli strumenti classici delle garanzie rilasciate a favore dell'adempimento del terzo (fideiussione, contratto autonomo di garanzia, ecc.), venendo, quindi, privato della possibilità di beneficiare delle previsioni offerte dalla norma.

Il contratto di credito, quindi, distinto e legato a un contratto di credito in regime di condivisione, in cui quest'ultimo viene definito come il finanziamento il cui capitale rimborsabile è basato su una percentuale del valore del bene immobile al momento del rimborso o dei rimborsi del capitale fissata contrattualmente.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Sulla compatibilità della norma introdotta dall'art. 28, comma 3, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. da l. 24 marzo 2012, n. 27

⁴⁰⁸ Quest'ultimo viene definito come il finanziamento il cui capitale rimborsabile è basato su una percentuale del valore del bene immobile al momento del rimborso o dei rimborsi del capitale fissata contrattualmente. Si tratta di un istituto di recente diffusione nel Regno Unito come forma di social housing. Lo strumento serve ad agevolare l'accesso al credito e l'acquisto della casa di abitazione in favore di acquirenti che non dispongano dell'investimento iniziale pari a circa il 20-25% del valore dell'immobile da acquistare (senza il quale il credito, ove erogato, avrà costi più elevati). Si prevede, quindi, in favore del privato che disponga di una somma pari ad almeno il 5% del prezzo dell'immobile da acquistare la possibilità di ricevere dal governo un “*equity loan*” pari al 20% del valore dell'immobile, consentendo così al beneficiario di accedere ad un mutuo ordinario per l'importo residuo pari al 75% del prezzo di compravendita. Le peculiarità dell'*equity loan* inglese sono: la mancanza di alcuna rata nei primi 5 anni; dal sesto anno si corrisponde un interesse prestabilito in misura crescente secondo una percentuale determinata in relazione al valore di mercato del bene; il prestito deve essere integralmente restituito entro 25 anni o nel minor termine in cui venga venduta la casa. L'importo del capitale da restituire viene determinato in rapporto al

La seconda deroga prevedibile dai singoli Stati membri al divieto di commercializzazione abbinata contenuta nel comma 1 riguarda l'ipotesi che il c.d. tying dia luogo a "un chiaro vantaggio per i consumatori", la cui dimostrazione dovrà essere resa dalle imprese creditrici all'autorità nazionale competente.

Anche in questo caso la previsione non appare di immediata comprensibilità, complice una trasposizione del testo in lingua italiana non particolarmente efficace⁴⁰⁹. Ad ogni modo, aiutandosi anche con il raffronto con il testo della direttiva nelle altre lingue comunitarie, si può affermare che il legislatore comunitario abbia voluto imporre ai finanziatori l'onere di dimostrare alle competenti autorità che i prodotti o le categorie di prodotti offerti esclusivamente in forma abbinata (così sembra, difatti, poter essere letto l'inciso «che non sono messi a disposizione separatamente») risultino più vantaggiosi rispetto a quelli offerti sul mercato separatamente o in forma aggregata, a fronte di una sostanziale parità di condizioni.

Proprio per permettere un raffronto credibile fra i prodotti offerti in forma abbinata e quelli già circolanti sul mercato il legislatore comunitario sembra aver previsto che la norma debba trovare applicazione unicamente «ai prodotti immessi in commercio dopo il 20 marzo 2014», con ciò intendendo riferirsi tanto ai primi, quanto ai secondi⁴¹⁰.

L'ultimo paragrafo dell'art.12, attribuisce ai legislatori nazionali la facoltà di consentire ai creditori di "richiedere" al consumatore la sottoscrizione di una polizza assicurativa collegata al contratto di credito. Ove questa opzione fosse esercitata dallo Stato membro, dovrebbe altresì prevedersi il diritto del consumatore a stipulare una polizza assicurativa di un fornitore diverso da quello preferito dal creditore, a parità di copertura assicurativa garantita. La norma, è interessante perché ritiene legittima la possibilità che la banca obblighi il consumatore alla stipulazione della polizza collegata ma tutela la libertà di quest'ultimo di scegliere il professionista preferito (a parità di copertura assicurativa). I singoli ordinamenti possono consentire ai creditori di richiedere al consumatore la sottoscrizione di una polizza assicurativa collegata al contratto di credito, con ciò permettendo alle imprese finanziatrici di imporre un'assicurazione "obbligatoria", ancorché solo su un piano contrattuale.⁴¹¹

valore di mercato del bene al momento della restituzione. Cfr Quanto illustrato è lo schema seguito dal governo inglese e reperibile presso <https://www.gov.uk/affordable-home-ownership-schemes/help-to-buy-equity-loans>. Modelli ulteriori, sia per l'acquisto da operatori convenzionati che sull' open market sono previsti per es. dal governo scozzese. Rispondono ad esigenze analoghe anche i vari schemi di shared equity agreements che incidono sull'assetto proprietario del bene che viene acquistato in comunione. Così, a titolo esemplificativo, si pensi ad un finanziamento di euro 40.000, pari al 20% del valore dell'immobile di originari euro 200.000. Al momento della restituzione del finanziamento, dovrà stimarsi nuovamente il bene e restituire il 20% di detto valore.

⁴⁰⁹ Per averne conferma si guardi al ridondante uso degli aggettivi nell'espressione «pertinente autorità competente», rispetto al corrispondente testo tradotto in lingua inglese «its competent authority».

⁴¹⁰ Se, viceversa, la disposizione fosse letta riferirsi solo ai primi, essa apparirebbe scarsamente utile, perché avrebbe l'unico effetto di impedire che, al momento del recepimento, i singoli legislatori nazionali possano prevedere un'efficacia retroattiva sanante. Al contrario, la previsione di un termine, successivo alla pubblicazione della direttiva in G.U.U.E. (avvenuta il 28 febbraio 2014), a decorrere del quale prendere in considerazione i prodotti per la loro comparazione, risulta essere una soluzione al problema che le singole autorità nazionali avrebbero dovuto affrontare circa il termine iniziale da considerare per costruire le classi di prodotti o strumenti finanziari da prendere a riferimento per la comparazione.

⁴¹¹ Una simile prassi appare assai radicata nel mercato domestico (come rilevato già dall'ISVAP e, più recentemente, dall'Arbitro Bancario Finanziario in una pronuncia resa nel corso del 2014), dato che le imprese finanziatrici richiedono spesso una copertura assicurativa non solo dal rischio della perdita o diminuzione di valore del bene ipotecato, ma anche dal rischio che il consumatore possa

Con un intervento successivo, sempre di natura regolamentare, è stata dettata una norma in tema di conflitto d'interessi la quale vieta al professionista di poter essere contestualmente beneficiario della polizza assicurativa ed intermediario del relativo contratto.

Nel corso del 2011, il tema delle polizze assicurative collegate ai contratti di mutuo ha assunto rilevanza sotto il diverso punto di vista delle pratiche commerciali scorrette; l'Autorità Antitrust ha, infatti, focalizzato la propria attenzione sulla scorrettezza della pratica attuata da molti enti creditizi consistente nel subordinare di fatto la concessione del finanziamento alla stipulazione da parte del mutuatario delle polizze a copertura dei rischi quali il decesso, l'invalidità permanente e la perdita d'impiego la cui stipulazione, tuttavia, era prospettata come facoltativa nei messaggi pubblicitari e nella documentazione pre-contrattuale e contrattuale.

Per l'Antitrust si tratta di pratiche che limitano la mobilità dei consumatori e conseguentemente producono effetti negativi sul dispiegarsi di adeguate dinamiche concorrenziali nei mercati interessati⁴¹². Questo tipo di pratica commerciale, è stata, considerata scorretta anche sotto altro

perdere la propria capacità di produrre il reddito. (Sul punto si v. il comunicato stampa del 6 dicembre 2011 dell'ISVAP, emesso in occasione della pubblicazione del provvedimento n. 2946, che ha inserito il comma 1-bis all'art. 48 del Regolamento ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006, che impone che gli intermediari assicurativi, incluse le banche e altri intermediari finanziari, non possono ricoprire simultaneamente il ruolo di distributori di polizze e di beneficiari o vincolatari delle stesse. Tale provvedimento, anche a seguito di una pronuncia resa dal T.A.R. Lazio n. 3 agosto 2013 n. 7229, che ne ha ridimensionato la portata nei confronti del contratto di leasing, appare superato da quanto previsto dal nuovo comma 3-bis dell'art. 21, cod. cons. Per un'analisi del provvedimento e del precedente Regolamento ISVAP n. 26 maggio 2010, n. 35, v. L. D'OSTUNI, *Le polizze abbinate ai mutui ed ai finanziamenti*, in *La trasparenza bancaria*, a cura di F. Civale, Milano, 2013, 529 ss.); per quanto attiene all'ABF si veda ABF, *Collegio di coordinamento, Decisione n. 896 del 14 febbraio 2014: «Va ricordato in proposito l'orientamento del Collegio di Roma incline a riconoscere la sussistenza di un collegamento negoziale fra il contratto di mutuo fondiario e la stipulazione di una polizza assicurativa a copertura del rischio incendio e/o danneggiamento del bene immobile oggetto di garanzia ipotecaria, tenuto conto che gli intermediari sono soliti richiedere alla clientela di stipulare, contestualmente alla concessione di un mutuo, una polizza assicurativa a copertura dei rischi riguardanti l'immobile (incendio, scoppio, responsabilità civile, ecc.), polizza nella maggior parte dei casi collocata dalla stessa banca mutuante, che risulta altresì beneficiaria della stessa».*

⁴¹² Così, la Relazione annuale sull'Attività svolta dall'Antitrust per l'anno 2012, pag. 189, la cui valutazione, *ratione temporis*, non è stata interessata dalla modifica dell'art. 21 cod. cons. In particolare, nell'ambito del caso PS1311 - FIIDITALIA-CARTA EUREKA, Provvedimento n. 22450, para. 50 e 51, l'Autorità ha affermato che “la pratica commerciale in esame deve ritenersi non conforme al livello di diligenza professionale ragionevolmente esigibile nel caso di specie, in quanto non si è riscontrato da parte del professionista “il normale grado della specifica competenza ed attenzione” che ragionevolmente ci si poteva attendere, avuto riguardo alla sua rilevanza all'interno del settore finanziario e alle caratteristiche dell'attività svolta. Rispetto al settore di riferimento, peraltro, la valutazione della completezza e chiarezza delle informazioni fornite alla clientela si presenta particolarmente rigorosa in considerazione dell'asimmetria informativa tra operatori economici e consumatori, da ricondurre alla complessità della materia e alla scarsa conoscenza del pubblico rispetto ad un servizio cui non si ricorre con frequenza. La pratica commerciale appare, pertanto, ingannevole, in violazione degli artt. 20, comma 2, e 22 del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, attraverso la veicolazione di informazioni comunicate con modalità inadeguate od omissive, sia nella fase precontrattuale sia in quella di conclusione del contratto, ad indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso”. Sulla medesima pratica commerciale anche i casi: PS2873 - CONSEL-CARTA DI CREDITO NON RICHIESTA, Provvedimento n. 20194; PS4755 - BNL E CARDIF-POLIZZA

profilo, infatti ai sensi del nuovo comma 3 bis dell'art. 21, cod. cons.⁴¹³. è considerata ingannevole la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario. L'ultimo intervento normativo in materia si è avuto con l'art. 28 del d. l. 24 gennaio 2012 n. 1 convertito con l. 24 marzo 2012 n. 27, secondo il quale "le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari se condizionano l'erogazione del mutuo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi".

Tratteggiato così il quadro normativo nell'ambito del quale la normativa di recepimento va ad inserirsi, sembra che la stessa, almeno per quanto riguarda il tema delle polizze assicurative connesse ai mutui, non presenti profili di incompatibilità con le norme vigenti. La direttiva non si esprime contro l'eventuale imposizione della stipulazione della polizza a condizione che in tal caso il consumatore sia libero di acquistare il prodotto sul mercato, non subendo condizionamenti da parte del professionista finanziatore interessato a far acquistare un prodotto proprio o di un partner commerciale (condotta che comunque integrerebbe gli estremi della pratica commerciale scorretta).

La norma si pone, quindi, in linea con gli interventi normativi nazionali che hanno disciplinato il fenomeno sotto il profilo del conflitto di interessi e della tutela della concorrenza.

Secondo il considerando n. 25, al fine di tutelare la concorrenza agevolando la comparabilità tra le polizze offerte sul mercato, gli Stati membri potrebbero standardizzare, in tutto o in parte, il contenuto delle polizze⁴¹⁴.

Considerato il carattere fortemente frammentato della disciplina nazionale sul punto nonché il livello di armonizzazione solo minima imposto dalla direttiva in commento, in sede di recepimento della direttiva potrebbe cogliersi l'occasione per riorganizzare ed uniformare l'ambito di applicazione della disciplina delle polizze connesse ai contratti di mutuo⁴¹⁵.

Un problema di coordinamento potrebbe, invece, porsi tra la normativa di recepimento dell'art. 12 ed il Nel nostro ordinamento, è l'articolo 120-octiesdecies del TUB che prevede il divieto delle c.d.

COLLEGATA AL MUTUO, Provvedimento n. 23764; PS2760 - ACCORD ITALIA-CARTA AUCHAN ACCORD, Provvedimento n. 19983.

⁴¹³ Il comma 3 bis è stato introdotto dal d. l. 6 dicembre 2011 n. 201, cd. decreto Salva Italia, convertito con l. 22 dicembre 2011 n. 214

⁴¹⁴ Un intervento in tal senso è stato già realizzato in Italia, con esclusivo riferimento alle polizze vita, con il Regolamento ISVAP n. 40 del 3 maggio 2012. L'eventuale obbligatorietà della polizza rileva, ai fini della direttiva, anche per la trasparenza dei costi dovendosi includere nel calcolo del TAEG il costo di tutti i servizi accessori obbligatori.

⁴¹⁵ Un problema di coordinamento potrebbe porsi con l'art. 21, comma 3 bis, cod. cons. il quale considera scorretta l'imposizione da parte dell'ente creditizio dell'apertura di un conto corrente. Come evidenziato, l'art. 12 pone numerose deroghe (potenziali poiché rimesse alla scelta degli Stati membri) al divieto di abbinamento dei prodotti al quale fa eccezione anche l'apertura di un conto di pagamento o di risparmio. Questi prodotti, benché non identici, presentano notevoli affinità con il conto corrente. Anzi, considerando che la ratio della deroga è quella di consentire un canale per l'accumulo di capitale (il quale può essere destinato direttamente alla restituzione del finanziamento, può costituire un'ulteriore garanzia per la sua restituzione o essere necessario ex ante per la concessione del finanziamento), lo strumento del conto corrente sembra persino più indicato del conto di pagamento e non potrebbe escludersi dall'ambito di applicazione della norma comunitaria solo perché letteralmente non richiamato. In sede di recepimento sarebbe, quindi, auspicabile che, ove si ritenesse di recepire le deroghe prospettate, il testo della direttiva non venga riproposto immutato bensì sul punto venga integrato dal riferimento al conto corrente. Ciò ovviamente renderebbe opportuno un intervento sul comma 3 bis dell'art. 21, cod. cons., al quale potrebbe accompagnarsi la più che opportuna riallocazione della norma in altra sede.

pratiche di commercializzazione abbinata, che consistono nell'offerta o commercializzazione di contratti di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente⁴¹⁶. La definizione di pratica commercializzazione abbinata è rappresentata dalla "inscindibilità" del contratto di credito rispetto agli ulteriori prodotti o servizi che compongono il c.d. "pacchetto". Fatto salvo, quanto previsto dall'art. 23, comma 4, del TUF e quanto previsto dall'art. 28 del decreto legge 1/2012⁴¹⁷ come modificato dalla legge 27/2012 e dall'art. 21, comma 3 bis del Codice del Consumo⁴¹⁸.

Allo stato, il legislatore italiano non sembrerebbe essersi avvalso delle possibilità di introdurre ulteriori deroghe al divieto di c.d. pratiche di commercializzazione abbinata rispetto a quelle previste dall'art. 12 della Direttiva 2014/17/UE.

Risultano quindi ammesse, le c.d. pratiche di commercializzazione aggregata per tali intendendosi "l'offerta o la commercializzazione di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, in cui il contratto di credito viene messo a disposizione del consumatore anche separatamente, ma non necessariamente alle stesse condizioni praticate quando esso è offerto in maniera aggregata con i servizi accessori"⁴¹⁹.

3.4. La fase precontrattuale e l'obbligo informativo: premessa.

In un contesto economico caratterizzato dalla c.d. contrattazione standardizzata, si avverte l'esigenza del contraente debole, prima di determinare le proprie scelte, di acquisire informazioni adeguate per quantità e qualità. Risulta necessario, pertanto, combattere contro tutte le asimmetrie informative attraverso un efficace sistema di circolazione delle informazioni nella fase precontrattuale.

L'informazione costituisce da sempre uno dei principali aspetti sui quali si è incentrata l'attenzione del legislatore comunitario nella predisposizione di norme di protezione dei consumatori; la necessità di garantire loro una tutela che sia quantomeno effettiva ed adeguata, passa necessariamente attraverso la constatazione che per loro natura vi sono operatori del mercato che non posseggono tutte le informazioni necessarie per concludere un contratto in piena consapevolezza: ciò soprattutto in alcuni settori come quello del mercato finanziario e bancario, caratterizzati da ontologiche complessità tecniche.

⁴¹⁶ Cfr. considerando n. 24 e n. 25 della Direttiva 2014/17/UE.

⁴¹⁷ Più in dettaglio l'art. 28, D.L. n. 1/2012 prevede che qualora le banche, gli istituti finanziari e gli intermediari finanziari condizionino l'erogazione del mutuo immobiliare alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita, sono tenute a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi. Il cliente obbligato ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo resta comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente che il finanziatore è immobiliare.

⁴¹⁸ L'art. 21, comma 3 bis, Codice del consumo considera invece scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario.

Con l'introduzione dell'art. 120 *octiesdecies* ha trovato dunque attuazione l'articolo 12 della MCD, imponendo il divieto delle c.d. pratiche di commercializzazione abbinata, facendo però salvo quanto stabilito dall'articolo 28 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, e dall'articolo 21, comma 3-bis, D. Lgs. n. 206/2005.

⁴¹⁹ Cfr. art. 4, par. 1, n. 27 della Direttiva 2014/17/UE – art. 12, paragrafo 1 della Direttiva 2014/17/UE.

A ragione di ciò si sono imposti agli operatori professionali alcuni obblighi informativi per rendere conoscibili le condizioni contrattuali ed economiche connesse al contratto. Giovi precisare tuttavia, che nell'ottica del legislatore comunitario vedremo che la questione legata all'informazione non si consuma soltanto nell'ambito precontrattuale, bensì nella dimensione più ampia del mercato, rispetto al quale anche una adeguata circolazione delle informazioni contribuisce a determinarne l'efficienza. Gli obblighi informativi, quindi, non riguardano soltanto la fase di formazione del contratto, ma informano di sé tutta l'attività del professionista. Le principali iniziative del legislatore comunitario si caratterizzano proprio per la disciplina degli obblighi di informazione, che attengono non soltanto la fase della conclusione del contratto ma si anticipano sino alla comunicazione commerciale, la alla pubblicità.

Si comprende, quindi che l'obbiettivo di garantire che l'assunzione del debito da parte del consumatore avvenga in modo consapevole e responsabile passa attraverso la promozione dell'attività educativa dello stesso, dell'imposizione di taluni obblighi in capo agli intermediari, e degli obblighi informativi nei confronti del consumatore. Una scelta, quella dell'utilizzo dello strumento dell'informazione non nuova da parte del legislatore, che al fine di ridurre i gap tra consumatore e professionista, onera il secondo di informare il primo circa alcuni aspetti del prodotto o del servizio offerto, o dei diritti e delle facoltà che la legge gli attribuisce quale soggetto debole del rapporto.⁴²⁰

Si considera che la disinformazione di un contraente può derivare tanto da una carenza totale o parziale dell'informazione quanto dall'eccesso dell'informazione stessa, in quest'ultimo caso si sostanzia nel comportamento della parte che fornisce una mole elevata di informazioni al fine di rendere difficile la percezione di quelle concretamente importanti. L'eccesso di informazioni pertanto, si sostanzia in un comportamento subdolo del contraente che si nasconde dietro una tecnica informativa apparentemente innocua e che, invece, può essere idonea a viziare il consenso. L'informazione deve essere adeguata sia sotto il profilo della quantità delle informazioni da dare, onde evitare le conseguenze dell'eccesso di informazioni, sia dal punto di vista qualitativo. In quest'ultimo caso, la parte debole del rapporto per difendersi dal potere contrattuale del professionista ha bisogno, di un'informazione trasparente.⁴²¹ L'esigenza di aumentare il livello di correttezza delle contrattazioni diviene la ratio ispiratrice di numerose normative soprattutto comunitarie, che si connotano per la loro pervasività e idoneità a strutturare il mercato su obblighi di informazione sempre più pregnanti.

⁴²⁰ Si cfr. S. GRUNDMANN, L'autonomia privata nel mercato interno: regole di informazione come strumento, in *Europa e diritto privato*, 2/2001, p. 257 ss.; V. ROPPO, L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo, in *Rivista di diritto privato*, 4/2004, p. 747 ss.; U. SALANITRO, Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto Aquis, in *Europa e diritto privato*, 1/2009, p. 59 ss.; F. RENDE, Le regole di informazione nel diritto europeo dei contratti, in *Rivista di diritto civile*, 2/2012, p. 185 ss.; R. ALESSI, Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo e opzionale, in *Europa e diritto privato*, 2/2013, p. 311 ss. (in particolare p. 333) ove l'A. ne rileva il legame con il parametro della trasparenza. Con riguardo ai vari significati da attribuire alla trasparenza ed ai diversi ambiti di rilevanza, si v. S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2012, V, p. 1280 ss.; M. ASTONE, Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d.lgs. 21/02/2014 n. 24. Ambito applicativo: I contratti standard di servizi di assistenza legale, in *Europa e diritto privato*, 3/2015, p. 671 ss.

⁴²¹ La trasparenza in questo caso lungi dall'essere un "valore - fine", si connota per essere un "valore - mezzo"; poiché è finalizzato a perseguire scopi ulteriori, la chiarezza delle informazioni, infatti, rende edotto il consumatore e rende possibili scelte maggiormente consapevoli. E. Minervini, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario*, in *Rass. dir.civ.*, 2001.

-Alla luce del terzo considerando della direttiva 17/2014/UE si evince che il comportamento irresponsabile degli intermediari del credito ha finito, negli ultimi anni, per “mettere a rischio le basi del sistema finanziario portando ad una mancanza di fiducia fra le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico”.

Si legge di consumatori che hanno perso fiducia nel settore finanziario e di mutuatari che si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti, comportando quindi il crescente aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate e, offrendo un quadro nel quale l'immagine è quella di un grave disagio sociale. Come più volte precisato, ma che si ritiene debba essere ribadito per l'importanza che riveste, l'obiettivo della direttiva è dunque duplice: da un lato creare mercati responsabili e dall'altro ricucire la fiducia dei consumatori, con l'intento di volere rimediare ai numerosi errori causati dalla scarsa cultura finanziaria, dai regimi inefficaci, incoerenti e inesistenti per gli intermediari del credito.

Dunque la direttiva mutui ambisce a riordinare in modo più efficiente il mercato interno del credito immobiliare e lo fa attraverso interventi che non siano di tipo proibitivi su questo o quel prodotto creditizio, neanche rispetto a quei prestiti in valuta estera motiva di grave incognita per il consumatore. La tecnica utilizzata nella direttiva, prescinde, quindi, dalla predisposizione di divieti di commercializzazione, mettendo piuttosto in evidenza un'intelaiatura che si focalizzi sulla sperimentata formula di una tutela del consumatore a monte del contratto, che lo veda in una bolla di tutela dal rischio di un sovraindebitamento già nella fase precontrattuale concepita in un'ottica graduata. In quest'ottica, quindi, la direttiva 17/2014 è sì una direttiva contornata da un'armonizzazione minima, ma rispetto “alle informazioni precontrattuali attraverso il formato del Prospetto informativo europeo standardizzato (Pies) e il calcolo del TAEG”, il livello adottato è quello di armonizzazione piena.⁴²²

Già nella direttiva 2008/48/Ce si è dato ampio spazio alla disciplina degli obblighi informativi rispetto alle contrattazioni destinate a dar luogo alla concessione di credito ai consumatori, e l'interesse riproposto anche nella direttiva 17/2014/UE, si spiega alla luce dell'obiettivo di consentire al consumatore di poter confrontare e valutare le diverse offerte reperite sul mercato e poter prendere in questo modo “una decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto⁴²³”, o una “decisione con piena cognizione di causa”⁴²⁴. All'interno delle varie operazioni volte a far acquisire al consumatore credito a fini residenziali garantito da diritti immobiliari risulta confermato un tratto fondamentale tipico del modus operandi del legislatore comunitario, che è quello di regolamentare l'autonomia privata, che, sulla base delle c.d. “asimmetrie informative”, dalle quali il contraente - debole è per sua stessa natura affetto, vede nelle “regole di informazione” un accorgimento dal quale non si può prescindere per far sì che si realizzi concretamente quella condizione di “trasparenza”, quale preconditione necessaria per un efficiente incontro della domanda e dell'offerta.⁴²⁵ In tale prospettiva, si comprendono le numerose regole operanti in diversi ambiti presi in considerazione dalla legislazione consumeristica di derivazione comunitaria, volte a dotare il consumatore, nel corso della fase precontrattuale⁴²⁶, di adeguate cognizioni in merito a quelle che sono le caratteristiche

⁴²² Vedi capitolo primo, paragrafo 2.2., settimo considerando della direttiva.

⁴²³ Art.14 della direttiva 17/2017/UE

⁴²⁴ Art.5 della direttiva 2008/48/Ce sul credito al consumo.

⁴²⁵ Cfr. S.GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur.dir.priv.*, 2001; G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002; V.Roppo, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv.dir.priv.*, 2004.

⁴²⁶ In questa prospettiva, i problemi fondamentali dell'informazione precontrattuale con riferimento ai contratti oggetto di disciplina da parte delle fonti di derivazione comunitaria sono stati tutti messi a fuoco e sviluppati da S. GRUNDMANN *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 281; poi GRISI, *Gli obblighi di*

dell'oggetto della prestazione contrattuale e ad alcuni aspetti del regolamento, in modo da rendere queste informazioni nella disponibilità del consumatore ex ante rispetto alla conclusione del contratto stesso, informazioni che altrimenti sarebbero conoscibili solo ex post e con quel costo eccessivo che seguendo un ordinario parametro di razionalità economica strumentale si rivelerebbe.⁴²⁷ Questo tipo di esigenze, assumono maggiore risonanza anche qualitativa, in relazione alle operazioni di credito oggetto della disciplina posta dalla direttiva 17/2014/UE, le quali daranno vita a relazioni contrattuali di durata e i cui termini economici sono suscettibili di essere regolati convenzionalmente sulla base di una molteplicità di modelli contrattuali il cui contenuto costituisce proprio il "prodotto" che infine il consumatore acquista, mentre oggetto in senso stretto della prestazione del contraente professionale resta in ogni caso il trasferimento della proprietà. Le specifiche caratteristiche del bene che il consumatore acquista, ferma la finalità di credito come funzione economica generale dell'assetto di interessi convenuto, finiscono per coincidere totalmente con il modello nel quale il regolamento contrattuale conforma i diritti e gli obblighi delle parti, con particolare attenzione all'oggetto e alla disciplina delle obbligazioni poste dal contratto in merito ai pagamenti che il consumatore dovrà eseguire in favore del creditore. Tali aspetti sono tali da poter determinare per il consumatore, difficoltà rispetto all'esatta comprensione degli effetti economici che i termini dell'assetto contrattuale in concreto sono destinati a produrre nella sua sfera economica individuale, anche in considerazione dell'incertezza che insiste sullo svolgimento del rapporto, attesa la dimensione di "durata" che esso assume, e rende difficoltoso, per non dire impossibile, la possibilità di stimare esattamente ex ante i rischi e benefici dell'operazione in relazione alle possibili circostanze future che dovessero interessare la sfera individuale del consumatore debitore. Con ciò si vuol dire che non soltanto l'oggetto del contratto non si presta ad essere ben conosciuto se non nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale, ma che la piena comprensione dei costi e degli eventuali benefici dell'operazione richiede un'attività di valutazione di informazioni caratterizzate da un elevato grado di complessità.

Dalla penna del legislatore europeo emerge l'esigenza di rendere "semplici" informazioni complesse e segnalare l'esistenza di rischi che potrebbero non essere di immediata percezione per il consumatore. Si evidenzia come sia le conseguenze economiche che il regolamento contrattuale può determinare nella sfera economica del consumatore, sia il modo nel quale eventuali "sopravvenienze contrattuali" potranno incidere sulla portata di tali conseguenze economiche in relazione all'economia individuale del consumatore, si rivelano in linea generale difficilmente conoscibili dal consumatore prima della conclusione del contratto. In tale ottica, la scelta della direttiva 17/2014 sembrano volte a realizzare principalmente due obiettivi: da un lato rendere intelleggibili, anche attraverso un'attività esplicativa del contenuto contrattuale modellato su di un linguaggio non tecnico (considerando 41), gli effetti giuridici che si nascondono dietro le formule impiegate per la redazione delle clausole, e, illustrare attraverso puntuali indicazioni, l'effettivo significato economico del contratto e i rischi che, nel corso dell'esecuzione, potrà comportare nell'ottica dell'economia individuale del consumatore. Tali funzioni possono attribuirsi alle regole di informazione poste dagli artt.13 e 14 della direttiva in commento, nel quadro di un approccio di massima, già sperimentato dalle regole comunitarie sulla tutela del consumatore, che fa leva sulla

informazione, in MAZZAMUTO (cur.), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino 2002, p. 144; ID., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir., Annali IV*, Milano 2011; ROPPO V., *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747; più in generale sul senso complessivo della disciplina dei contratti del consumatore nel processo di integrazione europea, CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, *Eur. dir. priv.*, 2001, 703.

⁴²⁷ Ne è un esempio la disciplina della tutela del consumatore vigente in ambito della multiproprietà o dei pacchetti turistici, la quale correla anche regole di informazioni e diritto di recesso del consumatore.

standardizzazione e sul carattere “ documentale” delle modalità di trasmissione delle informazioni quali accorgimenti volti a rendere più facilmente confrontabili, le diverse offerte reperibili sul mercato.

3.5. La fase precontrattuale e l’obbligo informativo

Nel contesto dei mutui immobiliari la fase dell’informazione assume un ruolo fondamentale proprio in ragione del particolar tipo di mercato di riferimento.⁴²⁸ E’ infatti essenziale garantire al consumatore una comprensione piena degli effetti giuridici che derivano dalle spesso assai articolate clausole contrattuali, utilizzando un linguaggio semplice e non specialistico e attraverso l’illustrazione degli effetti anche di ordine economico e dei rischi che l’esecuzione del contratto può comportare nel corso del tempo.

Sebbene, la ragione che ha spinto il legislatore europeo ad intervenire attraverso la previsione di obblighi informativi nel settore del credito immobiliare sia rappresentata anche dalla inadeguatezza dell’applicazione del codice di condotta sulle informazioni precontrattuali, negoziato dalle associazioni di categoria nel 2001¹⁹⁰, la direttiva ne ricalca parzialmente l’impianto strutturale. E’ a tale strumento di soft law che deve attribuirsi infatti il merito di avere stabilito una differenziazione tra informazioni precontrattuali generali” e informazioni precontrattuali “personalizzate”, impostazione accolta nella direttiva che vi dedica gli articoli 13 e 14. A differenza della disciplina, sia pure parziale, dettata dalla direttiva 2008/48/CE¹⁹², la normativa europea del 2014 non contiene previsioni inerenti all’informazione contrattuale⁴²⁹ e prescrizioni specifiche sugli obblighi di condotta che gli operatori del credito devono osservare nella determinazione del contenuto del contratto di credito⁴³⁰.

Dall’analisi del contenuto di cui all’art. 13 si evince che lo stesso non esplicita quale sia l’obiettivo da raggiungere attraverso le informazioni generali, limitandosi, oltre che a specificarne il

⁴²⁸ Per il ruolo specifico giocato dalla trasparenza nel settore bancario si cfr. nella letteratura più recente A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013. Si v. altresì G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria, nel Trattato dei contratti*, a cura di V. ROPPO, Mercati regolati, V, Milano, 2014, p. 663 ss.; E. CATERINI, *La trasparenza bancaria, in I contratti bancari*, a cura di ERNESTO CAPOBIANCO, Milano, 2016, p. 135 ss.

⁴²⁹ Tema sul quale, relativamente ai contratti di credito ai consumatori, la Corte di Giustizia dell’Unione europea si è pronunciata in più occasioni. In particolare, relativamente alla questione della doverosità, per il giudice investito di una controversia relativa ad un contratto di credito, di verificare d’ufficio che il contratto rispetti gli obblighi informativi contrattuali (interrogativo cui la Corte dà risposta positiva), si segnala la sentenza del 21 aprile 2016, resa nella causa C-377/2014, Radlinger vs Finway a.s.. Sul punto si cfr. S. PAGLIANTINI, L’interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 Code civil), in *I Contratti*, 11/2016, p. 1029 ss. Ancora, sulla adeguatezza della sanzione che prevede la decadenza dal diritto agli interessi per il caso in cui il contratto di credito non contenga tutti gli elementi obbligatori, sulla legittimità della prassi di rinviare al contenuto delle condizioni generali di contratto per l’indicazione di alcune informazioni contrattuali, sulla ammissibilità della previsione della sottoscrizione necessaria del contratto di credito (ed altre questioni collegate), si segnala la sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 9 novembre 2016, resa nella causa C-42/15, Home Credit Slovakia a.s. vs Klára Birðová.

⁴³⁰ Nel considerando n.9 della direttiva si precisa pertanto che gli Stati membri sono liberi di mantenere o introdurre disposizioni nazionali relativamente al «diritto contrattuale, per quanto riguarda la validità dei contratti di credito, il diritto patrimoniale, la registrazione fondiaria, l’informativa contrattuale e , ove non disciplinate dalla presente direttiva, le questioni post-contrattuali».

contenuto⁴³¹, a prevedere che debbano essere rese “*disponibili in qualsiasi momento*”⁴³² in forma chiara e comprensibile (su supporto cartaceo, su altro durevole o in forma elettronica) da parte del “creditore” o, qualora gli Stati membri lo ritengano opportuno, anche da parte degli altri operatori del credito (segnatamente gli intermediari del credito)⁴³³. Un chiarimento è offerto al riguardo dal considerando n. 38 ove si legge che, poiché le comunicazioni pubblicitarie tendono a concentrarsi su uno o più prodotti di credito, mentre i consumatori dovrebbero poter scegliere sulla base di tutti quelli offerti, le informazioni generali svolgono un ruolo importante in quanto “*mettono a conoscenza il consumatore dell'ampia gamma di prodotti e servizi offerti e delle principali caratteristiche degli stessi*”. La possibilità di svolgere tale confronto viene quindi garantita in una fase che prescinde da un vero e proprio contatto tra il consumatore e un determinato finanziatore o intermediario proprio perché, si vuole concedere al consumatore una comparazione tra i vari contratti di credito offerti, senza che lo stesso sia già vincolato a taluno, in modo da individuare la migliore offerta.⁴³⁴

Il dato più importante che si può ritrovare all'interno della direttiva europea del credito immobiliare, è sicuramente quello di volere garantire che l'assunzione del debito da parte del consumatore sia la parte finale di una scelta ponderata ed assunta in modo consapevole e responsabile.

Uno degli strumenti principali messi a disposizione dalla direttiva per raggiungere questo obiettivo, al di là della promozione dell'attività educativa del consumatore stesso e dell'intermediario del credito, è l'imposizione in capo agli operatori professionali, degli obblighi informativi nei confronti dei consumatori. Un tipo di scelta che sicuramente nel quadro della legislazione consumeristica di origine europea non è nuovo, posto che al fine di ridurre il gap sussistente tra consumatore e professionista, il professionista viene onerato di informare il consumatore circa alcuni aspetti del prodotto o del servizio offerto o, dei diritti e delle facoltà che la legge attribuisce al soggetto debole

⁴³¹ Quanto al contenuto delle informazioni generali, l'art. 13 prevede una serie di dati che – eccetto quelli di cui alla lett. a) relativi all'indirizzo del soggetto che emette le informazioni generali – attengono ad elementi essenziali del contratto di credito; tale scelta normativa sembra confermare la tesi secondo cui l'indicazione dettagliata delle informazioni che la parte forte del rapporto contrattuale è tenuta a comunicare al consumatore trova la propria ratio – oltre che nell'intento di promuovere la trasparenza del contratto – nella volontà di «sollevare il professionista (...) l'imprenditore o (...) l'interprete dall'onere di distinguere quelle, tra le informazioni, che sono rilevanti per la formazione del consenso e che, pertanto, debbono essere rivelate». Così L. DI DONNA, I rimedi nella fase precontrattuale, in I contratti del consumatore, Istituti di diritto civile, a cura di GUIDO ALPA, Milano, 2014, p. 297 ss.

⁴³² Nel considerando n. 22 si prevede che «dovrebbero essere rese disponibili in permanenza», spostando così l'attenzione dal momento iniziale in cui le informazioni generali devono essere fornite a quello della loro perdurante disponibilità.

⁴³³ Indicazioni favorevoli ad una estensione dell'operatività di tale dovere anche in capo ai soggetti diversi dal creditore sembrano trarsi dal considerando n. 29 che afferma che «i consumatori dovrebbero ricevere informazioni sul credito a prescindere dal fatto che stiano o meno trattando direttamente con il creditore o con l'intermediario del credito».

⁴³⁴ Con riferimento alla disciplina sull'informazione precontrattuale introdotta dalla direttiva 2008/48/CE, parte della dottrina ha rilevato che l'adozione uniforme in tutti gli ordinamenti degli Stati membri di un documento di sintesi relativo alle informazioni europee di base potrebbe avere delle ricadute anche negative nei confronti dei consumatori. Dato l'assetto oligopolistico del mercato del credito, sarebbe infatti discutibile che un sistema di trasparenza generalizzata che renda preventivamente disponibili al pubblico tutti i listini dei prezzi delle imprese determini un vantaggio sul piano della concorrenza e su quello delle dinamiche dei prezzi. Per questa tesi si cfr. A. MIRONE, 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, 5/2010, p. 557 ss.

del rapporto. Nel contesto dei mutui ipotecari questa informazione assume un ruolo sicuramente più centrale in considerazione della complessità del mercato di riferimento. E' infatti necessario garantire al consumatore una comprensione degli effetti giuridici che derivano dalle clausole contrattuali non sempre di facile lettura, utilizzando un linguaggio semplice e non specialistico e anche attraverso l'illustrazione degli effetti anche di ordine economico e dei rischi che l'esecuzione del contratto può comportare nel corso del tempo. L'opportunità che vuole dare il legislatore comunitario al consumatore, di potere addivenire ad una piena consapevolezza dell'impegno che intende assumere, oltre che per la particolare tecnicità insita nei contratti bancari, si spiega alla luce del fatto che gli effetti prodotti dalla conclusione di un contratto di credito immobiliare si protrarranno per un periodo di tempo medio-lungo e comporteranno una destinazione di parte cospicua de reddito del consumatore all'adempimento dell'obbligo restitutorio. Se la ragione che ha spinto il legislatore europeo ad intervenire con la previsione di obblighi informativi nel settore del credito immobiliare sia l'inadeguatezza dell'applicazione del codice di condotta sulle informazioni precontrattuali, negoziato dalle associazioni di categoria nel 2001⁴³⁵, la direttiva ne ricalca comunque l'impianto di base. La direttiva 17/2014/UE ha il merito di avere stabilito una differenziazione tra informazioni "precontrattuali generali" e informazioni precontrattuali "personalizzate" dedicandovi gli artt.13 e 14. Preliminarmente occorre precisare che secondo l'art.8 della direttiva n.14 del 2017, tutte le informazioni fornite ai consumatori in conformità alle previsioni della direttiva devono essere prestate a titolo gratuito.⁴³⁶ Anche questa prescrizione va letta nell'ottica del legislatore europeo che è quella di concepire l'informazione in senso unidirezionale dal professionista al consumatore quale mezzo per ridurre il più possibile l'asimmetria informativa cui è soggetto soprattutto il consumatore, escludendo pertanto che egli debba sopportare i costi necessari al reperimento dei dati utili alla maturazione di una scelta che sia quanto più informata possibile. Si rileva, inoltre, come l'attenzione riservata dal legislatore nei riguardi dell'informazione nel contesto dei contratti di credito immobiliare attiene, per lo meno formalmente, alle informazioni fornite in sede precontrattuale. Attraverso un confronto con la direttiva 2008/48/Ce, la normativa europea del 2014 non contiene previsioni inerenti all'informazione contrattuale e prescrizioni specifiche sugli obblighi di condotta che gli operatori del credito devono osservare nella determinazione del contenuto del contratto di credito.

3.6. I nuovi obblighi informativi generali: art.13.

Alla luce del terzo considerando della direttiva 17/2014/UE si evince che il comportamento irresponsabile degli intermediari del credito ha finito, negli ultimi anni, per "mettere a rischio le basi del sistema finanziario portando ad una mancanza di fiducia fra le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico". Si legge di consumatori che hanno perso fiducia ne settore finanziario e di mutuatari che si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti, comportando quindi il crescente aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate e, offrendo un quadro nel quale l'immagine è quella di una grave situazione sociale. L'obiettivo della direttiva è dunque duplice: da un lato creare mercati responsabili e dall'altro ricucire la fiducia dei consumatori, d'altra parte la natura duale della direttiva 17/2014, quale normativa di regolamentazione del mercato creditizio e nel contempo disciplina di protezione dei consumatori dal sovraindebitamento, traspare nel chiaro intento di volere

⁴³⁵ Voluntary code of conduct on pre-contractual information for home loans del 5 marzo 2001.

⁴³⁶ Malgrado la previsione della gratuità delle informazioni, tale riferimento non è stato recepito dal legislatore italiano al momento dell'attuazione della direttiva nel testo unico bancario. Ciononostante, il paragrafo 4 del Provvedimento della Banca di Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* prevede l'obbligo per il finanziatore e per l'intermediario del credito di "fornire gratuitamente ai consumatori le informazioni previste ai sensi della presente sezione, anche in deroga a quanto previsto dall'art.127-bis del T.u.b."

rimediare ai numerosi errori causati dalla scarsa cultura finanziaria, dai regimi inefficaci, incoerenti e inesistenti per gli intermediari del credito. Dunque la direttiva mutui ambisce a riordinare in modo più efficiente il mercato interno del credito immobiliare ma attraverso interventi che non siano di tipo proibitivi su questo o quel prodotto creditizio, neanche rispetto a quei prestiti in valuta estera motiva di grave incognita per il consumatore. La tecnica utilizzata nella direttiva, prescinde, quindi, dalla predisposizione di divieti di commercializzazione, mettendo piuttosto in evidenza un'intelaiatura che si focalizzi sulla sperimentata formula di una tutela del consumatore a monte del contratto, che lo veda in una bolla di tutela dal rischio di un sovraindebitamento già nella fase precontrattuale concepita in un'ottica graduata. In quest'ottica, quindi, la direttiva 17/2014 è sì una direttiva contornata da un'armonizzazione minima, ma rispetto "alle informazioni precontrattuali attraverso il formato del Prospetto informativo europeo standardizzato (Pies) e il calcolo del TAEG", il livello adottato è quello di armonizzazione piena.⁴³⁷

Il processo che ha condotto all'elaborazione della direttiva sui mutui si consumatori per fini residenziali e alla approvazione del suo testo definitivo ha sin da subito riservato particolare attenzione all'obiettivo di assicurare al consumatore, che voglia concludere un contratto avente lo scopo di procurare credito collegato all'acquisto o al mantenimento della proprietà di un immobile, un adeguato livello di informazione su alcuni profili rilevanti dell'operazione.

Già nella direttiva 2008/48/Ce si è dato ampio spazio alla disciplina degli obblighi informativi rispetto alle contrattazioni destinate a dar luogo alla concessione di credito ai consumatori, e l'interesse riproposto anche nella direttiva 17/2014/Ue, si spiega alla luce dell'obiettivo di consentire al consumatore di poter confrontare e valutare le diverse offerte reperite sul mercato e poter prendere in questo modo "una decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto"⁴³⁸, o una "decisione con piena cognizione di causa"⁴³⁹.

All'interno delle varie operazioni volte a far acquisire al consumatore credito a fini residenziali garantito da diritti immobiliari risulta confermato un tratto fondamentale tipico del *modus operandi* del legislatore comunitario, che è quello di regolamentare l'autonomia privata, che, sulla base delle c.d. "asimmetrie informative", dalle quali il contraente - debole è per sua stessa natura affetto, vede nelle "regole di informazione" un accorgimento dal quale non si può prescindere per far sì che si realizzi concretamente quella condizione di "trasparenza", quale preconditione necessaria per un efficiente incontro della domanda e dell'offerta.⁴⁴⁰

In tale prospettiva, si comprendono le numerose regole operanti in diversi ambiti presi in considerazione dalla legislazione consumeristica di derivazione comunitaria, volte a dotare il consumatore, nel corso della fase precontrattuale⁴⁴¹, di adeguate cognizioni in merito a quelle che

⁴³⁷ Vedi capitolo primo, paragrafo 2.2., settimo considerando della direttiva.

⁴³⁸ Art.14 della direttiva 17/2017/Ue

⁴³⁹ Art.5 della direttiva 2008/48/Ce sul credito al consumo.

⁴⁴⁰ Cfr. S.GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur.dir.priv.*, 2001; G.GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002; V.ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv.dir.priv.*, 2004.

⁴⁴¹ In questa prospettiva, i problemi fondamentali dell'informazione precontrattuale con riferimento ai contratti oggetto di disciplina da parte delle fonti di derivazione comunitaria sono stati tutti messi a fuoco e sviluppati da S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 281; poi GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in MAZZAMUTO (cur.), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino 2002, p. 144; ID., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano 2011; ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747; più in generale sul senso complessivo della disciplina dei contratti del consumatore nel processo di integrazione europea, CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della*

sono le caratteristiche dell'oggetto della prestazione contrattuale e ad alcuni aspetti del regolamento, in modo da rendere queste informazioni nella disponibilità del consumatore ex ante rispetto alla conclusione del contratto stesso, informazioni che altrimenti sarebbero conoscibili solo ex post e con quel costo eccessivo che seguendo un ordinario parametro di razionalità economica strumentale si rivelerebbe.⁴⁴² Questo tipo di esigenze, assumono maggiore risonanza anche qualitativa, in relazione alle operazioni di credito oggetto della disciplina posta dalla direttiva 17/2014/UE, le quali daranno vita a relazioni contrattuali di durata e i cui termini economici sono suscettibili di essere regolati convenzionalmente sulla base di una molteplicità di modelli contrattuali il cui contenuto costituisce proprio il "prodotto" che infine il consumatore acquista, mentre oggetto in senso stretto della prestazione del contraente professionale resta in ogni caso il trasferimento della proprietà. Le specifiche caratteristiche del bene che il consumatore acquista, ferma la finalità di credito come funzione economica generale dell'assetto di interessi convenuto, finiscono per coincidere totalmente con il modello nel quale il regolamento contrattuale conforma i diritti e gli obblighi delle parti, con particolare attenzione all'oggetto e alla disciplina delle obbligazioni poste dal contratto in merito ai pagamenti che il consumatore dovrà eseguire in favore del creditore. Tali aspetti sono tali da poter determinare per il consumatore, difficoltà rispetto all'esatta comprensione degli effetti economici che i termini dell'assetto contrattuale in concreto sono destinati a produrre nella sua sfera economica individuale, anche in considerazione dell'incertezza che insiste sullo svolgimento del rapporto, attesa la dimensione di "durata" che esso assume, e rende difficoltoso, per non dire impossibile, la possibilità di stimare esattamente ex ante i rischi e benefici dell'operazione in relazione alle possibili circostanze future che dovessero interessare la sfera individuale del consumatore debitore. Con ciò si vuol dire che non soltanto l'oggetto del contratto non si presta ad essere ben conosciuto se non nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale, ma che la piena comprensione dei costi e degli eventuali benefici dell'operazione richiede un'attività di valutazione di informazioni caratterizzate da un elevato grado di complessità. Nell'ottica europea di porre rimedio alle "asimmetrie informative", accanto all'esigenza di rendere talune informazioni preventivamente disponibili che diversamente sarebbero conoscibili solo nel corso dell'esecuzione del rapporto, c'è l'esigenza di rendere "semplici" informazioni complesse e segnalare l'esistenza di rischi che potrebbero non essere di immediata percezione per il consumatore. Si evidenzia come sia le conseguenze economiche che il regolamento contrattuale può determinare nella sfera economica del consumatore, sia il modo nel quale eventuali "sopravvenienze contrattuali" potranno incidere sulla portata di tali conseguenze economiche in relazione all'economia individuale del consumatore, si rivelano in linea generale difficilmente conoscibili dal consumatore prima della conclusione del contratto. In tale ottica, la scelta della direttiva 17/2014 sembrano volte a realizzare principalmente due obiettivi: da un lato rendere intelleggibili, anche attraverso un'attività esplicativa del contenuto contrattuale modellato su di un linguaggio non tecnico (considerando 41), gli effetti giuridici che si nascondono dietro le formule impiegate per la redazione delle clausole, e, illustrare attraverso puntuali indicazioni, l'effettivo significato economico del contratto e i rischi che, nel corso dell'esecuzione, potrà comportare nell'ottica dell'economia individuale del consumatore. Tali funzioni possono attribuirsi alle regole di informazione poste dagli artt.13 e 14 della direttiva in commento, nel quadro di un approccio di massima, già sperimentato dalle regole comunitarie sulla tutela del consumatore, che fa leva sulla standardizzazione e sul carattere "documentale" delle modalità di trasmissione delle informazioni quali accorgimenti volti a rendere più facilmente confrontabili, le diverse offerte reperibili sul mercato.

concorrenza, Eur. dir. priv., 2001, 703; CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Il Corr. giur.*, 2015, p. 824

⁴⁴² Ne è un esempio la disciplina della tutela del consumatore vigente in ambito della multiproprietà o dei pacchetti turistici, la quale correla anche regole di informazioni e diritto di recesso del consumatore.

3.7. La gradualità dell'informazione: il passaggio all'informazione personalizzata.

Diversamente dalla direttiva 48/2008 Ce sul credito al consumo, la strategia comunitaria di regolazione dell'informazione precontrattuale, si arricchisce di profili ulteriori rispetto ad un approccio che si basi sulla mera trasmissione di informazioni dal contraente professionale al consumatore, gli obblighi informativi posti dalla direttiva a carico del contraente professionale di cui agli artt.13 e 14 si collocano entro un quadro più ampio che fa muovere l'informazione precontrattuale in una duplice direzione.⁴⁴³

Su di un piano di generale obbligo informazione nei confronti del consumatore interessato alla stipulazione di un contratto finalizzato al credito residenziale compete al professionista, il quale dovrà rendere disponibile, ai sensi e secondo le modalità dell'art.13 della direttiva, le informazioni "generali" relative alla totalità dei c.d. "prodotti" rientranti nel campo di applicazione della direttiva offerti a pubblico dei consumatori, un onere di comunicazione, nella fase di contrattazione, immediatamente successiva, sussiste anche in capo al consumatore, il quale secondo il disposto di cui all'art.20 della direttiva, dovrà fornire le informazioni necessarie a consentire al potenziale creditore la effettiva valutazione del merito creditizio⁴⁴⁴. Le informazioni così fornite, costituiranno, l'oggetto sul quale verrà condotta dal contraente professionale la valutazione del merito creditizio del consumatore e forniranno altresì il quadro necessario a determinare lo specifico prodotto da proporre al consumatore e sulla base del quale fornire al consumatore le "informazioni personalizzate" di cui all'art.14. Questi scambi di informazioni, chiaramente responsabilizzano il professionista, ma in una certa misura anche il consumatore; se al professionista è imposto l'obbligo di valutare le informazioni trasmesse dal consumatore al fini di verifica del merito creditizio e di comunicazione delle informazioni personalizzate, in modo da rendere il consumatore il più possibile edotto circa l'effettivo significato economico ed il relativo rischio della concreta operazione di credito che appare conforme alle sue esigenze, al consumatore è imposto il simmetrico onere di

⁴⁴³ RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*; PAGLIANTINI S., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2/2014.

⁴⁴⁴ Come emerge dalla lettura dell'art. 13, alcuni di questi dati vengono comunicati senza bisogno di ulteriori descrizioni o avvertenze altri, invece, necessitano di specificazioni. Tra i primi si indicano gli scopi per i quali il credito può essere utilizzato (lett. b); la possibile durata del contratto (lett. d); l'importo totale del credito, il costo totale per il consumatore, il TAEG (elementi che devono essere forniti mediante esempio rappresentativo 199) (lett. g); gli eventuali costi ulteriori non inclusi nel costo totale del credito (lett. h); le diverse opzioni disponibili per rimborsare il credito (compresi numero, frequenza e importo delle rate) (lett. i); l'eventuale necessità di una perizia sul valore dell'immobile (con l'indicazione del soggetto responsabile a provvedere alla sua esecuzione) (lett. l); il riferimento ai servizi accessori che il consumatore è eventualmente obbligato ad acquistare al fine di ottenere il credito o al fine di ottenerlo alle condizioni offerte (lett. m). Devono contenere invece dati ulteriori il riferimento alle forme di garanzia da cui il contratto di credito può essere assistito (deve precisarsi se il bene può essere ubicato in un diverso Stato membro) (lett. c); l'indicazione dei tipi di tasso debitore disponibili (deve precisarsi se si tratta di tassi fissi, variabili o frutto di una combinazione di entrambe le tipologie e deve includersi una breve descrizione delle caratteristiche del tasso fisso, del tasso variabile e delle implicazioni derivanti per il consumatore) (lett. e); l'indicazione delle valute estere nelle quali sia eventualmente disponibile il credito (in questo caso il legislatore richiede una spiegazione delle implicazioni che la determinazione del credito in valuta estera può determinare per il consumatore) (lett. f); la descrizione delle condizioni direttamente connesse al rimborso anticipato (lett. k); l'avvertenza generale circa le conseguenze che possono derivare per il consumatore dall'inadempimento degli obblighi derivanti dalla sottoscrizione del contratto di credito (lett. n).

trasmettere informazioni complete e trasparenti in merito alla sua situazione ed alla sue esigenze in modo da consentire al professionista di condurre adeguatamente la valutazione del merito creditizio e di fornire informazioni personalizzate che siano effettivamente modellate sulle esigenze e la condizione del consumatore e che quindi rispondano realmente alla funzione di consentire il confronto tra le diverse offerte e l'individuazione del modo più efficiente per soddisfare il concreto bisogno che il consumatore intenda affidare al contratto. Le regole di informazione di questo tipo, presentano dunque, da una parte la rispondenza allo standard della modalità di trasmissione e il formalismo tipici del diritto dei consumatori, ma sono collocate entro un quadro normativo complessivo tale da dare vita ad una certa circolarità del flusso informativo e dei conseguenti oneri di valutazione in capo alle parti. Questo quadro va poi arricchito dalla ulteriore previsione di specifiche iniziative volte alla promozione della c.d. "educazione finanziaria"⁴⁴⁵ dei consumatori, tali da poter consentire di perseguire efficacemente l'obiettivo generale della direttiva che traspare dalla lettura dei considerando ovvero il "successo" dell'operazione di finanziamento risultante dalla soddisfazione, mediante il credito, del bisogno abitativo del consumatore unita alla possibilità di quest'ultimo di far fronte alle obbligazioni contrattuali, anche in relazione a possibili sopravvenienze che possano incidere sulla sua capacità di ripagare il credito.⁴⁴⁶

Le informazioni precontrattuali sono regolamentate nella direttiva attraverso una graduazione che procede da un ambito generale, svincolato dall'instaurazione di una contrattazione con un consumatore determinato, verso un quadro via via più definito, che diviene qualificato in modo determinante dalle informazioni trasmesse dal consumatore in merito alla propria situazione ed alle esigenze che intende soddisfare mediante l'utilizzo del credito e quindi direttamente riferito alle caratteristiche della specifica negoziazione in corso. Prima tappa di questo processo di graduale informazione e che tende a dare una "personalizzazione" delle informazioni, può considerarsi l'informazione relativa alla generalità dei prodotti offerti dal potenziale creditore, che, secondo l'art.13 rubricato "Informazioni generali", è un'informazione che deve essere resa disponibile dal consumatore "in qualsiasi momento...su supporto cartaceo o su altro supporto durevole o sotto forma elettronica" ad opera dei c.d. potenziali creditori o degli intermediari del credito con vincolo di mandato. Tale modello di disciplina vedremo essere tale da incidere necessariamente sulla disciplina delle informazioni al pubblico allo stato applicabile nell'ambito generale dei contratti bancari, e risultante da quanto previsto dal capo I del titolo VI del Testo Unico bancario così come specificato dal Provvedimento della Banca di Italia del 9 febbraio 2011 in materia di "*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*"⁴⁴⁷. Come precisato dal *considerando 37*⁴⁴⁸ poi, poiché la pubblicità si riferisce di norma ad "uni o più prodotti" proposti dal contraente professionale, la norma dell'art. 13, nel disciplinare il contenuto e le modalità di pubblicazione delle "informazioni generali", intende dar rilievo all'interesse dei consumatori potenzialmente interessati al credito a conoscere le caratteristiche essenziali "di tutta la gamma dei prodotti di credito offerti" da ciascun operatore del mercato del credito. A ragione di ciò la norma dispone che il consumatore potenzialmente interessato al credito debba avere accesso ad una serie di dati che gli permettano di

⁴⁴⁵ Art.6 della direttiva e Considerando n.29

⁴⁴⁶ AGABITINI, *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il "bene casa"*, in *Riv. Crit. Dir.Priv.*, 2011.

⁴⁴⁷ Già nel 2001, in seguito alla Raccomandazione della Commissione del 1 marzo 2001 sull'informativa precontrattuale fornita ai consumatori dagli istituti di credito che offrono mutui per la casa di abitazione (201/193/CE), gli operatori del mercato creditizio, hanno adottato, su base volontaria, un codice deontologico che prevede, fra l'altro, anche che l'ente erogante il credito debba rendere disponibili "informazioni generali" secondo quanto indicato dall'allegato I alla Raccomandazione (che delinea un ambito di informazione non troppo dissimile da quello oggi individuato dalla direttiva 17/2014, come oggetto però di un obbligo legale in capo a creditori ed intermediari del credito).

⁴⁴⁸ Vedi considerando n.37.

individuare le caratteristiche distintive della complessiva offerta di ciascun operatore del mercato del credito, al fine primario di agevolare, già in sede di acquisizione di una prima informazione generale sulle condizioni di mercato, il confronto tra la platea delle offerte disponibili presso i diversi potenziali erogatori del credito. Oltre a permettere questo tipo di confronto, la norma dispone che le informazioni da fornire in questa sede, che si presenta caratterizzata da un contatto tra le parti ancora agli inizi e nel quale è assente ogni elemento di concreta negoziazione in relazione alle specifiche esigenze e possibilità del consumatore e dunque ogni elemento di “personalizzazione” dell’informazione, sembrano altresì volte a consentire al consumatore un primo acerbo orientamento nel mercato del credito residenziale attraverso la conoscenza delle tipologie di prodotti astrattamente disponibili, delle loro caratteristiche essenziali e dei rischi che in generale essi possono determinare. Si tratta di una prima *tranche* dell’informazione, che è però ancora svincolata dalla negoziazione con specifici soggetti ed è quindi rivolta ad un mercato generale e che, inoltre mediante la standardizzazione dei contenuti e delle modalità di trasmissione, appare rivolta a ridurre l’onere che il consumatore dovrebbe altrimenti sostenere per acquisire la conoscenza delle offerte disponibili sul mercato, sul presupposto che tale ampia e generale conoscenza, oltre a fornire al consumatore i primi rudimenti su un mercato che potrebbe essergli del tutto sconosciuto, sia utile al fine di individuare il prodotto ed il partner contrattuale che si presenti meglio in grado di rispondere alle esigenze che il consumatore intende soddisfare mediante il contratto. Per quanto attiene al contenuto, tali informazioni dovranno comprendere le caratteristiche essenziali: gli scopi per i quali il credito può essere utilizzato; le forme di garanzia dalla quali può essere assistito; la possibile durata; i tipi di tasso debitore disponibile; le valute estere nelle quali il credito sia eventualmente disponibile; un’illustrazione del TAEG applicabile; la menzione degli ulteriori eventuali costi; le modalità di rimborso; le modalità e condizioni per il rimborso anticipato; l’eventuale necessità di una perizia anticipata; un’indicazione dei servizi accessori che il consumatore è obbligato ad acquistare; un’avvertenza generale relativa alle possibili conseguenze dell’inosservanza degli impegni legati al contratto di credito. Giovi precisare come le ultime indicazioni previste dalle informazioni generali, costituiscono spiegazioni di quelli che saranno gli effetti economici che le diverse tipologie di contenuti contrattuali disponibili determinano, unita all’avvertenza circa i rischi che tali effetti economici sono in astratto suscettibili di determinare. Quanto alle modalità di trasmissione di tali informazioni, in conformità ad un canone generale della disciplina del contratto con il consumatore, è prescritto che esse siano rese in forma “chiara e comprensibile”, lasciando così intendere un approccio favorevole per quelle modalità comunicative in grado di illustrare contenuto, effetti economici e rischi dei possibili contratti secondo un registro che attinga essenzialmente a linguaggio comune e non specialistico.

3.8. Le informazioni personalizzate: art.14.

A differenza delle informazioni generali che, come visto, non sono rivolte ad un consumatore [già individuato ma al pubblico dei consumatori, le informazioni personalizzate hanno per destinatario un consumatore determinato e vengono fornite attraverso un modulo standardizzato su supporto cartaceo o su altro supporto durevole](#)⁴⁴⁹..

Più precisamente, le informazioni precontrattuali personalizzate sono destinate al consumatore che, dopo avere verosimilmente svolto una prima selezione tra i contratti di credito offerti sul mercato dai diversi operatori, si rivolga ad uno di loro per conoscere le caratteristiche di uno o più contratti di credito, fornendo informazioni sulle proprie esigenze, preferenze ed illustrando la propria situazione

⁴⁴⁹ Viene richiamata la definizione contenuta dalla direttiva 2008/48/Ce all’art.3, lett.m) che prevede si tratti di “ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate”.

finanziaria. Le informazioni personalizzate saranno inerenti al contratto di credito che il professionista intenderà proporre al consumatore, dopo aver valutato le informazioni da lui fornite ed il suo merito creditizio⁴⁵⁰.

L'art. 14 della direttiva, oltre a fare riferimento alle informazioni precontrattuali, disciplina quindi in modo implicito, attraverso il richiamo dell'art. 20 sull'“informativa e verifica delle informazioni sul consumatore”, “il procedimento” che conduce il consumatore a ricevere le informazioni precontrattuali personalizzate. Come è stato rilevato in dottrina⁴⁵¹, esso presuppone che il consumatore sia già venuto a conoscenza delle informazioni generali e che abbia fornito le informazioni relative alle sue esigenze, alla sua situazione finanziaria e alle sue preferenze, che saranno oggetto di valutazione ai fini della verifica del suo merito creditizio.

Alla luce di tali considerazioni, parte della dottrina ha sottolineato che nella disciplina europea del credito immobiliare ai consumatori il procedimento informativo è caratterizzato da circolarità, bidirezionalità e (sulla considerazione dell'ampiezza del contenuto delle informazioni di volta in volta fornite) gradualità⁴⁵².

L'utilizzo di un modulo standard per la comunicazione delle informazioni personalizzate, da fornirsi ai sensi dell'art. 14 “in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta”, non rappresenta una novità in quanto tale modalità comunicativa è già contemplata dalla direttiva 2008/48/CE in materia di credito ai consumatori oltre che, come già si è detto, dal codice di autoregolamentazione sulle informazioni precontrattuali del 2001. Il PIES, contenuto nell'Allegato II alla Direttiva, la cui struttura è oggetto di armonizzazione massima⁴⁵³, è composto da una sezione introduttiva in cui viene precisato il periodo di validità delle informazioni contenute e da

⁴⁵⁰In termini simili si cfr. A. LAS CASAS, “*Informazioni generali*” e “*informazioni personalizzate*” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, in *Persona e Mercato – Attualità*, 1/2015 p. 251 ss., il quale, analizzando gli obblighi informativi disciplinati dalla direttiva, evidenzia come ci si trovi di fronte ad un flusso di informazioni precontrattuali organizzato secondo una gradazione che procede da un ambito generale e svincolato dalla instaurazione di un contratto con il consumatore determinato, verso un quadro via via più definito che diverrebbe qualificato dalle informazioni trasmesse dal consumatore in merito alla propria situazione e alle esigenze che intende soddisfare mediante il credito e quindi direttamente riferito alle caratteristiche della specifica negoziazione in corso.

⁴⁵¹ In questo senso, si v. S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, cit., p. 523 ss. T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 70 ss.; A. LAS CASAS, “*Informazioni generali*” e “*informazioni personalizzate*” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, cit., p. 251 ss.

⁴⁵² Così T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 70 ss. Si cfr. altresì S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, cit., p. 523 ss.; ID., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 27 ss.; A. LAS CASAS, “*Informazioni generali*” e “*informazioni personalizzate*” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, cit., p. 251 ss. il quale mette in evidenza come nella direttiva n. 17 la strategia europea di regolazione dell'informazione precontrattuale si arricchisca di profili ulteriori rispetto all'approccio che fa leva sulla mera comunicazione dell'informazione dal professionista al consumatore; PELLECCIA E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., p. 206 ss.; A. LUPOI, *La Direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, cit., p. 234 ss.

⁴⁵³Nella parte B del PIES, relativa alle istruzioni per la compilazione, si precisa che gli Stati membri possono (solamente) elaborare o precisare tali istruzioni.

sezioni ulteriori che contengono una serie di elementi rilevanti per il contratto di credito. Al fine di tenere conto dell'esigenza dei consumatori di “confrontare e riflettere sulle caratteristiche dei prodotti creditizi”⁴⁵⁴, l'art. 14 si occupa inoltre di delineare gli intervalli temporali in cui può giungersi alla conclusione del contratto, concedendo alcuni spazi di scelta ai legislatori nazionali sul modo in cui congegnarla. Il paragrafo n. 6 prevede, infatti, che “gli Stati membri precisano il periodo, di almeno sette giorni, durante il quale il consumatore ha il tempo sufficiente per confrontare le offerte, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata”⁴⁵⁵.

La disciplina delle informazioni precontrattuali di cui all'art.14 è, prevalentemente, di armonizzazione massima nel contesto della Direttiva 17/2014 che nasce, viceversa, con l'obiettivo di una minima armonizzazione della materia (art.2 dir.17/2014/Ue). Il legislatore europeo ha ritenuto necessaria questa caratteristica della disciplina del Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES), per garantire una piena comparabilità delle offerte del mercato che concretamente possono interessare il consumatore, e un livello elevato ed equivalente di protezione nei suoi confronti.⁴⁵⁶

Una volta delimitato *ex lege* il perimetro di un'informazione in *incertam personam*⁴⁵⁷, il discorso si sposta sulle informazioni precontrattuali di cui all'art.14. L'informazione compiutamente adeguata, è sicuramente quella improntata alla flessibilità ovvero sia alla personalizzazione delle forme e del contenuto comunicativo ed informativo: la standardizzazione dei formati e dei moduli deve sempre parametrarsi con le necessità specifiche di ogni singolo cliente. L'informazione può quindi dirsi “*mirata*”, avente un contenuto autenticamente pedagogico per l'utente non protagonista delle dinamiche del mercato. I diversi ruoli di intermediario e cliente investitore dovranno essere reinterpretati alla luce della c.d. “*know your customer rule*”. Sul presupposto, quindi che il cliente abbia avuto accesso alle informazioni generali disponibili ai sensi dell'art.13 della direttiva, in ordine alle caratteristiche generali del mercato e dei prodotti astrattamente disponibili, spetta poi al consumatore fornire al potenziale creditore, intermediario del credito o rappresentante designato, le informazioni necessarie in merito alle proprie esigenze, la propria situazione finanziaria e le proprie preferenze, secondo quanto disposto dall'art.20 della direttiva (art.14 paragrafo 1 lett.a). Una volta assolto questo onere “*senza indebito ritardo*”, il creditore, l'intermediario del credito o il rappresentante designato, dovranno fornirgli 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*” (art.14 paragrafo 1). Un simile approccio evidenzia ancora di più il tipo di approccio che vuole fornire la Direttiva, e l'importanza strategica delle informazioni precontrattuali di cui all'art.14. Si tratta di informazioni che il

⁴⁵⁴ In questi termini il considerando n. 40 e, nello stesso senso, il n. 44

⁴⁵⁵ In particolare, i legislatori nazionali possono decidere di attribuire al consumatore uno *spatium deliberandi* precedente alla conclusione del contratto, il diritto di recesso o una combinazione tra i due. Come si dirà meglio con riferimento alla disciplina di attuazione, il legislatore italiano ha optato per la prima soluzione concedendo al consumatore un periodo di riflessione di almeno sette giorni e prevedendo che durante tale periodo l'offerta sia vincolante per il finanziatore. Non ha esercitato, invece, la facoltà – pure prevista dalla direttiva – di prevedere che durante quel periodo il consumatore non possa accettare la proposta contrattuale.

⁴⁵⁶ Considerando n.7, Dir.2014/17/Ue. Tuttavia gli Stati possono decidere di non applicare l'articolo in commento e l'Allegato II “*a contratti per i consumatori, garantiti da ipoteca o altra garanzia simile comunemente usata in uno Stato membro per i beni immobili residenziali, ovvero garantiti da un diritto relativo a beni immobili residenziali, non finalizzati all'acquisto o alla conservazione di un diritto su un bene immobile residenziale, purchè gli Stati membri applichino a tali contratti di credito gli articoli 4 e 5 e gli allegati II e III della direttiva 2008/48/Ce (art.3 par.3, lett.a), Dir.17/2014/Ue).*”

⁴⁵⁷ Perché rivolta alla generalità del mercato: v., in una prospettiva ad ampio raggio, MIRONE A., *Sistema e sottosistema nella nuova disciplina della trasparenza bancaria, in Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 398 s. e DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 88.

consumatore riceve dal creditore o dall'intermediario del credito o dal rappresentante designato in forma "personalizzata" in relazione alla propria situazione. Tali informazioni seguono quelle fornite dallo stesso consumatore al professionista ai sensi dell'art.20 della Dir.17/2014/Ue e relative alle sue esigenze, alla sua situazione finanziaria e alla sue preferenze. Esse, quindi, tengono in conto e presuppongono la possibilità del professionista di procedere ad un'analisi approfondita del merito di credito.⁴⁵⁸ A ragione di ciò, i primi commenti in dottrina della Direttiva in esame, hanno evidenziato in primis la "gradualità degli obblighi informativi dettati a carico dei soggetti che erogano il credito, che da un livello più generale finiscono via via per specificarsi e personalizzarsi"; inoltre il tipo di meccanismo di circolazione delle informazioni è definibile di *disclosure* caratterizzato da una circolarità, in quanto le informazioni vengono date e ricevute dal consumatore e, a sua volta, il creditore o intermediario ricevono, verificano⁴⁵⁹, e offrono informazioni e spiegazioni. Il tutto al fine di consentire al consumatore di prendere una decisione sull'opportunità o meno di concludere un contratto di credito che sia:1) basata su informazioni; 2) da lui compresa e valutata nelle sue implicazioni nella propria sfera individuale; 3) esito di un confronto tra i crediti disponibili sul mercato. Queste sono le finalità per le quali l'art.14 impone obblighi di informazioni: finalità tali da condizionare la relativa disciplina, caratterizzandola per essere non una mera imposizione di obblighi di trasmissione di dati rilevanti, ma soprattutto una disciplina della trasparenza dell'operazione contrattuale e di regolazione del mercato trasparente e concorrenziale. Il cuore, quindi, della normativa sul credito ipotecario è costituito proprio da questa *disclosure* tra banca e cliente. La protezione del consumatore/ cliente, in considerazione anche della particolare condizione emotiva in cui versa chi necessita del prestito per realizzare le proprie esigenze in particolare, l'acquisto della casa di abitazione, rende opportune, altresì, tutta una serie di informazioni personalizzate da ricevere in tempo utile prima della conclusione del contratto di credito in modo da consentirgli il confronto e la riflessione sulle caratteristiche dei prodotti offerti. La tempestività delle informazioni si giustifica proprio, al fine di impedire il c.d. *effetto sorpresa* che potrebbe verificarsi qualora il consumatore venisse invitato a sottoscrivere il contratto subito dopo la consegna del modulo contenente le informazioni senza aver avuto, di fatto, la possibilità di esaminare e valutare la proposta del finanziatore. In tal caso, l'obbligo informativo, nonostante adempiuto, non è tale da realizzare lo scopo cui è preposto ovvero sia di garantire al consumatore una scelta contrattuale consapevole. L'utilizzo di un modulo standard per la comunicazione delle informazioni personalizzate, da fornirsi secondo l'art.14 in tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta, come già detto, non è una novità in quanto tale modalità comunicativa è già presente nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito ai consumatori oltre che nel codice di autoregolamentazione sulle informazioni precontrattuali del 2001.

3.9. Le Spiegazioni adeguate: art.16.

Le informazioni precontrattuali di cui agli artt. 13, 14 e 15 non esauriscono l'ambito degli obblighi di comportamento dei creditori, degli intermediari del credito o dei rappresentanti designati. Infatti, nonostante la particolare attenzione dedicata dalla Direttiva a rendere le informazioni obbligatorie di cui agli artt.13, 14, 15 anche comprensibili e fruibili per il consumatore al fine di consentirgli di avere piena cognizione dell'operazione economica, il legislatore europeo considera che è possibile che un consumatore abbia bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito,

⁴⁵⁸ S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella Direttiva 17/2014/Ue* (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali) in *Contr.Impr./Eu.*, 2014; T.RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali cit.*

⁴⁵⁹ Art.20 della Dir.2014/17 / Ue. Sul "Sistema di circolazione dell'informazione tra gli autori dell'esplicazione di autonomia contrattuale": L.CARLEO, *Il diritto dell'informazione : dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv.Dir.Priv.*2004.

nella gamma di prodotti proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria.⁴⁶⁰ Il mercato immobiliare è infatti un mercato caratterizzato da forti “asimmetrie valutative strutturali”⁴⁶¹, per cui il consumatore medio si trova a dover assumere la sua decisione di acquisto scegliendo fra prodotti complessi senza possedere quelle competenze che gli consentano di poter valutare nel merito i prodotti e scegliere, con cognizione di causa, quello che a suo parere è il migliore e, d'altra parte la frequenza diradata con cui un soggetto stipula una tale tipologia di contratti, nell'arco della propria vita, non gli consente di maturare una significativa ed efficiente esperienza tale da consentirgli un pieno dominio cognitivo dell'operazione che si appresta a concludere. Con l'art. 16 la Dir. 2014/17/UE, pertanto, introduce in capo a creditori e intermediari un vero e proprio “obbligo di assistenza” al consumatore in relazione alle caratteristiche essenziali dei prodotti offerti e dei servizi accessori, che arriva anche a tradursi in un dovere di spiegare ulteriormente le informazioni precontrattuali di cui agli artt. 14 e 15. Si tratta di un istituto peculiare nel diffuso panorama normativo europeo degli obblighi di informazione a presidio del consenso consapevole: l'obbligo per il creditore di fornire “assistenza” sui prodotti creditizi che offre al consumatore⁴⁶².

Si tratta di un obbligo che, avendo funzione residuale ed ancillare a quelli già analiticamente imposti con le disposizioni precedenti, è caratterizzato da un adattamento ancora più forte alla situazione specifica e concreta situazione del consumatore e alle sue specifiche esigenze di chiarimento, eventualmente di quelle stesse informazioni o spiegazioni già fornitegli con il documento standard (PIES). Questo lo scopo da attribuire all'aggettivo “adeguate”, che implica, in capo al creditore o all'intermediario, uno sforzo in più nell'ottica di dover selezionare le informazioni e di dover poi rendere tutte le spiegazioni necessarie nonché di dover presentare le stesse in termini comprensibili a quello specifico consumatore. Si può ricondurre a quello che viene qualificato come analisi alla “informazione-consulenza” che la dottrina ha individuato con riferimento all'informazione che si connota per un contenuto non rigidamente predeterminato e di cui è possibile vagliare la conformità alla legge solo in termini funzionali nell'ottica di verifica della adeguatezza allo scopo di consentire al consumatore un apprezzamento consapevole di convenienze e rischi⁴⁶³. Proprio per l'obiettivo che persegue, l'oggetto delle spiegazioni adeguate che il professionista dovrà rendere è il più ampio possibile e non delimitabile a priori. È vero che l'articolo elenca una serie di spiegazioni che il creditore o l'intermediario è chiamato a fornire adeguatamente al consumatore: spiegazioni sulle informazioni precontrattuali di cui agli artt. 14 e 15; sulle caratteristiche essenziali dei prodotti proposti; sugli effetti specifici che essi possono avere per il consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento; la precisazione, quando i servizi accessori sono aggregati ad un contratto di credito, se per ciascuno dei componenti del pacchetto è possibile recedere separatamente e con quali

⁴⁶⁰ V. Considerando 48, Dir. 2014/17/UE. Scrive T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito*, cit., p. 79 che la previsione di un siffatto obbligo deriva, probabilmente, dalla convinzione dell'insufficienza dell'informazione precontrattuale a consentire una decisione razionale consapevole del consumatore su quale, tra i contratti di credito proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. Per un inquadramento generale degli obblighi informativi si rinvia ai Commenti sub artt. 13 e 14 in questo Commentario.

⁴⁶¹ M. ADDIS, *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*, in E. MINERVINI E L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 62 ss.

⁴⁶² Così T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito*, cit., p. 79, che rinvia, a proposito della direttiva 2008/48/CE al commento di T. FEBBRAJO, *La tutela del consenso del consumatore disciplina vigente prospettive di riforma in AA.VV., La tutela del consumatore nelle posizioni di debito credito*, Napoli, 2010, p. 216.

⁴⁶³ R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, p. 442.

implicazioni, tuttavia, si deve ritenere che sia un elenco non esaustivo.⁴⁶⁴ Le spiegazioni adeguate si caratterizzano, allora, per la necessaria “flessibilità” in relazione al fatto di doversi di volta in volta adeguare al caso concreto del finanziamento. Questo aspetto ci pare debba essere tenuto in considerazione laddove, coerentemente alla portata di armonizzazione minima della disciplina in esame, la Dir. 2014/17/UE prevede che gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata delle spiegazioni di cui al par.1 (art. 16, par. 2, Dir. 2014/17/UE). L’adozione di tali misure non dovrebbe arrivare fino ad irrigidire e standardizzare i comportamenti dei creditori e degli intermediari al punto da svuotare di qualsiasi significato quella «flessibilità» che caratterizza l’obbligo di assistenza in capo ad essi.

3.10. L’applicabilità della disciplina del Prospetto informativo europeo standardizzato : il superamento del documento di sintesi.

Il Pies, contenuto nell’Allegato II alla Direttiva, la cui struttura è indice di armonizzazione massima, è composto da una sezione introduttiva in cui viene precisato il periodo di validità delle informazioni contenute e da sezioni aggiuntive che contengono una serie di elementi rilevanti per il contratto di credito. In particolare gli stati membri non possono modificare il *Pies* se non nei limiti previsti nell’allegato II, elemento che rileva l’adesione implicita dal parte del legislatore europeo alla tesi che ritiene l’eccesso informativo non solo un limite, ma addirittura controproducente per il consumatore stesso.

La struttura fondamentale del PIES è costituita da tutti quei dati⁴⁶⁵ destinati ad essere poi incorporati nel contenuto contrattuale nel caso in cui la negoziazione abbia esito positivo.

In ragione di ciò, la consegna del PIES secondo la scansione temporale prevista dall’art. 14 risponde all’obiettivo di far conoscere adeguatamente al consumatore il contenuto del contratto ma con sufficiente anticipo rispetto alla futura ed eventuale stipula, al fine di evitare che possa essere colto di sorpresa da clausole contrattuali che non abbia avuto modo di valutare a sufficienza e di garantire che abbia il tempo sufficiente per confrontare le offerte⁴⁶⁶. Assumono importanza, in questa

⁴⁶⁴ Non solo perché lo stesso art. 16 si limita a stabilire che le spiegazioni «comprendono in particolare» quelle elencate (dunque non esclude altre, ulteriori, spiegazioni), ma perché la caratteristica saliente delle spiegazioni adeguate di cui all’art. 16 è che la loro individuazione-selezione e la modalità della loro fornitura non può prescindere dalla circostanza concreta, dal contesto, dalla natura del finanziamento, soprattutto dalla tipologia di consumatore che lo richiede, e della sua conoscenza ed esperienza in materia di credito e, dovrebbe ritenersi, dalle sue specifiche richieste di chiarimento. Lo stesso par. 2 dell’art. 16 prevede che il soggetto che fornisce le spiegazioni deve adattare al contesto nel quale il contratto di finanziamento è offerto, al destinatario e alla natura del credito.

⁴⁶⁵ Pies deve contenere: i dati identificativi del mutuante e dell’intermediario; il tasso di interesse applicato e l’indicazione degli altri costi; le condizioni generali del mutuo; l’importo di ciascuna rata, a frequenza e il numero; una tabella esemplificativa del piano di ammortamento, le informazioni relative ai reclami e all’autorità preposta alla vigilanza del soggetto che eroga il mutuo.

⁴⁶⁶ Uno dei problemi riscontrati nella prassi cui aveva dato luogo il codice deontologico di cui alla Raccomandazione del 1 marzo 2001 è infatti rappresentato dalla non uniformità dei tempi di consegna del PIES, il che, nel caso di consegna non adeguatamente anticipata rispetto alla conclusione del contratto, creava ostacoli rispetto al confronto delle offerte e alla serena riflessione del consumatore in ordine all’opportunità di stipulare il contratto, cfr. il documento di accompagnamento proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in merito ai

prospettiva, in primis le informazioni relative agli elementi fondamentali dell'operazione di credito; l'importo e la valuta del credito; la durata; il tipo di tasso di interesse applicabile (sez. 3 del PIES)⁴⁶⁷. Nel quadro dell'informazione volta ad anticipare il contenuto contrattuale, è importante la comunicazione relativa al TAEG (sez. 4 del PIES)⁴⁶⁸, l'indicazione di questi dati ha infatti la funzione di allentare in qualche modo la complessità dell'offerta rispetto alla comprensione del sacrificio patrimoniale che essa pone a carico del consumatore, rendendo immediatamente percepibile a questi il costo totale del credito (sotto forma di una percentuale annua sull'importo totale finanziato, che tenga conto naturalmente non soltanto del tasso debitore ma anche degli altri costi noti al creditore), al fine di ridurre il costo della comparazione con altre eventuali offerte.

Analoga funzione illustrativa del contenuto del contratto hanno le informazioni relative alla cadenza, al numero e all'importo delle rate, illustrate anche mediante una tabella di ammortamento esemplificativa (sezioni 5, 6 e 7), all'esistenza di eventuali obblighi ulteriori o relativi a servizi accessori (sez.8⁴⁶⁹), alle modalità di estinzione anticipata ed alla complessiva "flessibilità" del contratto (sezioni 9 e 10), agli "altri diritti" del mutuatario (fra i quali spicca l'eventuale diritto di recesso, al fine di dare corso all'obiettivo di garantire al consumatore un adeguato "periodo di riflessione", che tuttavia può essere in alternativa realizzato riconoscendo al consumatore uno spazio di deliberazione precedente alla conclusione del contratto, del quale deve essere comunque data notizia mediante il PIES: sez. 11).

Unitamente a tali informazioni, che in definitiva creano una comunicazione anticipata degli elementi del futuro contratto la cui conoscenza nella forma standardizzata e semplificata prevista è ritenuta fondamentale dal legislatore comunitario, il creditore a mezzo del PIES fornirà anche indicazioni finalizzate a chiarire ulteriormente i concreti effetti economici che il meccanismo contrattuale determinerebbe a carico del consumatore e a rendergli evidenti i rischi che tali effetti economici possono comportare anche in relazione a sopravvenienze future.

In questa logica si spiegano le specifiche avvertenze in merito alla tipologia del tasso debitore, alle modalità della imputazione dei pagamenti a rimborso del capitale o degli interessi, al modo nel quale può assumere rilievo il fatto che il credito sia denominato in valuta diversa da quella nazionale del consumatore.

Il creditore, infatti, nella sez. 3 del PIES ("*Principali caratteristiche del mutuo*"), dovrà: inserire specifiche avvertenze che indichino al consumatore come potrebbe variare l'ammontare del credito eventualmente denominato in valuta estera nel caso di variazioni del tasso di cambio rispetto alla valuta nazionale del consumatore; fornire un'ulteriore indicazione esplicativa dell'incidenza economica del tasso debitore (specificando quanto il consumatore dovrà pagare per ogni unità della valuta nella quale è denominato il credito); segnalare se i pagamenti del consumatore debbano imputarsi ai soli interessi con il conseguente obbligo di rimborsare, al termine, il capitale.

Ancora, si prevede che alla sezione 4 ("*Tasso di interesse e altri costi*") il creditore illustri ulteriormente le conseguenze economiche che un eventuale tasso variabile può determinare rispetto al TAEG, prospettando degli scenari ipotetici (secondo le dettagliate indicazioni contenute nella parte B del modello di PIES) che prendano in considerazione l'eventuale sensibile aumento del tasso debitore al fine di rendere ancora più evidente il rilievo economico delle pattuizioni contrattuali

contratti di credito relativi ad immobili residenziali SEC(2011) 355 def. e cfr. TOMMASI, *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, cit., e v. *considerando* n. 44 dir. 17/2014/UE.

⁴⁶⁷ "Principali caratteristiche del mutuo".

⁴⁶⁸ "Tasso di interesse ed altri costi".

⁴⁶⁹ L'art.14 paragrafo 8 prevede che qualsiasi informazione aggiuntiva che il "creditore" voglia fornire al consumatore debba essere comunicata in un documento distinto che può essere allegato al Pies, previsione che chiaramente riflette una "gerarchia delle informazioni" in base alla quale quelle che formano oggetto del Pies si presumono essenziali ed inderogabili mentre quelle ulteriori rimesse alla discrezionalità del finanziatore, si reputano secondarie

relative al tasso debitore⁴⁷⁰. Inoltre, in particolare nella sezione 6 (“*Importo di ciascuna rata*”), il creditore dovrà dare ulteriori specifiche avvertenze in merito ai rischi connessi alla durata del credito, segnalando che l’eventuale pattuizione che comporti il rimborso dei soli interessi oppure, con specifico riferimento alle sopravvenienze, le variazioni del reddito del consumatore, del tasso debitore (anche in tal caso descritte facendo riferimento a scenari descritti nelle istruzioni della parte B che esemplifichino possibili aumenti delle rate a carico del consumatore), del tasso di cambio nel caso di credito in valuta estera (illustrate con scenari esemplificativi), possono incidere sulla sostenibilità economica futura delle obbligazioni a carico del consumatore.

L’efficacia in termini di informazione del PIES si misura, soprattutto in relazione al procedimento che lo stesso articolo 14 delinea, lasciando tuttavia alcuni spazi di discrezionalità ai legislatori nazionali, per la conclusione del contratto e che risulta incentrato in particolare sulla previsione di un “periodo di riflessione” del quale il consumatore possa a sua discrezione fruire dopo che gli siano state rese disponibili le informazioni personalizzate a mezzo della consegna del PIES.

Come si è detto, il primo impulso alla circolazione delle informazioni precontrattuali personalizzate viene dato dal consumatore, sul quale incombe l’onere di rappresentare le proprie esigenze e la propria condizione a norma dell’art. 20, momento che rappresenta l’avvio della contrattazione individualizzata tra le parti e segna anche, per così dire, il “termine iniziale” a partire dal quale diviene efficace, a carico del professionista, l’obbligo di fornire informazioni personalizzate a norma dell’art. 14. L’art.14, infatti, dispone che, dopo la trasmissione di informazioni da parte del consumatore, a questi vengano fornite 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*”) “*senza indebito ritardo*” (così l’art. 14 paragrafo 1 lett. a) e “*in tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un’offerta*” (art. 14 paragrafo 1 lett. b).

Il medesimo articolo 14, specifica poi l’ambito delle alternative disponibili ai legislatori nazionali per conformare la conclusione del contratto alla stregua di un procedimento che assicuri che tale “*spatium deliberandi*” alla conclusione del contratto, durante il quale il consumatore determinarsi esercitando il proprio diritto di recesso o una combinazione tra i due. Questo spazio, quindi, adeguatamente assolvere alla funzione di consentire al consumatore di “*confrontare e riflettere*” (considerando n. 44), “*valutare le implicazioni*” del contratto e “*prendere una decisione informata sull’opportunità di concludere un contratto di credito*” (art. 14 paragrafo 1).

Si individua pertanto, un certo punto all’interno della contrattazione che costituisce il termine entro il quale deve necessariamente essere fornito il PIES. Punto fermo della disciplina dettata in sede comunitaria è infatti l’obbligo per gli Stati di assicurare che “*quando al consumatore è proposta un’offerta vincolante per il creditore*” essa non soltanto sia fornita “*su supporto cartaceo o altro supporto durevole*”⁴⁷¹ ma sia anche “*accompagnata da un PIES*” (art. 14 paragrafo 3, oltre che, ai sensi del paragrafo 11, “*almeno nei casi in cui non sussiste diritto di recesso*”, dalla consegna di una copia della bozza del contratto).

⁴⁷⁰ Mentre allo stato, sulla scorta della disciplina della trasparenza bancaria generale (articoli 116 e 117 TUB e relativa disciplina secondaria della Banca d’Italia) il funzionamento di un tasso variabile viene illustrato dalla banca mediante la consegna del “foglio comparativo” dei mutui il quale, nel caso di tasso variabile, indica il TAEG assumendo un valore del tasso variabile immutato per tutta la durata del contratto e specifica che il tasso d’interesse e il TAEG sono indicati in via soltanto esemplificativa, cfr. *Provvedimento Banca d’Italia 9 febbraio 2011, cit.*, p. 16 nota 4 e v. sul punto DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole, cit.*, p. 87.

⁴⁷¹ Nozione da intendersi, anche per ciò che si dichiara espressamente nel preambolo (cfr. considerando 19) ed all’art. 4 n. 18 della direttiva, allo stesso modo di come la si intende rispetto alla direttiva sul credito ai consumatori; cfr., sul significato di “supporto durevole” nella dir. 2008/48/CE, MAUGERI – PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Milano 2013, p. 16 e ss.

Se, dunque, la comunicazione di un'offerta vincolante costituisce il termine ultimo entro il quale, nel disegno della direttiva, deve essere fornito il PIES, agli Stati membri è comunque consentito di poter rendere obbligatoria la consegna del PIES anche prima della emissione della offerta vincolante per il creditore, purché sia previsto l'obbligo di fornire un nuovo PIES nel caso in cui l'offerta successivamente proposta abbia caratteristiche diverse da quelle delle quali dà conto il PIES consegnato (art. 14 paragrafo 4).

L'art. 14, poi, quantifica tale "*tempo utile*" che deve precedere la definitiva costituzione del vincolo contrattuale per il consumatore in "*almeno sette giorni*" (art. 14 paragrafo 6), lasciando in ogni caso agli Stati la scelta sulla specifica tecnica (modalità) di disciplina della contrattazione mediante la quale conseguire tale risultato⁴⁷².

Quanto alla facoltà di accettazione da parte del consumatore, è lasciata agli Stati membri un'ulteriore scelta tra il consentire al consumatore di "*accettare l'offerta in qualunque momento durante il periodo di riflessione*" e il "*prevedere che i consumatori non possano accettare l'offerta per un periodo non superiore ai primi dieci giorni del periodo di riflessione*" (cfr. art. 14 paragrafo 6, commi 3 e 4).

Al di là, della disciplina dell'art. 14, un'avvertenza generale che occorre tenere presente al fine di ricostruire correttamente il modo nel quale dovrebbe essere strutturato il procedimento affinché esso possa realizzare adeguatamente gli obiettivi della direttiva pare essere quello contenuto alla fine del *considerando* 43, secondo la quale "*gli Stati membri dovrebbero poter prevedere che, qualora decida di concedere il credito, il creditore sia vincolato alle informazioni fornite nel PIES*".

Alla luce di questo quadro, qualora uno Stato membro scelga di recepire l'indicazione comunitaria relativa al periodo di riflessione nei termini di uno *spatium deliberandi* precedente alla conclusione del contratto, il procedimento di contrattazione potrà essere conformato secondo le alternative che si prova ad ipotizzare di seguito.

Nel caso in cui uno Stato membro, ritenendo di avvalersi della possibilità in tal senso offerta dalla direttiva (art. 14 paragrafo 4), imponga la consegna del PIES in una fase antecedente la comunicazione di una offerta vincolante per il creditore, si dovrebbe ritenere che comunque la soluzione rispettosa della *ratio* della direttiva (per come espressa dal *considerando* 43) e dell'indicazione che emerge dal paragrafo 6, terzo comma ("*Se uno Stato membro prevede un periodo di riflessione prima della conclusione di un contratto di credito ... l'offerta è vincolante per il creditore per la durata del periodo di riflessione*"), sia quella di prevedere in ogni caso l'emissione da parte del futuro creditore, dopo la consegna del PIES, di una offerta vincolante, dal contenuto corrispondente a quello del PIES, che il consumatore avrebbe la facoltà di accettare durante il periodo di riflessione.

Se infatti il periodo di riflessione deve essere caratterizzato, da un lato da una condizione di vincolo del creditore rispetto alla propria offerta e, dall'altro da una condizione di libertà del consumatore per consentirgli di "*confrontare e riflettere*" (questo il sistema che risulta dalla lettura dell'art. 14 paragrafo 1 lett. b, "*prima che il consumatore sia vincolato*", e paragrafo 6, terzo comma: "*l'offerta è vincolante per il creditore per la durata del periodo di riflessione*"), allora tale periodo di riflessione non può che decorrere dalla emissione dell'offerta vincolante per il creditore e, il tempo intercorso tra la consegna del PIES e l'emissione dell'offerta non può essere qualificato se non come un ulteriore strumento di tutela del consumatore, reso facoltativo per gli Stati dal paragrafo 4 dell'art. 14, ma irrilevante (ai sensi del paragrafo 6, terzo comma) ai fini del compimento del periodo di riflessione secondo le modalità e i tempi richiesti dalla direttiva.

⁴⁷² In particolare, gli Stati possono prevedere che tale periodo di almeno sette giorni sia strutturato come una fase che precede obbligatoriamente la conclusione del contratto. Qualora in sede di recepimento la scelta andasse in tal senso, il legislatore nazionale dovrà altresì prevedere che l'offerta i cui termini siano esposti nel PIES sia vincolante per il creditore durante la pendenza del periodo di riflessione.

Lo Stato membro che scegliesse di rendere obbligatoria la consegna del PIES già prima della emissione dell'offerta vincolante, potrebbe piuttosto decidere di non avvalersi della possibilità riconosciuta al quarto comma del paragrafo 6 (prevedere che i consumatori non possano accettare l'offerta per un periodo non superiore a dieci giorni) in considerazione del fatto che al consumatore, che ha già ricevuto il PIES, è stato già dato il tempo sufficiente a esaminare le condizioni dell'offerta e percepire il rischio economico del contratto. Rimarrebbe in tale caso comunque ferma l'esigenza di imporre che l'offerta rimanga ferma per un periodo di almeno sette giorni dopo l'emissione, durante i quali il consumatore potrebbe accettarla, in modo da strutturare il periodo di riflessione in conformità a quanto richiesto dalla direttiva.

Un simile procedimento si presterebbe a realizzare le esigenze informative che stanno alla base della disciplina del PIES di cui all'articolo 14, in quanto consentirebbe al consumatore di conoscere adeguatamente, grazie alla illustrazione standardizzata e semplificata che costituisce la funzione pratica del PIES, il contenuto dell'offerta ed i rischi economici che essa comporta rimanendo al riparo da eventuali mutamenti dell'offerta e ridurrebbe dunque in modo efficace l'onere dell'attività precontrattuale di confronto delle offerte e valutazione dei rischi per il consumatore.

Diversamente, nel caso in cui il periodo di riflessione non fosse legato ad un'offerta vincolante per il creditore e, qualora dopo l'esame ed il confronto del PIES il consumatore si risolvesse ad accedere alla proposta del creditore si troverebbe esposto alla possibilità che il creditore muti le condizioni proposte. Ciò comporterebbe la consegna di un nuovo PIES e un'ulteriore attività di valutazione e ricerca precontrattuale da parte del consumatore (che potrebbe dunque avvenire in assenza di impegni della controparte), con conseguente aggravio dei costi e a danno degli obiettivi di trasparenza ed efficienza dell'informazione precontrattuale (intesa essenzialmente a ridurre i costi di ricerca e di valutazione per il consumatore) sottesi alle modalità di informazione documentale, standardizzata e semplificata adottate dalla direttiva.

Meglio a dirsi, sembra che un eventuale periodo di riflessione ipoteticamente previsto dal legislatore nazionale come successivo alla consegna del PIES, ma in assenza della condizione di vincolo del creditore cui dà luogo l'offerta vincolante, non potrebbe assolvere alla funzione informativa in modo coerente con la *ratio* espressa dalla direttiva. E dunque l'eventuale soluzione nazionale che prevedesse una consegna del PIES anticipata rispetto all'offerta vincolante e consentisse ai creditori l'emissione di offerte non vincolanti, imputando a "*periodo di riflessione*" il tempo trascorso tra la consegna del PIES e l'emissione dell'offerta non sarebbe conforme alla disciplina comunitaria. Ciò non esclude naturalmente che, ferma restando la necessaria vincolatività dell'offerta per il creditore durante il tempo richiesto affinché possa considerarsi rispettato il periodo di riflessione, il consumatore potrà accettare tale offerta in qualunque momento (salva una diversa previsione del legislatore nazionale ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 6, comma quarto, in merito ad un periodo di riflessione obbligatorio per il consumatore al massimo di dieci giorni).

Ne deriva che la soluzione che si avrebbe qualora il legislatore nazionale non imponesse la consegna del PIES prima dell'offerta vincolante ma richiedesse soltanto (in conformità a quanto previsto dall'art. 14 paragrafo 3) che esso obbligatoriamente accompagni l'offerta vincolante non differirebbe in modo rilevante dal modello appena esposto, per ciò che concerne la decorrenza del periodo di riflessione e le rispettive situazioni soggettive (di vincolo e di libertà) delle parti.

In tal caso, infatti, a maggior ragione, pur se restasse ferma, per ipotesi, la facoltà del creditore di consegnare il PIES anche prima della consegna della offerta vincolante, il tempo necessario affinché possa considerarsi integrato il periodo di riflessione non potrebbe che decorrere dalla emissione dell'offerta vincolante, rimanendo invece irrilevante il tempo eventualmente trascorso tra la consegna del PIES e l'emissione dell'offerta.

Gli Stati hanno poi la facoltà di recepire l'indicazione comunitaria relativa alla garanzia di un "*periodo di riflessione*" al consumatore riconoscendo a quest'ultimo il diritto di recesso dopo la conclusione del contratto (che pertanto dovrà essere consentito per almeno sette giorni a partire dalla conclusione del contratto). In questo caso che, sembra garantire in misura minore rispetto al

precedente l'effettiva libertà di scelta del consumatore (perché richiede un comportamento attivo e oneroso volto a dissolvere un rapporto già costituito piuttosto che la mera inerzia del consumatore a fronte dell'assenza di alcun obbligo in capo al medesimo), non si avrebbe alcun preciso vincolo per il creditore in merito al tempo da lasciare necessariamente al consumatore per la riflessione tra la consegna del PIES e la conclusione del contratto ma dovrebbe tuttavia ritenersi ferma l'indicazione del paragrafo 3 dell'articolo 14, secondo la quale nel caso in cui venga emessa un'offerta vincolante per il creditore essa deve essere accompagnata dalla consegna del PIES.

Una volta fornito il PIES, potrebbe dunque concretizzarsi la conclusione del contratto senza attendere il compimento di alcun periodo di riflessione, ma rimarrebbe in vigore in ogni caso, per un tempo che deve essere precisato dai legislatori nazionali (purché sia di almeno sette giorni), il diritto di recesso del consumatore.

Un aspetto rilevante, nel caso in cui l'obiettivo della garanzia di un periodo di riflessione sia realizzato dal legislatore nazionale mediante il riconoscimento del diritto di recesso, è la possibilità, per gli Stati, di prevedere in sede di recepimento che tale diritto si estingua nel caso in cui il consumatore intraprenda *“un'azione che, in base al diritto nazionale, si risolve nella creazione o nel trasferimento di diritti di proprietà in connessione con o mediante l'utilizzo di fondi ottenuti con il contratto di credito, ovvero – in caso – nel trasferimento di fondi a terzi”* (così il *considerando 23*). Tale indicazione diretta ai legislatori nazionali non si trova per la verità riprodotta in alcuna specifica disposizione dell'articolato direttiva e se ne trova traccia soltanto nel *considerando 23* e nel modello del PIES all'allegato II della direttiva⁴⁷³. Si deve ritenere dunque, anche se le indicazioni normative in proposito non sono chiarissime, che rimanga la possibilità che gli Stati membri limitino o escludano il diritto di recesso essenzialmente nel caso in cui il consumatore, durante la pendenza del diritto, utilizzi effettivamente il credito (per ipotesi effettivamente erogato e nella disponibilità del consumatore) ponendosi così in una condizione di fatto poco compatibile con la dissoluzione del rapporto che conseguirebbe al recesso.

Le modalità secondo le quali è strutturato il periodo di riflessione, sotto forma di opzione precedente alla conclusione del contratto ovvero sotto forma di diritto recesso, sono tali da porre probabilmente qualche problema di coordinamento con la prassi della contrattazione immobiliare per alcune operazioni, rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, mediante le quali si realizza, anche in considerazione delle esigenze di tutela del creditore in ordine alla immediata costituzione della garanzia ipotecaria, la stipulazione e l'erogazione del mutuo contestualmente alla conclusione del contratto di compravendita al fine dell'immediata iscrizione (in forza del consenso dell'acquirente) della garanzia reale sull'immobile acquistato per mezzo del credito.

Nel caso in cui il periodo di riflessione sia conformato, mediante la tecnica dell'offerta vincolante per il creditore, come periodo precedente alla conclusione del contratto, può ipotizzarsi che il consumatore, esaurita la riflessione con esito positivo, possa aver interesse a vincolare immediatamente la controparte alle condizioni dell'offerta (così come esplicate e comprese grazie al PIES) senza attendere il momento nel quale sia possibile procedere contestualmente alla stipula della compravendita collegata al contratto di credito. Pertanto, al di fuori del caso nel quale l'accettazione della proposta da parte del consumatore si realizzi direttamente mediante la definitiva stipulazione del contratto di compravendita e del contratto di mutuo e quindi con la contestuale erogazione del credito (utilizzato come prezzo) e l'iscrizione dell'ipoteca, si porrà il problema di coordinare le tecniche di tutela del consumatore impiegate dalla direttiva in ordine al “periodo di riflessione” con le riferite caratteristiche della prassi della contrattazione immobiliare.

Analogo problema di coordinamento può porsi nel caso in cui in sede di recepimento si scelga di attuare l'indicazione comunitaria in merito al “periodo di riflessione” del consumatore, sotto forma

⁴⁷³ Dove, nella sezione dedicata agli “altri diritti del mutuatario” (sez. 11), si prevede che al consumatore venga data, se applicabile, anche la seguente avvertenza *“Lei può perdere il diritto di recedere dal contratto se, durante il periodo a Sua disposizione, compra o vende un immobile collegato al presente contratto di credito”*.

di diritto di recesso a questi riconosciuto dopo la conclusione del contratto. Anche in tal caso si porrà il problema di coordinare (presumibilmente mediante l'impiego di termini e condizioni che in qualche modo differiscano la produzione degli effetti della compravendita e del mutuo), alla luce della prassi della contrattazione immobiliare, gli interessi del creditore in ordine alla stretta connessione tra erogazione del credito e costituzione della garanzia ipotecaria e gli interessi del debitore consumatore in ordine alla effettività del rimedio del recesso, anche in considerazione della possibilità, prevista per gli Stati, di limitare o escludere tale diritto nel caso in cui il consumatore abbia già utilizzato il credito per l'acquisto.

Per il caso degli effetti in caso di mancata consegna del Pies, si rinvia al capitolo IV.

3.11. Trasparenza e formalismo negoziale

Principio fondamentale del nostro diritto codificato in materia contrattuale è quello della libertà della forma. Ai sensi dell'art. 1325 c.c., infatti, la forma è requisito essenziale del contratto esclusivamente quando ciò sia prescritto dalla legge a pena di nullità (basti pensare, ad esempio, alla forma scritta richiesta per tutti gli atti di cui all'art. 1350 c.c., come gli atti che trasferiscono la proprietà di beni immobili). Tali ipotesi hanno alla base l'esigenza di tutelare le parti del contratto, così da permettere loro di valutare attentamente il contenuto e i termini del contratto, ma rispondono anche alla, forse più sentita, necessità di porre i soggetti terzi rispetto al contratto al riparo da eventuali vizi relativi alla circolazione del bene⁴⁷⁴.

La forma in senso stretto è, però, cosa diversa dal formalismo negoziale che indica "a talune specifiche manifestazioni che possono sia precedere sia seguire la conclusione dell'atto di autonomia, riguardando in particolare tanto la fase procedimentale che conduce alla stipula dell'atto, quanto la gestione di talune specifiche situazioni che intervengono nel corso del rapporto contrattuale: in entrambi i casi, a differenza della forma, la funzione fondamentale del formalismo è di tutelare i diretti protagonisti sia della contrattazione sia del rapporto scaturito dal contratto"⁴⁷⁵.

Si vuole porre l'attenzione sulla recente diversa valorizzazione sia della forma sia del formalismo, soprattutto alla luce degli ultimi interventi legislativi di origine comunitaria.

Le prescrizioni formali imposte dalle direttive comunitarie sono tutt'altro che legate ad esigenze di pubblicità legale (ad esempio la disciplina dei contratti di credito al consumo, dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali o dei contratti a distanza), esse sono piuttosto caratterizzate da una finalità di protezione che il mercato non può autonomamente perseguire.

Il circuito di informazioni creato dal diritto comunitario, se da un lato giova sicuramente alle parti deboli del rapporto contrattuale, svantaggiati dalle asimmetrie informative che costituiscono uno dei fallimenti del mercato, dall'altro giova al mercato stesso in quanto mira alla costruzione di un sistema che sia più trasparente, concorrenziale e, quindi, efficiente.

Palese riscontro di quanto appena affermato viene proprio dalle stesse direttive comunitarie, laddove si afferma che interventi in direzione unificatrice mirano a favorire la realizzazione del mercato interno.

In quest'ottica si spiega anche il diverso contesto in cui si collocano il diritto codificato e il diritto comunitario. Il diritto codificato, è inserito in un sistema in cui il mercato è già esistente e operante, per cui, ad esempio, il caso di violazione del formalismo nell'atto negoziale, configurando una lacuna del regolamento contrattuale, può essere affidato al ricorso a norme suppletive. Tali norme, peraltro, non comportano una compressione dell'autonomia privata in quanto la soluzione adottata è quella dettata dal mercato già operante⁴⁷⁶. È chiaro quindi che nel diritto comunitario l'assenza di

⁴⁷⁴ Tipica ipotesi di forma scritta che assolve queste funzioni è quella della trascrizione.

⁴⁷⁵ A. JANNELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, p. 49 in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, Padova Cedam, 2003.

⁴⁷⁶ IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, p. 80, Padova, Cedam, 1997, il quale inquadra tale

norme suppletive è giustificata dal fatto stesso che manca un mercato già completo ed efficiente ed è, perciò, impossibile attingere da questo per colmare eventuali lacune.

La costruzione di un mercato interno trasparente ed efficiente, fine ultimo delle direttive comunitarie in materia, ha come conseguenza immediata che la forma si sposi con il formalismo, abbandonando la sua funzione tradizionale per assolvere quella, nuova, di informare e di consentire di verificare il rispetto del contenuto informativo del contratto.

L'analisi del fenomeno del "neoformalismo"⁴⁷⁷, non può però, a parere di chi scrive, prescindere dalla circostanza che le moderne modalità di contrattazione seguono oramai lo schema della contrattazione standardizzata o di massa, strada preferita per soddisfare le esigenze sia di gruppi di consumatori sia delle controparti professionali: per queste ultime, infatti, innegabile è il beneficio derivante dalla velocità nella conclusione dei contratti tramite siffatte modalità: d'altronde "solo l'esistenza di forme contrattuali fisse e standardizzate può dare sicurezza al ceto commerciale"⁴⁷⁸.

Se, una simile affermazione fosse stata fatta prima del 1942, data di entrata in vigore del codice civile e, avrebbe destato non poche critiche da parte di quanti sostenevano che l'imposizione di forme contrattuali era da considerare un ostacolo alla rapidità del commercio.

Ad oggi, invece, soprattutto nel contesto comunitario, è innegabile come il ricorso a prescrizioni formali sia tutt'altro che di ostacolo al commercio ovvero espressione di un atteggiamento paternalistico del legislatore nei confronti del consumatore.

Tali prescrizioni mirano, da un lato, ad assicurare che il consumatore abbia a disposizione quel contenuto minimo informativo che gli possa consentire una scelta consapevole, e, dall'altro, tramite la predisposizione di una griglia di clausole per diverse categorie di contratti, assicura che i vari professionisti ottemperino in maniera uniforme alle prescrizioni, favorendo così un mercato più trasparente.

Il fatto che il testo negoziale venga a configurarsi quale luogo privilegiato in cui l'informazione deve essere fornita e, di conseguenza, può essere attinta da parte del consumatore⁴⁷⁹, comporta l'esigenza di una necessaria regolamentazione per le ipotesi in cui il contenuto informativo minimo prescritto dalla legge non sia presente o non sia adeguatamente chiaro e comprensibile.

Il connubio, per quello che qui interessa, tra forma e informazione, (quale corollario della trasparenza) è uno dei terreni preferiti nei quali si fronteggia l'effettività del sistema di tutela che fa da corollario al rapporto asimmetrico tra professionista e consumatore. Dalla prassi giurisprudenziale si nota *icto oculi* il fatto che le pretese del consumatore si focalizzano preferibilmente sulla violazione di questa o quella prescrizione di forma disattesa (art. 125.bis tub; contenuto art. 124 tub; di forma dell'informazione (art. 124 tub).

Il formalismo di protezione, come abbiamo detto è anche una tecnica di regolamentazione del mercato e, se questo amplia il raggio di protezione trasformando visi dell'attività in patologie del singolo contratto, dall'altro lato ha posto l'interesse del consumatore all'interno di un mercato concorrenziale, facendone un soggetto che rileva come cliente e non come persona. La prescrizione dei requisiti di forma, viene quindi percepita come compensazione rispetto a quel potere normativo del contraente forte e, come strumento di gestione indiretta del mercato.

Per quanto attiene ai requisiti formali, l'art. 1 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in attuazione della direttiva 2008/48/UE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI

fenomeno come una la rinnovata tendenza del legislatore ad attribuire rilevanza giuridica a certi atti solamente in quanto realizzati nelle forme previste dalla legge

⁴⁷⁷ Vedi IRTI cit..

⁴⁷⁸ R. LENER, Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario, p. 7, Milano, Giuffrè editore, 1996.

del t.u.b.) ha inserito l'art. 125.bis t.u.b. e ha modificato, dal punto di vista letterale, quanto previsto in materia di forma⁴⁸⁰.

Dalla lettura del nuovo articolo, emerge che i contratti di credito debbano essere redatti su un supporto cartaceo o su altro supporto durevole che soddisfi i requisiti di forma scritta nei casi previsti dalla legge. Diversamente il vecchio art. 124, comma 1, prevedeva l'applicazione di quanto previsto dall'art.117, comma 1. T.u.b. anche ai contratti di credito; era quindi prevista la redazione di contratti conclusi esclusivamente per iscritto. Già le Istruzioni della Banca di Italia del 2003 (tit. X, Cap.I, sez.III, par.4) riteneva che fossero rispettati i requisiti della forma laddove risultassero rispettate le condizioni prescritte dal d.p.r. 28 dicembre 2010 n.445, in materia di documento elettronico. Le istruzioni della Banca di Italia sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari del 2009 precisavano inoltre che “il documento informativo soddisfa i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge”. Il legislatore nella novella, sotto questo profili, pur non ritenendo applicabile l'art. 117 comma 1 del tub anche ai contratti di credito, altro non ha fatto se non recepire nel testo quanto previsto da tale comma e quanto indicato, in relazione a questo, nelle Istruzioni della Banca di Italia.

L'art. 125-bis disciplina la forma e il contenuto del contratto di credito al consumo. Se la normativa precedente prevedeva imponendo la forma scritta 35, l'art. 125-bis, comma 1, stabilisce la redazione del contratto “su supporto cartaceo o su altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge”.

Come per la generalità dei contratti bancari quindi, anche i contratti di credito anche relativi a beni immobili residenziali, devono essere redatti per iscritto, ovvero su altro supporto durevole equiparabile, pena la nullità. Come nella trasparenza generale, anche per il credito ai consumatori la Banca d'Italia stabilisce che venga consegnata al consumatore una copia del contratto di credito, previa sottoscrizione del consumatore stesso.

Alcune norme proprie della disciplina sulla trasparenza in generale, trovano applicazione anche nel credito al consumatore: art. 117, comma 2° (rinvio al CICR per l'individuazione di specifici contratti che possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta) e commi 3° e 6° sulla nullità; art. 118 (disciplina della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali); art. 119, comma 4° (disciplina della richiesta di documentazione da parte del cliente); art. 120, comma 2° (rinvio al CICR per la disciplina della maturazione di interessi sugli interessi).

Si considerano inoltre validi anche i contratti conclusi attraverso un documento informatico con firma digitale o firma elettronica qualificata. Il contenuto è determinato dalle disposizioni della Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR. Dalla lettura dell'art. 125-bis, comma 2, emerge che come ai contratti di credito al consumo si applicano anche i commi 2,3 e 6 dell'art. 117 TUB, quindi il CICR può prevedere la possibilità di stipulare determinati contratti, per specifiche ragioni, in una forma diversa (comma 2) e che il contratto è nullo se non è stato stipulato nella forma prescritta (comma 3).

Per quanto riguarda, invece, la disciplina sul contenuto del contratto la Banca d'Italia fornisce (Provvedimento del 2011 e successive modifiche) un dettaglio delle informazioni che il finanziatore deve includere nei contratti di credito, distinguendo tra la “generalità dei contratti di credito (5.2.1134)” e le regole specifiche relative ad alcune tipologie “atipiche” di aperture di credito (paragrafo 5.2.2).

Fermo restando che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono articolare liberamente il testo del contratto, esso tuttavia dovrà contenere talune informazioni necessarie. Mentre, quindi, la disciplina sulla trasparenza generale prevede l'uso del documento di sintesi come frontespizio del contratto (Sezione II, paragrafo 7), la normativa sul credito al consumatore suggerisce l'uso del foglio informativo europeo lasciando, tuttavia, facoltà alle parti nella scelta di uno strumento diverso per l'individuazione delle condizioni economiche del finanziamento.

⁴⁸⁰ PAGLIANTINI S., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc.dir.*, *Annali IV*, Milano, 2011,772.

Quindi le “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori” fornite in sede precontrattuale e quelle allegare al contratto potranno essere diverse in relazione ad informazioni da rendere nella fase precontrattuale e non nel contratto. Le informazioni aggiunte o modificate dovranno però in ogni caso essere riportate in modo chiaro e conciso, mantenendo la coerenza con i contenuti dei due documenti e il medesimo ordine delle voci.

Il comma 7° dell’art. 125-bis, dispone un sistema di sostituzione di clausole nulle, grazie al quale, qualora siano colpite da nullità le previsioni contrattuali relative al TAEG o alla durata del finanziamento, il contratto avrà automaticamente una durata di trentasei mesi ed il TAEG sarà equivalente al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali.

Al secondo comma del medesimo articolo è altresì disposta la nullità delle clausole contrattuali, considerate come non apposte, che fanno rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e delle altre condizioni, nonché la nullità delle clausole che prevedano tassi o condizioni più sfavorevoli per i consumatori di quelli pubblicizzati (in riferimento all’art. 117, comma 6° delle disposizioni generali sulla trasparenza). Innovativa è la disposizione prevista dal comma 6° che prescrive la nullità per le clausole relative a costi posti a carico del cliente che non siano stati inclusi in modo corretto nel computo del TAEG pubblicizzato nella fase precontrattuale.

Per i contratti di finanziamento la giurisprudenza propende per considerare nullo il contratto se non sono state redatte in forma scritta sia la proposta che l’accettazione.³⁷ Un’ulteriore ipotesi di nullità del contratto è l’assenza nel testo contrattuale di determinate informazioni stabilite dall’art. 125-bis, comma 8, inerenti “a) il tipo di contratto, b) le parti del contratto, c) l’importo totale del finanziamento e le condizioni di prelievo e di rimborso.”

L’art. 127, comma 2, specifica che le ipotesi di nullità “operano solamente a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice”, anche questo articolo è stato rivisitato dal d.gs. 141/2010 e successivamente modificato dal d.lgs. 218/2010, prevedendo in precedenza che solamente il cliente fosse il soggetto legittimato a far valere eventuali nullità.

Nei casi di nullità totale del contratto, per forma o contenuto viziati, l’art. 125-bis, comma 9, stabilisce che il consumatore deve restituire solamente quanto ha utilizzato, con la stessa periodicità stabilita nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili, escludendo la possibilità per il finanziatore di richiedere al consumatore la corresponsione degli interessi maturati sulle somme erogate.

-Per quanto attiene alla disciplina dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, occorre preliminarmente precisare che l’intero sistema normativo non delinea la fattispecie contrattuale del credito al consumo nei suoi elementi costitutivi essenziali, sulla falsariga dell’art. 1325 c.c., cioè non vengono individuati quei requisiti essenziali del contratto.

La prescrizione relativa alla forma e al contenuto non hanno riguardo alla struttura del contratto in senso stretto, quanto piuttosto alla fase delle trattative, o, meglio, alla predisposizione del modello Pies e, ancor prima, alla pubblicità relativa ai contratti di credito. Viene imposta l’osservanza di un modello precostituito dal legislatore comunitario che riguarda specificamente le informazioni necessarie a confrontare i crediti disponibili sul mercato, a valutarne le implicazioni e a prendere una decisione informata sull’opportunità di concludere, o meno, un contratto. La costruzione dell’intero assetto contrattuale, nella prospettiva del legislatore comunitario, rimane interamente affidata alla informazione fornita mediante la pubblicità delle condizioni contrattuali e mediante le informazioni precontrattuali. Si legge che Il Pies deve essere redatto secondo determinati requisiti di forma e di contenuto prescritti rispettivamente dall’art. 14 e dall’allegato II della direttiva.⁴⁸¹

A ben vedere, la disciplina comunitaria si limita ad individuare lo schema contrattuale, lasciando libero ciascuno Stato di indicare gli elementi essenziali dell’accordo, probabilmente per evitare che situazioni giuridiche analoghe aventi origine da rapporti di natura diversa, o addirittura che lo stesso istituto, possano essere assoggettati nello stesso ordinamento⁴⁸² a regimi giuridici diversi.

⁴⁸¹ 52

⁴⁸²

I vari contratti di credito che possono essere utilizzati quali “contenitori” per finanziare il consumo relativamente all’immobile residenziale si distinguono dal punto di vista della struttura per il numero delle parti coinvolte, dell’oggetto e della causa. In determinati casi la funzione creditizia non assume autonoma rilevanza (vendita a rate) e si realizza all’interno di un contratto tipico quale modalità di adempimento dell’obbligo di pagamento del prezzo; in altri casi l’operazione complessiva di acquisto a credito si attua attraverso più contratti (vendita, mutuo) suscitando problematiche in ordine alla ricostruzione in termini di collegamento negoziale ovvero di contratto plurilaterale⁽⁵⁴⁾. Dalla analisi della disposizione della direttiva emerge che essa contempla un contratto di credito, nella forma della dilazione di pagamento, prestito, cui accede un negozio di garanzia oppure a un contratto di credito ‘connesso’ con un contratto finalizzato all’acquisto o alla conservazione di un bene. La qualità del bene del tipo bene immobile residenziale è allora il punto comune della disciplina di rapporti strutturalmente disomogenei.

Quelle che possono definirsi come le componenti essenziali della fattispecie negoziale nel complesso sono il contratto di credito da un lato e il negozio di garanzia dall’altro, oppure il contratto di credito e il negozio traslativo. È emersa quindi, la problematica relativa ai rapporti tra questi diversi negozi.

Per quanto riguarda i contratti di credito garantiti, è la stessa fattispecie normativa ad individuare espressamente il negozio di credito e il negozio di garanzia. Non pare possa essere revocata in dubbio la sussistenza del collegamento negoziale⁴⁸³ ‘necessario’⁴⁸⁴. Infatti, nei negozi accessori, come quelli di garanzia, il nesso necessario si riferisce al momento della funzione e a quello dell’efficacia⁴⁸⁵: con la conseguente rilevanza della connessione sulle vicende dei singoli negozi, segnatamente del negozio principale su quello accessorio.

Il collegamento ricorre anche laddove la concessione del credito al consumatore rivesta la forma della dilazione di pagamento o della rateizzazione del corrispettivo (della vendita) da parte dello stesso alienante⁴⁸⁶. Diversamente, nel caso in cui il contratto sia finalizzato all’acquisto e il ‘negozio’ di credito consista nella concessione della dilazione del pagamento, potrebbe ritenersi che il collegamento si attui all’interno di un contratto traslativo tipico e costituirebbe mera modalità di adempimento dell’obbligo di pagamento del prezzo. Tuttavia, la lettera della direttiva osta a una tale interpretazione perché il legislatore comunitario elenca, fra i vari contratti di credito, la dilazione di pagamento⁽⁵⁹⁾.

Quanto agli altri contratti di credito, diversi da quello di dilazione di pagamento, finalizzati all’acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà sul bene immobile residenziale, la fattispecie non contempla espressamente un legame, ma il contratto di credito rappresenta sicuramente il presupposto logico-giuridico del successivo negozio. In tali casi la combinazione dei negozi è preordinata alla soddisfazione di una funzione; così, per la realizzazione di un risultato determinato si pone in essere un differente e distinto complesso di atti, gli uni e gli altri comunque preordinati al raggiungimento di un fine unitario.

La direttiva 2014/17/UE non definisce espressamente tali negozi alla stregua di contratti collegati, ma la preordinazione degli stessi alla realizzazione dell’operazione unitariamente intesa non pare lasciare dubbi. La realizzazione del risultato finale dell’operazione ovvero il perseguimento dello scopo, lungi dal configurare la causa in senso tecnico del rapporto, né il motivo, configura tuttavia lo “scopo negoziale concreto, ovvero intento empirico comune a tutte le parti e a cui tutte rivolgono l’effetto negoziale”⁽⁶⁰⁾. Anche in tali casi occorre valutare se e in quali termini il legame assume rilevanza tale da influire sulle vicende dei singoli negozi, posto che il legislatore non stabilisce una disciplina specifica relativa alle vicende dei contratti di credito e di acquisto⁴⁸⁷.

⁴⁸³ 55

⁴⁸⁴ 56

⁴⁸⁵ 57

⁴⁸⁶ 58

⁴⁸⁷

Segue la questione relativa alla individuazione della struttura, unitaria o plurima, della fattispecie negoziale nelle ipotesi di finanziamento⁴⁸⁸.

I contratti di credito di cui all'art. 3, lett. a, (garantiti da ipoteca o da analoga garanzia o da un diritto su un bene immobile residenziale) possono essere bilaterali, melius, riguardare le medesime parti ovvero parti diverse. Segnatamente, le parti del contratto di credito concluso nella 'forma' della dilazione di pagamento, mutuo, e così via, sono diverse da quelle del negozio di garanzia, qualora la garanzia sia prestata da un altro soggetto: è il caso del terzo datore di ipoteca che concluda la convenzione con la quale si attribuisce il diritto di iscrivere ipoteca⁴⁸⁹.

Il legame esistente fra il negozio di credito e quello di garanzia o quello fra negozio di credito e il contratto traslativo potrebbe assumere rilevanza tale da condizionarli reciprocamente in modo che le vicende o, addirittura, la disciplina di un contratto possono influire su quelle dell'altro.

È assodato che fra negozio principale e negozio accessorio, fra cui rientrano i negozi di garanzia, la rilevanza del collegamento è fondamentale, per cui l'invalidità, la inefficacia, o altro, del negozio principale determina la caducazione di quello subordinato. Così, la inefficacia o la invalidità del contratto di credito determina la rispettiva inefficacia o invalidità del negozio di garanzia⁴⁹⁰. Ancora più estese e intense possono essere le conseguenze della riconosciuta rilevanza del collegamento sulle vicende del negozio di credito e/o del negozio traslativo. In proposito, si vuole chiarire che, sebbene il legislatore comunitario non lo prescriva espressamente, la conclusione del contratto di credito sottende ed è preordinata ad uno scopo traslativo. In tanto l'art. 3 estende l'ambito di applicazione della direttiva 2014/17/UE ai contratti di credito, in quanto essi siano finalizzati, all'interno di una unitaria operazione di finanziamento, a far sì che il consumatore acquisti o conservi il proprio immobile residenziale.

L'unitarietà dello scopo perseguito dalle parti mediante il ricorso a due differenti negozi può evincersi anche dalla individuazione nel contratto di credito del bene da acquistare con le somme finanziate (ad esempio, mutuo di scopo). Con la conseguenza che, anche in tal caso, un contratto o addirittura entrambi i contratti finirebbero per risentire reciprocamente delle vicende dell'altro. Invero, la direttiva omette di definire le conseguenze derivanti dall'inadempimento, dalla impossibilità sopravvenuta dell'oggetto, dall'invalidità e dalla inefficacia del contratto di acquisto, sul rapporto discendente dal contratto di credito. Nessuna indicazione viene data dalla direttiva neppure relativamente alla estensione o meno al finanziatore del regime della responsabilità per l'eventuale inadempimento del venditore, con la conseguente questione se possa il consumatore agire nei confronti del creditore⁴⁹¹.

Di contro, numerosi dubbi riguardano la incidenza dell'inadempimento del contratto di credito sul contratto collegato: ovvero, se nel caso di inadempimento, per vero poco frequente, del finanziatore che si è obbligato a finanziare l'acquisto, il consumatore possa opporre all'alienante l'inadempimento del finanziatore.

La direttiva si limita a disciplinare gli aspetti relativi alla fase delle trattative e alle informazioni precontrattuali nonché al diritto di 'adempimento anticipato'. Il riferimento ai requisiti di struttura della fattispecie contrattuale è dunque possibile solo a scopo descrittivo, dovendosi coordinare con il comportamento delle parti contraenti nella fase della contrattazione e con la specifica disciplina nazionale nella fase della esecuzione contrattuale.

A ben vedere, la soluzione delle questioni è volutamente rimessa alla disciplina nazionale, nel rispetto del metodo dell'armonizzazione minimale. Tuttavia, la imprescindibile libertà riconosciuta ai legislatori dei singoli Stati membri nel rispetto di principi radicati nella propria tradizione culturale verosimilmente condurrà ad una differente applicazione della disciplina sui contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali.

⁴⁸⁸ 62

⁴⁸⁹

⁴⁹⁰

⁴⁹¹

3.12. L'indagine sul merito creditizio

La verifica di quella che può definirsi la solidità finanziaria del consumatore è un'attività propedeutica alla conclusione del contratto di credito. Valutare il merito creditizio del soggetto richiedente significa formulare un giudizio oggettivo sulla capacità del soggetto di adempiere alla sua obbligazione restitutoria. Il finanziatore è infatti chiamato a valutare il rischio di insolvenza a cui si esporrebbe il consumatore in seguito alla concessione del credito, mentre non considera il motivo per cui il finanziamento è chiesto; *“il consumatore lo impiega sicuramente nei consumi e ciò è sufficiente”*.⁴⁹²

Al fine di potere esprimere un giudizio sulla capacità restitutoria del consumatore è necessario valutarne l'affidabilità sulla base della situazione patrimoniale ed economico-finanziaria passata ed attuale, considerando in particolare modo la disponibilità di reddito, l'attuale esposizione debitoria con le relative modalità di adempimento tra cui l'eventuale presenza di rate, l'importo per il quale si procede, la scadenza, si verifica la regolarità nell'adempimento delle obbligazioni e l'assenza di protesti e di esecuzioni individuali in un determinato arco di tempo. La valutazione del merito creditizio è funzionale al soddisfacimento di due interessi in particolare: da una parte tutelare l'economia del mercato intesa in senso lato, dall'altro tutelare la microeconomia del consumatore attraverso una politica di *responsible lending*,⁴⁹³ evitare che incorra in situazioni di sovraindebitamento assicurando la *“sostenibilità nell'erogazione”*⁴⁹⁴ e tutelare, quindi, indirettamente la stabilità del mercato del credito immobiliare.⁴⁹⁵ Sono stati già i primi commenti alla direttiva mutui

⁴⁹²SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48/CE*, in AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo* (a cura di DE CRISTOFARO), Giappichelli, Torino, 2009, pag. 185;

⁴⁹³ Per un'analisi dell'approccio seguito dal legislatore europeo, nella dicotomia tra *responsible lending* – *responsible borrowing*, si veda E.PELLECCHIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali cit.*; si veda anche G.FALCONE, *“Prestito responsabile” e valutazione del merito creditizio*, in *Dir.fall.*, 2010.

⁴⁹⁴ Per i riferimenti al legame tra la situazione di sovraindebitamento e la verifica del merito creditizio si veda G.PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2013; L.MONICA, *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L.3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art.124/TUB)? Il “piano del consumatore” in funzione punitiva*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2/2014; P.PELLECCHIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l'insolvente?”*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2014, p. 1088ss; R.MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 6/2015, p.781. Si veda anche l'ordinanza ABF, Collegio di Roma, n.153 del 2013 e la decisione ABF, Collegio di Milano, n. 2464 del 2013.

⁴⁹⁵ La prima disciplina del credito al consumo viene introdotta nell'ordinamento nazionale a seguito del recepimento della Direttiva 87/102/CEE che si pone quale obiettivo quello di predisporre uno standard minimo di tutele – trattasi del cosiddetto “approccio minimale” - da adottarsi all'interno di ciascuno Stato membro, ma rispetto al quale i singoli ordinamenti restano, tendenzialmente, liberi in ordine alla scelta della maggiore o minore incisività delle relative disposizioni di recepimento. Con la Direttiva 2008/48/CE, invece, si assiste ad un radicale mutamento d'indirizzo del legislatore comunitario che prende di mira una - più ambiziosa e massima - armonizzazione degli ordinamenti nazionali, attraverso la rimozione di tutte le principali differenze normative esistenti, in materia, all'interno dei vari Stati membri. Il legislatore comunitario, animato dal messaggio neoliberale della meritevolezza del credito come manifestazione di incremento della concorrenza e conseguente

che hanno messo da subito in luce la significativa rilevanza della valutazione del merito creditizio, qualificandolo come un “punto di snodo cruciale della trama normativa della direttiva 2014/17/UE e uno dei fondamenti della regolazione del mercato “al tempo della crisi”.⁴⁹⁶ L’obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore prima di concedergli un credito, al fine di verificare la reale sostenibilità dell’erogazione, si può definire come una declinazione del dovere generale di agire secondo onestà, equità, trasparenza e professionalità di cui all’art.7 della direttiva che, impone come vedremo agli operatori professionali anche di tenere conto “dei diritti e degli interessi dei consumatori”.⁴⁹⁷ La direttiva mutui, compie un passo avanti rispetto alla direttiva 2008/48/CE con riferimento ai contratti di credito ai consumatori⁴⁹⁸ integrando e modificandola, e un arresto invece per quanto riguarda la proposta di direttiva sui contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali⁴⁹⁹; mira quindi a garantire la corretta allocazione delle risorse del sistema finanziario per la tutela del mercato del credito e mira a proteggere il consumatore da scelte di indebitamento non sostenibili, al fine di prevenire il rischio di situazioni di sovraindebitamento.⁵⁰⁰

Secondo il considerando n. 55⁵⁰¹ della direttiva sul credito immobiliare, è essenziale che la “*capacità e la propensione del consumatore a rimborsare il credito sia valutata e accertata prima dalla stipula del relativo contratto*”; si introduce quindi l’ampio tema della valutazione del merito creditizio, già tema analizzato e affrontato dalla Direttiva 2008/48/CE e, potenziato nella direttiva che si analizza come dimostra il suo richiamo nell’articolo 1 in sede di definizione dell’oggetto.

contenimento dei costi – il tutto a beneficio del consumatore - ne favorisce la maggiore accessibilità con una direttiva che se, da un lato, stimola la creazione di un mercato unico di servizi finanziari europeo, così superando quell’eccessiva frammentazione normativa frutto del precedente intervento comunitario, dall’altro, cerca quantomeno di uniformare le varie misure nazionali predisposte a tutela del consumatore sulla base dell’amara constatazione di una tendenziale inerzia, sino a quel momento, degli Stati membri dinanzi al sopravvento delle banche sul credito al consumo sostanziatosi in forme di restrizione e contenimento nell’erogazione. Vedi F. MAZZINI, *L’Italia si allinea alle regole di tutela europee sui finanziamenti per l’acquisto di beni e servizi*, in Guida al diritto – dossier 7, 2010, pag. 68.

⁴⁹⁶ Così Pellicchia E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, ci., 214

⁴⁹⁷ Parte della dottrina ha rilevato che il principio del prestito responsabile, che sostiene l’obbligo di valutazione del merito creditizio, sia finalizzato ad “elevare il grado di diligenza esigibile dall’ente finanziatore nel corso dei suoi rapporti microeconomici di credito”. Così K.Fucci, *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all’acquisto degli immobili residenziali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit. p. 382.

⁴⁹⁸ I contratti di credito al consumatore vengono definiti, ai sensi dell’art. 121, lett. c) D. Lgs. n. 385/93 (per brevità “Testo Unico Bancario”), come quelli tramite i quali “il creditore concede o s’impegna a concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria”. In sostanza il D.Lgs. n. 141/2010, d’attuazione della Direttiva 2008/48/CE, novellando la materia, opta per una definizione tesa ad individuare non già uno o più tipi contrattuali, ma un’intera operazione economica, così prediligendo uno schema versatile capace di esaltare la logica economica alla base della volontà delle parti.

⁴⁹⁹ Comunicazione per il Consiglio europeo di primavera 2011.

⁵⁰⁰ Il sovraindebitamento viene definito dal legislatore nazionale, all’art. 6, co. 2, legge n. 3 del 27 gennaio 2012, come quella “situazione di perdurante equilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità ad adempierle regolarmente”.

⁵⁰¹ Considerando n 55 ricorda inoltre la necessità di tenere ragionevolmente conto ai fini della valutazione del merito creditizio anche di eventi futuri, come la riduzione del reddito a fronte del pensionamento o l’aumento del tasso debitore.

La pratica inerente alla valutazione della solvibilità del consumatore era presente nella prassi bancaria già prima del suo inserimento come obbligo di legge con la Direttiva 2008/48/CE, tuttavia, la recente crisi aveva reso necessaria la revisione della disciplina in materia di valutazione del merito creditizio in funzione anche della maggiore consapevolezza che un prestito responsabile per tutelare il consumatore richiede non solo un'applicazione rigorosa della trasparenza bancaria, ma anche una corretta analisi dell'affidabilità del soggetto debitore. Per prevenire il rischio di un eccessivo indebitamento non basta rimodellare il sistema delle garanze reali accessorie al credito, il legislatore opta - come scelta di fondo - per una disciplina del credito al consumo che sia improntata al principio del cosiddetto "prestito responsabile", ingenerando una forma di corresponsabilizzazione dei soggetti coinvolti espressione di una netta rottura rispetto al principio di "autoresponsabilità del consumatore" cardine nella precedente esperienza giuridica.

Il concetto di "prestito responsabile" non assume, tuttavia, la forza di principio comunitario né con la Direttiva 2008/48/CE, né con quella successiva di integrazione oggetto del presente commento⁵⁰², difatti, l'unico riferimento espresso e testuale alla responsabilizzazione degli enti creditizi è contenuto nel Considerando (26)⁵⁰³ alla direttiva del 2008.

La ratio sottesa alle due direttive è la medesima, ovvero sia realizzare una tutela rafforzata per i consumatori che concludono contratti di credito per l'acquisto immobiliare. Relativamente alla valutazione del merito creditizio del consumatore, la nuova direttiva lascia immutato, rispetto alla normativa della Direttiva del 2008, sia la collocazione temporale di siffatta obbligazione gravante sul finanziatore "prima della conclusione del contratto", sia la necessità di procedere ad una sua "rivalutazione sulla base di informazioni aggiornate" propedeutica ad ogni modifica significativa della somma concessa a credito.

3.12.1. (segue) l'art. 19 e ss : valutazione dei beni immobili.

Nella direttiva 17/2014/UE, il tema della valutazione del merito creditizio è affrontato dagli articoli 18, 19, 20 della Direttiva, la cui importanza emerge proprio nell'ipotesi in cui il finanziatore non abbia effettivo e reale interesse a svolgere la valutazione del merito creditizio per diversi motivi, come può essere la presenza di un'operazione semplice o la presenza di garanzie,⁵⁰⁴ si faccia riferimento ai *mutui subprime* dove è stata palese la scelta delle banche di svolgere operazioni di cartolarizzazione su larga scala provocando un abbassamento delle qualità dei crediti ed un correlato aumento dei rischi di insolvibilità.

⁵⁰²Soltanto con l'entrata in vigore dell'art. 5 della bozza del 2005 alla Direttiva 2008/48/CE, nei termini ivi prospettati, il responsible lending avrebbe potuto assurgere a principio cardine della normativa del mercato del credito al consumo. La disposizione in questione, infatti, presentava il seguente tenore letterale: "il creditore è tenuto a rispettare il principio del prestito responsabile". Vedi A. SARACINA, *Il sovraindebitamento civile e del consumatore. Sistemi giuridici europei alla prova del dialogo*, Scritto per i Dialoghi europei - Sulla convergenza nei valori, principi, regole e pratiche del diritto dell'economia e dell'impresa, Eur. Conv., Lecce, 2014, pag. 123.

⁵⁰³ "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. [...] In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutare il merito creditizio", il principio del credito responsabile resta, quindi, chiaramente teorizzato all'interno della Direttiva 2008/48/CE al Considerando (26).

⁵⁰⁴ RUMI T., *Profili privatistici nella nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *I contratti*, 2015, p.70-86.

Mentre l'art.18 (par.1) della Direttiva, qualifica espressamente la verifica sul merito creditizio come "approfondita", è nell'art.20 che vengono chiariti quali devono essere gli elementi e le informazioni atte a fondare il convincimento dell'ente creditore sul merito creditizio.⁵⁰⁵

L'art.18 della direttiva, impone agli Stati membri di provvedere affinché i creditori svolgano una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, che deve tenere conto di una serie di fattori pertinenti all'esame delle prospettive di adempimento; la fase di analisi deve avvenire prima della conclusione del contratto di credito e, sempre ai sensi dell'art.18, paragrafo 2, il creditore è tenuto a mantenere aggiornate le informazioni su cui l'analisi si basa. La valutazione del merito creditizio, può essere definita come una "verifica delle prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito".

Il legislatore europeo non si preoccupa di disciplinare il caso in cui l'indagine sul merito creditizio, correttamente espletata, conduca ad esiti negativi di immeritevolezza di colui che aspira all'accesso al credito. Alla lettera dell'art.18 viene previsto che "*il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito*".

Il comma 5, lett.a) dell'art.18 della direttiva 17/2014/Ue instaura una relazione tra l'obbligo di verifica e la concessione del credito, prevedendo che il "creditore" possa erogare il credito al consumatore solo quando "*i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito stanno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto*".⁵⁰⁶ Viene posta in essere una vera e propria attività istruttoria che ha ad oggetto i profili reddituali e patrimoniali del soggetto richiedente il credito, come eventuali pagamenti futuri, aumenti dovuti ad ammortamenti negativi o pagamenti differiti del capitale o degli interessi, ed è altresì necessario che l'operatore valuti la presenza di altre spese periodiche, altri debiti o impegni finanziari, la sussistenza di redditi, risparmi del consumatore.⁵⁰⁷

Le informazioni riguardanti la situazione economico- finanziaria del consumatore, possono essere ottenute da varie fonti sia interne che esterne. Fonte interna per eccellenza è il consumatore stesso⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ Secondo l'art.20, "la valutazione del merito creditizio di cui all'art.18 è effettuata sulla base delle informazioni sul reddito e le spese del consumatore e altre informazioni sulla situazione economica e finanziaria necessarie, sufficienti e proporzionate. Le informazioni sono ottenute dal creditore da pertinenti fonti interne o esterne, incluso il consumatore, e comprendono le informazioni fornite all'intermediario del credito o al rappresentante designato nel corso della richiesta di credito. Le informazioni sono opportunamente verificate, anche attingendo, se necessario, a documentazione indipendente verificabile".

⁵⁰⁶ Il considerando n.57 della direttiva, afferma che "la decisione del creditore sulla opportunità di concedere il credito dovrebbe essere coerente con l'esito della valutazione del merito creditizio". Parte della dottrina ha correttamente rilevato che l'art.18, letto congiuntamente al considerando n.57, codificherebbe un peculiare obbligo di astensione per il finanziatore che non dovrebbe concedere il credito qualora la verifica del merito creditizio abbia dato esito negativo. In questo senso *M.M. Francisetti Brolin, L'art 124- bis del Tub e gli incerti riflessi civilistici del c.d. "merito creditizio" nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere, in Contratto e Impresa/Europa, 2/2014.*

⁵⁰⁷ La determinazione dei parametri sui quali assestare la valutazione sulla meritevolezza creditizia del consumatore individuata dal legislatore europeo risente in modo evidente dell'elaborazione compiuta dal Financial Stability Board con l'approvazione del documento Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices dell'aprile 2012.

⁵⁰⁸ Al fine di consentire al consumatore di rendersi conto delle informazioni minime necessarie da trasmettere al finanziatore per raggiungere una valutazione del merito creditizio basata su informazioni adeguate, parte della dottrina ha ipotizzato, specularmente a quanto già avviene con riferimento al contratto di assicurazione ai sensi degli art. 1892 1893 c.c., l'utilità di utilizzare nella

sul quale vige l'obbligo di fornire determinate informazioni; fonti esterne sono le banche dati (di cui al capo settimo della direttiva) e, al fine di non disperdere i dati raccolti durante il procedimento che possibilmente condurrà alla concessione del credito, comprendono anche le informazioni eventualmente fornite dall'intermediario del credito.⁵⁰⁹Una volta raccolte poi, queste informazioni devono essere opportunamente verificate dall'operatore ai sensi dell'art. 20 della direttiva n.17/2014/Ue. Sempre l'art.18, al par.3 stabilisce che la valutazione del merito creditizio non debba basarsi "prevalentemente" sull'eventuale maggior importo del valore del bene immobile residenziale rispetto all'importo del credito, sarebbe a dire che non è rilevante ai fini della valutazione il fatto che il valore dell'immobile sia superiore all'importo del credito o che l'immobile potrebbe nel tempo acquisire valore, a meno che fine del contratto sia quello di costruire o ristrutturare il bene.⁵¹⁰ L'art.20 puntualizza che le informazioni ricevute dal consumatore devono essere "opportunamente verificate" potendo attingere anche a "*documentazione indipendente verificabile*". Le informazioni su cui si basa la valutazione del merito creditizio, non devono essere statiche, ma devono essere documentate e tenute aggiornate, aggiornamento utile alla verifica del merito del credito che si apprezza anche alla luce del paragrafo 6 dell'art.18 che prevede che, qualora si intenda procedere ad un aumento significativo dell'importo mutuato, il creditore debba compiere una nuova valutazione del merito creditizio del consumatore "sulla base delle informazioni aggiornate".

Ai sensi del paragrafo 4 dell'art.18 della Direttiva, il creditore non può risolvere né modificare in un secondo tempo un contratto di credito che si sia rilevato dannoso per il consumatore come conseguenza di una valutazione del merito creditizio condotta in un modo scorretto, anche se a causa di informazioni incomplete; viene esclusa dall'ambito di applicazione di questa disposizione la fattispecie in cui la non corretta valutazione sia stata causata dal fatto che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire o abbia falsificato le informazioni ai sensi dell'art.20 della direttiva. Le uniche eccezioni a tale divieto sono rappresentate dalla omissione intenzionale del consumatore che non fornisce le informazioni al fine di ottenere il credito, probabilmente perché la comunicazione delle informazioni rivelerebbe una situazione di immeritevolezza, e dalla falsificazione delle informazioni ad opera del consumatore.⁵¹¹ In continuità con la direttiva 95/46/Ce⁵¹², il par. 5 dell'art.18 prevede che "il creditore" debba informare il consumatore che sarà

prassi negoziale un questionario che il finanziatore dovrebbe trasmettere al consumatore. Si veda M.M. FRANCISSETTI BROLIN, L'art 124- bis del Tub e gli incerti riflessi civilistici del c.d. "merito creditizio" nel credito al consumo: dalla culpa *in contrahendo* ai vizi del volere, in Contratto e Impresa/Europa, 2/2014.

⁵⁰⁹ Il par.2 dell'art.20 stabilisce pertanto che l'intermediario del credito dovrebbe avere cura di fornire al creditore le informazioni necessarie ottenute dal consumatore "per consentire l'esecuzione della valutazione del merito creditizio":

⁵¹⁰ Il considerando n.55 limita la rilevanza del valore del bene immobile alla valutazione dell'importo del credito da concedere nel quadro di un contratto di credito garantito e precisa che la valutazione del merito creditizio dovrebbe invece basarsi sulla capacità del consumatore di far fronte ai propri obblighi nei termini del contratto. In tale contesto, gli operatori creditizi non dovrebbero quindi ritenere sufficiente, ai fini della valutazione delle solvibilità del consumatore, la possibilità che il valore del bene immobile possa in futuro aumentare o anche superare l'importo del credito. Sulla stessa scia, il considerando n.57 che afferma che l'eventuale possibilità di ricorrere alla cartolarizzazione del debito non dovrebbe indurre il mutuante ad ignorare gli esiti di un'eventuale valutazione negativa del merito creditizio, rendendo disponibile ad un consumatore un contratto di credito che probabilmente non sarà in grado di rimborsare.

⁵¹¹ A tali eccezioni si fa riferimento nel considerando n.58.

⁵¹² Direttiva 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, pubblicata nella G.U. n. L. 281/31 del 23 novembre 1995. In sede interna, oltre al c.d. codice in materia di protezione dei dati personali contenuto nel d.lgs. del 30 giugno

consultata una banca dati prima di procedere alla consultazione. Una volta adempiuto l'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore, e qualora l'esito sia stata negativo, l'art.18 par.5 lett.c), prescrive che il creditore lo informi senza ritardo del rifiuto, con l'indicazione dei risultati della consultazione della banca dati qualora la motivazione del diniego derivi proprio dai dati presentati in questa.⁵¹³

Viene configurato in capo al consumatore un vero e proprio diritto a ricevere informazioni, indicazioni circa le ragioni dell'eventuale diniego di credito o, il diritto del consumatore a vedersi comunicati i risultati della consultazione e gli estremi della banca dati, per il caso, in cui il rifiuto si fondi sul trattamento automatico dei dati stessi.⁵¹⁴

La valutazione del credito deve quindi essere subordinata ad una prognosi che si fondi sulla valutazione del merito creditizio del consumatore, che ai sensi del paragrafo 5, lett. a) dell'art.18 sta ad indicare che “*gli obblighi derivanti dal contratto saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito*”; emerge il nesso di funzionalità esistente fra la valutazione e la decisione dell'operatore in ordine all'erogazione del credito, che deve essere disposto solo se il regolare adempimento delle obbligazioni assunte dal finanziato sia almeno verosimilmente possibile, senza dovere ricorrere a misure straordinarie come le rateizzazioni, dilazioni etc.⁵¹⁵ Viene quindi, introdotta la tecnica del finanziamento sostenibile, in termini di proporzionalità rispetto al patrimonio del debitore sia in termini di reale possibilità di regolare adempimento, con un chiaro collegamento agli obiettivi della Direttiva MCD e riportati al considerando n.6, secondo il quale è necessario promuovere la sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti ai consumatori.⁵¹⁶

Posto che, come già detto, la valutazione del merito creditizio si basa solo sulle capacità di adempimento del consumatore, il fatto che oggetto del contratto di credito sia un immobile implica la necessità di valutazione anche dell'immobile stesso, dal momento che il valore stimato rappresenta un fattore importante per stabilire l'importo finanziabile; l'art.19 della Direttiva prevede a tal proposito che ai fini della valutazione siano utilizzati degli standards, la cui corretta applicazione deve essere controllata dalle Autorità competenti.

Ai sensi del par.4 dell'art.20 è precisato che gli Stati membri dovrebbero porre in essere misure volte ad assicurare che i consumatori, in sede di valutazione del merito creditizio, siano consapevoli della necessità di fornire informazioni sufficientemente complete, e onera il finanziatore o l'intermediario di comunicare al consumatore che nel caso in cui il suo merito creditizio non potesse essere valutato a causa del rifiuto di fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria o gli elementi di

2003, n. 196, i soggetti privati titolari dei sistemi informativi dovranno rispettare le previsioni stabilite dal c.d. codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di credito al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti, emanato dal Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento n. 8 del 16 novembre 2004, in G.U. del 23 dicembre 2004, n.300, modificato dall'errata corrige in G.U. del 9 marzo 2005, n.56. Per un esame degli aspetti più rilevanti, si cfr. E.O. POLICELLA, *Il codice deontologico sui sistemi di informazione creditizia, in Danno e responsabilità*, p.263.

⁵¹³ PELLECCCHIA, op.cit.

⁵¹⁴ Il collegio di coordinamento dell'ABI, già nel contesto di valutazione del merito creditizio di cui all'art.124 -bis t.u.b., con decisione n. 6182, 29 novembre 2013 afferma che in ipotesi di violazione di obblighi di motivazione del diniego il consumatore è tutelato sul piano prettamente obbligatorio al risarcimento del danno, non potendosi ipotizzare alcuna incisione sull'autonomia decisionale dell'ente sovventore, difatti, “i chiarimenti da fornire al cliente lasciano ferma la insindacabilità degli orientamenti dell'intermediario in ordine alla concessione del credito”.

⁵¹⁵ Pellecchia, op.cit.

⁵¹⁶ L'art.7 della direttiva 2017/14/Ce, relativo alle politiche di retribuzione degli operatori del credito, dove il legislatore cerca di neutralizzare l'azzardo nella concessione del credito prevedendo una politica di retribuzione per il personale responsabile della valutazione del merito creditizio coerente con una sana ed efficace del rischio e non incoraggiante all'assunzione di rischi troppo alti.

supporto uniti alla verifica delle informazioni veicolate, il credito non potrà essere concesso. Relativamente all'onere della prova dell'adempimento dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, né il legislatore europeo né il legislatore nazionale si sono occupati della relativa allocazione, questione che ha quindi occupato la Corte di giustizia dell'Unione europea con riferimento alla disciplina introdotta dalla direttiva 2008/48/Ce.

- Il legislatore italiano recepisce le prescrizioni degli articoli 8 e 9 della Direttiva 2008/48/CE, in ordine all'obbligo di valutazione del merito creditizio, nell'art. 124-bis T.U.B., inserito con D. Lgs. n. 141/2010, nel cui contenuto confluiscono fedelmente. La norma impone al finanziatore, prima della conclusione del contratto o, ai sensi e per gli effetti del comma 2°, dopo la sua conclusione, allorquando le parti addivengano alla determinazione di aumentare significativamente l'importo totale del credito, di verificare il merito del consumatore - inteso quale sostenibilità del finanziamento da parte del debitore in considerazione della sua specifica capacità patrimoniale – attraverso la raccolta di informazioni adeguate provenienti dal consumatore stesso, ovvero, nel caso di necessità, dall'interrogazione di una banca dati.⁵¹⁷

Per la prima volta, all'interno del mercato del credito al consumo, trova cittadinanza la distinzione tra il c.d. consumatore "meritevole" ed "immeritevole"⁵¹⁸ che sarà ripresa anche dalla direttiva del 2014, nonché, al contempo, quella tra creditore diligente e creditore negligente, tale da avere effetti già in sede precontrattuale; l'esito negativo della verifica del merito creditizio di colui che aspira ad ottenere un finanziamento può, ai sensi e per gli effetti dell'art. 124-bis T.U.B., precludere al consumatore immeritevole l'accesso al credito⁵¹⁹. Il credito, viene quindi considerando quale fondamentale risorsa da poter concedere solo a soggetti meritevoli, ovvero, capaci poi di adempiere

⁵¹⁷ Così, testualmente, si esprime il legislatore europeo nel Considerando (7) alla Direttiva 2014/14/UE in cui evidenzia come, proprio "la specificità dei contratti di credito relativi ai beni immobili" giustifica la sussistenza in capo agli Stati membri di una "facoltà di mantenere o introdurre disposizioni più rigorose di quelle stabilite dalla presente direttiva nei settori non espressamente oggetto di piena armonizzazione".

⁵¹⁸ Cfr. A. SIMIONATO, Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48/CE, in AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo* (a cura di De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2009, pag. 185; l'Autore evidenzia come la distinzione affievolisce agli occhi del finanziatore, perdendovi interesse, ogni qualvolta il credito risulti assistito da garanzie personali dei terzi.

⁵¹⁹ Nonostante il legislatore imponga all'ente creditizio di assolvere all'obbligazione anzidetta di verifica della solvibilità del sovvenuto, sia prima della conclusione del contratto che nel corso dell'esecuzione del rapporto negoziale per l'ipotesi di una sua rilevante modificazione, deve escludersi che tale imposizione possa tradursi in un vero e proprio obbligo di prevenire il fenomeno del sovra-indebitamento in ragione della circostanza che, a fronte dell'accertato pericolo di insolvenza del debitore, la banca è e resta comunque libera di concedere il credito. È indiscusso che, ai sensi dell'art. 6 del decreto ministeriale (Ministero Economia e Finanze) del 3 febbraio 2011, n. 117, "al fine di assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito i finanziatori assolvono all'obbligo [...] previsto all'art. 124 bis T.U.B., applicando le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati dagli artt. 53, 67, 108, 199 e 114 quaterdecies del TUB", ma è altrettanto vero che i concetti di prudenza e responsabilità sono da riferirsi alla banca e alla sua stabilità finanziaria non, invece, al cliente. Difatti, il legislatore comunitario si è preoccupato, nell'emanare la Direttiva 2008/48/CE, di non limitare la libertà di impresa delle banche e degli intermediari con prescrizioni restrittive che automaticamente avrebbero escluso dal finanziamento certe categorie di consumatori. Vedi D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, II, 2012, pag. 745.

all'obbligo restitutorio⁵²⁰. Questa elementare non banale se si considera, che spesse volte il finanziamento è richiesto dal consumatore al precipuo scopo di contenere un pregresso indebitamento, dall'altro, che l'impianto codicistico del 1942 ricostruisce il rapporto obbligatorio, quantomeno nella sua fase genetica, come sola espressione della relazione di fiducia nel binomio debitore/creditore, dunque, senza dar rilievo ad elementi esterni, quale potrebbe essere anche la consistenza patrimoniale del debitore⁵²¹. Il rapporto obbligatorio, si connota per una totale indifferenza rispetto alla consistenza del patrimonio del debitore e alla capienza di questo rispetto al debito, e ciò sin dal momento della nascita e nel corso di tutta la fase fisiologica del rapporto, per cui l'inserimento dell'art. 124-bis T.U.B. sembra, quindi, inaugurare una nuova lettura dell'art. 2740 c.c. accordando alla garanzia patrimoniale generica del debitore un'importanza, nonché una valenza che va ben oltre i tradizionali strumenti di conservazione di cui al Codice Civile, Libro VI.⁵²²

Quanto, invece, alla centralità del concetto di, quale parametro della diligenza del creditore nell'uniformarsi al precetto di buona fede e nell'adempiere agli obblighi di protezione del

⁵²⁰ Il cosiddetto "credito responsabile" è, invero, un valore che deve ispirare tanto il consumatore all'atto di chiedere o meno un finanziamento, quanto il finanziatore all'atto di scegliere se concederlo o rifiutarlo. Tuttavia, trovandosi – il debitore – in una situazione di debolezza anche psichica insita nella sua stessa necessità di acquistare un bene a mezzo di un finanziamento, è assai probabile che corra il rischio di sovraindebitarsi o sopravvalutando la propria situazione economica e confidando ottimisticamente nelle proprie capacità restitutorie ovvero cadendo preda di campagne pubblicitarie aggressive ed ingannevoli. La violazione dell'obbligo che in virtù dell'art. 124-bis T.U.B. grava in capo all'ente creditizio, accedendo alla fase precontrattuale quale regola di condotta, determina l'insorgere di quell'obbligazione risarcitoria tipica dell'illecito aquiliano. Pertanto, la rilevanza di siffatta violazione, attenendo ai soli rapporti interni tra finanziatore e consumatore, può ripercuotersi sugli altri creditori eventualmente coinvolti in una procedura di gestione concorsuale dei debiti di quel medesimo consumatore. Così vedi S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, pag. 447

⁵²¹ Vedi A. DI MAJO, *Il rapporto tra debito e patrimonio del debitore*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica* (a cura di G. Grisi), Jovene Editore, Napoli, 2014, pag. 23.

⁵²² Può, tuttavia, obiettarsi come l'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore posto a carico dell'ente finanziatore risulti di scarsa utilità pratica quantomeno nelle ipotesi in cui il credito sia garantito da un terzo, avente la qualifica di fideiussore, ed in quella in cui si proceda al trasferimento in capo ad altri del rischio del credito, successivamente alla sua erogazione, a mezzo di cessione della titolarità del credito stesso. La garanzia personale accessorio del credito determina, infatti, quella scissione tra colui che riceve il finanziamento ed il titolare del patrimonio costituente garanzia ex art. 2740 c.c. del rimborso. Nella premessa che il consumatore meritevole è soltanto colui che è in grado di restituire il capitale preso in prestito alla convenuta scadenza, il finanziatore nelle anzidette ipotesi non ha alcun interesse a selezionare le richieste di finanziamento sulla base delle risultanze della solvibilità del debitore, poiché, nel caso di credito garantito, egli potrà rivolgersi al coobbligato solidale – tenuto a prima richiesta, ovvero, col beneficium excussionis – e nel caso di credito ceduto, per effetto dell'avvenuta cartolarizzazione, il finanziatore non è più interessato alla restituzione. Alla luce della disamina di siffatte ipotesi appare, ancor più evidente, la necessità di imporre a titolo di obbligazione civile la verifica del merito creditizio, stante il totale disinteresse per il creditore a sondare la capacità del consumatore di restituzione della somma mutuata. All'opposto, nel caso in cui il mutuante assuma in proprio l'elevato rischio che il mutuatario non restituisca la somma prestata, ad esempio in assenza di una garanzia personale, il finanziatore risulta già spinto da un suo personale interesse a valutare la solvibilità del potenziale cliente di guisa che l'obbligo ex lege di saggiare il merito creditizio del consumatore non aggiunge null'altro ad una condotta doverosa in forza di una prassi bancaria. Vedi M. Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, pag. 765

consumatore, occorre constatare come l'obiettivo di poter contenere, in questo modo, il rischio del sovraindebitamento non può dirsi raggiunto a causa di un lacunoso ed inadeguato spettro di rimedi posto a presidio del suddetto adempimento dell'obbligo di selezionare le domande preferendo l'accesso al credito del solo consumatore meritevole. La mancanza, nel dettato comunitario, di un espresso apparato sanzionatorio per le ipotesi di omessa o errata verifica del merito creditizio si traduce nella scelta del legislatore europeo, attraverso l'art. 23 della Direttiva del 2008, di rimettere agli Stati membri il compito di adottare la relativa disciplina, purché garantisca l'attuazione delle norme sostanziali comunitarie introdotte e con la sola prescrizione della necessaria efficacia, proporzionalità e dissuasività delle misure punitive concretamente adottate⁵²³.

L'insufficienza della previsione di rimedi, finisce per rendere inutile la distinzione tra colui che diligentemente eroga il finanziamento all'esito della verifica in ordine alla solvibilità del sovvenuto e quel creditore che, invece, lo eroga non curante dell'obbligo di cui all'art. 124-bis T.U.B., così favorendo lo sviluppo del sovraindebitamento od anche incrementando lo stato pregresso di sovraesposizione debitoria. In questo conteso si inserisce la direttiva 2014/17/U che, relativamente alla valutazione del merito creditizio del consumatore, il legislatore europeo sceglie di lasciare immutata, rispetto alla normativa contenuta nella Direttiva del 2008, sia la collocazione temporale di siffatta obbligazione, gravante sul finanziatore "prima della conclusione del contratto", sia la necessità di procedere - pendente il rapporto obbligatorio - ad una sua "rivalutazione sulla base di informazioni aggiornate" propedeutica ad ogni modifica significativa della somma concessa a credito⁵²⁴. Per quanto attiene all'attuazione interna dell'obbligo di valutazione del merito creditizio il

⁵²³ A corredo della disposizione di cui al comma 3° dell'art. 124-bis T.U.B. ("La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, detta disposizioni attuative del presente articolo"), con D.M. n. 117/11, all'art. 6, il Ministro delle Economie e delle Finanze individua le linee guida necessarie ad una corretta valutazione del merito creditizio senza intervenire, tuttavia, in maniera esaustiva nell'attuazione della delega comunitaria in favore degli Stati membri ad identificare sanzioni "efficaci, proporzionate e dissuasive" per l'ipotesi patologica di violazione delle disposizioni sul mercato del credito al consumo contenute nella Direttiva 2008/48/CE. Nel nostro ordinamento la mancata previsione di una specifica sanzione amministrativa a carico di quell'ente finanziatore che, nelle operazioni di credito al consumo, non proceda alla verifica del merito creditizio si traduce nella amara constatazione che l'anzidetta previsione - di cui all'art. 23 della Direttiva del 2008 - non sia stata minimamente recepita. L'impasse resta, comunque, superabile attraverso l'attività dell'interprete spettando, a lui soltanto, il compito di individuare le conseguenze civilistiche causate dalla violazione della disciplina di diritto bancario, anche alla luce dei principi cardine che governano il nostro diritto civile, quale - in primis - il precetto di buona fede che informa l'intera materia delle obbligazioni.

⁵²⁴ Stimare il grado di solvibilità del sovvenuto, come è stato acutamente osservato, può assolvere ad una duplice funzione: evitare di applicare tassi di interesse indifferenziati, da un lato, disincentivare condotte fraudolente in capo al consumatore una volta che abbia ottenuto il finanziamento, dall'altro. Quanto al primo aspetto, si precisa che l'elemento del tasso di interesse sintetizza la stima di rischiosità media dei debitori, conseguentemente, un tasso per così dire "indifferenziato", cioè non parametrato alla solvibilità concreta del singolo debitore, ha come effetto quello di disincentivare i debitori più solvibili dal domandare credito allargando, invece, l'accesso al credito a debitori potenzialmente insolvibili. Quanto al secondo aspetto, al precipuo fine di contenere i comportamenti disonesti del sovvenuto o comunque di disincentivarli, l'art. 125 T.U.B. prescrive a carico dei finanziatori l'obbligo di informare il consumatore, segnalato come cattivo pagatore presso le banche dati, della possibilità che gli venga preclusa l'accessibilità in futuro al credito. Sulla connessione esistente tra la valutazione del merito creditizio e la consultazione di banche dati e, più in generale, sul "dovere di cooperazione informativa" tra il concedente credito e il consumatore cfr. M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione, in Dir. banca merc. fin.*, 2009, pag. 33 e, del

d.lgs.n. 72/2016 ha recepito gran parte della disciplina presente nella Direttiva 2014/17 /Ue, dal momento che in passato i creditori non erano incentivati ad effettuare valutazioni approfondite sull'idoneità o il merito del credito, e basavano la loro valutazione sulla conclusione o meno del contratto sulla presenza o meno della garanzia fornita (l'immobile ipotecato) e dall'altra parte i consumatori tendevano a essere eccessivamente positivi circa le proprie capacità reddituale per ottenere il prestito. Nonostante l'importanza di tale normativa, la stessa risulta alquanto scarna, rimettendo alle disposizioni della Banca di Italia la disciplina delle regole inerenti il processo di valutazione. Si tratta in ogni caso di una valutazione che si fonda, su informazioni che attengono alla situazione economica e finanziaria del consumatore, informazioni fornite dal consumatore o dalla stessa banca dati. L'art. 120 – *undecies*⁵²⁵ del t.u.b., non prevede alcuna sanzione nel caso in cui tale valutazione non venga svolta o venga svolta non correttamente, o abbia esito negativo ma ciò nonostante il credito venga erogato, bensì stabilisce solo che caso di errata o incompleta erogazione di informazioni fornite dal consumatore al professionista sulla sua situazione economica e finanziaria, il finanziatore non può risolvere il contratto, salvo il caso in cui il consumatore abbia volutamente omesso tali informazioni.

Si rimanda al capitolo secondo, paragrafo 3.2 del presente lavoro.

3.12.2. Il problema dei parametri utilizzabili in sede di valutazione del merito di credito: art.20 della direttiva

Le attività prestate per la verifica del merito creditizio costituiscono quello che può chiamarsi un vero e proprio procedimento istruttorio avente ad oggetto profili di tipo reddituali e profili di tipo patrimoniali del soggetto richiedente il credito, al fine di poterne stabilire la solidità finanziaria e la sua capacità di restituzione del finanziamento. Non essendo preventivabili i c.d. rischi del mercato che indubbiamente condizionano la capacità di rimborso del capitale mutuato e il pagamento di interessi futuri, la valutazione del merito creditizio è meramente previsionale. Utile è sicuramente il fatto che il creditore possa ricorrere, come meglio specificato nel paragrafo che precede, ad informazioni reperite da fonti esterne quali possono essere: il Catasto e la Conservatoria dei registri immobiliari, come anche si precisa che la verifica del merito creditizio non può basarsi esclusivamente “*sul fatto che il valore del bene immobile residenziale (da acquistare ed offerto in garanzia) si superiore all'importo del credito*”.⁵²⁶ La necessità di accertare l'effettiva proprietà dei

medesimo Autore, *Il “contratto bancario” nella dimensione comunitaria, in Rivista trimestrale di diritto dell'economia, 2, 2012, pag. 21.*

⁵²⁵ Appare assolutamente errato propendere per una interpretazione della norma che impone la verifica del merito creditizio come valutazione preventiva della capacità di rimborso del capitale prestato o al solo fine di tutela dell'ente creditore ovvero, al più, a tutela di una generale certezza nell'attività di erogazione del credito. Difatti, l'operazione di valutazione della solvibilità del consumatore era presente nella prassi bancaria e finanziaria già molto prima del suo inserimento all'interno del Testo Unico Bancario come obbligo di legge. Conseguentemente, in tanto può cogliersi la portata innovativa dell'art. 124-bis T.U.B. in quanto, questo, venga interpretato alla luce del principio di trasparenza che impronta il rapporto debitore/creditore. Cfr. C. IURILLI, *La disciplina dei rapporti bancari: normativa, giurisprudenza e prassi* (a cura di F. Fiorucci), Cedam, Milano, 2012, pag. 451.

⁵²⁶ Nell'ambito del finanziamento fondiario, l'indagine bancaria deve necessariamente focalizzarsi su specifici approfondimenti che accertino, oltre l'affidabilità del richiedente, altresì, l'idoneità dell'immobile offerto in garanzia ad assolvere alla propria funzione. Tuttavia, l'analisi della garanzia richiesta dalla banca al consumatore appare ontologicamente diversa rispetto ad una valutazione del merito creditizio consistente, così come definito all'art. 4 n. 17) della Direttiva in commento, nella “*valutazione delle prospettive che le obbligazioni debitorie risultanti dal contratto di credito siano rispettate*”, né potrà mai sostituire o integrare un giudizio di insolvibilità del

beni immobili e mobili soggetti a registrazione, l'assenza di diritti reali da parte di terzi gravanti su tali beni di titolarità di colui che aspira al finanziamento, è utile per poter procedere con un giudizio prognostico sulla evoluzione della situazione economica, finanziaria e patrimoniale del consumatore. I beni immobili di proprietà del soggetto che procede sono oggetto di una duplice valutazione: in primis nell'ambito della verifica di cui all'art.18 della Direttiva al fine di accertare la effettiva capacità del cliente ad adempiere puntualmente ai propri obblighi, la seconda, nell'ambito della valutazione di cui all'art.19 della Direttiva al fine di accertare la "affidabilità" della res in termini di garanzia per la concessione del credito ipotecario.⁵²⁷ La disposizione di cui all'art. 19, si presenta come innovativa rispetto alla direttiva sul credito al consumo 2008/48/Ce, dettando una prescrizione specifica proprio per quei finanziamenti finalizzati all'acquisto di beni immobili residenziali e, dunque, prescrive agli Stati membri di elaborare "nel proprio territorio per la valutazione" dei suddetti beni immobili residenziali e di provvedere "affinchè i periti interni ed esterni siano competenti sotto il profilo professionale e sufficientemente indipendenti dal processo di sottoscrizione del credito in modo da potere fornire una valutazione imparziale ed obiettiva, che deve essere documentata su supporto durevole e della quale deve essere conservato un esemplare dal creditore".⁵²⁸ A ben vedere, quindi, il finanziatore è onerato della verifica circa la identificazione dell'immobile offerto a garanzia del finanziamento, della sussistenza dei requisiti per una sua circolazione giuridica ed infine della determinazione del valore di mercato; il tutto nell'ottica di un procedimento trasparente condotto dai periti-esperti e dotati di autonomia di giudizio. La specificità della garanzia ipotecaria che accede al credito al consumo ha come effetto quella di dovere valutare l'opportunità di introdurre criteri standard per poter stimare i beni in questione, considerando che il loro valore va ad incidere sulla misura del credito finanziabile al consumatore. A bene vedere in

sovvenuto per mancanza o insufficienza di redditi. In sostanza, la garanzia ipotecaria rilasciata dal cliente costituisce uno strumento in grado di attenuare, non già di eliminare, il rischio economico a cui si espone la banca erogando il credito, nonché quello insito nell'iniziativa finanziata. L'unica funzione assolta dalla garanzia patrimoniale è - e resta - quella civilistica tipica di ogni garanzia reale accessoria al credito, ovvero, facilitare il soddisfacimento del diritto proprio del creditore garantito, al tempo della fase patologica di un suo inadempimento

⁵²⁷ Cfr. Considerando 55 in cui testualmente si legge "mentre il valore del bene immobile è un elemento importante nella valutazione dell'importo del credito che può essere concesso al consumatore nel caso di un contratto garantito, la valutazione del merito di credito dovrebbe basarsi sulla capacità del consumatore di far fronte ai propri obblighi nei termini del contratto. Di conseguenza la possibilità che il valore del bene immobile possa superare l'importo del credito o possa aumentare in futuro non dovrebbe costituire in generale condizione sufficiente per concedere il credito in questione".

⁵²⁸ Il Considerando (26) fornisce all'interprete una chiave di lettura dell'art. 19 della Direttiva 2014/17/UE, esaltandone la sua reale portata. Nella prima parte, il legislatore europeo rimanda alla relazione sussistente tra la valutazione del bene immobile residenziale e l'insolvenza del creditore sottolineando la necessità di "garantire una [sua] corretta valutazione prima della conclusione del contratto di credito", in particolare, nell'ipotesi in cui "la valutazione incida sugli obblighi residui del consumatore, in caso di insolvenza". È discusso quale possa essere la conseguenza del mancato assolvimento dell'obbligo anzidetto ben potendosi sostenere, in attesa di conoscere le scelte operate dal legislatore interno in sede di recepimento, sia la tesi della sanzione della inefficacia della garanzia, che la tesi del mero risarcimento del danno. Nella seconda parte del Considerando (26) in ordine agli *standards* idonei ad incardinare valutazioni affidabili, "che consentano stime realistiche e circostanziate dei beni immobili", si individuano come parametro di riferimento quelli "riconosciuti a livello internazionale, in particolare quelli sviluppati dall'*International Valuation Standards Committee*, dall'*European Group of Valuers' Associations* o dal *Royal Institution of Chartered Surveyors*" contenenti "principi di alto livello che, tra l'altro, impongono ai creditori di adottare adeguate procedure interne di gestione del rischio e delle garanzie".

Italia, già prima della direttiva comunitaria che si analizza, sono state le Linee Guida ABI, adottate nell'ambito di un Protocollo di Intesa del 25 novembre 2010, sulla valutazione degli immobili in garanzia delle esposizioni creditizie, ad avere introdotto dei parametri di valutazione uniformi degli immobili e ad aver rimesso i risultati dell'analisi ad un documento tecnico – estimativo redatto da un perito in possesso di tutte le necessarie qualifiche, capacità ed esperienza.⁵²⁹

La valutazione dei beni immobili da parte del finanziatore, deve essere svolta secondo standard affidabili e ciò anche quando sia condotta da soggetti terzi⁵³⁰, dovrà essere imparziale, obiettiva e documentata, nonché effettuata da persone con specifici requisiti di professionalità e indipendenza rispetto al processo di commercializzazione dei contratti di credito⁵³¹. Che la direttiva sul credito immobiliare proceda proprio in questo senso, dà modo di pensare di poter adoperare quelle stesse Linee Guida quali “*standard per la valutazione*” di cui all'art.19 della direttiva stessa.

La Banca di Italia, avvalendosi della delega attribuitale, ha declinato la normativa secondaria in tema di valutazione dei beni immobili attraverso specifiche previsioni confluite nelle Circolari della Banca di Italia n.285 e 288 applicabili rispettivamente alle banche e agli intermediari finanziari. Tali norme si muovono lungo direttrici che attengono a ruoli e compiti dell'alta dirigenza, requisiti di professionalità e di indipendenza dei periti, affidamento della valutazione degli immobili a periti esterni, criteri concernenti le attività di valutazione degli immobili⁵³². Sono previsti compiti precisi, volti a dare responsabilità precise in ordine all'approvazione e revisione delle politiche e dei processi di valutazione degli immobili posti a garanzia dell'esposizione debitoria. Le banche e gli intermediari, possono individuare degli standard per la valutazione degli immobili a cui intendono aderire, standard internazionali, nazionali, ovvero di elaborare standard interni per la valutazione dei beni immobili, purchè tali standard siano coerenti con gli standard internazionali e nazionali; tali soggetti dovranno poi individuare a frequenza con cui viene verificato il valore degli immobili, nonché gli indicatori per monitorare le variazioni delle condizioni del mercato immobiliare che possono avere effetti sul valore dell'immobile. I periti che effettuano la valutazione devono avere requisiti che rispondano alla professionalità e indipendenza rispetto al processo di commercializzazione del credito, valutazione che deve essere compiuta dal finanziatore, secondo i criteri indicati, dalla Banca di Italia. Importante risulta, infine, la disciplina adottata dalla Banca di Italia, in merito ai criteri concernenti le attività di valutazione degli immobili; si prevede che

⁵²⁹ Le linee guida vengono elaborate nell'ottica di rispondere alle istanze formulate nella Circolare del 27 dicembre 2006, n.263, della Banca di Italia- di recepimento della Direttiva Europea sulla vigilanza della Bancaria 2006/48- volte ad assicurare la massima trasparenza e correttezza nel procedimento di valutazione degli immobili dati in garanzia nel mercato ipotecario, quali “elementi essenziali per garantire la stabilità dell'industria bancaria nelle operazioni di erogazione del credito”. I principi introdotti per il perseguimento del suddetto obiettivo consentono “di eseguire valutazioni degli immobili a garanzia dei crediti secondo parametri di certezza del prezzo e trasparenza nei confronti di tutti gli stakeholders sia privati, nell'ottica di concorrere a modernizzare il mercato”.

⁵³⁰ Cfr., considerando n.26 della Direttiva 2014/17/UE; art.19 della direttiva.

⁵³¹ Art. 120 – *duodecies* t.u.b.

⁵³² Il momento della consulenza tecnica diventa, così, un passaggio strategico nell'esame dell'idoneità della garanzia del finanziamento. Le Linee guida vengono elaborate nell'ottica di rispondere alle istanze formulate nella Circolare del 27 dicembre 2006, n. 263, della Banca d'Italia - di recepimento della Direttiva Europea sulla vigilanza Bancaria 2006/48 – volte ad assicurare la massima trasparenza e correttezza nel procedimento di valutazione degli immobili dati in garanzia nel mercato ipotecario, quali “elementi essenziali per garantire la stabilità dell'industria bancaria nelle operazioni di erogazione dei crediti”. I principi introdotti per il perseguimento del suddetto obiettivo consentono “di eseguire valutazioni degli immobili a garanzia dei crediti secondo parametri di certezza del prezzo e trasparenza nei confronti di tutti gli stakeholders sia privati, nell'ottica di concorrere a modernizzare il mercato”.

l'immobile debba essere stimato a un valore non superiore al valore di mercato secondo la definizione che se ne da nell'art. 4, n. 76 del Regolamento n. 575/2013 (CRR).

Si voglia infine precisare come la disciplina della valutazione dei beni immobili appena analizzata, non trova applicazione nel caso in cui, in relazione al patto marciano, sia necessario eseguire una valutazione dell'immobile ai sensi dell'art.120 quinquiesdecies, comma 4, lett. d) del t.u.b., in tale caso specifico, la valutazione dell'immobile oggetto di garanzia, dovrà avvenire ai sensi della disciplina di competenza del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della Giustizia, sentita la Banca di Italia.

4. CAPITOLO IV

L'INATTUAZIONE DEGLI OBBLIGHI PRECONTRATTUALI

Sommario: 4.1. Le tecniche di tutela tra nullità, annullabilità e responsabilità - 4.1.1. La nullità virtuale art.1418 c.c. - 4.1.2. L'annullabilità - 4.2. Regole di validità e regole di comportamento - 4.2.1. Gli art.1337 e art.1338 c.c.: coordinamento - 4.2.2. Segue (...) L'art. 1440 c.c. e la teoria dei vizi incompleti - 4.2.3. (...segue) La soluzione delle Sezioni Unite in relazione alla differenza tra regole di validità e regole di correttezza - 4.3. La responsabilità precontrattuale - 4.3.1. Gli approdi della giurisprudenza: SS.UU.2007 - 4.4. Gli obblighi di cui all'art. 120 novies T.u.B. - 4.5. La responsabilità del creditor per violazione degli obblighi informativi - 4.6. I rimedi nell'ambito della normativa sui contratti di credito in violazione degli obblighi precontrattuali - 4.6.1. (...Segue) Nei contratti di credito al consumo - 4.6.2. Violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio - 4.6.3. Segue.(...) La patologia del Pies.

4.1. Le tecniche di tutela tra nullità, annullabilità e responsabilità.

I rimedi sono definibili quali mezzi di tutela delle posizioni giuridiche, ed 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 dal codice civile, a quella del regolamento⁵³³. 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. Può ben dirsi che, il diritto comunitario distingue due strategie rimediali: una di carattere preventivo e l'altra successivo; con il primo 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 questo tipo di apparato, esistono anche alcuni settori della disciplina comunitaria che risultano totalmente sprovvisti di sanzioni o di previsioni in merito alle conseguenze per la

⁵³³ 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

violazione dei doveri di comportamento precontrattuale⁵³⁴. L'esempio tangibile è proprio la direttiva 2008/48/CE in materia di contratti di credito ai consumatori ma anche la più recente direttiva 2017/17/UE. In questi casi, 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

I default di inizio secolo hanno duramente messo alla prova i giudici di merito, che hanno dovuto ricercare soluzioni adeguate ad un problema dalle dimensioni sino ad allora inedite, ancorandosi alla violazione, da parte degli intermediari, del corpus di norme che presidia la prestazione dei servizi di investimento. Ne è derivata una copiosa produzione giurisprudenziale⁵³⁵, che si caratterizza per l'estrema varietà delle singole decisioni e del quadro d'insieme, e che ha suscitato ampio dibattito in merito all'identificazione della soluzione interpretativa più equilibrata e più conforme ai principi e alle categorie proprie del diritto privato.

Tali decisioni, scaturite dalle numerose azioni intentate dagli investitori contro gli intermediari, dimostrano una vera e propria disinvoltura in sede di individuazione del rimedio da concedere al risparmiatore "tradito", tanto da aver condotto autorevole dottrina⁵³⁶ a parlare di "ambaradan dei rimedi contrattuali". Ed infatti si sono susseguite, numerose, pronunce di nullità per contrasto con norme imperative, di annullamento per dolo, di annullamento per errore, di risoluzione per inadempimento, oppure, senza effetti sul contratto, si è parlato di risarcimento a titolo di responsabilità contrattuale (o precontrattuale). Ebbene, se è vero che occorre tenere in adeguata considerazione le diversità tra servizi di investimento⁵³⁷ così come il momento in cui si verifica la violazione degli obblighi informativi o di condotta⁵³⁸, un simile ricorso a categorie concettualmente tanto diverse è apparso ugualmente inopportuno, come correttamente rilevato dalla dottrina nei numerosi commenti pubblicati sul tema⁵³⁹.

Tale confusionaria giurisprudenza, talora anche dimentica di alcuni importanti principi finanziari⁵⁴⁰, ha reso necessario qualche anno di distanza dalle prime sentenze di merito sul punto, l'intervento

⁵³⁴ 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.

⁵³⁵ La giurisprudenza di merito sul punto è ormai sterminata, tanto da rendere impossibile una completa ricostruzione. Si segnalano, tuttavia, il massimario finanziario costantemente aggiornato su www.ilcaso.it e il repertorio di giurisprudenza a cura di VOIELLO - CALCHERA - CARASCON in "I soldi degli altri" di PERRONE, Milano, 2008, 114 e ss.

⁵³⁶ ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l' "ambaradan" dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 3, pp. 896-910.

⁵³⁷ Tali diversità si sono accentuate a seguito del recepimento della direttiva MiFID, che ha introdotto una graduazione degli obblighi a carico dell'intermediario a seconda del servizio prestatato, riconoscendo tutela massima per il servizio di gestione di portafoglio e per la consulenza in materia di investimenti, che nel regime pre-MiFID si configurava invece quale mero servizio accessorio.

⁵³⁸ La determinazione di tale momento rileva, in particolare, ai fini dell'inquadramento della responsabilità dell'intermediario come contrattuale o precontrattuale.

⁵³⁹ Cfr., tra i più recenti, MONTANI, *L'investitore in cerca di tutela: in bilico tra nullità e risoluzione contrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 11, 2011, 1053 e ss.; GREGO, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediario e la "tranquillità" della tradizione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2010, 2561 e ss.; ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?* in *Corriere giuridico*, 1, 2008, 107 ss..

⁵⁴⁰ Tale critica viene mossa da HOUBEN, in *Gestione di portafogli di investimento e dovere di diversificazione - violazioni degli obblighi comportamentali degli intermediari e onere probatorio*,

chiarificatore delle Sezioni Unite, che si sono pronunciate con le sentenze numero 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007⁵⁴¹. Tali sentenze hanno statuito chiaramente che la violazione dei doveri di condotta gravanti sull'intermediario non può dare luogo alla nullità del contratto di intermediazione, generando invece una responsabilità dell'intermediario, sulla base delle regole che governano la responsabilità contrattuale o precontrattuale.

Qui di seguito ricostruiremo, attraverso un'analisi delle più significative pronunce pubblicate sul punto, i contrastanti orientamenti della giurisprudenza di merito degli ultimi anni, affrontando di volta in volta, con riferimento a ciascun rimedio, le soluzioni offerte dalla Suprema Corte in proposito. Soluzioni che, seppur accolte con favore dalla dottrina prevalente, non hanno ancora trovato né in dottrina né in giurisprudenza un consenso unanime e definitivo⁵⁴².

4.1.1. La nullità virtuale art.1418 c.c.

Secondo un filone giurisprudenziale⁵⁴³, oggi tendenzialmente abbandonato⁵⁴⁴, la violazione delle norme del TUF, nonché delle previsioni contenute nel relativo regolamento n. 11522/1998 (oggi, nel regime MiFID, n. 16190/2007), poteva condurre ad individuare una ipotesi di nullità del contratto, ex articolo 1418, comma 1, c.c., secondo cui “il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”. In particolare, la giurisprudenza riteneva tali ipotesi presidiate dalla categoria della c.d. nullità “virtuale”, cioè una nullità “inespressa, ma implicita nella natura imperativa della norma” (12), con conseguente obbligo dell'intermediario di restituire al risparmiatore la somma di denaro investita 13, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2033 c.c.. Dall'analisi delle motivazioni di tali decisioni, si evince come tale interpretazione sia fondata sulla natura imperativa⁵⁴⁵ degli obblighi previsti dal TUF e dal rispettivo regolamento di attuazione,

in Banca Borsa e titoli di credito, 2, 2010, 165 e ss. L'autrice rileva come sia imprescindibile, per i giudici, una approfondita conoscenza della materia economica presupposta alle norme in materia di prestazione di servizi di investimento.

⁵⁴¹ Primo Presidente V. Carbone – Relatore R. Rordorf. Tali sentenze sono commentate in tutte le principali riviste giuridiche. Si segnalano, ex multis, SANGIOVANNI, Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità, in *Contratti*, 3, 2008, 220 e ss.; LUCCHINI GUASTALLA, In tema di responsabilità degli intermediari finanziari, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2011, 741 e ss.; e i contributi, più critici, di SARTORI, La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725; e MAFFEIS, Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere, in *Contratti*, 2008.

⁵⁴² In tal senso, LUCCHINI GUASTALLA, sopra cit., pag. 744, nel punto in cui afferma: “(...) Il problema affrontato dalla Suprema Corte non ha ancora trovato né in dottrina né in giurisprudenza una soluzione univoca e definitiva.”

⁵⁴³ Cfr., ex multis: Tribunale di Mantova, 18 marzo 2004, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 54 ss.; Tribunale Ferrara, 25 Febbraio 2005, in *Contratti*, 2006, 12 e ss., Tribunale di Venezia, 11 luglio 2005, in *Danno e responsabilità*, 2005, 1125 e ss. La “nullità virtuale” del contratto viene affermata anche nelle seguenti pronunce, reperibili su www.ilcaso.it: tra le più recenti, Tribunale di Ferrara, 28 gennaio 2010; Tribunale di Ravenna, 12 ottobre 2009; Tribunale di Bologna, 2 marzo 2009; Tribunale di Brindisi, 18 luglio 2007; Tribunale di Trento, 1 febbraio 2007; Tribunale di Firenze, 4 dicembre 2006; Tribunale di Firenze, 21 giugno 2006.

⁵⁴⁴ Seppur sporadici, si registrano ancora casi in cui viene affermata la nullità, ex art. 1418, del contratto di prestazione del servizio di investimento. Cfr. Tribunale di Ferrara, 28 gennaio 2010, pubblicata su www.ilcaso.it.

⁵⁴⁵ Circa la definizione di norma imperativa, si veda ROPPO, *Il contratto*, cit., pag. 747. La definizione comunemente accolta attribuisce carattere imperativo alla norma inderogabile

che, secondo la giurisprudenza, “hanno natura più stringente di quelli, generici, di correttezza ed informazione (artt. 1337-1375 c.c.) gravanti su qualunque parte del rapporto negoziale e ciò in considerazione della particolare natura dei contratti cui si rivolgono, che presentano un elevato grado di rischio ed espongono quindi il risparmiatore ad una perdita potenzialmente illimitata del capitale investito.”⁵⁴⁶ Ebbene, circa la natura imperativa delle norme poste a tutela del risparmio non sembra potersi dubitare⁵⁴⁷. La parola definitiva è stata data dalle stesse Sezioni Unite⁵⁴⁸, che esamineremo meglio nei paragrafi successivi, secondo cui le norme dettate dal TUF hanno certamente carattere imperativo, nel senso che esse, essendo dettate non solo nell’interesse del singolo contraente di volta in volta implicato, ma anche nell’interesse generale dell’integrità dei mercati finanziari, si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti. Appare invece discutibile il passaggio successivo, in virtù del quale, dalla natura e portata di norme imperative, i giudici di merito ricavano la sanzione della nullità per la violazione dei doveri di condotta degli intermediari finanziari⁵⁴⁹. Sul punto, sono necessarie due considerazioni.

In primis, rileva che il legislatore non ha espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni produce l’effetto radicale della nullità invocata dai contraenti, mentre non ha esitato a farlo in altre disposizioni della medesima legge (19). In secondo luogo, tali pronunce non sembrano tenere in conto della “*natura*” del contrasto con la norma imperativa, confondendo la condotta dell’intermediario con l’effettivo contenuto del negozio. In sostanza, viene ignorata, forse anche consapevolmente, la fondamentale differenza esistente tra il caso del semplice comportamento tenuto da una parte in violazione della norma imperativa e il caso in cui i contraenti abbiano previsto una clausola del contratto che autorizzi uno di essi a violare la norma imperativa⁵⁵⁰. Pertanto, l’area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto *ex* articolo 1418,

dall’autonomia privata, in quanto posta a tutela di un interesse pubblico (o generale)

⁵⁴⁶Cfr. Tribunale di Brindisi, 18 luglio 2007, testo integrale su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/969.pdf>.

⁵⁴⁷ Cfr. BONACCORSI, in *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari, Danno e responsabilità*, 5, 2008: “Invero, si registra una concordia pressoché unanime sulla natura imperativa delle predette regole di comportamento” (pag. 546). Sul punto, si veda anche NATOLI, in *Regole di validità e regole di responsabilità, in Banca borsa e titoli di credito*, 2, 2012: “Le regole da cui scaturiscono i doveri di condotta degli intermediari finanziari sono certamente imperative, perché dettate a tutela dell’interesse generale all’efficiente funzionamento dei mercati finanziari e perché strumentali rispetto alla protezione della fiducia dei risparmiatori” (pag. 165)

⁵⁴⁸ Cfr. sentenza n. 26725/2007, punto 1.4 dei motivi della decisione. In ordine alla natura imperativa dei Regolamenti Consob si veda altresì RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Il Foro italiano*, 5, 2000, 147 ss.

⁵⁴⁹ Cfr., *ex multis*, Tribunale di Brindisi, sopra cit., nel punto in cui afferma: “Le norme regolanti i servizi di investimento in prodotti finanziari -in quanto volte sia alla tutela del singolo investitore, sia, più in generale, dell’intero mercato dei valori mobiliari- hanno, quindi, natura e portata di norme imperative, il che implica la loro inderogabilità ad opera delle parti e la sanzione della nullità per la loro violazione.”

⁵⁵⁰ Sul punto, si consideri l’efficace esempio di SANGIOVANNI, in *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, sopra cit., pag. 235: “Si immagini che l’intermediario e gli investitori inseriscano nel testo contrattuale una pattuizione che dispensi la banca dall’acquisire le informazioni necessarie dai clienti e dall’operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati. Questa previsione sarebbe in chiaro contrasto con il tenore letterale dell’articolo 21 comma 1 lett. b d. lgs. n. 58 del 1998. Siccome questa disposizione di legge è da considerarsi imperativa in quanto tutela interessi pubblici, la relativa clausola sarebbe nulla. Ma la situazione tratteggiata è radicalmente diversa da quella riconducibile a una condotta illegittima dell’intermediario”.

comma 1 c.c., non sembra estendersi al comportamento tenuto dall'intermediario nel corso delle trattative e nell'esecuzione del contratto.

Si pone dunque la questione di quali confini porre alla nullità "virtuale"⁵⁵¹, compito non agevole se si considera la presenza di due opposte esigenze: da un lato, arginare un impiego sempre più diffuso e spesso inappropriato della nullità⁵⁵², e dall'altro, evitare che interpretazioni eccessivamente restrittive "rendano inutile" la portata dell'articolo 1418, comma 1 c.c., e quindi, l'esistenza stessa dell'istituto della nullità "virtuale".

Sul punto, la Cassazione si è pronunciata in due occasioni, con la pronuncia n. 19024/2005⁵⁵³ e con le "note" sentenze gemelle del 2007.

La prima di tali sentenze, è rappresentativa di quella corrente giurisprudenziale che rispondeva alla violazione delle regole di comportamento degli intermediari con il rimedio del risarcimento per responsabilità precontrattuale.

Tale pronuncia delinea, per la prima volta, i limiti della cosiddetta nullità "virtuale", afferma che "La contrarietà a norme interpretative considerata dall'art.1418, primo comma, quale causa di nullità del contratto, postula che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale che riguardino cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art.1418, secondo comma c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dare luogo alla nullità del contratto (...) a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore (ad esempio art. 1469 ter, quarto comma c.c., in relazione all'art. 1469, quinquies, primo comma,c.c)".

Tali affermazioni, seppur condivise sotto un profilo operativo, hanno destato in dottrina alcune perplessità, soprattutto sul piano concettuale⁵⁵⁴. In particolare, se, come si legge in motivazione, la nullità "virtuale" attiene solo ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè la struttura e il contenuto del contratto, allora la nullità *ex* comma 1 sembrerebbe coincidere con la nullità *ex* comma 2 dell'articolo 1418⁵⁵⁵, con conseguente difficoltà nell'individuazione di un autonomo spazio applicativo per il primo comma. Ed infatti, autorevole dottrina⁵⁵⁶ rileva come tale sentenza si sia

⁵⁵¹ In proposito, si veda la ricostruzione di GENTILI, in I rimedi, Trattato del diritto del contratto, vol. 4, Milano, 2006. L'autore rileva come dottrina e giurisprudenza non abbiano dato risposte univoche in ordine a significato e portata applicativa dell'articolo 1418, comma 1.

⁵⁵² Sul punto, le Sezioni Unite nel 2007 affermano: "L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile". Il riferimento della Suprema Corte è sia ad alcune disposizioni di matrice comunitaria, che assoggettano al regime della nullità i disequilibri, anche informativi, nei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori (le c.d. nullità "di protezione"), sia, più in generale, alla proliferazione nel nostro ordinamento di nullità differenti per struttura e presupposti.

⁵⁵³ Cass. civ. Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024. La sentenza è pubblicata su Corriere Giuridico, 5, 2006, 669 ss., con nota di Genovesi.

⁵⁵⁴ Cfr. GENOVESI, cit., pag. 670 e ROPPO-AFFERNI, Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, in Danno e responsabilità, 1, 2006, 25 ss.

⁵⁵⁵ Ex art. 1418, comma 2, "Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, la illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346."

⁵⁵⁶ Cfr. ROPPO, Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, cit., pagina 30.

tradotta in una eccessiva riduzione della portata applicativa del comma 1, “*completamente eroso o schiacciato dalle nullità dei commi 2 e 3, che finiscono per assorbire da soli tutto lo spazio della nullità*”. Dalla lettura della sentenza si evince che la nullità potesse essere dichiarata solo qualora la violazione delle regole di comportamento da parte dell'intermediario avesse riguardato “*elementi intrinseci della fattispecie negoziale*”, confermando in questo modo, seppur non esplicitamente, il tradizionale *principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento*. A questa previsione la Cassazione aggiunse una precisazione: solo il legislatore avrebbe potuto prevedere espressamente dei casi nei quali la violazione delle regole di comportamento fosse potuta assurgere ad elemento intrinseco della fattispecie negoziale.

La Cassazione afferma come il rimedio della responsabilità precontrattuale fosse esperibile anche nel caso in cui fosse stato concluso un negozio valido. Così “*(...) non è affatto vero che, in caso di violazione delle norme che impongono alle parti di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative e nella formazione del contratto, la parte danneggiata, quando il contratto sia stato validamente concluso, non avrebbe alcuna possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti. Tale tesi (...) poggia sull'assunto che l'ambito di rilevanza della responsabilità contrattuale sia circoscritto alle ipotesi in cui il comportamento non conforme a buona fede abbia impedito la conclusione del contratto o abbia determinato la conclusione di un contratto valido ovvero (originariamente) inefficace. Di qui la conclusione che, dopo la stipulazione del contratto, ogni questione relativa all'osservanza degli obblighi imposti dalle parti nel corso delle trattative sarebbe preclusa, in quanto la tutela del contraente sarebbe affidata, a partire da quel momento, solo alle norme in tema di invalidità e di inefficacia del contratto, la cui applicazione, pur essendo in alcuni casi ricollegata a comportamenti certamente non conformi a “buona fede”, è tuttavia subordinata alla ricorrenza di presupposti ulteriori (...). Si è però ormai chiarito che l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c., va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata della trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto.*”

Le sentenze del 2007 sono intervenute sul punto, correggendo tale restrittiva interpretazione e riconoscendo che l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto, “*è più ampia di quanto parrebbe (...) suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto*”⁵⁵⁷). La Cassazione ha quindi rivisto la propria posizione, estendendo l'area della nullità “virtuale” alle ipotesi di contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione prescritta dalla legge, oppure nei casi in cui è mancante l'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge condiziona la legittimazione a stipulare il contratto⁽²⁸⁾.

Tornando all'oggetto della nostra trattazione, cioè l'applicabilità dell'istituto della nullità “virtuale” nel contesto dell'intermediazione finanziaria e nel caso di violazione di regole di comportamento, riteniamo che la decisione della Suprema Corte, che ha definitivamente escluso la nullità del contratto di intermediazione come rimedio alla violazione dei doveri di condotta, debba essere accolta con favore. La giurisprudenza, infatti, con l'eccezione della circonvenzione d'incapace, si è dimostrata particolarmente restia nell'ammettere la nullità per violazione di norme di comportamento, anche nei più gravi casi di condotta penalmente rilevante, tenuta da una delle parti nel corso delle trattative.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Cfr. Cass., n. 26725/2007, punto 1.7

⁵⁵⁸ Si pensi alla truffa contrattuale, realizzata da una parte a danno dell'altra, di cui abbiamo in precedenza accennato: un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che il contratto concluso per effetto di truffa, penalmente accertata, non è radicalmente nullo ma annullabile, atteso che “il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente, né sotto il profilo intensivo, diverso da quello che vizia il consenso negoziale, entrambi risolvendosi in artifici o raggiri adoperati

4.1.2. L'annullabilità

Esiste, un orientamento minoritario che, pur escludendo il ricorso alla nullità, 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 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 e la direttiva mutui, prevedono i c.d. 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 contratto⁵⁵⁹. La disciplina europea non imporrebbe al legislatore nazionale di modificare la tradizionale disciplina dei vizi del consenso, bensì di adeguare il sistema di tutela a quelle che sono le nuove esigenze del consumatore, legate alle particolari modalità di conclusione del contratto, al fine di garantire l'effettività dei diritti⁵⁶⁰.

Si potrebbe escludere in primis la fattispecie della violenza e soffermarsi sui casi di dolo e dell'errore.

Si potrebbe cioè valutare 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.

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*⁵⁶¹.

dall'agente e diretti ad indurre in errore l'altra parte e così a viziare il consenso." .

⁵⁵⁹ 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".

⁵⁶⁰ 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. (...)".

⁵⁶¹ 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

Allora, il vizio dell'errore-motivo ex art. 1428 ss. c.c., sembra più adeguato all'ipotesi di violazione del dovere di assistenza e di verifica del merito creditizio che qui interesse infatti a bene vedere 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. Lo schema di questa tesi sembra 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., per cui sembrerebbe 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, essenziale alla formazione del libero consenso del consumatore⁵⁶². Al di là di ciò, tale tesi sembra fornire 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.

Ebbene, proprio con riferimento al tema dell'annullabilità, si registrano diversi casi in cui i risparmiatori hanno richiesto, alternativamente alla nullità del contratto, l'annullamento dello stesso sulla base di un vizio del consenso (per dolo o errore, non essendo ragionevole supporre che la violenza morale possa entrare in gioco). Nonostante la giurisprudenza abbia fatto ricorso a tale rimedio in un numero piuttosto limitato di casi, riteniamo interessante un'analisi di tale giurisprudenza, anche in considerazione del fatto che, se con le sentenze del 2007 il rimedio della nullità è stato accantonato, lo stesso non può dirsi per quello dell'annullabilità (⁵⁶³). Alla luce,

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".

⁵⁶²Cfr. 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.

⁵⁶³ Si consideri la sentenza n. 26725/2007, nell'inciso: "Il cardine intorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia parimenti stabilito per legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità" (sottolineato dell'A.). Tale ultimo passaggio sembrerebbe ammettere, seppur tra le righe, il ricorso all'annullabilità del contratto, sebbene le pronunce eleggano quale rimedio "privilegiato" il mero risarcimento del danno (e la risoluzione del contratto, nel caso di

pertanto, delle recenti sentenze del 2007, la strada dell'annullabilità del contratto resta un'ipotesi percorribile, e non è pertanto escluso che alcune Autorità Giudiziarie decidano di ricorrervi con maggiore frequenza.

Non sono numerose le sentenze che si sono occupate dei vizi della volontà con riferimento a violazioni del TUF⁵⁶⁴. Tuttavia, secondo autorevole dottrina⁽⁵⁰⁾, la violazione degli obblighi precontrattuali di informazione sembra essere idonea a configurare specifici vizi della volontà che, se normativamente rilevanti, possono condurre all'annullamento del contratto (con conseguenti effetti restitutori).

In primo luogo, il contraente, potrebbe essere incorso in errore, inteso quale ignoranza o falsa conoscenza di un dato relativo al contratto⁵¹, in tal caso l'errore che determina annullabilità del contratto solo quando *“è essenziale e riconoscibile dall'altro contraente”*⁵². *Ebbene, l'accertamento dei presupposti della essenzialità e della riconducibilità non si presenta agevole nel contesto oggetto della nostra trattazione posto che “si finisce con il valutare l'errore sulla convenienza dell'affare”*⁵³.

La giurisprudenza⁽⁵⁶⁵⁾ ha tuttavia riconosciuto l'annullabilità del contratto in alcune ipotesi, nelle quali l'errore cadeva proprio sulla convenienza dell'operazione, intesa come qualità dell'oggetto della prestazione.

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 stato adeguatamente assistito nella scelta dell'offerta di credito a lui più appropriata⁵⁶⁶ Sia la Corte di Giustizia, che la Corte di

inadempimento di non scarsa importanza). Dello stesso avviso è GENTILI, in *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 4, 2008, 393 ss.: *“Affermato infatti recisamente che i contratti dell'intermediazione finanziaria affetti da violazioni di norme di condotta incidenti sulla loro formazione non sono nulli, i giudici supremi ripetono più volte che sopravvive l'ipotesi che siano almeno annullabili. Dunque lo ricordano; ma non lo dicono, sembrano dirlo, lo lasciano supporre, non lo statuiscano. Forse, se si potesse interrogarli si limiterebbero a rispondere che non era stato loro chiesto.”* (pag. 401)

⁵⁶⁴ Bisogna innanzitutto rilevare come tale rimedio risulti essere poco agevole per il risparmiatore, considerato il termine di prescrizione quinquennale ex articolo 1442 c.c., ma anche le difficoltà di ordine probatorio.

⁵⁶⁵ Cfr. Tribunale di Napoli, del 7 novembre 2006; Tribunale di Lanciano, del 30 aprile 2007; Tribunale di Ancona, 12 Aprile 2007, tutte pubblicate su www.ilcaso.it. Aderisce a tale giurisprudenza GENTILI, in *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., secondo cui: *“Se la disinformazione induce in errore su una caratteristica come la convenienza, che nella specie è “una qualità che secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze deve ritenersi rilevante nel consenso”, allora quell'errore è essenziale”*.

⁵⁶⁶ De Poli E.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

Cassazione, si sono espresse in merito ai principi enunciati in tema di contrattazione asimmetrica e risarcimento, 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 consumatori⁵⁶⁷.

Senza pretese di completezza, si vogliono puntualizzare le cd. "linee guida" che caratterizzano la disciplina del risarcimento del danno nell'ordinamento italiano. Come noto, il risarcimento del danno si presta ad essere un rimedio un rimedio generale rispetto ad un fatto illecito, di natura contrattuale o extracontrattuale, e ha come obiettivo quello di rimediare al danno generato a terzi attraverso una compensazione pecuniaria (cd. risarcimento per equivalente) o, qualora possibile, mediante la rimozione diretta del danno (cd. risarcimento in forma specifica). Qualora l'illecito di cui si discute abbia natura contrattuale, il danno è quello che deriva dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente, secondo quanto prescritto dall'art. 1218 c.c.; diversamente 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.). Questa distinzione⁵⁶⁸ rileva soprattutto in punto di aspetti comuni⁵⁶⁹, la disciplina sostanziale subisce la prescrizione, l'ammontare del risarcimento e la ripartizione dell'onere della prova⁵⁷⁰.

È opportuno sottolineare che quanto detto non esaurisce la categoria della responsabilità civile poiché l'art. 1337 c.c.⁵⁷¹ disciplina un'ulteriore forma di responsabilità, quella cd. precontrattuale.

4.2. Regole di validità e regole di comportamento.

La responsabilità precontrattuale in senso stretto è volta a tutelare tout court la libertà negoziale del soggetto, in particolare l'interesse di questo a non rimanere coinvolto in trattative che si rivelino infruttuose o a stipulare un contratto invalido. Ciò posto, resta tuttavia ancora da chiarire se sia ipotizzabile una violazione della libertà contrattuale nell'eventualità in cui il contratto stipulato

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.

⁵⁶⁷Cfr. 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

⁵⁶⁸La 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".

⁵⁶⁹ 34

⁵⁷⁰ 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.

⁵⁷¹Cfr. art. 1337 c.c.: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

risulti essere valido ma tuttavia “sconveniente”. La domanda pone in evidenza una questione che è in realtà risalente nel tempo¹ che apre complesse problematiche ermeneutiche. A ben vedere, la fase delle trattative e della formazione del vincolo contrattuale è ordinata da un duplice ordine di regole quali i vizi del consenso (dolo, violenza, errore) e le norme in materia di correttezza precontrattuale: le une attengono alla validità degli atti; le altre regolamentano la condotta cui sono tenute le parti nel corso delle diverse fasi della procedura contrattuale.

Le due tipologie di regole, sebbene strutturalmente distinte tra loro, proprio per il fatto di incidere su uno stesso fenomeno, quale è quello della formazione dell'accordo negoziale, danno luogo a delicati problemi di coordinamento non indifferenti⁵⁷².

Tra i vari momenti che scandiscono il rapporto contrattuale quello della formazione del contratto è sicuramente quello che ha risentito maggiormente dei cambiamenti sociali verificatisi con l'avvento della c.d. “società dei consumi”⁵⁷³ sia sul piano dell'organizzazione degli scambi, sia sul piano dei risvolti giuridici. La classica trattativa precontrattuale, svolta individualmente e contraddistinta dal dialogo tra le parti, è infatti sostituita dalle pubblicità commerciali, caratterizzate da un flusso “unidirezionale” di informazioni, dalle contrattazioni a distanza, favorite dallo sviluppo delle tecnologie informatiche, nonché dalle contrattazioni di massa. In un siffatto contesto l'attenzione del legislatore, di larga parte della dottrina e della giurisprudenza, si è focalizzata, quindi, sulla fase precontrattuale del rapporto, terreno fertile per l'analisi dei rapporti tra le regole di validità e quelle di correttezza dati i possibili effetti che possono determinare in ordine alla formazione del contratto o ad un contratto già concluso, appunto.

Il motivo per cui la questione è ultimamente tornata alla ribalta è altresì costituito dalla più recente legislazione comunitaria, che ha introdotto come abbiamo visto, una copiosa serie di obblighi informativi a carico dei soggetti professionali nel tentativo di ridurre quelle asimmetrie informative che dominano le contrattazioni tra professionisti e consumatori.

Nel tempo si è assistito ad un progressivo allontanamento della normativa di derivazione comunitaria dal modello del codice civile che ha portato la dottrina e la giurisprudenza a cercare una sorta di equilibrio tra i due sistemi: equilibrio difficilmente raggiungibile, tenuto conto del fatto che la disciplina codicistica presume che le contrattazioni avvengono in un contesto già “informato”, mentre nelle ormai sempre più diffuse contrattazioni di massa, si parte dal presupposto che il consumatore non sia in grado di decifrare quanto la sua controparte gli abbia comunicato⁵⁷⁴.

⁵⁷²Cfr. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 118 ss. L'autore afferma che le due categorie di regole si pongono sullo stesso piano e si differenziano per la funzione: “le regole di validità hanno per fine di garantire la certezza sull'esistenza dei fatti giuridici, e solo mediatamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buona fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte”. Altra dottrina (v. anche G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 9 e ss.) ha distinto le due regole sotto un altro profilo e cioè le regole di validità sono formali, in quanto espressamente previste dal legislatore, mentre le regole di correttezza sono virtuali, perché desumibili dall'ordinamento. Peraltro, non manca la voce di chi ritenga tale suddivisione superata (v. S. ROMANO, voce *Buona fede* (dir. priv.), in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, p. 687).

⁵⁷³ BAUMAN, *Consumo, dunque sono, trad. italiana a cura di CUPELLARO M.*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.

⁵⁷⁴ È questo il motivo per cui il contratto assume quella nuova funzione di veicolo di informazioni, espressione del “neoformalismo” di cui si è detto sopra. Cfr. ad esempio l'art. 94, comma 2 del T.U.F. ai sensi del quale “il prospetto contiene, in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire ad un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale e finanziaria, sui risultati economici e sulle prospettive dell'emittente e degli eventuali

Preliminarmente va individuato cosa debba intendersi per regole di validità⁵⁷⁵: esse infatti consistono in “regole tipicamente formali”,⁵⁷⁶ espressamente tipizzate dal legislatore ed attengono alla struttura del negozio stesso. Diversamente, invece, le regole di correttezza possono essere facilmente ricondotte nelle tipiche clausole generali⁵⁷⁷ di contenuto non direttamente predeterminato dalla legge, ma plasmato su modelli sociali e comportamentali dai contorni altrettanto sfumati.

Fino a qualche tempo fa, fra le due serie di regole sussisteva un rapporto di autonomia e di non interferenza per cui mai la violazione di una regola di comportamento⁵⁷⁸ (rappresentata per antonomasia dal principio di buona fede ex art. 1337 c.c.) può incidere sul piano della validità del contratto. La parte danneggiata aveva quindi la possibilità di attivarsi per richiedere un risarcimento danni, rinunciando all'azione di annullamento⁵⁷⁹. Tale autonomia, emerge nell'ipotesi di esclusione dell'ingerenza delle regole di correttezza nel giudizio di validità⁵⁸⁰ che presenta profili alquanto problematici nella relazione inversa: dovrà infatti essere verificato se, in determinate ipotesi in cui risultano astrattamente applicabili entrambi i modelli di regole, il giudizio di validità (positivo) sia idoneo ad influenzare quello di correttezza.

Infatti, date tipiche ipotesi d'invalidità, formalizzate dal legislatore, non dovrebbe essere ammessa quale conseguenza derivante da una scorrettezza precontrattuale, l'invalidità stessa dell'atto posto in essere, sebbene gli effetti che la scorrettezza possa determinare sul piano economico siano riprovevoli dal punto di vista morale. Altri sono, infatti, i criteri in base ai quali si predica l'invalidità dell'atto, rispetto a quelli in base ai quali si predica la responsabilità di una parte in ragione dei comportamenti da questa tenuti⁵⁸¹.

Tale principio trova la propria base nella storia del codice civile, sotto il vigore del codice del 1865, infatti, mancava una norma *ad hoc* che stabilisse un dovere di condotta secondo buona fede nella fase precontrattuale (ciò che adesso è invece rappresentato dall'art. 1337 c.c.) e l'unico riferimento

garanti, nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti” Vedi anche A. MUSIO, La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza, p. 10, in www.comparazionedirittocivile.it, 2010, per il quale “è come se il legislatore speciale, non fidandosi dello spontaneo adempimento del dovere di correttezza, avesse sentito l'esigenza di tipizzare uno schema al quale le parti devono obbligatoriamente attenersi nello svolgimento della fase precontrattuale

⁵⁷⁵ Con tale espressione si vuole seguire l'impostazione di D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Ed. Scientifiche Italiane, Collana Univ. Catanzaro “Magna Graecia”, 1996, pag. 9, in cui l'autore circoscrive le norme relative ad ipotesi di annullabilità del contratto, perlopiù in relazione ai c.d. vizi del consenso.

⁵⁷⁶ Così PIETROBON, *in Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pag. 156-157

⁵⁷⁷ Sulla nozione di clausola generale, moltissimi sono i contributi: S.RODOTÀ', *Il principio di buona fede e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1965, vol. I; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt.dir.civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, pag. 926 e ss.; DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pag. 539 e ss.; FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987.

⁵⁷⁸ Diversamente, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, pp. 20 ss, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, per il quale “ogni norma è strumento di valutazione del comportamento [...] quindi anche le cc.dd. regole di validità, in quanto sintetizzabili in un dover essere, ossia in prescrizioni di obblighi od oneri di condotta, integrano regole di comportamento”.

⁵⁷⁹ Per lo sviluppo di questo principio cfr. M.BIANCA, *Diritto Civile*, III, cit., pag. 162.

⁵⁸⁰ Anche se deve segnalarsi – come sottolinea anche D'AMICO, op. cit., pag. 11 – come alcune ipotesi tipiche di invalidità siano caratterizzate da evidenti violazioni delle regole di correttezza (così come individuate): basti pensare alla violenza morale o al dolo

⁵⁸¹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, p. 81, III edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011.

alla buona fede era quello previsto dall'art. 1124 c.c., con riferimento all'esecuzione del contratto. Tuttavia come rilevava la dottrina di allora⁵⁸², erano espressamente previste delle sanzioni per le ipotesi di comportamento in mala fede, ma di certo, non era possibile dedurre da tali regole un generale principio di correttezza e buona fede nella fase delle trattative. Resisteva quindi la persistente validità dell'atto, pur in presenza di una condotta scorretta di uno dei contraenti, riferibile al periodo precontrattuale.⁵⁸³

Le regole di validità del contratto, dunque, attengono ad elementi intrinseci dello stesso, riguardanti la sua struttura e il suo contenuto; sono quelle regole il cui rispetto è necessario ai fini della stessa produzione di effetti giuridici e della vincolatività per le parti. Proprio ciò spiega il perchè la disciplina di tale assetto debba essere demandata a una rigida formalizzazione affidata al legislatore. La formalità delle regole sulla validità del contratto dovrebbe, quindi, essere "scalfita" dall'importanza che il legislatore ha voluto dare al principio dell'affidamento, quale parametro di tutela dell'equità di entrambe le parti⁵⁸⁴. Così impostata la questione, si dovrebbe riconoscere una prevalenza⁵⁸⁵ delle valutazioni di buona fede, su valutazioni di tipo formali, tuttavia questo non poteva essere ammesso e condiviso, in considerazione della natura e funzione che assolvono le regole di validità, le quali se certo non se non possono certo dirsi totalmente immuni da influenze di tipo equitativo, trovavano campo solo nella misura in cui esse fossero state formalizzate espressamente nella disciplina di validità.

Principale funzione della normativa sulla validità è, quella di garantire la certezza dell'esistenza del fatto, che verrebbe resa vana se fosse consentita l'ingerenza di implicazioni di tipo morale.

E' evidente che il principio di non interferenza tra le regole di validità e quelle di correttezza non ha il suo fondamento nelle singole fattispecie dei vizi del volere, ma nella natura e funzione della loro disciplina generale.⁵⁸⁶

Tra coloro i quali si schierano a favore del principio di non interferenza tra due regole, possono individuarsi due filoni⁵⁸⁷ in parte divergenti: uno⁵⁸⁸ sostiene che sostiene l'assoluta impossibilità di interferenza tra le due serie, negando quindi qualsiasi rilevanza a regole di condotta non espressamente sanzionate dal legislatore; un altro⁵⁸⁹ invece, pur ammettendo il principio di non interferenza ne attenua l'assoluta irrilevanza delle regole di condotta attraverso l'utilizzo del rimedio risarcitorio tralasciando lo strumento della invalidità. L'impostazione tradizionale dell'assoluta non

⁵⁸² TRABUCCHIA, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, Padova, CEDAM, 1937.

⁵⁸³ Mantovani M., "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, p. 6, Torino, Giappichelli editore, 1995

⁵⁸⁴ E' la tesi di PIETROBON, in *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, cit., pag. 106

⁵⁸⁵ Cit. test. PIETROBON, ult. op. cit., pag. 108: "Appare quindi giustificato parlare di un principio dell'affidamento in senso ampiamente equitativo o di giustizia sostanziale, come del principio secondo il quale il giudizio sulla esistenza e validità del contratto non deve obbedire tanto ad una valutazione formale della sussistenza o non sussistenza di un certo elemento concettuale della fattispecie, quanto piuttosto, in ultima analisi, ad una valutazione di buona fede in senso ampio sul contegno delle parti, sul modo in cui ognuna ha cercato di realizzare il proprio interesse."

⁵⁸⁶ Critica fortemente la distinzione – elevata a principio – delle regole di validità e regole risarcitorie, TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 603 e ss.

⁵⁸⁷ Sono stati individuati da MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di correttezza*, cit., pag. 952.

⁵⁸⁸ Tra i principali sostenitori troviamo ovviamente D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit.; per tesi più risalenti, PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento del negozio giuridico*, cit., pag. 106; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, pag. 272.

⁵⁸⁹ NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, pag. 100; MANTOVANI, op. cit., pag. 162; SCONDITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, nota a sentenza in *Foro.it*, 2006, pag. 1108 e ss.

interferenza⁵⁹⁰ lascia alcune riserve, soprattutto in considerazione del fatto che la conseguenza di un'applicazione così restrittiva porterebbe a rendere incensurabili le scorrettezze *in contrahendo*, qualora il contratto sia validamente concluso, ma il suo contenuto influenzato dalla condotta riprovevole.

Per quanti consensi abbia ricevuto tale principio di netta separazione tra regole di validità e regole di correttezza, non sono mancate tesi contrarie. In particolare, per quanto qui interessa, il più rilevante punto di scontro è quello degli obblighi precontrattuali (d'informazione) ex 1337 (e 1338) c.c.: dalla buona fede *in contrahendo*. Diversi autori ricavano un generale dovere di buona fede che incombe su entrambe le parti della trattativa, dalla cui violazione consegue non solo la responsabilità precontrattuale, ma l'invalidità stessa dell'atto posto in essere. Nella legislazione speciale, in particolar modo in quelle relazioni commerciali tra imprese e consumatori, in cui è molto dibattuto il tema dell'abuso di autonomia negoziale, il principio di non interferenza è messo in discussione da coloro i quali rinvencono nell'abuso di dipendenza economica⁵⁹¹ o nella vessatorietà delle clausole inserite nei contratti con i consumatori, una violazione della buona fede da cui l'ordinamento fa discendere la nullità del patto o della clausola.

Nell'ottica di una possibile incrinatura del principio di non interferenza, ad opera della rilevanza sempre maggiore che è attribuita alla buona fede, possono essere tracciate alcune ipotesi in cui atti negoziali perfettamente conformi alle regole relative alla loro struttura, presentano tuttavia alcune incongruenze rispetto agli interessi economici cui erano preordinati, oppure risultano il frutto di scelte non completamente libere e consapevoli. Si tratta di situazioni intermedie, *“nelle quali non si rinvencono i tratti della fattispecie astratta del vizio, così come prefigurata dal legislatore, ma che si caratterizzano per una condotta scorretta e sleale del partner, fatta di silenzi, reticenze, menzogne, pressioni, approfittamenti, sfruttamenti di stati psichici, e così via.”*⁵⁹²

A fronte di tali situazioni di abuso del contraente nella formazione del contratto⁵⁹³, fino a tempi recenti era pacifica la soluzione che doveva essere data: il contratto restava valido, senza possibilità di alcuna impugnativa⁵⁹⁴. Il giudizio di buona fede veniva, quindi, inglobato in quello di validità,

⁵⁹⁰Confermata sul piano giurisprudenziale da Cass., 14 luglio 2000, n. 9321; Cass. 25 settembre 2003, n. 14234; oltre Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 che si avrà modo di analizzare più dettagliatamente in seguito.

⁵⁹¹ Si deve peraltro precisare che parte della dottrina configura l'abuso di dipendenza economica come una figura speciale di abuso del diritto. Ciò si può sostenere se e in quanto si superi l'idea più tradizionale, che inquadra l'abuso del diritto secondo l'elemento soggettivo del dolo specifico, e si adotti una nozione oggettiva di abuso, caratterizzata non tanto dalla violazione dolosa di un dovere comportamentale, bensì dalla deviazione, oggettivamente accertabile, di un atto di esercizio di un diritto rispetto alla tutela dell'interesse per la cui protezione l'ordinamento attribuisce il diritto al suo titolare. Cfr. in tal senso D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, pag. 11 e ss.

⁵⁹²E' citato testualmente un passo dell'opera di M. MANTOVANI, in *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag. 2. Per tale autrice, si tratta di una gamma di fattispecie alquanto variegata, in cui appare difficile che possano essere integrati gli estremi del vero e proprio dolo, oppure si pensi alla conclusione di un contratto, ottenuta attraverso pressioni che, tuttavia, non rivestono i caratteri richiesti ex art. 1435 c.c. ai fini della richiesta dell'annullamento; o ancora ad un errore (riconoscibile e non essenziale) in cui sia incorsa una parte – errore sui motivi – di cui l'altra abbia approfittato.

⁵⁹³Su questo tema, tra tanti contributi, si segnala CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979.

⁵⁹⁴Cit test. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9° ed., rist., Napoli, 1981, pag. 171: *“...la contravvenzione al principio di buona fede esplica la sua influenza in altre maniere, obbligando al risarcimento dei danni, o riflettendosi sull'interpretazione o sull'esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità.”*

senza che potesse avere un'incidenza diretta ed immediata⁵⁹⁵. Con l'introduzione nel codice civile del 1942 e di una norma come l'art. 1337, metteva a dura prova il sistema del principio di non interferenza, perché interpretandola congiuntamente con altre disposizioni (artt. 1175, 1338, 1366, 1375, 1460 co. 2), può essere ricavato un generale principio di buona fede che permea l'intera fattispecie contrattuale e non si estrinseca solo come regola di condotta⁵⁹⁶, anche come criterio di valutazione *a posteriori* del comportamento delle parti⁵⁹⁷. La clausola generale di buona fede, e più in generale le regole di correttezza, avrebbero quindi la forza "precettiva" di rendere nullo o annullabile il contratto, o una sua clausola, in virtù del principio di nullità virtuale ex art. 1418, co. 1°, qualora non dovesse essere conforme ad essa o qualora sia stata inserita una clausola che ne ostacoli *a priori* l'applicazione⁵⁹⁸. Chi, invece, contesta questa teoria, sostiene che riconoscere alla buona fede ex 1337 c.c. la funzione di criterio oggettivo con cui misurare l'invalidità di una clausola o dell'intero contratto, sarebbero minate quelle esigenze di certezza che, invece, sono imprescindibili. L'unica possibilità attraverso la quale si potrebbe far conseguire la nullità di un contratto, sarebbe quella di elevare il principio di buona fede al rango di principio di ordine pubblico; il che è tuttavia da escludere, nonostante la sua portata, in considerazione del fatto che la buona fede non può costituire il limite inderogabile della manifestazione dell'autonomia privata. Sembra, quindi, che nonostante l'introduzione della nuova disposizione, resti confermato il principio di noninterferenza¹⁴⁹; il quale si manifesta nelle situazioni in cui un contratto è validamente concluso a seguito di condotte sleali e scorrette che hanno inciso sull'equilibrio degli interessi in gioco, a discapito di una delle parti. E' la costante affermazione della prevalenza delle esigenze di certezza rispetto al comportamento secondo buona fede. Il principio di certezza del diritto che garantisce la stabilità e la sicurezza dell'intero ordinamento, ha per lungo tempo rappresentato un ostacolo difficile da superare per l'affermarsi dell'utilizzo delle clausole generali. Anche alla luce dei primi segnali di apertura mostrati dalla dottrina non è stata data una lettura della clausola generale di buona fede degna di dar rilievo alla portata degli artt. 1337- 1338 c.c.⁵⁹⁹ E' necessario preliminarmente andare ad individuare il nucleo essenziale della clausola in questione, tentando di delimitarla in uno schema (proprio delle fattispecie chiuse) contrastante con la sua formulazione aperta.

⁵⁹⁵ Di questo tenore TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, cit., pag. 109.

⁵⁹⁶ Si esprime in questo senso S. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, s.d. ma, 1953, pag. 683: "...si tratta di un dovere di presentazione in conformità della realtà e non solo di una realtà generica ma di quella specificamente aderente alla causa del contratto e cioè di quel particolare scambio che si intende effettuare."

⁵⁹⁷ La stessa MANTOVANI M. riprende la tesi di altri autori quali, tra tutti: BIGLIAZZI GERI, in Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c., in *Scritti in memoria di Barillaro*, Milano, 1980 pag.180. Tale tesi, che si stagliava al tempo contro l'opinione prevalente, non ravvisava nell'articolo in questione la fonte di un generico obbligo di comportamento, ma un parametro valutativo a posteriori delle condotte delle parti. Per l'opinione contraria (e prevalente) che individua nel 1337 c.c. la fonte di obblighi integrativi di contenuto più o meno ampio: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 92 e ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 35 e ss.

⁵⁹⁸ A sostegno della nullità della clausola che pregiudichi a priori il ricorso alla buona fede: BIANCA M., in *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pag. 206; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1961, pag. 170.

⁵⁹⁹ E' quanto sostiene TURCO, in *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 224 e ss.

4.2.1. Gli art.1337 e art.1338 c.c.: coordinamento

Nell'intento di inquadrare meglio gli obblighi di buona fede e come incidano quindi sulla fase della responsabilità contrattuale, è opportuno analizzare il rapporto tra l'art.1337 e 1338 c.c.

La fase delle trattative e della formazione del contratto è disciplinata da un duplice ordine di regole: da un lato, le norme in materia di responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c. c.); dall'altro, le norme in materia di validità del contratto, di cui una parte tratta specificatamente i vizi del consenso (artt. 1427 ss. c. c.), prevedendo l'annullabilità del contratto nei casi in cui il consenso sia stato manifestato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo.

I due ordini di regole appaiono molto diversi sia in ordine alla struttura del testo sia in ordine alle rispettive sanzioni. Tuttavia, proprio perché insistono entrambi sulla formazione del vincolo contrattuale, danno luogo a delicati problemi di coordinamento.

A tal proposito, è pacifico che, in caso di mancato accordo, le regole sulla responsabilità trovino applicazione indipendentemente da quelle sulla validità del contratto, qualora il recesso di una delle parti sia ingiustificato. È, altresì, condiviso che il dolo e la violenza, così come la mancata comunicazione alla controparte del suo errore essenziale riconoscibile con l'ordinaria diligenza, integrino tipiche ipotesi di responsabilità precontrattuale, con la conseguenza che l'obbligo risarcitorio potrà, in questi casi, sommarsi alla sanzione caducatoria.

Al contrario, è discusso se i comportamenti non integranti i tipici vizi del consenso possano, in quanto giudicati scorretti alla luce della clausola generale di buona fede ex art. 1337 c. c., dar luogo a responsabilità precontrattuale.

In particolare, è evidente la stretta connessione del problema della configurabilità di una responsabilità precontrattuale in caso di negozio validamente concluso con la tematica degli obblighi di informazione nella fase antecedente il perfezionamento del rapporto contrattuale: la specificazione della clausola di buona fede precontrattuale in obblighi di avviso è, peraltro, riconosciuta pressoché unanimemente in dottrina, ma tuttora controversa è la loro ampiezza e, in particolare, l'inquadrabilità dell'ipotesi di cui all'art. 1338 c. c. , ovvero la mancata comunicazione dolosa o colposa di una causa d'invalidità del contratto, quale fattispecie a sé o, piuttosto, quale esemplificazione di un dovere di informare più ampio ex art. 1337 c. c.

Allo stesso tempo, è pressoché unanime in dottrina che l'eventuale applicabilità della disciplina ex art. 1337 c. c. in caso di negozio validamente concluso implica l'influenza delle regole di responsabilità sul sistema delle regole di validità, quale problematica causa di erosione della tipicità delle cause di annullabilità del contratto. In particolare, qualora si accolgano impostazioni che reputano modificabile nel tempo il rapporto tra regole di responsabilità e regole di validità, «l'espansione dei vizi tradizionali del consenso comporta inevitabilmente una contrazione delle regole di responsabilità, il che è particolarmente evidente in materia di dolo; basti per esempio pensare al semplice mendacio, alla reticenza ed all'inganno colposo».

-A differenza di altre disposizioni in cui sono pur inserite clausole di buona fede, la buona fede ex art. 1337 c.c. si distingue per la sua particolare formulazione e funzione: mentre infatti le altre norme, quali gli artt. 1175, 1366, 1375 c.c., fanno riferimento ad una situazione contrattuale che è già parzialmente o completamente predeterminata nel suo contenuto, assolvendo perciò ad una funzione meramente integrativa del rapporto obbligatorio, la buona fede ex 1337 c.c. non ha l'obiettivo di definire il contenuto negoziale o l'obbligo di prestazione, bensì è essa stessa il punto fondamentale per l'obbligo di comportamento, nonché la fonte dei precisi obblighi comportamentali gravanti su entrambe le parti⁶⁰⁰. Con ciò conferendo alla buona fede precontrattuale una valenza

⁶⁰⁰ Di questa tesi RAVAZZONI, *La formazione del contratto: le fasi del procedimento*, cit., pag. 131 e ss., che evidenzia la non appartenenza del dovere di buona fede precontrattuale a nessun diverso e

generale nel sistema, caratterizzata dai doveri di informazione e comunicazione, tuttavia, come sostenuto da gran parte della dottrina, sganciata da riferimenti normativi certi ed oggettivi¹⁵³. Il dovere precontrattuale di informazione e comunicazione che si legge nell'art.1337 non potrebbe quindi operare come clausola generale, in considerazione del fatto che è lo stesso concetto di clausola generale è *bisognoso di integrazione valutativa*⁶⁰¹, operata dal giudice attraverso il ricorso a criteri, definiti *extralegali* (derivanti dal costume, dall'etica, dalle prassi commerciali). L'art. 1337 c.c. è sprovvisto di un riferimento normativo, o di un ambito sommariamente predeterminato entro cui far operare come tale la clausola di buona fede in esso contenuto, alla quale generalmente dev'essere invece riconosciuta la caratteristica di clausola generale. Di conseguenza, far rientrare il dovere di informazione precontrattuale nel novero delle clausole generali, sganciato, da un qualsiasi appiglio normativo e rimettendo la determinazione del suo contenuto all'operato del giudice, finirebbe per incidere, negativamente, sul fondamentale principio di autonomia contrattuale delle parti, a cui l'ordinamento subordina la determinazione del contenuto dei loro rapporti negoziali⁶⁰². Un altro risvolto negativo evidenziato dalla dottrina in esame, contraria al riconoscimento dell'art. 1337 c.c. quale clausola generale, è quello per il quale, pur volendo ammettere che la buona fede precontrattuale sia in grado di creare specifici obblighi precontrattuali, rimettendo poi all'interprete il compito di concretizzarli, questi dovrebbero comunque essere resi conformi alla disciplina delle regole, formalmente tipizzate, di validità.

Diversamente opina quella dottrina che sostiene che gli obblighi di informazione, dovrebbero essere tali solo quelli previsti e disciplinati chiaramente dal legislatore, o comunque facilmente individuabili dalla natura del contratto.⁶⁰³

Altra parte della dottrina⁶⁰⁴ non ha esitato a tentare di enucleare dalla clausola di buona fede, senza presunzione di completezza, una serie di doveri reciproci tra le parti. Si tratta di obblighi di informazione, custodia, segreto, conservazione, generalmente riconducibili in quei *doveri di protezione della sfera patrimoniale e personale dei soggetti impegnati nella trattativa*⁶⁰⁵.

Questo tentativo di determinazione del contenuto della clausola in questione ha avuto il pregio di consentire di individuare quantomeno quel parametro oggettivo a cui parametrare le condotte delle parti, quale standard impiegato da un normale operatore economico impegnato nella trattativa. Volgendo lo sguardo verso il panorama giurisprudenziale, come già segnalato, possono individuarsi

preesistente dovere; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità*, cit.

⁶⁰¹MENGONI, Spunti per una teoria delle clausole generali, Riv. crit. di dir. priv., 1986, pag. 10, il quale parla delle norme contenenti clausole generali come "norme senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta."

⁶⁰²Come sottolineato da D'AMICO, op. cit., pag. 262: "Non tocca invece, se non indirettamente, questo profilo il controllo che – alla stregua della buona fede – il giudice effettua circa il recesso "ingiustificato" dalle trattative.

⁶⁰³E' l'opinione di D'AMICO, in *op.cit.*, pag. 262, che richiama la massima giurisprudenziale di una sentenza di Cassazione del 18 ottobre 1980, n. 5610: "La violazione dell'obbligazione generica di comportarsi secondo buona fede non implica responsabilità civile e tanto meno la nullità del contratto, ove il comportamento deprecato non integri una determinata ipotesi legale, cui sia connessa quella specifica sanzione civilistica." (su questa stessa linea di pensiero anche Cass. 20 luglio 1977, n. 3250; Cass. 20 agosto 1980, n. 4942; Cass. 20 maggio 1976, n. 1842.)

⁶⁰⁴ Il contributo principale è stato dato da BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 35 e ss., (tale autore parla di illimitate facoltà di applicazione dell'art. 1337 c.c.), ID., voce *Responsabilità precontrattuale*, in Enc. giur. Treccani XXVII, Roma, s.d. ma, 1991; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pag. 91 e ss.; v. anche Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., pag. 208; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 213 e ss.

⁶⁰⁵ Rif. test. all'opera di M.MANTOVANI, *cit.*, pag. 143, la quale condivide la posizione di tale parte di dottrina.

due linee direttrici delle posizioni assunte dalla giurisprudenza: fino agli anni '60⁶⁰⁶, il principio di buona fede era inquadrato in un'ottica riduttiva, solo in funzione integrativa di altri obblighi previsti in altre norme; successivamente invece si sono mostrate timide aperture nei confronti del 1337 c.c., ma che sostanzialmente finivano comunque per svalutarne la forza operativa, ricollegandolo necessariamente ad un'espressa previsione normativa che contenesse una specifica sanzione relativa alla violazione del dovere di condotta in questione.

Il riconoscimento dell'art. 1337 c.c. quale *clausola generale* si è avuto, però, solo in tempi recenti ad opera della Corte di Cassazione con sentenza del 29 settembre del 2005, n. 19024⁶⁰⁷. L'affermazione di un generale dovere di trattare in modo "leale" ha fatto sì che fosse superata l'impostazione tradizionale degli articoli relativi alla *culpa in contrahendo*, che presupponeva come ipotesi tipizzate, unicamente le due fattispecie di recesso senza giusta causa dalle trattative e della conclusione di un contratto invalido. La novità della sentenza consiste, appunto, nella qualificazione della responsabilità precontrattuale come *categoria aperta*, al cui interno far rientrare tutti le condotte sleali e scorrette durante la fase precontrattuale, a prescindere dall'esito delle trattative⁶⁰⁸. Viene perciò enucleato dalla S.C. il principio secondo il quale l'ambito della responsabilità precontrattuale sarebbe suscettibile di continua e costante espansione ed evoluzione, qualora lo richiedano le esigenze di tutela delle parti contro le scorrettezze *in contrahendo*⁶⁰⁹ che di volta in volta risultano censurabili. La Cassazione ha comunque confermato il principio di non interferenza (come già sottolineato in precedenza), affermando che la violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari, costituendo una violazione del dovere di buona fede, non comporta la nullità del contratto⁶¹⁰. Essa è stata perciò configurata come fattispecie di responsabilità precontrattuale, pur mantenendo il contratto validamente concluso.

Per quanto concerne il rapporto tra le due disposizioni: art. 1337 e 1338c.c., ad oggi può dirsi che sussiste un rapporto tra *genus ad speciem*, per cui l'art. 1337 c.c. ingloba nella sua generalità anche l'obbligo di comunicazione gravante sull'altra parte, tenuta a conoscere o già a conoscenza dell'esistenza di una clausola di invalidità di cui però non ne dà notizia; l'art. 1338 c.c. costituisce una fondamentale applicazione particolare dell'art. 1337c.c.⁶¹¹

⁶⁰⁶Il riferimento, tra tante, dev'essere fatto alla sentenza di Cass. del 16 febbraio 1963, n. 357.

⁶⁰⁷Cass. n. 19024/2005 (rel. Marziale), in *Danno e resp.*, 2006, pag. 25 ss. con nota di ROPPO-AFFERINI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro.it*, I, 2006.

⁶⁰⁸La S.C. riconosce perciò il profondo legame tra le disposizioni in materia di buona fede contrattuale e l'art. 1337, affermando che il suo contenuto non può limitarsi all'obbligo di non recedere *sine causa* dalle trattative. In dottrina, invece, tale legame è da anni pacifico: BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., pag. 89; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 11; Ravazzoni, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 13; C.M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., pag. 158.

⁶⁰⁹Come sottolineato da MERUZZI, *op. cit.*, pag. 958, è l'evoluzione del concetto di condotta sleale il presupposto della progressiva espansione del dovere generalizzato di informazione precontrattuale ex art. 1337, il quale è volto a porre rimedio a tutti quei comportamenti scorretti che sono tali da condizionare le trattative, relativamente alla specifica operazione economica intrapresa dalle parti.

⁶¹⁰La Corte, infatti, tenuta ad esaminare la relazione tra le violazioni precontrattuali ed il principio di nullità virtuale – ex art. 1418 co.1 – ha affermato che "i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative [...] rimangono estranei alla fattispecie negoziali", ragion per cui la loro eventuale illegittimità non potrà mai incidere sulla validità stessa del contratto.

⁶¹¹E' questa l'opinione prevalente in dottrina: cfr. BENATTI, *ult. op. cit.*, pag. 13 e 44; ID. anche in voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani XXVII*, Roma, s.d. ma, 1991, pag. 3 e ss.; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 364; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 96 e ss.; G. E. S. PATTI, *Responsabilità*

Secondo la giurisprudenza tuttavia, tale approccio ha stentato ad affermarsi, risultando invece prevalente l'orientamento opposto⁶¹². La giurisprudenza, infatti, si basava sulla rigida definizione delle operatività delle due norme: l'art.1337 c.c. doveva essere strumento per valutare i comportamenti delle parti coinvolte in caso di recesso dalle trattative senza giusta causa; diversamente, l'art.1338 c.c., era la specificazione di un particolare dovere precontrattuale che si concretizza solo allorché il contratto concluso si fosse poi rivelato invalido. Questo tipo di impostazione, seppure riduttiva, era accentuata dal fatto che veniva in rilievo solo nel caso in cui una parte avesse omesso di comunicare l'esistenza di una causa di invalidità, non anche altre informazioni che comunque avrebbero potuto avere un notevole peso nel generale equilibrio tra i contraenti. Secondo questa interpretazione, il dovere di comunicazione non abbracciava le situazioni concernenti l'inesistenza stessa del contratto, né quelle della inefficacia in senso stretto, con dubbi della stessa dottrina in merito a tale impostazione⁶¹³. La normativa "cardine" art. 1337c.c. in tal modo finiva per limitarsi all'ambito operativo dell'art. 1338 c.c., quale chiave di lettura di tutta la fattispecie precontrattuale: a bene vedere, infatti, al di là del dovere di comunicare le cause di invalidità, non gravava sulle parti un generale dovere di informazione in merito a qualsiasi altra circostanza che pur poteva avere rilevanza nella determinazione nel fine di ciascun soggetto⁶¹⁴.

Ecco dunque che la dottrina, nel voler ricercare il vero interesse tutelato dall'art.1337c.c.⁶¹⁵, ha ricavato dall'interpretazione sistematica delle due disposizioni, un interesse che va al di là di quello che ha individuato la giurisprudenza, ovvero sia un obbligo generale di informazione e comunicazione di tutte le circostanze rilevanti ai fini della conclusione del contratto. ⁶¹⁶Limite era dato dal fatto che non assumevano mai importanza, quelle circostanze relative alla convenienza economica dell'affare⁶¹⁷. Non sono mancate critiche a tale teoria accusata di avere annullato l'operatività dell'art. 1338.c.c a favore di un'eccessiva enfaticizzazione dell'art. 1337c.c.⁶¹⁸

precontrattuale e contratti standard, in *Il codice civile. Commentario*, dir. DA SCHLESINGER, Milano, 1993, (sub art. 1338), pag. 162 e ss.

⁶¹²V., tra molte, Cass., 14 ottobre 1966, n. 2459; Cass., 12 ottobre 1970, n. 1948; Cass., 14 marzo 1985, n. 1987.

⁶¹³ Non condividono quest'impostazione: BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, cit., pag. 163 e ss.; SACCO, *Il contratto*, II, cit., pag. 922; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da GROSSO E SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1977, pag. 222.

⁶¹⁴ Sull'inesistenza di un generale dovere di informazione ex art. 1337 c.c., si esprime chiaramente D'AMICO, in ROPPO, *Trattato del contratto*, V, *Rimedi-2*, (a cura di ROPPO), pag. 1025 e ss., ma tuttavia non può condividersi l'impostazione che un obbligo di comunicazione grava sulle parti solo con riferimento alle cause di invalidità ex art. 1338 c.c.

⁶¹⁵ Individuato da Bianca, op. cit., pag. 157, nell'interesse alla libertà negoziale, cioè ad una corretta e veritiera rappresentazione della realtà al momento delle trattative.

⁶¹⁶ M.BIANCA, op. cit., pag. 163 e ss.; G. E S. PATTI, op. cit., pag. 162 e ss.; PIETROBON, *Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., pag. 105, in cui specifica che "quest'obbligo di comunicazione è indubbiamente imposto, in virtù dell'art. 1337 c.c., anche in relazione ad altri eventi che, senza incidere sulla validità del negozio, siano importanti per le valutazioni personali che ogni parte fa prima di concludere un contratto." Differisce dall'impostazione unanime della dottrina la tesi di SACCO, op.cit., pag. 597, in quanto egli ritiene che l'art. 1337 e l'art. 1338 non siano intimamente connessi in considerazione della fattispecie precontrattuale, ma semmai indirettamente connessi attraverso l'art. 2043 che, data la sua natura, potrebbe supplire la mancanza di entrambi gli articoli in questione, secondo la sua impostazione extracontrattuale della culpa in contrahendo.

⁶¹⁷ Si riporta un passo di BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 45, molto significativo: "all'esigenza di solidarietà, di cui è espressione l'obbligo di buona fede, si contrappone la necessità di lasciare una certa libertà di manovra agli interessi in lotta, libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio. L'autonomia è campo, allo stesso tempo, di collaborazione e di competizione: la prima è garanzia di ordine, la seconda alimenta lo slancio vitale del sistema.";

Infine secondo altra parte di dottrina, la colpa della parte danneggiata che ha confidato nella validità del contratto secondo il disposto di cui all'art. 1338 c.c., opererebbe come fatto preclusivo⁶¹⁹ del sorgere dell'obbligo di avviso gravante sull'altra parte per effetto della clausola generale. Tesi non condivisibile perché pecca di confondere i requisiti costitutivi della fattispecie con quelli valutativi utilizzati per la tutela risarcitoria.

4.2.2. Segue (...) L'art. 1440 c.c. e la teoria dei vizi incompleti.

Alla luce della maggiore complessità di contrattazione e della correlata esigenza di protezione che deve necessariamente prospettarsi, la normativa in materia di responsabilità precontrattuale potrebbe esercitare una funzione di gran lunga più rilevante di quella che è stata chiamata a svolgere fino a poco tempo addietro: aprire la strada all'introduzione di un rimedio risarcitorio in chiave correttiva di un risultato economico che sia stato pregiudizievole all'interno però di un regolamento contrattuale validamente formatosi, ma in un clima di scorrettezze e slealtà della controparte che ne ha caratterizzato l'assetto squilibrato.

L'elaborazione della teorica dei c.d. vizi incompleti ha svolto un'opera in tal senso, il ruolo di "traino" ai fini dell'avvicinamento delle due discipline (quella precontrattuale e quella relativa al sistema delle invalidità negoziali), portando con sé notevoli conseguenze, anche sul piano giurisprudenziale, tratteggiando ancorato ad interpretazioni riduttive della normativa precontrattuale.

Il riferimento alle ipotesi di vizio incompleto, tuttavia, dev'essere effettuato con le dovute cautele, a fronte delle costanti esigenze di certezza dei traffici giuridici, né tantomeno in chiave generalista, soprattutto in considerazione della indefinita capacità di estensione della clausola generale di buona fede dell'articolo 1337 c.c.. La teoria dei vizi incompleti, infatti, necessita di continue puntualizzazioni e delimitazioni dei confini entro cui operare, tramite l'individuazione di criteri alla cui stregua affidare la decisione in merito alla rilevanza o meno del profilo di contrarietà a buona fede e, quindi, dell'alterazione dell'altrui libertà negoziale; quando un vizio tipico, come prefigurato dal legislatore, non può dirsi esistente.

Si tratta, perciò, di individuare il confine oltre il quale la lesione della libertà negoziale possa ritenersi rilevante per accordare la protezione dell'ordinamento, tramite il rimedio risarcitorio a titolo di responsabilità precontrattuale.

Proprio perché clausola generale, la buona fede in *contrahendo* è caratterizzata da esigenze di concretizzazione che possono trovare primario riferimento, innanzitutto, nelle medesime fattispecie individuate come causa d'invalidità negoziale, posto che alcune di esse comprendono in sé notevoli violazioni dell'elemento di buona fede.

Funzione della teoria dei c.d. vizi incompleti potrebbe perciò rinvenirsi nell'esigenza di evitare che la disciplina dell'invalidità negoziale possa venire facilmente elusa da soggetti che, furbamente, utilizzino tali limiti per concludere contratti con assetti di interessi fortemente squilibrati e pur tuttavia validi; e per fungere da guida per gli operatori del diritto al fine di cristallizzare la nuova fattispecie della responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido, ma sconveniente.

Ad oggi sono sempre più numerose le numerose occasioni in cui un contraente, perlopiù in posizioni di debolezza contrattuale, si trova in situazioni che, ponendosi all'esterno delle fattispecie tipizzate

comunque sulla stessa linea BIANCA, op. cit., pag. 163 e ss., Turco, op. cit., pag. 240, 249.

⁶¹⁸ Il riferimento è a D'AMICO, op. cit., pag. 148 e ss.

⁶¹⁹ Di questa idea, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 364: "Nell'articolo 1338 la colpa della parte che ha confidato nella validità del contratto è un criterio di esclusione dell'obbligo della controparte di comunicare le cause di invalidità ad essa note o conoscibili."

dal legislatore, restano prive di tutela, pur essendo vittima di una condotta moralmente scorretta della sua controparte. Il rigido schema tipico dei vizi del consenso, originariamente previsto dal legislatore del 1942, appare oggi in seria difficoltà, stante il moltiplicarsi delle situazioni di rischio¹⁸² in cui un soggetto di media preparazione e cultura si trova quotidianamente esposto nel mondo delle contrattazioni.

E' perciò interessante provare a concentrare l'attenzione nei confronti di una tesi che non ha l'obiettivo di demolire l'intera costruzione dei vizi tipici del consenso, ma da essi prendere spunto per tutelare quelle situazioni che sono definite, dalla stessa dottrina in esame, come intermedie: si tratta della teoria dei vizi incompleti che, dichiaratamente, non ha la pretesa di porsi come "sistema alternativo" a quello legale in cui "*racchiudere ed esaurire ogni problema di rilevanza risarcitoria della scorrettezza precontrattuale contratto valido*"⁶²⁰.

La teoria dei vizi incompleti è quindi idonea a racchiudere varie fattispecie che si pongono all'interno della tesi della compatibilità tra culpa in *contrahendo* e contratto valido.

L'espressione "*vizio incompleto*" sta ad indicare quelle fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle tipiche ipotesi di vizio, il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appare essere il frutto di una decisione deformata in ragione della condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto .

Il concetto di vizio incompleto viene quindi definito in modo negativo, andando ad individuare quella fattispecie in cui difetta uno dei requisiti richiesti dal legislatore per la rilevanza dell'errore, della violenza e del dolo. Nel nostro sistema sono presenti diverse ipotesi di vizi incompleti, configurate come tali da accreditata dottrina e tuttavia allo stesso modo contestate da un orientamento dottrinale⁶²¹ volto a definirle come un aggiramento dei meccanismi del sistema di invalidità, e più in particolare del principio di separazione tra regole di validità e regole di correttezza.

Emergono numerose occasioni in cui un contraente, perlopiù in posizioni di debolezza contrattuale, si trova in situazioni che, ponendosi all'esterno delle fattispecie tipizzate dal legislatore, restano prive di tutela, pur essendo lo stesso vittima di una condotta moralmente scorretta della sua controparte.

Preliminarmente occorre individuare gli elementi che andranno a comporre la fattispecie di vizio "incompleto": l'entità della condotta scorretta o sleale, il pregiudizio effettivamente subito, il livello d'incompiutezza della fattispecie⁶²². Quest'ultimo elemento è di gran lunga il più rilevante, potendosi immaginare idealmente una scala di intensità della fattispecie che da un punto di irrilevanza per il diritto passa fino a picchi di notevole importanza fino ad un massimo in cui l'incidenza del vizio si colloca sotto la soglia, oltre la quale è giustificata l'azione di annullamento del contratto.

Nel primo caso⁶²³, infatti, si porrebbe proprio un problema circa la configurabilità stessa della responsabilità ex art. 1337 c.c., non potendo concedere il rimedio risarcitorio previsto a fronte di un

⁶²⁰ Il corsivo nel testo riporta le parole di MANTOVANI M., ult. op. cit., pag. 188

⁶²¹ D'AMICO G., op. cit., p. 99 e ss.; ID., La responsabilità precontrattuale, in op. cit., p. 1021. Riguardo a tale affermazione M. MANTOVANI, op. cit., p. 188, replica che la configurazione di ipotesi incomplete di vizio "non abbia di mira la costruzione di un sistema di vizi incompleti parallelo alle categorie legali di vizio. Rispetto ai modelli di vizio incompleto la scorrettezza in *contrahendo*, ferma la validità del contratto, dovrebbe poter rilevare sul terreno della responsabilità precontrattuale, alla luce della clausola generale di buona fede".

⁶²² Tali elementi rappresentano nient'altro che delle variabili alla cui stregua condizionare la decisione riguardante l'ammissibilità o meno dello stesso rimedio risarcitorio garantito dall'art. 1337 c.c. Per il rilievo cfr. sempre MANTOVANI M., "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, ult. cit.

⁶²³ Si pensi, ad esempio, ad un raggirio che è obiettivamente inadatto a trarre in inganno un soggetto normalmente avveduto, oppure una violenza che non è in grado di "far pressioni", od un errore talmente grossolano e palese da essere inescusabile, soprattutto in considerazione del principio di autoresponsabilità del dichiarante.

pregiudizio irrisorio che, di norma, rientra in quel margine di rischio di cui le parti si fanno carico, data l'autonomia ad essi riservata nella determinazione dei propri interessi.

Volgendo all'attenzione alle singole ipotesi di vizio, ci si vuole soffermare su quelle che, alla luce della violazione degli obblighi informativi della direttiva, possono essere più interessanti.

L'art. 1440 del codice civile disciplina una particolare figura di dolo, ricondotta dalla dottrina alla disciplina della responsabilità precontrattuale⁶²⁴: il dolo incidente⁶²⁵.

Tale fattispecie, come si desume dalla stessa definizione, fa riferimento a quei raggiri che, pur non essendo stati decisivi del consenso, hanno inciso sul contenuto del contratto, giacché in difetto di essi la parte avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse, e quindi meno onerose per il *deceptus*.

Tuttavia il comportamento fraudolento così inteso non è tale da compromettere la legittimità del contratto, non costituendo la causa principale di esso, fa sì che il contratto resti valido, ma l'autore in malafede⁶²⁶ risponde dei danni, costituiti dalla minor convenienza⁶²⁷ economica dell'affare a causa dell'intervento doloso risponde dei danni, costituiti dalla minor convenienza economica dell'affare a causa dell'intervento doloso.

La figura del dolo incidente porta con sé diversi effetti in relazione all'angolo di visuale da cui viene esaminato. In primis, è indispensabile soffermarsi sulla natura della figura in esame che, è stata ricondotta nell'alveo della *culpa in contrahendo*⁶²⁸. In dottrina⁶²⁹ vi è l'opinione predominante che ravvisa in tale ipotesi la commissione di una condotta contraria alla regola di correttezza, in fase di trattativa e di formazione del contratto, incidente sulla definizione del contenuto della prestazione. Tale condotta comporta una lesione della libertà negoziale del contraente che, com'è noto, è proprio l'interesse oggetto di tutela della responsabilità in questione.

Anche la giurisprudenza segue tale orientamento, affermando che l'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio di buona fede, contemplato dall'art. 1337 c.c., il quale impone appunto alla parte un dovere di lealtà e di correttezza nel corso della formazione del contratto⁶³⁰.

Attraverso la rivisitazione in chiave ermeneutica dell'art. 1440 c.c. in termini di illecito precontrattuale, si consente l'esperimento dell'azione per il risarcimento del danno anche in ipotesi di contratto valido ed efficace ma dannoso o sconveniente. Di talché una parte della dottrina⁶³¹ ha

⁶²⁴ MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

⁶²⁵ Idem, op. cit., p. 19 e p. 171, secondo cui la fattispecie del dolo incidente confermerebbe la compatibilità tra responsabilità precontrattuale e validità del contratto. Di diverso avviso è invece G. D'AMICO, op. cit., p. 115, che certamente sostiene la natura precontrattuale della responsabilità prevista dall'art. 1440 c.c. ma non ritiene che tale legame possa sigillare in maniera netta il principio della conciliabilità tra la responsabilità precontrattuale e il contratto valido.

⁶²⁶ Sul concetto di "malafede", cui fa riferimento la norma in esame, si è espressa la dottrina che lo ha inteso in tal senso, e cioè che il dolo del contraente comporta la sua diretta responsabilità, ma il dolo può provenire anche da un terzo, e allora risponde dei danni anche il contraente se è in malafede, e cioè se è a conoscenza dell'inganno perpetrato dal terzo. Così si esprime G. B. FUNAIOLI, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 747; . G. PATTI– S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile di P. SCHLESINGER*, Milano, 1993, p. 111, in nota 26.

⁶²⁷ C. M. BIANCA, op. cit., p.174; G. PATTI – S. PATTI, op. cit., p. 111; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 365.

⁶²⁸ Sulla natura del dolo incidente la dottrina risulta divisa. Tra i sostenitori della natura di culpa in contrahendo cfr. C. M. BIANCA, op. cit., p.177; G. PATTI – S. PATTI, op. cit., p. 95 e ss.; P. GALLO, op. cit., p. 146; R. SACCO – G. DE NOVA, op. cit., p. 231 e ss; L. MENGONI, op. cit., p. 360 e ss.; M. Franzoni, op. cit., p. 377.

⁶²⁹ Fra tutti, C. M. BIANCA, op. cit., p.174.

⁶³⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, p. 1192. Di parere conforme anche App. di Venezia, 31 maggio 2001, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1199

⁶³¹ M. MANTOVANI, op. cit., p. 19 e ss. L'a. ha delineato una serie di fattispecie che attesterebbero il

avanzato l'idea che la collocazione del *dolus incidens* nell'ambito della *culpa in contrahendo* comporti la definizione del dolo incidentale non più come figura eccezionale ma come vicenda sintomatica di un generale principio di compatibilità tra contratto validamente concluso e responsabilità ex art. 1337 c.c. Tale impostazione però non è stata esente da critiche da parte di chi sostiene l'impossibilità di trarre conclusioni affrettate e di carattere generale. C'è chi ha osservato come il dolo incidente (*dolus incidens*) non si differenzi dal dolo determinante (*dolus causam dans*) dal punto di vista della struttura, in quanto entrambi gli istituti rientrano nel quadro dei rimedi previsti dall'ordinamento giuridico contro le turbative che, in sede di formazione del regolamento contrattuale, minacciano la corretta e libera costituzione del consenso delle parti. La distinzione tra le due figure, non risiede nel grado o nell'intensità del raggio, le cui caratteristiche sono le stesse in entrambe le ipotesi, bensì va ritrovata guardando all'effetto che l'inganno ha sortito, o meglio "all'oggetto su cui cade l'errore prodotto dal dolo"⁶³². Le sanzioni previste, nelle due fattispecie, sono rispettivamente l'annullamento del contratto (e l'eventuale richiesta di risarcimento), e il risarcimento del danno. Sulla base di tali considerazioni una parte della dottrina⁶³³ ritiene che l'art. 1440 c.c. si qualifichi in realtà come una figura eccezionale rispetto alla regola che ricollega al dolo determinante l'annullabilità del contratto, in quanto voluta dal legislatore per salvaguardare il "principio della conservazione del negozio", attraverso il rimedio risarcitorio nei casi di dolo meno gravi. Per quanto riguarda la determinazione del danno⁶³⁴, la dottrina maggioritaria ritiene che il danno si determini in base al vantaggio che la parte avrebbe presumibilmente avuto se non fosse stata vittima del dolo⁶³⁵. Il danno non è quindi correlato all'interesse a non stipulare il contratto bensì è correlato alle diverse condizioni che la parte avrebbe potuto conseguire⁶³⁶. Ciò si spiega con il carattere incidentale del dolo, in assenza del quale il soggetto stipulante avrebbe comunque stipulato il contratto, benché a condizioni migliori. Il danno risarcibile consiste quindi nelle occasioni maggiormente vantaggiose perdute a causa dell'affare, e cioè costituisce il risultato determinato dalla situazione patrimoniale in cui si trova la parte dopo aver stipulato il contratto risultato poi "svantaggioso" e dalla situazione in cui invece la parte si sarebbe trovata se avesse stipulato il contratto in assenza di inganno.

superamento dell'orientamento tradizionale che intende fonti di responsabilità precontrattuale il recesso abusivo dalle trattative e l'invalidità del contratto

⁶³² G. D'Amico, op. cit., p. 116

⁶³³ G. D'Amico, op. cit., p. 118.

⁶³⁴ Cass. civ. 4 aprile 1990, n. 2798, in Giur. it., 1991, I, p. 456; Cass. civ. 16 agosto 1990, n. 8318, in Giust. civ. Mass., 1990, cit.: "In tema di *dolus incidens* (art. 1440 c.c.) e con riguardo all'azione di risarcimento del conseguente danno, l'attore, una volta provata l'esistenza di un raggio su un elemento non trascurabile del contratto, non è tenuto a provare altro ai fini dell'an *debeatur*, in quanto opera la presunzione *iuris tantum* che senza la condotta illecita, le condizioni contrattuali sarebbero state diverse e quindi per lui più favorevoli". Cass. civ. 29 marzo 1999, n. 2956, in Giur. it., 2000, p. 1192, cit.: "Il danno risarcibile nell'ipotesi di dolo incidente, prevista dall'art. 1440 c.c., non si esaurisce nelle diverse condizioni alle quali l'accordo viene concluso, bensì si estende alla totalità dei danni, valutati nel loro complesso, che risultino collegati da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto. Rilevano sia il danno emergente che il lucro cessante". (Nel caso di specie, il venditore che aveva omesso di informare l'acquirente della sussistenza di un giudizio petitorio sul fondo oggetto di compravendita risponde anche dei danni derivanti dalla sospensione dei pagamenti da parte di terzi successivi acquirenti e dalla dazione di garanzie in loro favore

⁶³⁵ Sul punto C. M. BIANCA, op. cit., p. 176, cit.: "Se il contratto rimane valido ed efficace il danno da illecito precontrattuale consiste nelle migliori condizioni che il contraente avrebbe ottenuto senza l'illecita ingerenza della controparte o del terzo. Così nel caso del dolo incidente il danno si determina in base al vantaggio che la parte avrebbe presumibilmente avuto se non fosse stata vittima del dolo". Di parere conforme altresì, G. PATTI – S. PATTI, op. cit., p. 122.

⁶³⁶ *Idem*, p. 158

-Altra interessante ipotesi che si fa rientrare in tale categoria è quella dell'errore determinante sui motivi, considerata da un già citato orientamento dottrinale⁶³⁷ come un'ipotesi incompleta di vizio, di cui si afferma la rilevanza sul piano della *culpa in contrahendo* e del connesso obbligo di risarcimento del danno⁶³⁸.

Il vizio incompleto di cui si discute, in modo sintetico e senza pretesa di completezza, consiste nella mancata segnalazione all'altro contraente di un errore non essenziale (*c.d. errore sui motivi*) ma determinante del consenso, qualora sia stato riconosciuto dal destinatario della dichiarazione o da lui riconoscibile⁶³⁹ con l'uso dell'ordinaria diligenza.

Con l'introduzione del codice civile del 1942, si è passati da un sistema⁶⁴⁰ in cui il punto nodale per la rilevanza o meno dell'errore era incentrato sul principio di scusabilità dell'errore stesso, ad un sistema ispirato ad un opposto principio: quello della riconoscibilità dell'errore. Al centro dell'ordinamento non è stata più posta la tutela della volontà, ma la protezione dell'affidamento incolpevole del destinatario della dichiarazione "viziata".⁶⁴¹

I principali problemi sono sorti in merito all'interpretazione dell'articolo 1431 c.c.⁶⁴²: la dottrina prevalente⁶⁴³ individua la ratio del requisito di riconoscibilità nella protezione dell'affidamento del destinatario della dichiarazione e, richiamando la diligenza della persona media, afferma che è riconoscibile l'errore che il destinatario conosceva o poteva conoscere attraverso l'uso della diligenza media; di conseguenza la protezione del destinatario viene meno quando questo, pur potendo, non abbia rilevato l'errore. Diversamente opina chi⁶⁴⁴, in merito sempre al requisito della riconoscibilità dell'errore, si distacca completamente dall'indagine in merito dalle posizione soggettiva del destinatario della dichiarazione, in termini di diligenza: per cui è riconoscibile – e quindi causa d'annullamento del contratto, l'errore che risulta tale sulla base di parametri oggettivi forniti dal tenore letterale dell'articolo 1431 c.c.⁶⁴⁵ Concentrando l'analisi sui rapporti tra il requisito della riconoscibilità ed il giudizio di responsabilità (alla luce del canone di buona fede) deve concludersi che, anche se il richiamo alla riconoscibilità offre solamente un parametro alla cui stregua valutare gli elementi rivelatori dell'errore, tale giudizio implica, in ogni caso, una valutazione della negligenza della parte che riceve la dichiarazione viziata, quando l'errore risulti oggettivamente riconoscibile⁶⁴⁶. E' quindi chiaramente pacifica sul piano della validità⁶⁴⁷ contrattuale

⁶³⁷ M. MANTOVANI, op. cit., p. 198

⁶³⁸ Tesi respinta da G. D'AMICO, op. cit., p. 143.

⁶³⁹ Così, M. MANTOVANI, op. cit., pp. 198 – 201.

⁶⁴⁰ 196 Nel codice civile del 1865, l'attenzione era tutta concentrata sulla condotta del soggetto in errore; tale per cui se l'errore risultava inescusabile, la valutazione del comportamento dell'errante operava come limite alla richiesta di annullamento del contratto, mentre qualora si trattava di errore scusabile – causa di annullamento – ci si chiedeva se comunque la parte in errore fosse tenuta al risarcimento del danno.

⁶⁴¹ Gran parte della dottrina del tempo ha parlato di "rivoluzione copernicana" del sistema, nell'ottica di un impulso di oggettivizzazione dello scambio contrattuale, di cui è espressione anche – insieme ad altre disposizioni – l'articolo 1431 c.c.

⁶⁴² Rubricato "Errore riconoscibile": "L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo."

⁶⁴³ Tra i molti cfr.: BIANCA, Diritto Civile, III, cit., pag. 611 e ss.; GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pag. 282 e ss.; SACCO, *Il contratto*, I, cit., pag. 405 e ss; SANTORO-PASSARELLI,

⁶⁴⁴ E' la tesi di BARCELLONA, In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale, in Riv. dir. civ., 1967, pag. 58 e ss., che la MANTOVANI riprende nella sua monografia, pag. 204

⁶⁴⁵ Diverrebbe perciò irrilevante ai fini dell'annullamento l'errore non riconoscibile, ma effettivamente riconosciuto dalla controparte.

⁶⁴⁶ Di questa impostazione è PIETROBON, Errore, volontà e affidamento, cit., pag. 206, nel senso che "vi è una tendenziale, anche normale, coincidenza tra un errore riconoscibile e una negligenza del

la reciproca indipendenza tra gli artt. 1431 e 1338 c.c.: il giudizio di riconoscibilità, al fine di determinare l'annullamento, non può basarsi sull'art.1338 c.c. Di certo, però, non si può escludere in assoluto un minimo punto di contatto tra le due disposizioni in esame (1338 – 1431), sotto il punto di vista del giudizio di responsabilità: se l'errore è riconosciuto sulla base degli oggettivi parametri ex art. 1431, ciò costituisce un presupposto per potere far sorgere il dovere di comunicazione delle cause d'invalidità, previsto dall'articolo 1338 c.c., ammesso che colui che versi in errore non versi anche in colpa⁶⁴⁸.

Per colui che si sia accorto dell'errore della sua controparte e non lo abbia informato, incorre nella violazione del dovere di comunicazione ex art. 1338 c.c., qualora si condivida la sua interpretazione estensiva tale da andare oltre la comunicazione delle sole cause di invalidità in senso stretto.

L'area del dolo è in grado di offrire maggiori spunti per la riflessione che si sta svolgendo, circa il rapporto tra i vizi del consenso e la possibile rilevanza delle condotte (scorrette) nella fase delle trattative. Di certo, quello che rileva in questa sede è l'aspetto del dolo che può incidere, non tanto sull'annullabilità del negozio attuato (dolo come vizio legale del volere), quanto piuttosto dal punto di vista della condotta riprovevole.

La complessa realtà economica, le tecniche di contrattazioni sempre più tecnicizzate⁶⁴⁹, l'introduzione di normative speciali⁶⁵⁰ a protezione del contraente più debole e l'introduzione stessa delle disposizione ex artt. 1337-1338, hanno contribuito al restringimento dell'ambito operativo di irrilevanza del *dolus bonus*.

Il *dolus bonus* consiste nella millantata esaltazione di un bene o di un servizio⁶⁵¹. Tradizionalmente è esclusa la sua rilevanza giuridica in quanto trattandosi di "dolo lecito" appare inidoneo a trarre in inganno la parte⁶⁵². In dottrina⁶⁵³ vi è chi propone di far rientrare tale fattispecie nel novero dei vizi incompleti.

destinatario, non che l'apprezzamento di riconoscibilità, il cui oggetto è così tipicamente limitato, si risolve nel più libero giudizio di colpa."

⁶⁴⁷ Precedenti nella giurisprudenza di legittimità sono di tutt'altro avviso, cfr.: Cass., 1 febbraio 1991, n. 980, in Mass. Foro it., in cui si afferma che l'indagine sulla ricorrenza della riconoscibilità, si risolve in una indagine sulla buona fede dell'altro contraente.

⁶⁴⁸ Il giudizio di riconoscibilità finisce per diventare quindi uno dei presupposti su cui basare quello di responsabilità. A favore di tale impostazione: BIANCA, Diritto Civile, III, cit., pag. 170 e ss.; BENATTI, La responsabilità precontrattuale, cit., pag. 65; RAVAZZONI, La formazione del contratto, cit., pag. 154; TURCO, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, cit., pag. 132.

⁶⁴⁹ Le pubblicità a mezzo televisivo, le vendite per corrispondenza o porta a porta, lo stesso e-commerce, sono tutte tecniche che hanno l'obiettivo di spiazzare il possibile cliente cogliendolo di sorpresa, in modo tale che sia più probabile che egli ceda di fronte ad offerte vantaggiose.

⁶⁵⁰ Si pensi al Codice del Consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), in cui l'intero Titolo III (Pubblicità e altre comunicazioni commerciali) è dedicato a tale aspetto. O anche in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, si consideri la Direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁶⁵¹ Idem, op. cit., p. 666, il quale afferma che si tratta di una figura "tollerata anche nella pubblicità commerciale". Ivi cfr. in nota 93 anche Cass. civ. 1 aprile 1996, n. 3001, in Nuova giur. civ., 1997, I, p. 377. V. anche Cass. civ. sez. III, 27 marzo 2001, n. 4441, che con riferimento ad un caso concreto chiarisce che: "Non costituisce *dolus bonus* ma integra gli estremi di una truffa contrattuale il comportamento del mediatore immobiliare che, avendo preso contatto con una parte, prospetta falsamente la pronta vendita dell'immobile di cui costei è proprietaria, e la trae in errore al fine di indurla a stipulare".

⁶⁵² Idem, p. 667. L'a. aggiunge però che qualora si attribuiscono al bene qualità specifiche non rispondenti al vero, "la pubblicità deve considerarsi menzognera e fonte di responsabilità extracontrattuale".

CRISCUOLI, Il criterio discrezionale tra *dolus bonus* e *dolus malus*, in Annali del seminario

In particolare, si sostiene che essere discutibile il richiamo al criterio della diligenza propria del contraente, dotato di normale buon senso e avvedutezza per distinguere tra ciò che risulta tollerabile e ciò che costituisce inganno giuridicamente rilevante. Tale orientamento sostiene che nell'ambito del dolo quale causa di annullabilità del contratto, residuino "ipotesi marginali che sfuggono alle maglie del giudizio di invalidità", e che rilevano sul terreno della risarcibilità, a causa del comportamento scorretto di uno dei contraenti alla luce della regola di correttezza.

Diversamente chi ritiene che il *dolus bonus* si indichi una "formula convenzionale", riservata a indicare quei comportamenti che, per essere idonei a ingannare, sono privi di rilevanza giuridica, sia sul piano dell'invalidità sia sul piano risarcitorio⁶⁵⁴.

In adesione all'orientamento prevalente, la fattispecie del dolo inteso quale vizio del volere è completa qualora, oltre l'idoneità dei mezzi utilizzati, l'autore della condotta riprovevole abbia la specifica intenzione di trarre in inganno la sua controparte e la convinzione che le false rappresentazioni della realtà che pone in essere siano tali da ingannarlo⁶⁵⁵. Di conseguenza, in linea di massima, si può chiaramente affermare che una condotta meramente negligente, ma che ciononostante abbia avuto un effetto nell'altrui formazione del volere (inducendolo in errore), non possa avere la stessa portata dei raggiri intenzionali e perciò non possa inficiare la validità del contratto⁶⁵⁶. Non si può però affermare un'automatica irrilevanza anche sul piano risarcitorio, dal punto di vista della responsabilità precontrattuale, specialmente se si considera la culpa in contrahendo nel suo carattere oggettivo, tale per cui si ravvisa violazione della buona fede a prescindere dalla condotta dei contraenti (colposa o dolosa).

Maggiori perplessità, sia in dottrina che in giurisprudenza, si incontrano sul piano omissivo della condotta di un contraente, qualora sussista, tenuto conto delle circostanze concrete del contratto, un generico dovere di informazione e, nonostante ciò, l'autore della condotta puramente omissiva tragga qualche vantaggio dalla situazione che si è determinata con il suo contegno⁶⁵⁷: si ha reticenza giuridicamente rilevante ogniqualvolta un contraente a conoscenza dell'altrui errore essenziale ha taciuto.

Data per assodata la teoria che fa discendere dalla clausola generale di buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c., il dovere d'informazione gravante su ciascuna parte e la cui inottemperanza cagiona il sorgere della responsabilità precontrattuale. Nel corso del tempo si è registrata una accentuazione di tale dovere, con l'effetto di ampliarne notevolmente il raggio di azione.

Tale atteggiamento non sembra conciliare con la volontà espressa dal legislatore, il quale sebbene abbia voluto attribuire carattere generale al precetto di buona fede ex art. 1337 c.c., non ha inteso con essa abbracciare un astratto dovere di informazione se non con riguardo alle sole cause di invalidità, così come stabilito dall'art. 1338 c.c.⁶⁵⁸ La conclusione cui perviene gran parte della dottrina, lascia scoperta la fattispecie della reticenza dolosa, qualificata invece da altro orientamento come rientrante nella categoria dei vizi incompleti. Secondo quest'ultima argomentazione il problema da affrontare per comprendere la rilevanza della fattispecie della reticenza dolosa consiste

giuridico di Palermo, 1957, p. 233. L'a. definisce il *dolus bonus* come quell'insieme di "vanterie innocue, frutto dell'innata tendenza di ogni mercante a magnificare la propria merce, che non possono scalfire la saldezza di decisione di un contraente, sufficientemente fermo".⁶⁵³

⁶⁵⁴ G. D'AMICO, op. cit., p. 172.

⁶⁵⁵ Secondo parte della dottrina è sufficiente ad integrare l'elemento dell'intenzionalità del dolo, anche il c.d. dolo eventuale, il quale presuppone almeno il dubbio in merito alle eventuali falsità dichiarate o rappresentate e la consapevolezza delle possibili conseguenze negative nei confronti della parte ingannata

⁶⁵⁶ In tema di colposa induzione in errore, cfr. SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 422; BIANCA, *Diritto civile*, III, cit. pag. 173-174, e tanti altri.

⁶⁵⁷ Si tratta del risalente ed ancora irrisolto dibattito in merito alla rilevanza, oltre che del c.d. dolo commissivo, anche di quello c.d. omissivo o negativo.

⁶⁵⁸ G. D'AMICO, op. cit., p. 172.

nel delimitare il dovere di informazione fino ad intendere cosa è oggetto di comunicazione nel rapporto contrattuale tra le parti.

Secondo quest'ultima argomentazione il problema da affrontare per comprendere la rilevanza della fattispecie della reticenza dolosa consiste nel delimitare il dovere di informazione fino ad intendere cosa è oggetto di comunicazione nel rapporto contrattuale tra le parti.

È utile soffermarsi su tale punto considerato importante giacché l'ordinamento pone a carico di ciascun contraente l'onere di informarsi su circostanze che possano risultare condizionanti ai fini della stipulazione del contratto. In effetti, sarebbe improprio sanzionare la reticenza del contraente in ordine a fatti, seppur essenziali, che l'altra parte avrebbe dovuto conoscere se avesse impiegato l'ordinaria diligenza. Peraltro ciò risponde al principio di autoresponsabilità, sancito dal nostro sistema giuridico, connesso all'esercizio dell'autonomia privata⁶⁵⁹. Ciò comporta la duplice conseguenza che grava su ciascuno stipulante il dovere, e non più l'onere, di informarsi e che la parte non potrà lamentare di non essere stata avvisata dalla controparte per una circostanza, riguardante la propria prestazione, che avrebbe perciò dovuto conoscere.

Si deve poi chiarire, la soglia al di sotto della quale il non comunicare un'informazione all'altra parte non costituisca violazione della regola di buona fede precontrattuale. Si tratta, di individuare il contenuto specifico di questo dovere di informazione⁶⁶⁰, che deve essere valutato in concreto, tenendo cioè in considerazione il tipo di negozio, la qualità e la relazione tra i contraenti ed altre circostanze rilevanti⁶⁶¹. È evidente che sussista quindi un equilibrio sottile tra il dovere di informare e l'onere di autoinformarsi⁶⁶², nel senso che ogni contraente deve impegnarsi per ottenere tutte le circostanze rilevanti per la sua decisione – nonché le modalità di conclusione del contratto – a cui può facilmente arrivare, tramite un ragionevole sforzo. A tale onere corrisponde, di conseguenza, anche un relativo rischio per eventuali errori di valutazione⁶⁶³, espressione del principio di autoresponsabilità delle parti di un contratto.

Alla luce di questo ragionamento, si deve concludere che qualora la violazione dell'obbligo in questione riguardi un'informazione, anche essenziale, che l'altra parte poteva ragionevolmente

⁶⁵⁹Il profilo della situazione muta qualora tra le parti vi sia un rapporto di disparità in ordine alla possibilità di accesso all'informazione. Ciò avviene maggiormente nel settore professionale in cui il soggetto che dispone di informazioni, idonee ad incidere sull'assetto di interessi che l'altro contraente miri a conseguire, è tenuto a rivelarle purché l'altro le ignori senza sua colpa. Dunque la condotta reticente della parte, unita all'approfittamento dello stato di ignoranza (incolpevole) dell'altra rileva sul piano risarcitorio. Contra, G. D'AMICO, op. cit., p. 170, il quale sostiene che la presenza in alcuni settori professionali di uno specifico dovere di informazione conferma che tale dovere non ha carattere generale, per cui non è possibile individuare un "criterio" che possa consentire la sua corretta applicazione. Il solo ambito di informazione previsto in fase precontrattuale è quello stabilito dall'art. 1338 c.c. relativo all'omessa informazione in ordine alla presenza di cause di invalidità del contratto.

⁶⁶⁰Potendosi affermare, ormai pacificamente, che non può essere limitato alle sole cause d'invalidità cui fa espresso riferimento l'art. 1338 c.c., come si è già avuto modo di analizzare in precedenza. Come osserva MANTOVANI, op. cit., pag. 241: "...il generico richiamo al principio di ragionevolezza consente già una prima delimitazione dell'ambito del dovere: oggetto di comunicazione sono, anzitutto, le circostanze essenziali, quelle cioè che rivestono una oggettiva importanza nel quadro dell'assetto di interessi programmato, e altresì le circostanze che, in relazione alla natura del contratto e alla qualità delle parti, appare ragionevole rivelare e rispetto alle quali ciascuna si attende di essere informata."

⁶⁶¹ BENATTI, La responsabilità precontrattuale, cit., pag. 44.

⁶⁶² BENATTI, op. ult. cit.; GALGANO, Diritto privato, cit., pag. 288; anche MERUZZI, in Regole di validità e regole di condotta, cit., pag. 960, parla di un onere di autoinformazione.

⁶⁶³ L'errore circa la convenienza economica del contratto, ad esempio, resterà a carico della parte negligente.

procurarsi, ciò non integra una scorrettezza in contrahendo e per cui non sorge responsabilità precontrattuale. Individuato anche questo limite, risulta circoscritto l'ambito di operatività della fattispecie di vizio incompleto che si sta trattando: esso integra tutte quelle fattispecie non qualificabili come dolo, vizio tipico del consenso, ma solamente fino al punto in cui il contegno riprovevole dell'altra parte possa intendersi come scorrettezza precontrattuale, cioè qualora sia tale da violare il dovere di informazione, come precisato nei termini anzidetti, e sia tale da determinare un contratto non conforme all'interesse dell'altra parte. Fuori da quest'area, il comportamento moralmente censurabile dovrà considerarsi giuridicamente irrilevante.

4.2.3. (...segue) La soluzione delle Sezioni Unite in relazione alla differenza tra regole di validità e regole di correttezza.

Le regole di comportamento di cui si è discusso nei paragrafi precedenti, hanno natura imperativa. Questo carattere, al quale ci si vuole riferire è rintracciabile nelle norme che sono "inderogabili dall'autonomia privata perchè sono poste a tutela di un interesse pubblico". Tale "interesse pubblico generale deve essere dedotto attraverso un'azione ermeneutica, dalla valutazione e dallo scopo precettivo delle norme. Le norme contenute nel Tub e nei Regolamenti della Consob in materia devono essere considerate imperative, in quanto poste dal legislatore a salvaguardia di un interesse pubblico generale rappresentato dall'esigenza di tutela dei risparmiatori, del risparmio pubblico, dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari; tutti beni, riconducibili al valore pubblico dell'economia nazionale. La caratteristica dell'imperatività di queste disposizioni viene fatta derivare dalla considerazione che il fondamento della normativa disciplinante l'intermediazione mobiliare trova ragione solamente nella tutela degli interessi degli investitori considerati uti singuli, ma anche dei più generali interessi al risparmio pubblico, considerato come elemento di valore dell'economia nazionale e all'integrità dei mercati."

In questo senso si è espressa la Suprema Corte di Cassazione nella sentenza delle Sezioni Unite del 19 dicembre 2007, n. 26724

Nel corso degli ultimi anni, a causa del contenzioso sorto soprattutto in tema di violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziaria, si è formato un orientamento giurisprudenziale di merito favorevole ad applicare a tali fattispecie il disposto di cui all'art. 1418, 1 co.c.c. Si era in particolare palesata la necessità di superare la distinzione tra regole di validità degli atti e regole di correttezza dei comportamenti quantomeno in quei rapporti contrattuali che si connotavano per una significativa disparità di forze tra le parti. Il tutto aveva come base l'assunto che la parte debole, qualora non le siano fornite informazioni necessarie, non sia in grado di determinarsi consapevolmente alla stipula del contratto. Si reputa che a fronte di norme di protezione che vietano abusi ai danni della parte debole, il confine tra norme di comportamento e norme attizie si affievolisca. Si vuole cioè dire che muovendo dalla considerazione che la condotta abusiva tenuta dal contraente forte influisca sul consenso della controparte, questa giurisprudenza sostiene che le norme comportamentali non vietano solo l'abuso precontrattuale, ma anche il contratto frutto dello stesso. Di ciò vi sarebbe traccia nelle nullità testuali, all'art. 36 del codice del consumo, ma anche all'art.7 del d.lgs.n. 231/2002 e l'art. 52, c.3 dello stesso codice del consumo, che incidono con la sanzione della nullità degli atti finali quei comportamenti che influiscono sul contenuto del contratto e sull'an della stipulazione. Nel 2007, è intervenuta un'ordinanza, n.3683 del 16.2.2007, della Prima Sezione della Suprema Corte che ha rimesso alle Sezioni Unite la composizione del contrasto giurisprudenziale avente ad oggetto la questione se la violazione degli obblighi gravanti sulle parti nel corso delle trattative, e in specie degli obblighi informativi che la legge pone a carico degli intermediari finanziari nei confronti dei propri clienti, determini la nullità dei successivi contratti per violazione di norma imperativa ex art.1418,co.1.c.c.

Ecco quindi che la Prima Sezione della Corte di Cassazione, preso atto dell'esistenza del contrasto esistente in seno alla giurisprudenza di merito e di legittimità circa le conseguenze derivanti dalla

violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari e consideratala una "questione di massima di particolare importanza" sulla quale è necessario uniformità dell'orientamento giurisprudenziale ai fini della certezza del diritto, ha pronunciato un'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite. A fugare ogni dubbio riguardo alle conseguenze della violazione delle regole informative per la stipulazione di un contratto di intermediazione sono, pertanto, intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007.

Innanzitutto, la Corte ebbe ad affermare la natura imperativa delle regole di comportamento puntualizzando però come questa qualifica non fosse di per se sufficiente a comportare la nullità dei contratti stipulati, tenendo anche conto del fatto che se il legislatore avesse voluto derivare tale conseguenza, avrebbe potuto esplicitamente stabilirlo, non rientrando quindi la fattispecie in quei casi di nullità testuale ex art 1418, terzo comma, c.c.. Tale fattispecie non rientrava neanche nemmeno nelle previsioni dell'art. 1418c.c., secondo comma, considerato che "ove pure si (volesse) ammettere che nella fase prenegoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario (...) (fosse idonea) ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandola, (appariva) arduo sostenere che sol per questo il consenso (mancasse) del tutto."

Per quanto concerne la questione più discussa, ossia se la violazione delle regole di comportamento potesse o meno comportare la nullità virtuale del contratto (intendendosi per contratto, come specificato dalla Corte, il contratto-quadro, dato "il fatto che le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benchè possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto di intermediazione"), la Cassazione riprese la precedente pronuncia n. 19024/2005 confermando la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, e si sottolinea altresì come "i doveri di comportamento in generale, (siano) troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per potere assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite", e sebbene con l'influenza della normativa comunitaria il confine tra regole di comportamento e regole di validità stia diventando più sfumato "un conto è una tendenza un conto è un'acquisizione".

Rinsaldando la distinzione tra regole comportamentali e regole di validità ha quindi circoscritto l'ambito di operatività della nullità virtuale e contemporaneamente ha esteso il rimedio della responsabilità precontrattuale oltre i suoi confini tradizionali, dai casi di trattative infruttuose, in quanto ingiustificatamente interrotte o seguite da un contratto invalido, ai casi di trattative che, per effetto dell'altrui comportamento scorretto, sfociano in un contratto valido ma dannoso. La Corte conclude quindi, negando che alla violazione degli obblighi di comportamento potesse conseguire la nullità del contratto di intermediazione finanziaria, la violazione delle regole di comportamento, sebbene imperative, poteva comportare una responsabilità precontrattuale o contrattuale. Gli obblighi di correttezza precontrattuale in genere, e in particolare gli obblighi informativi, derivano direttamente dal principio generale di buona fede, e in alcuni settori sono anche sanciti in modo esplicito e dettagliato dal legislatore. È quindi indubitabile che in tali casi l'inosservanza di tali obblighi nella fase di formazione del contratto integri violazione di norme imperative. La violazione di queste norme però non comporta la nullità del contratto, si tratta infatti di norme di natura imperativa diverse da quelle rilevanti ai sensi dell'art.1418, co.1, c.c. Tale disposizione pur sancendo la nullità del contratto contrario a norme imperative, nullità virtuale, fa esclusivo riferimento alla violazione di norme imperative inerenti alla struttura del contenuto della fattispecie negoziale oppure alla legittimazione delle parti a stipulare il contratto. Se così è, i comportamenti illeciti tenuti dai contraenti non possono di per sé determinare nullità del contratto, salvo che non sia previsto espressamente dal legislatore. Come hanno evidenziato le Sezioni Unite, la distinzione tra norme comportamentali e norme di validità del contratto è, molto radicata nel nostro ordinamento; per il codice civile, infatti, nonostante l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede, abbia natura imperativa, non contiene tuttavia alcuna norma che sancisca come conseguenza della violazione del predetto obbligo la nullità del contratto. Ferma la possibilità di esperire il rimedio

risarcitorio, in taluni casi e a determinate condizioni il contratto è annullabile o rescindibile, ma, in base a norme codicistiche, mai un comportamento scorretto tenuto in sede precontrattuale potrebbe determinare la nullità radicale del contratto.

La responsabilità è precontrattuale, “non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto”, quando gli obblighi di comportamento “precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto di intermediazione (...) (ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità - mai comunque la nullità-del contratto per vizi del consenso)”, contrattuale quando invece è collegata agli obblighi che “si riferiscono alla successiva fase esecutiva” del contratto di intermediazione. Viene precisato che la responsabilità precontrattuale comporta il risarcimento del danno che “deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione (degli obblighi di comportamento), salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a dett(i) comportament(i) da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto”; mentre “la violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto di intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacchè quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art.1455c.c., condurre alla risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria in corso.”

4.3. La responsabilità precontrattuale.

Una volta chiarita l'impostazione sistematica degli articoli 1337 e 1338 c.c., ed attribuita rilevanza, oltre alle fattispecie tipiche, a qualsiasi scorrettezza *in contrahendo* che abbia avuto luogo nella formazione dell'atto; occorre verificare se tale interpretazione possa estendersi fino all'eventualità in cui si giunga, nonostante la condotta scorretta/sleale, alla conclusione di un valido contratto: nel senso di ipotizzare l'operatività della responsabilità precontrattuale in occasione di un contratto valido ed efficace.¹⁶⁶

Nell'accogliere l'astratta ipotizzabilità di una fattispecie di responsabilità precontrattuale a fronte della conclusione di un contratto-, i sostenitori di tale tesi, hanno dato esplicito riconoscimento al principio di non interferenza tra le regole di validità e quelle di correttezza: la loro reciproca autonomia, si dice, non precluderebbe il sorgere di una responsabilità precontrattuale per fronteggiare quelle scorrettezze determinatesi nella fase formativa del contratto e che, in quanto tali, incidono sulla violazione delle regole di *mero* comportamento e non comportano mai invalidità del negozio¹⁶⁸.

Oltre alla declaratoria di nullità e al rimedio dell'annullabilità del contratto per vizi del consenso, già nelle prime pronunce relative alla responsabilità degli intermediari⁶⁶⁴ la giurisprudenza ha fatto ricorso, senza intaccare il contratto, al rimedio del risarcimento del danno. Tale rimedio, avallato poi dalla Suprema Corte nel 2007, oltre ad avere sollevato voci critiche in termini di efficacia deterrente⁶⁶⁵, presenta aspetti meritevoli di approfondimento, a causa delle complessità in sede di

⁶⁶⁴Si sottolinea come, in una prima fase (le prime sentenze in tema di responsabilità degli intermediari risalgono al 2004), la giurisprudenza prevalente ricorreva più frequentemente al rimedio della nullità, piuttosto che a quello del risarcimento del danno. Ciò, probabilmente, per valutazioni di convenienza ed opportunità, posto che la nullità “virtuale” del contratto rappresenta il rimedio più “agevole” per gli investitori – ed infatti, non a caso, è stato definito come “via breve per la tutela dell'investitore” (PERRONE) -. Ma, come avremo modo di ribadire anche in seguito, la scelta del rimedio più adeguato non può prescindere dalla coerenza con le regole dell'ordinamento giuridico.

⁶⁶⁵ Cfr., in proposito, i commenti critici di MAFFEIS e SARTORI, rispettivamente in Discipline

applicazione concreta, oltre ad implicazioni giuridiche di rilievo, relativamente alle quali le pronunce del 2007 non si sono soffermate.

La responsabilità può infatti assumere, sia, la veste di responsabilità precontrattuale, sia, la veste di responsabilità contrattuale, posto che i doveri dell'intermediario si collocano tanto nella fase precedente la stipulazione del contratto di intermediazione finanziaria, tanto nella fase posteriore alla conclusione dello stesso, in cui l'investitore inoltra ordini di acquisto e di vendita degli strumenti finanziari⁶⁶⁶. Si pone dunque la *questio* dell'individuazione del momento discrezionale che segna il confine tra le due forme di responsabilità. Tali complessità nella qualificazione della responsabilità dell'intermediario presentano conseguenze con riferimento ad alcuni aspetti della disciplina applicabile, quali il termine di prescrizione⁶⁶⁷, il regime probatorio, e l'ammontare dei danni risarcibili⁶⁶⁸.

Tale premessa appare necessaria, in quanto gli aspetti appena delineati saranno oggetto di approfondimento lungo tutto il corso del presente capitolo, anche attraverso l'analisi delle più significative pronunce sul tema.

La responsabilità precontrattuale (o culpa in contrahendo), secondo la nozione accolta da autorevole dottrina civilistica⁶⁶⁹, indica la responsabilità per lesione dell'altrui libertà negoziale, realizzata mediante un comportamento non conforme ai canoni di legalità, correttezza e serietà in sede di trattative e formazione del contratto. Le basi teoriche dell'istituto sono state poste, nella seconda metà dell'Ottocento, dalla dottrina civilistica tedesca⁶⁷⁰ che, al fine di colmare una lacuna

preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte in cui tutte le vacche sono nere, in Contratti, 2008, 403 ss., e La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725, in Il Diritto fallimentare e delle società commerciali, 2008, I, 2° parte, pagg. 1 ss..

⁶⁶⁶Cfr., sul punto, Cass., n. 26725/2007, punto 1.11: "In conclusione, va perciò enunciato il principio per cui la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione nella prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo al risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto di intermediazione finanziaria in questione"

⁶⁶⁷La responsabilità precontrattuale, configurabile per violazione del precetto posto dall'articolo 1337 c.c., viene ricondotta dalla giurisprudenza prevalente all'alveo della responsabilità extracontrattuale, e pertanto ne discende che il diritto a far valere detta responsabilità è soggetto al termine di prescrizione quinquennale di cui all'articolo 2947 c.c.

⁶⁶⁸La giurisprudenza in tema di danno risarcibile, nel contesto della responsabilità precontrattuale, ha statuito che "*i danni risarcibili sono riconosciuti nei limiti del c.d. "interesse negativo", e comprendono le spese inutilmente sopportate nel corso della trattativa in vista della conclusione del contratto, nonché le perdite sofferte per non avere usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto altrettanto o più vantaggioso*" (Cfr., ex multis, Cass. civ., Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632)

⁶⁶⁹GAZZONI F., Manuale di diritto privato, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, pp. 873 – 874; BIANCA C. M., Diritto civile, III, Il contratto, Giuffrè, Milano, 2000, p. 157; GALGANO F., Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti, I, Obbligazioni in genere. Contratti in genere, Cedam, Padova, 1999, p. 552; TORRENTE A. e SCHLESINGER P., Manuale di diritto privato, Giuffrè, Milano, 2018, p. 484; DI BENEDETTO U., Diritto civile: giurisprudenza e casi pratici, Maggioli, Rimini, 1997, p. 508

⁶⁷⁰HERING V. R., Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen, in Jahrbucher fur die dogmatik des heutigen romischen und deutschen

dell'ordinamento, ha elaborato una prima formulazione della culpa in contrahendo quale istituto preordinato a garantire una tutela risarcitoria per i pregiudizi che uno dei contraenti potesse subire in conseguenza del comportamento scorretto dell'altra parte in sede di trattative e formazione del contratto.

La responsabilità precontrattuale trova la propria base normativa nell'art. 1337 c.c., che dettando un generale criterio di comportamento delle parti contraenti, imponendo loro di comportarsi l'una nei confronti dell'altra in modo conforme al canone fondamentale della buona fede intesa in senso oggettivo nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

In tal senso il concetto di buona fede inteso in senso oggettivo, che rileva agli effetti dell'art. 1337 c.c.⁶⁷¹, esprime una regola di condotta secondo lealtà e correttezza, nella duplice accezione negativa, come dovere di astenersi da qualsiasi condotta lesiva dell'interesse altrui, e positiva, come dovere di collaborazione al fine di promuovere o soddisfare le reciproche aspettative.⁶⁷² Per quanto riguarda la delimitazione di tali obblighi, l'orientamento che prevale in dottrina tende a considerare aperto il contenuto della predetta clausola, nel senso che essa costituisce un generico richiamo a fonti esterne all'ordinamento: le norme la cui violazione è fonte di responsabilità precontrattuale sono, cioè, tutte quelle norme non scritte del vivere sociale, poste da doveri morali di solidarietà contrattuale.⁶⁷³

privatrechts, IV, 1861, pp. 1 – 112.

⁶⁷¹ Da precisare, a fini di completezza, che alla buona fede oggettiva rinviano anche gli artt. 1175 (secondo cui “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”), 1366 e 1375 (buona fede rispettivamente nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto), 1358 (buona fede in pendenza della condizione), 1460, co. 2, (buona fede nell'opporre l'eccezione di inadempimento) del codice civile. Da tale accezione oggettiva, si distingue la buona fede cd. soggettiva, ossia la buona fede che rileva come stato soggettivo: secondo autorevole dottrina, in tale accezione soggettiva, la buona fede rileva o come ignoranza di ledere l'altrui diritto, o come erronea convinzione di agire iure oppure ancora come affidamento in una situazione giuridica apparentemente diversa da quella reale (BESSONE M. – D'ANGELO A., voce Buona fede, in Enc. giur., V, p. 1; cfr. anche GIANNINI M. S., L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 142 e ss.). Secondo una tesi meno recente, condivisa da autorevole dottrina (MONTEL A., voce Buona fede, in Noviss. dig., II, p. 602; NATOLI U., Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 18), il concetto di buona fede ha carattere unitario, nel senso che sia l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, sia l'opportunità di tutelare il soggetto che versi in una situazione di errore sono espressione di un medesimo principio etico e giuridico unitario; secondo tale orientamento deve, pertanto, disconoscersi la pretesa distinzione giuridico – concettuale tra buona fede in senso oggettivo ed in senso soggettivo. In particolare, secondo tale orientamento, nelle ipotesi in cui la buona fede viene in rilievo come atteggiamento psicologico, essa implica anche una valutazione del comportamento posto in essere dal soggetto in termini di conformità al canone della correttezza, in quanto l'erronea rappresentazione di una circostanza imprime al comportamento un carattere di correttezza: in altri e più semplice termini, chi è in buona fede agisce correttamente, ossia secondo buona fede, con la conseguenza che non vi è alcuna distinzione tra essere in buona fede e comportarsi secondo buona fede in quanto espressioni del medesimo principio metagiuridico (cfr. BONFANTE P., Scritti giuridici vari, II, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, p. 717).

⁶⁷² Secondo minoritaria dottrina, la buona fede ex art. 1337 c.c. impone solamente obblighi negativi di astensione da comportamenti sleali (BETTI E., Teoria generale delle obbligazioni, I, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 81 – 82).

⁶⁷³ Di particolare interesse è BERTI G., Il principio contrattuale nell'attività amministrativa, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 - 65: secondo l'A., le clausole generali, tra cui in particolare la clausola della buona fede (oggettiva), costituiscono una forma di penetrazione dei valori costituzionali nell'ambito contrattuale. Similmente DI MAJO A.,

L'introduzione del concetto di buona fede oggettiva ha introdotto nel nostro ordinamento un criterio di valutazione della condotta delle parti, nell'ottica di una visione solidaristica del rapporto giuridico⁶⁷⁴.

Inoltre, secondo la giurisprudenza, il ricorso da parte del legislatore al criterio della buona fede oggettiva implica l'irrelevanza dell'eventuale stato soggettivo di buona fede della parte cui si imputa la violazione degli obblighi ex art. 1337 c.c. Ne consegue che, per l'applicazione della disciplina della culpa in contrahendo è sufficiente l'oggettiva contrarietà del comportamento alle regole di correttezza in cui si ritrova l'elemento soggettivo della colpa (c.d. culpa in re ipsa).⁶⁷⁵

Clausole generali e diritto delle obbligazioni, in Riv. critica dir. priv., 1984, p. 560, secondo cui le clausole generali o i principi in esse incorporati sono da considerarsi come "espansione dei principi costituzionali". Cfr. MERUSI F., Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all' "alternanza", Giuffrè, Milano, 2001, secondo cui la clausola generale della buona fede oggettiva implica "un fenomeno di eteronormazione (...) generato dalla duplice esigenza di valutare il sempre più complesso traffico giuridico sulla base di criteri oggettivi e di regolarlo sulla base delle istanze emergenti nell'ambito della costituzione economico - materiale dello Stato" (p. 126). Nel medesimo senso cfr. GAROFOLI R. - RACCA G. M. - DE PALMA M., Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 177 - 178, secondo cui "Le clausole generali sono caratterizzate da una «indeterminatezza intenzionale» che consente all'interprete di adeguare le soluzioni all'evoluzione della coscienza sociale", precisando, tuttavia, che "può risultare utile preconstituire criteri, parametri, casi sintomatici, che possano rappresentare una solida base per la formazione di «pezzi» di diritto giurisprudenziale".

⁶⁷⁴ Cfr. RODOTA' S., Le fonti di integrazione del contratto, Giuffrè, Milano, 1969, p. 115, secondo cui la buona fede oggettiva - quale principio generale dell'ordinamento giuridico - si desume dal principio di solidarietà, introdotto dall'art. 1175 c.c. ed assunto al rango di principio costituzionale in forza dell'art. 2, secondo cui la tutela delle sfere giuridiche dei soggetti impone che l'esercizio dei diritti non possa avvenire in maniera tale da comportare un eccessivo sacrificio degli interessi altrui. Il valore costituzionale assunto dal principio di buona fede implica la possibilità che tale clausola generale sia utilizzata come criterio integrativo del diritto codificato, nelle ipotesi in cui l'applicazione formalistica dello ius strictum non offra un criterio adatto ad una conciliazione degli interessi sostanzialmente corretta (cfr. BIGLIAZZI GERI L., voce Buona fede nel diritto civile, in Dig. disc. priv., sez. civ., II, p. 173, secondo cui l'esigenza di un comportamento conforme al principio di buona fede oggettiva implica la possibilità per l'interprete di correggere il rigore "dello ius strictum tramite una valutazione degli interessi, coinvolti nella singola vicenda, diversa da quella che conseguirebbe al puro e semplice accertamento della formale corrispondenza di un fatto e/o comportamento ad un'astratta previsione di legge (...) [ciò in quanto] l'esigenza di un comportamento corretto sin sostanzialmente non solo in termini di rigore formale, quanto piuttosto come esigenza sostanziale dei rapporti giuridici". Parimenti, NATOLI U., L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza, in Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli, Giuffrè, Milano, 1993, p. 682, secondo cui la valutazione in ordine alla lealtà, correttezza e buona fede della condotta implica "una modificazione - più o meno intensa - di quelle che sarebbero le normali conseguenze dello strictum ius. Ma in che modo ciò avvenga non è possibile stabilire in anticipo, dipendendo dalla considerazione della situazione di fatto, che si verifica in quel momento in cui ha luogo il comportamento che deve essere valutato")

⁶⁷⁵ MERUSI, Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, op. cit., afferma, infatti che "il principio di buona fede oggettiva esprime la tendenza alla "obiettivizzazione" dei rapporti interprivati attraverso la integrazione e il superamento, ad un tempo, della teoria della volontà e della teoria della dichiarazione" (p. 126).

Dal punto di vista meramente oggettivo, il disposto precettivo della buona fede oggettiva che si evince dall'art. 1337 c.c., opera secondo due direttrici: lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto e ciò ha condotto parte della dottrina a distinguere due concetti: le trattative che indicano il complesso di comportamenti e dichiarazioni volti a verificare la possibilità di stipulare o meno un contratto e definirne le condizioni e che pertanto attengono necessariamente alla fase precontrattuale alla formazione del contratto; e la formazione del contratto vera e propria relativa al momento dello scambio di proposta e accettazione.⁶⁷⁶

In generale, secondo l'orientamento maggioritario in dottrina⁶⁷⁷, si propende per un'interpretazione molto estensiva della disciplina in esame, comprendendo tutte le ipotesi in cui, in conseguenza di un comportamento sleale di una delle parti nella fase precontrattuale, non si giunga alla stipulazione di alcun negozio, ovvero si concluda un contratto invalido, inefficace, nonché i casi in cui si stipuli un contratto sì valido ed efficace ma tuttavia non conveniente.⁶⁷⁸ Dal punto di vista soggettivo, il riferimento letterale alle "parti" come si legge nell'art. 1337 cc., ha fatto sì che secondo la dottrina⁶⁷⁹, questi è suscettivo di essere interpretato estensivamente, avendo il legislatore utilizzato un termine generico, senza distinzione né alcun tipo di specificazione; a ragione di ciò è tenuto ad agire secondo buona fede oggettiva qualunque soggetto di diritti, sia esso persona fisica o giuridica, privata o pubblica, nonché ogni terzo che abbia partecipato alle trattative senza poi assumere le vesti di parti sostanziali del contratto stesso⁶⁸⁰.

Considerando la struttura dell'art. 1337 c.c., questa si presta ad un'interpretazione estensiva sia in relazione al profilo oggettivo che soggettivo, nonché in ragione della naturale ampiezza applicativa della clausola generale della buona fede oggettiva, è rimessa alla giurisprudenza il compito di definire le fattispecie concrete nelle quali si sostanzia la responsabilità precontrattuale e le relative sanzioni.

Se da un lato la dottrina riconosce all'art. 1337 illimitate facoltà di applicazione⁶⁸¹, la giurisprudenza riconosce invece nella ingiustificata rottura delle trattative l'unica ipotesi di responsabilità precontrattuale. Dall'art. 1337 c.c., infatti, discende il dovere di non recedere senza giusta causa dalle trattative, quando queste siano ormai ad uno stadio tale da creare nella parte il ragionevole

⁶⁷⁶ Secondo autorevole dottrina tale distinzione è irrilevante dato che al culpa in contrahendo è astrattamente configurabile in relazione a qualsiasi atto obiettivamente finalizzato alla stipulazione di un contratto, cfr. Bianca M., *Diritto civile*, III, op.cit.

⁶⁷⁷ BIANCA M., *Diritto civile*, III, op.cit., p. 162; GAZZONI F., *Manuale*, op. cit., p. 874; RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, II, Giuffrè, Milano, 1974, p. 14; PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Jovene, Napoli, 1973, p. 219.

⁶⁷⁸ Cfr. Cass. civ., I, 29 settembre 2005, n. 19024, in Cd Juris data, 2009, secondo cui la disciplina della responsabilità precontrattuale trova applicazione anche "ai casi in cui la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace ma pregiudizievole per una delle parti". Da precisare che si tratta di un indirizzo giurisprudenziale particolarmente significativo ed innovativo, venendosi a collocare all'interno di un costante orientamento della giurisprudenza – sia di merito che di legittimità – praticamente unanime nell'escludere la configurabilità della responsabilità precontrattuale qualora il contratto possa dirsi validamente concluso (cfr. ex multis Cass. civ., I, 18 maggio 1971, n. 1494, in Mass. Foro it., 1971; Cass. civ., I, 21 maggio 1976, n. 184, in Mass. Foro it., 1976). In senso conforme all'indirizzo accolto dalla cit. sent. 19024/05, cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 14; FRANZONI F., *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ma pregiudizievole*, in *La responsabilità civile*, fasc. 7, 2006,

⁶⁷⁹ BENEDETTO, *Diritto civile*, op. cit., p. 511; STOLFI G., *Sulla colpa "in contrahendo"* dell'Amministrazione pubblica, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, p. 25 – 26.

⁶⁸⁰ GAZZONI F., *Manuale*, op. cit., p. 87.

⁶⁸¹ Cfr., per un'ampia casistica, BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., pp. 162 – 174; Id., *La nozione di buona fede quale comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 205 – 216.

affidamento nella conclusione del futuro contratto. Con riferimento a tale caso sorge il problema di identificare due profili: da un lato in che momento di può dire che le trattative abbiano raggiunto un punto tale da far sorgere il legittimo affidamento nella stipulazione del contratto, dall'altro quando quindi il recesso possa dirsi giustificato in ragione della sussistenza di una giusta causa di recesso. Si tratta di una problematica la cui soluzione dipenderà di volta in volta da un accertamento del giudice in relazione alle diverse circostanze del caso concreto, considerando la qualità delle parti, la natura dell'affare, le modalità delle trattative e ogni altro elemento rilevante. La limitata applicazione della disciplina di cui all'art.1337 c.c., alle sole ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative non appare condivisibile laddove a bene vedere considera il legittimo affidamento della parte limitata alla sola situazione di un'aspettativa di conclusione di un contratto ingenerata dall'altrui comportamento e tutelata dal principio di buona fede. Secondo autorevole dottrina, l'affidamento assume un più ampio significato estendendosi all'aspettativa che l'altra parte si comporti conformemente ai principi generali di correttezza e buona fede oggettiva. Ecco dunque che il legislatore prevede espressamente una particolare ipotesi di responsabilità precontrattuale fondata sul doloso o colposo comportamento del soggetto che "conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte" art.1338 c.c.

In entrambe le fattispecie che si sono evidenziate, si riscontra la lesione dell'interesse alla conclusione di un negozio valido ed efficace poiché, in un caso, le trattative, già molto avanzate, 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. Questa ultima fattispecie rappresenta una nuova frontiera raggiunta dalla giurisprudenza poiché, secondo la tesi tradizionale, il comportamento seppur scorretto assunto nella fase delle trattative non è idoneo a fondare un'ipotesi di responsabilità precontrattuale qualora ad esso segua comunque e in ogni caso la conclusione del contratto, in quanto quest'ultimo, obiettivo delle parti, assorbirebbe le violazioni perpetrate in precedenza.

4.3.1. Gli approdi della giurisprudenza: SS.UU.2007

La natura giuridica della responsabilità precontrattuale costituisce uno dei punti più controversi. Resta fondamentale a questo punto, per delimitare l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale, definire la natura della *culpa in contrahendo*, se questa sia ascrivibile alla categoria giuridica della responsabilità extracontrattuale o contrattuale.

Come confermato dalle Sezioni Unite nel 2007, la responsabilità applicabile alla fattispecie in esame può assumere la veste di responsabilità precontrattuale o contrattuale, a seconda di quali obblighi vengano violati. Vi sono, infatti, alcuni obblighi la cui violazione concerne la fase genetica di formazione del contratto quadro, ed altri obblighi la cui violazione riguarda, invece, l'esecuzione del contratto quadro medesimo.

Dall'analisi della giurisprudenza di merito, emerge una certa confusione in sede di qualificazione della responsabilità come "contrattuale" o "precontrattuale". La questione è di particolare rilevanza, posto che l'individuazione del momento discrezionale comporta conseguenze in termini di ampliamento/riduzione della sfera di applicabilità della responsabilità precontrattuale.

La giurisprudenza prevalente propende per la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, ritenendo che il dovere di buona fede derivi dal più generale precetto del *neminem laedere* e non da un rapporto obbligatorio preesistente⁶⁸². Diversamente opinava l'altra tesi che fondata sulla natura

⁶⁸² 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

contrattuale della presente responsabilità, che 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 trattative⁶⁸³. Esiste, infine, un terzo orientamento che considera la responsabilità precontrattuale un *tertium genus* ma non ha trovato alcun seguito in giurisprudenza a causa delle incertezze che ne deriverebbero in punto di disciplina applicabile. A ben vedere, infatti, è palese come l'individuazione della natura giuridica di questa responsabilità ha importanti conseguenze applicative, in base alle differenze di disciplina sostanziale fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

In particolare, preme rilevare come molte sentenze di merito si limitino a distinguere genericamente tra "violazioni di doveri comportamentali che incidono sulla fase della trattativa" e "violazioni di doveri comportamentali richiesti nell'esecuzione delle prestazioni". Tuttavia, tali pronunce omettono di specificare quale sia il momento da assumere a parametro per la qualificazione della forma di responsabilità, ed in particolare se quest'ultimo debba coincidere con la stipulazione del contratto quadro, piuttosto che con la conclusione dello specifico contratto di acquisto di strumenti finanziari in base all'ordine del cliente.

La giurisprudenza di legittimità ha espresso, sul punto, pareri contrastanti. In un primo intervento, la Suprema Corte ha implicitamente qualificato come precontrattuale la responsabilità derivante da comportamenti del soggetto abilitato antecedenti al conferimento dei singoli ordini di investimento.

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."

⁶⁸³ 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."

Tale orientamento viene però smentito da un *obiter dictum* contenuto nelle pronunce del 2007⁶⁸⁴, che ha ricondotto la responsabilità precontrattuale “*alla fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d’intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti*”.

In un successivo intervento, la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire tale *obiter dictum*, statuendo che “*la violazione delle regole che avviene a seguito del perfezionamento del contratto quadro di intermediazione finanziaria genera responsabilità contrattuale, quand’anche il comportamento non conforme a diligenza si ponga cronologicamente in un contesto anteriore al conferimento degli ordini a cui le norme comportamentali si riferiscono*”.

La giurisprudenza di merito si è perlopiù adeguata a tale indirizzo, anche se si registrano pronunce non conformi, che qualificano come responsabilità precontrattuale la violazione di obblighi anteriori alla stipulazione dei singoli contratti di compravendita di strumenti finanziari, attuativi del contratto quadro.

preme sottolineare come l’orientamento adottato dalla Suprema Corte, che assume a parametro per la qualificazione della forma di responsabilità il momento della stipulazione del contratto quadro, riduce di molto l’area di applicabilità della responsabilità precontrattuale. Pertanto, a mero titolo esemplificativo, riteniamo utile (anche al fine di rendere la trattazione non meramente teorica) individuare alcuni degli obblighi la cui violazione è idonea a determinare una responsabilità *ex* articolo 1337 c.c..

Come già descritto, secondo la giurisprudenza prevalente, solo la violazione di obblighi che si collocano in una fase anteriore alla stipulazione del contratto quadro genera responsabilità precontrattuale. Tali obblighi consistono, ad esempio, nelle regole che impongono obblighi di *disclosure* propedeutici alla conclusione del contratto di intermediazione finanziaria, nella *know your customer rule*, laddove gli obblighi di informazione passiva attengano alla fase precedente alla conclusione del contratto medesimo⁶⁸⁵, negli obblighi volti a prevenire o gestire i conflitti di interessi

Qualora l’inadempimento si collochi invece nella fase attuativa del contratto quadro, come nell’ipotesi in cui non vengano rispettati gli obblighi informativi relativi agli strumenti finanziari sui quali il cliente stia meditando di operare, o laddove non venga compiuta una corretta valutazione di appropriatezza o adeguatezza, la responsabilità dovrà essere qualificata come contrattuale.

Tale criterio di distinzione tra le due forme di responsabilità può suscitare perplessità, posto che tutti gli obblighi di informazione, compresi quelli che si collocano nella fase di formazione degli ordini, sembrano avere funzione “precontrattuale”, intesa, nel settore dei mercati finanziari, come necessità di “*fattiva collaborazione di un soggetto intermediario che conduca l’investitore ad una effettiva conoscenza del prodotto che si accinge ad acquisire*”⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ La giurisprudenza in tema di danno risarcibile, nel contesto della responsabilità precontrattuale, ha statuito che “i danni risarcibili sono riconosciuti nei limiti del c.d. “interesse negativo”, e comprendono le spese inutilmente sopportate nel corso della trattativa in vista della conclusione del contratto, nonché le perdite sofferte per non avere usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto altrettanto o più vantaggioso” (Cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632)

⁶⁸⁵ Cfr. articolo 21, n. 1, del TUF, laddove prescrive che i soggetti abilitati devono “acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre informati”; art. 39, n. 1, del Reg. n. 16190/2007, per cui “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 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 servizio; b) alla situazione finanziaria; c) agli obiettivi di investimento.

⁶⁸⁶ Così GUADAGNO, in “*I confini dell’informazione precontrattuale e la storia infinita dei*

In questo senso si è espressa autorevole dottrina⁶⁸⁷, secondo cui “gli obblighi di informazione della banca sono dunque contrattuali dal punto di vista della loro fonte, nel senso che derivano da un contratto tra banca e cliente: il contratto quadro. Dal punto di vista della loro funzione sono invece obblighi precontrattuali, in quanto funzionali alla conclusione di un contratto, ma di un diverso e successivo contratto: lo specifico contratto di acquisto di strumenti finanziari in base all'ordine del cliente, che del contratto quadro costituisce sviluppo e attuazione”.

Tali considerazioni, così come la soluzione offerta dalle Sezioni Unite, meritano di essere condivise, poiché, ex articolo 1337 c.c., il ricorso alla responsabilità precontrattuale si collega alla violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede nelle fase delle trattative, mentre, nel caso di specie, la violazione degli obblighi di informazione si inserisce nel contesto dell'esecuzione di un contratto già stipulato tra le parti (il contratto quadro, stipulato a suo tempo tra intermediario e cliente)

L'orientamento della Suprema Corte, che riconduce all'area della responsabilità contrattuale la violazione di tutti gli obblighi informativi successivi al perfezionamento del contratto quadro, si traduce in un ampliamento dell'area della responsabilità contrattuale, a scapito di quella precontrattuale. Pertanto, riteniamo necessario approfondire le conseguenze di tale inquadramento, attraverso l'individuazione degli aspetti in ordine ai quali la qualificazione della responsabilità - come contrattuale o precontrattuale - appare decisiva. Ad oggi, la questione circa la natura della responsabilità precontrattuale è controversa, anche se, per coerenza di trattazione, si potuto solo dare un cenno.

Sulla base della distinzione tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva, viene affermato il principio di diritto per il quale “la violazione dei primi (ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità, mai comunque la nullità, del contratto per vizi del consenso) è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni e, non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti, per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina e puntualmente riprese dalla citata sentenza di questa Corte n. 19024 del 2005, alla quale si intende su questo punto dare continuità, la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura “ingiustificata” delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

La violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso.”

In conclusione, a bene vedere la distinzione va più propriamente tracciata, non tra norme comportamentali e norme validità, ma tra norme comportamentali e norme imperative ai sensi dell'art. 1418, co.1.c.c., Vi sono infatti regole di comportamento la cui violazione determina invalidità del

contratti di intermediazione finanziaria”, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, fasc. 1-3, 2009, pag. 272.

⁶⁸⁷ Cfr. ROPPO V., in *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione*, cit.

contratto, ma l'invalidità che viene in considerazione è l'annullabilità per vizi del volere (dolo o violenza) o, per incapacità naturale di un contraente che sia conosciuta dall'altro. Le cause di annullabilità, tipizzate dal legislatore ed insuscettibili di estensione analogica, rilevando nella fase del procedimento di formazione del contratto, evidenziano una contaminazione fra regole di validità e regole comportamentali. Il contraente che nel corso delle trattative ha subito l'inganno o la violenza è legittimato, ad esperire sia l'azione di annullamento sia l'azione risarcitoria ex art. 1337c.c.(cumulativamente o alternativamente), ferma la diversità di presupposti delle due azioni, costituiti ai fini del risarcimento, dalla scorrettezza comportamentale ex se, e ai fini dell'annullamento del contratto dalla scorrettezza determinante un vizio qualificato del consenso.

-Preso atto di tale contrasto giurisprudenziale, e del fatto che le sentenze "gemelle" del 2007 in materia di intermediazione finanziaria non prendono posizione sull'argomento, proseguiamo la nostra analisi aderendo all'orientamento giurisprudenziale prevalente (ma non più unanime), secondo cui la responsabilità precontrattuale deve essere inquadrata nell'ambito dell'articolo 2043 c.c..

Ebbene, se è vero che le sopra citate differenze di regime giuridico, oltre alla risarcibilità nei soli limiti del c.d. "interesse negativo", rendono la disciplina della responsabilità precontrattuale sostanzialmente differente rispetto a quella della responsabilità contrattuale, occorre però tenere in adeguata considerazione le peculiarità che caratterizzano il contesto dell'intermediazione finanziaria. Peculiarità che, anticipiamo fin d'ora, tendono ad avvicinare notevolmente le due forme di responsabilità.

In primo luogo, con riferimento al regime probatorio, occorre segnalare la presenza dell'articolo 23 TUF, secondo cui "nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta". Tale ripartizione dell'onere della prova, che comunque non esonera l'investitore dal provare il nesso di causalità tra inadempimento e danno⁶⁸⁸, è assimilabile all'archetipo dell'articolo 1218 c.c., e sembra così condurre ad una distribuzione dell'onere probatorio conforme a quanto previsto in materia di responsabilità contrattuale. In questo senso, l'articolo 23 TUF troverebbe applicazione proprio nei casi di responsabilità precontrattuale, andando a rimuovere una delle più rilevanti differenze tra i due tipi di responsabilità⁶⁸⁹.

Altro aspetto che potrebbe determinare rilevanti discrasie di disciplina è quello relativo ai parametri per la quantificazione del danno, che, come noto, nella materia della responsabilità precontrattuale viene circoscritto "nei limiti dello stretto interesse negativo, 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 ulteriormente vantaggioso"⁶⁹⁰. La giurisprudenza ha però, con particolare disinvoltura, aggirato l'ostacolo,

⁶⁸⁸ L'articolo 23 TUF sembra riguardare unicamente il profilo della diligenza. Per un approfondimento sul tema dell'onere della prova, si rinvia al § 4.1.3.

⁶⁸⁹ Così BERTOLINI, in *Risparmio tradito: una riflessione tra teoria generale del contratto e disciplina dei mercati*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2, 2007, 337 ss.: "La peculiare regola in materia di ripartizione dell'onere probatorio sancita dall'articolo 23, comma 6, TUF, semplifica notevolmente la posizione dell'investitore, così elidendo la differenza più rilevante tra i due tipi di responsabilità – contrattuale ed extracontrattuale – disciplinati dal nostro ordinamento

⁶⁹⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10649; si veda anche Cass. civ., Sez. III, 10 ottobre 2003, secondo cui "la responsabilità precontrattuale, per violazione della regola di condotta stabilita dall'art. 1337 c.c., a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo del contratto, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno è a carico del danneggiato (art. 2043 e 2059 c.c.). Per la relativa valutazione, in considerazione delle caratteristiche tipiche di tale responsabilità, nel caso di ingiustificato recesso dalla trattativa, occorre coordinare il principio secondo il quale il vincolo negoziale e i diritti che ne derivano sorgono soltanto con la stipula del contratto - sì che non è possibile ottenere un risarcimento equivalente a quello ottenibile se il contratto non fosse stato poi

osservando come nell'ipotesi de qua il danno non derivi dalla mancata conclusione del contratto, bensì dalla stipulazione di un contratto "sconveniente"⁶⁹¹, come nei casi ex articolo 1440 c.c. in materia di dolo incidente.

Pertanto, con riferimento alla responsabilità precontrattuale in presenza di contratto validamente stipulato, la Suprema Corte ha "rimodellato" la nozione di "interesse negativo" da assumere a criterio per la quantificazione dei danni, rendendola sostanzialmente assimilabile (se non addirittura coincidente) a quella di "interesse positivo" tipica della responsabilità contrattuale.

In particolare, in virtù di tale indirizzo giurisprudenziale, il risarcimento "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 che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto"⁶⁹².

A tal punto della trattazione, riteniamo opportuno tratteggiare alcune brevi conclusioni.

Abbiamo visto come la giurisprudenza abbia "rimodellato" la nozione di "interesse negativo", assimilandola a quella di "interesse positivo", e abbiamo altresì esaminato gli effetti dell'articolo 23 TUF, che ha di fatto rimediato alla differente ripartizione dell'onere della prova. Tali interventi, volti a ridurre le differenze tra le due forme di responsabilità, sembrano prendere atto della peculiare natura dei doveri dell'intermediario, i quali presentano caratteristiche che pongono la relativa responsabilità a livello intermedio tra responsabilità contrattuale e precontrattuale.

Ebbene, proprio in virtù della complessità del corpus di regole che fissa i doveri in capo all'intermediario finanziario, e della conseguente necessità di delineare un quadro coerente ed unitario in materia di responsabilità (soprattutto con riferimento al regime prescrizione), si auspica l'accoglimento di quella (autorevole) giurisprudenza che colloca la colpa in *contrahendo* nell'alveo della responsabilità contrattuale, e che consentirebbe il superamento di tutte le discrasie sopra delineate.

Tra l'altro, proprio in virtù del recente intervento delle Sezioni Unite sul tema, non è escluso che i giudici di merito, anche nella materia dell'intermediazione mobiliare, decidano di assimilare definitivamente la responsabilità precontrattuale a quella contrattuale.

Infine, preme rilevare come la qualificazione della responsabilità dell'intermediario - come contrattuale o precontrattuale - incida su un altro aspetto di particolare rilevanza: la risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria. In particolare, se si aderisse alla tesi (minoritaria) che qualifica le violazioni successive al contratto quadro, ma precedenti al conferimento dell'ordine,

adempiuto - con quello per cui dalla lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative scaturisce il diritto ad esser risarcito per la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali se non si fosse fatto affidamento sulla conclusione del contratto (cosiddetto interesse negativo)"

⁶⁹¹ Ammettendo la responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente stipulato, la Suprema Corte ha definitivamente sancito la possibilità di richiedere il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, nel caso in cui l'inosservanza di regole comportamentali sia stata precedente alla avvenuta conclusione di un valido ed efficace accordo.

⁶⁹² Cfr. Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024. Conforme, anche Cass. civ., Sezioni Unite, 19 dicembre 2007, n. 26725, nell'inciso: "la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto".

come fonte di responsabilità precontrattuale, si finirebbe in sostanza per riconoscere un ambito di applicazione molto limitato al rimedio della risoluzione per inadempimento. Le Sezioni Unite, che hanno ricondotto alla materia della responsabilità degli intermediari finanziari i principi generali in tema di inadempimento, hanno espressamente contemplato la possibilità che “la violazione dei doveri dell’intermediario riguardanti la fase successiva alla stipulazione del contratto (...) conduca, laddove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall’articolo 1455 c.c., alla risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria in corso”.

Pertanto, secondo tale ricostruzione, la violazione degli obblighi informativi che seguono la stipulazione del contratto quadro, anche antecedenti al conferimento dei singoli ordini di investimento, è idonea a giustificare la risoluzione del contratto stesso. Se ne deduce quindi che il rimedio della risoluzione per inadempimento è ammissibile solo con riferimento al contratto violato, cioè il contratto quadro, e non relativamente ai singoli ordini di negoziazione. La pronuncia risolutoria produce poi, a cascata, la risoluzione del contratto di acquisto “dannoso” per il risparmiatore. Tale orientamento, condiviso da dottrina e giurisprudenza prevalenti, è tuttavia contrastante con la soluzione prospettata da alcuni giudici di merito, che ammettono la possibilità di pronunciare la risoluzione per inadempimento del singolo contratto di acquisto di prodotti finanziari.

⁶⁹³

Chiariti tali aspetti, non può non rilevarsi come il rimedio della risoluzione risulti alquanto agevole per il risparmiatore, se si considera che la pronuncia risolutoria comporta la sicura - ed integrale - restituzione delle somme investite; tuttavia, l’analisi dell’ambito di applicazione di tale rimedio non può prescindere dalla trattazione del tema della gravità dell’inadempimento, calato nel contesto dei contratti di intermediazione finanziaria.

Come noto, infatti, non tutti gli inadempimenti giustificano la risoluzione: la disposizione di riferimento è l’articolo 1455 c.c., secondo cui “Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra”. Preme rilevare come, in molte pronunce di risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria, i giudici non sviluppano adeguatamente tale profilo, limitandosi a mere affermazioni apodittiche (134) o addirittura omettendo il passaggio logico relativo alla “non scarsa importanza” (135).

Interessante è notare come tale carenza di motivazione caratterizzi anche quelle pronunce che invece negano il rimedio risolutorio, come può riscontrarsi in una sentenza del Tribunale di Torre Annunziata (136), ove si afferma che “la violazione di doveri informativi da parte dell’intermediario non può considerarsi grave, ma obbliga soltanto a risarcire il danno subito dal cliente”. Preso atto di tale attitudine dei giudici di merito, cerchiamo ora di individuare, attraverso uno sguardo alla teoria generale della risoluzione per inadempimento, i criteri che in tale contesto rilevano per la valutazione della “non scarsa importanza”.

Sia in dottrina che in giurisprudenza, ad un indirizzo prevalentemente attento a criteri di valutazione oggettivi (137), fondati essenzialmente sull’entità della prestazione non eseguita, se ne contrappone

⁶⁹³ A titolo esemplificativo, in una recente sentenza del Tribunale di Oristano, 28 gennaio 2010, n. 90/10,, il giudice ha stabilito che “la decisione di parte attrice di rinunciare alla domanda risolutoria del contratto quadro, non impedisce di applicare il rimedio alla risoluzione ai singoli contratti esecutivi del primo”. Tale indirizzo giurisprudenziale sembra rispondere alla preoccupazione, sollevata anche dalla dottrina, che la pronuncia risolutoria possa tradursi in realtà per uno svantaggio per il cliente. Infatti, la risoluzione del contratto quadro dovrebbe comportare, a rigore, la risoluzione di tutti i contratti a valle. La giurisprudenza ha tuttavia aggirato l’ostacolo, negando il carattere retroattivo della risoluzione, e attribuendo rilevanza alla qualificazione del rapporto come contratto di durata (ex articolo 1458 c.c.). Si è così giunti ad affermare che “vertendosi di contratto di durata, la risoluzione travolgerà il contratto limitatamente al solo ordine negoziato in difformità agli obblighi di condotta, senza che la risoluzione si estenda ad altri ordini e acquisti posti in essere in forza del contratto base” .

un altro che segue criteri più propriamente soggettivi (138), fondati sulla gravità del pregiudizio arrecato all'interesse del creditore. In particolare, in virtù di tale secondo orientamento, l'applicazione di criteri soggettivi è in grado di sovvertire i risultati dell'approccio oggettivo, se risulta che l'inadempimento, se pur di scarsa importanza secondo standard oggettivi, ha inciso in maniera rilevante sull'interesse di chi lo ha subito.

Negli anni, il criterio oggettivo e quello soggettivo sono stati temperati e utilizzati cumulativamente, anche se spesso i risultati raggiunti sono stati considerati insoddisfacenti (139), per l'ampio spazio di discrezionalità lasciato ai giudici di merito. Ciò ha spinto parte della dottrina (140) e della giurisprudenza a confrontarsi, sempre nella prospettiva dell'indagine sulla "non scarsa importanza" dell'inadempimento, con un ulteriore criterio, e segnatamente con il principio di buona fede contrattuale.

In questo solco si pone una recente sentenza della Suprema Corte (141), secondo cui il principio sancito dall'articolo 1455 c.c. "va adeguato anche ad un criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale. Pertanto la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all'entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione".

Se ne ricava un quadro piuttosto confusionario, che con difficoltà guida l'interprete nella valutazione dell'importanza dell'inadempimento. Oltre a ciò, nello specifico contesto oggetto di trattazione, non possono non individuarsi momenti di specialità, che meritano considerazione nell'applicazione dei principi sopra illustrati. In particolare, tali specialità riguardano la natura del rapporto tra le parti contraenti, che impone l'adozione, da parte del professionista, di particolari salvaguardie nei confronti del cliente che ha intrinseco carattere di "contraente protetto". Inoltre, se, in virtù dei principi generali in tema di risoluzione, la gravità dell'inadempimento deve essere valutata tenendo conto della natura degli interessi soggettivi della parte non inadempiente, occorre rilevare (142) come nel caso di specie gli interessi tutelati siano più ampi, e segnatamente riconducibili all'obiettivo di tutela dell'integrità del mercato.

Ed infatti, tale aspetto è stato messo in luce da alcuni giudici di merito, che hanno affermato la necessità, nella valutazione dell'importanza "non scarsa" dell'inadempimento, di tenere in considerazione soprattutto quegli interessi che non sono esclusivamente riconducibili alla sfera soggettiva del contraente investitore (143). Secondo tale filone giurisprudenziale, l'importanza dell'inadempimento sarebbe dunque riconducibile, più che alla lesione di un interesse soggettivo dell'investitore, alla compromissione dell'equilibrio del rapporto contrattuale; ovvero quando, pur prescindendo dal singolo rapporto obbligatorio con l'investitore teso alla tutela del soddisfacimento individuale, vi sia una lesione del prioritario principio della integrità del mercato (144). Tale formula, seppur generica ed imprecisa, prende atto della presenza, nel contesto di specie, di interessi socialmente meritevoli di tutela, che hanno portato il legislatore ad intervenire attraverso la previsione di una capillare serie di obblighi di fonte legale e regolamentare, proprio al fine di tutelare la "posizione debole" del risparmiatore.

Ciò premesso, riteniamo che ai fini della valutazione della "non scarsa importanza" dell'inadempimento debba assumere pregnante rilievo la considerazione che, con il proprio inadempimento, l'intermediario realizza anche una violazione di obblighi di fonte legale e regolamentare, intorno al quale il legislatore ha costruito il sistema di tutela dell'investitore. In un simile contesto, la gravità dovrebbe essere considerata in re ipsa quantomeno qualora risulti la mancata segnalazione, da parte dell'intermediario, della non adeguatezza dell'operazione rispetto alle caratteristiche dell'investitore (145), o in casi di manifesta violazione della c.d. "know you customer rule" (146), funzionale alla predetta valutazione di adeguatezza. Si tratta di inadempimenti che il legislatore ha implicitamente tipizzato come "gravi", attraverso la predisposizione di norme imperative che addirittura contemplano, nel caso in cui l'operazione risulti effettivamente inadeguata

rispetto al profilo dell'investitore, il divieto di compiere l'operazione stessa. In questo senso, territorio privilegiato per l'applicazione della regola della "gravità in re ipsa" è sicuramente la disciplina della adeguatezza.

Inoltre, ci sembra corretto riscontrare, nelle ipotesi descritte, un "inadempimento definitivo delle obbligazioni primarie o essenziali di una delle parti" (147): si tratta di una forma di inadempimento che, secondo consolidata giurisprudenza, esonererebbe il giudice dall'indicare il motivo per cui l'inadempimento è stato ritenuto di "non scarsa importanza".

In tutti gli altri casi, sebbene la gravità dell'inadempimento non possa essere considerata in re ipsa, sarà possibile presumere l'importanza dell'inadempimento laddove l'insufficiente o inadeguato livello di informazione (148) abbia condizionato la scelta del risparmiatore, tanto da ritenere che, in presenza di una corretta informazione, egli non avrebbe concluso il contratto di compravendita di strumenti finanziari (149).

Ed in questo senso, seppur in tema di principi generali, si è espressa anche autorevole dottrina (150), secondo cui "la formulazione più felice (relativamente alla definizione di gravità dell'inadempimento, ndr) è quella che parla di inadempimento tale per cui, secondo un criterio di normalità, il contraente, se avesse previsto, non avrebbe stipulato. Questa definizione illumina anche il fondamento della risoluzione, che coincide con l'errore di previsione del contraente offeso".

4.4. Gli obblighi di cui all'art. 120 novies T.u.B.

Quella che è la disciplina del responsible borrowing nel decreto legislativo n.72 /2016 si scardina attraverso la disciplina delle informazioni pubblicitarie di cui all'art 120octies, e degli obblighi informativi precontrattuali di cui all'art. 120 novies e dei servizi di consulenza art.120 terdecies.

Avendo già esaminato la disciplina che attiene alle informative pubblicitari, non resta che analizzare compiutamente la disposizione di cui all'art.120 novies t.u.b.

L'attuazione delle norme sulle informazioni precontrattuali nel nostro ordinamento, si è avuta ad opera dell'art.120 novies T.u.b.. L'articolo anzidetto, recepisce quindi gli artt. 13, 14 e 16 della MCD e lo fa dettando una serie di obblighi informativi a carico del finanziatore o dell'intermediario del credito che devono essere resi al consumatore prima della conclusione del contratto di credito.

Dalla lettura della disposizione è prescritto che il finanziatore o l'intermediario del credito metta a disposizione del consumatore "in qualsiasi momento", su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, un documento contenente "informazioni generali" chiare e comprensibili sui contratti di credito offerti. La specificazione dei dati informativi sul contratto di credito che devono essere ricompresi nelle informazioni generali, non viene definito direttamente dal legislatore che, infatti, al sesto comma dell'art. 120 novies, prevede una delega al CICR- su proposta della Banca di Italia- con il compito di stabilire le disposizioni di attuazione con riferimento, tra gli altri, "al contenuto, ai criteri di redazione e alle modalità di messa a punto delle informazioni precontrattuali".

Tali disposizioni sono state oggetto della delibera n.380 del 29 settembre 2016 che, all'art.5- dedicato alla " informativa precontrattuale"- si limita a richiamare, per quanto attiene alle informazioni generali, l'art.13 della direttiva. Una disciplina più dettagliata delle informazioni generali la ritroviamo del *provvedimento Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza nelle relazioni tra intermediari e clienti* adottato dalla Banca d'Italia il 29 luglio del 2009 e modificato da ultimo il 30 settembre 2016 proprio per dare attuazione al Capo I bis del t.u.b. In particolare, la sezione VI bis al n. 5.2.1. contiene un elenco particolareggiato dei dati essenziali⁶⁹⁴ che il finanziatore deve includere nelle informazioni generali che devono essere rese disponibili attraverso un "foglio informativo" standardizzato.

⁶⁹⁴ Testualmente «le informazioni generali includono almeno: a) la denominazione del finanziatore e l'indirizzo della sua sede amministrativa o della succursale con sede in Italia; nel caso di offerta attraverso intermediari del credito, vanno indicati anche il nome e il cognome o la denominazione

Il documento sulle informazioni generali deve contenere, secondo l'art.120 *novies* t.u.b., alcuni dati aggiuntivi; più precisamente le informazioni e le evidenze documentali che il consumatore deve fornire ai sensi dell'art.120-*undecies*, comma 1 ovvero le informazioni di cui il finanziatore o l'intermediario del credito terrà conto per eseguire la verifica del merito creditizio del consumatore, con la precisazione del termine entro il quale devono essere fornite; "dell'avvertimento" che il credito non potrà essere accordato se a valutazione del merito creditizio non potrà essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione; dell'eventuale consultazione di una banca dati, in ossequio alle previsioni dell'art.13 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e, se prestati, della possibilità di ricevere servizi di consulenza.

Procedendo nell'analisi dell'art.120 *novies* t.u.b., si nota al comma 1, che il legislatore nazionale ha attuato la facoltà, prevista all'art.13 della direttiva, di includere tra le informazioni generali elementi ulteriori rispetto a quelli ritenuti essenziali dal legislatore europeo. Attraverso questi elementi che attengono alla fase della valutazione del merito creditizio, pare che il legislatore abbia voluto anticipare in modo diverso rispetto a quanto previsto dalla direttiva n.17/2014/UE, il documento in cui il consumatore viene edotto della necessità di comunicare alcune informazioni relative alle sue esigenze e alla sua situazione finanziarie, o comunque precisare una questione lasciata aperta.⁶⁹⁵

Delle informazioni precontrattuali personalizzate si occupa l'art.120 *novies* che al comma 2 che prevede che il finanziatore o l'intermediario del credito debba fornire al consumatore le informazioni personalizzate necessarie a consentirgli il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere così una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito. Da un confronto con quanto previsto dalla direttiva, si evince che la disciplina

dell'intermediario del credito e, se del caso, del collaboratore di cui si avvale e il numero di iscrizione nell'elenco in cui l'intermediario del credito è eventualmente iscritto, l'indirizzo dell'intermediario del credito e del soggetto che entra in rapporto con il consumatore; b) le finalità per le quali il credito può essere utilizzato; c) la tipologia di garanzie accettate; in caso di ipoteca, va indicata la necessità di una valutazione del bene immobile, la parte che è responsabile della sua esecuzione e i relativi costi per il consumatore; è inoltre indicata la possibilità o meno che il bene immobile sia ubicato in un altro Stato membro dell'Unione europea; d) la possibile durata del contratto; e) le tipologie di tasso d'interesse disponibili, con la precisazione della natura fissa o variabile ovvero derivante dalla combinazione dei due tipi di tasso, e una breve descrizione delle caratteristiche del tasso fisso e del tasso variabile e dei relativi effetti per il consumatore; f) per i finanziamenti in valuta estera, la valuta o le valute estere disponibili, con la spiegazione degli effetti che questi finanziamenti possono avere per il consumatore; g) l'importo totale del credito, il costo totale del credito, l'importo totale dovuto dal consumatore e il TAEG, illustrati mediante un esempio rappresentativo; h) tutte le spese, non incluse nel costo totale del credito, derivanti dal contratto di credito; i) se del caso, la necessità di sottoscrivere contratti relativi a uno o più servizi accessori connessi con il contratto di credito (ad esempio una polizza assicurativa), con la precisazione che questi contratti possono essere acquistati da un fornitore diverso dal finanziatore; j) la possibilità di ricevere servizi di consulenza ai sensi dell'articolo 120- *terdecies* del T.U.; k) le possibili modalità di rimborso del credito, l'importo, il numero e la periodicità delle rate; l) le condizioni per il rimborso anticipato del credito, secondo quanto previsto dagli articoli 120-*ter* e 125-*sexies*, comma 1, del T.U.; m) le informazioni e le evidenze documentali che il consumatore deve fornire al finanziatore ai fini della valutazione del merito di credito ai sensi dell'articolo 120-*undecies*, comma 1, del T.U., e il termine entro il quale esse devono essere fornite, con l'avvertimento che il credito non può essere concesso se il consumatore non fornisce le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione del merito di credito; n) se verrà consultata una banca dati, in conformità dell'articolo 13 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; o) un avvertimento generale circa le possibili conseguenze connesse con l'inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di credito».

⁶⁹⁵ L'art. 20 della direttiva- cui si rinvia.

che si legge in gran parte riprende quanto previsto nella direttiva: le informazioni personalizzate devono essere fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso la consegna del Pies⁶⁹⁶ che deve essere consegnato “tempestivamente” dopo che il consumatore abbia fornito le informazioni necessarie circa le sue esigenze, a sua situazione finanziaria e le sue preferenze, in conformità all’art.120 – *undecies*, comma 1, e comunque in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un’offerta. Al comma secondo dell’art. *novies* 120 t.u.b. è inoltre prescritto che nel caso in cui al consumatore sia proposta un’offerta, vincolante per il finanziatore, questa debba essere presentata su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, debba includere la bozza del contratto di credito e debba essere seguita dalla consegna del Pies qualora il modulo non sia stato fornito in precedenza al consumatore o qualora le caratteristiche dell’offerta siano diverse dalle informazioni contenute nel Pies precedentemente fornito. Tutte queste disposizioni intendono assicurare una congruenza tra il contenuto delle informazioni personalizzate fornite tramite il Pies e l’offerta formulata dal finanziatore, e trovano la propria ratio nell’obiettivo di garantire che nel momento in cui l’operatore creditizio reputi un determinato prodotto adatto alla situazione finanziaria del consumatore e glielo offra, rendendosi quindi disponibile alla concessione del credito, le informazioni trasmesse in sede precontrattuale diventano contenuto del contratto e non sono modificabili a libero piacimento del professionista, assumendo così un ruolo che da mero strumento di promozione della trasparenza assurga a quello di mezzo attraverso il quale determinare il contenuto delle clausole negoziali.

In un’ottica di disciplina generale del contratto, si può affermare che l’offerta vincolante formulata dal finanziatore si concretizza in una vera e propria proposta irrevocabile secondo il disposto di cui all’art.1329 c.c. che, oltre al termine di irrevocabilità, deve indicare gli elementi essenziali del contratto cui si riferisce e l’eventuale ulteriore periodo di efficacia.

Ecco dunque, che la disciplina come si legge nel tub, colma quei dubbi lasciati sospesi dalla normativa europea in ordine all’individuazione delle conseguenze derivanti dalla mancata consegna del Pies e, soprattutto, dalla eventuale incongruenza tra le informazioni contenute nel prospetto informativo e il contratto di credito immobiliare effettivamente concluso, questione, quest’ultima, importante soprattutto laddove non si è provveduto a considerare le informazioni contenute nel prospetto informativo quali parti integranti del contratto di credito.

Tornando alla disciplina di attuazione, ai sensi della sezione VI bis punto 5.2.2. del provvedimento della Banca di Italia del 30 settembre 2016, il fatto della materiale consegna del documento da parte del consumatore deve essere attestata per iscritto o attraverso altro supporto durevole che riporti l’indicazione della data di avvenuta consegna. Tale disposizione sembra motivata dall’esigenza di garantire che il professionista disponga di un documento dal quale emerga che la comunicazione delle informazioni precontrattuali è stata correttamente veicolata prima della conclusione del contratto, per il modo in cui è formulata sembra ammettere che il documento in viene attestata l’avvenuta consegna del Pies possa essere costituito dallo stesso contratto di credito immobiliare che, secondo l’art.117 t.u.b., deve essere concluso per iscritto. In tale ottica, è utile tenere in conto l’orientamento della Corte di Giustizia⁶⁹⁷ che, pronunciandosi su un’ipotesi speculare rispetto a quella che qui si analizza, con riferimento alla disciplina sui contratti di credito ai consumatori, si è

⁶⁹⁶ Il Foglio informativo europeo standardizzato è contenuto dall'allegato 4E al documento Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari ed è disponibile all'indirizzo internet http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/Allegato_4E.pdf

⁶⁹⁷ Sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 18 dicembre 2014, resa nella causa C-449/13, CA Consumer Finance SA vs Ingrid Bakkaus

espressa in modo favorevole alla ammissibilità di una clausola del tenore della norma, distinguendo gli effetti che l'ordinamento nazionale lascia derivare dalla sua previsione.⁶⁹⁸

Dando seguiti al paragrafo 8 della art.14 della direttiva, è previsto che le eventuali informazioni aggiuntive che il finanziatore o l'intermediario del credito debba o voglia fornire al consumatore siano riportate in un documento distinto. In merito alla facoltà che la direttiva comunitaria ha concesso ai legislatori nazionali di scegliere tra l'attribuzione al consumatore di uno *spatium deliberandi* prima della conclusione del contratto, ovvero il diritto di recedere dal contratto concluso, il legislatore italiano ha optato per la prima soluzione. È infatti attribuito al consumatore un periodo di riflessione di almeno sette giorni e statuito che durante il tale periodo l'offerta resti vincolante per il finanziatore. In pendenza di detto periodo il consumatore può decidere di accettare la proposta contrattuale, considerando il periodo di riflessione quale oggetto di un diritto disponibile che assicura al soggetto debole una tutela soltanto minimale, pur valorizzandone dal punto di vista formale l'autonomia contrattuale.

Così come l'art.16 della direttiva, anche la disciplina di attuazione art. 120 *novies* t.u.b. al comma 5, tiene in conto della possibilità che il consumatore abbia bisogno di spiegazioni e chiarimenti da parte dell'operatore professionale al fine di valutare l'adeguatezza del contratto di credito a lui proposto rispetto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria prescrivendo che gli vengano forniti chiarimenti adeguati non precisando però il momento temporale in cui tali chiarimenti possono essere forniti, né le modalità di comunicazioni⁶⁹⁹.

Il CICR ha stabilito, all'art.5, c.2 del d.m. n. 380 del 29 settembre 2016, che il finanziatore si doti di procedure organizzative e di controllo interno aventi ad oggetto le modalità e a portata dell'assistenza da fornire al consumatore, in particolare deve assicurarsi che i chiarimenti rispondano alle domande formulate dal consumatore sulla documentazione precontrattuale fornitagli, sulle caratteristiche del contratto proposto e sugli effetti che possono derivargli a seguito della sua conclusione. Deve assicurarsi, che tali chiarimenti possano essere ottenuti dal consumatore oralmente o comunque attraverso tecniche di comunicazione a distanza che consentano un'interazione individuale e, che siano forniti da persone che siano in possesso di una conoscenza

⁶⁹⁸ In particolare, la Corte distingue il caso in cui, in forza del diritto nazionale, tale clausola negoziale comporti soltanto che il debitore abbia attestato di avere ricevuto la scheda contenente le Informazioni europee di base, dalla diversa ipotesi in cui l'ordinamento nazionale faccia derivare dalla stipulazione di una clausola negoziale di questo tipo il riconoscimento da parte del consumatore della piena e corretta esecuzione degli obblighi precontrattuali incombenti sul creditore, con la conseguenza implicita di dovere dimostrare l'inadempimento di quegli obblighi precontrattuali che invece ha dichiarato essere stati correttamente eseguiti. I giudici della Corte di Giustizia, ritengono che nel primo esempio, la clausola standard non comprometterebbe l'effettività dei diritti riconosciuti dalla direttiva purchè la sua opposizione venga apprezzata come semplice indizio che il finanziatore dovrà avvalorare attraverso uno o più elementi di prova pertinenti e al consumatore sia sempre riconosciuta la possibilità di far valere la mancata ricezione della scheda informativa o l'inadeguatezza della scheda ricevuta al fine dell'esatto adempimento degli obblighi informativi precontrattuali incombenti sul creditore. Nel secondo una simile clausola negoziale non sarebbe ammissibile in quanto determinerebbe una inversione dell'onere probatorio e consentirebbe al creditore di eludere gli obblighi cui è tenuto. Nello stesso senso il par.n.45 delle conclusioni dell'avvocato generale ove è affermato "con tale clausola il debitore attesta semplicemente l'esecuzione di un fatto e non il pieno e corretto adempimento di un obbligo. Parte della dottrina ha rilevato come una simile clausola "sulla base delle coordinate del diritto interno (...) sia nulla in forza del divieto previsto dall'art. 2698 c.c." e che inoltre date le qualità personali del mutuatario che è anche consumatore- una "siffatta clausola può andare incontro alla presunzione di vessatorietà, ai sensi dell'art. 33 lett.t)., c.consumo", così M.M. Francisetti Brodin, Ancora sul c.d. "merito creditizio "nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria"..

⁶⁹⁹ Corte di Giustizia, sentenza 18 dicembre 2014 , causa C-449/13

adeguata e aggiornata sui contratti di credito offerti, così come dei diritti dei consumatori e sulla disciplina adottata ai sensi del decreto.

4.5. La responsabilità del creditore per violazione degli obblighi informativi

Nel rapporto contrattuale fra consumatore e professionista è stata sempre avvertita la necessità di tutelare il contraente debole sin dalle fasi iniziali della 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.

Evidente che il mancato o inesatto adempimento degli obblighi precontrattuali di assistenza e verifica del merito creditizio configurino una fattispecie concreta di responsabilità precontrattuale⁷⁰⁰. A questo punto del lavoro, 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.

Laddove gli obblighi di condotta siano inseriti all'intero di clausole generali, l'interrogativo che sorge è del tipo : quid iursi nel caso in cui i contratti di credito siano conclusi a seguito di condotta scorrette del creditore, oppure abbia questi agito in mala fede? Quali sono gli effetti predicabili in caso di inadempimento degli obblighi di correttezza a prescindere dai poteri delle autorità di vigilanza?

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 causa⁷⁰¹.

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 precontrattuale⁷⁰².

⁷⁰⁰ 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.

⁷⁰¹ 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.

⁷⁰² 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

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 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 esercitata⁷⁰³.

Il grado di diligenza richiesto dalla, nel caso del 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 grave⁷⁰⁴.

La diligenza dell'adempimento dei doveri precontrattuali del finanziatore deve essere misurata in base a questi canoni⁷⁰⁵ mentre deve essere rigettata l'ipotesi ricostruttiva dello status della banca, da cui discenderebbero specifici obblighi di protezione dell'integrità patrimoniale del consumatore.

4.6. I rimedi nell'ambito della normativa sui contratti di credito in violazione degli obblighi precontrattuali

Il particolare *status* dei contraenti che si apprestano a concludere un contratto di credito al consumo, anche relativo a beni immobili residenziali, 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 ai consumatori nel TUB, così come le modifiche apportate dal d.lgs. 72 del 2016, 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.

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 dalla fase precontrattuale, 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

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.

⁷⁰³ L'art. 1176 c.c. individua i canoni per valutare il corretto adempimento di un'obbligazione.

⁷⁰⁴ 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".

⁷⁰⁵ 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 (...)."

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 artt. 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.

Inoltre, gran parte della dottrina propende a escludere il ricorso al rimedio invalidante sulla scorta di un'importante pronuncia ⁷⁰⁶delle 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. 3683/2007⁷⁰⁷.

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 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 una esplicita previsione di nullità, ne consegue che la violazione degli obblighi informativi nella fase delle trattative comporta la nullità del negozio⁷⁰⁸. Alla luce di questi diversi orientamenti, è stata

⁷⁰⁶ Il 19 dicembre 2007 le Sezioni Unite hanno pubblicato due sentenze sul medesimo argomento nr. 26724 e 26725

⁷⁰⁷ “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”.

⁷⁰⁸ 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

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 danno⁷⁰⁹.

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 costituisce 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'avere 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 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."

⁷⁰⁹ 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."

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 negozio⁷¹⁰, salvo non sia espressamente previsto 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 predefinite⁷¹¹”.

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 nullità⁷¹², propende a ricostruire un'ipotesi di annullabilità del contratto a seguito della violazione del dovere di assistenza.

⁷¹⁰ 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 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”.

⁷¹¹ Cit. motivi della decisione par. 1.6 Cass. SU nr. 26725/2007.

⁷¹² 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.

Infatti, nonostante la tipicità delle fattispecie dei vizi del consenso, la ratio della 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 contratto⁷¹³.

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 diritti⁷¹⁴.

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. 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 deceptus⁷¹⁵.

⁷¹³ 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 d'ora 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".

⁷¹⁴ 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. (...)>>.

⁷¹⁵ 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

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. 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 consumatore⁷¹⁶.

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.

La tesi dell'annullabilità del contratto di credito relativo a beni immobili residenziali e più in generale contratti 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 stato adeguatamente assistito nella scelta dell'offerta di credito a lui più appropriata⁷¹⁷.

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”.

⁷¹⁶ 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.

⁷¹⁷ 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

In una non lontana 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 cittadini⁷¹⁸. Più in particolare, 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, ha accentuato il potere dello strumento risarcitorio di rafforzare il carattere operativo delle norme comunitarie antitrust⁷¹⁹. Da questa pronuncia, 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.

I principi enunciati in tema di contrattazione asimmetrica e risarcimento del danno sono affrontati non soltanto dalla più importante istituzione giudiziaria europea: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ma anche dall'organo 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 consumatori⁷²⁰.

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 responsabilità⁷²¹ poiché, a parte alcuni aspetti comuni⁷²², la disciplina sostanziale subisce notevoli variazioni, che si ripercuotono sull'effettività del

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.

⁷¹⁸ 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”.

⁷¹⁹ 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>>.

⁷²⁰ 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.

⁷²¹La 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”.

⁷²² Senza dubbio la struttura dell'illecito che genera il danno è comune a entrambe le fattispecie.

diritto. Le principali differenze sono relative a: la prescrizione, l'ammontare del risarcimento e la ripartizione dell'onere della prova⁷²³.

Il diritto di richiedere il risarcimento del danno contrattuale si prescrive in dieci anni a fronte dei cinque anni previsti per quello extracontrattuale⁷²⁴.

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.⁷²⁵ disciplina un'ulteriore forma di responsabilità, quella cd. precontrattuale che meglio analizzeremo.

4.6.1. (...Segue) Nei contratti di credito al consumo

Anche nelle attività di promozione e negoziazione di contratti di credito (non immobiliare) ai consumatori, l'operatore creditizio è tenuto ad agire osservando una serie di obblighi di comportamento che si sostanziano, per quanto rileva in questa sede, nei doveri informativi da adempiersi in sede precontrattuale (art. 124 t.u.b.) e nell'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore previsto dall'art. 124 bis t.u.b.

Entrambe le disposizioni costituiscono oggetto dell'attuazione della normativa europea più recente sul credito ai consumatori recata dalla direttiva 2008/48/CE ed, in particolare, dagli artt. 5 e 8⁷²⁶.

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 rinvengono 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 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.

⁷²³ 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

⁷²⁴ 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 (...).

⁷²⁵ Cfr. art. 1337 c.c.: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

⁷²⁶ Se l'art. 8 della direttiva 2008/48/CE, rubricato «obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore», si limita a stabilire che «gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base

Così come disposto dall'art. 120 novies, c. 2, t.u.b. che, concerne gli obblighi precontrattuali da osservare nella concessione di credito immobiliare ai consumatori, l'art. 124 t.u.b. prevede che nella fase precontrattuale il finanziatore o l'intermediario del credito⁷²⁷ forniscano al consumatore le informazioni necessarie “*per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato*” e poter prendere così una “*decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito*”. Queste informazioni che devono essere fornite sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore sul mercato e “*se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore*”⁷²⁸.

Il comma secondo dell'art. 124 t.u.b. disciplina la forma ed il contenuto di quelle che sono le informazioni precontrattuali⁷²⁹ che devono essere fornite “*su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori”, di cui all'allegato II della direttiva, e precisa che gli obblighi informativi “si considerano assolti con la consegna di tale modulo*”⁷³⁰. Onde evitare che il consumatore riceva

di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente», è nel considerando n. 26 che si rinviene la ratio di politica del diritto che ispira la previsione dell'obbligo di valutazione. La valutazione del merito creditizio del consumatore è considerata, infatti, una delle «misure appropriate» per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito insieme al ricorso agli strumenti informativi e di educazione del consumatore

⁷²⁷ Tale obbligo, a differenza di quello che prevede la valutazione del merito creditizio del consumatore (di cui è onerato il solo finanziatore), grava su tutti i soggetti con i quali il consumatore si relaziona nella fase negoziale precedente alla conclusione del contratto. Si cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 11/2010, p. 1041 ss.; A. COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *I contratti del consumatore, Istituti di diritto civile*, a cura di Guido Alpa, Milano, 2014, p. 913 ss.

⁷²⁸ L'inciso «se del caso» e la previsione dell'assolvimento dell'obbligo di informazione mediante la consegna del modulo contenente le informazioni europee di base è stato interpretato, da parte della dottrina, come un tentativo fallito di attribuire al consumatore il diritto di ottenere delle informazioni personalizzate perché calibrate sulla propria situazione personale e finanziaria. Si v. sul punto L. MODICA, Art. 124 t.u.b., nel Commentario breve al diritto dei consumatori², a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013, p. 1708 ss. Alcuni interpreti, invece, hanno ritenuto che le informazioni precontrattuali, sebbene fornite mediante il modulo prestampato, «debbono essere personalizzate, in quanto il creditore (...) deve tenere conto delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, al fine di consentirgli di raffrontare le varie offerte e di prendere una decisione con cognizione di causa». In questi termini, E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 64.

⁷²⁹ I dati informativi sono precisati dalla sez. VII, par. 4.2.1 e 4.2.2.1 del Provvedimento della Banca d'Italia “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, modificato il 30 settembre 2016. Tra le informazioni più rilevanti si segnalano: il tipo di contratto di credito; la denominazione del finanziatore; i dati identificativi dell'intermediario del credito eventualmente coinvolto nell'offerta dei contratti di credito; l'importo totale del credito e le condizioni di utilizzo; la durata del contratto; il tasso di interesse; il TAEG e l'importo totale dovuto dal consumatore (mediante esempio rappresentativo); importo, numero e periodicità delle rate; tutte le spese derivanti dal contratto di credito. L'indicazione completa è contenuta dal par. 4.2.2.1 lett. da a) ad s) ed alcuni dei dati ivi contemplati devono essere inseriti nel contratto a pena di nullità secondo quanto prevede l'art. 125 bis, c. 8, t.u.b.

⁷³⁰ documento deve essere redatto secondo il modello contenuto dall'allegato 4C al Provvedimento della Banca d'Italia “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancarie finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” modificato il 30 settembre 2016. Il modello è consultabile sul sito della Banca d'Italia. Alcuni autori hanno ritenuto che la ratio dell'obbligo di fornire le informazioni

informazioni eccessive, e che la sua attenzione venga focalizzata su elementi del rapporto che il legislatore ritiene secondari rispetto a quelli contenuti nelle informazioni europee di base, si prevede che ogni informazione aggiuntiva che il finanziatore o l'intermediario intenda comunicare al consumatore, venga fornita mediante un documento distinto che può essere allegato al modulo riproduttivo delle informazioni europee di base⁷³¹.

Il c. 4 dell'art. 124 t.u.b. stabilisce, inoltre, che il consumatore, oltre ad avere il diritto di ricevere il modulo contenente le informazioni europee di base, può ottenere, su richiesta e gratuitamente, la bozza del contratto di credito, a meno che il finanziatore o l'intermediario abbiano deciso, al momento della manifestazione dell'istanza, di non concludere il contratto di finanziamento.

Dato il carattere *standardizzato* dell'informazione (nella disciplina del credito al consumatore come in quella del credito immobiliare), al fine di assicurare un livello di “*comunicazione*” tra consumatore e professionista più lungo ed completo, rispetto a quello che si esaurisce con la consegna del documento informativo e, nell'ottica di garantire l'effettiva comprensione delle informazioni che vengono fornite tramite la consegna del modulo informativo, l'art. 124 al comma 5, stabilisce che il finanziatore o l'intermediario del credito forniscano al consumatore “*chiarimenti adeguati*”⁷³² al fine di permettergli di valutare se il contratto di credito proposto sia o meno adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria⁷³³.

Tali chiarimenti, come abbiamo avuto modo di analizzare, possono essere prestati anche attraverso un'illustrazione di quelle che sono le caratteristiche delle informazioni precontrattuali che devono essere fornite mediante il modulo informativo, nonché i caratteri essenziali dei prodotti proposti, gli effetti specifici che possono derivare al consumatore dal loro acquisto e le conseguenze che possono verificarsi a suo⁷³⁴ carico nel caso di inadempimento dell'obbligo restitutorio della somma mutuata.

precontrattuali mediante il modello informativo europeo standardizzato – permettendo al consumatore di operare un confronto tra le offerte di tutti gli operatori creditizi – risiede principalmente nella tutela del mercato. Le informazioni precontrattuali sarebbero infatti volte ad evitare che «il consumatore compia scelte irrazionali, omettendo di optare per le offerte oggettivamente migliori e convenienti». In questi termini G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori», cit., p. 270. Si cfr. anche G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori, cit., p. 312.**

⁷³¹Nonostante la previsione di tale accorgimento, parte della dottrina sostiene che la possibilità di fornire informazioni ulteriori possa compromettere comunque la comparabilità dei dati contenuti nel modulo standard. Si cfr. su tali osservazioni, M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione, cit., p. 55 ss. (ed in particolare p. 62).*

⁷³²Come si è visto, di «chiarimenti adeguati» parla anche l'art. 120 novies, c. 5, del t.u.b. sugli obblighi precontrattuali da adempiere nella concessione di contratti di credito immobiliare ai consumatori, che ha recepito con formula pressoché identica l'art. 16 della direttiva 2014/17/UE («spiegazioni adeguate»).

⁷³³L'obbligo di fornire chiarimenti individualizzati, a differenza di quello concernente le informazioni che devono essere veicolate mediante la consegna del modulo standardizzato – che come si è rilevato è volto principalmente alla tutela del mercato – sarebbe previsto «direttamente ed esclusivamente in funzione della tutela dei consumatori, essendo rivolto ad assicurare che la scelta di costoro 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 relazione alla loro posizione» Così, G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori», cit., p.271 ss.*

⁷³⁴

Parte della dottrina ha rilevato che proprio la specificità di questa informazioni fa sì che non si sarebbe di fronte ad una mera informazione “*intesa nel senso di trasmissione di dati*” ma di una vera e propria “*illustrazione-spiegazione (...) individualizzata*”⁷³⁵.

La determinazione della disciplina secondaria è rimessa alla Banca d'Italia che, in conformità alle deliberazioni del CICR, è chiamata a specificare la disciplina degli obblighi precontrattuali che siano informativi o di chiarimento, relativamente al loro contenuto, ai criteri di redazione, alla portata e alle modalità di messa a disposizione.

Alla Banca d'Italia è inoltre attribuito il compito di verificare il rispetto delle disposizioni contenute nel Titolo VI del t.u.b. (e quindi anche di quelle inerenti agli obblighi precontrattuali di informazione) da parte delle banche e degli intermediari finanziari, e qualora riscontri delle irregolarità, in base all'art. 128 ter t.u.b. ha il potere di adottare provvedimenti inibitori.

A tutela dell'esatto adempimento degli obblighi precontrattuali di informazione (e di quelli in materia di annunci pubblicitari), l'art. 144 t.u.b., modificato di recente dal d.lgs. del 12 maggio 2015, n. 72, commina in particolare una sanzione amministrativa pecuniaria, compresa tra euro 30.000 ed il 10% del fatturato, nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari che abbiano violato quegli obblighi sia nella concessione di credito ai consumatori, sia nella negoziazione di contratti di credito immobiliare ai consumatori⁷³⁶. L'art. 144, c. 8, t.u.b. precisa che le sanzioni prima richiamate si applicano a condizione che le infrazioni abbiano “*carattere rilevante (...) tenuto conto dell'incidenza delle condotte sulla complessiva organizzazione e sui profili di rischio aziendali*”⁷³⁷.

⁷³⁵ M. DE POLI, Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione, cit., p. 67. Intende l'informazione come mezzo volto non solamente ad informare ma anche ad assicurare la comprensione delle informazioni trasmesse E. Brodi, Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori, in Banca, borsa e titoli di credito, 1/2011, p. 246 ss.; Cfr. altresì P. SIRENA E D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Milano, 2016, p. 226 ss. (in particolare pp. 288-292).

⁷³⁶ E' opportuno notare che oltre alla violazione degli obblighi da rispettare nella fase della promozione dei prodotti creditizi e di quelli di informazione precontrattuale, anche l'inosservanza dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore è assistita dalla previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria ma solamente nell'ipotesi in cui essa venga compiuta nella concessione di credito immobiliare ai consumatori. L'art.144t.u.b. richiama infatti l'art. 120 undecies t.u.b. (relativo appunto alla verifica del merito creditizio nel credito immobiliare al consumatore), ma non l'art. 124 bis t.u.b.

⁷³⁷ Il carattere della rilevanza delle infrazioni va valutato alla luce del provvedimento della Banca d'Italia (Disposizioni in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa) emanato il 3 maggio 2016. Nella sezione II, punto 1.1., si precisa che la rilevanza delle violazioni può essere desunta: dalla loro idoneità a determinare significativi rischi legali o reputazionali; dal loro carattere diffuso o sistematico in relazione all'articolazione territoriale o all'operatività dell'intermediario; dalla mancata ottemperanza a richiami o indicazioni dell'Autorità di Vigilanza; dall'inadeguatezza dei presidi organizzativi e di controllo, adottati dall'intermediario, ad assicurare il rispetto della normativa in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni con la clientela. Deve inoltre rilevarsi che il provvedimento della Banca d'Italia richiama – nella sezione I, punto 2 sulle fonti normative – l'art. 144 t.u.b. nella sua interezza, mentre nella sezione II punto 1.1. omette di richiamarne la lettera e-bis che si occupa delle prescrizioni dettate in merito ai contratti di credito immobiliare ai consumatori. La conseguenza è che, limitatamente alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle prescrizioni dettate in merito alla negoziazione di contratti di credito immobiliare, mancano i riferimenti sui quali assestare la valutazione di rilevanza delle violazioni. Il provvedimento è consultabile all'indirizzo internet <http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/pro->

Al di là delle sanzioni di tipo amministrativo, di cui si è dato conto, il comportamento del creditore o dell'intermediario che non adempia agli obblighi informativi previsti dall'art. 124 t.u.b., o che vi adempia in modo inesatto (tardivamente o in modo incompleto), può integrare una pratica commerciale ingannevole ex art. 22 del codice del consumo tutte le volte in cui il comportamento sia tale da essere idoneo ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso, con la conseguenza, per i consumatori, di potere ricorrere alla tutela amministrativa e giurisdizionale di cui all'art. 27⁷³⁸.

In particolare si ritiene che la comunicazione incompleta delle informazioni previste dall'art. 124 t.u.b. e, a fortiori, la mancata comunicazione dei dati informativi costituiscano sicuramente una omissione ingannevole dal momento che, in virtù dell'art. 22, c. 5, del codice del consumo, “tutte le informazioni che specifiche e apposite disposizioni di diritto europeo impongono di fornire ai consumatori nella fase precontrattuale devono considerarsi “rilevanti”, sicché l'indispensabilità di tali informazioni ai fini dell'assunzione di una “decisione di natura commerciale consapevole” da parte del consumatore è in re ipsa”⁷³⁹.

4.6.2. Violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio.

La violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore costituisce inosservanza di un obbligo precontrattuale dato che il suo adempimento, nel modello di contrattazione delineato dal legislatore comunitario e nazionale, deve essere eseguito dal mutuante nella fase delle trattative negoziali proprio per la funzione che gli è assegnata.

Si è già messo in evidenza come il ruolo riservato al controllo di meritevolezza creditizia non si risolva infatti solamente nell'obiettivo di garantire una corretta allocazione delle risorse; in quanto la valutazione in parola è volta anche a tutelare il consumatore da prevedibili situazioni di sovraindebitamento, profilo, quest'ultimo, che si atteggia soprattutto come dovere di protezione⁷⁴⁰.

Nonostante quello di valutazione del merito creditizio sia obbligo precontrattuale, deve rilevarsi, adottando una visione globale dell'intero rapporto contrattuale, rileva che è principalmente nella

[sanz/PRO_SANZ2.pdf](#) Deve precisarsi, inoltre, che al fine di garantire una maggiore aderenza e proporzionalità delle sanzioni irrogate ai benefici ottenuti da parte di banche e intermediari grazie alla violazione delle regole di comportamento, il c. 9 dell'art. 144 t.u.b. stabilisce che qualora i vantaggi ottenuti siano superiori al massimale già indicato, «le sanzioni sono elevate fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto, purché tale ammontare sia determinabile».

⁷³⁸ Con provvedimento del 6 settembre 2016, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sanzionato un istituto bancario per aver indotto alcuni consumatori, che intendevano accedere all'erogazione di mutui immobiliari o di liquidità, ad acquistare un prodotto finanziario denominato “mutuo soci” che prevedeva che il consumatore, al fine di ottenere un tasso di interesse meno elevato di quello normalmente praticato, dovesse acquistare dei pacchetti minimi di azioni emesse dallo stesso istituto bancario ed aprire un conto corrente collegato al mutuo. L'Autorità ha qualificato tale prassi «pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 3-bis, 24 e 25 del Codice del Consumo».

⁷³⁹ In questi termini G. DE CRISTOFARO - F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 314, nota. n. 74

⁷⁴⁰ Stante la qualificazione dell'obbligo in parola quale obbligo di condotta precontrattuale avente fonte legale, il riferimento agli obblighi di protezione è da intendersi solamente con riguardo alla finalità perseguita dal dovere in analisi che è quella di proteggere la sfera giuridica del mutuatario dai danni che possono derivargli dalla conclusione di un contratto di credito non sostenibile.

fase esecutiva di quest'ultimo che si apprezzano gli effetti del suo esatto adempimento e le ricadute del suo inadempimento.

In caso di inesatta valutazione della solvibilità del mutuatario, i termini in cui è possibile apprezzare le conseguenze della conclusione di un contratto di credito attengono alla prevedibilità da parte del mutuante del probabile inadempimento dell'obbligazione restitutoria e, in determinati

casi, alla possibilità che una nuova concessione di liquidità esponga il consumatore a situazioni di sovraindebitamento.

Abbiamo evidenziato, le obiezioni manifestate dalla giurisprudenza e da parte di alcuni orientamenti dottrinali nel riconoscere che la violazione di una regola di condotta possa dare luogo alla nullità del contratto in assenza di una specifica previsione in tal senso da parte del legislatore⁷⁴¹, così come il ricorso all'azione di annullamento sembra assumere un rilievo marginale in quanto la valutazione del merito creditizio compiuta dal professionista non è sostitutiva della libera scelta del mutuatario. Tale rimedio, inoltre, come quello volto alla dichiarazione della nullità del negozio, trattandosi di rimedio ablativo (caducatorio), non valorizza l'interesse del mutuatario alla conservazione degli effetti del contratto

Già la direttiva sul credito al consumo 2008/48/Ce aveva introdotto l'esecuzione della verifica della solvibilità del consumatore/ debitore, ma non aveva regolato le conseguenze dell'eventuale inadempimento di questo obbligo, per cui all'art.23 della direttiva in linea con quanto previsto dal considerando n.47, si limitava a rimettere agli Stati membri la definizione di sanzioni che fossero "efficaci, proporzionate e dissuasive" per punire la violazione delle disposizioni nazionali in materia di credito al consumo. Tuttavia la discrezionalità lasciata al legislatore nazionale difficilmente si coordinava con l'obiettivo di armonizzazione massima a livello europeo. Lo stesso legislatore italiano non aveva ritenuto di intervenire per determinare le conseguenze sanzionatorie dell'omessa valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore che, quindi dipenderanno dalla normativa da parte dei giudici nazionali, attraverso il ricorso ai rimedi civilistici esistenti.⁷⁴² Corre l'obbligo precisare come il nostro sistema civilistico non preveda il divieto di erogare il finanziamento qualora la capacità restitutoria del consumatore risultasse negativa, essendo pacificamente ammessi sia da parte di dottrina che di giurisprudenza la piena validità dei contratti stipulati in tale contesto.

Tuttavia, la violazione dell'obbligo di verifica ha un effetto negativo sul consumatore, che dopo la concessione del credito confida sulla propria capacità di sostenere il piano di rimborso, affidandosi alla valutazione che il finanziatore avrebbe dovuto eseguire prima dell'erogazione.⁷⁴³

Un comportamento scorretto del finanziatore sia che non effettui la preventiva verifica del merito creditizio, sia che conceda il finanziamento in presenza di una valutazione dall'esito negativo, avrà come conseguenza l'erogazione al consumatore di un credito eccessivo rispetto alla sua capacità restitutoria e, a ragione di ciò, potrebbe non riuscire a rispettare gli impegni assunti. Nonostante la mancanza di una specifica disposizione sul punto, la dottrina ha ritenuto opportuno tutelare il consumatore prevedendo che il mancato rispetto da parte del finanziatore di un obbligo di condotta determini la possibilità di poter agire per ottenere un risarcimento danni, in quanto non ha ricevuto tutte le informazioni necessarie per potere giungere ad una decisione ponderata e ciò l'ha portato a contrarre un debito non sostenibile. Salva la prova contraria per il finanziatore, sul quale ricade l'onere di dimostrare che in realtà il consumatore era consapevole invece del rischio dell'intera operazione.⁷⁴⁴ A ragione di ciò una pronuncia del Collegio Arbitrale di Roma del 20 agosto 2013, n.4440, sancisce il risarcimento a favore del consumatore danneggiato, mentre esclude l'annullamento del contratto "considerato che tale sanzione non è stata comminata dal legislatore e non è generalmente applicabile al di fuori dei casi previsti dalla legge". In tale caso il finanziatore non ha rispettato il principio di buona fede e le regole di correttezza professionale dovendo rispondere per responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., infatti, se avesse adempiuto al suo obbligo, il consumatore maggiormente edotto, non avrebbe concluso o avrebbe negoziato a condizioni diverse.⁷⁴⁵

Relativamente alla normativa Relativamente alla normativa sul credito ai consumatori, dottrina e la giurisprudenza prevalente, anche attraverso una valorizzazione dell'importanza dell'obbligo di valutazione del merito creditizio quale obbligo di informazione ex art. 124, c. 5, t.u.b., riconoscono al consumatore cui

⁷⁴² Azadi G, 2015, cit.

⁷⁴³ Pellecchia, E., Dall'inosservanza del sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 92.

⁷⁴⁴ Febbrajo G, 2011 op.cit.; Pellecchia, E., 2012, cit.

⁷⁴⁵ V.C.Giust.Ue, 27 marzo, 2014, causa C-565/12, LCL le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan.

sia stato concesso un finanziamento nonostante una valutazione inesatta della propria solvibilità, il diritto al risarcimento del danno patito a causa della conclusione di un contratto di credito rivelatosi inadeguato e soprattutto pregiudizievole.

Secondo questa impostazione la tutela risarcitoria da inadempimento viene concepita nella tradizionale finalità compensativa⁷⁴⁶ senza assumere i caratteri di un vero e proprio rimedio utile a consentire un adeguamento, posto che il contratto di credito resta vincolante tra le parti alla condizioni pattuite al momento della sua conclusione.

L'art. 124 bis del t.u.b. onera il finanziatore di valutare, prima della conclusione del contratto di credito, il merito creditizio del consumatore sulla base delle informazioni adeguate e nel rispetto delle disposizioni attuative emanate dalla Banca di Italia.⁷⁴⁷ Come già abbiamo avuto modo di analizzare, le informazioni utili alla valutazione del merito creditizio possono essere fornite direttamente dal consumatore, oppure possono essere ottenute consultando puntuali banche dati.⁷⁴⁸ La valutazione del merito creditizio, che abbia un esito positivo, è svolta nell'interesse del professionista che la esegue al fine di verificare le probabilità di ottenere la

⁷⁴⁶ Il tema è particolarmente attuale se si considera anche la recente ordinanza del 16 maggio 2016, n. 9978 con la quale la prima sezione della Corte di Cassazione ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, la questione della compatibilità con l'ordine pubblico delle sentenze straniere che fanno applicazione dei c.d. danni punitivi. Si v., in argomento, C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere giuridico*, 7/2016, p. 912 ss. Si cfr. altresì L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Diritto civile contemporaneo*, 30 gennaio 2017.

Il S.U., per quanto qui rileva, si è pronunciato sulla questione in modo favorevole, con la sentenza n. 16601, del 5 luglio 2017 confermando la funzione della responsabilità civile di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito una lesione e ricomprendendovi, al ricorrere di determinati presupposti, anche la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria.

⁷⁴⁷ La valutazione deve essere compiuta nel rispetto delle regole contenute nella sezione VII, par. 4.3.e 4.4. del Provvedimento della Banca d'Italia Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, modificato il 9 febbraio 2011 e, successivamente per l'attuazione del nuovo capo I bis t.u.b. sul credito immobiliare ai consumatori, il 30 settembre 2016. Il par. 4.3. quando la valutazione viene compiuta dalle banche rinvia alle disposizioni della Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 (Istruzioni di vigilanza per le banche), Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato A, paragrafo 2. Quando la valutazione viene svolta dagli intermediari finanziari di cui al titolo V t.u.b., invece, dovranno essere rispettate le prescrizioni previste dalla Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015, Titolo III, Capitolo I, Sezione VII, paragrafo 2. Il rinvio alle tradizionali disposizioni della vigilanza prudenziale è stato criticato in quanto non terrebbe conto della innovatività della disciplina europea sul credito ai consumatori e delle istanze ad essa sottese. Si cfr. R. DE CHIARA, Art. 124 bis, nel Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia³, diretto da F. Capriglione, III, Padova, 2012, p. 1874 ss.

Tra le ulteriori disposizioni rileva anche il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze n. 117 del 3 febbraio 2011 che all'art. 6 prevede che «al fine di evitare comportamenti non prudenti e assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito, i finanziatori assolvono all'obbligo di verificare il merito creditizio del consumatore (...), applicando le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini di una sana e prudente gestione dei soggetti vigilati dagli articoli 53, 67, 108, 109 e 114 quaterdecies del TUB e delle relative disposizioni di attuazione».

⁷⁴⁸ In dottrina è stato affermato che il mero controllo della banca dati sarebbe insufficiente ai fini del corretto adempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore. Tale considerazione deriva dalla circostanza per cui le banche dati non registrano tutte le operazioni di credito al consumo. Si cfr. S. LA ROCCA, L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore, in *La tutela dei consumatori nella posizioni di debito e credito*, a cura di V. RIZZO, E. CATERINI, L. Di Nella ed L. MEZZASOMMA, Napoli, 2010, p. 251.

restituzione della somma erogata e degli interessi pattuiti.⁷⁴⁹ Stabilendo questo obbligo di valutazione del merito creditizio a carico del mutuante, il legislatore ha preso atto della criticità del sistema del credito dando risposta a quel generale disinteresse in cui stagnava grazie alla concessione di crediti attraverso la conclusione di contratti di massa standardizzati. Quanto alla qualificazione del dovere di valutare il merito creditizio⁷⁵⁰ del consumatore, taluni studiosi sostengono che si tratti di un obbligo di consulenza che comporterebbe il divieto per il professionista di concedere credito tutte le volte in cui dall'esito della valutazione emerga l'insostenibilità del finanziamento⁷⁵¹. Diversamente c'è chi opina che l'obbligo di valutazione del merito creditizio, cui è strumentale l'obbligo di fornire chiarimenti personalizzati di cui all'art. 124, comma 5 del t.u.b., debba intendersi come dovere di messa in guardia consumatore circa l'insostenibilità del finanziamento, ma non comporterebbe una diminuzione del principio di autoresponsabilità⁷⁵² del consumatore stesso che manterrebbe comunque la scelta finale sull'opportunità di concludere il contratto di credito. La dottrina ha ritenuto di potere qualificare ritrovare nel comportamento dell'operatore che prima dell'erogazione del credito ometta di valutare il merito creditizio del consumatore o che, si determini ugualmente a concedere il finanziamento nonostante l'esito negativo della valutazione compiuta, gli estremi di una pratica commerciale scorretta, sempre laddove sia dimostrata l'attitudine a falsare in misura rilevante il comportamento, nel senso di scelta, della parte debole del rapporto secondo quanto previsto art. 20 del d.lgs. del 6 settembre 2005, n. 206.⁷⁵³

Per quanto attiene alle conseguenze civilistiche della violazione della norma di valutazione del merito creditizio, nel silenzio del legislatore europeo e nazionale, gli interpreti hanno invocato un obbligo risarcitorio

⁷⁴⁹ Tale valutazione, che si attegga nei doveri di istruttoria e monitoraggio, è «comune a tutti i finanziamenti» e costituirebbe una «prognosi doppia» in quanto la verifica ha ad oggetto «anzitutto (...) la probabilità con cui il soggetto che richiede il finanziamento adempirà al proprio obbligo di rimborso». Tale probabilità viene definita «rischio di credito di primo grado». La valutazione si sposta poi, «per il caso in cui si avverasse il rischio di inadempimento, alla probabilità che il patrimonio del finanziato (...) sia idoneo a consentire la soddisfazione coattiva delle ragioni dell'intermediario». Tale giudizio viene definito come «rischio di credito di secondo grado». Si cfr. G. MUCCIARONE, *Finanziamenti: istruttoria del credito e monitoraggio del cliente*, cit., p. 781, (nota. 1).

Non è mancato chi, rimarcando l'idoneità del credito al consumo a porsi quale strumento per funzionalizzare la libertà di risparmio alla realizzazione di determinati valori costituzionali – ne costituirebbe un esempio l'art. 47 della Costituzione che «orienta il risparmio verso alcune utilità (...) particolarmente meritevoli» – ha sostenuto come la richiesta di credito vada valutata non solo in base alla solvibilità del consumatore ma anche in base alla «meritevolezza della utilità che va a soddisfare». Secondo questa tesi, «la sola indagine statistico-probabilistica dell'affidamento economico del singolo debitore (...) non consente di superare la stridente contraddizione che nella prassi esclude dal credito al consumo (...) quelle fasce sociali più bisognose di credito meritevole, mentre (...) si ammettono al credito le fasce sociali dotate di un reddito anche se a rischio di sovraindebitamento». Cfr. in questi termini E. CATERINI, cit.

⁷⁵⁰ Profilo di interesse non esclusivamente dogmatico, dato il riverberarsi della qualificazione prescelta sul tipo di condotta esigibile dal professionista in un eventuale giudizio di responsabilità.

⁷⁵¹ Cfr. R. DE CHIARA, Art. 124 bis t.u.b., cit., p. 1873; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 66-67 ove l'A. sostiene che «il legislatore europeo sembra avere introdotto una sorta di giudizio ex post sul comportamento e sulla professionalità di chi eroga il credito, tale da incidere sul suo diritto al credito stesso; in altre parole, il legislatore comunitario vuole responsabilizzare il creditore, imponendogli un dovere di non concedere credito al consumatore immeritevole di riceverlo»; C. BOITI, *Il principio del prestito responsabile*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit., p. 425 ss. (soprattutto 447-451). Dello stesso avviso sembrano G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 316, *sebbene gli AA. sottolineano l'incertezza di tale qualificazione (nota 85)*; A. COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, cit., p. 913 ss. (in particolare p. 944).

⁷⁵² Si v. S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452 ss.

⁷⁵³ Si v. S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452 ss.

L'inattuazione degli obblighi precontrattuali in capo al finanziatore a titolo di responsabilità precontrattuale⁷⁵⁴. Si è ritenuto di potere escludere, che l'omessa valutazione del merito creditizio e l'erogazione invece del credito in spregio alle risultanze emerse dalla verifica e all'obbligo di avvertimento, possa ripercuotersi sulla validità del contratto di finanziamento in toto.⁷⁵⁵

Il comportamento del professionista operatore del credito, che conceda un finanziamento al consumatore senza aver preventivamente svolto una corretta valutazione del suo merito creditizio o, seppure svolta, non gli abbia comunicato i rischi in cui potrà incorrere a seguito della insostenibilità del finanziamento stesso, integra una violazione del dovere di buona fede nelle trattative ex art. 1337 c.c.c., un'inosservanza della regola di diligenza qualificata prevista dall'art.1176 c.c., c.2, la cui portata nella particolare disciplina della concessione di contratti di credito al consumatore, è completata dall'ulteriore obbligo ex lege di consulenza.

Per quanto attiene al danno risarcibile e alla sua quantificazione, secondo parte di dottrina, si tratterebbe di un danno da perdita di chance, diversamente opinano coloro che sostengono il risarcimento non dovrebbe essere limitato al mero interesse negativo, calcolato sulla differenza con un ipotetico diverso contratto di credito coerente con il merito creditizio, ma dovrebbe compensare tutte le conseguenze patrimoniali indotte sul patrimonio del mutuatario dal credito irresponsabile.⁷⁵⁶

Chiaramente, queste ricostruzioni prevedono una responsabilità del finanziatore per la conclusione di un contratto strutturalmente valido ma sconveniente.⁷⁵⁷

La dottrina che individua il risarcimento danno nella perdita di chance⁷⁵⁸, individua il fondamento della pretesa risarcitoria del consumatore nella circostanza che il contratto di credito concluso "racchiude in sé un rischio,

⁷⁵⁴ Si v. A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 183 ss.; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 67, ove afferma che «il consumatore che abbia ottenuto credito in misura eccessiva per colpa del creditore (che non abbia saputo apprezzare adeguatamente le informazioni correttamente fornitigli dal consumatore e le risultanze delle banche dati) può far valere contro il creditore una «responsabilità risarcitoria con la quale paralizzare (...) la domanda di restituzione del capitale ricevuto formulata dal creditore»; G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 516-517; R. NATOLI, Art. 124 bis t.u.b., cit., p. 1715-1716; G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 62-63 ove l'A. rileva che l'art. 124 bis t.u.b. è una «norma "anfibiologica" (...) che conforma l'attività professionale del finanziatore integrandone lo "statuto" (...) esso, coerentemente non rileva (...) solo quale precetto di sana e prudente gestione (...), fonda, a nostro parere, un vero e proprio diritto soggettivo del consumatore alla valutazione, speculare al relativo obbligo». In senso contrario M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit., p. 55 e ss., che ritiene che in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio troveranno applicazione le sole sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia.

⁷⁵⁵ In senso contrario si cfr. C. IURILLI, *Il credito ai consumatori*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di FIORUCCI, Padova, 2012, p. 461 ss., ove l'A. qualifica la regola di cui all'art. 124 bis t.u.b. come norma imperativa e fa discendere dalla sua violazione una nullità di protezione; ID. Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile, in *Studium iuris*, 5/2014, p. 546 ss., contributo in cui l'A., rilevando la mancanza di causa in concreto del contratto di credito concesso (senza la verifica del merito creditizio) per ripianare una precedente esposizione debitoria del consumatore, ne lascia derivare la nullità al fine di «assegnare la dovuta dignità ad una disposizione che, altrimenti interpretata, assurgerebbe a mero vezzo normativo» (p. 552).

⁷⁵⁶ R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione, Milano, 2012, p. 152 ss.; ID., Art. 124 bis t.u.b., cit., p. 1716; G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 317.

⁷⁵⁷ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo2*, cit., p. 447. Si cfr. anche la recente decisione dell'ABF, Collegio di Roma, del 20 agosto 2013, n. 4440 reperibile all'indirizzo <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2013/08/Dec-20130820-4440.pdf>

quello del sovraindebitamento, che il cliente ben informato non si sarebbe addossato, o almeno non in quella misura". Si tratterebbe di un'ipotesi assimilabile a quella del danno da perdita di chance, in quanto «nell'un caso il danneggiato è illegittimamente privato di un'alea positiva, nell'altro si vede accollato un'alea negativa». Secondo questa tesi, quindi, la chance perduta sarebbe quella di non concludere il contratto, opportunità della quale il consumatore razionale si sarebbe avvalso e di cui, invece, è stato ingiustamente privato a causa dell'inadempimento dell'obbligo di valutazione in parola.

Sotto il profilo dell'onere della prova, partendo dalla considerazione per cui l'interpretazione che si fa della disposizione di cui all'art. 124 bis t.u.b. è tale da far sottintendere l'essenzialità delle informazioni sul merito creditizio ai fini della maturazione di una scelta oculata da parte del consumatore, si potrebbe presumere fino a prova contraria che egli, se correttamente informato, non avrebbe concluso il contratto. La conseguenza è quella di addossare al finanziatore l'onere di dimostrare che, anche se l'obbligo di valutazione del merito creditizio fosse stato correttamente adempiuto, il mutuatario avrebbe in ogni caso stipulato il contratto di finanziamento. Secondo questa ricostruzione, tale onere potrebbe essere soddisfatto dimostrando ad esempio che al momento della conclusione del contratto di credito il mutuatario era consapevole della propria immeritevolezza creditizia in quanto un altro finanziatore aveva precedentemente rifiutato di concedergli credito sulla base degli esiti negativi della valutazione di cui all'art. 124 bis t.u.b.

Il risarcimento del danno andrà quantificato commisurandolo alla perdita della possibilità di concludere un contratto di credito dall'importo inferiore rispetto a quello effettivamente stipulato, ma non potrà in ogni caso eguagliare l'importo del finanziamento ottenuto. Questo orientamento, che tra l'altro ridimensiona l'operatività dell'art. 1227 c.c. applicabile nel caso in cui il consumatore abbia concorso a cagionare il danno omettendo di fornire informazioni che avrebbero consentito al professionista di valutare correttamente la sua meritevolezza creditizia, ritiene che il consumatore potrà richiedere in chiave risarcitoria una "rettifica" del contratto⁷⁵⁹, sostenendo che, laddove ci fosse stata una corretta informazione, si sarebbe concluso un diverso contratto di finanziamento per un importo inferiore⁷⁶⁰ in linea con l'esito della valutazione creditizia.

Diversamente opinava l'orientamento che fonda l'obbligo risarcitorio del professionista nell'aver aggravato la posizione finanziaria del mutuatario; il danno risarcibile, pertanto, non andrebbe individuato e quantificato avendo come parametro di riferimento la differenza rispetto ad un astratto contratto di finanziamento dall'importo esatto rispetto al merito creditizio del consumatore bensì, ampliando notevolmente il novero delle poste di danno risarcibili, "sulle conseguenze pregiudizievoli indotte sul patrimonio del debitore dal prestito irresponsabile"⁷⁶¹. A fronte di una individuazione più ampia dei possibili danni risarcibili, questa tesi fa sì che l'onere probatorio sia in capo al consumatore che dovrebbe dimostrare: da un lato il peggioramento della propria situazione patrimoniale a causa del finanziamento; l'insostenibilità ab origine del credito e, infine, la conoscenza o la conoscibilità di tale situazione di insostenibilità da parte del finanziatore mediante una valutazione diligente del merito creditizio. A differenza del primo approccio, questa dottrina sembra meno sensibile nei confronti dei rischi insiti nel ricorso generale all'applicabilità dell'art. 1227 c.c.

Al di là di questi orientamenti tradizionali che, seppur attraverso approcci diversi soprattutto in punto di qualificazione del pregiudizio subito dal consumatore e in punto di riparto dell'onere probatorio, riconoscono comunque al consumatore il diritto ad un risarcimento del danno derivante dal mancato o inesatto adempimento dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, si aggiunge la posizione di chi, attraverso una

⁷⁵⁸ G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 64

⁷⁵⁹ Sull'istituto, che insieme alla modificazione del contratto rescindibile o risolubile rivela la rilevanza per il nostro ordinamento privatistico del principio di conservazione del contratto, si v., per tutti, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

⁷⁶⁰ G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 67

⁷⁶¹ R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, cit., p. 1716 ove l'A. individua tra le possibili conseguenze risarcibili il pignoramento della casa d'abitazione, la segnalazione a sofferenza alla centrale rischi e l'esclusione dall'accesso a nuove linee di credito.

ricostruzione generale delle dinamiche che conducono alla formazione dell'accordo contrattuale, ha analizzato la possibilità per il mutuante di ricorrere all'annullamento del contratto, valorizzando la rilevanza che ha la mancata o scorretta informazione sulla scarsa solvibilità del consumatore quale profilo incidente sulla maturazione di un consenso pieno⁷⁶².

L'esperibilità dell'azione di annullamento del contratto di credito si giustifica guardando all'errore in cui è incorso il professionista nella valutazione della solvibilità del consumatore, elemento quest'ultimo che costituirebbe "tipica esemplificazione di qualità della persona dell'altro contraente"⁷⁶³ e dunque idoneo ad assurgere ad errore essenziale, ai sensi dell'art. 1429, c. 1, n. 3, c.c. Secondo questa impostazione, dato che la solvibilità del mutuatario farebbe parte del contenuto tipico del contratto di mutuo e degli interessi regolati dal rapporto contrattuale in esame, non occorrerebbe provare che l'errore sulla sua valutazione sia stato determinante del consenso.

Secondo questa tesi, l'errore del mutuante sarebbe un errore "inescusabile" perché derivante dalla violazione di un precetto normativo, l'art. 124 bis t.u.b., "che ben ritaglia il perimetro della sua diligenza professionale"⁷⁶⁴ e soprattutto, per quanto concerne l'attuale sistema codicistico, sarebbe un errore riconoscibile ex art. 1431 c.c. da parte del mutuatario.

La riconoscibilità dell'errore da parte del consumatore si giustifica dal fatto che l'art. 124, c. 5, t.u.b., obbligando il finanziatore e l'intermediario a fornire al consumatore chiarimenti adeguati a permettergli di valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze, presenterebbe la finalità indiretta di sollecitare una valutazione anche da parte del mutuatario in quanto, colmato il gap informativo che lo separa dal professionista, anche egli potrebbe essere in grado di accorgersi dell'errore sulla sua solvibilità in cui è incorso il mutuante.

Ammissa l'annullabilità del contratto, l'orientamento affronta la problematica della possibilità di coordinare l'esercizio dell'azione di annullamento con l'eventuale proposizione di una domanda risarcitoria ex art. 1338 c.c. e, sulla base da un lato della riconoscibilità dell'errore da parte del mutuatario e dall'altro della sua inescusabilità da parte del mutuante, perviene ad una soluzione negativa. Al fine di rimediare agli esiti cui condurrebbe l'accoglimento di una siffatta ricostruzione e tentando di rinvenire un apparato rimediabile che sia conforme alle istanze di protezione che animano la normativa consumeristica di origine europea, l'orientamento in esame propende per un richiamo alle clausole generali dell'abuso del diritto⁷⁶⁵ e del divieto di venire contra factum proprium. Alla luce di ciò, al fine di paralizzare la domanda volta all'annullamento del contratto da parte del professionista che abbia violato un obbligo legale di comportamento e successivamente voglia trarre vantaggio da tale inadempimento attraverso una exit from contract, il consumatore potrebbe evocare una sorta di exceptio doli generalis volta a confermare la validità del contratto, e che legittimerebbe il mutuatario a pretendere il risarcimento del danno patito a causa della scorretta valutazione del proprio merito creditizio ex art. 1337 c.c.

L'orientamento ora esposto che, vuole riconoscere al consumatore un rimedio attraverso il quale paralizzare l'eventuale domanda di annullamento del contratto di credito proposta dal finanziatore (laddove il suo interesse potrebbe non essere soddisfatto con il totale annullamento del contratto) sembra convergere nei fini con l'assetto di interessi sotteso alla norma che si trae dalla lettura dell'art. 18, c. 4, della direttiva 2014/17/UE

⁷⁶² Cfr. M. M. FRANCISSETTI BRODOLIN, *L'art. 124 del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere*, cit., p. 541 ss.

⁷⁶³ Cfr. M. M. FRANCISSETTI BRODOLIN, *L'art. 124 del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo*, cit., p. 562.

⁷⁶⁴ Cfr. ID., *L'art. 124 del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo*, cit., p. 565.

⁷⁶⁵ Sul tema dell'abuso del diritto, senza pretese di completezza, si cfr. F. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2001, p. 537 ss.; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831 ss.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 5/2010, p. 524 ss.; F. PIRANO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., (in particolare) p. 343 e ss.

che, come noto, onera gli Stati membri dell'obbligo di assicurare che il creditore che abbia concluso un contratto di credito con un consumatore non lo risolva o modifichi "a motivo del fatto che la valutazione del merito creditizio era stata condotta scorrettamente".

4.6.3. Segue.(...) La patologia del Pies.

Dal punto di vista del diritto privato, è necessario analizzare le conseguenze derivanti dalla mancata consegna del PIES; dalla dazione di un prospetto che riporti informazioni parziali o false e, soprattutto, dalla eventuale incongruenza tra le informazioni contenute nel prospetto informativo e il contratto di credito immobiliare effettivamente concluso.

Nell'ottica della graduazione dell'informazione⁷⁶⁶, l'intermediario ha l'obbligo di fornire delle informazioni precontrattuali personalizzate, perché corrispondenti allo specifico profilo creditizio del consumatore, mediante il Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES). Il Pies si sostanzia, come abbiamo avuto modo di approfondire, in un prospetto, documentale o su di un altro supporto durevole nell'ottica ormai consolidata di una forma dell'informazione, ha un contenuto analitico vincolato, articolato nelle 15 sezioni in cui si scompone la Parte A dell'Allegato II (§ 2), illustrante i tratti identificativi del tipo di credito offerto. La funzione del Pies, è quella di informare onde evitare l'effetto sorpresa di una consegna del PIES coeva alla stipula del contratto, deve avvenire in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato (§ 1, l. b); diversamente non si avrebbe una decisione contrattuale razionale. Una documentazione separata, per ogni informazione aggiuntiva che il professionista intendesse fornire al consumatore, da allegarsi al PIES.

Con riferimento al caso di mancata consegna del Pies, parte della dottrina ha rilevato che potrebbe ipotizzarsi diversi casi.

In primis si ha la semplice ipotesi, di mancata consegna del PIES. Dottrina⁷⁶⁷ sostiene che siccome l'obbligo informativo si ritiene assolto soltanto colla sua traditio, anche per il caso di contratti a distanza relativi ai servizi finanziari), sembra plausibile supporre, in analogia sistematica col combinato disposto degli artt. 125-ter e 125-bis, c. 1 T.U.B., che si avrà una postergazione del termine per recedere dal contratto, postergazione, tuttavia, sine die per la semplice ragione che il suddetto termine pur sempre inizia a decorrere dal momento in cui il consumatore ha ricevuto tutte le informazioni che secondo la legge gli spettano.⁷⁶⁸

Laddove invece si è in presenza di un documento PIES, terza fattispecie, lacunoso, stante il principio di legalità che regge la nullità per contrarietà a buona fede ex art. 1418, c. 3 c.c., è il rimedio del risarcimento danni ex art. 1337 la sanzione più appropriata per la violazione di una regola di responsabilità, fermo restando naturalmente che se la correlata lacuna *contractus* dovesse involgere l'importo totale del finanziamento ovvero le condizioni di prelievo o di rimborso, è da supporre che, in analogia di nuovo con quanto disposto dall'art. 126-bis, c. 7, si avrà una nullità (testuale) del contratto.

Ancora, se il PIES, dovesse presentare delle informazioni false si ritiene debbano distinguersi due ipotesi: perché, se da un lato la suddetta ingannevolezza può costituire titolo per una responsabilità da contratto valido ma sconveniente; e il caso in cui la falsità attenga invece ai tassi di interesse od alle altre condizioni, in peius rispetto a quanto sia stato pubblicizzato, ha più di un senso pensare che si abbia una nullità delle corrispondenti clausole contrattuali nei termini di cui all'art. 126-bis, c. 7, l. a) T.U.B.

⁷⁶⁶ È l'avviso di RUMI, Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali, cit.

⁷⁶⁷ S.Pagliantini, cit.

⁷⁶⁸ Col dubbio, se non si incista la differentia specifica sulla tipologia dell'operazione creditizia, che non abbia una qualche plausibile ragione il disallineamento con la disciplina generale di un recesso di pentimento ormai provvisto, quand'anche il consumatore non sia stato correttamente informato, di un termine di perenzione annuale: v. art. 53, c. 1, per i contratti a distanza e per quelli negoziati fuori dei locali commerciali ed art. 73, c. 3, in materia di contratti di multiproprietà ed affini.

Infine si può registrare l'ipotesi di una dissonanza tra il PIES ed il successivo contratto di finanziamento, nel senso che il Pies non riproduca in parte qua quanto contenuto nel prospetto o se ne discosti, siccome l'art. 14 non riconosce alle informazioni del prospetto l'attributo di parte integrante del contratto (artt. 49 e 72, c. 4 c. cons.) limitandosi a prescrivere l'obbligo di fornire nuovamente il PIES nel caso le caratteristiche dell'offerta siano diverse (§ 4), dovrebbero essere applicati i rimedi dell'annullamento ex art. 1439 o del risarcimento ex art. 1440 c.c, colla variabile per altro di una nullità parziale necessaria per l'ipotesi, gemella di quella già regolata dall'art. 126-bis, c. 6, di clausole imputanti dei costi al consumatore non inclusi nel TAEG pubblicizzato ovvero inclusi ma non in modo corretto.

Dunque, come si può constatare, un panorama di conseguenze variegato ma che non scantona dallo spartito rimediale contrassegnante la logica di un'informazione unilateralmente protettiva propria di un qualsiasi altro contratto asimmetrico b2c.⁷⁶⁹

⁷⁶⁹ S.PAGLIANTINI, *cit.*

Conclusioni

Parallelamente ai contratti di credito al consumo, la Commissione europea ha monitorato nel corso degli anni i comportamenti degli operatori finanziari nella stipulazione di contratti di credito per l'acquisto di beni immobili residenziali. Al termine dei vari studi, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno emanato il 4 febbraio 2014, la nuova Direttiva 2014/17/UE⁵⁹², volta sia a disciplinare contratti di credito ai consumatori stipulati per l'acquisto di beni immobili residenziali attraverso la predisposizione di rimedi volti ad evitare una concessione irresponsabile dei creditori per l'acquisto di tali beni (apportando anche alcune modifiche alla precedente direttiva n. 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori). Come si è avuto modo di vedere attraverso la direttiva n.17/2014 il legislatore europeo ha inteso armonizzare alcuni aspetti della disciplina dei contratti di credito al consumatore che siano assistiti da diritti di garanzia su beni immobili residenziali o finalizzati all'acquisto o al mantenimento del diritto di proprietà su beni immobili. L'intervento del legislatore comunitario si inserisce tra quelli di "armonizzazione minima", nonostante contenga disposizioni che limitino gli Stati membri in ordine alla possibilità di introdurre o mantenere disposizioni divergenti: si pensi ad esempio alla disciplina relativa al calcolo del tasso annuo effettivo globale e a quella concernente le informazioni precontrattuali personalizzate da fornirsi mediante il prospetto informativo europeo standardizzato. La tipologia di beni oggetto della direttiva coincidono con quelli generalmente acquistati all'interno delle famiglie, ma a differenza di quelli di consumo, hanno un valore economico di gran lunga superiore che quindi porta spesso i consumatori, non aventi disponibilità economiche così importanti, a stipulare presso gli appositi istituti di credito, contratti volti all'acquisto, e si è posto, pertanto, per questi contratti, l'esigenza di garantire una erogazione di credito responsabile ed in favore di soggetti meritevoli. Si è evidenziato come la direttiva mutui abbia predisposto una disciplina più rigida, rispetto a quella presente nella direttiva sul credito ai consumatori n.48/2008/Ce per l'acquisto di beni di consumo, volta favorire da un lato il *responsible borrowing*, dall'altro il *responsible lending*. Per quanto riguarda la disciplina del *responsible borrowing* vi è, infatti, da un lato, in sede pubblicitaria un ampliamento delle informazioni volte a promuovere sia l'istituto di credito, che i prodotti finanziari disponibili sul mercato a chiunque abbia interesse a stipulare un contratto di credito; dall'altro, vi è in sede precontrattuale una migliore erogazione d'informazioni al consumatore-cliente, informazioni che vengono fornite attraverso un modulo informativo personalizzato alle preferenze e condizioni economiche del consumatore (Considerando 41). In merito alla disciplina del *responsible lending* sono state previste, invece, disposizioni più rigide e chiare per quanto riguarda la valutazione del merito creditizio e le sue ripercussioni sul rapporto obbligatorio.

La disciplina del *responsible borrowing*, all'interno della c.d. "direttiva mutui", si caratterizza per una graduale erogazione d'informazioni che inizia da un ambito generale standardizzato, svincolato da una contrattazione vera e propria con un consumatore determinato (all'informazione pubblicitaria sono dedicati gli artt. 11-12, alle informazioni generali l'art. 13), fino ad una qualificata personalizzata serie d'informazioni dirette al consumatore specifico (all'informazione precontrattuale è dedicato l'art. 14), contrassegnate dalla bidirezionalità e circolarità delle notizie fornite da un lato, dal finanziatore, dall'altro dal consumatore. Queste informazioni, sono tutte fornite in modo che il consumatore possa giungere ad una decisione informata, attraverso sia il confronto tra le offerte di credito disponibili sul mercato, sia una valutazione delle diverse implicazioni che possono conseguire una volta stipulato il contratto. Abbiamo analizzato, la prima *tranche* d'informazioni: informazioni pubblicitarie e generali sono erogate a fini meramente conoscitivi e pubblicitari ad un numero indeterminato di soggetti. Dalla lettura del nuovo d.lgs. 72/2016 è emerso come molte questioni non siano in realtà state risolte, in particolare la scelta del legislatore italiano di riportarsi fedelmente al contenuto della direttiva, senza aggiungere nulla e senza integrare alcun passaggio, ha fatto sì che non si affrontassero determinati temi quali il recesso, il collegamento contrattuale nell'ambito dei contratti di credito immobiliari, o soprattutto le conseguenze derivanti dalla mancata o inadeguata o errata valutazione del merito creditizio da parte del professionista.

Proprio quest'ultimo passaggio relativo al non aver affrontato in termini di conseguenze i casi derivanti dalla mancata o inadeguata o errata valutazione del merito creditizio da parte del professionista ha portato a delle riflessioni. La direttiva non avendo individuato rimedi specifici nel caso di violazione degli obblighi di informazione, neppure in merito alle responsabilità del finanziatore o del consumatore, ha rimesso agli Stati membri il compito di definire in sede di recepimento "sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive".

Non sono quindi mancati autori che hanno elaborato delle ipotesi in riferimento alle conseguenze in caso di violazione degli obblighi di informazione; in relazione alla disciplina delle informazioni generali, quelle quindi rivolte ad un pubblico indeterminato e ancora estraneo ad una possibile contrattazione, laddove queste informazioni dovessero risultare lacunose o fuorvianti, si è ipotizzata l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui all'art.20 del codice del consumo e, quindi, della tutela amministrativa di cui agli artt. 21-23 -27 del Codice del Consumo. Qualora poi, tali informazioni siano falsate e determinino un comportamento del consumatore interessato che non si sarebbe verificato nel caso in cui tali informazioni fossero state veritiere, si potrebbe ipotizzare un vizio del consenso sanzionabile con l'annullamento del contratto stesso. Concretamente, tuttavia, non è sempre facile giungere ad una soluzione simile, laddove soprattutto la conclusione del contratto è sempre mediata dall'erogazione delle informazioni personalizzate secondo il disposto di cui all'art. 14 della direttiva, che riguardano sì i medesimi aspetti oggetto delle informazioni generali, ma che li espongono in modo molto più dettagliato e finalizzato. Ecco, quindi, che se l'informazione personalizzata è integra e completa e corrisponde poi all'operazione che effettivamente si conclude, sembra difficile o quanto meno forzato poter sostenere che il contratto concluso sia annullabile per via delle scorrette informazioni generali che si ritiene possano aver viziato il consenso del consumatore in fase anteriore a quella precontrattuale.

Qualora, invece, le informazioni scorrette siano fornite in sede precontrattuale attraverso il modulo personalizzato e creino uno sviamento del comportamento economico del consumatore, si ritiene che esse possano realmente allora aver inciso sulla volontà del contraente, viziandone il consenso. In ultima analisi, si dà il caso in cui si determini una discordanza tra i costi indicati in sede di informazioni generali e quelli rinvenuti nel Pies; in tal caso sarebbe applicabile nel nostro ordinamento la disciplina delle informazioni pubblicitarie di cui all'art. 116 e 117 del T.u.b., secondo cui il contenuto del contratto può sì discostarsi ma solo in *melius* dal contenuto presente nelle informazioni pubblicitarie. In questi casi si avrà, quindi, la nullità delle clausole contrattuali che prevedevano condizioni economiche meno favorevoli in sede pubblicitaria e la sostituzione automatica con le clausole più favorevoli, che quindi vanno a ripristinare lo squilibrio che si è determinato. Qualora poi l'inesattezza delle informazioni generali abbia determinato la mancata conclusione del contratto, si ritiene che il consumatore possa appellarsi alla violazione dell'art.1337 c.c., ovvero alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale del professionista, lamentando un danno nell'aver fatto affidamento nelle condizioni economiche esposte all'interno delle informazioni generali riguardanti quei determinati prodotti, informazioni che poi si sono rivelate fuorvianti in sede di informazioni personalizzate. Nel caso in cui, invece, il contratto sia concluso in assenza di consegna del Pies o con l'erogazione di un Pies mancante delle parti che riguardano la spiegazione di alcuni contenuti economici essenziali del contratto, in entrambi i casi si ritiene che si possa ipotizzare la violazione degli obblighi informativi personalizzati che comporta un'estensione del termine di recesso di cui all'art. 125-*bis* e *ter* del cod.cons.

Si è palesa dunque, la cautela del legislatore europeo e di quello italiano nel pronunciarsi in merito alle responsabilità sia del consumatore che del professionista e nel prevedere sanzioni in merito a tali comportamenti.

La scelta prudente è sicuramente dettata anche dalla delicatezza della materia che si affronta. Se infatti si caricasse di eccessivi oneri in termini di informazione, la figura del finanziatore, si potrebbe avere come effetto quello di un comportamento difensivo e soprattutto di diffidenza dello stesso qualora voglia concedere il credito, con inevitabile danneggiamento per il consumatore che non sarebbe incoraggiato alla stipulazione

responsabile di tali contratti e, quindi, un danneggiamento per il mercato in generale. Se, d'altra parte si caricasse di eccessivi oneri il consumatore, questo comporterebbe una disciplina oltremodo severa per lo stesso, dimenticando che è invece il soggetto debole che deve essere tutelato, dove invece il professionista sarebbe esageratamente tutelato, potendo erogare finanziamenti senza considerare la figura e gli interessi del consumatore. Si può comunque evidenziare che, nonostante le difficoltà del legislatore europeo e nazionale, gli strumenti interpretativi presenti nel nostro ordinamento se coordinati con le norme di derivazione europea, possono prospettare dei margini di tutela ulteriore per il consumatore, avendo come guida il principio di buona fede nella fase delle trattative e nella conclusione del contratto. L'assenza nel nostro ordinamento di un apposito sistema rimediabile, che faccia discendere dalle ipotesi di violazione di un obbligo informativo una sanzione tipica, fa sì che la ricerca della soluzione sia inevitabilmente lasciata all'interprete. Orbene, in un contesto del genere, la dottrina (ma anche, come visto in precedenza, la giurisprudenza) si è sbizzarrita dando vita ad un ventaglio di ipotesi, da taluno definito come l'"ambaradan dei rimedi contrattuali". Ecco dunque che si è dedicato ampio spazio a quello che è il dibattito nazionale tra regole di validità e regole di correttezza, fino alla pronuncia delle SS.UU del 2007, e i risvolti in termini degli effetti che la violazione delle regole di comportamento possono provocare su un contratto valido ma tuttavia sconveniente. Da questo spunto, e per tentare di delineare una soluzione al problema della individuazione delle conseguenze della violazione degli obblighi precontrattuali in senso stretto, dell'omessa valutazione del merito creditizio, o delle patologie del Pies, si è analizzata la disciplina interna e si è ipotizzata l'applicabilità della teoria dei vizi incompleti. L'utilità della teoria dei c.d. vizi incompleti potrebbe perciò rinvenirsi nell'esigenza di evitare che la disciplina dell'invalidità negoziale possa venire facilmente elusa da soggetti che, furbamente, utilizzino tali limiti per concludere contratti con assetti di interessi fortemente squilibrati e pur tuttavia validi; e per fungere da guida per gli operatori del diritto al fine di cristallizzare la nuova fattispecie della responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido, ma sconveniente. Inoltre, gran parte della dottrina propende a escludere il ricorso al rimedio invalidante sulla scorta di un'importante pronuncia 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. L'elaborazione della teoria dei c.d. vizi incompleti ha svolto un'opera di "traino" ai fini dell'avvicinamento delle due discipline (quella precontrattuale e quella relativa al sistema delle invalidità negoziali), portando con sé notevoli conseguenze, anche sul piano giurisprudenziale, tralasciando ancorato ad interpretazioni riduttive della normativa precontrattuale. Per quanto attiene più nel dettaglio alla violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, abbiamo avuto modo di constatare che già la direttiva sul credito al consumo 2008/48/Ce, che pure aveva introdotto l'esecuzione della verifica della solvibilità del consumatore/ debitore non aveva regolato le conseguenze dell'eventuale inadempimento di questo obbligo; pertanto l'art.23 della direttiva in linea con quanto previsto dal considerando n.47, si limitava a rimettere agli Stati membri la definizione di sanzioni che fossero "*efficaci, proporzionate e dissuasive*" per punire la violazione delle disposizioni nazionali in materia di credito al consumo. Tuttavia la discrezionalità lasciata al legislatore nazionale difficilmente si coordinava con l'obiettivo di armonizzazione massima a livello europeo. Lo stesso legislatore italiano non aveva ritenuto di intervenire per determinare le conseguenze sanzionatorie dell'omessa valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore che, quindi sarebbero dipese dalla normativa come applicata dai giudici nazionali, attraverso il ricorso ai rimedi civilistici esistenti. Corre l'obbligo precisare che se è vero che il nostro sistema civilistico non prevedeva il divieto di erogare il finanziamento qualora la capacità restitutoria del consumatore risultasse negativa, essendo pacificamente ammessi sia da parte di dottrina che di giurisprudenza la piena validità dei contratti stipulati in tale contesto, tuttavia, l'importanza della valutazione si ravvisa laddove la sua violazione comporti un effetto negativo sul consumatore sicuramente importante; lo stesso infatti dopo la concessione del credito confidando sulla propria capacità di sostenere il piano di rimborso, affidandosi alla valutazione che il finanziatore avrebbe dovuto eseguire prima dell'erogazione, si ritrova in realtà in uno stato di futura

insolvenza. Un comportamento scorretto del finanziatore sia che non effettui la preventiva verifica del merito creditizio, sia che conceda il finanziamento in presenza di una valutazione dall'esito negativo, avrà come conseguenza l'erogazione al consumatore di un credito eccessivo rispetto alla sua capacità restitutoria e, a ragione di ciò, potrebbe non riuscire a rispettare gli impegni assunti. Nonostante la mancanza di una specifica disposizione sul punto, la dottrina ha ritenuto opportuno tutelare il consumatore prevedendo che il mancato rispetto da parte del finanziatore di un obbligo di condotta determini la possibilità di poter agire per ottenere un risarcimento danni, in quanto non ha ricevuto tutte le informazioni necessarie per potere giungere ad una decisione ponderata ove l'abbia portato a contrarre un debito non sostenibile. Può quindi concludersi considerando che seppure la direttiva mutui si sia inserita in un contesto tentando di colmare lacune, alla luce soprattutto di un'armonizzazione minima su aspetti che se lasciati ai singoli Stati, avrebbero comportato un eccessivo divario di tutela, detta direttiva non si è tuttavia spinta a indicare i criteri sanzionatori. La tutela del contraente debole, infatti, soprattutto nella fase precontrattuale, in termini di "rimedi" per violazioni da parte dell'operatore del credito, sembra essere ancora ancorata alle soluzioni domestiche dei singoli Stati che si trovano quindi a far fronte a recepimenti di direttive che seppure, come è, sono finalizzate alla massima tutela del consumatore, tralasciano poi quello che è l'aspetto dove concretamente si dovrebbe attuare questa tutela, ovvero la fase esecutiva.

Bibliografia

- A. ANTONUCCI, *Commento al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria.*, a cura di F. BELLI, G. CONTENUTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, M. SANTORO, 2003.
- A.A.V.V., *Commentario breve del diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova (Cedam), 2010.
- A.A.V.V., *Commentario al codice del consumo* (a cura di ALPA G e L.ROSSI CARLEO), Napoli, 2005.
- ADDIS M., *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*, in E. MINERVINI E L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007,
- AGABITINI C., *Ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'evoluzione del credito al consumo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010.
- ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?* in *Corriere giuridico*, 1, 2008,
- ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur.dir. priv.*, 2013.
- ALLEGRI V., *L'attività d'intermediazione finanziaria e la sua disciplina*, in Aa.Vv., *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Bologna, 2000.
- ALPA G. – BESSONE M., *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1979.
- ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998.
- ALPA G.- CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998.
- ALPA G.- M.BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni del credito al consumo*, in *Riv.soc.*, 1975.
- ALPA G.- PATTI S., *“Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori”* in *Commentario al codice civile* (a cura di SCHELESINGER), Milano, 2003.
- ALPA G., *ad vocem Consumatore*, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1995
- ALPA G., *Il Codice del consumo*, *Commento*, in *I Contratti*, 2005.
- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2006.
- ALPA G., *Il diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986.
- ALPA G., *ad vocem Credito al consumo*, in *Digesto, disc. Priv., sez.civ.*, Torino, 1989.
- ALPA G., *Ancora sulla nozione di consumatore*, in *I Contratti*, 2001.

- ALPA G., *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. Sc. Soc.*, Vol. III, Roma, 1992, p. 307.
- ALPA G., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, nel vol. coll., *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti : verso una riforma? Le prospettive di novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale* (Atti del convegno per il cinquantenario della “Rivista di diritto civile”), Cedam, Padova, 2006.
- ALPA G., *I diritti dei consumatori e il “Codice del consumo” nell’esperienza italiana*, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 2006.
- ALPA G., *I principi generali*, Milano, 1993.
- ALPA G., *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, di ALPA G., *L’attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contratto e Impresa*, 1994.
- ALPA G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003.
- ALPA G., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Giustizia civile*, 2016.
- ALPA G., ZATTI P., (a cura di) “*Commentario al codice civile. Leggi complementari*”, Cedam, Padova, 1995.
- ALPA G., A. CATRICALÀ, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2016.
- ALPA G.-. ROSSI CARLEO (a cura di), *Commentario al Codice del consumo*, Napoli, 2005.
- ALPAG., *I contratti del consumatore*, Milano, Giuffè, 2014.
- AMBROSINI S. – DEMARCHI P.G., *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, Milano, 2009.
- ANNUNZIATA F., *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari: l’esperienza francese, inglese e italiana*, Milano, 1993.
- ANTONIOLLI L., *Contratti del consumatore nel diritto dell’Unione europea*, in *Leggi di Italia*, 2011 retto da A.CICU-F.MESSINEO-F.SCHLESINGER, Giuffrè, 2014.
- AZADI G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori- Diritto civile* (a cura di P.Rescigno), in *Giur.It.*, 2015.
- BARCELONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1967.
- BALESTRA L., “*Introduzione al diritto dei contratti*”, Il Mulino, 2015.
- BARENGHI A., in *Cuffaro* (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2008.
- BASSO R., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel t.u.b.*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E.GALANTI, Milano, 2008.
- BASSO R., *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, cir.285/2013*, in *Banca di Italia*.
- BELLETTATO S., *Obblighi informatici del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della Direttiva n.2014/17/UE*, in *Studium Iuris*, 3, 2017.
- BELVISO U., *Gli “intermediari finanziari” residuali (tra storia e nomenclatura)*, in *Giur. comm.*, 2000.
- BENATTI F., *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971,

- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.
- BENATTI C. *Direttiva 2014/17/UE-Art. 16 - Spiegazioni adeguate*, in *i Mutui ipotecari nel diritto comparto europeo*, a cura di P.Sirena, in *i quaderni della fondazione italiana del notariato*, 2016.
- BENEDETTI G., *Culpa in contrahendo*, in *Contr.e Impr.*, 1987.
- BENEDETTI G., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.
- BESSONE M., “*Mercato del credito, credito al consumo, tutela del consumatore*” in *Foro It.*, 1980.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1993.
- BIANCA C.M., in *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I.
- BONACCORSI F., *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e responsabilità*, 2008.
- BONZANINI L., *Trasparenza bancaria: dal bisogno di protezione al bisogno di efficienza* in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015.
- BRESCIA C. MORRA, *L'obbligo di “valutare il merito creditizio” nella nuova disciplina del credito al consumo*, in *Studi e Commenti*, IX, Gennaio- ottobre 2010.
- BRODI E. , *Dal dovere di far conoscere al dovere di far “comprendere”: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in «*Banca borsa e titoli di credito*», 2011.
- BRUNO F.- ROZZI A., “*le sezioni unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*”, in *Giur.comm.*, 2008.
- BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, I.
- BUSNELLI F., Note in tema di buona fede ed equità, in *Rivista di diritto civile*, 5/2001.
- CALVO R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/ UE*, in *Corr.giur.*, 2015.
- CAMARDI C., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 6/2013
- CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 408 ss.; EAD., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto privato europeo. Breve excursus sul “contraente debole”*, in *Europa e diritto privato*, 4/2008,
- CAPILLI GIOVANNA, *La Direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di giustizia*, in *I Contratti*, 2008, fasc. 7.
- CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*”, Napoli, 2000.

- CAPOBIANCO E., F. LOGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr.e impr.*, 2011.
- CAPOBIANCO E., *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir.banca e merc.fin.*, 2002, I.
- CAPURRO T., *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, in *Contr. impr.*, 2013,
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile*, Dike Giuridica, Roma, 2013.
- CARRIERO G., *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2007. Torino, 2007.
- CARRIERO G., *Il credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca di Italia*, 1998.
- CARRIERO G., *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II.
- CARRIERO G., *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro It.*, 1992.
- CARRIERO G., *Verso una nuova direttiva sul credito ai consumatori*, in www.ambientediritto.it, 2004.
- CARRIERO G., *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in *Dir. banca e merc.fin.*, 2013.
- CARUSO D., *La culpa in contrahendo*, Milano, 1993.
- CASTRONOVO C.- MAZZAMUTO S., (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, Giuffrè, 2007.
- CATRICALÀ, *Manuale del diritto dei consumatori*, Dike Giuridica, Roma, 2013.
- CATRICALÀ-M .P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013,
- CECCHERINI, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, 2008
- CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, 1997.
- CHERUBINI M.C., *Tutela del "Contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, Giappichelli, 2005.
- CHERUBINI M.C., *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, in *Studi di Diritto Privato* 2010, diretta da Francesco Busnelli- Salvatore Patti- Scalisi Vincenzo- Paolo Zatti.
- CHESSA CORRADO, DE GIOIA-CARABELLESE PIERRE, *La Direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali ([The Directive 2014/17/EU on credit agreements for consumers related to residential real estate])*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016.
- CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di dir. priv. europeo*, a cura di N.Lipari, Vol. I, Padova, 2003.
- CIVALE F.(a cura di), *La trasparenza bancaria. Rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, 2013.
- CLARIZIA R., *La nozione di consumatore nel Codice del consumo e con riguardo ai contratti di credito al consumo*, in *Dir. internet*, 2006.

- COLACINO G, *Nozione di consumatore. Questioni ermeneutiche e riflessi applicativi* (seconda parte), in *Studium Iuris*, 2009, Vol.5.
- COLACINO G., *Nozione di consumatore. Questioni ermeneutiche e riflessi applicativi*, in *Studium Iuris*, 2009, vol.4.
- COMPORTE M., *Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale*, in *Funzione bancaria e responsabilità della banca*, a cura di S. MACCARONE E A. NIGRO, Milano, 1981.
- CONTI R., “*La Corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13/CEE in tema di clausole abusive*”, e in *Resp. civ. prev.*, 2002,
- COPPO L., *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code Civil: l’ordonnance n.131 del 2016 il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr.Impr.Europa*, 2016.
- COSTA A. (2011), *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*.
- COSTA A., *La riforma della disciplina del credito ai consumatori*, in *I Contratti*, 2005, VII.
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino, 2008.
- CRISAFI R., *Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva mutui tra ragioni di omogeneità comunitaria e questioni di eterogeneità nazionale(Parte Prima)*, in *Studium iuris*, 2015.
- CRISAFI R., *Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva mutui tra ragioni di omogeneità comunitaria e questioni di eterogeneità nazionale(Parte Seconda)*, in *Studium iuris*, 2015.
- D’AMICO G., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Giuffrè, 2014.
- D’AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv.dir.civ.*, 2002.
- D’AMICO G., PIRANO F., RUMI T., *I nuovi marciatori*, TORINO,2017.
- DE NOVA G., *Due annotazioni in tema di trasparenza bancaria*, in *Riv.dir.privato*, 2014.
- DE CHIARA R., *Sub art. 124-bis t.u.b in comm. al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretta da Capriglione, Padova, 2012, III.
- DE CRISTOFARO G, *Le disposizioni “generalì” e “finalì” del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2006.
- DE CRISTOFARO G. – ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010.
- DE CRISTOFARO G., *ad vocem Codice del consumo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2008
- DE CRISTOFARO G., *Il “Codice del consumo”: un’occasione perduta?*, in *Studium juris*, 2005.
- DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009.
- DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l’armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori”*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.

- DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del T.u bancario*, in *Contratti*, 11, 2010.
- DE MEO R., *La buona fede nell'ermeneutica contrattuale*, in *Contratti*, 2004.
- DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, I.
- DE NOVA G., *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992.
- DE NOVA G., *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel "codice" del consumo*, in *Contratti*, 2006.
- DE NOVA G., *La trasparenza bancaria: lex generalis o lex specialis?*, *Banking contracts and transparency regulation*, in *Bancaria*, 2014.
- DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.
- DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.
- DE POLI M., *Il "contratto bancario" nella dimensione comunitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2, 2012.
- DE POLI M., *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009.
- DELOGU L., *Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contratto e impresa Europa*, 2006.
- DELOGU L., *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000
- D'OSTUNI, *Le polizze abbinate ai mutui ed ai finanziamenti*, in *La trasparenza bancaria*, a cura di F. Civile, Milano, 2013.
- DI DONNA L., *"Obblighi informativi precontrattuali. La tutela del consumatore"*, Milano, 2008.
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984,
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, nel Commentario del codice civile Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, sub art. 1175*, Bologna-Roma, 1988.
- DI MAJO A., *Il rapporto tra debito e patrimonio del debitore*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica (a cura di G. Grisi)*, Jovene Editore, Napoli, 2014.
- DI MAJO A., *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1993.
- DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 438 ss., nt. 28 bis; ID, *Delle obbligazioni in generale, nel Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, DE POLI M., *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009
- DI MAJO A., voce «*Obbligazioni pecuniarie*», in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979
- DOLMETTA A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013.

- DOLMETTA.A., *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia, in Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela, in Quaderni di ricerca giuridica, a cura della Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 49, marzo 1999.*
- DONA M., *"Il codice del consumo: regole e significati"*, Torino.
- DURANTE F., *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009.
- FALCONE F., *Prestito responsabile e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir.fall.*, 2010.
- FARACE D., *Art. 1 – Oggetto, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo Commentario alla direttiva 2014/17/UE, in i quaderni della Fondazione italiana del notariato, 2016.*
- FARACE D., *I contratti bancari del consumatore, in I contratti bancari, a cura di E. CAPOBIANCO, nel Trattato dei contratti, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, Milano, 2016.*
- FARINA V., *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria, in Contr. e impr.*, 2004.
- FEBBRAJO T., *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Dir. 2008/48/CE, in G.I.*, 2010.
- FERRANDO G., *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti, in Riv.dir.comm.*, 1991.
- FERRARI A., *Gli intermediari finanziari non bancari*, Milano, 1981.
- FERRETTI I., *Contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE, in Contr. Impr. Europa*, 2014.
- FERRI G.B., *La diligenza del banchiere, in Banca, borsa e titoli di credito*, 1958, I.
- FERRI G.B., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1978.
- FORCELLINI F., *Il nuovo contratto di credito ai consumatori: profili rimediali, in Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Vol.IX*, 2011.
- FRANCISSETTI BROLIN M.M., *L'art 124- bis del Tub e gli incerti riflessi civilistici del c.d. "merito creditizio" nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere, in Contratto e Impresa/Europa*, 2/2014
- FUCCI K., *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali, in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*
- FUNAIOLI B., voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964.
- GABRIELLI E. E LENER R., *I Contratti del mercato finanziario*, Utet, 2011.
- GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, nel Vol. coll. a cura di E.Gabrielli, *I contratti in generale*, nel *Trattato dei contratti* diretto da P.Rescigno, Vol. I, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2006.
- GABRIELLI S., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 2003.
- GAGGERO P., *Profili della responsabilità civile della banca, in I contratti dei risparmiatori*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Milano, 2013.

- GALEOTTI G., *La tutela del consumatore in Italia: presupposti e contorni di un problema aperto*, in Mattei U., e Pulitini F. (a cura di), *Consumatore, ambiente, concorrenza: analisi economica del diritto*, Milano, 1994.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti, I, Obbligazioni in genere. Contratti in genere*, Cedam, Padova, 1999
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.
- GIROLAMI MATILDE, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'"obiter" delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, fasc. 2, pt. 1.
- GORGONI M., Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori, in *Resp. civ. prev.*, 2011
- GORGONI M., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori di cui al capo II Titolo VI T.U.B. novellato dal Titolo I del D.l.g. n.141 del 2010*, in *Giur. mer.*, 2011.
- GORGONI M., voce *Contratto di credito al consumatore*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, 6° Agg., Torino, 2012.
- GRANELLI C., *Diritto dei consumatori nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015.
- GREGO F., Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediabile e la "tranquillità" della tradizione, in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2010.
- GRECO F., *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005.
- GREGO F., *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010.
- GRISI G., *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 2005.
- GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.
- GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: regole di informazione come strumento*, in *Europa e diritto privato*, 2/2001.
- GUADAGNO, in "I confini dell'informazione precontrattuale e la storia infinita dei contratti di intermediazione finanziaria", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, fasc. 1-3, 2009.
- IURILLI C., *La disciplina dei rapporti bancari: normativa, giurisprudenza e prassi (a cura di F. FIORUCCI)*, Cedam, Milano, 2012.
- INZITARI, *Le obbligazioni pecuniarie: inflazione e maggior danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, VISINTINI (a cura di), I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009.
- JANNARELLI A., La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, p. 49 in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, Padova Cedam 2000.
- LAROCCA S., L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore, in *La tutela dei consumatori nella posizioni di debito e credito*, a cura di V. RIZZO, E. CATERINI, L. DI NELLA ED L. MEZZASOMMA, Napoli, 2010.

- LAS CASAS A., *Informazioni generali e informazioni personalizzate nella nuova direttiva sui mutui ipotecari e consumatori*, in *Persona e mercato*, 2015.
- LA TORRE M.R., *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Tratt. dir. economia*, a cura di E. PICOZZA, E. GABRIELLI, Padova, 2010,
- LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996,
- LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996,
- LENER R., *La disciplina degli organismi per la tenuta degli albi dei professionisti operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo: un'ipotesi di riorganizzazione normativa*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1,2014.
- LIGUORI A., *La disciplina del credito al consumo e le novità apportate dal D.lgs.141/2010*, in www.altalex.com.
- LIPARI N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010.
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffè 2013.
- LIPARI N., *Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, Commentario agli artt. 121-126 del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994.
- LORIZIO M., *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, Torino, 2007.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Obblighi informativi dell'intermediario finanziario e responsabilità nei confronti dell'investitore*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 7-8.
- LUCCHESI F., in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *In tema di responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 4.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *In tema di responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 4.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Obblighi informativi dell'intermediario finanziario e responsabilità nei confronti dell'investitore*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 7-8.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 4.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 4.
- LUMINOSO A., *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile* a cura di A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, 1993.

- LUPOI A., *La direttiva 17/2014/UE, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2016.
- MACARIO F., “*Credito al consumo*”, in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario*, M.PORZIO (a cura di), Milano, 2010.
- MACARIO F., *La riforma del contratto in Francia: progetti e prospettive*, in *Contratti*, 2011.
- MACARIO F., *Note introduttive al Commentario alla Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1994.
- MACARIO F., *Il percorso dell’armonizzazione del credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in G.DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009.
- MACARIO F., *Commento agli artt. 121-126, nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, Bologna, 2003.
- MAFFEIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008.
- MAFFEIS D., *Dopo le Sezioni Unite: l’intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*, in *Contratti*, 2008.
- MAFFEIS D., *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, II, 2012.
- MAFFERIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008.
- MANCALEONI A.M., *I contratti con i consumatori fra diritto comunitario e diritto privato europeo*”.
- MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile* 23, III, Torino, 2014.
- MARCHESI M., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nelle operazioni di credito ai consumatori*, in *I contratti del mercato finanziario*, Utet, 2011.
- MARCHIANDI C., *La responsabilità degli intermediari nei confronti dell’investitore: il quadro giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, 2.
- MASSA, *Le finalità delle disposizioni normative in tema di pubblicità e marketing*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*.
- MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, 2013.
- MAZZINI F., *L’ambito applicativo della nullità virtuale e gli obblighi di astensione dell’intermediario nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, 4.
- MAZZINI F., *L’Italia si allinea alle regole di tutela europee sui finanziamenti per l’acquisto di beni e servizi*, in *Guida al diritto – dossier 7*, 2010.
- MENCONI L., *L’oggetto dell’obbligazione*, in *Jus*, 1/1952.

- MESSINEO F., *ad vocem Contratto (dir. privato)*, in *Enc. del dir.*, vol. IX, Milano, 1961., *ad vocem Codice del consumo*, in *Digesto disc. priv. sez. civ. agg.*; vol. III, Torino, 2007, p. 187.
- MEZZASOMA L., *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO-L. MEZZASOMA-S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.
- MINERVINI E., *Dei contratti dei consumatori in generale*, Torino, 2006.
- MINERVINI E., *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011.
- MINERVINI E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997.
- MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ma pregiudizievole*, in *La responsabilità civile*, fasc. 7, 2006.
- MIRONE A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010.
- MIRONE A., *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012.
- MIRONE A., *Sistema e sottosistema nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014.
- MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2009.
- MONICA L., *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L.3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art.124/TUB)? Il "piano del consumatore" in funzione punitiva*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2/2014.
- MONTANI, *L'investitore in cerca di tutela: in bilico tra nullità e risoluzione contrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2011.
- NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988.
- NAPPI F., *Profili della disciplina del credito al consumo. La rinegoziazione dei mutui ex art. 23 L.24 luglio 2008 n.126*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 2010.
- NATOLI R., *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, I.
- NATOLI R., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO (a cura di), XVI, tomo I, Milano, 1984, 214-15; DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1992.
- NIGRO A., *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993.

- NIGRO A., *La nuova normativa sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 1992, I.
- NIGRO A., *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, .
- NUZZO M., *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. Dir. civ.*, 1998.
- ORESTANO A., *La nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968*, in *Europa dir. priv.*, 1998.
- PAGLIANTINI S., (2015), *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove Leggi Civili Commentate, CEDAM*, 2014.
- PAGLIANTINI S., D'AMICO G., PIRANO F., RUMI T., *I nuovi marciani*, Torino, 2017.
- PAGLIANTINI S., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012.
- PAGLIANTINI S., *Neormalismo contrattuale*, in *Enc.dir.*, Annali IV, Milano, 2011.
- PAGLIANTINI S., *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2014.
- PAGLIANTINI S., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella Direttiva 17/2014/UE*, in *Contr. Impr. Europa*, 2014.
- PAGLIANTINI S., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 14/2017/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2014.
- PAGLIANTINI S., *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annuali V, Milano, 2012.
- PALMIERI M., *Il mercato unico delle banche*, in *I mercati finanziari, a cura di F. Vella*, in *Trattato di diritto comunitario, diretto da G. AJANI EG. BENACCHIO*, Torino, 2009.
- PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Jovene, Napoli, 1973.
- PARDOLESI R., *La riforma dei contratti in Francia: progetti e prospettive*, in *Contratti*, 2011.
- PATTI F.P., *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e diritto privato*, 2012.
- PATTI G. E PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard (artt.1337-1342)*, Milano, 1993.
- G. PATTI– S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile di P. SCHLESINGER*, Milano, 1993.
- PATTI S., *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in E.GABRIELLI (a cura di), *Contratti in generale*, Torino, 1999.
- PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.
- PEDRINI F., *Principi costituzionali in tema di consumo*, Bologna, 2010.
- PELLECCHIA E., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l'insolvente”*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n.5/2014.

- PELLECCHIA E., *La direttiva 17/2014/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi beni immobili residenziali*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016.
- PELLECCHIA, E., *Dall'inosservanza del sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*. Torino: G.Giappichelli Editore, 2012.
- PELLEGRINO, S., 2011. *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d. lg.13.8.2010, n. 141). Obbligazioni e contratti*, 2011,2.
- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli.
- PIEPOLI G., *Il credito al consumo*, Napoli, 1974.
- PIEPOLI G., *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013.
- PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.
- PIRAINO F., *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Persone e mercato*, 2/2017.
- PIZZOLANTE G., *La nozione di <consumatore> nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Dir. Comm. internaz.*, 2003.
- PLAIA A., *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003.
- QUADRI E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011.
- RAVAZZONI A., *Diligenza*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989;
- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, II, Giuffrè, Milano, 1974
- RESCIGNO P., *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti*, in *Banca borsa, tit.cred.*, 1990, I.
- RIGHINI E., *Commento all'art. 1*, in *Commentario T.u.f.*, a cura di F. VELLA, Torino, 2012
- ROPPO V. –AFFERINI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 1.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2014.
- ROPPO V., *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato, Rescigno (a cura di)*, XIX, 1, Torino, 1997.
- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr.e impr.*, 2005.
- ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Dir. contrat. europeo*, Vol.2, 2009.
- ROSSI G., *“Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari? “*, in *Contratto e impresa*, 2016.
- ROSSI G., *La rilevanza del collegamento contrattuale nel credito al consumo*, in *Contr.e impr.*, 2010.

- RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo a beni immobili residenziali*, in *I Contratti*, 1, 2015.
- RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *I Contratti*, 2015.
- RUMI T., *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2014.
- RUMI, *Divieto di clausole penali e conformazione del contratto nel Decreto "Bersani bis"*, in *Contratti*, 8-9, 2010.
- RODOTÀ S., *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.
- ROMANO S., voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, s.d. ma, 1953
- SACCO R., *Il contratto del consumatore*, in *Trattato di Diritto Civile*.
- SACCO R., *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale* (a cura di E. GABRIELLI), Torino, 2002.
- SANGIOVANNI V., *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *I Contratti*, 2008.
- SANNA P., *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469-bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica, ove si legge «la nozione di "consumatore", come definita dall'art. 2, lett. b), della direttiva, dev'essere interpretata nel senso che si riferisce esclusivamente alle persone fisiche»*, in *Resp.civ. prev.* 2002, I.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989.
- A. SARACINA, *Il sovraindebitamento civile e del consumatore. Sistemi giuridici europei alla prova del dialogo, Scritto per i Dialogi europei - Sulla convergenza nei valori, principi, regole e pratiche del diritto dell'economia e dell'impresa, Euri.Conv.*, Lecce, 2014.
- SCALISI V., *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo* (a cura di Mazzamuto S.), Milano, 2007.
- SCARSO A., *Il contraente debole*, in *Studi di Diritto Privato* diretta da Francesco Busnelli- Salvatore Patti- Scalisi Vincenzo- Paolo Zatti; Torino, Giappichelli, 2006.
- SCARPELLO A. , *Il jus variandi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *«Contratto e impresa»*, 2012.
- SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro.it*, I, 2006.
- SCOGNAMIGLIO, *Il danno patrimoniale. Danni ai beni, perdite e mancati guadagni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, VISINTINI (a cura di), III, *Il risarcimento del danno contrattuale la responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009.
- SCOTTI A., *Obblighi di buona fede e correttezza dell'intermediario finanziario nel rapporto con la clientela professionale*, in *Corr.giur.*, 2013.

- SIMIONATO A., *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48/CE*, in AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo (a cura di De Cristofaro)*, Giappichelli, Torino, 2009.
- SIMONATO A., *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48/Ce*, in AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo (a cura di DE CRISTOFARO)*, Giappichelli, Torino, 2009.
- SIMONETTO E., *I contratti di credito*, Padova, 1953
- SIRENA P., *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, in *I quaderni della Fondazione italiana del notariato*, maggio 2016.
- SIRENA P., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur.civ.comm.*2005, Vol.II, p.277.
- SIRENA P., *L'inderogabilità delle disposizioni della direttiva e il rapporto con la disciplina sulle clausole abusive*, in AA.VV., *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 G.De Cristofaro, Torino, 2009.
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir.civ.*, 2004.
- SIRENA P., *La portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in *Riv. di dir. civ.*, 2008.
- TATARANO M., *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, Napoli, 2012.
- TITU A., *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I , 1987.
- TOMMASI S., *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, in *Contratti e Unione Europea*, Vol.10, 2011.
- TORRENTE A. E SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano,2017.
- TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.
- TUCCI A., *La violazione delle regole di condotta degli intermediari fra "nullità virtuale", culpa in cotrahendo e inadempimento contrattuale*, in *Borsa, borsa e tit.cred.*, 2007.
- VALENTINO D., *Obblighi di informare, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.
- VENUTI C., *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*", in *Eur.e dir.piriv.*,2000.
- VESPASIANI F.T., *La violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario: il rimedio risarcitorio*, in *Resp.civ.*, 2008.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, 1934, I.
- ZENO-ZENCOVICH, *ad vocem Consumatore*, in *Diritto civile, enc.giur.*, Roma, 1995.
- ZENO-ZENCOVICH V., *ad vocem Consumatore (tutela del)*; in *Diritto Civile in Enc. giur.*, Roma, 1998.
- ZORZI, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012.

